

La constitucionalización de la mediación: el caso de Ecuador

The constitutionalisation of mediation: the case of Ecuador

Alejandro Villanueva Turnes•

Resumen:

Los métodos alternativos para resolver conflictos diferentes a la vía judicial han ido ganando un mayor protagonismo con el paso de los años. Por este motivo no resulta extraño que algunos países, sobre todo en América Latina, se haya producido una constitucionalización de los mismos. Esto es lo que ha sucedido en Ecuador, Estado en el que se centrará el presente estudio.

Para ello se procederá a analizar el precepto constitucional principal relativo a la materia, haciendo alusión a la ley que se encarga de desarrollarlo, pudiendo obtener una visión de este tema en este país

Palabras clave: Mediación – Constitución Ecuatoriana – Contratos públicos.

Abstract:

The alternative methods of conflict resolution different to court proceeding have been gaining ground over de years. For this reason some countries, specially in Latin America, have moved to constitutionalisation it. This is what has happened in Ecuador, country that will be the focus of our attention.

For it we'll address the principal article of the constitution about the topic and referring to legislation for its development, obtaining a global view of the topic in this countrie.

Key words: Mediation – Ecuadorian Constitution – Public contracts.

La constitucionalización de la mediación: el caso de Ecuador

Alejandro Villanueva Turnes

1. Introducción

Los sistemas diferentes a la vía judicial destinados a resolver conflictos no son algo novedoso o actual como pudiera parecer, ya que antiguamente se han utilizado como una forma de resolver los problemas que surgían (De Prada De Prado & López Gil, 2008. 101). No obstante, a pesar de su existencia tradicional, podemos decir que es en los últimos años cuando han ido cobrando un mayor protagonismo después de que se hubieran relegado en favor de lo que podemos denominar como justicia tradicional, entendiendo ésta por aquella consistente en acudir ante un juez.

Se ha afirmado que, con carácter general, existen cuatro de estos métodos para la resolución de conflictos, los cuales serían la transacción, el arbitraje, la conciliación y la mediación (Sánchez Hernández & Jordá García, 2013: 27).

Centrándonos en la mediación, que es a la que nos dedicamos en el presente estudio, podemos decir que su resurgimiento se produce en los años 30, en el seno de Estados Unidos y muy ligado al ámbito laboral, situándonos en un momento histórico predominado por los efectos derivados del Crack del 29 y la Gran Depresión. Por esta época Franklin Delano Roosevelt se hizo con la presidencia de los Estados Unidos, y a pesar de que algunas de las medidas que había establecido fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Suprema, una de las normas que se consideran claves para la aparición de la mediación laboral, fue considerada aceptable. Hablamos, como no cabe pensar otra cosa, de la conocida *National Labor Relations Act*, Esta norma y lo que se ha denominado como Realismo Jurídico Americano, supusieron un primer paso sumamente relevante para desarrollar la mediación laboral¹.

La mediación puede definirse como aquel proceso de resolución de conflictos en el cual existen las partes y un tercero, llamado mediador, que se va a caracterizar por tener una posición neutral, y que tiene una función asistencial para con las partes, favoreciendo que las mismas lleguen a un acuerdo satisfactorio (Viana Orta, 2011: 32 – 49).

Como puede observarse, un elemento clave dentro de la definición que se acaba de dar, es la existencia de un conflicto, por lo que la mediación va a aparecer cuando las personas tienen

¹ Sobre este nacimiento en el marco estadounidense seguimos y debe confrontarse el estudio de Macho Gómez (2014: 936 – 939).

uno y, ante la imposibilidad de haberlo solucionado a su gusto, deciden incluir a un tercero para que les preste su ayuda y así intentar llegar a un solución (Miranzo de Mateo, 2010: 8).

De lo dicho también podemos extraer una nota característica de este sistema de resolución de conflictos, siendo ésta su voluntariedad (De Armas Hernández, 2003: 126), y es que las partes van a acudir voluntariamente. Es más, podemos indicar que, en sí misma considerada, la mediación requiere también de una voluntad de las partes para que pueda llegar a tener un resultado fructífero.

Es por todo lo dicho que no resulta extraño que se haya afirmado que “diálogo” es sinónimo de mediación (Zurita Gil, 2001: 8).

Recopilando todos estos aspectos, como no podía ser de otro modo, puede observarse una definición contenida en un instrumento jurídico importante, siendo éste la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, que se encarga del concepto en su artículo 3. Este precepto define la figura objeto de nuestro estudio como “un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”.

Con esta acepción, podemos comprobar que ya no únicamente se está ante un método o un sistema, sino que se trata de un procedimiento.

Ahora bien, debemos señalar que, con independencia de lo que puedan establecer las normas nacionales de cada Estado, existen referencias a la mediación en importantes textos, de los cuales, a efectos de nuestro estudio resaltamos los dos siguientes. En primer lugar tenemos la Carta de Naciones Unidas que dice “Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección”². En segundo término también debemos hacer mención a la Carta de la Organización de los Estados Americanos que indica “Son procedimientos pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la

² Artículo 33.1.

investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento las partes”³.

2. La Mediación y la Constitución de Ecuador de 2008

Como adelantábamos en el epígrafe anterior, en los últimos años, se ha producido una importante proliferación en relación con los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos, y entre ellos, de la mediación. De este método en particular se ha podido observar su eficacia en distintos ámbitos. Es posible que el hecho de dotarlos de una posición significativa en algunos ordenamientos jurídicos obedezca precisamente a este auge e importancia que han ido cobrando. Así pues, podemos observar como en algunos Estados se ha decidido hacer una inclusión de estos métodos dentro de la Norma Superior del respectivo Ordenamiento Jurídico.

Esto ha ocurrido en distintos países latinoamericanos, en donde, tal y como señala Galindo Cardona (2001: 123), los problemas que se ciernen sobre el Poder Judicial, como pueden ser la tardanza en la tramitación o la falta de personal adecuado entre otros, han propiciado que muchas personas se decanten por la utilización de los métodos alternativos.

Así podemos ver como esto se ha producido en la Constitución de Ecuador del año 2008. Esta norma contiene en su artículo 190 una referencia específica a la mediación y al arbitraje, dejando abierta la puerta a otros métodos diferentes⁴. Este precepto presenta el siguiente tenor literal:

“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

Lo primero que hay que señalar a tenor de este precepto es que la norma constitucional ecuatoriana no hace una enumeración cerrada de los métodos de solución de conflictos alternativos, ya que si bien es cierto que enumera el arbitraje y la mediación de forma concreta, hace referencia a otros. Justo a continuación se incluye una sujeción a la ley, o lo que es lo mismo, la puesta en práctica de estos métodos se realizará conforme la legislación vigente, y además se hace una aclaración, aclarándose que la materia debe ser transigible.

³ Artículo 25.

⁴ Previamente a esta nueva constitución, puede observarse como también aparecía regulada en el artículo 191 inciso tercero de la Constitución de Ecuador de 1979.

En relación con esto, conviene mencionar que existe una Ley reguladora de la Mediación, la cual no es otra que la Ley de Arbitraje y Mediación⁵. Dentro de esta norma, es el Título II la que se encarga de regular la mediación en sentido estricto.

Un segundo punto que debemos señalar es el inciso final del precepto constitucional. En la última parte se hace alusión específica a la contratación pública⁶. En esta contratación, parece que la *Lex Superior* Ecuatoriana da una mención predominante al arbitraje en derecho frente a la mediación u otro método alternativo de solución de conflictos.

Lo que nos queda claro es que, en esta materia específica se aplica lo visto para la generalidad de las mismas. Junto con esto, el constituyente del 2008 decidió incluir una exigencia añadida a este arbitraje, y es que se considera necesario un pronunciamiento favorable por parte de la Procuraduría General del Estado. Curiosamente, la Ley de Arbitraje y Mediación, no hace referencia a este requisito constitucionalmente obligatorio, pero ante la posición jerárquicamente superior de la Constitución ecuatoriana, ha de entenderse que debe ponerse en práctica siempre (Marchán, 2012: 206).

No podemos ahora dejar de plantearnos aquí si se está afectando al principio de unidad jurisdiccional reconocida en el artículo 168.3 de la Constitución Ecuatoriana, el cual dice “En virtud de la unidad jurisdiccional, ninguna autoridad de las demás funciones del Estado podrá desempeñar funciones de administración de justicia ordinaria, sin perjuicio de las potestades jurisdiccionales reconocidas por la Constitución.”. Pues bien, en este sentido, Borja Jacome (2011: 44) se ha pronunciado al señalar que la mediación no interfiere en la función judicial, considerando que se trata de un mecanismo que puede servir para evitar la vía de la justicia que podríamos calificar como ordinaria, al ser un camino mucho más ágil y rápido. Es por ello que no se afecta al principio de unidad jurisdiccional.

Con lo dicho, podemos afirmar que, en Ecuador, la mediación no es simplemente un mecanismo de tipo jurídico, sino también de tipo constitucional (Guaraca Duchì, 2015).

3. Aspectos básicos de la Mediación en la Ley ecuatoriana

Llegados a este punto, vamos a proceder a realizar un repaso a la norma ecuatoriana más relevante en la materia que nos ocupa. De esta norma se ha considerado que se trata de “un

⁵ Promulgada en RO 145, 4 de septiembre de 1997, codificada y publicada en el RO 417 del 14 de diciembre del 2006.

⁶ Sobre este tema resultan resaltables los siguientes estudios a los que nos remitimos: Aguilar Andrade(2014); Moya Dávalos (2015) y Rodríguez Félix (2010).

instrumento conciso, coherente, neutral, que facilita que los procesos alternativos de solución de conflictos se desarrollen de la mejor manera” (Apolo Cando, 2015: 88).

Como adelantábamos antes, la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, se encarga de la Mediación en su Título II⁷, definiéndola en el primer precepto de éste, que no es otro que el artículo 43, el cual presenta el siguiente literalidad: “La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.

Una vez visto el concepto ofrecido por la Ley, el cual se ajusta a los aspectos mencionados en la introducción del presente estudio, debemos continuar señalando que la Mediación debe solicitarse bien a un mediador que esté autorizado, o bien a los centros de mediación. Sabiendo que tanto el primero como un mediador del segundo, podrán llevarla a cabo, quedando inhabilitados para intervenir en un proceso judicial o arbitral que esté relacionado con esa mediación. Específicamente se prevé que no se pueda actuar como abogado, testigo apoderado, asesor o árbitro, a la vez que tampoco se le podrá llamar para declarar sobre el tema⁸. Para poder someterse a un procedimiento de mediación va a ser necesario que se tenga capacidad para transigir, teniendo presente que con esta capacidad, podrán someterse al procedimiento todas las personas, ya sean físicas o jurídicas, tanto públicas como privadas⁹.

En atención al artículo 52, los centros de mediación deben estar registrados en el Consejo Nacional de Judicatura para poder actuar, y podrán ser organizados por gobiernos locales¹⁰, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones que no tengan ánimo de lucro y las organizaciones comunitarias. Por su parte, el Consejo de la Judicatura, va a tener la posibilidad de organizar centros de mediación de tipo pre procesales e intra procesales.

Es necesario que los Centros de mediación cuenten con el equipamiento necesario para las audiencias, entendiéndose en equipamiento tanto los elementos de tipo administrativo como aquellos de tipo técnico, con el matiz consistente en que, en aquellos en los que se realicen

⁷ El Título III de la norma se encarga de la mediación comunitaria.

⁸ Sobre lo que acaba de decirse confróntense los artículos 48 y 49 de la Ley.

⁹ Artículo 44.

¹⁰ Bien sean de naturaleza provincial o municipal.

actividades destinadas a la capacitación de mediadores, van a tener que ser avalados por una institución universitaria¹¹.

Los Centros de mediación deben tener un reglamento, en el que, obligatoriamente debe figurar lo relativo a las listas de mediadores¹²; los gastos¹³; designación, funciones y facultades del director; el manejo administrativo debe estar explicado, y por último se contendrá un código ético¹⁴. Este contenido es un conjunto de mínimos, de manera que el reglamento va a poder estar conformado por más aspectos sin ningún tipo de problema, aunque siempre deberá recoger los indicados.

Para que se pueda dar la mediación, siguiendo el artículo 46 de la norma, se hace una distinción de tres situaciones diferenciadas. En primer lugar, se prevé que se podrá cuando exista un convenio por escrito entre las partes, a solicitud de ellas o de una, o cuando lo disponga el juez ordinario en el curso del proceso y aceptando las partes¹⁵.

Cabe señalar que está previsto el efecto de sentencia ejecutoria y cosa juzgada del acta de mediación. Indicándose también que la ejecución se hará de igual modo que las sentencias que se dictan en última instancia y por la vía de apremio¹⁶.

Adviértase que en el acta puede establecerse un acuerdo total, parcial o bien la constancia de imposibilidad de llegar a un acuerdo. Cuando el acuerdo fuese total, no se presenta ningún problema respecto de lo que se ha dicho, en el caso de que el acuerdo fuera parcial, es posible acudir a juicio, pero únicamente para discutir sobre las cuestiones en las que no se ha llegado a un acuerdo. Ante la imposibilidad de llegar a acuerdo, se presentará el acta firmada en el proceso arbitral o judicial, de tal manera que sustituirá a la audiencia o a la junta de mediación o de conciliación que estuviera prevista¹⁷.

¹¹ Artículo 53.

¹² Como se formulan, requisitos, causas de exclusión, trámite para inscribirse y forma de designación.

¹³ No solo relativos al salario del mediador, sino también hay que hacer mención a los gastos administrativos así como la forma de abonarlos.

¹⁴ Todo esto se recoge en el artículo 54.

¹⁵ Cabe advertir que el artículo 56 de la norma indica claramente que existe una imposibilidad de acusar a los jueces ordinarios de prevaricato, no pudiendo ser objeto tampoco de recusación ni interponérseles una queja ante una propuesta por su parte de alguna "fórmula de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de mediación".

¹⁶ Artículo 47.

¹⁷ *Ibidem*.

Es imperativo advertir que, si el acuerdo de mediación está referido a menores y alimentos, se puede proceder a una revisión por las partes de acuerdo con las normas existentes. Específicamente se hace mención al Código de la Niñez y Adolescencia y otras leyes¹⁸.

Cuando alguna de las partes no compareciera en la convocatoria de la mediación, se realizará una nueva convocatoria, y en caso de que vuelva a faltar alguna de las partes, se considerará que existe una imposibilidad de proceder a la mediación¹⁹.

Es importante destacar que la regla general que impera en el procedimiento de Mediación va a ser la de confidencialidad, empero, se puede renunciar a la misma, siempre y cuando exista un acuerdo de ambas partes al respecto²⁰. Esto implica que ante una disconformidad en este tema, donde una de las partes quiera renunciar a esa regla general pero la otra no, prevalecerá la confidencialidad.

Como último inciso dentro del análisis de la Ley, nos encontramos con el Título III, el cual es una novedad destacable, ya que se refiere a lo que se ha denominado como “mediación comunitaria”. Este Título se caracteriza por una gran brevedad, ya que únicamente consta de dos artículos, el artículo 58 y el 59. En el primero de ellos se incluye esta mediación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos. En el segundo, y como fruto de una modificación de la norma producida en el año 2009, se hace una referencia específica a una serie de comunidades, concretamente a las indígenas, a las afroecuatorianas, a las organizaciones barriales siguiendo con una clausula general que hace referencia a las organizaciones comunitarias. Todos estos, podrán tener centros de mediación para los miembros de las mismas.

4. Conclusión

Después de todo lo que se acaba de decir, finalizamos con una reflexión final a modo de conclusión.

La justicia que podemos denominar como tradicional, entendida ésta por la resolución de un conflicto o problema en un juzgado, se ha ido saturando cada vez más con disputas que, quizá, podrían haber sido solucionada por otras vías más rápidas que permitieran obtener un resultado óptimo para las partes. Estas vías son las que reciben la calificación de Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

¹⁸ *Ibidem*. Sobre esto confróntese los estudios de Lescanso Galeas, Mena Mena & Méndez Reátegui (2016: 567 – 595).

¹⁹ Artículo 51.

²⁰ Artículo 50.

La mediación es, sin duda, uno de los mecanismos de solución de conflictos que está ganando mayor impulso. Es por ello que, ante esta situación que parece que se va consolidando, algunos Estados han decidido darle un protagonismo mayor incluyéndolo en la *Lex Legum* de sus ordenamientos. Uno de estos Estados ha sido el de Ecuador, donde la nueva Constitución del 2008, ha seguido la estela de la anterior, manteniendo la constitucionalización de estos métodos.

Bibliografía

Aguilar Andrade, J. P. (2014). *La arbitralidad de los actos administrativos*, Quito: Universidad San Francisco de Quito.

Apolo Cando, M. G. (2015). *Arbitraje comercial internacional: una perspectiva local*, Cuenca: Universidad de Cuenca.

Borja Jacome, S. (2011). “La Constitución y la Justicia en el Ecuador”, *Revista Ciencia UNEMI*, 5.4 pp. 38 – 45.

De Armas Hernández, M. (2003) “La mediación en la resolución de conflictos”, *Educación*, 32.

De Prada de Prado, J. & López Gil, J. A. (2008). “La mediación como estrategia de resolución de conflictos en el ámbito escolar”, *Documentación Social*, 148.

Galindo Cardona, A. (2001). “Origen y desarrollo de la Solución Alternativa de Conflictos en Ecuador”, *Iuris Dictio*, 4.

Guaraca Duchi, J. (2015). “La mediación y su relación con el derecho constitucional”, *Revista Judicial*. Disponible en: <http://www.derechoecuador.com/articulos/detalle/archive/doctrinas/derechoconstitucional/2015/01/30/la-mediacion-y-su-relacion-con-el-derecho-constitucional->

Lescanso Galeas, N. V., Mena Mena, M. C. & Méndez Reátegui, R. (2016). “Eficacia, eficiencia y efectividad en las resoluciones de conflictos transigibles de niñez y adolescencia en Ecuador”, *Revista de Derecho UNED*, 18 pp. 567 – 595.

Macho Gómez, C. (2014). “origen y evolución de la mediación: el movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”, *Anuario de Derecho Civil*, 67.3 pp. 931 – 996.

Miranzo de Mateo, S. (2010). “Quiénes somos, a dónde vamos... Origen y evolución del concepto de mediación”, *Revista de Mediación*, 5.

Marchán, J. M. (2012), “El tratamiento del arbitraje en la nueva constitución ecuatoriana”, *Iuris Dictio*, 14.

Moya Dávalos, D. C. (2015). *La arbitralidad de los actos administrativos en la contratación pública en el Ecuador*, Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.

Rodríguez Félix, N. J. (2010), *El arbitraje como método alternativo de solución de controversias en los contratos administrativos – situación actual en el Ecuador*, Quito: Universidad del Pacífico.

Sánchez Hernández, S. & Jordá García, R. (2013). “La mediación, una solución a los conflictos derivados de la contratación internacional que fomenta la continuidad de las relaciones comerciales”, *Anales de Derecho*, 31 pp. 19 – 55).

Viana Orta, M. I. (2011). *La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre comunidades autónomas*, Valencia: Universidad de Valencia, Valencia.

Zurita Gil, E. (2001). *Manual de Mediación y Derechos Humanos*, Quito: Defensoría del Pueblo.