

La mediación en la asistencia jurídica gratuita: una posibilidad de mejora del sistema jurídico ecuatoriano

Mediation in free legal assistance: a possibility to improve the ecuadorian legal system

Lic. Patricio Jaime Vargas-Rodríguez

<https://orcid.org/0000-0002-4250-1925>

pajavarrol970@hotmail.com

Universidad Laica Eloy Alfaro de Manabí, Ecuador

Lic. José Jesús Albert-Márquez

<https://orcid.org/0000-0001-9901-4194>

jilalmaj@uco.es

Universidad de Córdoba, España

Resumen. El tránsito hacia una nueva cultura para gestionar conflictos y administrar justicia, requiere decisiones conducentes a superar las concepciones tradicionales del litigio e instalar la cuestión en la práctica de los nuevos paradigmas sociales. De ahí la necesidad de incorporar a la asistencia jurídica gratuita, el servicio de mediación como método alternativo para la solución de conflictos. Este ensayo aborda la posibilidad de que las personas cuenten con medios para ejercitarse en las prácticas de mediación o con facilitadores para la conciliación intrajudicial o extrajudicial en los conflictos que la ley admite como susceptibles de solución mediante métodos alternativos. Se analiza la normativa que fundamenta este artículo, exponiendo los argumentos que lo sustentan. El trabajo parte de un hecho materializado y de existencia verificable que cumplen la doble función de dar asistencia legal gratuita a las personas que lo solicitan.

Palabras clave. Conflicto, Conciliación, Mediación, Justicia gratuita.

Abstract. The transition towards a new culture for the management of conflicts and justice requires adopting decisions conducive to overcoming the traditional conceptions of litigation, installing the issue in the practice of the new social paradigms. This proposal is based on an approach on the need to incorporate the mediation service as an alternative method for conflict resolution to free legal assistance. It is a study that explains the possibility that people who require it have the means to exercise in mediation practices or facilitators for intrajudicial or extrajudicial conciliation in conflicts that the law admits as susceptible to solution through alternative methods. A review of the regula-

tions that support this article is made and the arguments that support it are exposed. The work is based on a materialized fact and verifiable existence that fulfill the double function of giving free legal assistance to people who request it.

Keywords: Conflict, Conciliation, Mediation, Free Justice.

Introducción

La administración de Justicia en el Ecuador ha estado viviendo una crisis y como respuesta surge una búsqueda de formas de resolución de conflictos más eficientes, que satisfagan con prontitud las necesidades de resolución de controversias que tiene la sociedad. Por ello, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) en el artículo 190, reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, dentro de los que destacan por su diversidad de regulación la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Precisamente, este es el caso de la asistencia jurídica gratuita que no sólo ha sido ampliamente estudiada por la doctrina especializada, fundamentalmente desde la perspectiva del Derecho adjetivo, sino que también funciona en la práctica y ha logrado consolidarse como una institución para garantizar la efectividad de los Derechos Constitucionales de tutela judicial y, con ello, el acceso universal a la justicia, artículo 75 CRE. Ante los beneficios otorgados por la instauración de los métodos alternativos de solución de conflictos a nivel mundial y la necesidad nacional de una mejor administración de justicia, se convierte en una opción a ser considerada con el objeto de que se incluya dentro de las reformas judiciales en la administración de justicia, la mediación y la conciliación excepto, a nuestro juicio, en materias constitucional, electoral o tributaria.

Sin embargo, los Consultorios jurídicos gratuitos no cuentan con el servicio de mediación como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos que permita a las personas involucradas en los conflictos judiciales llegar a acuerdos satisfactorios que pongan fin a la confrontación si hubiera sido iniciada o que eviten iniciarla. Para que se presten de manera más eficiente los servicios de defensa y asesoría jurídica a personas de escasos recursos económicos y grupos que requieran atención prioritaria es necesario complementarlos incorporando la mediación como una alternativa para solucionar los conflictos que aquejan a los ciudadanos. Los ciudadanos de escasos recursos son los más vulnerables por la falta

de medios económicos, así como por la falta de información adecuada respecto a los procedimientos que la ley ha previsto para el inicio de los trámites judiciales que corresponda de acuerdo a la naturaleza del conflicto.

El beneficio de incorporar la mediación como opción para que los ciudadanos procuren soluciones ágiles y equitativas a sus conflictos, significaría un importante aporte a la colectividad, es necesario resaltar que la legislación ecuatoriana autoriza a los juzgadores agotar la instancia de mediación en los procesos judiciales, así mismo pensamos que la presente opción, restaría los engorrosos procesos en la justicia Ordinaria, considerando que en ocasiones los Jueces de las unidades de familia, niñez y adolescencia tardan hasta cuatro meses en calificar las demandas, atentando contra el interés superior del niño, niña y adolescente.

Desarrollo

La asistencia jurídica gratuita consiste en asesoría y orientación jurídica totalmente gratuita. Es un servicio que los abogados prestan a las personas naturales o jurídicas que precisan de sus conocimientos legales para defender sus Derechos. Es el servicio prestado por el Estado o por las organizaciones no gubernamentales de esta manera se cubren las necesidades del ciudadano en su mayor parte los que no tienen recursos económicos y están bajo tutela judicial o penitenciaria.

Métodos alternativos de solución de conflictos

Los Métodos pacíficos son medios para la resolución de conflictos, que fomentan la participación de los involucrados para que puedan encontrar la solución más conveniente. Estos privilegian la cooperación, tolerancia, empatía y diálogo, contando con los siguientes rasgos: (a) las partes actúan cooperativamente para alcanzar la solución; (b) las partes controlan el procedimiento y su decisión prevalece; (c) se benefician todas las partes con la solución acordada por ellas; (d) la decisión tomada pone fin a la controversia entre las partes atendiendo sus propios intereses.

Morton Deutsch (2001) realiza una clasificación de los procesos de resolución de controversias diferenciándolos en constructivos y destructivos. Un proceso destructivo se caracteriza por el debilitamiento o la ruptura de la relación social que existía antes de la disputa, debido

a la forma por la cual ésta es solucionada. En los procesos destructivos existe la posibilidad de que el conflicto se extienda o se acentúe más durante el desarrollo de la relación procesal. El conflicto se vuelve así independiente de sus causas que lo originaron tomando características competitivas en las cuales cada parte busca derrotar a la otra en la disputa. La percepción, la mayoría de las veces, es que los intereses de ambas partes no pueden ser satisfechos.

Por su parte, los métodos constructivos se basan en el reforzamiento o restauración de la relación preexistente al conflicto entre las partes. Los ordenamientos jurídicos más modernos están tratando de incluir dichos medios en la resolución de disputas. Estas medidas buscan, que se pueda elegir, el método adecuado que permita alcanzar de la mejor manera posible la solución de la disputa en el caso concreto, según el conflicto y sus características.

Métodos autocompositivos y heterocompositivos de solución de controversias

La autocomposición es una actividad privada que realizan las partes para buscar una solución, sin tener que acudir al Estado o a un tercero para encontrar una fórmula de arreglo. Es la terminación de la controversia por voluntad de las partes. La autocomposición es la composición del litigio que efectúan las partes unilateral o bilateralmente, ya sea durante el desarrollo del juicio o fuera de él (Carneluti, 1996). Las partes son quienes arriban a una solución, aunque puede valerse de terceros, como facilitadores para que coadyuven al logro del acuerdo mediante la comunicación. Según Azar Mansur (2004), entre las formas autocompositivas de resolución de conflictos encontramos: el desistimiento, el allanamiento, la renuncia y el reconocimiento, mientras que entre las figuras autocompositivas bilaterales están la transacción, la mediación y la conciliación.

Los procesos autocompositivos no implican que el Estado no intervenga para su regulación o trámite, estableciendo los alcances de dichos acuerdos, pero a pesar de ello, existe la libertad de conducta para las partes que puede variar según su carácter o entorno social. Algunos mecanismos autocompositivos son el contrato, la mediación, la conciliación, la negociación, la transacción, la oferta, la renuncia de derechos, el arrepentimiento o desistimiento y la donación. La heterocomposición es una solución impuesta desde afuera, es la intervención de una autoridad legítima que el Estado ha institucionalizado para darle una solución a

una controversia, siguiendo el debido proceso y dando oportunidad de defensa a quienes se vean involucrados.

La heterocomposición pura se da en el proceso judicial. Se caracteriza por el sometimiento de las partes a la decisión de un juez. El Estado, al ser titular del monopolio de la solución de conflictos, interviene y actúa por medio de instancias, autoridades o instituciones creadas para ello, sigue procedimientos previamente establecidos en la regulación positiva y llegan a una decisión que pone fin a la disputa. Hay autores que discrepan sobre esta clasificación, afirmando que la mediación y la conciliación son formas heterocompositivas de solución de conflictos por la intervención de un tercero neutral o que dichas figuras son formas heterocompositivas intermedias. Aunque el tercero está imposibilitado de tomar decisiones, pueden persuadir y orientar a las partes.

Otros métodos alternos de solución de conflictos

Existen muchas formas de resolución alternativa de controversias, tantas como la capacidad de invención de las partes involucradas. Sin embargo, algunas han ganado prestigio por los resultados de su aplicación. De la amplia variedad de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) utilizados en diferentes partes del mundo, estos son los más relevantes.

Negociación

La negociación es un legado de nuestros antepasados que fueron progresivamente sustituyendo los golpes por las palabras. No es un arte inexplicable, es más bien, una habilidad sustentada en técnicas, que pueden aprenderse y mejorarse. Negociar es un rasgo humano tan rutinario en nuestras vidas, con el cual resolvemos la mayoría de nuestras necesidades y situaciones con los demás, a través del uso de habilidades en comunicación y convencimiento. La negociación es un proceso durante el cual dos o más partes con un problema en común, mediante el empleo de técnicas diversas de comunicación, buscan un resultado o solución que satisfaga de manera razonable y justa sus objetivos, intereses, necesidades y aspiraciones. Es el hecho de plantear ante otro, de quien se quiere obtener una conducta, un resultado, o una serie de propuestas tendientes a que él mismo otorgue voluntariamente aquello que queremos, en razón de nuestra oferta.

En nuestro país inclusive se manifiesta en el “regateo”, esa forma para tratar de obtener un artículo al menor precio posible en un diálogo que se da entre el vendedor y el comprador buscando un punto

medio que satisfaga los intereses de ambos, o en el famoso dicho popular “hablando se entiende la gente”, con el que se exhorta al uso de una constructiva comunicación y la generación de compromisos. En la actualidad la negociación es un proceso estudiado por las ciencias del comportamiento y ya forma parte de las políticas en la búsqueda de conseguir objetivos nobles, como lo es en de la resolución pacífica de conflictos y la Educación y la Cultura de Paz. La Negociación se nutre de conocimientos pertenecientes a ciencias como la psicología, la sociología, el Derecho, la comunicación e incluso la economía, entre otras.

No todas las situaciones de negociación son iguales, en ocasiones nos encontramos ante circunstancias competitivas donde unos ganan y otros pierden, donde no importa mucho el futuro de la relación entre las partes. Otras veces, ambos negociadores se necesitan mutuamente para lograr sus objetivos además se desea preservar la relación entre ambos. En determinadas circunstancias puede parecer necesario “perder” en primera instancia para ganar después, en algunos casos las partes consideran que no tiene caso negociar puesto que son más los problemas que los beneficios que se pudieran obtener de las mismas. Otro escenario podría ser cuando en la negociación sólo permite soluciones donde los asuntos de interés se reparten de forma más o menos equitativa. Es importante que el negociador sepa ante qué situación se encuentra, que conozca sus puntos fuertes y débiles. Es decir, cuáles son las clases de negociación que debe aprender a dominar, utilizando las técnicas más adecuadas a las características de la situación que enfrente y finalmente, es importante darse cuenta de que una negociación puede contener momentos colaborativos y momentos competitivos, según la circunstancia, el negociador debe tener una rápida capacidad de adaptación. Existen varias *clases de negociación*:

Negociación competitiva: Sea cual sea nuestra preferencia en cuanto al estilo de negociar, existen circunstancias en las que es conveniente competir, en la que una conducta agresiva es más adecuada. Por ejemplo: Cuando se trata de negociaciones que se realizarán por única vez y en las que el futuro de la relación no tiene importancia; Cuando se tratan de negociaciones de carácter distributivo, en las que ambas partes desean el 100%, si los objetivos de los dos son incompatibles; Las negociaciones en el que el único interés es el precio, sólo estando seguros que conviene sacrificarla relación con el otro, es un grave error anteponer una cantidad a una relación cuando no se sabe si en un futuro se

necesite de la misma; Cuando sabemos de antemano que la otra parte será agresiva: sea duro con el problema, pero suave con la persona.

Negociación colaborativa. Para muchas personas y culturas resulta difícil la colaboración, sin embargo, la mayoría de las labores diarias las realizamos precisamente de esa manera, de hecho, sin colaborar no podríamos funcionar en sociedad. Colaborar no es una cuestión ética sino de eficiencia. Los siguientes son ejemplos de escenarios propicios para la colaboración: Cuando además del resultado necesitamos mantener una excelente relación; En negociaciones de organizaciones internas, donde el estilo competitivo genera conflictos y engendra enemigos; Cuando el arreglo beneficia tanto a uno como al otro; Cuando dos o más partes se benefician por tener finalidades idénticas: mismos clientes, mismos proveedores, etc.

Negociación acomodadiza. Para muchas personas ceder resulta muy complicado, dar su brazo a torcer es una sensación de haber perdido, sin embargo, en ocasiones ceder es recomendable, en especial cuando estamos estratégicamente, pensando en el mediano y largo plazo. Cuando es más importante la relación que el resultado el estilo a utilizar es el acomodaticio como cuando: nos interesa la relación por encima de los resultados; nos interesa fortalecer la confianza entre dos o más empresas que negocian; ceder y acomodarse puede resultar un acto de cortesía que favorece las relaciones futuras; cuando invertimos a largo plazo. Una concesión hoy puede significar un éxito futuro. Perder hoy para ganar mañana; En caso de una agenda oculta. Se cede en algo sabiendo que dentro de un tiempo podrá aprovechar los efectos de esa acomodación en una nueva generación que la otra parte ignora; Cuando es necesario resolver la situación de conflicto. Si la paz y el entendimiento deben prevalecer, ante todo, una estrategia importante es la acomodación.

Negociación evitaría. No siempre es bueno negociar, en algunos casos es preferible mediar, conciliar ir al arbitraje o al litigio judicial. En ocasiones podemos entablar una negociación sin que nos interese lo que pueda derivar de ella o la relación con la otra parte. El ser humano puede hacer la paz y la guerra, pero no lo hace menos el llevar a cabo lo uno o lo otro; lo que lo hace débil es cuando lo hace en el momento y en el caso que no son los indicados. Debemos tener la sabiduría para entender cuando debemos dialogar y cuando la negociación no es el camino adecuado. Es importante evitar la negociación en los siguientes casos: Cuando ambas partes tienen más que perder que ganar en la

negociación; En situaciones de conflicto latente, en las que empezar a negociar puede hacer emerger una agresividad de las partes; Cuando estamos convencidos de que sólo la otra parte obtendría beneficios de la negociación; Cuando mi mejor Alternativa Posible al Acuerdo a Negociar es tan excelente que no conviene negociar.

Negociación compromiso. Este tipo de estilo de negociar se refiere a que debemos tener la capacidad para cerrar negociaciones de compromiso en donde tanto el resultado como la relación son importantes pudiendo sacrificar un poco de ambas para lograr llegar al acuerdo. Se requiere precisión, rapidez y tacto para conseguirlo y dichas situaciones son: cuando la colaboración es difícil o demasiado compleja; cuando el tiempo apremia y no hay ocasión para desarrollar procesos de colaboración; cuando las partes pueden estar conformes con una repartición justa.

La mediación

El Artículo 43 de nuestra Ley de Arbitraje y Mediación define la mediación como 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. De la definición anterior podemos destacarlas siguientes características de dicho método alternativo. Pues la mediación es un método alterno: Es decir, un procedimiento en el cual no existe la necesidad de la intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo los casos en que se requiera la ejecución forzosa del laudo o el convenio resultado de las negociaciones. La mediación es un método de resolución de conflictos no adversarial. En él no existe una "litis". La mediación es un procedimiento en el que las partes colaboran para tratar de encontrar un punto medio. Las partes no se confrontan por un vencedor y un vencido, sino que busca establecer las condiciones necesarias para lograr un acuerdo mediante la participación de todos los involucrados. Intervienen uno o más mediadores. El mediador es el tercero neutral encargado de llevar en buena dirección la mediación, acercando a las partes para que se escuchen y concilien la situación, sentimientos y necesidades que vive el otro.

Para que cualquier acto jurídico pueda ser perfeccionado y tenga validez es necesario que el autor o las partes sean capaces. El mediador no tiene facultad de decisión, ni de emitir juicio o sentencia: Debemos recordar que la mediación es un procedimiento autocompositivo, es

decir, las partes terminan dicho procedimiento, por su propia voluntad y decisión, de ahí que las facultades del mediador sólo tengan que ver con facilitar la comunicación y no con emitir juicios que romperían con el espíritu del proceso. El mediador sólo facilita la comunicación entre las partes, para que tomen el control del mismo y arriben voluntariamente a un acuerdo. La mediación representa una verdadera evolución del ser humano a partir de la idea de que es capaz de conducir su vida y sus relaciones, de tomar decisiones y responsabilizarse de sus consecuencias.

El mediador trata que las partes concienticen su actuar, sus acciones, y que pueden arreglar los errores cometidos, siendo arquitectos de su destino. El acuerdo final puede solucionar el conflicto. La mediación no fracasa si no pone fin total a la controversia, basta con lograr algún acuerdo y para el resto quedan a salvo los Derechos para poder ejercerlos en la vía que convenga. Algunos autores mencionan que ni siquiera el acuerdo es indispensable para calificar a la mediación como exitosa, sino poder lograr que las partes se escuchen, se pongan en el lugar del otro, abriendo nuevamente los caminos para entablar diálogos futuros.

Etapas del proceso de mediación

La mediación es un proceso que activa la participación de las personas para solución de sus propios conflictos; invita a la búsqueda de soluciones. Es una forma de ampliar el sistema de relaciones sociales, es una cultura de compromiso y del diálogo, un actuar ético, en la medida que es un ejercicio de respeto, de empatía, de confianza, de solidaridad. La mediación tiene un alto potencial educativo, que favorece conductas autónomas, actuar según parámetros acordados y construidos, invitando a hacerse responsables de las disputas, tanto en lo que las motivó como en su solución. Los conflictos susceptibles de mediación se encuentran en ámbitos como: servicios de salud; relaciones civiles; escuela; relaciones multiculturales y relaciones comunitarias.

Las principales características de la mediación, son: la *voluntariedad* (son las partes las que deciden que se va a realizar en el proceso), la *flexibilidad* (es por el acuerdo de las partes que se puede modificar la forma como se llevará el procedimiento, número de audiencias, duración, etc.), la *confidencialidad* (todo lo dicho y hecho durante la mediación no podrá ser divulgado por los participantes), la *rapidez y economía* (el procedimiento de Mediación resulta barato y rápido).

La mediación tiene como objetivos primordiales no sólo resolver el conflicto y colaborar en la toma de decisiones que llevan a su solución”, sino también tener en cuenta la relación futura de las partes tratando de restablecer o mantener el vínculo que los une procurando relaciones sanas o funcionales contribuyendo directamente a la creación de la sociedad pacífica posible.

El mediador es el tercero neutral que facilita el proceso de mediación. Estructura el diálogo entre las partes para que lleguen a su propio acuerdo. Es quien conduce el procedimiento, reconoce y comprende las emociones de las personas. El resultado de la mediación depende del mediador mismo, de ahí la importancia de su figura. Su sentido humano, perspicacia e intuición son elementos indispensables para poder lograr que las partes lleguen a un acuerdo. Si atendemos a la idea de que la mediación es una negociación asistida, entonces el mediador debe ser un negociador profesional que conduce el encuentro entre las partes en controversia. Además de las cualidades con las que debe contar el Mediador (independencia, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y capacidad) es importante mencionar que quién quiera desempeñarse como mediador tiene que cumplir con un perfil estudiado y definido ampliamente por la doctrina.

Servir como catalizador, educador y comunicador que auxilie a las partes a identificar y clarificar los puntos objeto de la controversia, apoyándolas a que canalicen sus sentimientos en forma positiva y generen opciones que resuelvan el conflicto. Atemperar la situación de enfrentamiento y favorecer la interrelación entre las personas. Constituirse como un agente de la realidad para ayudar a las partes a diferenciar lo que es posible y practicable de sus propuestas distinguiendo el deseo de la realidad. Motivar a las partes para que negocien de buena fe y establecer las normas que han de regir el desarrollo del procedimiento. Interpretar y aclarar el significado o la intención de los mensajes. Trabajar para reconciliar los intereses de competidores de las partes. Crear una atmósfera de empatía entre los mediados. Actuar como moderador propiciando actitudes colaborativas, utilizando la dinámica del proceso, estableciendo las normas básicas para confrontar ideas, para ir al fondo de las cuestiones que van aflorando a través del proceso, etc.

La conciliación, según la visión arraigadamente positivista de parte de nuestra doctrina y legislación, define a la conciliación como un “acuerdo” o “convenio” celebrado por las partes con el fin de lograr un acuerdo y evitar un litigio. Esta definición resulta muy limitada, pues

el acuerdo es un objetivo de dicho método alternativo, que puede o no conseguirse y el convenio sería la formalización del mismo, en caso de darse. La conciliación resulta ser mucho más, es una forma de resolución pacífica de conflictos que tiene como principios básicos: la imparcialidad, la neutralidad, la confidencialidad, la legalidad, la honestidad y la equidad.

Para algún sector de la doctrina especializada en justicia alternativa, la *Mediación* y la *Conciliación* representan métodos diferentes, al considerar que el *Conciliador* es un prestador de servicios de Métodos Alternos que interviene en el conflicto facilitando la comunicación entre los participantes en el conflicto y proponiendo recomendaciones o sugerencias que las ayuden a lograr una solución que ponga fin al mismo, total o parcialmente. Es decir, el conciliador puede proponer soluciones, sin poder imponerlas mientras que el mediador sólo facilita la comunicación entre las partes, sin facultad de decisión en el acuerdo que se pudiera lograr, ni puede emitir un juicio o sentencia, pues el propósito de dicho método alternativo es que los participantes tomen el control del conflicto y lleguen a una solución por ellos mismos de manera voluntaria.

Algunos autores, debido a la similitud de ambos conceptos optan por valorarlos desde el mismo punto de vista, dadas sus características y aplicación práctica. Aunque delgada (en apariencia), la diferencia entre Mediación y Conciliación puede resultar determinante a la hora de resolver conflictos pues mientras la neutralidad del Mediador puede fomentar en las partes un conocimiento tácito” o transferencia de aprendizaje, es decir, que al solucionar un conflicto los involucrados en el problema, adquieran la capacidad de solucionar otros futuros ya sea de la misma temática o de otra diferente. En la Conciliación el tercero neutral tiene una participación más activa experta en la materia del litigio, teniendo más posibilidades de lograr una solución más rápida al hacer proposiciones. Es decir, mientras el papel más limitado del Mediador simplemente como facilitador del diálogo puede fomentar aptitudes y competencias transformativas del conflicto en las partes, así como para la resolución positiva de disputas, la Conciliación es más efectiva cuando lo que se quiere es lograr un acuerdo pronto y experto.

La Mediación tiene un enfoque más terapéutico en las partes, la Conciliación tiene una mayor acentuación a la resolución práctica de la controversia. Concluimos que la conciliación es un método, a través del cual las partes acuden ante un tercero neutral y experto llamado con-

ciliador, para que les asista en la búsqueda de una solución consensual a su controversia, a través del diálogo y la formulación de propuestas conciliatorias no obligatorias. La conciliación hace uso de conceptos y herramientas para jurídicas, es decir, su naturaleza es interdisciplinaria. Es una institución compleja que exige del tercero la creación de confianza y acercamiento para que las partes logren el acuerdo. Entre las principales características de la Conciliación están: la confidencialidad y voluntariedad; el hecho que el tercero propone la solución; es considerado una etapa previa al arbitraje; el tercero neutral es un experto en la materia; se puede apegar a reglamentos previamente establecidos. La visión pragmática puede hacernos pensar que la conciliación resultaría más eficiente para un acuerdo, pero consideramos más restaurativo, a la mediación por su acentuación a mantener más a raya al tercero facilitador del diálogo entre las partes. Dichas características de la mediación le han valido elogios y críticas, sin embargo, estas diferencias se explican cuando estudiamos ambas figuras y entendemos que son diferentes.

El conciliador es un tercero neutral distinto a las partes en controversia, que conoce sobre la materia del conflicto, con la facultad para proponer fórmulas de acuerdo, punto esencial en la diferencia doctrinal entre la mediación y la conciliación. Este cuenta con autoridad formal, facilita la comunicación entre los participantes y hace recomendaciones o sugerencias que ayuden a lograr una solución total o parcialmente. Este tercero es imparcial, tiene como fin persuadir, orientar, proponer, capacitar e informar a las partes. Desde la perspectiva psicológica, la conciliación es una figura propia de la resolución de conflictos, en la cual el conciliador a pesar de su carácter imparcial tiene una función activa en el procedimiento, ya que lo dirige, señalando a las partes el camino con conocimiento pleno de la situación materia del conflicto.

Las principales características o capacidades del conciliador son: (a) *escuchar con empatía* (debe buscar la armonía entre las partes, nivelar las energías y lograr el trabajo en equipo de los involucrados); (b) *capacidad investigativa* (debe buscar, estudiar y analizar la controversia, tiene que investigar las causas, los motivos y las fuentes del conflicto, para poder entender sus posiciones y descubrir sus verdaderos intereses); (c) *paciencia* (debe respetar y entender a las partes, dando tiempo para llegar a sus propias decisiones en condiciones adecuadas para fomentar el compromiso); (d) *generar confianza* (debe inspirar confianza, siendo atento con las partes, haciéndoles saber que se les escucha, dándoles

la orientación y capacitación necesarias para lograr un acuerdo justo y equitativo); (e) imparcialidad (es el trato objetivo, argumentado y con razones que se le da a los involucrados en una controversia); (f) *transparencia* (la pulcritud, honradez y responsabilidad usuales del conciliador en su desempeño familiar, laboral, social o académico, también son una señal para que las partes sepan de la transparencia que se requiere por parte de un prestador de servicios de medios alternativos); (g) *Destensor del ambiente* (debe suavizar las posiciones, atemperar las emociones, equilibrar las partes y proteger al débil de la dominante, para que el acuerdo no sea resultado del poder, arrogancia o prepotencia de alguna de las parte); (h) *creativo* (debe generar múltiples ideas y propuestas de solución, proporcionando alternativas de distintas índoles y mostrando caminos para una solución parcial o total); (i) *manejar adecuadamente el tema* (debe recomendar y orientar a las partes sobre su situación); (j) *usar eficazmente la comunicación* (los procesos comunicativos son la llave para persuadir a las partes y alcanzar una resolución favorable para ambas); (k) *debe argumentar* (debe exponer sus propuestas claramente motivadas, entender los puntos de vista de las partes, lo cual determinará el grado de persuasión y convencimiento que logre con los involucrados en el conflicto); (l) *debe ser un tercero* (debe mantenerse ajeno a los interés y opiniones de las partes, no debe tener relación alguna con las mismas, no sólo en el aspecto jurídico, sino también en el sentimental); (m) *debe conocer el conflicto* (debe ser experto en la situación motivo de controversia, identificar los intereses de las partes, los fundamentos de las pretensiones, los elementos probatorios, las posibles fórmulas de arreglo, etc.); (n) *debe ser orientador y dirigente* (debe orientar, formar e informar a las partes sobre sus posturas legales y personales, sobre las posibles consecuencias de las decisiones que tomarán); (ñ) *debe ser atento y fomentar dicho comportamiento en las partes* (necesita tener una comunicación positiva, constructiva, tanto verbal como no verbal. Utilizando la escucha activa, la asertividad, el análisis, y la correcta interpretación de las posiciones y de los intereses de los involucrados); (o) *debe ser un experto* (debe conocer del manejo de las relaciones interpersonales y de conflictos, no sólo en la teoría sino también en la práctica. Es importante además que sea un especialista en la materia motivo de la controversia, para tener las condiciones y conocimientos suficientes para poder emitir sugerencias y opiniones que den luz a las partes en la búsqueda de una resolución a la diferencia); (p) *debe conocer a las partes* (es indispensable tener conocimiento de la personalidad de las

partes, del entorno social y económico en que se desenvuelven para poder llevar el proceso conciliatorio adecuadamente hasta que proponga las fórmulas que acerquen a las personas. No es necesario un estudio a fondo de la situación de cada uno de los implicados, solamente de que durante el desarrollo de las audiencias pueda identificar las personalidades de los individuos con los que se desarrolla el método alternativo).

Mecanismo de solución de conflictos en el código orgánico integral penal del ecuador

La adopción de mecanismos alternativos en el Derecho procesal penal, no es una novedad, ya la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1985 recomendó que se impulsen procedimientos informales para la resolución de conflictos, incluyendo la mediación y el arbitraje para facilitar la conciliación y la reparación del daño sufrido por las víctimas (Resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, artículo 7). Tales mecanismos han sido adoptados en varios países con resultados exitosos no solamente en la descongestión de los despachos de las Fiscalías y Judicaturas Penales, sino también en la posición de la víctima y en la solución pacífica de los conflictos penales calificados como leves o que han producido poco daño social, y es que el conflicto puede ser abordado desde diferentes perspectivas, como confrontándolo, colaborando en la solución, resolviendo o evitando que se agrave. En Ecuador, la política criminal del Estado resumida en el artículo 195 de la CRE, establece el principio de mínima intervención penal y privilegia la atención a los Derechos de las víctimas. En este contexto, la mediación y otros procedimientos alternativos de solución de conflictos (Art. 190), así como acogiendo experiencias del Derecho comparado, el Código Orgánico Integral Penal, en el título X del libro II, incorpora a la conciliación como uno de tales mecanismos y lo desarrolla en el artículo 663.

Aplicación de la conciliación en el código orgánico integral penal

El artículo 663 del COIP señala los casos en los que procede su aplicación y la oportunidad de la presentación. Al respecto, se observa que el criterio para la conciliación es: El monto de la pena privativa de la libertad; El bien jurídico atacado o puesto en peligro por la conducta antijurídica.

En lo que se refiere a la pena, ésta debe tener un límite máximo de hasta cinco años, y sobre el daño producido hay que tomar en cuenta el monto de los daños causados en los delitos contra la propiedad: que

no exceda de treinta salarios básicos unificados para el trabajador en general; y en los delitos de tránsito que el resultado no sea la muerte. Dicho artículo en el último inciso precisa excepciones para la conciliación: Los delitos contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, los cuales tienen un carácter muy amplio y son de difícil delimitación; Los delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte; Los delitos contra la integridad sexual y reproductiva; y Los delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Como novedad se anota que ninguno de los casos de homicidio culposo determinados en los artículos 145 y 146 del COIP, entre los cuales está el homicidio por mala práctica profesional no pueden ser objeto de conciliación, pese a que las penas privativas de libertad no superan los cinco años. Los principios de la conciliación según el artículo Art. 664 del mismo cuerpo legal son: la voluntariedad de las partes, la confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad. De estos principios llama la atención el de neutralidad y de imparcialidad en vista de que no está claro si el tercero que va a intervenir en la conciliación es el Fiscal o el Juez, o si una vez que las partes hayan conciliado les entregan el acuerdo.

Conclusiones

Es indispensable que de acuerdo a la dinámica social que estamos viviendo, se cuente con un sistema de asistencia jurídica gratuita adjunta a las oficinas de medicación, así mismo, que las defensorías públicas en el Ecuador se fusionen con las oficinas de mediación del Consejo de la Judicatura, con el objeto que previo a iniciar acciones, se sometan a mediación satisfaciendo a las partes coherente para poder seguir avanzando en la conformación de un verdadero Estado Constitucional de Derecho y justicia Social, como lo ordena el art. 1 de la CRE.

Por ello, se requiere una reforma que impacte en todos y cada uno de los estamentos que ejercen la defensa y asesoría gratuita en el país, partiendo del órgano rector, las defensorías públicas, existentes de forma eficaz lo que solo se puede lograr con una reforma Constitucional e infra constitucional, que introduzca de forma clara y definitiva el Derecho a la asistencia jurídica gratuita unificando los principios plenamente aceptados por la mejor doctrina existente en nuestro entorno respecto a este Derecho Constitucional acordes con los tratados y con-

venios internacionales y los Derechos fundamentales, sustentados en los principios se señala el art. 11.2 de la CRE, de igualdad; la garantía de acceso a la justicia artículo 75, el debido proceso, artículo 76 y la seguridad Jurídica artículo 82 de nuestra Constitución, para llegar a una asistencia jurídica eficaz que ayude a mediar solucionar y conciliar con las personas que requieran en su debidos momentos asistencia jurídica Gratuita o estén pasando por situaciones que ameriten asesorías, orientación y/o apoyo legal para lograr los mejores desenlaces en los distintos casos presentados.

Referencias bibliográficas

- Alvarez, G., Highton, E., & Jassan, E. (1996). *Mediación y justicia*. Editorial Palma.
- Abogacía Española (2016). *Informe del observatorio de justicia gratuita*. Estadística completa 2012-2016, la ley, pp. 181-183.
- Archambault, J.D. (1990). *Les méandres juridiques de l'accès à une justice 'alternative' dans les pays en voie de développement*. Windsor Yearbook of Access to Justice.
- Armas, H. (2002). *Proyección social del derecho*. Ediciones CDL Oñate.
- Aler, L. (1988). *Lenguaje popular*. Ediciones del Centro de Capacitación en Educación Popular.
- Asocliva. (1993). *Directorio de servicios, unidades de apoyo, asesorías, centros clínicos y corresponsalías*. Asocliva Ediciones.
- Bates, L. (1992). Acceso a la justicia y las personas de escasos recursos. *Cuaderno de Análisis Jurídico*, 22 (2), 155-206.
- Begala, S. (2000). *Pobreza, marginalidad jurídica y acceso a la justicia: condicionamientos objetivos y subjetivos*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
- Banacloche, J. & Cubillo, I.J. (2014). *Aspectos fundamentales de derecho procesal civil*. Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
- Boueiri, S. (2003). Aproximación socio-jurídica del acceso a la justicia. *CE-NIPEC*, 22, 221-252.
- European Commission for the Efficiency of Justice. (2010). *Evaluation report of european judicial systems*. Efficiency and Quality of Justice.
- European Commission for the Efficiency of Justice. (2014). *Report on «european judicial*. Efficiency and Quality of Justice.
- European Commission for the Efficiency of Justice. (2016). *European judicial systems*. Efficiency and Quality of Justice.

- Gomez, J.L. & Montero, J. (2017). *Derecho jurisdiccional*. Tirant lo Blanch.
- Highton, E., Alvarez, G. (1995). *Mediación para resolver conflictos*. Ad Hoc SRL Press.
- Ilsa, L. (2006). Acceso a la justicia: entre el derecho formal y el alternativo. Ediciones Bogotá.
- Iglesias, C. (2009). *Los procesos sobre capacidad de las personas*. Tirant lo Blanch.
- Juan, R. (2016). *El derecho a la asistencia jurídica gratuita*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Juan-Sánchez, R. (2013). *Legislación procesal y comunidades autónomas*. Tirant lo Blanch.
- Lorenzo, J.V. (2012). La asistencia jurídica gratuita en el procedimiento administrativo. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 82, 119-160.
- Llopis-Nadal, P. (2016). *La asistencia jurídica gratuita en el ordenamiento de la unión europea: un derecho fundamental reconocido por el artículo 47 de la carta*. Ad Hoc SRL Press.
- López, M. (2013). Asistencia jurídica gratuita para accidentados. *Cuaderno Jurídico*, 42, 13-14.
- Plancha, A. (2014). *Las acciones colectivas en el ordenamiento jurídico español. Un estudio comparado*. Tirant lo Blanch.

Conflictos de intereses

No existen conflictos de intereses

Contribución de autoría

Patricio Jaime Vargas Rodríguez. Concibió el estudio, y elaboró el manuscrito.

José Jesús Albert Márquez. Supervisó la elaboración e hizo las revisiones correspondientes.