

La mediación como requisito obligatorio para el inicio de la contienda judicial, en materia transigible

Diego Alejandro Basantes Bombón

abgdiegobasantes@gmail.com

<https://orcid.org/0000-0002-2362-7397>

Docente a tiempo parcial en la Universidad Tecnológica Indoamérica,
Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador,
Magister en Derecho Laboral, Mediador Certificado, Abogado,
Ex Gerente General de la firma legal e inmobiliaria CASOFYCORN S.A.S.,
ex funcionario de instituciones públicas del Ecuador como Ministerio del Trabajo,
Superintendencia de Economía Popular y Solidaria y Defensoría del Pueblo,
Maestrante de la Maestría en Derecho Procesal y
Litigación Oral en la Universidad Tecnológica Indoamérica.

José Luis Barrionuevo Núñez

josebarrionuevo@uti.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0003-1290-7999>

Docente Investigador Tiempo Completo
de la Universidad Tecnológica Indoamérica,
Coordinador Académico de la Facultad de Jurisprudencia
y Ciencias Políticas en la Modalidad Semipresencial,
Abogado de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador,
Magister en Derecho Laboral, Especialista en Derecho Laboral,
Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Pontificia Universidad Católica de Argentina.
Ambato – Ecuador

Correspondencia: abgdiegobasantes@gmail.com

Artículo recibido 05 diciembre 2022 Aceptado para publicación: 05 enero 2023

Conflictos de Interés: Ninguna que declarar

Todo el contenido de **Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar**, publicados en este sitio están disponibles bajo

Licencia [Creative Commons](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/) 

Cómo citar: Basantes Bombón, D. A., & Barrionuevo Núñez, J. L. (2023). La mediación como requisito obligatorio para el inicio de la contienda judicial, en materia transigible. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar*, 7(1), 4131-4153. https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v7i1.4743

RESUMEN

La mediación como método alternativo de solución de conflictos, se encuentra plenamente reconocida en la legislación ecuatoriana; esto es, en nuestra Constitución, en la ley de arbitraje y mediación, código orgánico general de Procesos y de más normas que la refieren. El presente trabajo tiene como objetivo revisar críticamente la aplicabilidad de la implementación de la mediación, como una etapa pre procesal, requisito para la admisión de la demanda y etapa procesal obligatoria, en aquellos casos que traten de conflictos en materia transigible en las unidades judiciales del país. La mediación obligatoria contribuiría a la consecución oportuna de acuerdos más amistosos, rápidos y satisfactorios para las partes que se encuentran inmersas en un conflicto, así como al descongestionamiento del sistema judicial, ya que las distintas unidades judiciales, resolverían únicamente las controversias que no pudieron ser solucionadas a través de la mediación. La metodología aplicada tiene un enfoque mixto, y los métodos de investigación fueron la revisión bibliográfica, el análisis de documentos y el inductivo-deductivo, todos los que llevan a comprobar los beneficios que resultan de implementar a la mediación obligatoria, como requisito o fase procesal, en los juicios que traten de conflictos en materia transigible.

Palabras clave: *Pre procesal; requisito; mediación; obligatorio; transigible; solución.*

Mediation as a mandatory requirement for the initiation of legal proceedings, in matters subject to compromise

ABSTRACT

Mediation as an alternative method of conflict resolution is fully recognized in Ecuadorian legislation; that is, in our Constitution, in the law of arbitration and mediation, in the general organic code of processes and in other norms that refer to it. The purpose of this paper is to critically review the applicability of the implementation of mediation as a pre-procedural stage, a requirement for the admission of the claim and a mandatory procedural stage, in those cases that deal with disputes in matters that can be settled in the judicial units of the country. Mandatory mediation would contribute to the timely achievement of more amicable, rapid and satisfactory agreements for the parties involved in a conflict, as well as to the decongestion of the judicial system, since the different judicial units would only resolve the controversies that could not be solved through mediation. The methodology applied has a mixed approach, and the research methods were the literature review, document analysis and inductive-deductive, all of which lead to verify the benefits resulting from implementing mandatory mediation, as a requirement or procedural phase, in trials that deal with conflicts in negotiable matters.

Key words: pre-procedural; requirement; mediation; mandatory; compromise; solution.

INTRODUCCIÓN

La aparición de los conflictos interpersonales, resulta cotidiano en el transcurso y desarrollo de la vida de las personas y de las diferentes actividades o relaciones que las vinculan.

Desde el aspecto filosófico, la idea de una convivencia armónica en la sociedad y la solución de los problemas que se originan entre sus miembros, han sido considerados por importantes filósofos como Confucio; aún más podemos adentrarnos en trabajos de otros importantes personajes de la filosofía como Sócrates y Platón, que han aportado con conceptos y obras como el pensamiento crítico, originado en el diálogo socrático, que es uno de los primeros ejemplos de un ejercicio de razonamiento, que utiliza el intercambio de ideas de quienes participan, para encontrar la verdad. Si lo trasladamos al tema en estudio, este mismo pensamiento crítico, debidamente aplicado, sirve como ejemplo para quien cumple el rol de mediador, para obtener las mejores propuestas de solución, por parte de quienes se encuentran inmersos en un conflicto.

Se ha realizado también una revisión de los orígenes históricos de la mediación, que se ha venido desarrollando desde conceptos más antiguos como la conciliación y el arbitraje, que contaron a su vez con la intervención de distintos personajes de autoridad en los diferentes momentos históricos de relevancia y, en escenarios como por ejemplo en Grecia, Roma y Francia. También se ha revisado el desarrollo de la mediación en la edad contemporánea de la historia, hasta llegar al reconocimiento de la figura de la mediación en nuestro país, como un método alternativo para la solución o resolución de conflictos. Al referirnos al conflicto, Vado (2006) afirma que desde la perspectiva de los juristas, el conflicto ha merecido un profundo análisis, a fin de determinar la exigibilidad de la participación del derecho para llegar a la resolución del mismo; de ahí que se le ha dado otros nombres como juicio, controversia o litigio (p. 369). Podemos traer acotación entonces la afirmación de Alcalá Zamora (1970, como se citó en Vado, 2006) quien manifiesta que, “el conflicto debe ser jurídicamente trascendente, esto es, susceptible de solución mediante la aplicación del derecho” (p. 370).

En gran parte de los casos, la solución de estos conflictos es confiada al Estado, ya que las personas reconocen al acceso a la justicia como un derecho y el medio por el cual pueden encontrar una solución a sus controversias. Sin embargo, conforme lo señalan Silva & Chávez (2020), el acceso a la justicia responde a la realidad de cada Estado, en

razón de las aptitudes y circunstancias que existan en cada país, para brindar soluciones oportunas a los conflictos de su población; indican además que, influyen también otros aspectos relacionados a cada individuo, como por ejemplo el entorno socioeconómico (p. 3).

Ahora bien, como así lo explican varios autores, la mediación puede ser considerada como “aquella técnica en que dos partes o más involucradas en un conflicto, después de ensayar diferentes posibilidades, concluyen que no pueden resolverlo solas y deciden pedir a una tercera que les ayude en su proceso” (Guio et al., 2016, p.1737); es decir en muchas ocasiones, previo a acudir a un mediador, las partes se han visto desgastadas tanto en tiempo como en recursos, e incluso han sacrificado su tranquilidad en procesos judiciales, para llegar recién ahí a descubrir que la mediación era la vía más corta y adecuada, para resolver sus diferencias.

En la actualidad, la mediación tiene plena vigencia como uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos aplicables en Ecuador, conforme el artículo 190 de la Constitución ecuatoriana que señala que “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (Asamblea Nacional del Ecuador, 2008); sin embargo, en la actualidad la mediación es de carácter exclusivamente voluntario, aspecto que impide una mejor y mayor aplicación, en los casos o causas que saturan de trabajo a las unidades judiciales e impiden que se asigne mayor atención, a casos en los que la discordia de las partes no puede subsanarse.

METODOLOGÍA

En el presente trabajo de investigación se estudió a la mediación desde las perspectivas filosófica, histórica y holística, para lo cual se utilizaron métodos como la revisión bibliográfica, análisis documental e inductivo - deductivo, propios de la investigación desde el enfoque mixto, pues se aplicaron los métodos de tipo cuantitativo y cualitativo, con el fin de obtener una imagen más completa del tema en estudio.

Se desarrolló un análisis de material bibliográfico, publicado por autores que tratan sobre la mediación, de sus ventajas frente a la necesidad de las personas, de solucionar sus conflictos de manera eficiente y oportuna; se revisaron estadísticas publicadas por la Función Judicial en relación a las causas resueltas en los centros de mediación de la

institución; se analizó la favorabilidad y procedibilidad de la mediación obligatoria como método alternativo de solución de conflictos, para que sea utilizada como herramienta que permita el descongestionamiento de causas en el sistema judicial nacional. Teniendo como conclusión de la investigación realizada, que la mediación obligatoria debidamente incorporada a la norma adjetiva vigente, apoyada principalmente en los principios de voluntariedad, celeridad y dispositivo, contribuiría efectivamente al descongestionamiento de causas en las diferentes unidades judiciales del país y, a que los usuarios del sistema de justicia y todo aquel que se encuentre frente a un conflicto en materia transigible, pueda ver un camino más amistoso y eficiente para resolver sus controversias y recuperar su tranquilidad.

DESARROLLO

1. Nociones filosóficas de la mediación

La filosofía es la madre de las ciencias y, sus aportes, no pueden quedar ausentes del presente trabajo, pues se requiere de una amplia visión del tema para comprender todos sus alcances.

Las ideas propuestas por los filósofos más importantes de la historia, no solo constituyen corrientes de pensamiento, sino que podemos considerarlas como bases mismas de las normas éticas de las sociedades y del derecho, que permiten una mejor convivencia entre quienes las integran; así podemos referirnos a Confucio¹ (citado por Fuentes et al., 2019), que planteó que “la resolución óptima de una desavenencia se logra a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción” (p. 289), aspecto directamente relacionado en la actualidad con el principio de voluntariedad de la mediación. Además, podemos encontrar aportes de otros filósofos, que hicieron importantes contribuciones en el ámbito del pensamiento, como se desarrollará, en líneas siguientes.

Resulta irrefutable entonces lo que expone Barrientos (2010), cuando dice que existe una “enorme diferencia que media entre construir sobre grandes pensamientos y hacerlo sobre la nada o encima de débiles opiniones o percepciones no argumentadas” (p. 168); continúa la idea afirmando que también es importante el estudio de la historia de la filosofía, no para dogmatizar, sino para darle más valor a la reflexión que se puede generar y, concluye diciendo que por ejemplo, la obra *Crítica de la razón pura* de Kant no

¹ Filósofo y personaje ampliamente influyente de la nación China, que vivió entre los años 551 y 479 A.C.

existiría si este no hubiese estudiado la obra *Metafísica* de Aristóteles, así como, si este último no hubiera tenido acceso a las enseñanzas de Platón (Barrientos, 2010).

Un ejemplo adecuado de la filosofía aplicada, que plantea el autor antes citado y, que a su vez conlleva la existencia del conocido pensamiento crítico, es el *Diálogo Socrático*.

El diálogo socrático se lo atribuye como bien se indica a Sócrates (470 AC.), maestro de Platón, quien habría iniciado con investigaciones retóricas con sus alumnos, y lo utilizó como un método para investigar la verdad de las posiciones o ideas que afirmaban los alumnos y, consistía en confrontarles con las diferencias que podían existir entre sus afirmaciones y los hechos, para de esta manera llegaran a dudar de sus creencias, intenciones y motivos.

Ya en los años veinte, siguiendo la corriente racionalista de Kant y el filósofo Jakob Friedrich Fries (1773-1843), el alemán Leonard Nelson adoptó al contexto educativo al método socrático, que luego se fue desarrollando en varios países del mundo, surgiendo diferentes enfoques y adaptaciones (Rossem, 2011, p. 2).

Tomemos entonces como ejemplo al Diálogo Socrático, como uno de los primeros destellos filosóficos registrados, que bien podemos relacionarlo con lo que actualmente conocemos como la conciliación y que, al intervenir un tercero imparcial o moderador, pues lo identificaríamos más aún con la mediación; en donde se tratan aspectos relacionados no solo a las posiciones de las partes, sino permite que las contrapartes entiendan los intereses y las necesidades, que cada uno mantenía como información reservada solo para sí mismo.

2. Conceptualización de la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos (MASC)

Los métodos alternativos de solución de conflictos, conocidos ya de manera generalizada como los MASC, poseen cada uno determinadas características que diferencian uno de otro.

Una definición clara de mediación la propone Treviño (2019), cuando señala que “la mediación es un medio de solución de conflictos por el cual las partes llegan a un acuerdo consensual con la ayuda de un tercero, llamado mediador”.

Así también Espinosa et al. (2011) ha definido a la mediación, identificando varias de sus cualidades, de la siguiente manera:

Mecanismo legal o un método alternativo en la solución de conflictos, y como tal dinámico, estratégico, ágil y productivo, esto, cuando de por medio se concibe: libre, voluntaria y manifiesta la voluntad intrínseca de la persona y su interés de obtener de ella resultados relevantes a sus presupuestos sin afectar el interés de la otra parte. (pág. 34)

Entonces podemos conceptualizar a la mediación, como un mecanismo no judicial mediante el cual, las partes que participan en un conflicto, a través de la colaboración solicitada a un tercero imparcial, generan fórmulas de solución, que permiten dar un fin pacífico al desacuerdo materia de su controversia.

Para Guio et al. (2016) la mediación demuestra principalmente tres características en su proceso y, estas son: 1) la voluntariedad, que significa que las partes que participan en la mediación, acuden a esta de manera libre y voluntaria, así mismo pueden participar y permanecer en el proceso, reunión o sesión tanto así lo decidan, así como puede retirarse en cualquier momento; 2) libre composición, que consiste en que las partes son quienes proponen las soluciones o formulas de solución, con la ayuda de un tercero; 3) confidencialidad, que implica que todo aquello que haya sido expuesto o conocido tanto por el personal del centro de mediación, así como por las partes, tienen el carácter de confidencial, salvo aceptación expresa de las partes para cambiar en parte este aspecto, por ejemplo, permitiendo la presencia de observadores o terceros conocedores de temas técnicos, que permitan la consecución del acuerdo. (p.1738)

Respecto al objetivo de la mediación que es la consecución de un acuerdo entre las partes, Espinoza et al. (2011), afirma que el acuerdo es un acto voluntario mediante el cual, de manera extrajudicial, se pone fin a un conflicto y, conforme se determina en este acto, las partes contraen obligaciones, que constan en un acta debidamente firmada y que, además tiene efecto o fuerza de sentencia ejecutoria y cosa juzgada. (pág. 4)

3. Mecanismos alternativos de solución de conflictos (MASC). Su origen histórico

Respecto a la concepción de lo que hoy conocemos como mediación, Cabrera et al. (2017) señalan que “En el caso de la idea de mediación, la historia del concepto y la del ejercicio conciliador discurren por itinerarios no siempre paralelos” (p.62)

Si bien la mediación no fue conocida desde un principio con este nombre, ya existió y, de cierta manera le es natural al ser humano; así como lo son varios de los derechos fundamentales de éste.

Así lo afirman Fuentes et al., (2019) cuando manifiestan que conforme las civilizaciones evolucionaban, dejaron a un lado la solución de sus conflictos por medio de la fuerza y, empezaron a intervenir en la solución de controversias, personajes como el jefe de la tribu, el sacerdote, el anciano de la comunidad, para cumplir el rol de lo que hoy conocemos como mediador; refiriendo así los autores que, la historia de los métodos de solución de conflictos como el arbitraje o mediación, puede remontarse, al comienzo mismo de las civilizaciones. (p. 288)

No cabe duda de que el colectivo de los seres humanos desde que se empezó a organizar en grupos, tuvo que afrontar una serie de conflictos; al principio entre miembros de su núcleo familiar, como afirman por ejemplo Villalva & Moscoso (2008), era el *pater familias* quien se encargaba de conciliar a los miembros de la familia que se encontraban en discordia; luego en ese orden de ideas los miembros de un grupo familiar afrontaban la aparición de disyuntivas con los miembros de otras familias en su comunidad y, luego los conflictos también aparecieron entre grupos más grandes y organizados, hasta llegar inclusive en la actualidad, a existir controversias entre Estados o entre empresas multinacionales y Estados por ejemplo, esto en razón de discrepancias contractuales.

Refiriéndose a épocas determinadas de la historia Fuentes et al., (2019) nos trae acotación varios ejemplos de manifestaciones de lo que hoy se conoce como mediación y arbitraje, como son los Consejos anfictiónicos de Grecia² (año 1520 A.C.) que solucionaban problemas que existían entre diferentes grupos étnicos; así también refieren que en Roma, la justicia tenía como una de sus bases más sólidas, a la capacidad de las partes para poder establecer acuerdos y, que en las conocidas XII Tablas se reconoce ya al arbitraje, cuando se disponía que sea un tercero el que resuelva las controversias de las partes en conflicto (Vistín, 2016, como se citó en Fuentes et al., 2019).

Ya en la edad media, toma fuerza otro método de solución de conflicto directamente relacionado con la mediación, como lo es el arbitraje; así tenemos por ejemplo que, los comerciantes acudían a las asociaciones gremiales para solucionar conflictos; a su vez la burguesía eran quienes arbitrabán en los conflictos comerciales originados entre los

² Los mismos autores explican que en Grecia, los Consejos anfictiónicos, se encontraban conformados por doce ancianos representantes de las diferentes tribus.

gremios y las corporaciones; y los burgueses acudían al Rey para que haga las veces de árbitro en sus controversias (Villalva & Moscoso, 2008).

Así también señalan Villalva & Moscoso (2008) que en Francia, hacia la época de la Revolución Francesa (1789-1799), el arbitraje coincidía con los ideales de la revolución y sus principios de tipo liberal y republicanos.

3.1. El reconocimiento formal de la mediación a nivel internacional

Ahora bien, luego de que diferentes formas de solucionar conflictos formaron parte de la cultura de los pueblos y civilizaciones; la mediación fue aceptada de manera formal y pasa a ser parte del derecho positivo, a partir de su reconocimiento por parte de la comunidad internacional.

Uno de los primeros ejemplos de esta evolución y posterior reconocimiento de la mediación, se dió en Estados Unidos de Norte América, en donde la mediación tuvo lugar en determinados momentos históricos como por ejemplo, cuando en 1636 en la comunidad de Dedham que se ubicaba cerca de Boston, organizaron ya un tipo informal de mediación; luego en el año 1800, varios grupos étnicos de inmigrantes asentados en la costa oeste, en el centro oeste y en New York, crearon y pusieron en práctica sus propios sistemas para resolver conflictos; Sin embargo la mediación como la conocemos fue reglamentada en el Estado referido, en el año de 1980, en la presidencia de Jimmy Carter, para después ir siendo adoptada en los países de Latino América (Fuentes et al., 2019).

Así también, Vistín (2016) citado por Fuentes et al. (2019) refiere que en China en el año de 1954, se crearon los Comités de Mediación, que estaban integrados por miembros designados por el Consejo de Asuntos Administrativos.

Conforme señala Narváez (2021), se puede identificar también a la mediación reconocida formalmente, a partir de los siguientes instrumentos internacionales: Tratado Interamericano de buenos oficios y mediación (ratificado por Ecuador el 21 de julio de 1937), Carta Constitutiva de las Naciones Unidas (ratificado el 18 de diciembre de 1945), Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (ratificado el 6 de febrero de 1946), Convenio constitutivo de la Carta de la Organización de Estados Americanos (ratificado el 18 de enero de 1951), Convención única sobre Estupefacientes (ratificado el 27 de agosto de 1964).

3.2. La aparición de la Mediación en la legislación ecuatoriana

Entonces, una vez que, la mediación fue reconocida por la comunidad internacional, como un método aplicable y alternativo para resolver los conflictos, le correspondió a los países miembros o firmantes de los convenios internacionales, el trasladar la norma aceptada por todos los Estados y plasmarla de manera positiva en su legislación nacional; es decir fue aprobada de manera legal y esta pasó a constar de forma escrita en las leyes vigentes, que ahora deben ser aplicadas en lo venidero, por parte de quienes desarrollan su vida en el territorio ecuatoriano.

Respecto de la aparición de la mediación en el Ecuador, Granda (2018) citado por Bazantes et al. (2018) afirma que fue promovida por la unidad técnica anexa a la Presidencia, conocida como "Pro Justicia", que en el año 1995 se le encargó el canalizar los recursos internacionales para la reforma de la Administración de la justicia en la República del Ecuador.

Otro hecho a citar es la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación de 1997 que fue posteriormente modificada mediante la respectiva Ley Reformatoria en el año 2005 (Bazantes et al., 2018) y, finalmente remplazada por la nueva Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006.

A nivel Constitucional, la mediación fue ya reconocida en Ecuador en la Constitución de 1998 y se encuentra reconocida en la actual Constitución del año 2008.

4. La mediación como herramienta para la descongestión de casos en el sistema judicial ecuatoriano

En muchas ocasiones se ha llegado a considerar que los métodos alternativos de solución de conflictos o controversias, se alejan a la naturaleza del derecho al acceso a la justicia, que es un derecho que le asiste a las personas en general de forma gratuita y que debe ser ejercido a través de las acciones o demandas, mismas que son resueltas por las y los servidores públicos que fungen como jueces.

Al respecto la Procuraduría General del Estado del Ecuador, ha señalado que: La aplicación de los medios alternos para resolver disputas no debe entenderse como una privatización de la justicia; por el contrario, constituye un apoyo en la descongestión de la carga procesal que tienen las diversas judicaturas y a su vez, permite que el ciudadano pueda transitar por caminos

menos tortuosos, más ágiles y menos conflictivos (Procuraduría General del Estado del Ecuador et al., 2011, p. 13).

En relación a las ventajas de la aplicación de la mediación en comparación a los procedimientos judiciales, también Bazantes et al. (2018) identifican en primer lugar a la satisfacción que se genera en las partes que han participado en un proceso de mediación, ya que han podido exponer con comodidad sus intereses y necesidades, para establecer fórmulas de resolución a su conflicto, que les han permitido resolverlo de una manera rápida y sencilla; de esta manera la resolución pacífica de los conflictos contribuye a sustituir el paradigma tradicional que constituye el “yo gano, tu pierdes” y se ve remplazado por el “yo gano, tu ganas, ganamos todos” o, “el ganar, ganar”(p. 68).

Es evidente para quienes han requerido y requieren solucionar una controversia a través de la administración de justicia que, conforme avanzamos en el tiempo, la capacidad operativa y de talento humano se han vuelto insuficientes, para atender oportunamente las acciones judiciales que se ponen a su conocimiento.

En relación al sistema de la administración de justicia, el artículo 18 del Código Orgánico de la Función Judicial, establece que la normativa procesal debe contemplar varios principios entre los cuales están los de simplificación, uniformidad, dispositivo, economía procesal y celeridad (Comisión Legislativa y de Fiscalización, 2009).

Pese a que, en algunas ocasiones, la congestión de casos puede depender de la aplicación de criterios propios de los operadores de justicia, como cuando por ejemplo, un juez no acepta un acuerdo conciliatorio coherente en materia de pensiones alimenticias, inobservando el principio dispositivo, que según indica Echandía (2004) consiste en que la iniciativa en general en un proceso, le corresponde a las partes, sin que le sea permitido al juez tomar iniciativas encaminadas para iniciar el proceso u otras que estén dirigidas a establecer cuál de las partes tiene la razón (p. 60); también es cierto que, conforme señala Santana et al. (2011), el abultado número de causas que se sustancian en las Unidades Judiciales de la niñez y adolescencia, en muchas ocasiones, perjudica a los alimentados, que deben esperar por años para que el Juez se pronuncie y los menores puedan empezar a recibir sus pensiones y, en consecuencia se puedan atender oportunamente sus necesidades básicas.

Podemos señalar también, que muchos de los casos que llegan a conocimiento de los profesionales del derecho para el inicio de contiendas judiciales, ya sea por ejemplo en

materia civil, en casos relacionados a: cobro de valores adeudados, desacuerdos en linderos, incumplimientos de contratos, particiones en liquidación de sociedades o sucesiones; en materia laboral, la reclamación de remuneraciones adeudadas, pago de indemnizaciones por despidos intempestivos; en materia de familia, la fijación de pensiones alimenticias, régimen de visitas, tenencia; en materia societaria, rendición de cuentas, desacuerdos entre accionistas; en materia de tránsito, acuerdo de pago por daños materiales causados en accidentes; en materia de inquilinato, para solucionar el pago de valores adeudados por el inquilino, terminación de contratos, devolución de valores entregados por concepto de garantía; en materia de derechos del consumidor, reparación y resarcimiento de sus derechos; muchos de esta gran cantidad de casos pueden ser tratados en mediación y, de esta manera solucionar las problemáticas de las personas que los consultan; sin que signifique tampoco el desplazar por completo de estos procesos a los abogados, pues profesionales bien formados en materia de mediación y temas legales determinados, pueden contribuir a la concesión de acuerdos satisfactorios y ejecutables.

Los ciudadanos que optan por la mediación para resolver sus conflictos, lo hacen porque esta vía es mucho más rápida en comparación de la vía judicial, pues puede llegarse a una solución adecuada incluso en una sola sesión, además como señala Narváez (2021), a diferencia de los procesos judiciales, “incluso las partes pueden decidir junto con el mediador independiente o en el centro de mediación que días y horas se les hace más factible o si la llevan vía telemática o presencialmente” (p. 929).

Sin embargo, al depender la mediación de la voluntad de las partes, no siempre los jueces aplican la derivación de los procesos judiciales hacia los centros de mediación, principalmente al centro de mediación de la Función Judicial, pese a que se encuentran facultados en el Código Orgánico de la Función Judicial numeral 11 del artículo 130 y en el Código Orgánico General de Procesos en el numeral 6 de su artículo 294 respecto al procedimiento ordinario (Asamblea Nacional del Ecuador, 2015), por lo que esta herramienta no puede contribuir en mayor medida, a la aplicación del principio de celeridad, pues la carga laboral de los jueces crece cada día y, en la proporción en la que se presentan nuevas demandas en las diferentes Unidades Judiciales.

El Consejo de la Judicatura del Ecuador, emitió el Informe Estadístico Jurisdiccional Anual de enero – diciembre 2022, que contiene en resumen datos globales de productividad,

estado de causas y tasas judiciales, en el cual explica que para interpretar los datos relacionados a las tasas constantes en los gráficos, respecto a la tasa de resolución, si esta es menor a uno, se estarían resolviendo menos procesos de los que han ingresado en el periodo en revisión, es decir se estaría incrementando la carga de trabajo atrasado por parte de las Unidades Judiciales (Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística, 2022).

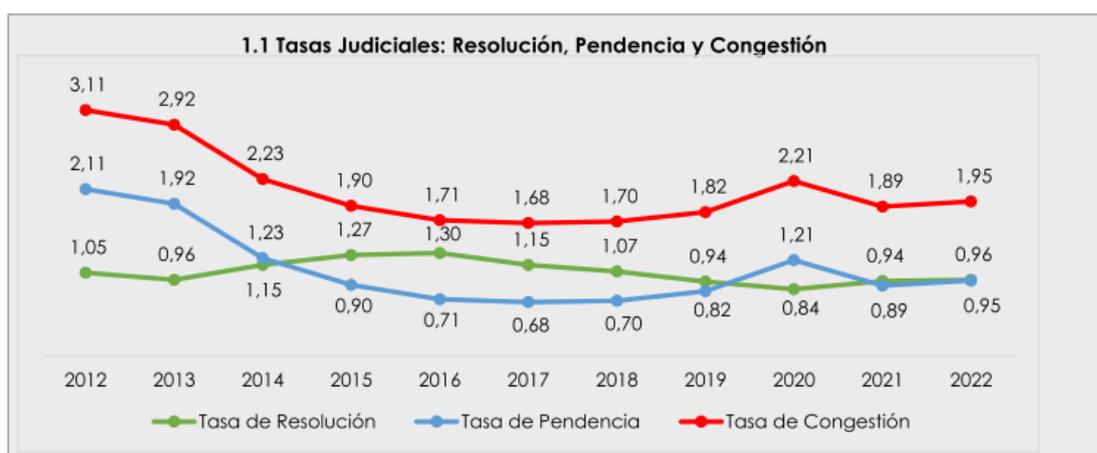
Gráfico 1. Tabla resumen – comparativo anual 2021-2022 – Tasa de Resolución



Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística (2022)

Del gráfico que antecede se desprende que, a diferencia del año 2021, en el siguiente año 2022, la tasa de resolución ha mejorado, pues ha pasado de 0,94 a 0,96, sin embargo, se observa que el número de causas ingresadas en el año 2022 es menor en relación al año anterior, en 32.209 causas; empero, continuaría generándose incremento en la carga de trabajo atrasado.

Gráfico 2. Tabla resumen – comparativo anual 2021-2022 – Tasas Judiciales: Resolución, pendencia y congestión



Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística (2022)

Del gráfico y de la descripción que consta en el referido informe, un punto a destacar para utilizarlo en el presente trabajo, se refiere a la tasa de pendencia, que trata de las causas pendientes al final del período y el número de causas resueltas en este tiempo y, a la tasa de congestión que corresponde al número de causas ingresadas en el año, más

las en trámite al inicio del período, frente a las resueltas; de lo que en relación a esta dos últimas tasas la institución refiere que, la tasa de pendencia de 0,95, representa que ha tomado cerca de un año resolver las causas pendientes; y que, en relación a la tasa de congestión que fue de 1,95 evidenció una carga procesal mayor, en relación a este indicador en comparación con el del anterior año que fue de 1,89.

De los datos estadísticos constantes en el informe referido, se desprende que la tesis de que existe congestión de causas en las unidades judiciales del país, es una realidad, ya que la tasa de pendencia, es decir aquella relacionada a las causas pendientes, demuestran que toma cerca de un año el tener una sentencia o resolución judicial y; que la tasa de congestión o carga procesal se ve incrementada en el tiempo; por lo que es prudente considerar opciones para mejorar la atención de las causas, en el sistema judicial.

Actualmente como ya lo hemos referido, la mediación conlleva una actuación extrajudicial que procura solucionar conflictos o controversias, sin ponerlas en conocimiento de la administración de justicia o que ya forman parte de un libelo judicial. Sin embargo, de lo dicho, esta importante herramienta, aún no ha sido completamente aprovechada por el Estado, para a su vez garantizar a los usuarios de la función Judicial, una oportuna atención y el servicio de calidad, que les es reconocido como derecho a las personas usuarias de los servicios públicos.

Varias instituciones públicas han venido incorporando en su catálogo de servicios, el servicio de mediación; así tenemos por ejemplo los centros de mediación de la Función Judicial, de la Procuraduría General del Estado, entre los que se sumaría el Centro de mediación de la Defensoría del Pueblo, que ha emitido el respectivo reglamento a través de la Resolución No. 067-DPE-CGAJ-2022 del 15 de diciembre de 2022, mediante el cual ha dado inicio al trámite para la constitución de su Centro de mediación.

En relación a este último Centro de mediación referido, seguramente contribuirá a solucionar conflictos en asuntos de competencia de la Defensoría del Pueblo, conforme la motivación de la referida resolución (Defensoría del Pueblo de Ecuador, 2022), principalmente en materia de derechos del consumidor, que son de los trámites más habituales que se tratan en la referida institución pública.

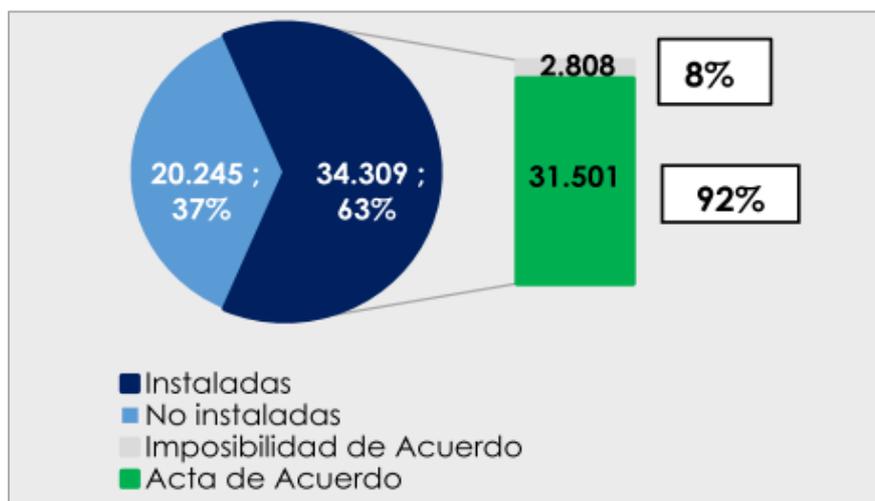
Podemos observar que la Defensoría del Pueblo, ha identificado el importante aporte que puede generar en la colectividad, el funcionamiento de su Centro de Mediación, a pesar

de que seguramente se verá limitado, en razón de las competencias que la limitan.

Entonces, que mejor para el descongestionamiento de causas judiciales que, una mayor participación de los Centros de Mediación públicos o privados, que conozcan de manera más amplia y diversa, una gran cantidad de problemas de particulares, que obviamente comprendan conflictos en materia transigible en general y que se puedan derivar a mediación, un mayor número de causas que se encuentren ya en manos de la administración de la justicia, inclusive.

Así también, el Consejo de la Judicatura del Ecuador, emitió el Informe Jurisdiccional Anual diciembre 2019, que contiene información relacionada productividad de la mediación en el sistema judicial (Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística, 2019), proporcionando la siguiente información:

Gráfico 3. Tabla resumen – Causas gestionadas en mediación – Audiencias de mediación según su resultado



Fuente: Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística (2019)

Del gráfico y de la descripción que consta en el referido informe, se desprende que, en el indicado período, el 92% de las audiencias instaladas en mediación, terminaron en acta de acuerdo, lo que quiere decir que su efectividad es muy alta. Demostrándose una vez más que la mediación permite obtener en gran medida, soluciones rápidas a las controversias que se le presentan o derivan.

Así es que, una vez reconocida la utilidad de la mediación por parte del Consejo de la Judicatura, por los usuarios de la administración de justicia, así como por todos quienes requieren de una solución rápida, oportuna y eficiente para los conflictos que se les

suscitan en la cotidianidad; es importante abordar dos aspectos esenciales de la mediación, como son la voluntariedad y la transigibilidad.

Para Guio et al. (2016), el principio de voluntariedad constituye además una característica de la mediación, que consiste en que “las partes asisten al proceso libre y voluntariamente y en este sentido pueden participar, permanecer y retirarse cuando lo decidan” (p. 1738); de lo que se colige que ninguna de las partes está obligada a permanecer en la sesión o dialogo, sin su pleno consentimiento.

Entonces podemos indicar que la voluntariedad, puede comprenderse además en el consentimiento de las partes para que, ayudados del mediador, encuentren formulas de solución adecuadas a sus intereses y pueda suscribirse las respectivas actas. Así también podemos identificar a la voluntariedad, en la capacidad de la parte requerida de presentarse o no a la sesión o audiencia a la que es invitada, ya sea para evitar una contienda judicial o, ya sea que se encuentre en curso un juicio en el que participe.

De lo antes señalado, se destaca la manifestación de la voluntad en tres momentos especialmente: 1) en la voluntad de acudir a la sesión, reunión o audiencia de mediación, 2) el permanecer en la diligencia y, 3) en la voluntad de establecer acuerdos para solucionar el conflicto.

Pudiendo considerarse factible entonces, la implementación de la mediación obligatoria como fase pre procesal, requisito y fase procesal, para los procesos judiciales que traten de materia transigible.

Un ejemplo vigente de la aplicación de la mediación obligatoria, es el caso de Argentina, en donde a través de la Ley de mediación y conciliación, se establece como obligatoria a la mediación previa a cualquier proceso judicial, promoviendo de esta manera la comunicación directa entre las partes, para que puedan resolver sus controversias; establece como requisito para presentar una demanda, que se acompañe la respectiva acta que cuente con la firma de un mediador; así también especifica los casos en los cuales no se aplica la mediación prejudicial obligatoria (Congreso Nacional de Aegentina, 2010).

Un punto interesante que se trata además en la mencionada ley, es la participación de profesionales que cuenten con conocimientos especializados en la materia que se trate la mediación, así como reconoce también la posibilidad de que las partes puedan comparecer acompañados de sus abogados, con lo cual no se desmerece la participación

de los profesionales del derecho, ni se los excluye de este ámbito pre procesal o extrajudicial.

Otro punto importante a considerar respecto a la mediación, es que puede realizarse en asuntos que sean materia transigible.

La normativa ecuatoriana de la materia, es decir, la Ley de Arbitraje y Mediación vigente, en la definición que entrega respecto de la mediación, señala que el acuerdo al que las partes pueden llegar, debe tratar de materia transigible (Congreso Nacional del Ecuador, 2006); y, para tratar sobre la materia transigible, es necesario que revisemos la figura legal de la transacción.

Al respecto Durán et al. (2020), realizan un recorrido por las diferentes connotaciones de la transacción en el Ecuador y refiere que, la transacción es un modo de extinguir las obligaciones, un contrato que se puede utilizar para terminar un conflicto de manera extrajudicial, es un método alternativo de solución de conflictos, puede ser también una excepción previa dentro de un proceso judicial, un modo de terminar un proceso que se encuentra en conocimiento de autoridad judicial, un título ejecutivo y un título de ejecución (p. 75).

Según Aguirre (2014, como se citó en Durán et al., 2020) “la materia transigible se puede analizar desde dos perspectivas, esto es, la afirmativa o la negativa”; y explica que la afirmativa, correspondería a las disposiciones normativas en las cuales se expresan específicamente los asuntos jurídicos que pueden ser objeto de una transacción; y señala también que, la perspectiva negativa se da cuando existen exclusiones o prohibiciones expresas y establecidas en disposiciones legales.

Así también, Durán et al., (2020) exponen un catálogo de asuntos transigibles en mediación, que por su extensión solo mencionaremos los grupos en los cuales los han dividido, siendo estos: 1) en materia civil, asuntos relacionados con bienes, sucesiones, contratos y obligaciones, inquilinato; 2) en materia de familia; 3) en materia laboral; 4) en materia mercantil; 5) en materia societaria; 6) en materia de propiedad intelectual; 7) en materia de convivencia vecinal y condominal; 8) en materia educativa; 9) en materia de protección de derechos de usuarios y consumidores; 10) en materia ambiental; 11) en materia de adolescentes infractores; 12) en materia de tránsito; 13) en materia penal, con las limitaciones constantes en el Código Orgánico Integral Penal.

Los mismos autores identifican varios casos en los que la transacción y por ende la mediación no se podría aplicar, así señalan por ejemplo que el estado civil no es materia transigible conforme lo dispone el artículo 2352 del Código Civil ecuatoriano; también se refiere al Código de la Niñez y Adolescencia, el cual reconoce la aplicación de la mediación, siempre que no se vulneren derechos irrenunciables de los menores, conforme el artículo 294.

Se refieren también al manual operativo que maneja el centro de mediación de la Procuraduría General del Estado, en el cual señala varios ejemplos de materia no transigible en el derecho público.

Así tenemos que se especifican los siguientes casos:

Como regla general, en el ámbito de Derecho Público, no son transigibles en un procedimiento de mediación el ejercicio de las potestades normativa, resolutive, determinadora, recaudadora, sancionadora, ni la potestad pública constitucionalmente establecida para administrar el sistema electoral, legislar y juzgar, ejercer el patrocinio público, investigar delitos, controlar los bienes y recursos del Estado, o de precautelar su seguridad interna y externa” (Dirección Nacional del Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, 2007, como se citó en Durán et al., 2020, p.75).

Cabe mencionar que, mediante reforma realizada en noviembre del 2021 al Código Tributario ecuatoriano, se incorporaron varias disposiciones relacionadas a la transacción, de las que podemos citar por ejemplo, el artículo 56.2 que establece aquello que puede ser materia de un acuerdo transaccional y, en su artículo 56.8, se considera de forma expresa a la transacción extraprocesal y a la mediación en materia tributaria (Congreso Nacional del Ecuador, 2005).

Al considerar la gran cantidad de controversias y asuntos legales que son sometidos a decisión judicial; resultaría más útil analizar la materia transigible desde la perspectiva negativa, para que se determinen las excepciones y lo transigible se convierta en la generalidad, para su aplicación.

Resultaría muy útil que, desde la función legislativa se pueda trabajar en una nueva ley en materia de mediación, que a más de establecer la mediación obligatoria, determine además de forma expresa, los asuntos jurídicos que constituirían las excepciones a la aplicación de la mediación, esto a fin de brindar certeza y seguridad jurídica a todos los

ciudadanos que requieran acceder al servicio de mediación y, a su vez se les dote de una herramienta normativa más eficiente a los administradores de justicia, así como a los mediadores facultados para ejercer esta noble labor.

En este orden, podemos adaptar la idea de la aplicación de la mediación obligatoria, dentro del procedimiento judicial ecuatoriano, de tal manera que se encuentra justificada la necesidad, de que la mediación sea incorporada como fase pre procesal, en consecuencia como un requisito para la presentación de demandas que traten de materia transigible, y en los casos en los que no se haya podido contar con la parte demandada previamente por desconocimiento de su domicilio y que comparezca ésta en el juicio, se incorpore a la mediación obligatoria como parte del proceso, para que el juzgador cuente con la normativa que le permita exigir, que se trate previamente el conflicto a una mediación, antes de que la controversia se someta a su decisión y, esto como regla general.

Conforme se ha observado en el desarrollado del presente trabajo de investigación, se puede afirmar que la incorporación de la mediación obligatoria en el Ecuador contribuiría de manera adecuada al descongestionamiento de causas represadas en las diferentes unidades judiciales; por lo tanto, y tomando como ejemplo además el caso de Argentina, podemos aseverar que sería un importante aporte al sistema judicial y a la sociedad en general, que la mediación obligatoria previa a todo juicio sea establecida por ley, como etapa pre procesal, sumado a la idea de que se la incorpore como fase o parte del proceso judicial, por ejemplo estableciéndose que deba cumplirse previo a la convocatoria a la audiencia preliminar o hasta en la primera fase de la audiencia única, considerando que el demandado puede presentarse a juicio, incluso en un momento procesal posterior al término para contestar la demanda. Haciendo hincapié así también en que, para la incorporación de la mediación obligatoria, se deberá contar con las debidas excepciones determinadas en norma expresa.

CONCLUSIONES

La mediación como un método alternativo de resolución de conflictos, se encuentra plenamente reconocida en la legislación ecuatoriana, desde la Constitución de la República del Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación y el Código Orgánico General de Procesos; y, en la actualidad, es facultad de los Jueces el derivar a mediación una causa, ya sea a petición de parte o de oficio.

Sin embargo, al no encontrarse la mediación contemplada con carácter obligatorio, en los procesos judiciales que traten materia transigible, esta herramienta legal no puede desarrollar su potencial para aportar suficientemente, a la solución de conflictos y a la disminución de causas o procesos judiciales.

Probablemente, muchos de los casos que se encuentran en proceso en la diferentes Unidades Judiciales, pueden ser resueltos por mediadores debidamente formados, que escuchen no solo las posiciones de las partes, sino comprendan y permitan construir acuerdos que satisfagan los intereses y las necesidades de los directamente involucrados en la controversia; permitiendo de esta manera que únicamente las causas que no puedan ser resueltas en mediación, sean objeto de atención y análisis por parte de los jueces.

Conforme lo hemos ido sosteniendo en el presente trabajo, consideramos que la implementación de la mediación obligatoria en el Ecuador, es aplicable y adecuada, puesto que contribuiría en gran medida, a la disminución de la carga procesal y de la tasa de congestión identificada por el Consejo de la Judicatura, que corresponden a los casos que requieren ser resueltos por las autoridades judiciales y que en promedio requieren de casi un año para que suceda; esto sumado a la necesidad de fomentar una cultura de paz en la sociedad, nos deja a la vista, una clara necesidad de que la mediación se convierta en una herramienta mucho más eficiente para la descongestión de procesos judiciales y, una opción mucho más beneficiosa para quienes requieren solucionar sus controversias de una manera rápida y oportuna, a fin de procurarse la paz, tranquilidad y certeza, de que los conflictos que se presenten con sus contrapartes, pueda ser adecuadamente solucionados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial No. 449, 449. <https://bde.fin.ec/wp-content/uploads/2021/02/Constitucionultimodif25enero2021.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2015). Código Orgánico General de Procesos. Registro Oficial No. 506.
- Barrientos, J. (2010). Resolución de conflictos desde la filosofía aplicada y desde la mediación (CEFI (ed.)). Visión Libros.
- Bazantes, W., Naranjo, Á., & Del Salto, E. (2018). La mediación como medio alternativo

- de solución de conflictos. *Revista Ciencia & Tecnología*.
- Cabrera, R., Quesada, P., & Morales, G. (2017). La mediación como método para la resolución de conflictos. *DYKINSON S. L.*
- Comisión Legislativa y de Fiscalización. (2009). Código Orgánico de la Función Judicial. Registro Oficial Suplemento 544 del 9 de marzo de 2009.
- Congreso Nacional de Argentina. (2010). Ley de mediación y conciliación. *Boletín Oficial* Del 6 de Mayo de 2010. Ley 26.589.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2005). Código Tributario. Registro Oficial 38 del 14 de junio de 2005.
- Congreso Nacional del Ecuador. (2006). Ley de Arbitraje y Mediación. Registro Oficial 417 del 14 de diciembre de 2006.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador. (2022). Reglamento de funcionamiento del centro de mediación y solución de conflictos sociales de la Defensoría del Pueblo de Ecuador.
- Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística del Consejo de la Judicatura. (2019). Informe Jurisdiccional Anual 2019.
- Dirección Nacional de Estudios Jurimétricos y Estadística del Consejo de la Judicatura. (2022). Informe Estadístico Jurisdiccional Anual - Enero - Diciembre 2022.
- Durán, C., Égüez, E., Arandi, A., & Yanchar, M. (2020). Catálogo de materias y asuntos transigibles en mediación en la República del Ecuador. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*.
- Echandía, D. (2004). *Teoría general del proceso* (Tercera ed). Editorial Universidad
- Fuentes, D., Chapis, E., & Chapis, E. (2019). Algunas consideraciones sobre la mediación y arbitraje. *Universidad y Sociedad*, 9(2), 288–289. <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n3/2218-3620-rus-11-03-186.pdf>
- Guio, C., María, R., Cocunubo, C., & Giovanna, N. (2016). La mediación como una solución alternativa de la violencia escolar. *Investigaciones Andina*.
- Narváez, M. I. (2021). La mediación y su impacto en época de coronavirus, caso Ecuador. 6(4), 922–940. <https://doi.org/10.23857/pc.v6i4.2618>
- Procuraduría General del Estado del Ecuador, Espinoza García, L., Espinosa Guajala, W., & Santana, P. (2011). El arte de un mediador. *El Mediador*, 5, 281–344. <https://doi.org/10.2307/j.ctvwcjg08.9>
- Rossem, K. (2011). ¿Qué es un diálogo socrático? *Revista Digital Del Centro de Profesores*

de Alcalía de Guadaíra.

Silva, B., & Chávez, J. (2020). Mecanismos alternativos de solución de conflictos . Análisis bibliométrico 2009-2018. Revista Iberoamericana Para La Investigación y El Desarrollo Educativo.

Treviño, F. J. (2019). Medios alternativos para la solución de controversias. Medios Alternativos Para La Solución de Controversias. <https://doi.org/10.18235/0001787>

Vado, L. (2006). Estudios de derecho público y política. Universidad Nacional Autónoma de Mexico. <https://doi.org/10.2307/j.ctv103xcx6.8>

Villalva, J. C., & Moscoso, R. (2008). Orígenes y panorama actual del arbitraje. Prolegómenos - Derechos y Valores.