

La mediación prejudicial obligatoria

Mandatory pre-judicial mediation

Robinson Aníbal Justicia Guaicha¹ (rjusticia@indoamerica.edu.ec)
(<https://orcid.org/0009-0003-3455-0051>)

Daniela Fernanda López Moya² (danielalopez@uti.edu.ec) (<https://orcid.org/0000-0002-6777-2617>)

Resumen

En el Estado ecuatoriano la mediación es concebida como un método alternativo de solución de conflictos, que se ve revestido de una serie de ventajas en el marco de la cultura del diálogo, el cual se ha implementado como un factor para atender la demanda creciente de casos adversariales en la sede de administración de justicia ordinaria. El presente artículo tiene como objetivo analizar la pertinencia o no, de insertar la obligatoriedad de la mediación y mantener las características propias de este método como lo es la voluntariedad. Para ello se empleó el método de revisión bibliográfica, con un enfoque cualitativo sobre la temática. Como resultados se desprenden beneficios para el sistema de administración de justicia, con la descongestión de causas que ingresan y el impulso de criterios de celeridad, economía procesal, que mantiene la naturaleza de voluntariedad de la mediación, ya que las partes conservan la autonomía para llegar y definir acuerdos con el soporte de un tercero neutral, exteriorizado en un acta, con acuerdos totales o parciales sin que suponga restricción de derechos y deja salvo la posibilidad de la suscripción de un acta de imposibilidad de acuerdo, de lo que quedan las partes habilitadas para la activación judicial. Todo ello evidencia la actualidad y pertinencia del análisis para su puesta en práctica en el contexto ecuatoriano contemporáneo.

Palabras claves: acuerdos, mediación, métodos alternativos de resolución de conflictos, voluntariedad.

Abstract

In the Ecuadorian State, mediation is conceived as an alternative method of conflict resolution, which is endowed with a series of advantages within the framework of the culture of dialogue, which has been implemented as a factor to meet the growing demand for adversarial cases in the ordinary administration of justice. The purpose of this article is to analyze the relevance or not of making mediation mandatory and maintaining the characteristics of this method, such as voluntariness. For this purpose, a literature review method was used, with a qualitative approach to the subject. The

¹ Abogado-Director del Centro de Mediación de Conflictos de la Fundación Fabián Ponce y Mediador. Maestrante de la Maestría en Mediación, Arbitraje y Solución de Conflictos, de la Universidad Tecnológica Indoamérica, Ecuador.

² Abogada de los Tribunales de Justicia de la República del Ecuador. Magister en Derecho Constitucional. Magister en Derecho Laboral. Docente titular de la Universidad Indoamérica, Ecuador.

results show benefits for the system of administration of justice, with the decongestion of incoming cases and the promotion of criteria of speed, procedural economy, which maintains the voluntary nature of mediation, since the parties retain the autonomy to reach and define agreements with the support of a neutral third party, externalized in a record, with total or partial agreements without restriction of rights and except for the possibility of signing a record of impossibility of agreement, so that the parties are enabled for judicial activation. All this evidences the timeliness and relevance of the analysis for its implementation in the contemporary Ecuadorian context.

Key words: agreements, mediation, alternative dispute resolution methods, voluntariness.

Introducción

La mediación está reconocida por la Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente (2008), y regulada por la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) con su respectivo reglamento, como un método alternativo de solución de conflictos de carácter voluntario. Tanto un proceso judicial como la mediación son tendientes a resolver una contienda, sin embargo, la segunda posee una tipología no adversarial, propendiendo alcanzar una solución que beneficie a ambas partes, asistidas por un tercero imparcial.

Al analizar la importancia e impacto que ha tenido la mediación en la última década, la misma mantiene un alto porcentaje de efectividad de acuerdos llegados en los centros de mediación en el Ecuador, por lo que se plantea la hipótesis de incluir en la legislación interna la mediación prejudicial obligatoria, por cuanto se trata de un mecanismo de gran vigencia dentro del sistema jurídico nacional y reconocido por la normativa interna, a lo que se suma que en el contexto internacional, se ha brindado esta característica, previo al inicio de una contienda judicial.

La mediación prejudicial obligatoria busca brindar una posibilidad de solución de conflictos a las partes previo a iniciar un proceso judicial, es decir, que puedan indagar por un arreglo a sus controversias, generando a los intervinientes un ahorro de tiempo y dinero que representa un juicio. Y para el Estado, sus jueces sólo tendrían que dar trámite a los casos que definitivamente las partes no puedan solucionar su conflicto con este mecanismo, que sería en una baja proporción, representando a la Función Judicial un ahorro en su aparataje judicial; y, para los usuarios un acceso a la justicia rápido, ágil y efectivo.

En el presente artículo se hará un análisis de la voluntariedad frente a la obligatoriedad, destacando los criterios de quienes sostienen que la voluntariedad es una característica esencial de la mediación y que al ser obligatoria su comparecencia se desfigura el proceso de mediación; y, otros criterios que sostienen que la obligatoriedad de concurrir a un proceso de mediación no viola la voluntariedad que tienen las partes de involucrarse en el proceso de mediación, ni tampoco de llegar a un acuerdo y firmar el acta de mediación.

La modernización del clásico sistema de administración de justicia amerita una renovación, que incluya subformas de solución de conflictos, sin perder su esencia como un mecanismo donde impera la voluntariedad, incitando a las partes a llegar a acuerdos sean estos de forma total o parcial, con la característica de ser estructurados por los mismos, y que a la vez tengan respaldo normativo y fuerza de ejecución.

El objetivo de este artículo es analizar la pertinencia o no, de insertar la obligatoriedad de los Métodos Alternativos de Resolución de conflictos, con un enfoque en el Estado ecuatoriano. Para ello se examinarán temáticas como la naturaleza jurídica de este método, ventajas, su regulación, procedencia y aplicación en distintos entornos como el de la justicia ordinaria, indígena, de paz, así como la mediación comunitaria y a su vez vislumbrando una panorámica internacional, constatando las experiencias de otros países.

Desarrollo

Los conflictos forman parte del ser humano, en distintas apreciaciones, aspiraciones, identificación de derechos, entre otros, por lo que la administración de justicia a través de los órganos jurisdiccionales ha sido de continuo uso para solventarlos, sin embargo ante posibles sobrecarga, represión de causas y otros factores, dieron pauta a verificar alternativas a la justicia tradicional, motivo por el cual los métodos alternativos de solución de conflictos (en adelante MASC), proponen opciones rápidas, eficaces y económicas, destacando a la mediación.

Para los autores Lorenzo y González (2018) “La mediación es la intervención de un tercero para ayudar a que dos o más partes puedan mejorar su relación y gestionar mejor sus conflictos” (p. 3); es decir, las partes están asistidas por un intermediario neutral llamado mediador que facilita el diálogo constructivo de los intervinientes con miras a que lleguen a solucionar su controversia de forma voluntaria.

La mediación es un proceso flexible e informal, que permite que las partes puedan intervenir de forma libre, voluntaria durante todo el proceso. El mediador conduce la audiencia generando un diálogo imparcial, empático que permite que los involucrados se interesen en el proceso y aporten alternativas de solución, no desde las posiciones sino de los intereses comunes que les conduzcan a llegar acuerdos que pongan fin a la controversia.

Con acuerdos alcanzados de forma libre y voluntaria, dentro de un proceso de mediación, se destaca una mejor estructura en comparación con las resoluciones, sentencias judiciales o fallos arbitrales impuestas por un tercero, debido a que el proceso realizado incita a los intervinientes a abordar el conflicto de forma integral, permitiendo que los acuerdos mutuos sean aceptados, perduren en el tiempo y tengan una connotación de buena fe al ser no adversariales.

En la mediación, el rol protagónico lo tienen las partes, quienes participan de este proceso junto al mediador, que para González, Hernández y Prats (2020) es el “facilitador es agente de realidad y puente de comunicación con el propósito de que

sean las partes quienes llegan al acuerdo total o parcialmente de forma voluntaria y autónoma” (p.10). Es decir, es quien actúa en el proceso, delegando la solución a las partes, sea que esta pueda abordar la totalidad de la problemática o una fracción, dejando salvo ante lo no acordado, accionar la sede judicial.

Dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, la mediación está reconocida en la Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente (2008) y en la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) (en adelante LAM) y su respectivo reglamento. En sus años de vigencia ha venido ganando espacio a nivel estatal, lo que ha generado que se vaya incorporando su aplicación en distintas materias propias del derecho, como en temas de familia, laboral, tránsito, tributario, sector público.

Por su esencia, la mediación al igual que la negociación y la conciliación forman parte de los métodos autocompositivos de resolución de conflictos, que son resueltos de forma voluntaria a través del acuerdo o transacción basado en el consenso de las partes, a diferencia de los métodos heterocompositivos que son resueltos en un juicio o proceso arbitral a través de una resolución o sentencia dictada por un juez o árbitro. Es decir, su naturaleza jurídica es transaccional frente a una pretensión, misma que acomete resolverse de manera extrajudicial.

Características de la mediación

La mediación es un procedimiento confidencial y voluntario que, dada su versatilidad para acoplarse a varias materias y dinámismos de las partes, se reviste de una serie de particularidades como son la voluntariedad, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y buena fe, que la distingue de cualquier otro método alternativo. La voluntariedad en la mediación permite a las partes intervinientes (solicitante e invitado) actuar de forma discrecional en dos momentos; antes de la audiencia, es decir aceptando o negándose a la mediación; y, durante la audiencia, por cuanto la participación es de común acuerdo, siendo imperante el deseo de las partes, el resolver la disputa por una colaboración, generando posibles acuerdos totales o parciales.

Esta voluntariedad se aplica incluso a los procesos judiciales derivados de oficio por un juez, en este caso las partes procesales se pronunciarán dentro del juicio si aceptan o no ir a mediación, pero esta aceptación voluntaria no las obliga a llegar a acuerdos. Incluso el mediador también puede dar por terminada la audiencia en caso de que existan acuerdos fuera de la ley o aprecie una incapacidad manifiesta de alcanzarlo. Este proceso se caracteriza por ser neutral, las decisiones de llegar a un acuerdo recaen sobre las partes más no sobre el mediador, quien únicamente conduce la audiencia, asiste a los intervinientes como facilitador del diálogo en la búsqueda de alternativas de solución.

En lo pertinente a la imparcialidad, es necesario que el mediador guie su actuar en el marco de un equilibrio de igualdad de condiciones de los intervinientes manteniendo una perspectiva objetiva, sin relación con las partes involucradas. Que permita a los

participantes sentir que están dentro de un proceso justo donde sus intervenciones, ideas y soluciones sean bienvenidas por el mediador y la parte contraria.

En línea de pensamiento con Mendoza, Ochoa y Durán (2019), Áviles (2020) la mediación es confidencial y se expresa dentro del proceso en el marco de la audiencia general y las separadas, manteniendo seguridad en la reserva y manejo de la información, siendo que es obligatorio para el mediador, el que no puede revelar el contenido de lo sucedido durante el proceso de la mediación, salvo que circunstancias excepcionales lo justifiquen, lo que ocurriría, ante el conocimiento de un posible acto punible como hechos de violencia, crímenes, amenazas, ante lo cual deberá poner en conocimiento de la autoridad competente y dar por terminado el proceso de mediación. Cabe destacar que, sobre esta confidencialidad, cabe su renuncia de común acuerdo

Por otro lado, la confidencialidad se vuelve un derecho para el mediador de que este no va a poder ser llamado en calidad de testigo o perito en el caso de que el conflicto acabe en un proceso judicial, tal y como afirma Áviles (2020); esto garantiza a las partes que lo que se exprese en la audiencia no sea testificado por el mediador en un juicio, y las deja tranquilas para que puedan expresarse en la audiencia.

Finalmente, se debe hacer énfasis que la actuación de los intervinientes se debe guiar por el principio de buena fe, que inicia como una presunción legal, soportado en que se puede confiar en la parte contraria para buscar un acuerdo, bajo el marco de la legalidad, procediendo las partes de manera leal y honesta. Es relevante resaltar que, el papel activo de las partes caracteriza a la mediación como un proceso colaborativo en la búsqueda de un acuerdo justo que satisfaga a los intervinientes por igual, por lo que, se puede destacar el acercamiento de estos, así como la preservación de su relación. El uso de la mediación proporciona el alcance o acercamiento a la tan ansiada paz social, que no significa la ausencia de conflictos, sino su adecuada gestión.

Las características de este proceso hacen que las partes participen de una mediación transparente, justa, equilibrada que procura que los intervinientes se sientan cómodos con el proceso, así como con el mediador que los asiste. Esto permite que los intervinientes aborden el conflicto de mejor manera, fluyan las propuestas y alternativas de solución.

Regulación y procedencia de la mediación

La Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente (2008), en su artículo 190 reconoce a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos que las partes pueden optar para resolver sus controversias de forma rápida, efectiva y económica, siempre que la naturaleza de este sea transigible y su procedimiento se sujete a lo dispuesto en la ley. Mientras que la norma propia de la materia y denominada Ley de Arbitraje y Mediación (2006) regula el proceso y efectos jurídicos de estos dos mecanismos alternativos de solución de conflictos, sin que se contemple a ninguna otra vía, ya que se deja claro que la conciliación extrajudicial, en el

marco jurídico ecuatoriano, se comprende como un término sinónimo de la mediación, tal como lo determina el artículo 55 de este cuerpo jurídico.

De igual forma, el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) se define a la mediación como un mecanismo alternativo de solución de conflictos por el cual las partes intervinientes deciden de forma voluntaria acudir al proceso para que sean asistidas por una tercera persona que mantendrá su carácter neutral llamado mediador, con la finalidad de puedan alcanzar un acuerdo final voluntario extrajudicial y definitivo, destacando que el proceso se desarrolla dentro de un marco de confidencialidad que se extiende no solo a las partes sino también al mediador que se asiste en una o varias audiencias que les lleve cada caso.

Por otra parte, dentro del Reglamento (2021) a la ley de manera genérica abarca todo lo relacionado con el registro y funcionalidad de los centros de mediación. Respecto a la mediación determina los parámetros para realizar una mediación con el Estado y el Sector público, para la ejecución de las actas nacionales e internacionales, así como los efectos en los plazos de prescripción y caducidad el iniciar el proceso de mediación. Debido a las características de la mediación antes mencionadas, hace que este sea el mecanismo más apto para resolver conflictos en los que existe un vínculo previo entre las partes, pues propende un común acuerdo de tipo extrajudicial.

En la Constitución de la República del Ecuador, Asamblea Constituyente (2008), en el artículo 190 reconoce a los distintos MASC, destaca que “estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (p. 64). Por ello, su servicio en la actualidad se brinda en dos escenarios, tanto a nivel nacional a través de los centros de mediación registrados en el Consejo de la Judicatura como el órgano administrativo de la Función Judicial, sean públicos, privados o en los centros de mediación comunitarios; y, a nivel internacional con los centros nacionales que brindan sus servicios con la celebración de audiencias telemáticas.

Para que proceda la mediación, es indispensable que el conflicto no vulnere derechos adquiridos, se pueda negociar, y que los acuerdos que se lleguen estén dentro del ordenamiento jurídico. En tal sentido, Osterling y Castillo (2016) explican que el término proviene del verbo transigir, que en materia jurídica puede comprenderse como un negocio, convenio o trato; y seguidamente amplían este criterio señalando lo siguiente:

Transigir se define como consentir en parte con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, a fin de llegar a un ajuste o concordia, evitar algún mal, o por mero espíritu de condescendencia. También como ajustar algún punto dudoso o litigioso, conviniendo las partes voluntariamente en algún medio que componga y parta la diferencia de la disputa. (p. 1)

Por tanto, las partes pueden arreglar sus desacuerdos de forma voluntaria, mediante un proceso de negociación directa, siempre y cuando no exista ningún impedimento legal, ni constitucional que lo reprima y que sus actores estén dispuestos a llegar a consensos. De esta manera, al referirse a materia transigible conlleva un acto de

voluntad entre las partes sin vicio, dolo o mala fe, que versa sobre una causa lícita y que está permitido por el ordenamiento jurídico.

En su opuesto, existen materias que son excluyentes y radican en asuntos penales al ser el Estado quien ostenta el *ius punendi*. El Código Civil (2005) ecuatoriano en el artículo 2354, al referirse a la transacción excluye “sobre derechos ajenos o sobre derechos que no existen” (p. 159). Es decir, no se pueden negociar derechos adquiridos y reconocidos por la ley, delitos, violencia intrafamiliar, estado civil de las personas, entre otros, como divorcios, patria potestad.

El procedimiento de mediación en el contexto ecuatoriano puede iniciar a través de algunas vías, entre las que se encuentra el requerimiento o solicitud directa; la derivación judicial y finalmente la remisión fiscal. La solicitud directa es un requerimiento efectuado de forma individualizada o colectiva por un usuario, sea para sí o en favor de un tercero en las diversas oficinas de mediación, que pueden efectuarse en los Centros de Mediación de la Función Judicial, o en centros privados, entre los que se encuentran los Centros de los niveles de gobierno (de provincias y cantones), fundaciones, asociaciones sin fines de lucro, asociaciones, organizaciones comunitarias, que conforme a la LAM, son registrados por el Consejo de la Judicatura, en su calidad de órgano administrativo de la Función Judicial.

Los casos que versen sobre materia transigible y ajustados a la solicitud directa pueden ser en materia civil y familia. En lo pertinente al área civil son objeto de mediación temas como la demarcación de linderos, cobro de deudas pecuniarias, casos indemnizatorios ante el perpetramiento de daños y perjuicios, incumplimientos contractuales y en bienes sucesorios la partición de tipo voluntaria. Por otro lado, en derecho de familia en el dentro de los procedimientos administrativos de protección de derechos, dependiendo de la naturaleza del asunto podrá derivarlo a un centro de mediación especializado, pues el artículo 294 del Código de la Niñez y Adolescencia (2003) expresa que “La mediación procederá en todas las materias transigibles siempre que no vulneren derechos irrenunciables de la niñez y la adolescencia” (p.59).

Por lo que, adicionalmente son transigibles en esta panorámica casos de pensiones alimenticia para menores con sus respectivos incidentes de aumento o rebaja, así como fórmulas de pago para su liquidación, alimentos en favor de las mujeres embarazadas, alimentos congruos y régimen de visitas. La segunda vía corresponde a la derivación judicial, mediante la cual dentro de una causa en la que un juzgador o abogado conocimiento ya sea de oficio a petición de parte en función del principio dispositivo, lo remite al Centro de Mediación de competencia de la Función Judicial.

Mientras que el Código Orgánico General de Procesos (2015) en el artículo 294 expone que en el marco de las audiencias preliminares es la autoridad judicial quien “de oficio, o a petición de parte, podrá disponer que la controversia pase a un centro de mediación legalmente constituido, para que se busque un acuerdo entre las partes” (p.106). Es decir, puede el juzgador derivar un proceso a mediación, para que se realice la audiencia, y en caso de que se suscriba un acta de acuerdo total, esta será insertada

en el proceso para su conclusión; y, en caso de ser un acuerdo parcial, con lo que se continuará el proceso de lo no consensuado.

En materia civil se pueden ejemplificar servidumbres, liquidaciones de la sociedad conyugal, prescripciones adquisitivas de dominio o el daño moral. En materia de inquilinato caben pago de cánones arrendaticios impago, incumplimientos de contrato de arriendo, o la desocupación de inmuebles. Por su parte, en materia laboral caben fórmulas de pago por liquidaciones laborales o patronales y remuneraciones impagas. Una temática actual es por concepto de convivencia social o vecinal, que habilita la mediación en casos de uso de áreas comunales, fórmulas de pago de alcuotas, mientras que, en el margen de la ley orgánica de defensa del consumidor abre la posibilidad de reclamos por publicidad engañosa, mala calidad de bienes y servicios o el pago de servicios básicos.

Caso excepcional en materia penal, lo serán los adolescentes infractores, y de manera análoga en esta misma línea en materia de tránsito procede la mediación en las causas que se refiera a delitos que no tenga como resultado la muerte y sea solicitado antes de terminar la instrucción fiscal. En esta audiencia intervine el mediador, los intervinientes y el fiscal que lleva la causa, suscribiéndose a su término el acta respectiva que amerita el reconocimiento de responsabilidad frente a una infracción de tránsito, para que se convoque con posterioridad a través del Juzgador una audiencia para su aprobación, sin embargo, no se exime la pérdida o rebaja de puntos en la licencia de conducir.

Una nueva edición para su acceso lo contempla el Código tributario (2018), que en el artículo 56.7 posibilita acuerdos extraprocesales en los casos de “obligaciones tributarias y los actos administrativos emanados de las facultades de la administración tributaria, cuya impugnación en sede judicial no esté pendiente” (p.50). Es decir, pueden solicitar el inicio de un procedimiento de mediación los sujetos pasivos de la obligación tributaria en calidad de contribuyentes, responsables o sustitutos; y, la máxima autoridad del ente acreedor del tributo o su delegado autorizado.

El proceso de mediación concluye con un acta suscrita por las partes y el mediador, siendo que, estos acuerdos tienen similitud y el peso de una sentencia de conformidad con lo que estipula el artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) y es de cumplimiento obligatorio con efecto inter-partes, caso contrario frente a su desatención u omisión, la parte afectada procederá a requerir su cumplimiento y ejecución ante la unidad judicial competente, ya que el acta es considerada como un título de ejecución tal como se refrenda en el artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos (2015). Esto permite que se pueda acceder a la mediación en múltiples campos del derecho, resolviendo conflictos de forma rápida, eficaz y económica; y en cuanto a las partes consiente que puedan restablecer relaciones de tipo comercial y social.

Aplicabilidad de la mediación para la resolución de conflictos

Justicia ordinaria, actuación órganos auxiliares

Ante un conflicto que verse sobre materia transigible, las partes son libres de solicitar la aplicación de la mediación, aunque también la normativa del Estado ha establecido que podrá el juez, en determinado momento procesal, motivar a las partes para que puedan acceder a ella para terminar con la controversia, en los casos que se refiera a delitos que no tenga como resultado muerte y sea precisado antes de terminar la instrucción fiscal acorde al artículo 46 literal c) de la Ley de Arbitraje y Mediación (2006). Sin embargo, el juzgador competente, únicamente podrá exponer a las partes la posibilidad de mediar, sin que sea una imposición; destacando por otro lado que en la causa existe un momento procesal destinada a la mediación judicial, llamada usualmente conciliación y que es dirigida a través del operador de justicia.

Ante la aceptación de los sujetos procesales para la derivación de la causa al centro de mediación seleccionado por ellos o sorteado de conformidad con el instructivo para la derivación de causas a centros de mediación (Instructivo de Derivación de Causas a Centros de Mediación, 24 de marzo de 2021), artículo 4, el juzgador lo realizará de oficio o a petición de parte. Sin embargo, en la praxis no se evidencia una derivación frecuente por discrecionalidad del operador de justicia, es decir de oficio, siendo principalmente ejecutada en función del principio dispositivo impulsado por uno de los intervinientes.

Con estos antecedentes y en una comparación entre la activación netamente jurisdiccional y contar con el soporte de un MASC como es la mediación, se evidencia que la naturaleza misma de la sustanciación de un proceso, conlleva a la múltiple ejecución de actividades procesales, consecutivas y secuenciales, con la oficiosidad de diversos funcionarios judiciales, como el juzgador, secretaría, posibles ayudantes judiciales, o incluso terceros como peritos, entre otros, particular que es diverso con la mediación que se sustancia en una actividad simplificada de audiencia y que solo amerita la asistencia del facilitador o mediador, por tanto se produce un reducido intervencionismo y el descenso en tiempos.

Justicia indígena

La justicia indígena, se constituye como uno de los hitos del pluralismo jurídico, fenómeno que implica el reconocimiento de varias legislaciones que imperan al mismo tiempo y sobre las mismas personas, siendo incorporada en el caso del Ecuador, con la aprobación de la Constitución de 1998, y desarrollada en la de 2008 que la reconoce de forma expresa dentro del artículo 171 de la misma norma suprema.

Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución de la República del

Ecuador, Asamblea Constituyente (2008), y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

Por lo que es validada como una forma para resolver los conflictos dentro de su jurisdicción, con base al derecho consuetudinario. Precisamente, Pérez (2015) la define como:

El conjunto de preceptos, instituciones y procedimientos milenarios, sustentadas en la libre determinación e inspirados en cosmovisión y cosmovivencia filosófica presentes en la memoria colectiva, aplicables a conductas diversas del convivir comunitario, dinamizados y reconocidos socialmente cuya prevención y aplicación corresponde a sus autoridades, tutoras del natural equilibrio social. (p. 232)

Por lo que, esta justicia propia del pueblo indígena comparte algunas de las características de otros mecanismos, al tratarse de un proceso en el que tienen una amplia participación los sujetos intervinientes, quienes buscan una salida a los conflictos sea entre estos o por medio de la autoridad de la comunidad, quien resuelve el asunto de no existir un acuerdo directo.

Justicia de paz

La justicia de paz fue incluida dentro de la legislación ecuatoriana como un método de resolución de conflictos rápido y efectivo que permite solucionar las controversias sin necesidad de acudir al tradicional sistema judicial, el cual fue incorporado en la Constitución del 2008; y en el Código Orgánico de la Función Judicial (2015). Los jueces de paz son elegidos por la comunidad y tienen la función de resolver los conflictos en equidad mediante la conciliación entre las partes. De acuerdo con el artículo 247 del COFJ (2015) "La justicia de paz es una instancia de la administración de justicia que resuelve con competencia exclusiva y obligatoria, los conflictos individuales, comunitarios, vecinales o contravenciones que sean sometidos a su conocimiento" (p.77)

De esta manera, nuestro ordenamiento jurídico contempla esta alternativa como una herramienta importante en la solución de conflictos, especialmente al servicio de los habitantes de parroquias y comunidades rurales que pueden participar en la construcción de acuerdos voluntarios frente a un juez de paz. Esta alternativa permite fomentar la participación de la ciudadanía en una cultura de paz y diálogo. Por lo que, si bien la justicia de paz no es de tipo ordinaria, su esencia es solventar conflictos comunales y vecinales, manteniendo un fundamento jurídico, donde se pretende que esta sea asequible, esto es acercándolos geográficamente, promoviendo la participación ciudadana y la simplificación de procesos, mediante el uso de los MASC, donde los jueces de paz encauzan a los individuos a una resolución pacífica de conflictos, incentivando la convivencia y armonía, con la aspiración de mantener el vínculo o relaciones entre los sujetos intervinientes, con alcance social.

Mediación comunitaria

La mediación comunitaria se encuentra regulada por la LAM, como una alternativa válida para resolver conflictos de las comunidades de manera rápida, autónoma e imparcial, sin necesidad de acudir un sistema judicial tradicional con “deficiencia de juzgados o tribunales para tramitar los procesos sometidos a su conocimiento a la brevedad posible, es decir, cumpliendo con los principios procesales de celeridad y economía procesal” (Amaya, 2020, p.8) debido a la excesiva carga judicial. Al ser la mediación un proceso de diálogo permite a los miembros de las comunidades indígenas y campesinas sumidas en un conflicto la oportunidad de participar en un proceso de negociación constructiva implicando a las partes a buscar alternativas de solución en conflictos vecinales y familiares entre los más recurrentes, incluyendo a estos actores para generar los llamados espacios de pacificación.

Al desarrollarse este proceso en la comunidad, fomenta a sus miembros una cultura de paz y un sentido de pertenencia y responsabilidad de colaborar en la solución de conflictos basados en diálogos creativos, positivos que eviten el escalamiento de la controversia, donde al ser temas comunitarios los mediadores designados en estos procesos son personas respetadas y que gozan del respaldo de sus miembros. Resolver los problemas comunitarios a través de la mediación, busca no sólo llegar a uno o varios acuerdos, sino que la problemática sea solucionada de manera integral dejando un precedente de no repetición, por ello es importante que los mediadores sean de la comunidad ya que generan compromisos más sinceros que al hacerlo frente a una autoridad estatal.

Ventajas de la mediación y sus efectos

La mediación como alternativa de solución de conflictos, es considerada como un proceso efectivo, que reporta beneficios no sólo para las partes sumidas en una controversia, sino también que evita el congestionamiento de la justicia ordinaria. Dentro de este proceso evolutivo de la mediación, la resolución de problemas por esta vía ha sido fructuosa en el sentido que han tenido la posibilidad de encontrar soluciones satisfactorias a los conflictos, a través de acuerdos consensuados llegados de forma libre y voluntaria que son totalmente opuestos al proceso heretocompositivo en la que la resolución es impuesta por un juez o árbitro.

Al ser un proceso flexible sin una estructura determinada como el proceso judicial, permite que las partes involucradas dentro de la mediación puedan abordar el conflicto con una participación permanente y una escucha activa que les permita entender las posiciones con las que inician en proceso y buscar las mejores alternativas de solución. Resolver una controversia en un ambiente distinto al de una contienda judicial, genera aspectos positivos en las partes, estos se ven reflejados en una mejor comunicación que abre las puertas a trabajar en conjunto de forma creativa por un interés común que es llegar acuerdos consensuados que perduren en el tiempo. Por otro lado, genera que las partes tengan un control total de la mediación, tanto del proceso como de los acuerdos que son canalizados por el mediador.

Otros factores hacen consideración al tiempo y el ámbito económico, donde la mediación se caracteriza por su celeridad y flexibilidad, así como a una reducción de costos en consideración a que amerita únicamente la participación de un externo al conflicto como lo es el mediador. El conflicto es parte del ser humano y resolverlo es una decisión que adoptan quienes están inmersos en una controversia, siendo que buscar una solución pública a través de la vía judicial no siempre es una alternativa que optan los intervinientes para darlo por terminado, puesto que, en muchos casos por la naturaleza de la controversia se prioriza la privacidad y confidencialidad. El hecho de tener la oportunidad de poder comunicarse y buscar acuerdos comunes, es una gran ventaja que ofrece la mediación, no solo resolviendo el conflicto sino mejorando las relaciones a futuro.

Ante tales consideraciones, si bien la mediación puede reportar desventajas como la inasistencia, o la falta de presión que puede imponer un mediador para la cesión de posturas para llegar a la conveniencia mutua, son mayores los beneficios conforme lo detallado con antelación, a lo que se añade la posibilidad de optar por opciones creativas, con soluciones que se adapten a las necesidades de las partes, así como también el control sobre el resultado, donde no están obligados a llegar a un consenso, pero se abre la posibilidad de alcanzar acuerdos parciales o totales. Mientras que, en lo concerniente a los efectos, cabe señalar que la presentación de la “solicitud de mediación interrumpirá los plazos de prescripción y caducidad. Dichos plazos comenzarán a correr nuevamente una vez que termine el proceso de mediación” (Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, 2021, p. 18).

Por otra parte, el acta de mediación puede tener varias aristas, esto es que el consenso sea total, parcial o se determine la imposibilidad de alcanzarlo; en los dos primeros casos al ser el acta el resultado de un proceso reconocido a nivel normativo, y estar suscrito por las partes o insertadas sus huellas digitales, genera el efecto de “sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia. Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo” (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006, p. 23), por lo que serán ejecutables las actas de mediación tanto locales como internacionales en amparo a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, frente a los jueces.

Panorámica Internacional

Este método alternativo se ha venido aplicando bajo dos lineamientos, el primero que brinda el servicio de mediación bajo el principio de la voluntariedad para participar en el proceso y suscribir un acta de mediación; y, el segundo que los intervinientes deben acudir a una mediación previo a iniciar un proceso judicial, con la aclaratoria que se refiere a la comparecencia más no la suscripción del acta. La mediación bajo el principio de la voluntariedad se viene aplicando en varias legislaciones incluida la ecuatoriana, en el que las partes de forma unilateral o conjunta pueden requerir el

servicio mediante solicitud al centro; o de forma contractual en caso de existir controversia o incumplimiento de este; por remisión fiscal y por derivación judicial en cualquier estado de la causa conforme la LAM.

En este lineamiento la legislación española a través de su Ley 5/2012, de 6 de julio, motiva a que se resuelvan por este medio asuntos civiles y mercantiles señalando:

Entre las ventajas de la mediación es de destacar su capacidad para dar soluciones prácticas, efectivas y rentables a determinados conflictos entre partes y ello la configura como una alternativa al proceso judicial o a la vía arbitral, de los que se ha de deslindar con claridad. La mediación está construida en torno a la intervención de un profesional neutral que facilita la resolución del conflicto por las propias partes, de una forma equitativa, permitiendo el mantenimiento de las relaciones subyacentes y conservando el control sobre el final del conflicto. (Ley 5/2012, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, 2012, p.10)

Por su parte enmarcado en la obligatoriedad consta el caso argentino, donde a través de la Ley 26.589, la concibe como prejudicial y obligatoria para determinados asuntos, es decir, las partes en conflicto, antes de poder accionar la vía judicial en su controversia, deberán someterse a la mediación, y solo en el caso de imposibilidad de acuerdo se da paso a la sede jurisdiccional. Así, en el artículo 1 de la Ley 26.589 se prescribe que: “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” (Ley 26.589 Mediación y Conciliación, 2011, p. 2).

Las materias que deben seguirse por mediación obligatoria son todas, con excepción de las dispuestas dentro del artículo 5 de esta misma ley que prevé que no será obligatoria en los siguientes casos:

a) Acciones penales; b) Acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas. El juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador; c) Causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios d) Procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; e) Amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; f) Medidas cautelares; g) Diligencias preliminares y prueba anticipada; h) Juicios sucesorios; i) Concursos preventivos y quiebras; j) Convocatoria a asamblea de k) Conflictos de competencia de la justicia del trabajo; l) Procesos voluntarios. (Ley 26.589 Mediación y Conciliación, 2011, p. 3)

Por tanto, se descarta materia penal, por la naturaleza de las causas en el marco del *ius punendi* estatal frente a infracciones penales, debido a que un delito implica una violación de derechos que está protegido por el estado y este debe garantizar la defensa de los mismos a través de un proceso penal justo para los intervinientes. Si bien es cierto, el proceso penal tiene por objetivo determinar si el acusado es culpable o inocente, no es posible que se pueda mediar el delito, que es responsabilidad del juez penal. Lo que sí está permitido es aplicar la mediación para llegar acuerdos mutuos

entre las partes sobre la reparación integral a la víctima. Evitando de esta forma un nuevo proceso judicial para exigir el pago de esta obligación.

Mediación previa a la activación jurisdiccional y el elemento de la voluntariedad

Es responsabilidad estatal la administración de justicia, siendo que, para satisfacer la actual demanda, se han visto necesarios la implementación de opciones adicionales donde consta la justicia de paz y los métodos alternativos de solución de conflictos, que pretenden evitar saturar al sistema judicial ordinario. La mediación ha evolucionado, incorporando distintas ramas del Derecho, para dar alternativas de solución a nuevos conflictos que se presentan dentro de una sociedad cambiante. La actual regulación de la mediación está determinada dentro de un contexto amplio de voluntariedad, que conforme lo señalado en líneas precedentes es entendida como la libertad de las partes para acceder a este mecanismo.

Las ventajas destacadas con este sistema van desde la celeridad, flexibilidad, tener un ambiente que propicia la comunicación, e incluso beneficiosas desde la consideración económica. Sin embargo, a su vez se han destacado retos latentes en la praxis, como el manejarse a través de invitaciones, donde si es precisada por una de las partes, la audiencia de mediación podría no instalarse por falta de comparecencia. Con esta previa panorámica, surge el interés de analizar su optimización, donde frente al derecho comparado se destaca que la cultura de judicializar todo conflicto, llevo a la saturación del aparato judicial, por lo que países como Argentina y Chile, optaron por buscar una solución a los conflictos a través de la mediación, pero no como un método alternativo, sino como un requisito previo para iniciar una causa judicial.

Al contemplarla como una exigencia, se traduce en la necesidad de que las partes sumidas en una controversia tengan un acercamiento preprocesal, que las insta a mantener un diálogo con el soporte de un tercero neutral, el cual tiene como principal expectativa la solución sea de la totalidad del conflicto o de una parte de este. En contraposición, en lo que respecta a las causas judiciales las mismas dependiendo su naturaleza, de manera similar cuenta con la participación de un tercero, quien a su vez se rige por el principio de imparcialidad, y que emitirá una decisión sobre el conflicto la que no precisamente proviene del conceso de los intervinientes, a lo que se integra el tiempo desde que se activa el órgano jurisdiccional hasta su decisión y el número de causas absorbidas por el sistema.

La actual normativa faculta el inicio de la mediación sea de manera individual o conjunta entre las partes, la derivación judicial y la remisión fiscal, de lo que se interpreta que puede partir con la discrecionalidad directa de las partes o por pronunciamiento de una autoridad competente, ante lo cual el enfoque es direccionar a que la mediación figure como un prerequisite al accionar la sede de justicia ordinaria. Si bien la mediación ha llegado a abarcar una serie de asuntos contenciosos, la proyección de asignarla como un requisito previo al tema adversarial, debe considerar únicamente que sean factibles transigir, descartando por tanto temáticas como materia penal, referentes al estado civil,

garantías jurisdiccionales o similares, lo que permitiría dar paso a una cultura de diálogo, en temáticas que su naturaleza lo consiente.

Un punto objeto de discusión, es la voluntariedad como principal característica de la mediación, frente a lo que se debe enfatizar que este elemento no se pierde, pues son las partes quienes mantienen el diálogo y establecen soluciones, donde por la asistencia de un tercero se encamina su interacción, para que declinen posturas o cedan pretensiones para llegar a acuerdos, sin que conlleve a la renuncia de derechos. De ser predecesora, los intervinientes en ningún momento pierden la autonomía de forjar acuerdos, sobre la integralidad del inconveniente o de una fracción de este, con la opción de que mediante un acta se determine de ser el caso la imposibilidad de alcanzarlo.

Por lo que, ante acuerdo parcial o su imposibilidad procederá continuar con la sustanciación ante los jueces, lo que se traduciría en un filtro que genera beneficio a las partes y la optimización del aparato jurisdiccional, con un número representativo de controversias que pueden ser subsanadas por mecanismos diversos como lo es la mediación y con ello enmarcarse entre los principios de celeridad y economía. Finalmente cabe considerar que la actual demanda de administración de justicia debe analizar variantes, que conlleven a que esta cubra de manera oportuna la demanda, con apoyo en este caso de acciones orientadas al diálogo.

Conclusiones

Los conflictos son parte del ser humano y resolverlos se convierten en la gran interrogante, donde se tiene que analizar el costo beneficio al momento de buscar una solución de forma autocompositiva o heterocompositiva. En el caso de la mediación, la solución está en las partes a través de un proceso que va acompañado por un mediador que facilita el diálogo para que puedan construir acuerdos mutuos que son voluntarios, extendiéndose esta voluntariedad a los participantes de este proceso que pueden retirarse en cualquier momento. Todo lo expresado en la audiencia está marcada por su confidencialidad que se amplía a las partes y al mediador, quien actuará con imparcialidad dentro de un proceso flexible que permita que estos tengan el control sobre el proceso y los resultados plasmados en un acta.

En países como Argentina y Chile la mediación prejudicial obligatoria ha permitido que todas las personas sumidas en un conflicto puedan acceder a una mediación, que les permita escucharse y solucionar de forma mutua un problema sea total o parcialmente. Al ser obligatoria la comparecencia en la mediación, no significa que se está desnaturalizando la voluntariedad, al contrario, las partes, una vez iniciada la audiencia tienen plena libertad de decidir si desean o no participar en este proceso, enfatizando que los intervinientes tienen autonomía para construir o no un acuerdo. El impacto en la sociedad es favorable, ya que al ser obligatorio iniciar una mediación previo a un juicio, cambia la ideología social, en la que se espera la solución de una autoridad ajena a la controversia, dejando de lado o minimizando el potencial que tienen las partes para solventarlo de forma directa, fomentando una cultura de diálogo.

Del análisis expuesto la mediación prejudicial obligatoria, marca la oportunidad de dar un paso al futuro en resolución de conflictos, que permitan atender la saturación del sistema judicial, e impulsar criterios de celeridad, con una justicia oportuna. De instaurarla como un prerrequisito permitiría que gran parte de los conflictos sean resueltos por los interesados, como un tamiz para el paso de causas que ameriten el conocimiento de operadores de justicia, descongestionando con ello la carga procesal que actualmente se mantiene. En síntesis, supondría fortalecer a la mediación, a fin de que se potencialice el catálogo de ventajas propias de este método, entre los que se encuentran los conceptos de economía procesal, tanto para las partes como para la misma figura del Estado, sin descartar el principio de voluntariedad propio de los métodos alternativos de solución de conflictos.

Referencias

- Amaya, C. (2020). Descongestión del sistema judicial en Ecuador. Método alternativo de solución de conflictos en la mediación en primera instancia en materia laboral. *Universidad y Sociedad*, 12(5), 518-524. <https://rus.ucf.edu.cu/index.php/rus/article/view/1740>
- Áviles, M. (2020). La mediación en el orden jurisdiccional contencioso administrativo en España. *Revista Acta Judicial*, (6), 24-47. <https://revistactajudicial.letradosdejusticia.es/index.php/raj/article/view/43>
- Código Civil. Comisión de Legislación y Codificación* (2005). (Codificación No 2005-10). Ediciones legales. <http://www.quito.gob.ec>
- Código Orgánico de la Función Judicial* (COFJ, 2015). (Registro oficial 544). <https://www.registroficial.gob.ec/edicion-especial-no-1079/>
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia* (CONA, 2003). Ley 100. (Registro Oficial 737 de 03 enero 2003). <https://www.ces.gob.ec>
- Código Orgánico General de Procesos* (COGEP, 22 de mayo de 2015). (Registro Oficial Suplemento 506 de 2015). <https://www.funcionjudicial.gob.ec>
- Código Tributario* (2018). (Registro Oficial Suplemento 38 de 14-jun.-2005. Última modificación: 21-ago.-2018). <https://www.ces.gob.ec>
- Constitución de la República del Ecuador* (2008). <https://www.pdba.georgetown.edu/Parties/Ecuador/Leyes/constitucion.pdf>
- González, P., Hernández, F. y Prats, G. (2020). Mecanismos alternativos en la solución de conflictos. *Revista ciencias de la documentación*, 15-23. <https://www.cienciasdeladocumentación.cl/index.php/csdoc/article/view/150>
- Ley de Arbitraje y Mediación/ Ley de Arbitraje y sus Reformas* (Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006). <https://www.registroficial.gob.ec/edicion-especial-no-1079/>

Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación de asuntos (BOE-A-2012, núm. 162, de 07/07/2012). <http://www.boe.es>

Ley 26.589 Mediación y Conciliación (2011). (Boletín Oficial, 28 de septiembre de 2011). <https://defensoria.org.ar/normativas-cdh/ley-26-589-mediacion-y-conciliacion>

Lorenzo, J. y González, M. del M. (2018). *Que es la mediación*. Tébar Flores.

Mendoza, K. T., Ochoa, A. M. y Durán, A. R. (2019). Algunas consideraciones sobre la mediación y arbitraje. *Opuntia Brava*, 11(2), 323-339. <https://doi.org/10.35195/ob.v11i2.765>

Osterling, F. y Castillo, M. (2016). *La Transacción*. Castillo y Freire Publicaciones.

Pérez, C. (2015). *Justicia Indígena*. CONAIE-ECUARUNARI.

Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (2021). (Registro Oficial Suplemento 524 de 26-ago.-2021) <https://www.registroficial.gob.ec/edicion-especial-no-1079/>

Conflicto de intereses: Los autores declaran no tener conflictos de intereses.

Contribución de los autores: Los autores participaron en la búsqueda y análisis de la información para el artículo, así como en su diseño y redacción.