



UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DE CUENCA

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**Ventajas de la mediación frente a la justicia ordinaria en
Ecuador**

**PROYECTO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO**

AUTORES: JUAN ESTEBAN PESÁNTEZ ZAMBRANO

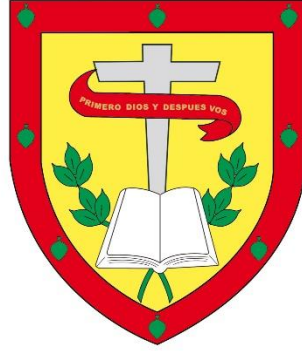
ANTHONY ISMAEL FUENTES LOJA

DIRECTOR: Dr. JUAN JOSÉ CARRASCO LOYOLA MGS.

CUENCA - ECUADOR

2026

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO



UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CUENCA

Comunidad Educativa al Servicio del Pueblo

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES

CARRERA DE DERECHO

**Ventajas de la mediación frente a la justicia ordinaria en
Ecuador**

**PROYECTO DE TITULACIÓN PREVIO A LA OBTENCIÓN DEL
TÍTULO DE ABOGADO**

AUTORES: JUAN ESTEBAN PESÁNTEZ ZAMBRANO

ANTHONY ISMAEL FUENTES LOJA

DIRECTOR: Dr. JUAN JOSÉ CARRASCO LOYOLA MGS.

CUENCA - ECUADOR

2026

DIOS, PATRIA, CULTURA Y DESARROLLO

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

Juan Esteban Pesántez Zambrano portador de la cédula de ciudadanía N° 0105257208. Declaro ser el autor de la obra: "Ventajas de la mediación frente a la justicia ordinaria en Ecuador", sobre la cual nos hacemos responsables sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 28 de abril de 2026

F: 

Juan Esteban Pesántez Zambrano

C.I. 0105257208

Declaratoria de Autoría y Responsabilidad

Anthony Ismael Fuentes Loja portador de la cédula de ciudadanía N° 0106778806. Declaro ser el autor de la obra: "Ventajas de la mediación frente a la justicia ordinaria en Ecuador", sobre la cual nos hacemos responsables sobre las opiniones, versiones e ideas expresadas. Declaro que la misma ha sido elaborada respetando los derechos de propiedad intelectual de terceros y eximo a la Universidad Católica de Cuenca sobre cualquier reclamación que pudiera existir al respecto. Declaro finalmente que mi obra ha sido realizada cumpliendo con todos los requisitos legales, éticos y bioéticos de investigación, que la misma no incumple con la normativa nacional e internacional en el área específica de investigación, sobre la que también me responsabilizo y eximo a la Universidad Católica de Cuenca de toda reclamación al respecto.

Cuenca, 28 de abril de 2026



F:

Anthony Ismael Fuentes Loja

C.I. 0106778806



Universidad
Católica De
Cuenca

CERTIFICADO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **Juan Esteban Pesántez Zambrano**, con número de cédula **0105257208**, con el Tema: **“Ventajas de la mediación frente a la justicia ordinaria en Ecuador”**, bajo mi supervisión.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Juan José Carrasco Loyola'.

Dr. Juan José Carrasco Loyola Mgs.

DOCENTE TUTOR



Universidad
Católica De
Cuenca

CERTIFICADO

Certifico que el presente Trabajo de Investigación fue desarrollado por **Anthony Ismael Fuentes Loja**, con número de cédula **0106778806**, con el Tema: **“Ventajas de la mediación frente a la justicia ordinaria en Ecuador”**, bajo mi supervisión.

Dr. Juan José Carrasco Loyola Mgs.

DOCENTE TUTOR

Dedicatoria

Este trabajo lo quiero dedicar a mis padres Juan Carlos e Irene por haberme educado y criado con amor, valores y fortaleza para alcanzar cualquier objetivo que me proponga. A mi hermano Juan José y a mi primo Carlitos, con la esperanza de que este logro les sirva de ejemplo e inspiración para que alcancen todas sus metas. A mi abuelita Inés por el apoyo incondicional y todas las oraciones que elevó por mi durante mi camino universitario, de manera especial, a Dios, por guiarme en cada paso y darme la fuerza que hizo posible completar este camino. A mi pareja Ruth por todo el amor y la ayuda que me brindó durante la elaboración de este proyecto; A mis amigos y a todas las personas que supieron creer en mí. Este logro también es de ustedes.

Juan Esteban Pesántez Zambrano.

A mi Creador, por haberme dado la vida, la fortaleza y la oportunidad de llegar hasta este momento. Este logro es reflejo de cada prueba, de cada caída y de cada aprendizaje que formó parte de este camino, porque incluso en lo difícil encontré el impulso para seguir. A Janeth, Ana y Lucía, quienes han sido el pilar más fuerte en mi vida. Gracias por sostenerme cuando sentía que no podía más, por creer en mí incluso cuando yo dudaba, y por caminar a mi lado en cada etapa, tanto en la luz como en la oscuridad. Este logro también les pertenece, porque sin ustedes, simplemente no habría sido posible. Mi gratitud hacia ustedes no tiene medida ni forma de ser devuelta. A mis hermanos y primos, por confiar en mí desde siempre, por ver en mí algo que yo muchas veces aún estaba construyendo. Cada paso que di tuvo en mente que este momento también sea suyo, que lo vivan conmigo y que se sientan parte de este sueño cumplido. A mis amigos y a mi novia, por llenar este proceso de momentos que quedarán para siempre en mi memoria. Gracias por las risas, el apoyo, la paciencia y la compañía sincera. Porque más allá del esfuerzo académico, ustedes le dieron sentido y alegría a este camino.

Anthony Ismael Fuentes Loja.

Agradecimientos

Expresamos nuestros más profundos y sinceros agradecimientos al Doctor Juan José Carrasco, tutor de la presente investigación, por su invaluable guía, dedicación y compromiso durante el desarrollo de este trabajo. Su conocimiento, paciencia y orientación fueron vitales para la culminación exitosa de este proyecto convirtiéndose no solo en un apoyo académico, sino también en un referente de nuestra profesión. De igual forma extendemos esta gratitud a todos los docentes de nuestra universidad quienes a lo largo de nuestra formación contribuyeron significativamente al crecimiento tanto académico como personal, sus enseñanzas fueron los pilares esenciales en la construcción de los conocimientos que hoy se reflejan en este trabajo.

Resumen

La presente investigación tiene por objetivo analizar las ventajas de la mediación como un mecanismo alternativo altamente eficaz para la resolución de conflictos, destacando los elementos intangibles, vistos a su vez como elementos que la benefician y distinguen frente al sistema judicial tradicional. En este contexto se analizarán las características, principios y normativa existente respecto al tema, se hace especial énfasis en el factor inmaterial pues al solo observar el marco jurídico no se puede tener un punto de vista objetivo, provocando que muchas ocasiones existan controversias que pudiendo resolverse mediante los MASC sea llevada a congestionar el sistema judicial causando prolongados periodos de espera y gastos innecesarios. De manera particular profundizamos en la importancia de estos elementos subjetivos pues afectan directamente en la calidad, eficacia y resultados del proceso de mediación. Se utilizará la legislación comparada para determinar diferencia y contextualizar la forma en la que distintos países abordan este mecanismo para concluir que la mediación representa una alternativa eficiente, accesible y con ventajas plenamente visibles frente a la justicia ordinaria ecuatoriana.

Palabras clave: mediación, intangible, principios, legislación, mecanismos.

Abstract

This research aims to analyze the advantages of mediation as a highly effective alternative dispute resolution (ADR) mechanism, highlighting the intangible elements that, in turn, are understood to be factors that benefit it and distinguish it from the traditional judicial system. In this context, the characteristics, principles, and current regulations on the subject will be analyzed, with special emphasis on the intangible factor, since relying solely on the legal framework does not allow for an objective perspective. This often leads to disputes that could be resolved through ADR mechanisms but instead end up congesting the judicial system, resulting in prolonged waiting periods and unnecessary costs. In particular, the importance of these subjective elements is analyzed in depth, as they directly affect the quality, efficacy, and outcomes of the mediation process. Comparative law will be used to identify differences and to contextualize how various countries approach this mechanism, concluding that mediation represents an efficient, accessible alternative with clear advantages over the Ecuadorian ordinary justice system.

***Keywords:** mediation, intangible, principles, legislation, mechanisms.*

Índice

Declaratoria de autoría y responsabilidad	II
Certificado del tutor	IV
Dedicatoria	VI
Resumen	VIII
<i>Palabras clave</i>	VIII
Abstract	IX
<i>Keywords</i>	IX
Índice	X
Introducción	1
Capítulo 1	6
1.1 Origen y Evolución de los MASC	6
1.2 Los MASC y su implicación en el derecho ecuatoriano.....	11
2. La mediación.....	12
2.1 Etapas de la mediación.....	16
2.1.1 Etapa 1:.....	16
2.1.2 Etapa 2:.....	17
2.1.3 Etapa 3:.....	18
2.1.4 Etapa 4:.....	18
2.1.5 Etapa 5:.....	19
2.1.6 Etapa 6:.....	20
2.1.7 Etapa 7:.....	21
2.2 Ámbitos en los que se aplica la mediación.	21
2.2.1 Familia.....	21
2.2.2 Civil.....	22
2.2.3 Derivación Judicial.....	22
2.2.4 Inquilinato.	23
2.2.5 Laboral.....	23
2.2.6 Mediación Comunitaria.	23
2.2.7 Derechos de consumidores y usuarios.....	24
2.2.8 Tránsito.....	24
3. Naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación.	25
4. Mediación del Estado.....	27
5. Prohibiciones para mediar.....	28

5.1 Estado civil o capacidad de las personas.....	28
5.2 Derechos irrenunciables (Derechos Humanos)	28
5.3 Delitos	29
5.4 Contravenciones penales.	29
5.5 Violencia intrafamiliar	29
6. Principios de la mediación.	30
6.1 Voluntariedad.	30
6.2 Imparcialidad.....	31
6.3 Neutralidad.	31
6.4 Confidencialidad.	32
6.5 Buena fe.....	32
6.6 Autodeterminación.	33
6.7 Colaboración.	34
Capítulo 2.	35
1. Marco normativo de la mediación en el Ecuador.	35
1.1 Fundamento constitucional de la mediación en Ecuador.	35
1.2 Ley de Arbitraje y Mediación y su operatividad.....	38
1.3 Identidad de principios entre la mediación y el ámbito judicial.....	41
2. Actores involucrados: funciones y competencias	44
2.1 El mediador: facilitador imparcial del acuerdo	44
2.2 Las partes intervinientes: protagonistas del proceso	45
Capítulo 3.	48
1. Ventajas intangibles de la mediación.....	48
1.1 Teoría del valor intangible.	48
1.2 Naturaleza de los intangibles.....	50
2. Intangibles de la mediación.....	53
2.1 Activo de Paz.....	53
2.2 Armonía.....	54
2.3 Asociatividad.....	56
2.4 Autonomía.....	57
2.5 Bajo Costo.....	59
2.6 Competitividad.....	60
2.7 Confianza.....	61
2.8 Confidencialidad.....	62

2.9 Creatividad.	63
2.10 Especialización.	64
2.11 Mejora continua.	65
2.12 Modernidad.	66
2.13 Monopolización del procedimiento por las partes.	66
2.14 Motivación.	67
2.15 Neutralidad.	68
2.16 No trae consecuencias económicas sociales.	69
2.17 Objetividad.	70
2.18 Prestigio.	71
2.19 Prevención del conflicto.	72
2.20 Productividad.	72
2.21 Rapidez.	73
Capítulo 4.	75
1. Fundamentación de los Factores Subjetivos.	75
2. Importancia de los factores subjetivos.	77
3. Factores que afectan la subjetividad en el proceso de mediación.	78
4. Características subjetivas del mediador	80
4.1 Empatía y escucha activa	80
4.2 Imparcialidad, neutralidad y confidencialidad	81
4.3 Paciencia, flexibilidad y comunicación asertiva	81
4.4 Competencia emocional y habilidades sociales	82
5. Factores subjetivos de las partes en conflicto	83
5.1 Percepciones, narrativas y construcción interna del conflicto	83
5.2 Distorsión cognitiva y sesgos perceptuales	83
5.3 Emociones encubiertas y expresividad emocional	84
5.4 Necesidad de reconocimiento y autoestima emocional.	84
5.5 Expectativas y esperanza como impulso relacional	85
Capítulo 5.	86
1. Modelos de mediación en América Latina	86
1.1 México.	86
1.2 Colombia	88
1.3 Argentina	89
2. Comparación regional	90

3. Mediación en Europa: modelo español, francés e italiano.....	91
3.1 Mediación en España (Ley 01/2025).....	91
3.2 Mediación en Francia.	92
3.3 Mediación en Italia.	94
Conclusión.....	96
Recomendaciones.....	98
Bibliografía.....	100
Anexos.....	107

Introducción

La administración de justicia ha enfrentado constantes desafíos que desembocan en la búsqueda de alternativas para resolver todas las controversias de forma eficiente en respeto a los derechos consagrados en la Constitución y demás leyes del marco legal. Uno de los desafíos más frecuentes es la sobrecarga que existe en este sistema judicial ordinario, esto provoca la existencia de prolongados tiempos procesales y consecuentemente aumenta el coste económico a cada litigio. A su vez, provoca una percepción de desconfianza con los usuarios del sistema de justicia ya que en tiempos actuales se evidencian casos de falta de imparcialidad que contradicen los principios del derecho y el accionar de los órganos jurisdiccionales. En este contexto surgen los métodos de solución de conflictos también llamados MSC, como un mecanismo eficaz, flexible y participativo que contribuye a fortalecer una justicia más accesible y equitativa.

La mediación es uno de los métodos alternativos de solución de conflictos que pretende dar resolución pacífica a distintos tipos de controversia, colocándola como una de las vías alternativas más importantes dentro del ámbito procesal. Sin embargo, esta no se considera como otra vía indiferenciada, es considerada como un medio de transformación cultural que tiene por objetivo existir en una sociedad que priorice el dialogo, la cooperación y la corresponsabilidad entre las partes intervinientes. A partir de su reconocimiento constitucional en el Artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador y de la mano de su desarrollo en la Ley de Arbitraje y Mediación, este mecanismo reconocido en nuestro sistema jurídico en el cual se destacan no solamente las ventajas materiales y de plena vigencia, sino por sus beneficios intangibles que son eje central de nuestro proyecto de investigación.

Los intangibles dentro de la mediación son los elementos centrales para una resolución de conflictos tenga lugar, aspectos como la autocomposición promueven que exista una participación activa de las partes en la construcción de soluciones, pues tiende a desplazar el enfoque adversarial hacia uno colaborativo, consideramos que este factor es la piedra angular de este método pues los participantes en conjunto y mediante el dialogo llegan al acuerdo. Además, la mediación se caracteriza por incorporar intangibles como la confidencialidad, la flexibilidad y la celeridad, elementos que

buscan dotar al proceso de dinamismo y adaptabilidad de acuerdo a las necesidades particulares de cada caso. Otro de los puntos relevantes de nuestro mecanismo es la autonomía de la voluntad que pueden ejercer las partes intervinientes pues esto facilita que cada acuerdo se pacte en base sus intereses reales. Lo mencionado fomenta la existencia de una comunicación efectiva entre quienes se ven involucrados en el proceso, dando como resultado el desescalamiento del conflicto construyendo soluciones consensuadas.

Dentro de la investigación analizaremos las principales ventajas de la mediación, de entre las que destacamos la preservación de la relaciones personales y comerciales, así como la posibilidad de ser creativos en la creación de soluciones propuestas por sus participantes, todo esto con la finalidad de dotar de legitimidad al acuerdo alcanzado. Todas estas ventajas e intangibles contribuyen a que se genera una eficiencia integral en el sistema de resolución de conflictos, que busca reducir no solo los costos de tiempo y monetarios, sino brindar una solución de calidad y sostenibilidad en cada acta de mediación.

De igual forma, la mediación se ve fortalecida por su factor principal que es la imparcialidad característica del mediador que es la persona que guía a las partes al acuerdo siendo fundamental para que se solucione el conflicto. La especialidad que va ligada a los principios y formación profesional que debe tener cada mediador para convertir al proceso en un éxito es un factor que debemos resaltar pues es el tercero imparcial el encargado de conducir a las partes hacia una solución, por ende, este debe tenerla formación necesaria, está obligado a actuar basándose en sus principios para así conseguir una solución que deje satisfechas a las partes que optaron por este método de solución, factor que consecuentemente fortalece la confianza en el proceso, pues la misma es imprescindible para que el acuerdo se consolide.

Otro factor es la calidad de la comunicación, ya que, en medida de que la conversación transcurra en un ambiente adecuado y cómodo para los intervinientes se facilita la obtención del resultado esperado. El manejo emocional de las partes, así como la capacidad de escuchar de manera activa a cada una de las partes son elementos de suma importancia para que el proceso logre cumplir sus fines transformadores, esta encuentra su complemento con la confidencialidad, otro de los pilares fundamentales del proceso pues garantiza que toda la información divulgada por las partes en la

mediación no sea divulgada, mucho menos utilizada fuera del contexto propio del dialogo en las sesiones, la confidencialidad es un factor que fomenta un ambiente de confianza y seguridad, ambiente que es el idóneo para que los participantes puedan expresarse con libertad, demostrar sus intereses reales y explorar posibles soluciones sin temor a que sus expresiones puedan ser utilizadas en su contra. Lo primordial es que se proteja la privacidad de las partes, así mismo que este hecho contribuya a la generación de acuerdos auténticos que sean satisfactorios para las partes durante y después de su consolidación.

En este contexto, la presente tesis tiene por objetivo fundamental analizar aquellas ventajas existentes en la mediación frente a la justicia ordinaria presente en nuestra legislación sin destituirla en su desarrollo, por este motivo haremos énfasis en sus beneficios intangibles, así como en los factores subjetivos que van a ser determinantes para que sea un método eficaz. Lo que se pretende es desarrollar un estudio que abarque el ámbito normativo, doctrinario y comparado con otras legislaciones que también apliquen esta alternativa para identificar cuáles son las fortalezas y carencias del modelo ecuatoriano, para que así podamos analizar las posibles mejores y recomendaciones que podrían favorecer su institucionalidad.

La presente investigación se va a realizar desde una perspectiva crítica y propositiva, ya que lo que se pretende es demostrar las virtudes que posee la mediación frente al sistema judicial tradicional de acuerdo al contexto, de igual forma lo que se busca es contribuir al fortalecimiento de este mecanismo para que sea parte esencial del acceso a la justicia, de esta forma alivianando la carga procesal que posee la vía ordinaria, y es de esta forma se resuelven controversias dando paso a una mayor eficiencia y eficacia administrativa procesal, misma que se ajusta a los lineamientos contenidos en el Artículo 227 de la Constitución de las República del Ecuador. Por este motivo los métodos alternativos de solución de conflictos aparecen como una alternativa que logrará construir una cultura de paz y un acceso democrático a la justicia sin barreras como lo establecen los principios constitucionales de nuestra norma suprema.

Es importante destacar que en años recientes la mediación ha dejado de ser percibida como otro mecanismo procesal accesorio ya que se está transformando en una auténtica vía de justicia, la reconocemos como una manifestación de la voluntad de los

ciudadanos para que logren resolver sus diferencias sin acudir a la vía judicial; sin embargo, alcanzándolos mismos efectos resolutivos. Afirmaremos que esta transición se debe apreciar como un fenómeno mucho más amplio, conforme mención de Gorjón Gómez (2015) la ciudadanización de la justicia tal como lo señala la teoría de la impetración de la justicia, misma que será fuente principal para nuestro análisis y que responderá a la necesidad de dotar a los ciudadanos de medios eficaces, empáticos y legítimos para afrontar las controversias desde un espacio propio de decisión.

Este mecanismo se inscribe también en el paradigma de la resolución transformadora de conflictos, cuyos fundamentos son estudiados y desarrollados por autores como Galtung. Dentro de este enfoque no solo buscamos una solución inmediata del conflicto, sino la transformación de las relaciones entre los intervinientes y en medida de lo posible reparar los aspectos sociales que se han visto dañados con el mismo. En el mismo sentido, este mecanismo no solo actuará contra los aspectos jurídicos que se posee el conflicto, sino también influye de manera directa sobre los aspectos subjetivos que son objeto de análisis dentro de nuestra investigación, entre ellos su dimensión emocional, relacional y cultural. Se analizarán aspectos como la paz positiva, pues es un aporte fundamental dentro de los estudios sobre la resolución pacífica de conflictos, algo que va más allá de la ausencia de violencia directa, en este sentido Galtung menciona: *“La paz positiva es la ausencia de violencia estructural”* (Galtung, 1969, pág. 167) Esto implica que la paz debe verse desde un sentido más amplio, pues no basta con que no haya un conflicto visible, sino que deben reducirse aspectos que generen un posible conflicto como las desigualdades, la opresión e injusticias que afectan a la sociedad.

En la misma línea afirma: *“Los conflictos surgen de incompatibilidades de objetivos, pero pueden transformarse mediante la creatividad y la cooperación.”* (Galtung, 2000, pág. 33) el autor pretende destacar como las estructuras sociales son un factor que limita el potencial del desarrollo humano en la transformación del conflicto, por ende, la paz positiva requiere que las condiciones que potencialmente generen violencia sean transformadas, pues deben promoverse sistemas justos e inclusivos en los que predominen valores y factores que podemos evidenciar en la mediación y que serán objeto de análisis durante toda nuestra investigación.

Será pertinente analizar a esta figura desde una perspectiva jurídica, ya que la mediación en nuestra legislación cuenta con una base normativa consolidada, entre algunos podemos destacar a la Constitución, la Ley de Arbitraje y Mediación, el COGEP entre otros. Sin embargo, enfrenta otros desafíos importantes en su aplicación, podemos destacar a las limitaciones que existen durante la formación profesional, una escasa articulación institucional y una débil cultura acerca del uso de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos MASC. Todos estos son factores que de una u otra forma condicionan su efectividad y tienden a limitar todo el potencial transformador que posee. Finalmente, la presente tesis no solo busca identificar aquellas ventajas intangibles que posee la mediación frente a la justicia ordinaria, sino también pretende valorar su potencial como un mecanismo de paz, una figura de cohesión social y empoderamiento ciudadano, en el marco de un Estado democrático de derecho que tiene el deber de reconocer la diversidad y promover la participación activa de su población en la solución de sus propias controversias.

Capítulo 1

Fundamentos de la mediación en la legislación ecuatoriana

1.1 Origen y Evolución de los MASC

En la transformación de los MASC se evidencia que la mediación no llegó como “una herramienta jurídica de aplicación reciente” más bien como una conducta social de la antigüedad que después se asentó a un nivel institucional. Por lo cual al detallar la tradición china indican que: “*en la antigua China, la mediación era el principal recurso para resolver desavenencias. La resolución óptima se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción*” (Brown, 1982, pág. 134). En otras palabras, el inicio de la mediación se conecta a una ética de armonía y persuasión en la cual su finalidad era restablecer la relación. Cohen menciona que: “*La existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse serían las antítesis de la paz y comprensión*” (Cohen, 1966, pág. 99). Evidenciando de esta manera el punto de la evolución central: los MASC justifican como prácticas relacionadas a la paz social previamente a su regulación jurídica, debido a que salvaguardan la continuidad de los vínculos.

En relación con lo antes mencionado se expone la evolución de la mediación hacia una estructura más desarrollada. Según Ginsberg: “*la mediación a gran escala se sigue ejerciendo a través de la institución de los Comités Populares de Conciliación se concede una importancia considerable a la autodeterminación y a la mediación*” (Ginsberg, 1978, pág. 45). Conforme a lo expuesto la evolución se visualiza como una consolidación institucional: la mediación abandona ese concepto de ser solo algo cultural o por costumbre y evoluciona hacia una práctica sistematizada, con diferentes formas de intervención. Igualmente, la importancia de la de que las partes puedan conservar la opción de decidir y no un tercero demuestra el objetivo central de los MASC, de esta forma el texto da a entender la importancia de la ampliación de los MASC cuando la propia sociedad lo integra de manera adecuada sin perder sus principales características como la participación activa de las partes y que no son un método rígido, desde una perspectiva histórica esto demuestra como diversas ideas o métodos van evolucionando desde lo más simple a lo más complejo de igual manera de lo informal a lo normativo, pero sin perder sus características centrales que lo distinguen.

El contexto específico japonés corrobora la evolución, ya que demuestra como la mediación se asienta como una práctica social para luego incorporarse al modelo institucional. Henderson señala que: *“la conciliación y la mediación tiene una rica historia en la ley y las costumbres japonesas se esperaba que el líder ayudara a resolver sus desavenencias”* (Henderson, 1965, pág. 122). En este fragmento posibilita comprender que la tercera persona neutral inicialmente era una autoridad dentro de la comunidad y que esta idea no se inició dentro del campo jurídico, simplemente el rol cambió para que un profesional sea asignado como el mediador entre las partes dentro del ámbito jurídico. Este contexto se consolida previo a los eventos de la Segunda Guerra Mundial. Según Folberg y Taylor mencionan que: *“las disposiciones legales para la conciliación en los tribunales japoneses fueron aprobadas antes de la Segunda Guerra Mundial”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 21). Tras este hecho se evidencia un proceso de desarrollo habitual se legitima desde lo más sencillo y cotidiano, hacia lo normativo e institucional sin perder la esencia que lo caracteriza del resto de procedimientos jurídicos formales.

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos surgen de la necesidad de encontrar soluciones más pacíficas y menos formales a los conflictos, evitando de esta manera la intervención directa del sistema judicial. Se adopta la idea en base a las primeras prácticas ancestrales, debido a que las comunidades resolvían sus diversas disputas a través del diálogo y la intervención de terceros neutrales, anterior a la existencia de los tribunales formales. Se menciona que: *“el conflicto y el cambio son características de la sociedad parte del estado natural de lo social por lo cual no debería ser considerado algo irregular sino como una fuerza que se puede trabajar a lo positivo”* (Pozo Illingworth, 2019, pág. 6). Con ello en mente los primeros avances de la mediación, conciliación o arbitraje comunitario nacen como resolución instantánea para defender la convivencia, restaurar vínculos y evitar que la violencia destrozara el tejido social. De igual manera por su positivismo, los MASC surgieron para otros caminos prácticos y de este modo *“Aprovechar el conflicto”* a favor de la relación y del grupo.

A medida que se desarrollaba el Estado moderno y se iban fortaleciendo los sistemas judiciales, la principal acción para la resolución de conflictos fue mediante la vía jurisdiccional, monopolizando de esta manera las diversas disputas. Según Pozo (2019): *“el resultado de esta situación provocó lo que llama “cultura del conflicto” lo*

que es una manera de entender y actuar sobre los problemas en el litigio y la confrontación de las partes.” (Pozo Illingworth, 2019, pág. 19). Mientras el sistema judicial se popularizaba como medio de acción también surgían desconfianza en el mismo debido a situaciones eran muy complejos, sobrecarga de casos sin resolver y de igual forma las decisiones tardaban mucho, lo cual provoco un desacuerdo entre la justicia formal y la justicia percibida por lo cual frente a esta inconformidad algunos autores empezaron a proponer la “resolución alternativa de conflictos” lo cual era visto como un retorno pero actualizado, un método comunitario, lo que Pozo consideraba: *“un espacio en donde las partes involucradas podían resolver sus problemas entre ellas mismas llegando a diversos acuerdos más justos y estables que la propia sentencia misma”* (Pozo Illingworth, 2019, pág. 22). Por ello métodos como la negociación, mediación, conciliación y el arbitraje empiezan a ser acreditados como procesos distintos al proceso judicial tradicional, pero todavía se encontraban poco regulados dentro de un plano normativo.

En virtud de lo mencionado, Gorjón Gómez (2008) aduce: *“En la etapa más actual los MASC se llegan asentar como una alternativa distinta al sistema judicial tradicional, situada hacer de la justicia más humana y de esta forma disminuir los inconvenientes que las diferentes personas enfrentan durante el proceso siendo estos resultados más satisfactorios y rápidos”* (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2008, pág. 9). Este apartado demuestra como la evolución de los MASC no se centra en lo histórico sino en lo funcional hacia las restricciones del litigio, como el desgaste emocional, económico que afecta a los participantes del conflicto, de igual manera al hablar de “justicia más humana” Gorjón ubica a los MASC en un enfoque orientado a las necesidades y relaciones, lo cual justifica su reconocimiento como principal método para diversos conflictos y no llegar directo a un juicio haciendo que este no siga congestionándose.

Gorjón Gómez (2017) expone que: *“los métodos alternos ayudan a transmitir sus beneficios a través de su valor real según las circunstancias del conflicto y según los intereses de las partes exponiendo una nueva forma de comprender la mediación y la resolución de los conflictos”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 85). En otras palabras, significa que el método de la mediación depende mucho del tipo de conflicto y los intereses presentados de los involucrados por lo cual su desarrollo conlleva a adaptarse dependiendo a la situación presente hasta que las partes involucradas estén conformes,

fortaleciendo el objetivo de que los MASC son un método flexible y adaptativo para la creación de acuerdos sostenibles por las partes involucradas.

Cuando se habla de la aceptación de los MASC en la sociedad no solo debe verse desde el lado de su origen y evolución hacia un punto de vista más normativo debido a que esto no asegura su acogida social. Gorjón Gómez (2017) menciona: *“Sin embargo, aunque su desarrollo ha sido significativo se ha dado en un contexto normativo en el ámbito social su desarrollo es mínimo a causa del desconocimiento de su valor las estrategias se han centrado en conceptos técnicos y no en sus intangibles”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 37). En este texto se visualiza el momento crucial evolutivo es como la sociedad percibe el beneficio, y no solo la existencia y convivencia de las instituciones jurídicas.

La mediación se estabiliza en el momento que la sociedad la acepta como lo que se obtiene en “la vida real” aparte de un resultado del acuerdo previo. Según Gorjón Gómez (2017) menciona que: *“surgen los intangibles como una nueva forma de transmitir sus beneficios a través de su valor real permitiendo dar a conocer que van a ganar en su quehacer diario y como beneficia a su modus vivendi transitando de un conocimiento técnico científico a un conocimiento cotidiano”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 14). Hace referencia a que los intangibles cuentan con una finalidad para la persona considerándolo “instrumento de culturalización y legitimación social” ya que de este modo visualiza la comprensión e importancia de los MASC como algo más cotidiano y de igual forma considerándolo una práctica confiable y de primera mano antes que un proceso jurídico. Deben ser fáciles de entender para los usuarios, mismos que deben conocer sus beneficios al momento de optar por este método y así poder implementarlo y su uso sea más continuo como un método de primera opción.

La diferencia entre los principios y los intangibles es que los principios son considerados la forma en cómo funciona en método, en cuanto a los intangibles manifiestan el valor que perciben los involucrados en el conflicto. Por lo cual Gorjón Gómez (2017) menciona que: *“los principios son sentido operativo sin ellos no es posible operar y los intangibles son sentido de valor como consecuencia de su implementación significan la ganancia real que obtienen los usuarios”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 39). Se destaca la importancia de los beneficios cuantitativos que perciben los usuarios mediante los MASC, dichos beneficios desempeñan un papel importante para que los participantes vuelvan a utilizar este método en futuros

conflictos o lo propongan al resto de personas dándole una más visualización. Los MASC no solo son reconocidos por su evolución sino por la ganancia real que obtiene la persona y esta no solo se centra en el resultado del proceso, si no el todo el proceso desde rapidez, su participación activa, sus problemas tratados y un resultado más equilibrado donde ambas partes llegaron a un común acuerdo.

Los intangibles vienen a ser esos valores los cuales describen la aceptación social de los MASC, entre los más destacables se encuentran: Activo de paz, confianza, Autonomía, Bajo Costo, Asociatividad y Simplicidad, mismos que conectan con bienestar, legitimidad y eficiencia práctica. Para Gorjón Gómez (2017): *“los MASC son considerados herramientas para la paz desde la perspectiva de su intangibilidad a través de su aplicación y yeso provocan bienestar en las personas y en la sociedad en general por ser un medio de la no violencia, la prevención y la solución de conflictos”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 16). Este concepto respalda que el crecimiento de los MASC se percibe de manera cualitativa ya que acepta que mejor a la percepción de los involucrados al momento de gestionar sus conflictos de otra manera más participativa y no solo pro normas, dando como resultado que los involucrados sientan que el mismo proceso fue más llevadero, hubo menos hostilidad, se comprendió el conflicto y permite que exista una mejor convivencia a largo plazo, considerados activos porque se mantienen en las partes, dando como resultado que los MASC ya no sean solo considerados como una segunda opción sino como una alternativa principal al momento que exista un conflicto.

Como aporte final es importante determinar en adición a los resultados intangibles que, conforme dispone el Artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación perfeccionando al acuerdo transaccional que, se obtienen identidad hacia la justicia ordinario con el carácter de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. Así, de nuestra parte, consideramos que el término “alterno o alternativo”, resulta innecesario por la autonomía y reconocimiento constitucional y legal que lo hemos mencionado; aspirando que jurídicamente se concrete la determinación exclusiva de métodos de solución de conflictos.

1.2 Los MASC y su implicación en el derecho ecuatoriano

Los MASC dentro del derecho ecuatoriano son considerados una metodología directa para el tratamiento de conflictos, en primer lugar, se trata de resolver los mismos en el punto más cercano para las partes y, en caso de que no se llegue a un acuerdo se llega al ámbito jurisdiccional. En otras palabras, el sistema jurídico permite que las partes tengan un espacio para el dialogo y llegar a un acuerdo para la resolución de conflictos, sin necesidad de percibirlo como un conflicto en el cual se determinen derechos y obligaciones como durante un juicio, lo considera más una forma de poder llegar acuerdos más pacíficos donde ambas partes involucradas estén conformes con las diversas alternativas con el objetivo que se mantenga la paz social y la vigencia material de derechos. Por ello Pozo (2019) menciona: *“la subsidiariedad llevada al campo jurídico implica que el Estado interviene solamente cuando en los otros organismos sociales privados se haya agotado el tema sin solucionarlo para reemplazar la cultura del litigio, por la cultura de diálogo”* (Pozo Illingworth, 2019, pág. 9). El texto citado esclarece que los MASC no son anti-derecho haciendo referencia que debilitan el sistema jurídico más bien trabajan de la mano, siendo una extensión funcional del Estado constitucional garantizando los derechos de las personas involucradas anteponiendo de esta forma soluciones eficaces y compatibles con la constitución.

El uso de los MASC no solo se limita a operar dentro de un juzgado puede llegar a extenderse hacia decisiones y controversias ante autoridades administrativas, en otras palabras, los MASC no se limitan a la justicia formal, se aplican en situaciones donde el ciudadano puede discutir con entidades públicas, organizaciones o colectivos, dando como resultado un porcentaje mayor de soluciones y minimizando los costos de transacción institucionales. Según Pozo (2019): *“Los Medios Alternativos no solamente pueden aplicarse a aquellas dificultades que tradicionalmente se ventilan ante la Justicia Formal [pues] permiten que las personas tutelen sus derechos y participen más activamente en la consolidación de la Democracia”* (Pozo Illingworth, 2019, pág. 47). El objetivo principal de los MASC es el de fortalecer la participación y corresponsabilidad ciudadana, esto debido a que se pasa el manejo del conflicto a las partes involucradas sin dejar fuera la ley, respetando las normas legales.

Desde una vista histórica constitucional, en el año 1998 la constitución se añade los MASC como una medida institucional para la resolución de conflictos mediante diferentes métodos aparte del litigio. Este cambio tiene como resultado que los MASC

sea visto ya no solo como algo práctico sino a tener un respaldo jurídico. Para Pozo (2019) señala que: *“La Constitución del año 1998, introdujo en el Ecuador el asunto de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos”* (Pozo Illingworth, 2019, pág. 199). Al ser reconocidos los MASC, estos dejan de ser considerados una opción secundaria, y se integran en el sistema jurídico orientando las políticas públicas, lo que se refiere a la creación de leyes orientadas a los MASC, impulsando más su uso y su expansión en lo práctico y formativo.

Para finalizar la intervención de los MASC se centra en instrumentos legales desde normas y expansión territorial de la mediación, de esta forma los MASC son una forma de resolución de conflictos ya sea para comunidades, barrios y organizaciones promoviendo su uso, de esta forma se fomenta la capacitación y educación para mediadores y la misma ciudadanía. El Artículo 59 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone: *“Art. 59 Las comunidades indígenas y organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación Los acuerdos tendrán el mismo valor y efecto y podrán ofrecer servicios de capacitación considerando peculiaridades culturales y antropológicas.”* Dentro del Ecuador los MASC ayudan a generar un espacio donde prevalece el dialogo como técnica jurídica y cultural lo que promueve a la diversidad comunitaria. Por otro lado, disminuye la carga institucional al no solo centrarse en el litigio

2. La mediación

Se entiende por mediación el proceso mediante el cual se busca prevenir o solucionar el conflicto. La mediación es un medio disponible para la resolución de conflictos, a la violencia, la auto-ayuda o el litigio, es distinta a otros métodos como el counseling, negociación y arbitraje. Folberg y Taylor (1997) mencionan que: *es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 26). En otras palabras, la mediación es un procedimiento el cual hace énfasis en la participación y responsabilidad de los participantes al momento de tomar las decisiones que actuaran

sobre sus vidas. Por lo consiguiente forma un proceso que otorga autoridad sobre sí misma a cada una de las partes involucradas dentro del proceso de mediación.

La mediación viene a ser una herramienta estructurada la cual sirve para la resolución de conflictos. A su vez tiene como finalidad resolver los desacuerdos concretos, disminuir la tensión de ambas partes y ofrecer un entorno seguro en el cual las partes tengan una adecuada toma de decisiones. Asimismo, aunque no se resuelvan todos los detalles del desacuerdo, mientras que pueda ser comprendida la causa principal por los involucrados y disminuirla a un nivel manejable. Hayes (1981) menciona que: *“la meta principal de la mediación es el manejo del conflicto, y no la resolución de la desavenencia, y parte de la literatura se refiere a la mediación como un proceso de manejo de conflicto”* (Haynes, 1981, pág. 65). Existe una diferencia entre los conflictos, los desacuerdos visibles que los involucrados quieren resolver, mientras que por otro lado está la causa esencial del conflicto es el problema de fondo que normalmente a veces es más sencillo de resolver, aunque esto no da como finalizado el conflicto, en otras palabras, la mediación cuenta con dos objetivos: resolver desacuerdos visibles y manejar la causa raíz del conflicto.

Normalmente, la mediación llega a ser un procedimiento de corto plazo, es participativa y no interpersonal, se centra en el conflicto y no en las personalidades de las partes involucradas, por lo cual, si ciertas conductas pueden haber sido por el conflicto en sí, lo esencial será la resolución del conflicto y trabajar las interacciones de manera en la cual se reduzcan las tensiones y se centren en dar soluciones para el mismo conflicto. La mediación ya sea por su concepto teórico y los diversos convenios que logra producir se llega a percibir como una alternativa interesante y efectiva en lugar del litigio. Folberg y Taylor (1997) señalan que: *“La mediación está más orientada hacia la forma en que las partes pueden resolver el conflicto y crear un plan, que a las historias personales.”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 28) De esta forma la mediación se centra en orientar a las partes involucradas sobre las necesidades mutuas y de esta manera proporcionar otro método personalizado para que pueda apoyarlos con el fin de conciliar los desacuerdos futuros entre las partes. De modo que tiene la capacidad de ayudarlos aprender la manera de desempeñarse juntos, separar los problemas que necesitan decisiones y de comprender que mediante la cooperación ambas partes pueden tener diversos beneficios.

La mediación no debe seguir estrictamente las normas judiciales que se rigen en un juicio: y más específicamente agotar las etapas del procedimiento con la preclusión de las mismas, esto le permite que sea considerada con mayor flexibilidad debido a que los participantes se enfocan en cómo resolver el conflicto. Folberg y Taylor (1997) indican que: *“La autoridad final en la mediación corresponde a los propios participantes, y esto pueden diseñar una solución única que les dé resultado sin estar sujetos estrictamente a los precedentes, o indebidamente preocupados respecto a los precedentes que puedan establecer para otros”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 31). El texto citado hace referencia a que el papel activo e imprescindible es la participación activa de las personas involucradas para poder llevarse a cabo la mediación mientras que el mediador tiene como finalidad guiar durante el proceso analizando las diversas necesidades e intereses y cualquier otro punto a considerar de ambas partes, estas pueden ser hasta ciertos puntos que no se revisarían dentro de un juicio formal. Siempre la finalidad será fijar una solución que cumpla con las demandas y necesidades de cada involucrado, considerando lo anterior la mediación viene a ser un procedimiento de triunfo que, en la forma más cercada a los expuesto encontramos en el Método Harvard cuya base principal es precepto “ganar-ganar” para ambas partes.

El método Harvard de negociación se consolida como una de las bases más influyentes en la mediación moderna, ya que su enfoque se ve alineado por principios que convierten al método en una herramienta sumamente útil dentro de los procesos de mediación en donde la finalidad es buscar acuerdos voluntarios y mutuamente beneficiosos para ambas partes.

El primero de sus principios dicta que se debe separar a las personas del problema, desde el contexto de la mediación resulta esencial pues ayuda a que el conflicto se vea disminuido, reduciendo la carga emocional que en ocasiones suele ser una traba para una comunicación activa, el mediador como se analizará más adelante tiene el labor de facilitar la comunicación entre las partes y hacer que estas se enfoquen en los hechos controvertidos más no en ataques personales, de esta forma en un ambiente de respeto y comunicación es más sencillo consolidar un acuerdo.

En segundo lugar, el método menciona centrarse en los intereses y no en las posiciones. Si hablamos dentro de la mediación pues el enfoque permite que los intervinientes puedan ver más allá de las peticiones superficiales que realicen, resaltando la verdadera necesidad subyacente dentro del conflicto. Se debe tomar como

punto de partida que cada parte quede satisfecha con el acuerdo y esto solo puede ocurrir dejando de lado las posiciones que en ocasiones conflictúa en mayor medida a los participantes, por ende, se abre la posibilidad de encontrar soluciones que se alinean con los mayores beneficios de la mediación, la generación de acuerdos que da respuesta a los intereses reales de los intervinientes.

Por tercero tenemos a la generación de opciones de beneficio mutuo, en la práctica de la mediación, se traduce en un proceso en conjunto en donde el mediador fomenta que las partes construyan alternativas para dar solución al conflicto, siempre buscando los aspectos más favorecedores para los participantes. Lo que debe promoverse durante las sesiones son soluciones integradoras que tengan en cuenta las necesidades reales de cada persona, tomando en cuenta el fortalecimiento de las relaciones en medida de lo posible, esto desemboca en un acuerdo mucho más satisfactorio para ambas partes.

Finalmente, el método Harvard menciona utilizar criterios objetivos. Dentro de la mediación esto se traduce en la toma de decisiones basados en criterios objetivos, justos e independientes del resultado que persiga cada parte. Todos los criterios emitidos durante el proceso deben ser valorados pues los mismos deben ser razonables, consensuados y aceptados por ambos para poder generar una posible solución. La finalidad de este punto se traduce en que las personas mediadas logren exponer sus puntos con libertad, sin embargo, estos deben ser ajustados a la realidad fáctica que atraviesen tomando en cuenta los pros y contras de cada decisión. Elemento que fortalece la confianza en el proceso y previene posibles conflictos a futuro.

Para concluir mencionamos que el método Harvard es integrado de manera natural con los principios de la mediación, por ello encontramos la oportunidad que existe de adaptar una buena negociación en un buen proceso de solución de conflictos pues al final dentro del proceso se negocia varias veces sobre las propuestas emitidas por cada parte y tener en cuenta cada principio de este método ayuda a transformar conflictos en oportunidades de un dialogo constructivo en el que se promueven acuerdos duraderos y preservación de relaciones. Su aplicación dentro de la mediación no solo representa una mejora integral en el proceso, pues también refuerza su carácter humano y colaborativo.

Al realizar un convenio consensual que fue realizado a través de la mediación o negociación directa, reflejando las necesidades propias de los involucrados, este tendrá como finalidad un convenio de largo plazo que el impuesto por un juez o tribunal. Folberg y Taylor (1992) mencionan que: “*en el proceso de mediación, los participantes formulan su propio convenio y confieren una carga emocional a su éxito*” (Folberg & Taylor, 1997, pág. 45). Esto debido a que durante el proceso de mediación los mismos participantes son quienes están encargados de su propia resolución de conflictos y el cómo esto suma a la carga emocional a su éxito por la fomentación de responsabilidad y compromiso que exponen ambas partes. Siendo de esta manera más razonable que lleguen a cumplir sus propios términos que los impuestos por un tercero externo al conflicto. La falta de la autodeterminación de los diferentes procesos realizados durante un litigio tiene como resultado mayormente que los conflictos se prolonguen debido que en estos procesos las partes no son las que deciden sobre los acuerdos de una manera directa.

2.1 Etapas de la mediación.

Si bien no se encuentra determinado de manera expresa dentro de nuestra legislación es importante explicar que objetivos se pretende alcanzar con cada acción dentro de la mediación, por este motivo los autores Folberg & Taylor (1992) dividen a la mediación como un proceso de siete etapas en relación al Método Harvard y al papel que debe desempeñar el mediador durante cada fase, lo que pretendemos hacer en este punto es alinear cada etapa con el objetivo que se busca alcanzar, también las acciones que deben realizarse durante el proceso, si bien no se puede adecuar a todas las situaciones que pueden acontecer en el amplio ámbito de la mediación, conocer el propósito de cada acto realizado por el mediador y cada acción es de suma utilidad para tomar un punto de partida sobre el cual posteriormente cada mediador pueda desarrollar su estilo propio en base a sus propios antecedentes, personalidades y formación profesional.

2.1.1 Etapa 1

Introducción, creación de estructura y confianza hace referencia al cumplimiento base de formación de las bases mismas que facilitaran el desarrollo efectivo del procedimiento, debido a que en este primer paso se enfoca en proporcionar un clima de confianza, cooperación y comprensión entre las partes involucradas en el conflicto. Los

autores Folberg y Taylor (1992) indican que en esta etapa inicial: *“la introducción es vital para el establecimiento de una relación que facilite el resto del proceso de mediación, pues el mediador debe proporcionar la estructura inicial, obtener la confianza de los participantes y fomentar su participación activa”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 55). La presente afirmación señala que la mediación no empieza directa con el conflicto, por el contrario, se centra en crear un entorno seguro que reconozca el dialogo, de esta forma se obtienen una disminución de resistencia de las partes involucradas, de esta misma manera se previene percibirlo como una imposición, dando una clara diferencia del litigio tradicional, siendo que la mediación se pasa en ser más participativa entre las partes, se siente más pasiva y se dirige por terceros.

2.1.2 Etapa 2

Planteamiento de hechos y aislamiento de problemas está dirigida al reconocimiento de los hechos relevantes que engloban el conflicto, tanto de lo manifestado por las partes como lo oculto lo que hay detrás de todo lo directo. Los autores Folberg y Taylor (1992) mantienen que: *“antes de llegar a decisiones adecuadas, ambos participantes deben tener información por igual y comprender a fondo cuales son los problemas, razón por la cual esta etapa se utiliza para descubrir todos los hechos importantes y aislar los verdaderos problemas”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 63). El objetivo de este momento es poder entender el conflicto desde cada involucrado en el conflicto, siendo lo contrario al proceso judicial en el cual se busca encontrar un culpable. El mediador se centra más en fomentar la igualdad de información y transparencia para las partes generando que se llegue a un acuerdo mutuo.

El rol que acoge el mediador en esta etapa es el de un intermediario para la existencia de un dialogo ordenado entre las partes, asistiendo a que las partes involucradas reconozcan los diferentes factores que causaron el conflicto y emociones como frustración, enojo provienen del mismo conflicto como de la mediación pero que eso no interfiera que se dé el dialogo igualmente. En esta fase de la mediación se busca priorizar los verdaderos factores que engloban el conflicto dejando de lado reproches personales que congelen el dialogo entre las partes involucradas, en esta segunda etapa se refuerza la autocomposición, debido a que de esta manera resulta más factible que los involucrados entiendan su propio conflicto, centrándose en elaborar soluciones acordadas en etapas futuras.

2.1.3 Etapa 3

Creación de opciones alternativas se centra en el instante estratégico y creativo de la mediación, debido a que previamente obtenido el entendimiento del conflicto en una variedad de soluciones mediante los participantes. Folberg y Taylor (1992) mencionan que: *“la etapa 3 plantea la pregunta básica: ¿De qué manera es posible hacer lo que se desea en la forma más efectiva? ambos participantes deben colaborar para encontrar la respuesta el mediador debe analizar los puntos del conflicto”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 66). Se demuestra que el mediador no es el que dicta las soluciones, más bien asesora el proceso para que las partes involucradas creen diversas alternativas, por lo cual esta etapa está dirigida a la participación activa y priorización de conflictos por ello los autores sugieren valorar las opciones para saber si será sostenible a largo plazo y de esta manera prevenir futuras complicaciones y consecuencias, además mencionan: *“las necesidades de los participantes, proyecciones del pasado a futuro pronósticos generales normas legales y financieras, nuevas personas y situaciones o cambios predecibles”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 67). Estos puntos se centran en ser viables y sostenibles a largo plazo y no solo sean emocionales siendo el enojo una emoción por el cual no se acepten soluciones factibles para ambas partes.

El papel que cumple el mediador dentro de esta etapa debe ser un apoyo, pero sin involucrarse demasiado, pues esto afectará a las posibles alternativas que deben ser dadas por los propios involucrados. El mediador debe ser precavido al momento de intervenir además durante la mediación de las partes, ya que esto puede provocar que las mismas disminuyan su autodeterminación, lo cual pierde el sentido de la misma. La etapa 3 se centra en la búsqueda de diversas soluciones, enfocados en que las partes sean quienes todavía tienen la elección de aceptar o no sin ser obligadas, reforzando la legitimidad del acuerdo final, en la que las partes dan una solución propia.

2.1.4 Etapa 4

Negociación y toma de decisiones del proceso de mediación se centra en ser la fase en la cual es el momento de decidir cuál es la decisión a tomar por ambas partes para la resolución del conflicto. Folberg y Taylor (1992) aclaran que: *“la cooperación de los participantes constituye la tarea más importante de la etapa 4 de la mediación,*

junto con un resultado que los participantes hayan convenido mutuamente” (Folberg & Taylor, 1997, pág. 68). Dicho texto demuestra la negociación se centra en una cooperación consiente de las partes involucradas las cuales aceptan la responsabilidad de sus decisiones y consecuencias de las mismas.

El mediador cumple un rol activo como guía para una comunicación y equilibrio entre ambas partes, no se lo considera como el que tiene la última palabra para decidir. Se menciona que el mediador cumple con un rol de dirigir el proceso hacia la resolución del conflicto y que no se centre en el intercambio de poder de las partes, de igual forma la comunicación evoluciona, esto se demuestra desde los intentos del mediador de proporcionar un entorno de dialogo hasta el momento en que las partes participan de manera activa en relación al proceso de encontrar una alternativa para el conflicto.

Otro aspecto importante de esta etapa viene a ser la dirección de resistencias, temores e incertidumbres, frente a la supuesta decisión final. Esto tiene por finalidad prevenir la toma de decisión precipitadas, sin antes visualizar todos los pros y contras reales de dicha solución, es por ello que la etapa 4 no acelera el proceso de cierre total del conflicto, es más una etapa en la cual se centra en el visualización de la posible solución por todos los medios posibles para de esta forma asegurar que es una solución tomada, aceptada, consistente y voluntaria de los involucrados y que de igual forma será sostenible a largo plazo, reduciendo los posibles puntos negativos de la misma como incumplimientos, reanudación del problema.

2.1.5 Etapa 5

Esclarecimiento y redacción de un plan consiste en reformar la alternativa final en un documento comprensible, estructurado y claro en el que evidencie la voluntad de las partes involucradas. Los autores Folberg y Taylor (1992) mantienen que: *“la función de la etapa 5 de la mediación es producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes, sus decisiones y su conducta futura”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 74). El texto menciona en otras palabras que la alternativa final no solo es considerada un acuerdo de reconciliación más bien es una herramienta enfocada en cómo deben actuar las partes involucradas posterior a lo decidido. El documento

debe ser claro y entendible para las partes, no debe ser complejo debido a que esto dificultaría a la hora de su cumplimiento, o generar nuevos conflictos.

El mediador adapta un rol en el que se base el dar organización y presión sin cambiar la voluntad de los involucrados, se menciona que: *“el mediador debe ser la persona principalmente encargada de registrar, organizar y reflejar con presión las decisiones alcanzadas sin asumir la responsabilidad de la síntesis final que cada participante puede aceptar”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 75). Al aclarar este límite en el rol del mediador se salvaguarda el principio de autodeterminación, debido a que el convenio sigue perteneciendo a las partes involucradas asimismo el acuerdo puede ser revisado y modificado según corresponda hasta llegar a un convenio en el que ambas partes estén de acuerdo.

2.1.6 Etapa 6

Designada como revisión y proceso legal tiene como objetivo revisar el documento dentro de un margen legal con el fin de que este se encuentra dentro del cumplimiento de la ley, brindando de esta forma seguridad jurídica a las partes, de este modo también intervienen diversas instituciones para que lo decidió durante la mediación se cumpla de manera efectiva. Los autores Folberg y Taylor (1992) exponen que: *“la etapa 6, revisión y proceso legal, es necesaria cuando los conflictos sujetos a mediación deben relacionarse con la sociedad en general en estas etapas, el poder, el control y la responsabilidad dejan de estar en manos de los participantes y del mediador”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 76). El texto señala como la mediación deja de ser totalmente de las partes involucradas y debe regir sus resultados a lo establecido por la ley, lo cual dota a cada acuerdo alcanzado de legitimidad. Por ende, el acuerdo se consigue entre las partes, sin embargo, debe actuar en concordancia con las normas, autoridades e instituciones.

En el caso puntual de nuestra legislación debemos hacer relación a lo que dispone el Artículo 11 de la Ley de Procuraduría General del Estado, analizando el artículo evidenciamos que el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene en cuenta la incorporación de métodos alternos incluso dentro de la gestión pública que tradicionalmente ha sido vinculada a la justicia ordinaria. Pues la disposición menciona que los organismos y entidades del sector público pueden someterse a procedimientos de mediación nacional o internacional en concordancia con lo establecido en la Ley de

Arbitraje y Mediación, esto implica un avance en términos de apertura y dicho reconocimiento no solo legitima a la mediación como mecanismo plenamente válido además rompe con la concepción clásica de que el Estado únicamente resuelve sus controversias mediante procesos judiciales.

Dentro del mismo artículo encontramos que su aplicación está condicionada a la suscripción previa de un convenio, lo que desde la perspectiva de la mediación resulta fundamental, pues el convenio remarca que el mecanismo es voluntario y consensuado incluso tratándose de entidades públicas garantizando la legitimidad del proceso y la validez de acuerdos alcanzados. Por otro lado, se establece una limitación específica en cuanto al arbitraje internacional que debemos mencionar, pues para que tenga lugar se debe contar con la autorización de la Procuraduría General del Estado. Aspecto que no solo dota de seguridad jurídica a la mediación sino la inserta en un marco más amplio en el que podemos observar estándares nacionales e internaciones de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos.

2.1.7 Etapa 7

Representa el cierre definitivo de este mecanismo. Consiste en hacer que el acuerdo alcance plena legitimidad jurídica y social, logrando que sus efectos se consoliden. En virtud de lo mencionado se sostiene: *“cuando el plan definido a través de mediación tiene la firma de ambos participantes, puede convertirse en un contrato de índole legal, sujeto a cumplimiento ante los tribunales”* (Folberg & Taylor, 1997, pág. 78). Como afirman los autores, en el momento que se firma el acuerdo final o acta de mediación esta comienza a generar efectos jurídicos para las partes, mismos que serán analizados posteriormente en esta investigación, siendo uno de ellos que el acuerdo o acta se transformará en un instrumento jurídicamente exigible, o conocido en nuestra legislación como un título de ejecución según el COGEP.

2.2 Ámbitos en los que se aplica la mediación

2.2.1 Familia

La mediación se puede aplicar dentro de la materia de Familia cuando se tratan casos como la fijación, aumento o disminución de pensiones alimenticias, alimentos congruos, régimen de visitas, alimentos para mujer embarazada, fórmula de pago de

liquidación de alimentos y tenencia. Se puede aplicar en estos casos debido a que se puede optar por el diálogo y concentrarse en el beneficio de los NNA involucrados. Como se puede referenciar según lo dispuesto en el Artículo 294 del CNA: *“Se podrá apremiar personalmente al alimentante que incumpla la obligación alimentaria. En materia de alimentos, tenencia y visitas se podrá realizar mediación en los términos previstos por la ley”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2003) El texto constata que en la materia de familia la mediación como una vía legal para la elaboración de soluciones, acuerdos mutuos como acuerdos de pagos y visitarlo cual potencializa su sostenibilidad a largo plazo, respetando el orden público, sus artículos y normas y el control judicial respectivo.

2.2.2 Civil

En la materia de civil la mediación se utilizada de manera efectiva en deferentes contextos como la demarcación de los linderos, incumplimiento de contrato, cobro de deudas, perjuicios y servidumbres e indemnización por daños, esto a causa de que son controversias patrimoniales en el cual predomina la autonomía de la voluntad y capacidad de transigir, Fournier (2020) menciona que *“El acuerdo en la mediación es una herramienta por el cual las partes resuelven total o parcialmente la controversia sometida a mediación por la naturaleza de la transacción, el acuerdo de mediación está sujeto al derecho contractual”* (Fournier, 2020, pág. 132) Como se afirma en el texto no es “quien gana”, por el contrario, como llegan a un acuerdo pactado en obligaciones, plazos, compensaciones favoreciendo las soluciones con una seguridad jurídica y reducción del desgaste que produce el litigio.

2.2.3 Derivación Judicial

En los asuntos como prescripción adquisitiva de dominio, acción reivindicatoria, amparo posesorio, liquidación de sociedad conyugal y daño moral. La mediación se enlaza a la naturaleza transigible del conflicto y la conducción procesal del juez, conservando la voluntariedad. La Ley de Arbitraje y Mediación en su Artículo 43 establece que: *“La mediación podrá proceder: 1. En asuntos extrajudiciales. 2. Dentro de un proceso judicial, cualquiera fuere la materia, en tanto éste se encuentre en trámite... en materias susceptibles de transigir”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2006) La cita especifica que, en los casos judicializados, el juez supervisa el

cumplimiento de la misma y la mediación sigue siendo ese espacio de dialogo mutuo para los acuerdos, esto mientras que se respeten los derechos y su voluntad de permanecer en el proceso.

2.2.4 Inquilinato

En la materia de Inquilinato es idóneo para los pagos de cánones de arrendamientos atrasados, desocupación del inmueble, devolución de garantía e incumpliendo de contrato de arrendamiento, debido a que al ser obligaciones recíprocas las partes tienen la opción de decidir como lo acuerdan, desde cronogramas, entrega, inspecciones y liquidaciones. Dávalos (2019) menciona que: *“El foco principal en la mediación es que las decisiones no pueden imponerse a las partes, un mediador no toma decisiones. La función del mediador es direccionar a las partes involucradas a llegar a un pacto”* (Dávalos, 2019, pág. 34) Explica que dentro de los conflictos en relación al arrendamiento la mediación es eficaz ya que facilita los acuerdos basados en condiciones prácticas, evitando llegar a un juicio, minimizando que el conflicto se agrande y a su vez se proteja los intereses de las partes involucradas.

2.2.5 Laboral

En la materia laboral la mediación se puede optar en casos como la forma de pago de liquidación laboral, forma de pago de jubilación patronal y pago de sueldos atrasados, más en relación a cuando el conflicto se centra en puntos como a montos, plazos, modalidades de cumplimiento y reconocimiento de obligaciones. En ese escenario Carrulla (2016) se señala que: *“La mediación es voluntaria y puede retirarse en cualquier momento, incluso si el juez remite el caso a mediación, las partes pueden elegir si inician la mediación”* (Carrulla, 2016, pág. 52) La mediación funciona al mantenerse la voluntariedad dentro de la materia laboral debido a que protege el equilibrio entre las partes evitando los acuerdos bajo presión, permitiendo acuerdos idóneos para ambas partes.

2.2.6 Mediación Comunitaria

La mediación comunitaria se puede aplicar en casos como fórmula de pago de alcuotas atrasadas, uso de áreas comunales, respeto de normas de convivencia comunitaria y daños y perjuicios de ínfima cuantía, esto debido a que su objetivo es

recomponer el tejido relacional. Gorjón & Saucedo (2015) menciona que: *“la mediación comunitaria es el procedimiento voluntario mediante el cual un tercero ofrece un espacio de diálogo... benefician a la comunidad, fomentando la solidaridad, reciprocidad, responsabilidad y el sentido de pertenencia”* (Gorjón Gómez & Saucedo Villeda, 2015, pág. 61). La cita menciona que la mediación comunitaria aparte de la resolución del conflicto también fomenta la convivencia, enseñanza de normas y gobernanza local, fortaleciendo que la comunidad se mantenga a largo plazo

2.2.7 Derechos de consumidores y usuarios

La mediación puede ser utilizada en casos como pago de servicios básicos, reclamos sobre calidad de bienes, reclamos por publicidad engañosa y reclamos por mala calidad de servicios, dentro de estos conflictos normalmente se encuentran en desequilibrio debido a que una de las partes tiene más información que la otra, pero también se puede negociar libremente. Carrulla (2016) menciona que: *“Durante la mediación, no se podrá obligar a las partes a revelar información que deseen mantener confidencial... la información no puede divulgarse fuera de la mediación”* (Carrulla, 2016, pág. 91) La confidencialidad dentro de la mediación de consumo favorece a la existencia de soluciones rápidas debido a que de esta manera se tiene un dialogo sin la exposición pública inmediata para tratar temas de fallas, garantías y compensaciones, de igual forma el documento final debe ser claro y verificado, con el objetivo de proteger al consumidor.

2.2.8 Tránsito

En tránsito la mediación se emplean casos como daños materiales y, bajo condiciones específicas, lesiones, siempre dentro del margen legal sin afectar bienes indisponibles, enfocándose en la reparación integral y minimizando el conflicto, la Ley de Arbitraje y Mediación como se ha citado ya en su Artículo 43 señala que: *“dentro de un proceso judicial... en materias susceptibles de transigir”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2006) En daños materiales es frecuente realizar pagos por reparación, deducibles, tiempos y desistimientos, en el caso de lesiones el acuerdo al que decidan llegar las partes debe ser revisado que no se sobrepase de lo legal de esta forma se evita que la mediación sea vista como un mecanismo de impunidad.

3. Naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación

La naturaleza jurídica de los acuerdos de mediación se establece a partir de su principio de voluntariedad que presentan las partes. La mediación es un método perteneciente de los MASC el cual se considera como una alternativa aceptada por ambas partes involucradas reconocida por la ley sin la necesidad de llegar a la intervención jurisdiccional. Gorjón & Steele Garza (2008) mencionan que: *“el acuerdo derivado de la mediación constituye un acto jurídico perfecto, nacido de la libre voluntad de las partes, que genera obligaciones exigibles y produce efectos jurídicos equivalentes a una resolución judicial”* (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2008, pág. 166). Esta cita facilita comprender que la mediación no es solo un diálogo de compromiso moral, es un método jurídico avalado por la ley, en el que las partes involucradas participan de manera voluntaria.

La mediación cuenta con características similares a las de un contrato, en relación al contenido obligacional. Sánchez & López (2016) menciona que: *“la mediación culmina en un acuerdo que reviste naturaleza contractual, pues nace del consentimiento, tiene objeto lícito y causa válida, obligando a las partes al cumplimiento de lo pactado”* (Sánchez García & López Peláez, 2016, pág. 108). Este texto fortalece que la mediación es regulada por las leyes del derecho contractual, lo que hace posible su ejecución y cumplimiento, en la legislación ecuatoriana tiene el mismo efecto que una sentencia judicial.

De igual manera la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación es reforzada de mayor manera cuando existe un ordenamiento que lo atribuye el valor de título ejecutivo lo que demuestra durante su aplicación tiene el mismo efecto que la sentencia de un juez. Pozo (2019) menciona que: *“el acuerdo de mediación, una vez formalizado conforme a la ley, adquiere estabilidad jurídica y seguridad normativa, pues su cumplimiento puede ser exigido coercitivamente por el Estado”* (Pozo Illingworth, 2019, pág. 133). La cita menciona que el acuerdo de mediación no es solo un acuerdo privado entre las partes, por el contrario, cuenta con reconocimiento en el sistema judicial, protege los derechos de las personas involucradas y asegura a la mediación como una alternativa efectiva para la resolución de conflictos.

En el caso que exista un incumplimiento del acta de mediación, la acción jurídica no es abrir nuevamente el conflicto en cambio se debe iniciar el procedimiento de ejecución previsto en el COGEP, el acta de mediación cuenta en su contenido con obligaciones concretas que ambas partes de manera voluntaria decidieron y asumieron. Hernández (2003) menciona que: *“Para poder acceder a la ejecución del acta de mediación se establece cuando no se siguen las disposiciones del acuerdo celebrado entre las partes la autoridad judicial competente deberá iniciar un procedimiento judicial”* (Hernández, 2003, pág. 243). Al momento de incumplirse alguna parte del acuerdo de mediación la consecuencia es la intervención judicial mediante un juez, el cual asegurara su cumplimiento en la fase de ejecución material.

De acuerdo con ello, las acciones que surgen del acta se articulan en relación al cumplimiento voluntario, en caso de que una de las partes no cumple, la otra parte puede pedir al juez que ordene el cumplimiento. Bulla (2010) menciona que: *“Al existir incumplimiento en el acuerdo firmado, la persona que sienta afectado sus derechos puede solicitar a un juez que haga cumplir el protocolo de mediación”* (Bulla, 2010, pág. 199). Dicha cita expresa el tipo de pretensión precedente el cuál no inicia de nuevo una discusión, más bien, se centra en exigir el cumplimiento del acuerdo previamente pactado por las partes, por lo cual la “acción” adecuada es la solicitud de ejecución del título, enfocada en verificar la exigibilidad e incumplimiento.

Desde la parte procesal el COGEP determina la ejecución a modo de un conjunto de actos dirigidos a materializar obligaciones que constan en un título de ejecución. *“Art. 362.- Ejecución. Es el conjunto de actos procesales para hacer cumplir las obligaciones contenidas en un título de ejecución”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015) Cuando se constate el incumplimiento del acta de mediación lo que deben realizar las partes interesadas es acudir a la vía judicial mediante el procedimiento de ejecución tal y como lo dispone el Art. 362 y siguientes del Código Orgánico General del Procesos, todo esto con la finalidad de que el juez disponga medidas destinadas a alcanzar el resultado previamente pactado durante el proceso de mediación, esto resulta a su vez una garantía de que no existirá un nuevo juicio respecto al acuerdo alcanzado, evitando convertir a la ejecución en un nuevo litigio. Para finalizar, que se cumpla la ejecución se debe revisar el acuerdo y que se encuentre calificada legalmente dentro del catálogo del COGEP, que la incluya como título de ejecución. En un pronunciamiento institucional se cita la regla: *“Artículo 363.- Títulos de ejecución. Son títulos de*

ejecución los siguientes 3. El acta de mediación” (Asamblea Nacional del Ecuador , 2015) La cita señala que, de haber un incumplimiento, el método adecuado de actuar es por la ejecución propuesta por el COGEP, que tiene por objetivo dar cumplimiento a los acuerdos plasmados en una acta de mediación validada previamente por un centro de mediación autorizado por el Consejo de la Judicatura, de esta forma el proceso sigue su curso sin alterarlo mediante juicios reiterativos sobre la misma controversia que ya se ha resuelto mediante este método alternativo de solución de conflictos.

4. Mediación del Estado

La mediación del Estado en nuestra legislación se encuentra plenamente reconocida dentro del ordenamiento jurídico, pues es un mecanismo válido para la resolución de conflictos en donde intervienen entidades del sector público. La base normativa de se encuentra principalmente en la Ley de Arbitraje y Mediación, tal como analizaremos en el siguiente capítulo de nuestra investigación que lleva por nombre Marco normativo de la mediación en el Ecuador, sin embargo, debemos resaltar otras leyes que poseen intrínseca relación es el caso de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, dicha normativa regula la posibilidad de que instituciones estatales acudan a estos métodos alternos siempre cuando cumplan los parámetros legales.

Como primer punto debemos acotar que la legislación ecuatoriana permite que las entidades públicas sometan sus controversias a mediación sin embargo estas deben estar ajustadas a las demás imposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación pues solo se puede realizar cuando se trate de materias transigible. Uno de los elementos claves y propios de la mediación estatal lo encontramos en el ya mencionado Artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado pues aquí encontramos el requisito previo al inicio del proceso de mediación estatal. Se necesita un convenio previo y formal entre las partes que vayan a someterse al mecanismo pues se debe garantizar respeto a los principios de legalidad y autonomía de voluntad incluso dentro del ámbito público.

En segundo lugar, debemos tomar en cuenta los casos en los que se requiera una mediación o arbitraje internacional, pues en estos casos es necesaria la autorización de la autoridad competente que en este caso sería el Procurador General del Estado, esto debido a que los llamados abogados del estado son quienes actúan como órgano de

representación jurídica del estado, esto asegura que los acuerdos alcanzados no perjudiquen el interés público ni vayan en contra de la ley.

Finalmente, podemos concluir que la mediación estatal en el Ecuador es el reflejo de una tendencia moderna en la que se toma a estos métodos con la finalidad de buscar soluciones más ágiles y eficientes, su aplicación fomenta una cultura de diálogo que sirve de ejemplo para los particulares pues si las entidades públicas con funciones determinadas pueden llevar a cabo una solución pacífica del conflicto mediante los MASC, las personas pueden hacerlo de igual forma sin requerir demasiados requisitos previos, aunque el alcance de la mediación estatal se encuentre delimitado por la ley esto hace que su uso sea adecuado que se encuadre en la vía legítima y sea compatible con la protección del interés público que es uno de los deberes primordiales del Estado ecuatoriano.

5. Prohibiciones para mediar

5.1 Estado civil o capacidad de las personas

Todo conflicto relacionado con el estado civil o capacidad jurídica de las personas con esto nos referimos a la capacidad para obligarse no pueden ser sometidas a la mediación, pues tienen carácter de orden público y deben ser analizados minuciosamente por un juez. Al respecto mencionamos que se ven inmersos aspectos esenciales de la identidad legal de cada persona, podemos poner de ejemplo al matrimonio, ya que este requiere obligatoriamente ir a la vía judicial para disolver el vínculo matrimonial ya sea de manera consensuada o mediante el ajuste de las causales de terminación establecidos en el Código Civil. Al tratarse de derechos indisponibles para los MASC no pueden ser llevados a este mecanismo por lo cual se debe garantizar seguridad jurídica y protección a derechos de interés general.

5.2 Derechos irrenunciables (Derechos Humanos)

Estamos en frente a un hecho obvio pues los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en tratados internacionales de derechos humanos al ser inherentes al ser humano no pueden ser bajo ningún motivo objeto de mediación o negociación pues

tienen características propias como la irrenunciabilidad de los mismos caracteres que imposibilita una negociación. Estos derechos no pueden ser limitados por la voluntad de las partes aun cuando se tenga consentimiento de la persona pues su carácter irrenunciable lo prohíbe, además en la mediación se necesita tener disponibilidad y además los criterios objetivos que menciona el Método Harvard, pues esto va en contra ya que no sería razonable poner un derecho fundamental como factor a negociar dentro del proceso, estos son inalienables e indisponibles para ser sujetos a los MASC.

5.3 Delitos

Los delitos quedan fuera del ámbito de la mediación ya que su persecución no compete a los particulares y responde al interés público. Es la Fiscalía General del Estado la titular de la acción penal pública, por ende, esto impide que existan acuerdos privados entre particulares sobre un delito configurado, la mediación no puede ejecutarse debido a que existe una afectación directa al orden social y jurídico que como ya mencionamos es obligación de fiscalía realizar el procedimiento pertinente y su ejercicio no depende de la voluntad de los involucrados, lo que excluye a la mediación como solución factible reforzando el principio de legalidad contenido en la ley.

5.4 Contravenciones penales

Aunque las contravenciones penales impliquen una menor gravedad que un delito también se encuentra fuera del ámbito de la mediación pues al tratarse de infracciones tipificadas en el Código Orgánico Integral Penal no están sujetas a resolverse entre particulares, pues siguen formando parte del sistema penal y por tanto su ejercicio está sujeto al deber punitivo del Estado. La mediación por ningún motivo podrá sustituir la imposición de sanciones previstas, ni se podrá discutir sobre la responsabilidad ya que son aspecto que simplemente no están a discusión, no cabe la negociación pues no existe libre disposición de las partes, esta materia implica infracciones a la ley sea en menor o mayor medida, lo que imposibilita la incorporación de los MASC en general.

5.5 Violencia intrafamiliar

Esta tiene lugar como una de las principales exclusiones de la mediación pues existe una desigualdad estructural entre las partes, pues siempre existen dos partes quien

realiza la agresión y quien es víctima de ello. No se podría bajo ningún concepto realizar una correcta negociación ni mediación en torno a la violencia que exista entre los miembros del núcleo familiar pues no existen las condiciones reales que son propias de una negociación libre y voluntaria, en este caso debe conocer el organismo respectivo, tomar acciones inmediatas de ser el caso pues estamos hablando de todo lo contrario que fomentan los MASC que es el fomento de una cultura de paz, no puede existir ningún tipo de negociación entre las partes pues tendería a la revictimización de la persona e iría en contra de lo establecido en nuestra legislación.

6. Principios de la mediación

6.1 Voluntariedad

La voluntariedad representa el inicio del proceso, ya que de esta forma asegura que la mediación se da al momento que las dos partes involucradas elijan de manera libre y dejarla en coacción. De este modo, Borja (2019) señala que: *“la voluntariedad en el proceso de mediación es esencial y que las partes son libres para decidir someterse desistir en cualquier momento; y, de adoptar la solución que ellos consideren mejor”* (Borja Coronel, 2019, pág. 55) la revisión de este principio da lugar a que la mediación no se puede trabajar bajo el concepto de una obligación sustantiva, más bien es un entorno de dialogo en el cual las partes involucradas pueden seguir e irse cuando ellos decidan. En otras palabras, el acuerdo final que se toma mediante la mediación solo toma sentido y legitimidad si durante todo el proceso se mantuvo la voluntad libre, funcionando como garantía para el consentimiento y eficacia del acuerdo logrado.

En este sentido la voluntariedad se conserva a pesar de la existencia de una cláusula contractual que remite a mediación. Borja (2019) señala que: *“la voluntariedad se mantiene una vez iniciada la mediación porque las partes conservan la facultad de desistir, de formular y adoptar la solución que considere conveniente”* (Borja Coronel, 2019, pág. 101). Pese a que las instituciones pongan a la mediación como medida de intervención, el principio preserva debido a que de igual forma las partes involucradas pueden decidir si seguir o detenerse, limitando que la mediación se convierta en una imposición procedimental, en la práctica la voluntariedad funciona para que el acuerdo sea aceptado como propio dando como resultado mayor porcentaje en su cumplimiento y estabilidad.

6.2 Imparcialidad

La imparcialidad es considerada un principio que asegura la igualdad de trato entre las partes involucradas en el conflicto, asegurando que no sea vea afecto por sesgos del mediador. Borja (2019) menciona que: *“el mediador no debe mostrar favoritismo por ninguna de las partes”* (Borja Coronel, 2019, pág. 76) El papel del mediador es fundamental para que se cumpla este principio organizando y otorgando turnos, tiempos y oportunidades para la intervención de ambas partes sin mostrarse favorable hacia una de las partes. Si se presentara una preferencia, esto provocaría que una de las partes sea afectada, generando una reacción en cadena donde diera como resultado la pérdida de confianza, información oculta, o un espacio defensivo, por lo tanto, la imparcialidad es importante para la legitimación del proceso como su acuerdo, debido a que de esta forma favorece a que las alternativas brindadas dentro de la mediación sean realizadas de una interacción equilibrada de las partes.

6.3 Neutralidad

La neutralidad define el rol del mediador en el resultado mismo que no puede ser el que proponga las soluciones, ni sesgarse por alguna de las partes. Borja Coronel (2019) menciona que: *“la neutralidad implica que el mediador actúe prescindiendo de sus propios valores y principios, sin orientar a las partes intervinientes hacia soluciones sino respetando estrictamente los valores de cada una de ellas”* (Borja Coronel, 2019, pág. 110) Esta cita menciona que el mediador cuenta con un rol enfocado en la creación de un dialogo dentro de la mediación, pero no se encarga de la decisión final para las partes, se encarga de preservar la autodeterminación. La neutralidad está orientada a que la mediación funcione de manera correcta al permitir que se mantenga el carácter autocompositivo reflejando la voluntad de las partes sin ninguna intervención que afecte a las mismas, más bien mantenga el proceso en total equilibrio para las partes involucradas.

La neutralidad se trabaja mediante un análisis objetivo del conflicto, restando el subjetivismo del mediador al interpretar los intereses y necesidades. Borja (2019) señala que: *“El mediador debe tratar objetivamente, dejando al máximo el subjetivismo, al analizar el objeto del conflicto para identificar los intereses y necesidades de los implicados”* (Borja Coronel, 2019, pág. 152) Al momento que el mediador exponga su

propia interpretación como guía del acuerdo se llegara a infringir la confianza y se debilitara la legitimidad del consentimiento. Por lo cual la neutralidad se trabaja mediante un límite: guiar en el proceso de diálogo sin proponer alternativas para la resolución del conflicto. Por ello la neutralidad beneficia a alternativas más sólidas debido a que se construyen desde las prioridades y valores de las personas involucradas para cumplirlos.

6.4 Confidencialidad

La confidencialidad es parte primordial al momento de la mediación debido a que de esta forma no existe miedo a que lo dicho dentro del dialogo se divulgue de manera pública o para su uso en un futuro. Borja (2019) señala que: *“La información proporcionada durante las sesiones de la mediación no debe ser divulgada, es totalmente privada”* (Borja Coronel, 2019, pág. 65). De esta forma el texto demuestra que la confidencialidad es un principio importante para la mediación pues de esta manera impulsa a que las partes involucradas dialoguen de manera más sincera visualizando así el problema real que se tiene. La confidencialidad también ayuda a proteger la confianza que se crea con el mediador y el propio establecimiento. Por lo cual la confidencialidad no solo es una regla ética es más una herramienta importante para que la mediación se de manera correcta y tenga garantía que funcionara.

La confidencialidad de igual forma exige mantener en reserva al mediador de esta manera se asegura que no exista una divulgación de lo dialogado dentro de la mediación, así como cualquier documentación relacionada con el proceso. Borja (2019) indica que: *“el mediador no puede revelar ningún dato salvo que exista su consentimiento y que esto se aplica también a las actas”* (Borja Coronel, 2019, pág. 95). En otras palabras, Borja explica que la confidencialidad no se mantiene solo durante la mediación si no que trasciendo a largo plazo para que de esta manera no tenga una exposición inadecuada, de igual forma la voluntariedad debido a que de esta forma las personas involucradas deciden participar dentro de este método, en otros términos, la confidencialidad mantiene a que el dialogo sea más honesto y se lleguen a acuerdos más genuinos.

6.5 Buena fe

El principio de buena fe establece que la mediación no sea utilizada de manera errónea táctica dilatoria, sino como lo es un espacio en donde las partes participen de forma activa para la verdadera resolución del conflicto, Borja (2019) menciona que: *“las partes deben demostrar honestidad y lealtad en sus actuaciones”* (Borja Coronel, 2019, pág. 76). El texto hace referencia a que las partes involucradas deben participar de buena manera con total honestidad en encontrar una solución adecuada y real en la que ambas partes estén de acuerdo de esta manera se evita que se utilice la mediación de manera errónea como un procedimiento para retrasar el proceso, recibir un beneficio injusto y desgastar a la otra parte.

Por otro lado, el principio de buena fe está encaminada no solo mediante la mediación sino al momento de la ejecución de los acuerdos pues de esta manera las personas involucradas no ponen obstáculos como excusas o retrasos al momento de cumplir lo pactado durante la mediación. Aquí se explica la importancia del principio de buena fe no solo durante la mediación sino al final, debido a que de esta manera se refuerza el cumplimiento de las acciones a tomar para la solución del conflicto minimizando los incumplimientos y la intervención de un juicio a largo plazo.

6.6 Autodeterminación

La autodeterminación es el principio que otorga a las partes el protagonismo del proceso, pues luego del dialogo deben tomar las respectivas decisiones para la solución del problema, y no el mediador el cual solo se encarga de promover el diálogo respetuoso entre las partes, Borja (2019) menciona que: *“se refiere a la capacidad de cada una de las partes de decidir por sí mismo no solo como libertad sino más bien de responsabilidad”* (Borja Coronel, 2019, pág. 56). Hace referencia a no solo tener libertad de decidir sino de decidir y hacerse responsable de lo que ello conlleva de su propia decisión teniendo como resultado que la mediación sea más sostenible debido a que las personas involucradas son las que deciden y no un tercero, agregando su eje de legitimidad y su eficacia en la resolución.

El principio de la autodeterminación tiene como objetivo que la solución que se dé durante la mediación sea mediante mutuo acuerdo sin traspasar lo legal. Explicamos que la autodeterminación se llega dar siempre y cuando exista un acuerdo entre las partes de manera voluntaria sin exigencias de otra parte o un tercero, este acuerdo debe estar dentro de lo permitido por el ámbito jurídico y materia transigible, lo cual expone

que la autodeterminación está dentro de lo permitido por la ley para su validación, de esta manera se refuerza los diferentes principios como la responsabilidad de tomar decisiones que tenga su límite y consecuencias dentro de la ley, por lo cual de esta manera se asegura en la viabilidad de los acuerdos y su sostenibilidad jurídica.

6.7 Colaboración

El principio de colaboración es importante dentro la mediación sin este las partes involucradas se manifiestan de manera rígida y no existiera alternativas para la resolución del conflicto Borja (2019) menciona que: “*Este principio es fundamental por cuanto es el medio por el cual se llegará a establecer acuerdos y que las partes deben colaborar para obtener soluciones*” (Borja Coronel, 2019, pág. 201). El texto citado hace referencia a la importancia de que exista al menos un índice de colaboración entre las partes involucradas sin este las partes solo pelearían sin una finalidad de querer resolver el conflicto, debe existir un inicio de escucha y habla entre las mismas en donde se logre alternativas. Colaborar hace referencia a que exista una participación activa con respeto y con la finalidad de llegar a acuerdos en la que ambas partes estén de acuerdo. De esta manera este principio trabaja de la mano con el principio de buena fe, debido a que si no existe una lealtad no se trabaja sin una cooperación real, de igual manera la colaboración fortalece la eficacia del acuerdo al ser un trabajo realizado en conjunto su compromiso para realizarlo sea mayor.

Por otro lado, la colaboración para el mediador se centra en presentar un entorno facilitando el dialogo y la escucha activa entre las partes involucradas sin proporcionar alguna solución. Explicamos que la colaboración de las partes involucradas y del mediador facilitan a que la mediación se realice de manera efectiva, las partes involucradas desde la creación de alternativas desde sí mismas y del mediador al dirigir de manera neutral y ordenada todo el proceso centrándose que la mediación sea un lugar donde se construya una solución desde las partes y no un entorno donde se potencia las peleas y discusiones. Por lo cual cuando la colaboración es real, los resultados obtenidos al terminar la mediación tienen un mayor porcentaje de ser más eficientes, aceptados y sostenibles por las partes y a largo plazo. De esta forma se visualiza la importancia de la colaboración como el principio operativo para que el resto de principios se lleven a cabo para la existencia de acuerdos efectivos.

Capítulo 2

1. Marco normativo de la mediación en el Ecuador

En el capítulo anterior de nuestro proyecto de investigación hemos analizado que la mediación se reconoce dentro del país como aquel mecanismo de solución de conflictos, sin embargo, es pertinente que ahora estudiemos cuál es su sustento normativo, pues este reconocimiento es fundamental para saciar la necesidad urgente que posee nuestro sistema judicial, en medida que se descongestionarán los tribunales de justicia, así como se garantizará el acceso a la justicia de manera oportuna y sin barreras fomentando una cultura de paz. Debemos ser conscientes que su valor como método jurídico sufrió una constante evolución desde ser un instrumento complementario para el ámbito judicial ordinario hasta convertirse en una figura dotada de cierta autonomía, es capaz de dar solución a los conflictos de una manera eficiente, acelerada y con el elemento fundamental de la misma: la voluntad.

Dentro de este capítulo revisaremos en plenitud aquella normativa que brinda sustento jurídico a esta importante figura, de tal forma que nos remontaremos al análisis de la norma suprema dentro de la cual encontramos su reconocimiento para solucionar conflictos, aplicándose siempre en sujeción a la ley, en ciertas materias en las que se podrá llevar a cabo la mediación. También se analizará la Ley de Arbitraje y mediación en la que encontraremos demás definiciones y ciertos fundamentos que merecen ser observados para tener un análisis más completo de nuestro objeto de estudio

Por tanto, en este capítulo analizaremos el marco normativo que va a regular a la mediación en el Ecuador desde una perspectiva constitucional, legal y reglamentaria, observando a su vez aquellos vacíos legales y demás desafíos que atraviesa el mecanismo al aplicarse. No solamente pretendemos identificar los fundamentos legales de esta figura, también se evaluará cuán eficaz es el sistema normativo en relación a su implementación y aplicación práctica, esto como punto de partida para proponer ciertas reformas o políticas que tengan como meta fortalecer el acceso a una justicia eficiente, mucho más humana y basada en el dialogo.

1.1 Fundamento constitucional de la mediación en Ecuador

Para iniciar nuestro análisis al marco legal de nuestro mecanismo debemos tomar como punto de partida a la Constitución de la República del Ecuador de 2008 que

reconoce de forma explícita a la mediación como aquel mecanismo alternativo y legítimo de resolución de conflictos, lo que dota a la figura de un rango constitucional fundamentado, a su vez posicionándolo como una opción efectiva, accesible y válida dentro del sistema judicial del país. La Constitución dota a esta figura de un fundamento amplio y coherente, así como sus principios ayudan a comprender y resaltan lo que se entiende por un Estado constitucional de derechos y justicia.

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 190 constituye la piedra angular en la que se fundamenta la mediación, dispone: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2008). Como podemos observar el presente artículo no solamente pretende legitimar a la mediación como una vía jurídica totalmente válida, sino que también le otorga un rango constitucional, implicando que su aplicación sea parte de uno de los derechos fundamentales más importantes que es el acceso a la justicia. Por otro lado, se menciona que junto con el arbitraje y demás medios alternos, la mediación es reconocida como parte de un sistema de solución de conflictos que no se limitará únicamente a la vía ordinaria para su resolución.

En concordancia a lo ya mencionado es pertinente resaltar el artículo 75 que dispone: *“Toda persona tiene derecho al acceso gratuito a la justicia y a la tutela efectiva, imparcial y expedita de sus derechos e intereses, con sujeción a los principios de inmediación, celeridad y eficiencia”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2008). Hemos referenciado en párrafos anteriores la intrínseca relación que existe entre la mediación y el derecho al acceso gratuito a la justicia pues al constituirse como un mecanismo de suma utilidad que permitirá a las personas dar solución a sus conflictos de manera directa, sin necesidad de atravesar por un proceso largo y costoso que siga colapsando la vía judicial. La propia naturaleza voluntaria que posee la mediación implica que la justicia sea materializada de manera efectiva, cumpliendo con los principios constitucionales de celeridad y eficiencia.

Nuestra Carta Magna a su vez también incorpora ciertos principios que brindan sustento constitucional a nuestro tema de estudio, pues el artículo 190 revisado

previamente en su segunda oración dispone que la mediación tendrá cabida únicamente en materias en las que por su naturaleza se puedan transigir, precepto que responde a los principios de legalidad y seguridad jurídica. De esta forma se limitará la aplicación del mecanismo para que se puedan resolver únicamente aquellos conflictos en los que las partes puedan tener una autonomía de la voluntad, sin que se vea afectado el interés público ni demás normas imperativas.

En el mismo sentido el artículo 1 de la Constitución dispone que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia social, democrático, soberano, intercultural, plurinacional y laico. Por tal motivo se entiende que la justicia no es limitada únicamente a sentencias judiciales, sino que es concebida como un procedimiento integral y multidimensional, por tal motivo en el marco normativo constitucional contemplamos que la mediación cumple con una función esencial pues promueve una convivencia armoniosa y sobre todo el respeto mutuo entre las partes. Por ello se alinea además con los fines esenciales del Estado, que se encuentran dispuestos en el artículo 3 numeral 8 del mismo cuerpo jurídico: *“Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2008)

Nuestro estado al ser pluricultural y laico implica que la mediación a su vez también sea vinculada con los derechos colectivos de los pueblos y nacionalidades indígenas, debemos tener en cuenta el artículo 171 de la Constitución que reconoce y da plena validez a la justicia indígena ya que se constituye como un sistema jurídico propio que tiene relación en parte con la mediación pues se alinea con sus principios de resolución pacífica, equitativa y restaurativa de las controversias. Por esto es que las comunidades tienden a priorizar el dialogo por, sobre todo, prefieren que se restauren las relaciones comunitarias y encontrar soluciones que puedan satisfacer a los intereses de los involucrados en el proceso.

Es importante considerar el principio de dignidad humana que se encuentra establecido como un eje principal en nuestro Carta Magna, en el caso de la mediación este principio se materializa a través del respeto mutuo, la escucha activa y la construcción de resoluciones en conjunto. Se diferencia del procedimiento ordinario, pues siempre una de las partes resulta obteniendo un beneficio y la otra un perjuicio. Por este motivo la mediación como figura jurídica busca la oportunidad de que ambas

partes tengan igual oportunidades para alcanzar soluciones consensuadas en las que se trate de reducir el conflicto en medida de lo posible y se promueva el entendimiento. Este enfoque humanista y restaurativo es coherente con los principios de un Estado constitucional de derechos que pretende colocar a la persona como fin y no como un simple medio.

Para concluir, reafirmamos que la mediación es un mecanismo y a su vez un derecho constitucional cuya promoción, difusión e implementación efectiva se convierte en una obligación del Estado ecuatoriano. En este sentido, instituciones públicas como el Consejo de la Judicatura deberán garantizar su accesibilidad mediante centros de mediación aprobados, programas de formación y campañas educativas que promuevan una cultura de paz. Finalizando con este punto decimos que la mediación en el Ecuador posee un fundamento sólido y constitucional que la reconoce como un procedimiento legítimo y en parte es una herramienta de transformación social, por tanto, su desarrollo no solo implica una mejora en la eficiencia y los tiempos del sistema de justicia, sino apuesta por un modelo de convivencia más justo, acorde a los principios constitucionales y enfocados en los artículos previamente citados en el presente punto en respeto de la dignidad humana.

1.2 Ley de Arbitraje y Mediación y su operatividad

Nos compete revisar la Ley de Arbitraje y Mediación que es la pieza clave en la institucionalización de estos métodos alternos de solución de conflictos en nuestro país. Dicha ley se encuentra vigente desde el 4 de septiembre del 1997 y fue codificada bajo el número 2006-014 encontrándose en plena vigencia hasta tiempos actuales, siendo un instrumento jurídico que ayuda a fomentar una justicia en su mayoría eficiente, accesible y participativa. Desde su entrada en vigor dicha ley ha sido indispensable para facilitar la resolución de conflictos sin acudir al sistema judicial tradicional puesto que aporta un enfoque mucho más flexible a la solución de controversias, su implementación da respuesta a los principios de tutela judicial efectiva y al reconocimiento de mecanismos alternos de solución de conflictos. Por este motivo la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) fomenta una justicia más eficiente y participativa para todos los ecuatorianos en un contexto en el que se requiere de métodos alternos para dar solución a conflictos sin la necesidad de acudir necesariamente a los tribunales de justicia.

El Artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación dispone como concepto de mediación que es: *“un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2006) Este concepto establece la naturaleza que posee dicha figura en relación a su carácter no contencioso, voluntario y confidencial. Resaltando la labor que tiene el mediador dentro del proceso pues actúa como un facilitador neutral para que se dé el dialogo entre las partes, no es una autoridad decisoria más bien, se capacita para fomentar una comunicación efectiva. Lo que se pretende es una autorregulación de la controversia, que provoque que las partes intervinientes generen una solución efectiva y satisfactoria. En este sentido la mediación representa una vía rápida, económica y menos traumática que un litigio puramente judicial.

Además, el mismo cuerpo normativo establece principios fundamentales que van a regir el procedimiento de mediación y aseguran su correcto desenvolvimiento. Entre ellos tenemos a la voluntariedad de las partes, la flexibilidad procesal, la imparcialidad característica principal del mediador, la confidencialidad del proceso y la equidad en la búsqueda de acuerdos que beneficien a ambas partes. Mencionamos al respecto que: *“La mediación es útil cuando los interesados tienen definido un conflicto y aceptan que no lo pueden resolver por ellos mismos. Si bien está claro que es un excelente instrumento para resolver conflictos ante los que otros métodos se han mostrado incapaces.”* (Montiel, 2013, pág. 571) Encontramos además que la principal diferencia entre esta figura y un juicio ordinario son aquellas decisiones que se imponen por parte del juzgador, mientras que en la mediación será potestad de las partes decidir de qué forma desean resolver su controversia promoviendo un modelo restaurativo y más humano.

Es imprescindible que analicemos la aplicación práctica que posee la Ley de Arbitraje y Mediación ya que permite que toda persona sea natural o jurídica, pública o privada que se encuentre en plena capacidad para transigir pueda someterse de manera voluntaria a este mecanismo. Es importante destacar que incluso las entidades de sector público pueden utilizar este mecanismo, siempre que cumplan con requisitos adicionales a lo habitual tales como la presencia y aprobación del Procurador General

del Estado así como la existencia de un acuerdo previo entre las instituciones que van a estar sujetas del proceso tal como se dispone el Artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado y sustentando su fundamento en el Artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador.

Esta ley opera reflejándose en la existencia de una red de centros de mediación tanto públicos como privados que deben estar acreditados a nivel nacional. Entre los centros más relevantes se encuentran: el Consejo de la Judicatura, la Defensoría Pública, la Superintendencia de Compañías que como mencionamos tiene su propia guía para realizar este método alternativo y demás organizaciones que se encuentren derivadas de las ya mencionadas. Dichas instituciones poseen la responsabilidad de facilitar el acceso a la mediación, además designar y seleccionar a mediadores certificados y vigilar que se cumplan los estándares éticos y técnicos. Uno de los ejemplos más significativos es la Superintendencia de Compañías, pues han desarrollado una estructura organizada y normada de centros de mediación especializados en la resolución de controversias societarias y promoviendo soluciones pacíficas dentro del ámbito empresarial (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros., 2012) Concluimos en que esta operatividad está encaminada a contribuir al descongestionamiento del sistema judicial, lo que fomenta el crecimiento de una cultura de paz en el Ecuador.

Sin embargo, a pesar de que el marco normativo e institucional parece favorable y completo, la mediación en el Ecuador aún enfrenta ciertos desafíos en cuanto a su implementación efectiva. En este punto es preciso mencionar un estudio desarrollado por Vayas Castro reveló que la mediación pública durante los años 2014 al 2021 se ha caracterizado por una eficacia limitada dada la ausencia de la cultura de paz, así como la escasa promoción institucional y la falta de aplicabilidad que poseen muchos abogados y usuarios a elegir esta vía por sobre la ordinaria. En virtud de lo mencionado Vayas Castro (2022) menciona que: *“los usuarios desconocen en su mayoría las posibilidades más efectivas para terminar con el conflicto en mediación y se aferran al asesoramiento y patrocinio del abogado”* (Vayas Castro, Jordán Buenaño, Vayas Castro, & Tamayo Vásquez, 2022, pág. 23) Esta es una de las muchas evidencias que existe respecto a la necesidad urgente de fomentar la educación ciudadana sobre la mediación, así como publicitarla siendo que es una alternativa válida, viable y beneficiosa para todos los sectores.

Para concluir con este punto debemos mencionar que la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador otorga un marco jurídico sólido y coherente con los principios constitucionales, así mismo este se encuentra en la misma línea que las tendencias internacionales en nuestro tema de estudio. Sin embargo, como analizamos su grado de operatividad no depende únicamente del marco normativo, sino de la formación de los profesionales del derecho, la voluntad política y del fortalecimiento de los centros de mediación. Algo que se puede conseguir únicamente mediante la promoción activa, la educación impartida tanto a ciudadanía como a los abogados de la república y la articulación interinstitucional que logre consolidar a la mediación como uno de los pilares fundamentales de la justicia contemporánea dentro de nuestra legislación. Por ello la transición hacia una cultura de dialogo, negociación en la que los acuerdos voluntarios representan un paso esencial para conducirnos hacia una sociedad pacífica y justa.

1.3 Identidad de principios entre la mediación y el ámbito judicial

Nos compete revisar dos cuerpos normativos que brindan respaldo a nuestro tema de estudio pues el Código Orgánico General de Procesos y en el Código Orgánico de la Función Judicial se permite la integración de la mediación en el sistema de justicia. Debemos hacer hincapié en los principios contenidos en estas leyes como punto de partida tenemos a lo que dispone el Artículo 2 del COGEP: *“en todas las actividades procesales se aplicarán los principios previstos en la Constitución de la República, en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en el Código Orgánico de la Función Judicial y los desarrollados en este Código”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2015) Este artículo brinda una base sólida pues promueve a la mediación dentro de los procedimientos judiciales como una vía legítima y eficiente en la resolución de conflictos pues está alineada en respeto al debido proceso, economía procesal, celeridad y demás principios que serán enfatizados más adelante y que son esenciales en la gestión moderna de justicia.

Es preciso hacer referencia a la obligación que tiene el juez de promover la solución pacífica del conflicto en la fase preliminar de la audiencia. Siendo que la mediación es integrada en un momento estratégico buscando desjudicializar las controversias y brindando a las partes un espacio de dialogo previo para que exista una posibilidad real de que se evite un juicio inminente. Además, este mecanismo se

encuentra fortalecido por el principio de oralidad consagrado en el Artículo 4 del COGEP que dispone: *“La sustanciación de los procesos se desarrollará mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2015) Este principio permite que la solución del conflicto sea tratada de manera directa entre las partes procesales en presencia del juzgador, quien se encuentra en capacidad para derivar la causa hacia mediación. De este modo reducimos la formalidad excesiva característica de los procedimientos ordinarios y se abre la posibilidad de creación de condiciones para asegurar un contacto más directo, eficiente y empático en el que la mediación aparece como alternativa viable ante un litigio.

Es pertinente revisar el Código Orgánico de la Función Judicial pues no ayudará a complementar nuestra visión y reconoce de forma expresa a los métodos alternos de solución de conflictos ya que forman parte del servicio público de justicia, en virtud de lo mencionado el artículo 17 dispone: *“el arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2025) Este artículo no solo brinda legitimidad a la mediación como una institución jurídica, además la posiciona como una parte fundamental del acceso general a la justicia, sobre todo en casos en los que el conflicto podrá resolverse sin necesidad de que se sienta una sentencia judicial.

De igual forma el COFJ posee ciertos principios procesales necesarios para comprender la mediación como mecanismo jurídico, entre ellos tenemos la imparcialidad, la celeridad y la responsabilidad, en virtud de aquello el Artículo 20 de este cuerpo jurídico señala respecto al principio de celeridad: *“la administración de justicia será rápida y oportuna, tanto en la tramitación y resolución de la causa, como en la ejecución de lo decidido”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2025) este artículo posee relación directa con nuestro tema de estudio pues la mediación tiende a promover resoluciones inmediatas y adaptadas a la necesidad de las partes. A diferencia de los procedimientos ordinarios la mediación brinda soluciones ágiles que contribuye a aliviar la carga procesal y aumenta significativamente la eficacia del sistema judicial.

Otro de los principios que resulta clave en la mediación es el de inmediación contemplado en el artículo 19 del COFJ que dispone: *“los procesos se sustanciarán con la intervención directa de las juezas y jueces que conozcan de la causa”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2025) Nos brinda la pauta para que durante las audiencias el juez

pueda intervenir y detecte oportunidades para que en conjunto con la aprobación de las partes se pueda derivar el caso a mediación, siempre y cuando se hable de materias que sean transigibles como: civil, laboral, familia y demás. Este principio fortalece la comunicación efectiva entre las partes procesales para que pueda dar inicio a una posible mediación, además de aplicarse también en los principios fundamentales que debe tener el mediador.

La imparcialidad es otro de los principios fundamentales que deben tenerse en cuenta tanto en los procedimientos ordinarios como en la mediación, se encuentra consagrado en el Artículo 9 del COFJ el cual manifiesta: *“la actuación de las juezas y jueces de la Función Judicial será imparcial, respetando la igualdad ante la ley”*. Este principio es esencial en la mediación y es parte de los valores que deben ser parte del mediador designado pues garantizará que los procedimientos se desarrollen sin sesgos, bajo la conducción de un tercer que no debe favorecer a ninguna de las partes intervinientes, ni emitir juicios a favor. La imparcialidad es de suma importancia para que las partes generen uno de los intangibles que será motivo de análisis en puntos futuros de nuestra investigación esta es la confianza en el procedimiento y que se fomenten acuerdos voluntarios.

Otro de los principios que no suele ser relacionado con la mediación es el de gratuidad, sin embargo, merece la pena mencionarlo pues como se dispone en el Artículo 12 del COFJ: *“el acceso a la administración de justicia es gratuito”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2025) Dicho principio es aplicado en los centros de mediación público que son administrados por el mismo Consejo de la Judicatura, está en concordancia con este principio pues no se incurre en gastos, por ello la mediación es presentada no solamente con un método alternativo, sino como una opción accesible y gratuita para los sectores vulnerables del país que no cuentan con dinero para gastar en un procedimiento ordinario, lo que refuerza la equidad y democratización del sistema judicial.

Finalmente hacemos referencia al principio de buena fe y lealtad procesal que tiene lugar en el artículo 26 del COFJ, exigiendo a las partes a actuar de manera ética y colaborativa manteniendo una conducta adecuada en todo momento, por ello la norma dispone: *“en los procesos judiciales las juezas y jueces exigirán una conducta de respeto recíproco e intervención ética”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2025) dentro

de nuestro tema de estudio este principio puede aplicarse de igual forma pues la partes deben estar dispuestas a participar con honestidad, apertura y disposición para dialogar siendo que esta conforma la base para que se alcancen acuerdos satisfactorios.

Para concluir con este punto destacamos que los principios contenidos en el Código Orgánico de la Función Judicial no solo nos ayudan a legitimar, sino potencian la aplicación efectiva de la mediación judicial. La doctrina menciona: *“la mediación debe ser comprendida como una forma innovadora de administrar justicia, en la que el protagonismo de las partes y el respeto por su autonomía generan soluciones más equitativas y sostenibles”* (Vayas Castro, Jordán Buenaño, Vayas Castro, & Tamayo Vásquez, 2022, pág. 322) Y por tanto el COFJ no debe verse únicamente como una norma estructural, sino como una base ética garantista y funcional desde la cual la mediación pueda desplegar su potencial transformador.

2. Actores involucrados: funciones y competencias

2.1 El mediador: facilitador imparcial del acuerdo

Para empezar a hablar sobre los actores que se involucran en el procedimiento debemos empezar por el mediador, ya que es parte central del proceso de mediación. Entre sus funciones destacamos que no es considerado un juez o arbitro, al contrario, es un tercero imparcial que tiene la labor de ayudar a las partes a identificar sus intereses para que se construyan acuerdos mutuos y aceptables. En virtud de aquello, la Ley de Arbitraje y Mediación en el artículo 44 dispone: *“el mediador será un tercero imparcial, habilitado legalmente para ejercer la mediación, inscrito en el registro del Consejo de la Judicatura”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2006) Dicha imparcialidad es la característica fundamental, puesto que garantiza que las partes intervinientes pueda generar confianza, que es uno de los intangibles más importantes a tener en cuenta más adelante en nuestra investigación. Además, permite que puedan expresarse con libertad, sin temor alguno a ser juzgados o coaccionados.

El mediador también tiene el deber de observar otros principios como el de: neutralidad, confidencialidad, buena fe y voluntariedad. En virtud de aquello la Guía de Mediación elaborada por la Superintendencia de Compañías menciona: *“el mediador cuidará su neutralidad con lo que garantizará la transparencia del proceso”* (Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros., 2012) Por tal motivo el rol del

mediador requiere de habilidades de comunicación excelentes además de un nivel de empatía superior y comprensión profunda de cada tipo de conflicto que se desee mediar, por este motivo al capacitarse no solamente se debe tener en cuenta los aspectos jurídicos, sino también los factores emocionales y relacionales.

Es preciso mencionar que el mediador a su vez cumple funciones documentales y procesales según dispone el Artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación pues es responsable de elaborar un acta de mediación en la que constan los acuerdos alcanzados, misma que: *“constituye título ejecutivo y tendrá el mismo valor que una sentencia ejecutoriada”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2006) Ya que la acta posee valor de sentencia ejecutoriada implicará que el mediador, sin ser un juez, contribuye de manera esencial al cierre formal y vinculante de la controversia teniendo en cuenta que se dé en materias en las que se pueda transigir. La formación que debe tener un mediador no solo debe ser técnica, también ética y normativa pues debe darse conforma al Reglamento de los Centros de Mediación y al Código de Ética respectivamente.

Por su parte, el Consejo de la Judicatura en cumplimiento de lo que estipula el Artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación debe llevar un Registro Nacional de mediadores, por lo que ellos son los encargados de supervisar su capacitación y brindarles acreditación para que puedan hacer estos procedimientos. Por este motivo dispone: *“el Consejo de la Judicatura llevará un Registro Nacional de Mediadores y de Centros de Mediación”* (Asamblea Nacional del Ecuador , 2006) Dicho control institucional garantizará la buena formación de profesionales que ejerzan estas funciones alrededor del país. Tal como lo señala la doctrina: *“el mediador es un agente de paz institucionalizado que, sin tomar partido, guía a las partes para reconstruir el diálogo perdido”* (Rivera López, 2019, pág. 22) De esta forma el mediador pasa a convertirse en una figura jurídica con capacidad para cumplir el papel fundamental dentro de este mecanismo alternativo de solución de conflictos.

2.2 Las partes intervinientes: protagonistas del proceso

Las partes en el procedimiento de mediación ocupan el papel más importante, pues son ellas quienes tienen la potestad de decidir ir por la vía judicial ordinaria o escoger alguno de los métodos alternos de solución de conflictos. Además, ellos se encargan de aceptar o no los acuerdos que surgen en el momento. Esto implica que, a diferencia de los procedimientos tradicionales, no existe un juez que pueda imponer una

sentencia definitiva, sino que son las partes intervinientes quienes tienen la potestad de construir su salida a la controversia, concepto que refuerza la noción de justicia restaurativa y participativa.

En virtud de aquello mencionamos que las partes tienen total derecho a participar de manera activa en cada fase del procedimiento de mediación, por tanto, deben expresar sus intereses, emociones y propuestas varias. De igual forma, podrán retirarse del proceso si consideran la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre ellos, si lo considerasen necesario. Por tal motivo y como lo señala la doctrina mencionamos que: *“La mediación permite a las personas ser arquitectas de sus propias soluciones, lo que mejora el cumplimiento de los acuerdos y fortalece la cultura del diálogo”* (Boulle, 2005, pág. 133) Esta se encuentra plasmada en el principio de voluntariedad de las partes, en virtud de aquello a su vez el artículo 50 pues se menciona que la mediación es de carácter confidencial siempre que las partes estén de acuerdo con la misma.

Aunque se encuentren dentro del procedimiento judicial, las partes tienen el derecho de solicitar al juez por petición de parte que derive el caso a mediación, de igual forma y como lo menciona el Artículo 46 de la Ley de Arbitraje y Mediación en su tercer inciso: *“Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2006) por ello podrán recurrir a esta como un mecanismo complementario. Esta disposición permite que durante el proceso las partes puedan derivar la causa a mediación judicial. En ese contexto su papel sigue siendo importante pues pueden optar por suspender el procedimiento ordinario en cualquier estado, explorar ciertas soluciones dialogadas y al conseguir un acuerdo puedan solicitar su debida homologación o archivo de la causa.

Otro aspecto clave para las partes es que dentro del procedimiento se encuentre en capacidad para transigir, que significa que solamente se podrá participar dentro del procedimiento de mediación aquellas personas naturales o jurídicas que estén facultadas legalmente para poder disponer de sus derechos tal y como lo menciona la norma pertinente, ósea la LAM en su artículo 43 que dispone: *“La materia sobre la cual verse el conflicto deberá ser transigible”* (Asamblea Nacional del Ecuador, 2006) De esta forma se encuentran excluidos ámbitos como el derecho penal, habeas corpus, acción de protección o aquellos procedimientos de incapacidad. Para complementar dicho concepto

mencionamos que en caso de que las partes no puedan disponer libremente del derecho en disputa no tendrá cabida la mediación.

Capítulo 3

1. Ventajas intangibles de la mediación

1.1 Teoría del valor intangible

Una vez hemos llegado al capítulo central de nuestro proyecto investigativo debemos afirmar la importancia que tiene el “valor intangible” dentro de nuestra materia, por ello, su concepto cobra una destacada relevancia en años recientes, tanto en ámbitos económicos, empresariales y demás. Se refiere a aquellos activos que, a pesar de no ser visibles materialmente, poseen un gran impacto en el desempeño de actividades encaminadas a resolver controversias de cualquier índole, por ello se menciona que: *"fuentes generadoras de valor que son formadas por medio de la innovación, diseños organizativos únicos o prácticas de gestión"*. (Edvinsson & Malone, 2000, pág. 56).

Aunque dichos activos no tengan sustancia física, la influencia que de ellos se desprende es considerablemente profunda, pues permite que quienes estén conscientes de su existencia puedan adaptarse y prosperar en cualquier ámbito en que se desempeñen teniendo éxito en una sociedad en constantes cambios. Dicho de manera simple, estos intangibles incluyen elementos importantes esenciales para garantizar un éxito prominente en el desarrollo a largo plazo de cualquier negociación, y de aquí se desprende un cúmulo de áreas beneficiadas por los mismos, como mencionamos, el área empresarial es una de las más beneficiadas, lo que a su vez ayuda a que exista una sostenibilidad de la economía global.

Por otro lado, este valor intangible va más allá de las organizaciones empresariales y sus incontables casos de superación en ámbitos socio-culturales. El ejemplo por excelencia de su aplicación lo encontramos en los ya analizados Métodos Alternos de Solución de Conflictos, siendo el eje de nuestra investigación: la mediación. *"El valor intangible positivo del resultado por la aplicación de un MASC a un conflicto determinado"* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 34) Se debe resaltar que estos métodos además de centrarse en la resolución del conflicto de manera eficiente también contribuyen a que las relaciones entre individuos se reconstruyan y perseveren, tratando de guiar cada conflicto hacia la paz y el entendimiento mutuo entre los involucrados. Desde esta perspectiva los MASC no son simplemente otro medio más para resolver

disputas, sino pretende causar un impacto social que va más allá de una medición cuantitativa, y cuya importancia no debe ser negada en términos de paz social y experiencias de vida de individuos que llegan a participar en estos procesos.

Con el contexto previamente brindado podemos asegurar que el capital social es contemplado como uno de los pilares que sostiene la valoración de los elementos intangibles. Por este motivo, para Gorjón & Steele Garza (2008) infieren en cuanto al capital social que: *"genera condiciones sociales que antes no se habían considerado observables dentro del devenir social"*. (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2008, pág. 43) Es un capital que no se contempla en la mayoría de ocasiones, pero eso no le resta importancia, pues se refiere a las relaciones, normas y conductas sociales que promueven la cooperación y la confianza entre los miembros que conforman una comunidad. En la mediación concretamente, este capital social se ve reflejado en la manifestación activa de las partes en colaborar para alcanzar una resolución de sus conflictos, así como el establecimiento de consensos que reducen los niveles de desconfianza durante el procedimiento. Dicho valor intangible por poner un ejemplo, tiene un efecto visiblemente positivo y prolongado entre las comunidades fomentando una sociedad más armoniosa y cohesionada.

Por otra parte, tenemos a la percepción y persuasión que tienen una posición fundamental en la construcción y fortalecimiento de los activos intangibles. En este punto es importante remarcar lo que aporta la siguiente cita: *"la persuasión modifica actitudes, creencias, opiniones o comportamientos de una persona o grupo hacia determinado resultado"* (Madero Gómez, 2010, pág. 78) esto nos aduce que los intangibles tales como: la confianza, credibilidad y la reputación influyen en la disposición que tienen las personas para que puedan iniciar su camino en los procedimientos alternos de solución de conflictos. Tal es el caso que, la confianza que se deposita en los mediadores y en el proceso como tal posee un valor intangible crucial ante la determinación del resultado sea éxito o fracaso en los MASC. La misma aceptación social de estos mecanismos se encuentra unida a los intangibles, de igual modo debemos destacar que esta no solo impacta en los participantes, sino también repercuten a nivel macro, esto nos quiere decir que se transformará la percepción de la justicia social y la resolución pacífica de conflictos.

Otro de los aspectos relevantes tiene que ver con la interrelación que existe entre los intangibles habidos en el ámbito organizacional, con esto nos referimos a: *"el capital intelectual no se limita solo a las empresas lucrativas; se puede aplicar igualmente a las entidades sin ánimo de lucro, el ejército, la iglesia, hasta los gobiernos"* (Edvinsson & Malone, 2000, pág. 254) La mencionada cita refuerza la importancia que posee el valor intangible tanto en el ámbito de la resolución de conflictos extrajudicial así como en el área empresarial. En el sector público, podemos observar dicho valor intangible en las políticas, transparencia, la confianza que tienen las personas en el sistema y la calidad del servicio, son elementos que influyen de manera importante a mantener un bienestar colectivo. Por ello mencionamos que este tipo de capital intangible es aquel que muchas veces dicta cual será la capacidad de quienes forman parte del mecanismo para generar un impacto positivo y significativo en el entorno jurídico actual.

Para finalizar con esta teoría debemos destacar que los elementos intangibles, si bien es cierto no podemos medirlos o cuantificarlos, tienden a tener una repercusión más amplia de lo que usualmente se cree, puesto que si bien los resultados a simple vista no son inmediatos sin embargo existe confianza en este mecanismo lo cual genera que muchas más personas tomen la decisión de ir por la mediación antes que seguir congestionando la vía ordinaria lo cual genera largos tiempos de espera en respuesta a los intereses de las partes que intervienen. Como vimos estos intangibles no son solo vistos en áreas como la mediación, posee un respaldo empresarial de éxito ya que con los mismos no solo podemos dar solución eficiente a las disputas en el área judicial, siendo destacable incluso en el área empresarial que es una de las que más interés tiene en porcentajes de éxito se refiera. Promoviendo la ya muchas veces mencionada paz social y sobre todo concientizando a las personas de la oportunidad de presentar sus controversias para ser resueltas mediante este mecanismo alternativo.

1.2 Naturaleza de los intangibles

Ahora es preciso mencionar que naturaleza es la que persigue a estos intangibles y de que forma la podemos caracterizar para identificarlos puesto que, como es de conocimiento general es difícil medirlos o identificarlos a simple vista. Empezaremos distinguiendo que los intangibles dentro del ámbito que nos corresponde ósea el extrajudicial, está caracterizado por su esencial inmaterial, ya que la encontramos mayormente vinculada a los valores sociales y jurídicos que no puede cuantificarse en

realidad, pero que son el vínculo directo que existe entre una correcta administración de justicia y una resolución exitosa de los conflictos que se pongan en debate dentro de la mediación.

Su diferencia en cuanto hablamos de los elementos tangibles del orden judicial tales como leyes, normas, estructuras y demás lo encontramos en que estos intangibles son la confianza, percepción de justicia, legitimidad y equidad que debe predominar en estos métodos alternos, en este sentido Gorjón (2017) sostiene que: *"los elementos intangibles dentro de los sistemas de resolución de conflictos generan condiciones sociales que fortalecen la cohesión y la percepción de justicia en la sociedad"* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 19) Esto evidencia que los intangibles no solo son un añadido al procedimiento judicial, sino que son precisamente los que dotan de sentido y eficiencia social promoviendo los valores propios de lo que debería ser la justicia. Su naturaleza, aunque abstracta, implica que la presencia o ausencia de los mismos determinará el grado de aceptación de sus participantes en la resolución del conflicto si se sienten satisfechos o no con las decisiones a las que llegaron en el acta de mediación. Esto nos hace pensar que se convierte en un componente esencial para la estabilidad social y el fomento de la solución de conflictos en una sociedad de paz, lo cual resulta incluso beneficioso para el Estado de derecho puesto que al no acudir inmediatamente a esta vía podemos descongestionar poco a poco ya que se encuentra bastante eludido de la llamada "carga procesal".

Otro de los aspectos que definen su naturaleza lo podemos encontrar en la capacidad que tienen para incidir en la transformación de los conflictos más allá de una resolución formal. Dentro de este contexto podemos evidenciar de qué manera los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, en este caso la mediación nos permite evidenciar que los intangibles si generan un efecto dentro de la práctica jurídica. En virtud de lo mencionado citamos: *"el valor intangible positivo del resultado por la aplicación de un MASC a un conflicto determinado radica en la generación de paz, restauración de relaciones y satisfacción de las partes"*. (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 34) Lo que debemos deducir de esto es el manifiesto de los intangibles al no generar solo un impacto leve e inmediato en la resolución de conflictos, al contrario, contribuye a la reconstrucción de las relaciones sociales y a que se prevengan conflictos futuros en relación a la misma disputa que ya es solucionada por las partes en la mediación. De tal manera que la naturaleza también es asociada con la capacidad de

transformar, no solamente orientada a resolver disputas, sino a generar un cambio sostenible en las relaciones sociales, interpersonales y comunitarias.

Es pertinente que mencionemos que existe una naturaleza subjetiva, puesto que su valor depende en gran medida de la forma en la que perciben las personas que participan en la mediación. Dentro de esto hay elementos que ya hemos tratado tales como la confianza en el mediador, sensaciones positivas como sentirse escuchado, que el problema fue resuelto con total imparcialidad son factores que tienen una gran influencia en la aceptación de la mediación y los acuerdos que mediante la misma se alcancen. En el mismo sentido tenemos que: *"la persuasión modifica actitudes, creencias, opiniones o comportamientos de una persona o grupo hacia determinado resultado"* (Madero Gómez, 2010, pág. 67) Analizando podemos comprender que en los procesos de mediación se ven incorporadas ciertas dinámicas comunicativas que fortalecen a los intangibles mencionados, pues esta subjetividad no les resta importancia, al contrario resalta su complejidad y efectividad que van más allá del dominio teórico del derecho o demás conocimientos técnicos de la ley. Por tanto, la naturaleza subjetiva los convierte en elementos clave para lograr una justicia reparadora, más humana y que se sienta más cercana a lo que necesitan las personas.

Otro aspecto relevante es la naturaleza relacional que tienen los intangibles, puesto que es un rasgo distintivo de este mecanismo frente al ámbito judicial tradicional, centrado específicamente en los procedimientos de mediación. Por esto sabemos que los intangibles no coexisten de manera aislada, sino que estos se generan a partir de la interacción que se genera entre las partes involucradas, el mediador y el contexto social en el que se desarrolla el conflicto. En este sentido Gorjón (2017) nos propone: *"el capital social generado en los procesos alternativos de solución de conflictos permite fortalecer las relaciones humanas y construir entornos de cooperación"*. (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 75) Esta característica nos evidencia que los intangibles se construyen u consolidan a través de la comunicación, el dialogo y la participación activa de los involucrados. En consecuencia, la calidad de las relaciones interpersonales que ahí podemos ver influye de manera directa en la efectividad de los procedimientos alternos de solución de conflictos. Logrando que se evidencie la construcción y consolidación de los intangibles a través de la comunicación, el dialogo y la participación activa de los intervinientes. Y por esto mencionamos la calidad que poseen las relaciones interpersonales y sobre todo como se mantenga a pesar del dialogo

habido durante el procedimiento de mediación hace que estos intangibles sean componente esencial e indispensable para que se alcancen acuerdos sostenibles en el tiempo y legítimos.

Para finalizar con este punto y empezar a revisar cuales son los intangibles numerados que son la médula espinal de nuestra investigación destacamos nuevamente que la naturaleza de los intangibles en el ámbito judicial se ve caracterizada por su impacto a largo plazo, ya que los efectos se producen durante la mediación, así como una vez se haya dado solución al conflicto en conformidad mutua. A diferencia de una sentencia judicial tradicional, un acta de mediación puede ser mucho más significativa para las partes en términos de satisfacción, los intangibles que se generan en el proceso mencionado, así como la posibilidad de sostener el acuerdo y que perdure en el tiempo. Finalmente dejamos la siguiente cita: *"los beneficios intangibles de la mediación se reflejan en la reducción de la reincidencia del conflicto y en la consolidación de una cultura de paz"* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 17) Esto no hace más que resaltar a los intangibles al no solo aportar un valor en el presente, aunque este ya sería evidente dadas las características y demás inferencias mencionadas a lo largo de la presente investigación, sino que contribuyen a la construcción de una sociedad más pacífica y cohesionada. En dicho sentido, comprender la naturaleza que rodea a los mismos ayuda a reconocer su importancia y dotarles de valor como elementos fundamentales para la evolución de este mecanismo del derecho, haciendo que poco a poco el sistema de justicia evolucione hacia modelos más integrales, participativos y humanizados.

2. Intangibles de la mediación

2.1 Activo de Paz

Este es el primero de los intangibles a tratar puesto que dentro de la teoría del valor intangible que revisamos en puntos pasados de nuestro proyecto mencionamos a la cultura de paz o sociedad pacífica en constantes ocasiones. Pues esta constituye uno de los factores más relevantes en la transformación progresiva de los conflictos. En primer lugar, debemos entender que la paz no solamente se refiere a la ausencia de violencia o conductas negativas, también es un resultado positivo que se deriva de la participación activa de las partes dentro del proceso, puesto que en sus propias manos está dar solución a la controversia, en el mismo sentido Gorjón (2017) sostiene: *"la*

coparticipación de la sociedad en general en la solución de sus conflictos y promueven “la paz positiva”, lo cual implica un proceso constructivo donde las partes no solo resuelven su disputa, sino que generan condiciones de convivencia futura” (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 65) Considerando lo que menciona el autor del libro, este intangible es configurado como un activo pues produce beneficios que perduran en el tiempo, la paz es la base de las relaciones sociales, además es la que previene la reincidencia del conflicto o que el mismo no avoque solución durante el procedimiento de mediación. Distinguiéndose de la vía ordinaria pues únicamente busca dar solución formal sin tener en cuenta el trasfondo del problema en varios casos.

De igual forma este intangible se encuentra vinculado directamente con la percepción social de los mecanismos alternativos de solución de conflictos, puesto que su valor radica en los efectos generados en la vida cotidiana de las personas que son potenciales a la mediación, por ello se busca incidir en la cotidianidad y en la estabilidad del sistema social. Finalmente, Gorjón (2017) nos explica que: los intangibles: *“se erigen como elementos fundamentales de culturización y de implementación de los MASC por la sociedad, ya que su efecto generará beneficios futuros en favor de ella misma y de la paz en un ambiente que cambia permanentemente”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 66) Desde la perspectiva brindada por el Doctor Gorjón podemos ver como la paz se convierte no solamente en la ausencia de conflicto que mencionamos en un inicio, sino además es un recurso estratégico que pretende trascender lo jurídico, posicionando al intangible como un valor social que impulsa de igual forma la armonía, otro intangible que será analizado posteriormente en nuestra investigación, así como la cooperación y el desarrollo. En consecuencia, de los mencionado el activo de paz, no solo es un resultado deseable, además es un componente esencial en la consolidación de una cultura de mediación, en la que el conflicto deja de ser problema y pasa a ser una potencial oportunidad para que dé lugar una transformación social.

2.2 Armonía

La armonía como intangible se puede entender como un factor innovador que trasciende la simple resolución del conflicto pues es sitúa dentro de un plano de equilibrio y orden en las relaciones sociales. Podemos analizar su característica intangible ya que genera certeza respecto al funcionamiento ameno de las relaciones, en

tanto las mismas se desarrollen conforme a los parámetros sociales aceptados o contruidos por las partes durante el ambiente de la mediación. Es importante destacar lo que nos aduce el Gorjón (2017) pues: *“entender la armonía como valor es una cuestión innovadora, ya que el sentido último de esta es de generar certeza en las cosas o relaciones que se encuentran en un status de control”*, (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 68) esto implica que la mediación no solo resuelve una controversia material, sino a su vez restablece el orden justo y funcional que en ocasiones es el que desencadena la disputa. La certeza de que existe armonía se convierte en el elemento primordial dentro de los MASC, pues fortalece otros intangibles como la confianza de las partes en el proceso y sobre todo en los acuerdos que se alcancen de esta forma se consolidan relaciones más estables y que se sostienen en el tiempo.

La armonía también se comprende como una regla de vida social, pues cumple la función de estabilizar las relaciones humanas, desde este punto de vista, la mediación no es otro más de los mecanismos para resolver conflictos, sino es un instrumento utilizado para reordenar y equilibrar los intereses de las partes, lo cual permite la coexistencia de manera justa y proporcional. La armonía no debe verse solamente como un estado pasivo, sino como un proceso activo en el cual se ajustan y coordinan los intereses de las partes intervinientes. Por este motivo la mediación tiende a facilitar la adaptación de las visiones distintas que tienen las partes, se evita la ruptura abrupta de las relaciones y se promueve su fortalecimiento continuo, esto ocurre en cualquiera de los ámbitos en los que se ocupe a la mediación, sea jurídico, empresarial, de negocios entre otros.

Finalmente decimos que la armonía implica un nivel mucho más profundo de integración de los mediados, pues se caracteriza por poseer una sincronización de los intereses y se construye un entendimiento mutuo que afecta de manera positiva a la convivencia durante y posterior al proceso. Durante el proceso es vital tenerla en cuenta pues se genera un ambiente de convivencia, en la que todos los que intervienen deben estar sintonizados en el mismo canal, en la misma frecuencia. Esto refleja que se deben reacomodar los intereses en los cuales existan las diferencias iniciales para convertirse en acuerdos mutuos. Un fenómeno entendido como convergencia de perspectivas en las que: *“dos ideas se conforman en una, se sincronizan”* (Romero Bedregal, 2006, pág. 87) Esto constituye uno de los mayores aportes a los MASC, ya que permite que toda tensión sea superada, algo muy valioso en una sociedad caracterizada por tener

conflictos constantes. En conclusión, la armonía se consolida como un intangible esencial que no solamente debe ser efecto de la resolución del conflicto, sino debe tomarse en cuenta para procurar cambiar la dinámica social en la que la sociedad convive, pues esta no suele ser fácil y en ocasiones falta el factor armonía, por lo que consideramos que se posiciona como pilar dentro de nuestra investigación al construir relaciones duraderas y equilibradas que inciden directamente en una mediación exitosa.

2.3 Asociatividad

La asociatividad es uno de los intangibles más destacados en la mediación, pues se representa como la capacidad de generar una unión positiva entre los intervinientes a partir de objetivos comunes. Se consolida como un intangible esencial dentro de la construcción de relaciones colaborativas en distintos ámbitos tales como social, familiar, económico o político. Dentro del mismo sentido mencionamos que es la unión de personas que plasman su relación en un acuerdo, mismo que tendrá esfuerzos y conocimientos para materializar un objetivo común como mencionan Maldovan y Dzembrowski (2007). Su base radica en la cooperación, la confianza y la interdependencia que tienen las partes, que además son otros factores intangibles que serán analizados. En el proceso de mediación esta desempeña un papel fundamental, pues facilita la creación de estos vínculos y también permite una abstención frente a conflictos futuros, ya que ante la existencia de un desacuerdo este puede resolverse positivamente procurando que no se disuelva en vínculo generado, la idea principal sería fortalecer la relación en lugar de debilitarla. Lo que se logra es trascender el momento en que empieza el procedimiento y tratar de proyectar y fomentar la permanencia y cohesión colectiva, por este motivo se integra a la mediación pues al realizarla no solo permite preservar las relaciones sino también puede potenciarlas en términos de crecimiento y adaptación dentro de una misma sociedad.

Esta asociatividad se entiende no solamente como una forma de unión, sino además es una convicción y actitud orientadas a que se generen alianzas en base a la estrategia y a los intereses compartidas entre las partes que intervienen, este aspecto le otorga un carácter voluntario y autónomo. En este sentido se considera que su esencia no está limitada al ámbito empresarial por más que se hable de estrategia, dicho factor trasciende a cualquier tipo de relación humana por ende se recalca su principio e de multidimensionalidad. De igual forma, este intangible se encuentra relacionado al

principio de voluntariedad ya mencionado y es propio de los mecanismos alternos de solución de conflictos, ya que son las partes las que libremente se integran y determinan cual será el destino que buscan y los objetivos que tengan en común.

Finalmente mencionamos que la asociatividad tiene tal relevancia que incluso da pie a que existan modelos específicos como lo es la mediación asociativa, evidenciando que la misma ocupa un papel base para la construcción de vínculos y soluciones en conjunto, su propósito inicial es identificar y potenciar cuáles serán los elementos que den pie a la unión y la relación entre las partes, este es un enfoque que además de estimar al comportamiento humano contienen vínculos asociativos que conectan actitudes, acciones, creencias, contextos y demás factores que inciden para que se generen alianzas más allá de una simple resolución de conflictos.

La mediación no solo actuará como un mecanismo para que se solucionen las disputas, sino será un proceso que revele intereses comunes y que fortalezca las relaciones desde su naturaleza propia. En consecuencia, la definimos como un proceso en el cual los protagonistas del proceso también llamados mediados, al ser guiados por un tercero experto en este caso el mediador pueden descubrir las cualidades que tienen en conjunto y desarrollar habilidades cognitivas que los hacen alcanzar beneficios mutuos. Demostrando que la asociatividad no sirve únicamente para unir a las partes, sino que pretende generar una transformación en ellas permitiendo la construcción de soluciones sostenibles que se basan en el entendimiento mutuo y el fortalecimiento del vínculo relacional.

2.4 Autonomía

Nos encontramos ante uno de los intangibles claramente destacables en los MASC, se entiende como la capacidad que tienen las parte que intervienen para poder desarrollar y funcionar según los criterios propios que estos posean, esto es una demostración clara de la libertad de pensamiento crítico que existe en la toma de decisiones que tienen los mediados. Se puede observar de manera fácil pues dentro de la mediación como método alternativo son las partes las responsables de construir el acuerdo voluntario y legítimo. Pues desde la teoría de la mediación intangible vemos como cada intangible da pie a otro más, en este caso va en coherencia de los principios de autodeterminación, entendiéndose que las partes tendrán en el espacio pertinente el derecho de tomar sus propias decisiones que repercutirán durante el proceso de

mediación. Por esto citamos a Moore (2014) que nos aporta sobre la autonomía: *“Es el derecho de las partes a tomar sus propias decisiones en el proceso de mediación”* (Moore, 2014, pág. 73) De igual forma señalamos en la misma línea que: *“Los acuerdos son más duraderos cuando las partes participan activamente en su construcción”* (Fisher, Ury, & Patton, 2011, pág. 53) De este modo se destaca que la autonomía no solamente es la que dota de estructura al proceso, sino que ayuda a su vez a la legitimación de cada decisión tomada durante el mismo, aspecto que responsabiliza de manera individual a las partes intervinientes. Esto no es necesariamente malo pues las partes al sentirse dueñas de sus decisiones llega a brindar un empoderamiento que también favorece a que estas resoluciones sean sostenibles en el tiempo. Finalmente mencionamos como conclusión que este intangible es un elemento marcado y que se diferencia del modelo jurisdiccional tradicional en que son las autoridades competentes (el juez) quien decide sobre su situación, una correcta aplicación de la mediación impulsa a la cultura de paz que tanto hemos hablado en nuestra investigación, teniendo como base según este intangible a la autogestión del conflicto.

Para finalizar con este intangible es importante resaltar que es aquel que brinda un sentido al conocido principio *“pacta sunt servanda”* debido a que es precisamente la voluntad la que forma al derecho y su operatividad, hecho que evidencia la función dinamizadora en las relaciones jurídicas como es el caso de la mediación. Dentro de este contexto decimos que la autonomía que poseen las partes no solamente otorga fundamento a las obligaciones contenidas en los acuerdos o actas de mediación, sino que también legitima el origen del mismo, en virtud de la libre decisión de las partes.

Debemos dar por sentado que la autonomía es aquella que se traduce como la libertad que tienen los particulares para entablar relaciones con otros, siendo este el vínculo directo del que se habla en el derecho civil, mismo que da pie a que exista una libertad contractual, la libertad implica que todos están en la facultad de contratar con quien quieran y de la manera que deseen siempre y cuando se encuentren apegados a los límites legales y de orden público, desde la teoría jurídica se menciona que: *“la autonomía de la voluntad constituye la base del derecho privado moderno”* (Díez-Picazo, 2007, pág. 102) Consecuentemente, el intangible trasciende de manera evidente la dimensión normativa y se transforma en un valor esencial que debe formar parte de los procedimientos de mediación. Tal es su relación con la libertad que se ven reforzados y aplicados como principio estructural característico de los MASC.

Finalmente, afirmamos que se la autonomía como expresión de libertad es el pilar fundamental que dota de validez, legitimidad y eficacia a cada acuerdo logrado mediante el uso de este mecanismo de solución de conflictos.

2.5 Bajo Costo

Es innegable que consideremos al bajo costo como un intangible destacado en la mediación, pues, aunque los principios de la justicia dicten que debe ser sin fronteras y gratuita para el libre acceso de los ciudadanos debemos mencionar que en la práctica queda constancia que se implican costos altos para las personas, y no solamente nos referimos al monetario, principalmente son los largos periodos de espera para recién iniciar la recuperación de los derechos que se encuentren en disputa. Los MASC se caracterizan principalmente por reducir de forma significativa estos costos eliminando las dilaciones injustificadas o las practicas litigiosas innecesarias, algo que aporta de manera positiva a la economía del proceso.

Por tal motivo se afirma que: *“la mediación es más ágil y económica que el proceso judicial, para ciertas contiendas”* (Pacheco Pulido, 2004, pág. 63) resaltamos principalmente su eficiencia a comparación del sistema jurídico tradicional. Como ya se destacó en un inicio, el bajo costo no debe ser únicamente entendido como una reducción monetaria, sino como el resultado de un proceso eficiente tanto en tiempo como en recursos utilizados en el mismo. Este intangible puede ser analizado de igual forma desde la perspectiva plenamente económica pues evidenciamos que la mediación exige una carga estructural mucho menor al litigio pues debemos vincularlo con la accesibilidad a la justicia y la optimización de los recursos que se tengan en el momento. En conclusión, el intangible favorece a una resolución más veloz con menor cantidad de recursos utilizados por las partes, siendo un elemento clave que fortalece la eficacia y atractivo de la mediación y los demás MASC frente al sistema judicial tradicional.

Ahora se debe enfatizar que el bajo costo no debe asociarse a una baja calidad de proceso, puesto que se relaciona más con conceptos como la mejora continua, haciendo que los recursos y resultados sean optimizados de mejor forma. Por mejora continua nos referimos a un elemento que no solo aumenta la calidad del proceso, sino que a su vez contribuye a la reducción de costos operativos y sociales. La mediación tiende a favorecer la eficiencia, propiciando soluciones rápidas que en la mayoría de casos

normalizan relaciones conflictivas entre las partes, no solo es una inferencia propia, pues la misma doctrina reconoce que la calidad de los procesos incide directamente en la satisfacción de las partes y en que cada acuerdo sea sostenible con el paso del tiempo.

Finalmente acotamos que el bajo costo no solo es lo económico, el beneficio es mucho más amplio pues el ahorro del tiempo y el incremento de la productividad son factores que los ciudadanos toman en cuenta para decidir por que vía deciden llevar cada controversia, mientras exista una pronta solución del conflicto se evitan costos derivados como la prolongación innecesaria el litigio como podemos observarlo en gran cantidad de casos civiles. Es un intangible que fortalece la eficacia no solo de la mediación sino de todos los MASC en general, y cerramos diciendo que siempre debería existir una relación entre la calidad, productividad, tiempo y costo, por ende, posicionamos a la mediación como eficiente frente al sistema judicial tradicional para resolver conflictos

2.6 Competitividad

La competitividad es otro de los factores intangibles que debemos señalar si queremos hablar de las ventajas que tiene la mediación frente a la justicia ordinaria, pues la misma satisface expectativas y necesidades de los participantes en el conflicto otorgándoles a ellos mismos las herramientas de acción y gestión, esto evidencia el impacto en la eficiencia organizacional. La competitividad se ve configurada como un factor de éxito presente en las distintas etapas que conlleva un procedimiento de mediación, pues la misma se aplica tanto en casos particulares como empresariales en los cuales se ven inmersas organizaciones, pues es en estos casos en lo que se centra el eje de su operatividad. Cuando exista un conflicto que interfiera en el desempeño individual definimos que el mismo ocasionará que se afecta directamente su efectividad y en consecuencia la competitividad, generando efectos negativos que se darán en cadena dentro de una misma organización. La mediación y las teorías que hemos analizado arduamente a lo largo de este proyecto nos dicen que la gestión adecuada del conflicto mejora significativamente el rendimiento y la productividad, pues cada controversia que esté mal gestionada afecta el clima organizacional desembocando una baja considerable en la eficiencia laboral, esto si lo queremos ver desde el punto de vista empresarial que también tiene presente a la mediación como mecanismo preferente.

Por este motivo definimos que la mediación no solamente resuelve disputas, sino que también previene futuros efectos adversos como la disminución del rendimiento y la contaminación del ambiente laboral como es el caso de las organizaciones. Deja remarcadas por su lado los distintos valores característicos del mecanismo como puede ser el fortalecimiento de la cooperación y el alineamiento de los intereses individuales con los objetivos que persiga la empresa o negocio en cuando a su institucionalidad. La consideramos como una ventaja estratégica que no debes ser ignorada por las organizaciones, finalmente destacamos como la competitividad, impulsada por la mediación en conjunto consolidan un elemento base para que transcurra un desarrollo eficiente y sostenible en un entorno corporativo.

2.7 Confianza

Este es el intangible que por excelencia hemos mencionado repetidas veces a lo largo de nuestra investigación, es fundamental dentro de la mediación pues actúa como eje transversal al sostener el procedimiento como los resultados que de este provengan, la base para dar inicio a un proceso de mediación con éxito es que las partes tengan seguridad, de igual forma con el mediador y el posterior acuerdo fruto de esta confianza. Es importante que acotemos la siguiente cita sobre la confianza, pues la misma es entendida como: *“un valor de credibilidad que genera efectos positivos sobre las relaciones haciéndolas más duraderas”* (Covey & Merrill, 2010, pág. 49) demostración evidente de que el impacto en la estabilidad de los vínculos generados, no solo jurídicos sino también sociales tienen un peso inmedible dentro proceso.

Si quisiéramos analizarlo desde la práctica, la mediación tiene como finalidad alcanzar un acuerdo basado en la confianza para que sea mucho más sólido ya que esto en varias situaciones lo hace mucho más efectivo y favorece su cumplimiento en el tiempo. La credibilidad personal es el elemento infaltable en la mediación, pues sin ella no sería probable que los acuerdos se consoliden o se legitimen ni sean sostenibles de ningún modo. Esto implica que la confianza no solo es el resultado de un buen proceso, es el requisito previo a la obtención de un resultado exitoso, dicha confianza puede proyectarse en distintos niveles, en ámbito personal, organizacional del mercado y social. Esto no hace más que ampliar el alcance, resolviendo mucho más que un solo conflicto en específico, el intangible fortalece la cooperación entre las partes y el mediador, además reduce la incertidumbre que muchas veces obliga a que no se

desarrolle un proceso correcto, consolidando a la confianza como un pilar esencial que no requiere mucho más que acotar para entender que garantiza otros intangibles ligados a su existencia como lo pueden ser la eficacia, legitimidad y permanencia de cada acuerdo logrado en la mediación y los MASC en general.

2.8 Confidencialidad

Este intangible cumple una doble función pues además de ser un factor decisivo en cuanto hablamos de las cualidades de un buen mediador, también es aquel elemento no visible que puede dotar de seguridad y estabilidad a las relaciones entre los intervinientes, ya que, como es de conocimiento general existe cierto tipo de información que debe ser manejada de manera cuidadosa, pues puede poner en situación de equilibrio y control de poder de uno sobre otro en casos en los que se hable de datos reservados. Por este hecho dentro de los MASC, la confidencialidad está proyectada tanto en el contenido del acuerdo, así como en todo lo actuado durante el procedimiento, ayudando a su vez al intangible de la confianza en el proceso. Por esto encontramos en la doctrina que toda la información tratada durante el procedimiento: *“no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de los intervinientes”* (Cabello, Gorjón, & Et.al., 2015, pág. 77)

Esto dota a la mediación y demás MASC de un carácter protector, que no solo resguarda a las partes, sino también tiene que ver con el mediador como tercero profesional que las guía. Quien no estará capacitado para actuar posteriormente en procesos judiciales que estén relacionados a la materia de la controversia propia. Desde la perspectiva puramente jurídica, vemos a la confidencialidad configurada como una garantía que brinda seguridad y fortalece a la legitimación del proceso y mecanismo. De igual forma, debe ser regulado en las leyes de la justicia alternativa pues esto evidencia que la misma posee una estructura protectora dentro de la mediación. Como conclusión el intangible promueve el ambiente de apertura en el cual todo lo relatado antes, durante y una vez firmada el acta de mediación será reservado para las partes, siendo que es un ambiente de apertura completa en el que debe predominar la sinceridad y la cooperación de las partes para buscar una solución mediante la guía del mediador. Es sin duda el pilar de este método alterno pues la eficacia está ligada al mismo, así como la credibilidad que sustenta a la figura como tal dando sostenibilidad a los MASC.

2.9 Creatividad

Es indispensable que hablemos sobre la creatividad como influyente dentro del proceso, pues es esencial que a los participantes se les posibilite la generación de soluciones efectivas y adaptadas a las necesidades de cada caso, esto se respalda en: “*ser creativo significa confeccionar algo que antes no existía*” (De Bono, 2012, pág. 45) La mediación no es un mecanismo estático en el cual se deba ir siempre por un mismo camino en el que se apliquen soluciones preexistentes, lo que el mediador debe fomentar es que sean las partes las que construyan en conjunto las alternativas a partir del conflicto, siempre que las mismas sean dentro de los límites legales. Lo que a su vez da libertad para que cada parte proponga sus ideas a discusión, por ende, la intervención del tercero profesional resulta fundamental ya que él debe facilitar el dialogo y fomentar que surjan estos espacios en donde las partes exploren la opción más adecuada para resolver el conflicto. El objetivo será generar un brainstorm o lluvia de ideas para que sean discutidas en virtud de descubrir cuales son los intereses de cada parte y ver las ventajas y desventajas del mismo.

La creatividad a su vez se encuentra ligada a un pensamiento lateral que debe ser entendido como aquel mecanismo que transforma a aquellas percepciones, ideas y conceptos para que pueda existir el debido proceso y llegue a cambiar la forma en la que perciben el conflicto. Lo que debe predominar según este intangible es un esquema rígido de pensamiento, pues eso iría en contra de la naturaleza propia de la mediación, siempre deben estar abiertos a explorar nuevas interpretaciones para que cada decisión sea enriquecedora de ambos lados, pues de esta forma cada decisión se sentirá potenciada al ser innovadora y eficaz, todo esto logrado de la mano de un buen mediador que tenga las cualidades de las que hablaremos en capítulos posteriores de la investigación. La creatividad debe superar las barreras cognitivas, dejando de lado la fijación funcional, de que por que en un caso funcionó en otro funcionará o viceversa, pues esto va en contra de la naturaleza como se mencionó y además limita la capacidad de encontrar soluciones y restringe el pensamiento a un esquema tradicional. El entorno propicio para que surjan las ideas y la innovación es precisamente el de la mediación por eso la labor del mediador es generar el espacio durante las distintas etapas del proceso, por ende, la creatividad debe dejar de minimizarse como un simple acto espontaneo, al contrario, debe ser vista como un proceso con estructura propia del cual

se puede desprender la solución del problema garantizando acuerdos más originales y ajustados a la realidad de cada interviniente.

2.10 Especialización

La especialización constituye un intangible importante dentro de la mediación pues dota de identidad al mecanismo como una profesión autónoma que está sustentada por conocimientos técnicos y subjetivos que debe tener el profesional que las ejecute orientadas siempre a la resolución de conflictos, En la misma línea sostenemos que la mediación es hoy en día una profesión que depende de la especialización del mediador, pues requiere un nivel de formación distinta al de otras disciplinas jurídicas ya que en la mediación vemos presente factores subjetivos que son importantes. El mediador deberá dominar las técnicas específicas de su papel, mismo que lo distinguen en cierto punto de los jueces convencionales que apelan más a lo que dicte la norma antes que al lado humano del conflicto.

Este aspecto enriquece la calidad del proceso y además garantiza que cada intervención sea eficaz y adecuada para llegar a la naturaleza del conflicto y gestionar su resolución. La especialización por parte del mediador además de brindar formalidad al proceso, tendrá consecuencias que no sean simplemente de facilitar, sino también de ser un experto que guía estratégicamente a la comunicación y la negociación de las partes, el intangible refuerza la profesionalización que requiere la mediación y el reconocimiento que se merece como una disciplina independiente dentro del ámbito jurídico y social que requiere habilidades específicas y cuya labor principal es la de generar confianza y asegurar que quienes formen parte del como terceros profesionales conduzcan cada proceso posean competencias técnicas que sean verificables.

La especialización dentro de la mediación surge como una respuesta a la necesidad social al igual que el resto de ramas profesional tradicionales, nace en respuesta a la demanda de mecanismo más eficientes para gestionar conflictos que no necesariamente requieran acudir a la vía judicial tradicional. Al especializarse decimos que cada conocimiento que pueda aportar al proceso contenga: *“una base de ideas, conceptos y teorías orientadas a resolver problemáticas específicas”* (Benavides Martínez, 2014, pág. 61). Como sabemos la sociedad no es un ente estático pues se encuentra en constante cambio y genera una evolución de igual forma en las distintas dinámicas sociales a ser aplicadas durante la mediación, impartiendo nuevos enfoques,

adaptables a las nuevas realidades humanas y que puedan servir al mediador para que siga nutriéndose de conocimientos no solamente implicando el ámbito académico, sino la experiencia práctica que cada caso conlleva lo que genera un desarrollo exponencial de sus habilidades. La especialización como intangible fortalece la eficacia e impulsa cada uno de los principios pues consolida a la mediación como la disciplina profesional que es en la actualidad, sin embargo, está sujeta a evolución pues como mencionamos en una sociedad cambiante siempre se debe orientar a las personas a buscar la solución más eficiente y sostenible para solucionar los conflictos.

2.11 Mejora continua

La mejora continua se comprende como un intangible importante dentro de la mediación debido a que se respalda en gestiones internas de la percepción, reflexión y adaptación de las partes involucradas frente al conflicto. No se enfoca en solo resolver una cuestión específica sino de producir un desarrollo continuo de análisis que facilite identificar nuevas y diversas formas de tratar con el problema y sus posibles alternativas, Villanueva (2011) señala que: *“la mejora continua es un procedimiento de reflexión continua que se basa en las percepciones de las partes del entorno”* (Villanueva Alonso, 2011, pág. 20) En otras palabras, señala que el progreso depende de los propios involucrados y su capacidad de interpretar su entorno, analizarlo y de esta forma modificarlo. Asimismo, este proceso no se centra solamente en la resolución del conflicto, va más allá generando resultados necesarios para ambas partes por lo cual genera soluciones sostenibles que se mantengan a largo plazo lo cual provoca que exista un cambio verdadero, se respalda de diversos elementos como la flexibilidad y la creatividad, así se establece como un valor el cual refuerza la calidad de los acuerdos fomenta los aprendizajes en las partes involucradas dentro del conflicto.

La mejora continua no solo se centra en ayudar a resolver el conflicto sino a mejorar las relaciones interpersonales y sociales haciendo progresos en la comunicación, cooperación y la resolución autónoma de los conflictos, Tennant y Geoff (2013) señalan que: *“la mejora continua es también una estrategia de calidad, que mejora indiscutiblemente las relaciones entre las personas”* (Tennant & Geoff, 2013, pág. 37) de esta manera se evidencia su importancia dentro de los procesos de igual forma promueve que las partes involucradas desarrollen competencias para la gestión adecuada de los conflictos dentro de la mediación, traspassando su uso en el entorno

social. La mejora continua beneficia tanto a los participantes dentro del conflicto y en la sociedad para mantener una cultura de paz en la sociedad.

2.12 Modernidad

La modernidad es entendida como un intangible en relación al ser considerada un proceso de cambio, adaptación y actualización en los sistemas jurídicos como sociales, enfocada en perfeccionar la resolución de conflictos y la convivencia. Se basa en ser un proceso el cual busca cambiar las estructuras tradicionales en estructuras más eficientes y participativas. Gutiérrez & León del Río (2013) mencionan que: *“modernidad es sinónimo de cambio, es sinónimo de adaptación y actualización”* (Valdés Gutiérrez & León del Río, 2013, pág. 122) hace referencia que se mantiene en una evolución constante frente a las nuevas situaciones y contextos, de igual forma la modernización se basa en la supervisión de las tendencias que benefician a la mejora de los procesos, mismo que se evidencia en la integración de los métodos alternativos de solución de conflictos, dichos mecanismos se basan principalmente en la participación de las partes involucradas, desplazando los modelos tradicionales de justicia, por lo cual la modernización considerada como intangible incentiva a la existencia de modelos más dinámicos, inclusivos y aptos a las necesidades actuales de la sociedad.

La modernización es considerada un proceso el cual actúa directamente en el desarrollo social, económico-jurídico, al tener un efecto que transforme y reorganice las relaciones sociales. Peñalver señala que: *“un proceso que influye como instrumento de activación económica, crecimiento y desarrollo dentro de la construcción social”* (Peñalver, 2003, pág. 46), lo que permite ver su influencia a gran escala social y cultural. Los MASC se exponen como una demostración de este proceso al modificar el sistema jurídico hacia una estructura más accesible y eficiente. Este cambio se apoya en los valores intangibles de los MASC, mismos que brindan beneficios a los usuarios como a los facilitadores del sistema. En otras palabras, la modernización se considera como un intangible que promueve el autocontrol social de los conflictos y refuerza el desarrollo de una sociedad participativa, justa y orientada a la paz.

2.13 Monopolización del procedimiento por las partes

La monopolización del procedimiento por las partes hace referencia a un control directo y activo de los involucrados sobre el progreso y resultado del procedimiento. Al

contrario del sistema tradicional en el cual era el juez quien dirigía y decidía el curso del proceso sujeto a reglas rígidas, dentro de los MASC, las partes involucradas son las que deciden los elementos claves como el derecho aplicable, las reglas procedimentales, el idioma y el lugar. Gorjón (2017) menciona que: *“las partes en todo momento determinan el curso del procedimiento de mediación en consecuencia monopolizan positivamente el procedimiento”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 110). De esta manera se visualiza la adopción del procedimiento reforzando la autonomía de las partes. No solo se centra en un control dentro del ámbito jurídico de igual manera en el ámbito relacional, al promover la participación consciente y responsable de las partes involucradas. En otras palabras, la monopolización del procedimiento por las partes hace referencia al empoderamiento de las mismas mediante la flexibilidad y adaptación a las diversas necesidades específicas que contiene el conflicto. Como resultado promueve la participación e involucramiento de las partes distinto al modelo tradicional de justicia.

Por otra parte, la monopolización al ser ese intangible que promueve que las partes tengan un control mayor dentro del mismo proceso logra visualizar la insustituibilidad de los MASC como alternativas para la resolución de conflictos, fortaleciendo el valor diferencial respecto al sistema tradicional. Torrico (2005) señala que: *“los métodos alternos son un producto sin competencia en razón de sus intangibles”* (Torrico T, 2005, pág. 33). De esta manera pone en evidencia que los resultados obtenidos mediante estos métodos no son replicables a través de la aplicación de los sistemas tradicionales. Esto se debe a la singularidad en los que se basan los MASC para desarrollar soluciones individualizadas, participativas y orientadas al consenso, elementos que no se alcanzan dentro de un procedimiento judicial tradicional. Las personas involucradas tienen mayor inclinación de adoptar estos métodos debido a su impacto positivo en la calidad de los acuerdos y futuras relaciones. Por ello la monopolización se sostiene no solo como control del proceso, sino una característica distintiva que sitúa a la mediación como un método alternativo como una opción más acorde para la gestión de los conflictos.

2.14 Motivación

La motivación influye de manera directa en el estado emocional y en la voluntad de las personas respecto a un conflicto. Cuando una persona se enfrenta a situaciones

conflictivas es normal que sienta falta de impulso o desánimo lo que complica la búsqueda de soluciones. Dentro de este contexto la mediación funciona como una herramienta que incita a las personas involucradas a que recuperen la disposición en dialogar, interés en poder resolver el conflicto. Gorjón Gómez (2017) evidencia que: *“cuando uno está inmerso en un conflicto, prevalece un sentido de desaliento esta reactivación es un efecto de la mediación”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 112). De esta manera se demuestra su impacto en el ámbito personal. Cabe destacar que la alternativa seleccionada por las partes no solo resuelve el conflicto además produce un bienestar en las mismas siendo mayor al de un estado inicial. Es por ello que la motivación es considerada un intangible que estimula al cambio, refuerza la actitud y ayuda a obtener resultados más satisfactorios.

La motivación se compone de tres factores importantes: la voluntad, la conducta y la necesidad, mismos que se conforman de forma flexibles durante los procesos de mediación. Vásquez (2009) señala que: *“la motivación es un proyecto y estructura de medios y fines, que pretenden satisfacer o cumplir un objetivo”* (Vásquez, 2009, pág. 60). Lo citado hace referencia a que es un proceso el cual cuenta con un objetivo claro en sus resultados. La voluntad se presenta como la determinación de resolver el conflicto. La conducta se base en ser las acciones que se realizaran para llegar a la solución mientras que la necesidad es el estímulo que inicia el proceso. Dichos puntos se hallan dentro de los MASC, siendo que las partes involucradas son las que cuentan con una participación activa en la búsqueda y construcción de soluciones. Por lo tanto, la motivación no solo simplifica la búsqueda de acuerdos, sino se establece como un elemento clave para un punto de partida para el futuro, esto debido a impulsar la satisfacción personal y la construcción de soluciones sostenibles para las partes.

2.15 Neutralidad

La neutralidad cuenta con cierta relación con los principios de la imparcialidad y la independencia, pero representa un valor propio que influye de manera directa en la calidad del procedimiento y los resultados de tal manera si existe imparcialidad en consecuencia habrá un fortalecimiento entre las partes al obtener confianza y estabilidad en los acuerdos llegados como menciona Gorjón Gómez (2017): *“el cumplimiento y la longevidad del acuerdo reparatorio o el acuerdo de mediación, como principal ganancia, como el valor que obtienen las partes al ejercerla durante el procedimiento*

de mediación” (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 114). Señala su gran impacto dentro del proceso y más allá del mismo. La neutralidad permite que las partes involucradas puedan estar seguras que el proceso será llevado a cabo de manera justa y equilibrada, dando como resultado que estas puedan participar activamente, de igual modo fortalece a la existencia de un diálogo adecuado para los miembros involucrados provocando la existencia de un valor esencial que confiere legitimidad y eficacia para la mediación.

Por otra parte la neutralidad a su vez involucra un rol específico en el mediador el cual debe apoyarse en el respeto hacia las partes involucradas, y evitar agregar opiniones y decisiones suyas dentro de un proceso el cual es el guía, García (2010) menciona que: *“la neutralidad es hablar del respeto del mediador a lo que son y traen las partes y del lugar que el tercero ha de ocupar respecto del conflicto que presentan,”* (García Villaluenga, 2010, pág. 14), En otras palabras hace referencia a la importancia de identificar las características de cada conflicto pero sin actuar de manera directa, asimismo el mediador debe actuar hasta cierto límite sin sobrepasarlo esto se refleja más al no influir en la decisión final, puesto que de esta manera se evita una imposición, siendo así que se refleja la neutralidad y reforzando la autonomía y empoderamiento de las partes involucradas, de esta forma se representa a este intangible como un proceso equitativo llegado así directamente por los involucrados dentro del conflicto.

2.16 No trae consecuencias económicas sociales

Cuando se habla del intangible no trae consecuencias económicas y sociales se expone al mismo cómo algo que no llega a generar daños económicos y sociales al estar integrado dentro de los modelos alternativos para la resolución de conflictos debido a que de esta manera se protege la imagen personal y relaciones futuras de las personas involucradas, esto debido a que cuando se trata un conflicto mediante la vía judicial tradicional suele ser más público exponiendo de esta forma a las partes teniendo como consecuencia repercutir en su reputación y limitar oportunidades sociales y económicas, Gorjón Gómez (2017) expresa que: *“una persona problemática o generadora de problemas no es bien vista y se le cierran las puertas”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 115) De esta manera se puede visualizar la relevancia que tiene el saber mediante que método coordinar un conflicto ya sea en un entorno profesional o social. Es por ello que los MASC se caracterizan en dar un espacio más privado y confidencial para la

resolución de conflictos, sumando de manera positiva su uso entre las personas reforzando la confianza y la aceptación social al conservar la reputación.

Por otra parte, previene a las partes involucradas de efectos negativos provenientes del conflicto ya sea en un nivel individual o colectivo. Gorjón Gómez (2017) indica que: *“los métodos alternos procuran la igualdad y la justicia social, en consecuencia, su afectación a terceros es mínima”*, (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 24). Con lo cual destaca su influencia positiva en el entorno social a diferencia de otros sistemas tradicionales. Los MASC se centran en resolver el conflicto de manera equilibrada cubriendo las necesidades de las partes involucradas, esto beneficiando de manera directa y a su vez minimiza alguna afección a terceros fomentando la convivencia. Como resultado se refuerza la estabilidad social, y de esta manera se asegura los beneficios sostenibles y se disminuye el riesgo de conflictos a largo plazo lo que resalta su impacto positivo en el entorno social. A diferencia de otros sistemas, los MASC buscan soluciones equilibradas que satisfagan las necesidades de las partes sin generar perjuicios adicionales. Además, este enfoque no solo beneficia a los involucrados directos, sino que también reduce posibles repercusiones en terceros, promoviendo una convivencia más armónica. De esta manera, el uso de estos métodos contribuye a evitar conflictos futuros y a disminuir los riesgos en las relaciones.

2.17 Objetividad

La objetividad posibilita examinar los desacuerdos desde un punto de vista más centrado en los hechos y no se centra en perspectivas subjetivas de las partes involucradas. Por lo tanto, el mediador dentro de su rol debe basar al propio proceso desde la realidad, realizar una valoración imparcial minimizando las posiciones enfrentadas influencia de intereses y emociones. Es común que la percepción individual llegue a influir al momento de los hechos, es por ello que dentro de los MASC dicha subjetividad se reduce a través de técnicas que se centren en factores verificables. Morales de Barbenza (2001) indica que: *“ser objetivo significa evaluar una situación exclusivamente a los hechos, a lo que existe realmente, fuera de lo que un sujeto conoce o presupone, sin embargo, esto varía en razón de la percepción del sujeto”* (Morales de Barbenza, 2001, pág. 93). Hace referencia a que la persona aun así cuenta con su

opinión, pero dentro de estos procesos debe trabajarse con imparcialidad para mantener un rol equilibrado.

Al hablar de la objetividad esta va de la mano con el conocimiento previo y especializado del mediador mismo que a lo largo de su formación y experiencia es capaz de reconocer las causas del conflicto y encaminar un uso de herramientas como ZOPA o BATNA. Dicho conocimiento posibilita el explorar el conflicto de forma ordenada y organizada apoyando a que las partes involucradas entiendan de manera clara y sencilla la situación que atraviesan. Mieles Barrera (2012) comenta que: *“la objetividad del conocimiento se funda en la especialización del saber y esta abstrae al conocimiento, es decir extrae el objeto de su contexto y de su conjunto”* (Mieles Barrera, 2012, pág. 39) Mediante lo citado se evidencia la relevancia de desligar el conflicto para su correcta gestión. De esta forma la objetividad aparte de impulsar la comprensión del conflicto ayuda a crear soluciones más eficientes para las personas dentro de un conflicto

2.18 Prestigio

El prestigio se puede formar mediante las acciones y resultados positivos del mediador y de las partes involucradas en el conflicto. Se considera de valor al tener como resultado una buena imagen social al potenciar resoluciones pacíficas, colaborativas y eficaces. Gorjón Gómez (2017) señala que: *“el prestigio se ve identificado en acciones personales en pro de los MASC, traduciéndose en logros específicos de reconocimiento social, derivado del resultado positivo y asertivo de la solución del conflicto”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 120). En consecuencia, el prestigio se estructura en base a la práctica continua de diversos valores como la responsabilidad y la cooperación, teniendo como fin el refuerzo de la imagen personal y profesional desencadenando una aceptación y confianza en el ámbito social.

Desde el intangible de prestigio se llega a integrar con la confianza que las partes involucradas del conflicto entregan en el mediador y en este nuevo método alternativo, por lo cual al mediador dentro de su rol se le confiere un liderazgo e influencia positiva durante el proceso de resolución de conflictos. El mediador debe cumplir con ciertos criterios para la facilitación del diálogo y a su vez guiar a las partes en camino a una solución que beneficie a ambas de manera satisfactoria reafirmando su autoridad y credibilidad. Cabe destacar que el prestigio se forma desde la confianza y el

reconocimiento que vienen de la competencia del mediador para guiar el proceso de manera correcta, por consiguiente, potencia el cumplimiento voluntario de los acuerdos y refuerza el rol del facilitador.

2.19 Prevención del conflicto

Al hacer mención de prevención del conflicto este hace referencia al objetivo central de contener que el conflicto siga creciendo, en otras palabras, que se agrave no se basa en imposibilitar el surgimiento del conflicto, se busca poder llegar a tener oportunidades de mejorar las relaciones ya afectadas a su vez durante la mediación impulsa entornos de entendimiento y diálogo específicas para poder cubrir las demandas de las partes involucradas. En otras palabras, la prevención viene a ser considerada una acción que anticipa y reduce los riesgos evitando que el conflicto sea más complejo y sus consecuencias escalen más, y refuerza la convivencia a largo plazo.

La prevención del conflicto se visualiza al realizar un proceso adecuado del mismo debido a que mientras exista una mediación temprana se minimiza los efectos negativos del problema viene a ser considerada un mecanismo consensual, ágil y flexible sencillo que promueve la evolución del problema a una posible solución. Pérez Martell (2013) menciona que: *“mientras más pronta sea la intervención y la solución, menos graves serán las consecuencias generadas por la escalada y en consecuencia la preocupación de la persona se transforma en positivo”* (Pérez Martell, 2013, pág. 68). Lo expuesto refleja que el tiempo es primordial para la prevención y así llegar a soluciones más adecuadas y factibles pues de esta forma se evita que exista una reiteración del conflicto.

2.20 Productividad

La productividad se enlaza de manera directa con la capacidad de las personas de manejar sus conflictos de una manera adecuada sin que estos alteren su rendimiento. Al momento de solucionar un problema de manera oportuna se evita que este crezca produciendo circunstancias positivas para el cumplimiento de metas y realizar actividades sin interferencias. El conflicto no es solo negativo también puede desarrollarse como un componente de mejora para la persona, es por lo cual la mediación colabora a analizar los diferentes elementos que restringen la transformación

y el rendimiento es por ello que la productividad como intangible favorece al refuerzo de la eficiencia individual y sus procesos productivos.

La productividad va de la mano con diversas habilidades desde la flexibilidad, adaptación y agilidad las cuales son importantes dentro de la estructura de los procesos de mediación. Dichas habilidades ayudan a tener una mejor respuesta frente a las adversidades y a producir mejores soluciones frente a los problemas. García & Nofal (2006) señalan que: *“una capacidad de adaptación, una elevada agilidad y flexibilidad para desarrollar acciones efectivas y generar rápidamente respuestas ingeniosas y creativas a las dificultades”* (García & Nofal, 2006, pág. 51). Las mencionadas características concuerdan con los principios de mediación lo que refleja su contribución en el desarrollo, mismo que se aplica en entornos laborales y sociales con el fin de fortalecer la innovación y la creatividad reflejando así su mejora en el desempeño desarrollando soluciones eficientes y sostenibles.

2.21 Rapidez

La rapidez hace referencia al tiempo mínimo que se toma en poder resolver los conflictos a diferencia de los procesos judiciales tradicionales, cuenta con una eficiencia temporal sin alargar un conflicto innecesariamente siendo así que se considera como una respuesta oportuna hacia el problema y sus efectos negativos, siendo que cuenta con una respuesta inmediata y su desarrollo sea hasta de una sesión si es posible llegar a los acuerdos deseados produciendo resultados efectivos y ágiles Gorjón Gómez (2017) explica que: *“podrá ser resuelto de forma inmediata en una sesión o varias a diferencia de un procedimiento judicial que sabemos en qué momento inicia pero no cuándo termina”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 125). Con lo anteriormente citado se refleja la ventaja en cuanto a rapidez del proceso, en ámbitos como el sistema penal se ha visualizado resultados positivos en cuanto a su resolución, dando como resultado que mejore la eficiencia del sistema y dar un beneficio directo a las personas involucradas del conflicto.

Desde otro punto de vista la rapidez puede ser vista desde una perspectiva analógica en la cual se la relación entre el tiempo y la distancia en la resolución del problema se menciona que: *“la rapidez está condicionada a la distancia y al tiempo la distancia es el conflicto, y el tiempo es la inversión dedicada a su solución”* (Flores, Chable, Pech, Interian, & Solache, 2009, pág. 131) Dentro de la mediación la rapidez

hace referencia a que cuando el tiempo invertido sea menor, la solución entre las partes se reduce, el tiempo del proceso se reduce teniendo acuerdos en menor tiempo esta intangible se enfoca en agilizar el proceso de resolución de conflictos para mayor satisfacción de las personas.

Capítulo 4

Factores subjetivos y emocionales de la mediación

1. Fundamentación de los Factores Subjetivos

Como hemos resaltado en capítulos anteriores de nuestra investigación, la mediación se entiende como un mecanismo autocompositivo que ayuda a la solución pacífica de controversias y para abordarla de manera íntegra no podemos omitir la influencia que poseen aquellos factores subjetivos que inciden en las partes intervinientes como en el mediador. Al hablar de dichos factores es imprescindible vincularlos como percepciones, emociones, experiencias, creencias y predisposiciones que, si bien son consideradas al igual que los intangibles, ayudan significativamente a que se resuelva el conflicto y se mantengan las relaciones durante el proceso. Como se señala: *“los intangibles de la mediación se sitúan en el mismo estado que la persuasión, ya que ambos se centran en los intereses de las partes y no en una norma inflexible general”* (Gorjón Gómez F. J., 2017, pág. 31) Lo que se pretende inducir es que la mediación no se debe limitar únicamente a un aspecto jurídico de cada controversia, sino que se debe dar importancia a la subjetividad como lo es la interacción emocional entre las partes intervinientes.

Es preciso mencionar que uno de los pilares teóricos más importantes a tener en cuenta dentro de nuestra investigación es la teoría del conflicto que propone Johan Galtung, pues él considera que los conflictos son inherentes a los seres vivos, que además pueden ser transformadores si se gestionan de la manera correcta. (Calderón Concha, 2009, pág. 39) Galtung además menciona que el conflicto se estructura generalmente sobre tres vértices a tener en cuenta, entre ellos tenemos: el comportamiento, la contradicción y la actitud. Siendo este último el que guarda una relación intrínseca con aquellos factores subjetivos que buscamos definir, pues atiende a aquellas emociones que son percibidas, aquellas intenciones que pretenden las partes. Tal como lo plantea el Método Trascend, que es un trabajo que transcurre siempre desde la no-violencia, creatividad y la empatía como factores fundamentales, esto tiende a reafirmar la centralidad de los factores emocionales y subjetivos que son materia de nuestro estudio. (Calderón Concha, 2009, pág. 42)

El derecho clásico nos ha hecho ver al conflicto desde una perspectiva esencialmente legalista y objetiva, en la que se debe priorizar la normativa y la

estructura procesal. Sin embargo, es preciso mencionar que el conflicto no solo debe centrarse en lo material pues tiene un gran componente emocional y social, por ende, al comprenderlo en su totalidad podemos proponer soluciones sostenibles, dialogadas y humanas, por ello se señala: *“El conflicto, no es un mal que hay que erradicar, sino un impulso creador que es preciso valorar”* (Pozo Illingworth, 2008, pág. 68) Esta cita nos brinda un precepto sumamente importante, pues destaca que la mediación surge como un mecanismo jurídico que junto con la subjetividad de los intervinientes puede lograr acuerdos en condiciones de igualdad tanto comunicativa como emocional.

Otro de los aspectos operativos del mediador es que este debe ser un facilitador para las emociones y percepciones que surjan al momento de transcurrir la mediación, no solo debe ser quien vigile la parte estructural y técnica del procedimiento. Debe poseer la capacidad de escuchar activamente a las partes intervinientes, para que de esta forma se reduzcan emociones como la desconfianza, para que se puedan identificar a tiempo y se gestionen de manera correcta los ambientes tensos que pueden originarse, aspectos que deben formar parte del perfil competente de un mediador habilitado. Tal como se menciona, el mediador debe poseer: *“capacidad de escucha, tolerancia, sensibilidad, compromiso con el proceso y habilidades comunicativas”* (Valenciana, 2012, pág. 109) Visión que a su vez se correlaciona con lo dispuesto en la LAM en cuyo artículo 43 ya se ha mencionado que el mediador debe proporcionar un ambiente de confianza y entendimiento mutuo, (Asamblea Nacional del Ecuador, 2006) para ello se requiere que este tercero imparcial posea habilidades emocionales subjetivas que ayuden en su procedimiento.

Es pertinente destacar que los factores subjetivos también son asociados con la percepción de justicia de las partes que intervienen. Cuando los mismos intervinientes sienten que sus perspectivas son escuchadas, comprendidas y sobre todo sus posturas se respetan, será más probable que se llegue a un acuerdo justo entre las partes aun cuando no se haya logrado una satisfacción plena de la pretensión de cada uno. Lo que reafirma la relevancia de una mediación que se centre en comprender a cada persona como ser humano. En virtud de esto citamos: *“la justicia más equitativa ocurre cuando las partes resuelven sus diferencias con base en un procedimiento no adversarial”* (Gorjón Gómez & Steele Garza, 2008, pág. 81)

Para concluir con la fundamentación teórica de los factores subjetivos podemos aducir que la mediación como mecanismo jurídico-social implica que se realice una

revalorización del sujeto como un eje de la controversia y a su vez de la resolución. Los componentes subjetivos no deben considerarse como obstáculos, al contrario, deben considerarse como un recurso de carácter fundamental para que se alcance un acuerdo duradero y transformador. Analizar dichos factores desde un punto de vista teórico como lo hemos hecho en este punto es importante pues permite observar al derecho desde una visión normativista hacia una visión en la que se complementa con el buen diálogo para así lograr una justicia restaurativa. Tal como lo plantea Galtung, el conflicto debe transformarse y para ello se requiere: “*empatía, creatividad y no-violencia*” (Calderón Concha, 2009, pág. 221) que son elementos que deben estar ligados a la subjetividad de todo ser humano.

2. Importancia de los factores subjetivos

Una vez se han fundamentado los aspectos subjetivos tales como: emociones, percepciones, trayectoria personal, creencia y necesidad. Podemos destacar que representan un punto de inflexión dentro de todos los procedimientos de mediación. Esto debido a que no solo se pretende dar resolución al conflicto desde su punto normativo o técnico, sino también es imprescindible entender la historia con la que llegan las partes que intervienen, pues se asume que la carga emocional que poseen tiende mayormente a influir en la manera que se interpreta la controversial. En virtud de lo mencionado podemos sostener que: “*el conocimiento es algo subjetivo, personal y único, donde las relaciones son influenciadas por factores subjetivos*”. (Sandín, 2003, pág. 18) Como se menciona al reconocer que estos factores subjetivos inciden de manera directa, se obliga al mediador a que gestione no solamente el aspecto estructural de la controversia, sino que también comprenda las emociones que surjan de parte de los involucrados.

Todos aquellos procedimientos de mediación que no tengan presente estos elementos subjetivos corren el riesgo de limitarse únicamente a acuerdos superficiales que terminan siendo emocionalmente insatisfactorios. Por otro lado, cuando se da prioridad el reconocimiento de dichos factores emocionales, se consigue abordar el proceso de forma más humana y restaurativa. Debemos tomar en cuenta lo siguiente: “*será preciso reconocer las emociones como legítimas y procurar que se manifiesten explícitamente, tratando de no discutir sobre ellas, para así minimizar el problema*” (Pozo Illingworth, 2008, pág. 50) Como se menciona, el proceso depende en gran parte

de la actitud que posee el mediador pues en caso de reconocer dichas emociones y procurar no discutir sobre ellas estaría favoreciendo una comunicación óptima y previniendo que el conflicto escale.

Es imprescindible que las partes sean escuchadas, pues este es un factor subjetivo de gran importancia, Como se menciona: *“la mediación y el acompañamiento favorecen el aprendizaje individual y organizacional cuando se interpretan y representan las experiencias vividas de manera reflexiva”* (Rodríguez, Sánchez Álvarez, & Rojas de Chirinos, 2008, pág. 43) La mencionada cita cobra sentido cuando entendemos que los conflictos en ocasiones no solamente poseen una causa objetiva, sino que además son el resultado de malentendidos o emociones reprimidas y falta de un reconocimiento entre los mediados.

Por ello mencionamos que el éxito de la mediación no solamente depende del resultado formal que puede tener el acta final, sino de la transformación subjetiva que cada parte vive. Al reconocer cada emoción, al escuchar activamente, al validar cada perspectiva y se construya la confianza en el proceso dotamos de legitimidad y sostenibilidad a cada causa. Señalamos que: *“cuando las opiniones y propuestas han compaginado con el ego de los individuos, se provoca en cada uno la particular satisfacción de sentirse coautor del acuerdo que pone fin al conflicto.”* (Pozo Illingworth, 2008, pág. 71)

3. Factores que afectan la subjetividad en el proceso de mediación

Existen distintos tipos de procedimientos en la mediación, por este motivo mencionamos que se varía de acuerdo a las distintas corrientes teóricas, modelos, campos y contextos en los que se pretenda aplicar. Por este motivo surge el constante cuestionamiento acerca de la manera correcta de proceder en una mediación, sobre todo de acuerdo a la temático social y familiar a la que se debe enfrentar en cada controversia. Por este motivo varios autores plantean que no existe un solo procedimiento correcto a seguir en la mediación, sino que lo correcto o incorrecto siempre depende de una cantidad inmensa de factores subjetivos, sobre todo en la mediación familiar por poner un ejemplo.

Entre estos factores se incluyen los siguientes (Suarez, 2002, pág. 48):

- *La familia: Integrantes, edades, géneros, ciclo de vida, tipo de familia; con o sin presencia de hijos, con o sin episodios de violencia familiar, etc.*
- *El o los Problemas: Familias Monoproblemáticas, Multiproblemáticas (Generalmente en divorcios), con necesidad de acuerdos para ser homologados o no.*
- *El interés de las partes por arribar a una solución.*
- *El contexto de la mediación: Privada, dentro del sistema judicial, comunitaria; con la presencia obligada o voluntaria de los abogados, y/u otros profesionales; en co-mediación, con equipos, en supervisión o pasantías; etc.*
- *El Mediador: Edad, género, profesión de origen, aprendizaje de la mediación; modelos, tipos de intervenciones, experiencia, etc.*

Las mencionadas son variables que pueden incidir dentro del procedimiento de mediación y como mencionamos se tratan de elementos subjetivos que pueden afectar, pues cada variable se involucra con elementos intrapersonales, como se señala no solamente las partes son afectadas por dichos factores, tanto el mediador como las partes dependen de dichos factores para lograr un acuerdo que deje satisfechos a cada una de las partes no solo formalmente, sino emocionalmente también pues ese es el punto de inflexión dentro de nuestro capítulo.

Por este motivo se deben incorporar ciertas estrategias que puedan especificar y generalizar en tenor del procedimiento de mediación. Hablamos de generalizar puesto que el mediador debe tener ciertas pautas para que se le conceda el recuadro de los acontecimientos y así poder ayudar a las partes, en caso de la especificación se dispone que el mediador deberá operar con las partes en conjunto de una manera operativa para que se pueda solucionar la controversia de manera correcta. Hay que darles valor a los relatos percibidos y al proceso de construcción previo que se genera entre las partes y el mediador cuando se realizan este tipo de estrategias, pues ayuda a disminuir en gran medida los factores negativos de la subjetividad. Al brindarle escucha activa a la historia escuchada, por ende, ayuda al mediador a ser más objetivo al momento de realizar sus funciones, además de centrarse únicamente en la relación de las partes y el problema origen que debe contextualizarse en el tiempo.

Debemos comprender la importancia que posee el lenguaje emocional dentro de esta dimensión subjetiva pues en la mayoría de ocasiones las partes tienden a comunicarse mediante un lenguaje repleto de significados personales, simbolismos y frustraciones que requieren obligatoriamente una interpretación mucho más amplia que no solo aborde lo literal. Tal como se plantea a continuación: *“la escucha activa del mediador debe incluir tanto lo que se dice como lo que se calla, para captar las emociones que subyacen a las palabras”* (Gobierno Vasco, 2008, pág. 111) De esta forma estaríamos tratando de decodificar estos lenguajes implícitos que de una u otra forma permiten que se resuelvan conflictos que no se proveen a simple vista, facilitando el trayecto hacia un acuerdo autentico.

Para finalizar nos compete decir que los factores subjetivos conforman la columna vertebral de cualquier procedimiento de mediación que desee transformar, no solo resolver. Por ello su importancia no solo consiste en comprender la complejidad del conflicto, sino que abren la puerta para que se entienda a la persona en su totalidad, sus emociones, motivaciones y trasfondo. Todo proceso de mediación que no tengan en cuenta los factores subjetivos corre el riesgo de ser meramente superficial. Al contrario, cuando se hace una integración efectiva de lo humano, lo emocional y demás, se da pie al surgimiento de soluciones que sean sostenibles en el tiempo, reconciliadores y justas.

4. Características subjetivas del mediador

4.1 Empatía y escucha activa

Ya mencionamos anteriormente que el perfil subjetivo que debe tener el mediador tiene entre sus características principales a la capacidad de empatía que puede tener sobre las partes y el problema, se entiende como aquella habilidad para entender las emociones, necesidades y preocupaciones de los intervinientes desde su propio marco referencial. Se relaciona de manera directa con la escucha activa, es decir, una disposición plena, respetuosa y sin prejuicios previos antes de que las partes puedan expresar tanto verbal como emocionalmente sus perspectivas de la controversia. Por ello se menciona que: *“el mediador debe ser una persona empática que escuche activamente, que no juzgue, y que logre generar un ambiente de confianza”* (Valenciana, 2012, pág. 312) Dicha actitud permite que las partes puedan abrirse emocionalmente y logran dar legitimidad al proceso, incrementando de manera

exponencial las posibilidades de alcanzar un acuerdo pleno. Como mencionamos la empatía está relacionada directamente con la relación de dialogo que existe en el ambiente de la mediación, por ello se reduce la tensión y favorece la colaboración, aun cuando haya un conflicto intenso previo. Cuando el mediador reconoce, se pone en el lugar de las partes y entiende la frustración, dolor o miedo de las narrativas que le exponen las partes se entabla una relación de escucha profunda, misma que es clave para que se pueda avanzar a la resolución de la controversia.

4.2 Imparcialidad, neutralidad y confidencialidad

Es importante mencionar que además de la empatía existen otras características subjetivas que son esenciales para que el mediador cumpla su compromiso ético con su labor, tenemos a la imparcialidad, neutralidad y confidencialidad dentro del procedimiento. Pues estos principios por más que pudiesen parecer normativos, en realidad requieren una postura interna del mediador que se debe sostener en sus valores propios, tales como: respeto, equidad y buen manejo emocional. En virtud de lo mencionado tenemos la siguiente cita: *“la voluntariedad, la imparcialidad, la neutralidad y la confidencialidad son principios esenciales que definen el espíritu de la mediación”* (García Villaluenga, 2010, pág. 74)

Respecto a la imparcialidad, ya hemos definido que la misma implica no tomar un bando en específico dentro del proceso, incluso en aspectos emocionales. La neutralidad por otro lado exige al mediador que no intervenga en el contenido del acuerdo, por el contrario, debe ser un facilitador para la libre expresión y negociación de los intervinientes. Si decimos que la confidencialidad debe ser un subjetivo esencial en el mediador, es porque durante la formación profesional del mismo, se quiere de procedimientos que garanticen privacidad para que se pueda proteger la parte emocional y la seguridad de las partes, puesto que un mediador estable podrá sostener un espacio neutral y justo para quienes deseen participar de la mediación.

4.3 Paciencia, flexibilidad y comunicación asertiva

Además, el desarrollo subjetivo que debe alcanzar el mediador debe incluir la paciencia activa, la flexibilidad y la comunicación asertiva con los intervinientes. Al hablar de paciencia nos referimos a la tolerancia que debe tener el mediador al momento de sobrellevar los silencios, las confusiones o los retrasos que pudiesen existir, todo esto

sin forzar un acuerdo apresurado que pueda poner en riesgo los intereses de las partes. Por otro lado, tenemos a la flexibilidad, que implica que el mediador se adapte a las diversas formas de comunicación, ritmos o emociones de las partes mediadas. Es preciso señalar: *“el mediador debe ser una persona que sepa adaptarse a las circunstancias, siendo flexible, pero manteniendo siempre una postura respetuosa y profesional”* (Escuela ELBS, 2022, pág. 34)

Finalmente tenemos a la comunicación asertiva, factor subjetivo que permite que las partes puedan expresar ideas con firmeza y claridad en respeto a las distintas situaciones que puedan atravesar los intervinientes en virtud de la existencia de aspectos delicados a tratar que requieran una intervención directa por parte del tercero neutral. Todas estas cualidades se desarrollan con práctica y una formación previa que deben cumplir para poder desempeñar sus funciones, todos estos aspectos subjetivos son vitales para que el mediador pueda convertirse en un facilitador eficaz, que sea capaz de mantener un dialogo en el que no existan imposiciones, dotando a las partes de la responsabilidad que implica el tomar sus propias decisiones con autonomía y convicción.

4.4 Competencia emocional y habilidades sociales

Para finalizar con los factores subjetivos que influyen en el mediador tenemos a la competencia emocional y habilidad social que dotan al tercero neutral de conocimientos que van más allá de lo técnico, yéndose a un conjunto complejo de factores subjetivos que deben acompañar a cada proceso de mediación. Debemos tener en consideración al modelo de competencias que propone Bisquerra (2009), pues incluye aspectos tales como: conciencia emocional, regulación emocional, autonomía emocional, competencia social y habilidades para la vida y el bienestar.

Pues todas estas dimensiones permiten que el mediador pueda tener una relación más cercana a solo un “sentir con el otro” también se generan entornos de cooperación. En tal sentido se menciona que: *“una buena educación emocional incluye la gestión de conflictos, el desarrollo moral y el fomento de actitudes pro-sociales”*. (Bisquerra, 2009, pág. 120) Todos estos factores inciden en el mediador dotándolo de herramientas para que pueda enfrentar cada controversia de manera dinámica, con inteligencia teniendo en mente siempre a la ética y a la moral que debe caracterizar a cualquier mediador y abogado.

5. Factores subjetivos de las partes en conflicto

5.1 Percepciones, narrativas y construcción interna del conflicto

La percepción que tengan las partes mediadas juega un papel fundamental dentro del conflicto, pues no solamente basta con que comprendan los hechos, sino se precisa que puedan interpretarlos de manera interna evitando construir narrativas que sean ajenas a la realidad y que puedan comprometer un potencial acuerdo. Por tal motivo mencionamos que la mediación explora: *“el área interna de la realidad del individuo”, la cual difiere de la externa y está mediada por esquemas cognitivos personales, emociones y experiencias previas*” (Tapia, 2020, pág. 37)

Estas narrativas tienden a influir en la forma que se vive el conflicto inicial, pues se pretende observar la forma en la que se reacciona emocionalmente y las soluciones que las partes consideran factibles. De esta forma el conflicto pasa de ser un hecho objetivo a convertirse en una construcción subjetiva tal como se evidenció en la importancia de todos los factores objetivos, dentro de este capítulo. Como sabemos cada parte percibe el conflicto de una forma diferente, aspecto que dificulta el entendimiento mutuo y el acercamiento a una solución. Por ello también resaltamos la importancia del mediador ya que es el que construye el puente interpretativo para las partes.

5.2 Distorsión cognitiva y sesgos perceptuales

Debemos tener en consideración que existirán situaciones conflictivas, en las que, las partes pueden experimentar sesgos cognitivos que puedan incrementar las diferencias entre los presentes y se dé lugar a un juicio negativo entre las partes. Podemos señalar que: *“se producen percepciones distorsionadas y selectivas que acentúan las diferencias entre las partes”* (Domínguez Bilbao & García Dauder, 2003, pág. 75) Todos estos sesgos generan formas de pensar rígidas, lo que disminuye considerablemente la empatía que deben tener las partes, dificultando a su vez el dialogo.

Esta tendencia a interpretar de manera selectiva la conducta de las partes únicamente basándose en prejuicios anticipados o externos puede bloquear de manera perjudicial toda comunicación que se pretenda mantener. En ese sentido el procedimiento de mediación deberá tener presente cada distorsión para motivar a las

partes a cuestionar cada percepción errónea. De modo que se dé apertura a un espacio para la reflexión, en la que se puedan reconocer y repasar cada sesgo subjetivo para que los mediados puedan abrirse a nuevas formas de entendimiento.

5.3 Emociones encubiertas y expresividad emocional

Es de conocimiento general que las emociones no siempre se pueden expresar explícitamente, pues constantemente permanecen latentes o en el mejor de los casos pueden mantenerse latentes o manifestarse de manera directa. Por tal motivo es pertinente mencionar que: *“Las emociones no siempre se expresan explícitamente; a menudo permanecen latentes o se manifiestan de forma indirecta. Según las emociones juegan un papel fundamental tanto para las partes en conflicto como para los terceros que actúan como mediadores”* (Bellagamba, 2024, pág. 104) Aunque en contadas ocasiones se aborda de qué forma las partes gestionan sus emociones durante el procedimiento.

En perspectiva, lo que no se comunica revela tanto o más que lo que se dice. Pues dentro de estos actos puede darse lugar a frustraciones, miedos, resentimientos que puedan manifestarse en silencios como en interrupciones o posturas rígidas. Cada expresión tiene su incidencia dentro del proceso pues afecta el ritmo y el tono que va tomando durante la mediación. Por esto hacemos hincapié en la responsabilidad que tiene el mediador pues debe prestar atención a todos estos factores que muchas veces no son verbales ni visibles, pero de igual forma deben ayudar a interpretarlos son sensibilidad y acompañar a las partes a que se expresen de manera adecuada para prevenir que el conflicto escale.

5.4 Necesidad de reconocimiento y autoestima emocional

En ocasiones la mediación llega a tocar fibras sensibles y profundas, pues el conflicto no siempre proviene de un tema material, muchas veces se ocasiona por la percepción que tienen las partes de no haber sido respetados. Esta necesidad de reconocimiento es de suma importancia para el comportamiento humano, ya que es un factor subjetivo que incide en las partes intervinientes. Como se señala a continuación: *“sentirse reconocido es una necesidad atávica, básica, más que sentirse querido y muchas disputas crecen por narrativas distorsionadas, proyectadas desde la falta de comprensión.”* (Arsuaga, 2024, pág. 89)

Cuando las partes tienen el sentimiento de que su palabra no ha sido tomada en cuenta se cierran emocionalmente o se atrincheran en posición defensiva sin dar lugar a una mediación efectiva y restaurativa. Por ello las mediaciones donde se da validez a la experiencia ajena y en las que se promueve el reconocimiento mutuo suelen derivar en un diálogo más respetuoso que a su vez deriva en un acuerdo más sostenible en el tiempo que no tenga que recurrir a ninguna otra vía.

5.5 Expectativas y esperanza como impulso relacional

Finalmente, el último factor subjetivo de las partes son las expectativas con las que llegan al proceso pues, consideramos que este es el factor subjetivo central dado que no todos los mediados llegan con las mismas esperanzas de resolución, pues algunos pueden encontrarse resignados o ansiosos por cerrar el conflicto de manera definitiva. Las expectativas influyen de manera directa en la motivación por colaborar y en la apertura para construir este mecanismo alternativo para solucionar el conflicto. No encontramos autores que aborden de manera directa la importancia de las expectativas en nuestro procedimiento, pero debemos tomar en cuenta un modelo anglosajón como es el Insight (IMOTIVA, 2020, pág. 201) Pues reconoce la importancia que tienen dichas percepciones de amenaza o de las cosas que “importan” y sean orientadas a la forma en la que las partes actúen de manera activa en la mediación. Si nuestra meta es lograr que cada parte pueda ser escuchada y comprendida, la motivación que funge como impulso central dentro de la mediación son las expectativas de esta forma las soluciones crecen. Por ello durante todo el capítulo hemos resaltado el papel del mediador como eje central, sin embargo, las partes también ocupan parte esencial para que se pueda conseguir el resultado esperado.

Capítulo 5

Desarrollo comparado de la mediación en el ámbito internacional

1. Modelos de mediación en América Latina

1.1 México

La primera legislación a ser comparada será la mediación en México, pues decimos que la misma posee un gran respaldo, tanto normativo como institucional pues se consolida en los llamados: “Centro de Justicia Alternativa” Dichos centros fueron creados dentro del marco de las reformas procesales que han tenido lugar en dicho país, de igual forma su regulación está a cargo de los distintos códigos de procedimientos civiles que pertenecen a cada entidad federativa. En el caso de la capital del país Ciudad de México, rige el llamado Código de Procedimientos Civiles (2007) dentro del cual se reconoce a la mediación como un procedimiento alternativo pero autónomo. Dentro de este punto es pertinente citar a Gorjón (2017) pues señala: *“la mediación en México surgió como una política pública encaminada a descongestionar los tribunales y acercar la justicia a la ciudadanía desde una perspectiva más humana”* (Gorjón, 2017)

De igual forma la Ley de Justicia Alternativa del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México (2007) se convirtió en una de las principales normas de carácter especializado en el continente. En concordancia con las recomendaciones internacionales, México también tiene en cuenta la llamada Ley de Modelo de la CNUDMI sobre la Conciliación y Arbitraje Comercial Internacional promulgada en el 2002, misma que se encarga de promover el reconocimiento de los acuerdos derivados de la mediación Para finalizar con este punto debemos tomar en cuenta lo que aduce Aguilar (2016): *“los Centros de Justicia Alternativa no solo cumplen un rol técnico, sino que representan espacios de legitimación social de los MASC”* (Aguilar, 2016, pág. 59)

Un hito importante a ser mencionado en la legislación mexicana es la incorporación de la mediación en las Constituciones locales, tales como la Constitución Política de la Ciudad de México (2017) dado que en su artículo 35 se reconocen a los mecanismos alternativos de solución de conflictos como una parte integral del derecho de acceso a la justicia. Por cuanto, se distingue de nuestra legislación dado que, la mediación además de encontrarse regulada en su normativa especializada como lo es la Ley de Arbitraje y Mediación (1997) y en la Constitución de la República del Ecuador

del año 2008 como podemos evidenciar, México se ha caracterizado por descentralizar su diseño normativo, cualidad que permite que los distintos estados federales puedan contar con sus propias leyes y reglamentos de mediación, así como lo reafirma (Álvarez Villanueva, 2018, pág. 36)

De igual forma el Código Nacional de Procedimientos Penales (2014) incorpora el procedimiento de mediación penal dentro del sistema de justicia alternativo en el ámbito penal. Es pertinente enmarcar que el Artículo 186 de la misma norma señala los mecanismos alternos para la solución de conflictos como una herramienta de resolución anticipada. Por este motivo mencionamos que la conciliación es prevista en los delitos de acción penal privada, la mediación penal no posee el mismo nivel de desarrollo ni respaldo institucional que la mediación en materia civil o mercantil. Este hecho marca una diferencia significativa pues, mientras la legislación mexicana incorpora a la mediación como una parte esencial del proceso penal, en Ecuador se limita a casos concretos con reglas específicas.

Al enfocarnos en materia civil y mercantil en México existe el llamado Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, esta reconoce a la mediación como un mecanismo que debe tomarse en cuenta previo a la vía ordinaria en determinadas materias, esto es una aproximación al diseño del modelo argentino de mediación prejudicial obligatoria. Al contrario, en Ecuador tenemos a la mediación como un mecanismo plenamente voluntario, y no consiste en un requisito procesal para poder acceder a la vía judicial (no se debe confundir este aspecto con la obligación que tiene el juez de derivar la causa a mediación) En este enfoque podemos mencionar que: *“la mediación en Ecuador mantiene un carácter voluntario y consensuado, mientras que otros países como México o Argentina avanzan hacia un esquema híbrido que combina voluntariedad con obligatoriedad procesal”* (Pozo, 2010, pág. 74)

Como último aspecto dentro de la mediación en México podemos destacar la distintiva certificación que tiene esta legislación en relación a los mediadores, pues en Ciudad de México, los mediadores deben estar acreditados por Tribunal Superior de Justicia, esto a través del Centro de Justicia Alternativa, misma que posee requisitos de formación estrictos, además que los mismos se actualicen periódicamente para garantizar una mediación que cumpla los estándares y resultados esperados. Aunque en nuestra legislación la Ley de Arbitraje y Mediación exige la inscripción de los centros y

mediadores que sean avalados por el Consejo de la Judicatura, el proceso de formación y control no se encuentra debidamente centralizado como en la legislación mexicana.

1.2 Colombia

La legislación colombiana se caracteriza por enmarcarse dentro de la categoría más amplia de los MASC, aunque la conciliación sea el mecanismo alternativo de solución de conflictos predominante en el país, la mediación también es reconocida y aplicada. Alguno de sus ámbitos más destacables son el comunitario y social, pues sirven como un instrumento para fomentar una cultura de paz. En virtud de lo mencionado, la Ley 640 de 2001 en su artículo 1 dispone: *“la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado”* (Congreso de Colombia, Ley 640 de 2001, 2001) Aunque se debe considerar que esta ley está más enfocada a la conciliación como el mecanismo predilecto, autores como Ortiz (2018) consideran: *“Aunque la Ley 640 de 2001 se refiera de manera directa a la conciliación, se considera que abrió el camino a la mediación en escenarios comunitarios, al legitimar la participación de terceros imparciales en los procedimientos de negociación.”* (Ortiz, 2018, pág. 119) Por tal motivo se considera que la ley 563 es una de las más destacadas en lo que respecta al estatuto de arbitraje internacional.

En años siguientes se promulgó la ley 1563 de 2012, también denominada “Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional”, hecho que amplió de manera significativa el marco normativo que poseían los métodos alternos de solución de conflictos e incluyó disposiciones que refuerzan la utilización de la mediación en el ámbito comercial. El artículo 3 de dicha norma dispone: *“las partes podrán acudir a la mediación, la conciliación o el arbitraje para resolver sus conflictos de naturaleza contractual o extracontractual”* (Congreso de Colombia, 2012) Dicha cita resulta fundamental pues reconoce de manera expresa a la mediación como un método autónomo y viable dentro del derecho privado, hecho que lo diferencia del énfasis tradicional en la mediación extrajudicial. Con respecto a dicha ley el autor Ruiz (2020) manifiesta: *“la Ley 1563 representó un avance al integrar la mediación como opción expresa en el ámbito comercial y empresarial, fortaleciendo su aplicabilidad práctica”* (Ruiz, 2020, pág. 14)

La tercera referencia que tenemos sobre los MASC es la Ley 1564 de 2012, también referenciada como el “Código General del Proceso”, normativa que regula a la conciliación y la impone como requisito de procedibilidad en distintos procesos judiciales. Pues en su artículo 372 numeral 7 dispone que: *“cuando la conciliación no sea obligatoria, las partes podrán recurrir voluntariamente a mecanismos de resolución de conflictos como la mediación”* (Congreso de Colombia., Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso., 2012) Al reconocer de manera explícita a la mediación como un mecanismo que complementa a la conciliación, dota de validez jurídica a los acuerdos logrados en este marco.

Finalmente, dentro del plano comunitario que es el eje central de la mediación en la legislación colombiana, tenemos a la Ley 497 de 1999, misma que regula a las Casas de Justicia y Programas de Mediación Comunitaria, siendo esta una de las bases más sólidas para la mediación en Colombia. En virtud de aquello tenemos al artículo 9 de esta norma que dispone: *“la mediación comunitaria será ejercida por líderes capacitados que, en el ámbito territorial, ayuden a las personas a gestionar sus conflictos de manera pacífica”* (Congreso de Colombia., 1999) Dicho reconocimiento legal convierte a este país en un referente regional en cuanto a mediación comunitaria se refiera, puesto que la misma se encuentra debidamente institucionalizada. Además, se sustenta según la Declaración de Medellín del año 2007 y ha sido adoptada en la conferencia mundial sobre mediación, en la cual Colombia ha sido pionera en relacionar a la mediación comunitaria con las políticas públicas de convivencia ciudadana.

1.3 Argentina

La legislación más importante a tomar en consideración para nuestra investigación es la Argentina pues esta ha innovado en Latinoamérica imponiendo la mediación obligatoria para ciertas materias, misma que se encuentra en la Ley 26.589 del año 2010 disponiendo en su artículo 1: *“Objeto. Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.”* Como podemos observar esta legislación es una de las que más ha evolucionado en lo que respecta a nuestro tema de estudio.

Este país es considerado como pionero en el continente sudamericano, ya que mediante la ley antes mencionada se instaura lo que se conoce como mediación prejudicial obligatoria, por tanto, debemos citar nuevamente a la Ley 26.589 del 2010, puesto que en su artículo 4 dispone: *“Controversias comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria. Quedan comprendidas dentro del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria todo tipo de controversias, excepto las previstas en el artículo 5° de la presente ley.”* Lo que nos menciona que no todas las controversias van a estar sujetas de este requisito de prejudicialidad, dichas excepciones podemos encontrarlas en el Artículo 5 de la misma ley que detalla cada caso en el cual no tiene cabida una mediación prejudicial obligatoria,

En virtud de aquello mencionamos que: *“Argentina además de ser pionera en la región en exigir a las partes obligatoriamente un procedimiento de mediación antes de acudir a los tribunales, también enmarca principios mediante los cuales se va a regir esta prejudicialidad, en los cuales se recalca la eficacia de dicho sistema y queda demostrada la reducción progresiva de la litigiosidad.”* (Basantes Bombón & Barrionuevo Núñez, 2023, pág. 34) Dentro de la misma idea estos autores nos pretenden referenciar que la obligatoriedad en la Argentina permite institucionalizar a la mediación como una instancia previa a la vía ordinaria, de esta forma se garantiza su difusión masiva dentro de la sociedad, a pesar de que se encuentren con constantes retos y ciertos debates que serán analizados posteriormente dentro de nuestra investigación.

2. Comparación regional

Para finalizar con este apartado, consideramos pertinente mencionar una comparación entre los países que han sido analizados dentro de este capítulo, se puede constatar que cada uno responde a ciertas necesidades diferentes en cada contexto social, por ello la necesidad de plantear un marco contextual en nuestro proyecto investigativo. En primer lugar, mencionamos que México prioriza un modelo institucional público como su característica principal, mientras que la legislación de Colombia produce una mezcla entre la formalidad y mediación comunitaria que ha sido un tema interesante a tratar durante el inciso en cuestión. Pero de entre los tres mencionados en Argentina podemos evidenciar los cambios más formales y estrictos en relación a la mediación dando a entender que ha existido una evolución correcta del mecanismo, esto debido a la institucionalización de la mediación mediante su carácter prejudicial obligatorio que hemos analizado en el punto anterior.

Aunque la comparación entre estos modelos demuestre que la mediación comparte en cada legislación el mismo objetivo común, podemos distinguir su implementación adaptada a cada realidad jurídica, social y cultural en cada país del continente. Dicha diversidad se conecta con marcos normativos de carácter internacional como puede ser la Ley Modelo de la CNYDMI del año 2002 y la Convención de Singapur del año 2018, pues estos son considerados como referentes globales en lo que respecta al diseño de política pública de mediación alrededor de nuestra región.

3. Mediación en Europa: modelo español, francés e italiano

3.1 Mediación en España (Ley 01/2025)

Una vez analizados los modelos de mediación en América Latina consideramos pertinente resaltar los modelos que existen en Europa, empezando por España, la legislación española regulaba a la mediación a través de la Ley 05/2012 promulgada el 6 de julio del 2012, además en asuntos civiles y mercantiles tenemos a la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de la Unión Europea. Dichas normativas tienen por objetivo promover la aplicación de la mediación como una herramienta de gran eficacia en la solución de conflictos sin necesidad de acudir a la vía judicial. Según el siguiente análisis doctrinal: *“la mediación civil en España se configura como un sistema autocompositivo de solución de conflictos en el que las partes, ayudadas por un mediador, intervienen activamente en la búsqueda de una solución que satisfaga sus respectivas necesidades e intereses”* (López, 2021, pág. 115)

Sin embargo, la reciente promulgación de la Ley Orgánica 01/2025 representó marcó un hito en relación a los métodos alternativos de solución de conflictos, pues esta ley ruge en respuesta a la creciente necesidad de los ciudadanos de contar con sistemas más eficientes ya accesibles para la resolución de disputas. Tiene un objetivo principal, y es promover métodos que eviten los tradicionales procesos judiciales, esto basado en que la justicia sea de fácil acceso y que se fomente un cambio cultural en las personas, hacia una resolución de conflictos mucho más pacífica y colaborativa. La mediación es el método ideal para aliviar la carga de los tribunales y a la vez reducir costos.

Lo cambios sustanciales que debemos mencionar en nuestra investigación van desde la formación de los mediadores hasta la fomentación del mecanismo a las

personas mediadas. Estos avances buscan garantizar que las personas que ejerzan la profesión de mediador cuenten con una formación adecuada por consiguiente aumentando la calidad del proceso, así como establecer directrices claras que potencian la transparencia y efectividad en el proceso llevándolo incluso al espacio digital el cual resulta mucho más conveniente dado el contexto actual.

El cambio más notorio que trajo la Ley 01/2025 es la mediación previa, en nuestra investigación abordamos un concepto similar conocido como requisito de prejudicialidad en materias civil, mercantil y en la llamada jurisdicción social, esta última se refiere a los casos en los que intervengan colectivos laborales para evitar huelgas y protestas, dicta que antes de llevar la controversia hacia los tribunales de justicia se debe haber hecho una mediación en el cual exista el acta de acuerdo que pone fin al proceso o el acta de imposibilidad de llegar al acuerdo que de algún modo pone fin al proceso de mediación e inicia el proceso judicial ordinario, en caso de que las partes no se sometan a la mediación la demanda se inadmite hasta cumplir este requisito, Además, si una parte se niega injustificadamente a participar en la mediación y posteriormente pierde el litigio, podría verse obligada a asumir las costas procesales completas, incluyendo los honorarios derivados del intento de mediación, este cambio como mencionamos anteriormente representa un hito en cuanto hablamos de los avances que ha tenido la figura en el continente Europeo

El certificado en el que consta el intento de resolución del conflicto a través de un MASC deberá ser emitido por el centro de mediación que concluyó el proceso, siendo que debe adjuntarse el mismo a la demanda como prueba del requisito de procedibilidad, en caso de que se alcance el acuerdo toma fuerza de sentencia firme como lo llaman en este país. Podemos observar que la legislación española decide invertir en los métodos alternos pues para fomentar su uso dicha ley establece que los honorarios de abogados y demás profesionales que intervienen será cubierto por el sistema de asistencia jurídica gratuita siempre y cuando se cumplan los requisitos legales. Finalmente, la ley establece que, si una parte demuestra el intento de dar solución al conflicto mediante la mediación y la otra parte la rechazó injustificadamente, los tribunales de justicia pueden exonerar o reducir las costas a favor de la parte diligente.

3.2 Mediación en Francia

Dentro de la legislación francesa encontramos a la mediación como parte del abanico de métodos de resolución de conflictos alternos a la vía judicial, tal como en nuestra legislación esta puede darse dentro del ámbito judicial, como de manera extrajudicial. Según fuentes del portal europeo de justicia, cuando la mediación transcurre dentro del marco de un proceso judicial al igual que de manera extrajudicial debe ser un profesional capacitado adecuadamente para ser el tercero neutral que pueda conducir a las partes a la solución. Al igual que en las demás legislaciones, la mediación en Francia tiene el objetivo principal de aliviar la carga en los tribunales y ofrecer a las partes una oportunidad para que puedan dar solución a sus conflictos sin necesidad de un juicio largo y costoso.

En esta legislación tenemos a la mediación aplicada mayormente en el ámbito civil y familiar, también es aplicada usualmente en materia laboral y mercantil, aunque no con la misma regularidad, pero esto refleja la flexibilidad que posee este mecanismo en este país dado que puede adaptarse a distintos tipos de conflictos. Además, al igual que en Argentina, el sistema francés permite a la mediación de forma voluntaria, así como en algunos casos será obligatoria, de acuerdo al tipo de controversia y materia. Aquí decimos que la mediación será obligatoria únicamente en los casos de divorcio y disputas familiares, con la finalidad de que se promuevan acuerdos que favorezcan el bienestar de las partes involucradas, esto debido a los beneficios que la mediación ofrece siendo uno de ellos la conservación de las relaciones, por ende, garantizando el bienestar de las partes involucradas en especial a los niños.

Uno de los aspectos más importantes del modelo francés es la suspensión del cómputo de prescripción mientras se esté llevando a cabo la mediación. Con esto nos referimos a los casos en los cuales las partes inician la mediación, los plazos legales para ejercitar acciones quedan pausados mientras se llevan a cabo las fases de la mediación, mecanismo que evita que la prescripción extinga ciertos derechos mientras se lleva a cabo una resolución amistosa del conflicto. Dicha medida resulta clave para brindar a las partes el tiempo necesario para que alcancen un acuerdo sin verse constantemente presionados por los términos y plazos legales. En virtud de lo mencionado contamos con el siguiente estudio: *“cuando las partes inician una mediación, el plazo legal para ejercitar acciones puede quedar pausado mientras duren las negociaciones”* (Neves Almeida, Pinto Albuquerque, & Cruz Santos, 2014, pág. 21) Este aspecto resulta fundamental en la resolución de conflictos civiles o mercantiles en

los cuales cada plazo o término es sensible, pues en la mediación se ofrece un espacio de tiempo adicional para que se dé resolución antes de acudir a los tribunales de justicia. Dicha medida ha sido muy utilizada por los profesionales del derecho en este país ya que ayuda a mantener la seguridad jurídica de los intervinientes.

De igual forma, la mediación en la legislación francesa ha adoptado un enfoque comunitario y social, de igual forma se ve reflejado en los proyectos de mediación comunitaria que surgen para abordar conflictos interpersonales, sociales, y de la comunidad en general. Según un estudio académico: *“una lógica multidisciplinaria y participativa se ha implementado para resolver disputas entre vecinos, conflictos familiares o problemas laborales de una manera más inclusiva y menos formal”* (Neves Almeida, Pinto Albuquerque, & Cruz Santos, 2014, pág. 31) Lo que se pretende dentro del país es mejorar la cohesión social y que se prevengan conflictos futuros que potencialmente lleguen a los tribunales de justicia, este aspecto subraya los beneficios restaurativos y pacificadores que posee la mediación como intangibles, que como ya hemos analizado no solamente se limita al ámbito jurídico. En cada proyecto comunitario en el que se alcance una solución mediante la mediación se busca que las partes intervinientes se vean involucradas de forma directa y no solo a los profesionales del derecho, mecanismo que en definitiva potencia la efectividad de las soluciones alcanzadas.

3.3 Mediación en Italia

Italia resalta dentro del continente europeo, pues al igual que Argentina adoptó un modelo con mediación obligatoria en ciertos conflictos civiles y mercantiles. El Decreto Legislativo 28/2010 del 4 de marzo establece que, para ciertos tipos de controversias civiles y mercantiles, la mediación resulta ser un paso obligatorio antes de acudir a la vía judicial. Según un análisis del marco comparado: *“el Decreto Legislativo 28/2010 regula la mediación encaminada a la resolución de conflictos civiles y mercantiles, estableciendo que el acta final de mediación debe recoger el acuerdo, siempre que su contenido no sea contrario al orden público”* (Nicuesa, 2011, pág. 43) Dicho modelo tiene como finalidad la reducción de la carga procesal sobre los tribunales de justicia y fomenta la resolución cordial de controversias, lo cual implica que las partes desde el inicio del conflicto. En caso de que no se logre llegar a un acuerdo que esté acorde el orden público, dicho contenido no será válido, al igual que si

los intervinientes no logren llegar a un acuerdo pueden seguir con el juicio convencional, sin embargo, ya se han incentivados a resolver su conflicto sin acercarse a un juicio, lo que permite un proceso más rápido y económico.

Una de las características más relevantes del modelo italiano y al igual que en otras legislaciones, aunque existan requisitos para que la medición sea previa, si las partes no consiguen llegar al acuerdo, aún conservan el derecho de acudir a la vía judicial ordinaria, esta es una demostración de que existe una compatibilidad entre el principio de voluntariedad de las partes, con el incentivo estructural de la mediación. Este modelo se ha diseñado para ofrecer a las partes una opción menos formal y más flexible para que puedan resolver cada controversia sin perder la posibilidad de en un futuro optar por un juicio en caso de que el proceso de mediación no alcance un acuerdo.

Es importante mencionar que Italia a comparación de otros países europeos ha logrado institucionalizar la mediación de una manera más eficiente. Esto lo vemos reflejado en el grado de profesionalización y organización del sistema italiano pues es de fácil acceso y permite que los mediadores ofrezcan sus servicios de maneras mucho más estructurada, mejorando a su vez la calidad del proceso de mediación en cada etapa del proceso. Según los resultados de una investigación realizada: *“Italia cuenta con un grado mayor de institucionalización del servicio de mediación, lo que facilita su utilización por parte de proveedores profesionales”* (Giacalone & Sajedeh Salehi, 2022, pág. 94)

Para finalizar podemos destacar que el modelo italiano genera distintas críticas, especialmente sobre lo que respecta a la obligatoriedad de la mediación en las controversias mencionadas. Pues varios analistas consideran que la mediación obligatoria podría tensionar los principios fundamentales y propios de la mediación, mismos que hemos revisado durante toda nuestra investigación tales como el de voluntariedad, neutralidad, confidencialidad y demás, si los potenciales intervinientes sienten una obligación de acudir a la mediación, más que por su propia convicción. Por eso algunos expertos señalan: *“la mediación obligatoria podría atentar contra los principios fundamentales de mediación si las partes se ven presionadas a participar en lugar de elegir libremente hacerlo”* (Consorti, 2012, pág. 39). Este aspecto genera ciertas interrogantes sobre la ética de la mediación, si la asociamos a un contexto de obligatoriedad.

Conclusión

Finalmente, las conclusiones a las que nos ha permitido llegar nuestra investigación guardan total relación con el título de proyecto pues la mediación en la actualidad se ve consolidada como un método funcional frente a la justicia ordinaria en nuestra legislación, no solamente por la celeridad, confidencialidad y autonomía de la voluntad que son intangibles que la caracterizan, sino por todos los beneficios integrales que representa una resolución efectiva del conflicto. A diferencia del proceso judicial tradicional, la mediación propone soluciones innovadoras, creativas y que ayudan al desescalamiento del conflicto, siendo más apegadas a las necesidades reales de las partes involucradas, por ello cada acuerdo alcanzado demuestra que la mediación no es solo una alternativa o mecanismo alterno, es un método de solución de conflictos con su respectiva especialidad, con principios, ventajas, intangibles, factores subjetivos y normativa que la institucionalizan cuya aplicación resulta mucho más beneficiosa frente a la justicia ordinaria dado el contexto actual siendo la conclusión a la que hemos llegado. Además, al optar por este método, al reducir costos y tiempo logramos tener una justicia mucho más accesible para todos los ciudadanos. Características como estas, aunque no identificables a simple vista son las que posicionan a los Métodos de Solución de Conflictos como herramientas fundamentales dentro de nuestro Estado constitucional de derechos y justicia.

El aporte central de esta investigación desde un inicio fue la identificación de los intangibles que posee la mediación pues son considerados como ventajas que el método posee frente a la justicia ordinaria, factores que, aunque subjetivos demuestran tener peso en la actualidad, dentro del contexto actual en una sociedad cada vez más informada, sin duda cada elemento analizado fue clave para entender cuáles son las ventajas frente de la justicia ordinaria. Nuestro tema, aunque inmaterial permite que figuras jurídicas como la mediación puedan trascender esa barrera, impactando positivamente en las relaciones interpersonales e incluso trascendiendo hasta el entorno cultural de las personas pues el objetivo de este método es promover una cultura de paz mediante métodos humanizados que se centren en la comprensión de las situaciones de cada persona transformando al conflicto en una oportunidad de resolución para cada persona.

En conclusión, la mediación representa el método necesario dentro del sistema de justicia ecuatoriano pues el contexto así lo demuestra, solo se necesita fomentar su conocimiento, en una realidad en la que se requiere optimizar los recursos y garantizar respuestas oportunas, cada ventaja estudiada contribuye a la construcción de una justicia que se sienta más cercana, participativa y restaurativa, valores que han caracterizado desde sus inicios filosóficos. Finalmente nos permitimos añadir que la mediación es algo más que un método para resolver conflictos, pues lo que pretende según la investigación que realizamos es la transformación de la realidad, promoviendo una cohesión social, una convivencia pacífica que pueda sostenerse en Ecuador y el resto de países del mundo.

Recomendaciones

A pesar de que durante toda nuestra investigación hemos resaltado el marco normativo de la mediación en nuestra legislación que la reconoce como mecanismo alternativo de solución de conflictos, aún persisten ciertos desafíos estructurales y vacíos legales que de una u otra manera inciden en su eficacia y posterior práctica por lo que resulta necesario brindar recomendaciones desde nuestra perspectiva enfocadas a los aspectos que se pueden fortalecer dentro del Ecuador. Entre estos tenemos que debe hacerse una reestructuración a la debilitada institucionalización de estos procedimientos y a la débil articulación con el sistema judicial convencional, ya que, si bien existe una relación innegable entre ambas vías para resolver controversias, se siguen constituyendo obstáculos que persisten. Se ven comprometidos principios que ya hemos analizado anteriormente, como el de imparcialidad, especialidad, celeridad, eficacia y acceso a la justicia sobre todo en los grupos vulnerables y en conflictos de carácter interpersonal. En virtud de aquello rescatamos lo siguiente: *“la mediación no puede florecer en un terreno jurídico donde la ley permanece en silencio o se muestra ambigua frente a las reglas que la rigen”* (Truyol Serra, 2012, pág. 51)

La desventaja principal de nuestra legislación es la falta de obligatoriedad legal para el uso de la mediación en procedimientos judiciales; lo cual a niveles internacionales observamos varía por ejemplo con la vigencia de la Ley número 01/2025 de España misma que fue objeto de análisis en la legislación comparada incorpora varios cambios novedosos que enriquecen la aplicación de los MASC como la mediación, siendo que evolucionó enormemente al llevar a la mediación como requisito de prejudicialidad en materias civiles y mercantiles. Consideramos que esta puede ser una adición positiva a la legislación ecuatoriana pues, aunque sabemos que el juez tiene el deber de procurar que las partes lleguen a una solución consensuada para el conflicto, no existe un mandato jurídico que imponga la remisión de causas de manera sistemática o que se agote de manera previa en materias transigibles, factor que limita de manera exponencial la mediación judicial a la voluntad del juez o las partes. En países como Argentina o España, al usar de manera obligatoria la mediación en determinadas etapas del proceso se ha demostrado que la misma es una medida eficiente que descongestiona el sistema judicial. Como se señala a continuación: *“la institucionalización eficaz de los MASC requiere mecanismos normativos que impulsen su uso y no lo dejen librado a la cultura o voluntad individual”* (Menkel-Meadow, 2013, pág. 68)

Para finalizar nuestras recomendaciones, debemos mencionar que se debe priorizar una cobertura territorial de los centros de mediación públicos, sobre todo en las zonas rurales, fronterizas y de grupos indígenas. A pesar de que el artículo 22 del Código Orgánico de la Función Judicial reconoce el principio de acceso a la justicia sin fronteras, eliminando las barreras estructurales, esto se presencia únicamente en la mera norma, ya que en la práctica estos centros de mediación se concentran en las principales ciudades de cada provincia. Esto genera una inminente exclusión a muchas personas de este mecanismo eficaz, por ello se puede incorporar la siguiente cita: *“la justicia comunitaria necesita del diálogo con la mediación intercultural, no como imposición institucional, sino como puente entre cosmovisiones”* (Carbajo Vasco, 2021, pág. 11) Esta ausencia de mediadores en enfoque intercultural o comunitario refleja una brecha inminente a la hora de atender una mediación inclusiva, por lo que consideramos se deben tomar medidas al respecto.

Bibliografía

- Aguilar, L. (2016). *Centros de Justicia Alternativa en México: análisis crítico*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Álvarez Villanueva, A. (2018). *Mediación en América Latina: diversidad normativa y perspectivas*. Revista Latinoamericana de Derecho Procesal.
- Álvarez, M. V. (2020). *La mediación judicial: eficacia, desafíos y límites normativos*. 25(2), 145–162.: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal.
- Arsuaga, T. (2024). *Te veo, te escucho, te reconozco. Una guía para la gestión inteligente de conflictos*. Madrid: Arpa.
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2006). *Ley de Arbitraje y Mediación (Codificación No. 2006-014)*. Registro Oficial No. 145.
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial No. 449.
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Asamblea Nacional del Ecuador . (2025). *Código Orgánico de la Función Judicial (COFJ)*. Registro Oficial Suplemento 544 de 26 de junio de 2025.
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2003). *Código de la Niñez y Adolescencia* . Registro Oficial 737.
- Basantés Bombón, D., & Barrionuevo Núñez, J. (2023). *La mediación como requisito obligatorio para el inicio de la contienda judicial, en materia transigible*. 7(1), 4131-4153.: Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar,.
- Bellagamba, I. P. (2024). *La dimensión emocional del mediador: el uso de herramientas de gestión emocional*. . Córdoba: Universidad Católica de Córdoba.
- Benavides Martínez, B. (2014). *Contexto Social de la Profesión*. Monterrey, NL: CECSA.
- Bisquerra, R. (2009). *Educación emocional y competencias básicas*. Barcelona: Graó.

- Blohorn-Brenneur, B., & Soletto, H. (2019). *La mediación para todos. Mediación en el ámbito civil e intrajudicial*. Madrid: Editorial Dykinson.
- Borja Coronel, X. (2019). *La mediación como método alternativo de solución de conflictos en la contratación pública*. Ecuador.
- Boulle, L. (2005). *Mediation: Principles, Process, Practice*. (2nd ed.): LexisNexis Butterworths.
- Brown, D. (1982). Divorce and Family Mediation: History, Review, Future Directions. . *Conciliation Courts Review.*, 1-44.
- Bulla, J. (2010). *Justicia Alternativa, Mecanismos Facultativos de Resolución de Conflictos, Conciliación Administrativa*. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Cabello, P., Gorjón, F., & Et.al. (2015). *Comentarios a la Ley Nacional de Mecanismo Alternativos de Solución de Controversias en materia Penal*. México: Tirant Lo Blanch.
- Calderón Concha, P. (2009). *Teoría de conflictos de Johan Galtung*. Universidad de Granada.: *Revista de Paz y Conflictos*, 2, 60–81.
- Carbajo Vasco, A. (2021). *Pluralismo jurídico y métodos alternativos de solución de conflictos*. Editorial UASB.
- Carrulla, P. (2016). *La mediación: una alternativa eficaz para resolver conflictos*. Ibañez: Grupo Editorial Ibañez.
- Cohen, J. A. (1966). Chinese Mediation on the Eve of Modernization. *California Law Review* , 1201-1226.
- Congreso de Colombia. (2001). *Ley 640 de 2001*. Diario Oficial No. 44.303.
- Congreso de Colombia. (2012). *Ley 1563 de 2012*. Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional.: Diario Oficial No. 48.489.
- Congreso de Colombia. (1999). *Ley 497 de 1999. Por la cual se crean las Casas de Justicia y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial No. 43.718.
- Congreso de Colombia. (2012). *Ley 1564 de 2012. Código General del Proceso*. Diario Oficial No. 48.489.

- Consorti, P. (2012). *Gestión de los conflictos y mediación social en Italia*. Pisa, Italia: Universidad de Pisa.
- Covey, S., & Merrill, R. R. (2010). *El factor confianza. El valor que lo cambia*. Argentina: Paidós.
- Dávalos, F. (2019). *La mediación y el arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Tirant lo Blanch.
- De Bono, E. (2012). *El pensamiento creativo. El poder del pensamiento lateral para la creación de nuevas ideas*. Barcelona: Paidós.
- De Palo, G., & D'Souza, M. (2012). *The Role of the Mediator: A European Perspective on Training and Accreditation*. Kluwer Law International.
- Díaz, M. C. (2018). *LA MEDIACIÓN EN LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA TRAS LA DIRECTIVA 2008/52/CE: ESTADO DE LA CUESTIÓN*. Madrid: Universidad Pontificia ICAI ICADE COMILLAS.
- Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Civitas.
- Domínguez Bilbao, R., & García Dauder, S. (2003). *Introducción a la teoría del conflicto en las organizaciones*. Madrid: Universidad Rey Juan Carlos.
- Edvinsson, L., & Malone, M. S. (2000). *Intellectual Capital: Realizing Your Company's True Value by Finding Its Hidden Brainpower*. Chicago: HarperBusiness.
- Escuela ELBS. (2022). *¿Qué es un mediador? Funciones y habilidades*. Barcelona: Universidad Europea.
- Fisher, R., Ury, W., & Patton, B. (2011). *Getting to Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*. California: Penguin Books.
- Flores, C., Chable, A., Pech, E., Interian, C., & Solache, C. (2009). *De las descripciones verbales a las representaciones gráficas. El caso de la rapidez de la variación en la enseñanza de la matemática*. 41-57.: Revista Iberoamericana de Educación de Matemáticas.
- Folberg, J., & Taylor, A. (1997). *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. México: LIMUSA S.A.

- Fournier, N. (2020). *El acuerdo de mediación: técnica y garantía*. Revista Derechos en Acción, 18-26.
- García Villaluenga, L. (2010). *La mediación a través de sus principios*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- García, N., & Nofal. (2006). *Productividad: Una propuesta desde la gestión del conocimiento*. 87-105: Escuela de administración de negocios.
- Giacalone, M., & Sajedeh Salehi, S. (2022). *AN EMPIRICAL STUDY ON MEDIATION IN CIVIL AND COMMERCIAL DISPUTES IN EUROPE: THE MEDIATION SERVICE PROVIDERS PERSPECTIVE*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Ginsberg, R. B. (1978). American Bar Association Delegation Visits The People's Republic of China. *American Bar Association Journal*, 1516-1525.
- Gobierno Vasco. (2008). *Manual de mediación comunitaria*. Vasco: Dirección de Coordinación y Relaciones con el Sistema Judicial.
- Gorjón. (2017). *Mediación intangible y cultura de paz*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Gorjón Gómez, F. J. (2017). *Mediación: su valor intangible y efectos operativos*. Tirant lo Blanch.
- Gorjón Gómez, F. J., & Steele Garza, J. G. (2008). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. México: Oxford University Press.
- Gorjón Gómez, G. d., & Saucedo Villeda, B. J. (2015). *Los elementos de la mediación comunitaria*. Lima.
- Haynes, J. M. (1981). *Divorce Mediation: A Practical Guide for Therapists and Counselors*. New York : Springer.
- Henderson, D. C. (1965). *Conciliation and Japanese Law: Tokugawa and Modern*. Seattle: University of Washington Press, 313-411.
- Hernández, M. (2003). *La mediación en la resolución de conflictos*. EDUCAR, 125-136.
- IMOTIVA. (2020). *Oportunidades e integración del modelo de mediación Insight*. Insight: Revista de mediación.

- López, M. C. (2021). *Mediación en el proceso civil en España*. Puebla, México: Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría.
- Madero Gómez, S. M. (2010). *La persuasión en la comunicación: Estrategias para influir en actitudes y comportamientos*. Ciudad de México: Pearson Educación.
- Menkel-Meadow, C. (2013). *Dispute Resolution: Beyond the Adversarial Model (2nd ed.)*. Aspen Publishers.
- Mieles Barrera, M. D. (2012). *Investigación cualitativa: el análisis sistemático para el tratamiento de la información desde el enfoque de la fenomenología social*. 193-212.: Universitas Humanística.
- Moore, C. W. (2014). *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. Washington: Jossey-Bass.
- Morales de Barbenza, C. (2001). *Consideraciones a cerca de la objetividad en evaluación psicológica*. 169-178.: Interdisciplinaria.
- Neves Almeida, H., Pinto Albuquerque, C., & Cruz Santos, C. (2014). *Social and Community Mediation in Europe Experiences and Models*. Montesca: University of Coimbra .
- Nicuesa, A. E. (2011). *Libro blanco de la mediación en Cataluña*. Cataluña : Huygens Editorial.
- Ortiz, J. (2018). *La conciliación en Colombia: evolución y perspectivas*. Rosario: Universidad del Rosario.
- Pacheco Pulido, G. (2004). *Mediación. Cultura de la Paz*. México: Porrúa.
- Peñalver, L. (2003). *Modernidad, Medio Ambiente y Equidad. Una Propuesta para su Estudio en los Valles Altos de los Andes Venezolanos*. 73-88: Fermentum.
- Pérez Martell, R. (2013). *Un programa de prevención y solución de conflictos en la empresa*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Pozo Illingworth, T. (2008). *Cultura de paz, solución alternativa de conflictos y mediación*. Universidad Católica de Cuenca.
- Pozo Illingworth, T. (2019). *Cultura de paz, solución alternativa de conflictos y mediación*. Universidad Católica de Cuenca.

- Pozo, C. (2010). *Los MASC y el derecho ecuatoriano*. Quito: Revista Ecuatoriana de Derecho.
- Rivera López, M. A. (2019). *Teoría y práctica de la mediación*. Editorial Jurídica Continental.
- Rodríguez, A., Sánchez Álvarez, ., M., & Rojas de Chirinos, B. (2008). *La mediación, el acompañamiento y el aprendizaje individual*. Revista Investigación y Postgrado, 23(2), 349–381.
- Romero Bedregal, H. (2006). *Caminando sobre dos mundos para construir un tercero en donde lo material y lo erspiritual están en armonía*. 69-85: Revista de ciencias sociales (CI) .
- Ruiz, P. (2020). *Mediación comunitaria en Colombia: un análisis sociojurídico*. Medellín: Revista de Resolución de Conflictos.
- Sánchez García, A., & López Peláez, P. (2016). *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución*. España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Sandín, M. P. (2003). *Investigación cualitativa en educación*. Madrid: Madrid: McGraw-Hill.
- Suares, M. (2002). *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Buenos Aires: Editorial Paidós. Tercera reimpresión. .
- Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros. (2012). *Guía de Mediación*.
- Tapia, F. D. (2020). *Herramientas para trabajar en mediación*. Madrid : Arsilex.
- Tennant, &. G. (2013). *Six Sigma. Control estadístico del proceso y administración total de la calidad en manufacturas y servicios*. México: Panorama.
- Torrice T, S. (2005). *El discreto encanto del monopolio. Monopolios y derechos de propiedad*. 25-31: Perspectivas.
- Truyol Serra, A. (2012). *Mediación y Derecho: fundamentos y desafíos*. Ediciones Jurídicas Cívitas.
- Valdés Gutiérrez, G., & León del Río, Y. (2013). *Pensar y actuar más allá de los sentidos de la modernidad*. 7-32: Revista de Filosofía.

- Valenciana, G. (2012). *La mediación en la resolución de conflictos*. GVA.
- Vásquez, S. M. (2009). *Motivación y voluntad*. 185-212: Revista de Psicología.
- Vayas Castro, G. S., Jordán Buenaño, J. E., Vayas Castro, S. C., & Tamayo Vásquez, F. M. (2022). *La eficacia de la mediación pública en el Ecuador, de la normativa a la realidad ecuatoriana*. 7(12), 941–963: Polo del Conocimiento.
- Villanueva Alonso, P. (2011). *Diversidad Innovadora*. Madrid: Netbiblio.

Anexos



Juan Esteban Pesántez Zambrano portador de la cédula de ciudadanía N° 0105257208. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación "Ventajas de la mediación frente a la justicia ordinaria en Ecuador" de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 28 de abril de 2021.

F: 

Juan Esteban Pesántez Zambrano

C.I. 0105257208

Anthony Ismael Fuentes Loja portador de la cédula de ciudadanía N° 0106778806. En calidad de autor/a y titular de los derechos patrimoniales del trabajo de titulación "Ventajas de la mediación frente a la justicia ordinaria en Ecuador" de conformidad a lo establecido en el artículo 114 Código Orgánico de la Economía Social de los Conocimientos, Creatividad e Innovación, reconozco a favor de la Universidad Católica de Cuenca una licencia gratuita, intransferible y no exclusiva para el uso no comercial de la obra, con fines estrictamente académicos y no comerciales. Autorizo además a la Universidad Católica de Cuenca, para que realice la publicación de éste trabajo de titulación en el Repositorio Institucional de conformidad a lo dispuesto en el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Cuenca, 28 de abril de 2021

F: 

Anthony Ismael Fuentes Loja

C.I. 0106778806