

## **CUESTIONES DE MEDIACIÓN**

### **Primera Parte**

Dr. M.Sc. Giovani Criollo Mayorga.  
*Profesor de Pregrado y Posgrado de la  
Universidad Tecnológica Indoamérica en la cátedra de  
Resolución Alternativa de Conflictos.  
Mediador del Centro de Mediación del  
Ilustre Colegio de Abogados de Pichincha  
montecrhisto@gmail.com*

#### **1.- MEDIACIÓN EXTRAPROCESAL y MEDIACIÓN INTRAPROCESAL.**

La denominada "Mediación extraprocesal" está regulada expresamente en la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación<sup>1</sup> (CLAYM) en cuyo Artículo 43 se manifiesta que la "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."

El prefijo "EXTRA" significa "FUERA DE" por manera que la mediación extraprocesal debe entenderse, como un tipo de mediación que se efectúa fuera de juicio o antes del pleito y aun inclusive existiendo procedimiento judicial por mandarlo expresamente el literal c del Artículo 46 de la CLAYM: "Cuando el juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.". Esto es lo que denominamos "derivación procesal" o "derivación a mediación".

---

<sup>1</sup> Registro Oficial 417 de 14 de Diciembre del 2006.

Por su parte el Código Orgánico de la Función Judicial<sup>2</sup> (COFJ) nos trae un tipo de mediación denominado "MEDIACIÓN INTRAPROCESAL", la cual está prevista como una de las facultades jurisdiccionales de los jueces prevista en el Artículo 130.11 que dispone: "Salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario, procurar la conciliación de las partes, en cualquier estado del proceso; al efecto, pueden de oficio convocarlas a audiencia, a las que deberán concurrir las partes personalmente o por medio de procuradora o procurador judicial dotado de poder suficiente para transigir. **De considerarlo conveniente los tribunales o juezas y jueces podrán disponer de oficio que pasen los procesos a una oficina judicial de mediación intraprocesal con la misma finalidad.** Se exceptúan los casos en que se halla prohibida la transacción, y si ésta requiere de requisitos especiales previos necesariamente se los cumplirán, antes de que el tribunal, jueza o juez de la causa homologue el acuerdo transaccional;".

El prefijo "INTRA" significa "DENTRO DE O EN EL INTERIOR DE" por manera que debemos entender que la mediación intraprocesal es aquella que se efectúa por parte de los jueces o funcionarios judiciales e inclusive la que se lleva adelante con un centro de mediación vinculado a la Función Jurisdiccional, es decir un ente perteneciente a su infraestructura.

La norma en cuestión del COFJ, trae por consiguiente una primera inquietud y es justamente que confunde la mediación intraprocesal con la derivación procesal prevista desde 1997 con la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación codificada posteriormente en el 2006, es decir para nuestro COFJ derivación y mediación intraprocesal prácticamente son lo mismo puesto que, desde el punto de vista pragmático, el proceso sale del despacho del juez y pasa a una oficina de mediación para una eventual solución de la disputa, si las partes así lo acordaran.

---

<sup>2</sup> Suplemento del Registro Oficial 544 de 9 de Marzo del 2009.

Los tres elementos diferenciadores entre derivación procesal y nuestra mal llamada mediación intraprocesal son:

a.-) Que en la derivación se requiere la aceptación de las partes según el Art. 46 literal c de la CLAYM mientras que en la mediación intraprocesal esta aceptación no es necesaria.

b.-) Que en la derivación el escogitamiento del centro de mediación está abierto a cualquiera de ellos y aún a los mediadores independientes, mientras que la mediación intraprocesal solo puede ser realizada ante la "oficina judicial de mediación intraprocesal", aún inexistente en nuestro medio<sup>3</sup>.

c.-) El juez, o cualquiera de las partes litigantes puede pedir la derivación, mientras que la mediación intraprocesal es atribución exclusiva del juez y procede cuando éste lo creyere conveniente.

La regulación, el procedimiento, y los pormenores de la mediación intraprocesal debemos entender (?) que los encontramos en la misma CLAYM puesto que no existe ninguna otra disposición o cuerpo jurídico que la regule. En un primer momento parecería ser que por tratarse, en sentido amplio, de procedimientos de mediación, no existiría ningún inconveniente de orden técnico – jurídico al trabajar con un mismo cuerpo legal (que regula exclusivamente la mediación extraprocesal), pero esta apreciación puede verse un poco trastocada si consideramos que, la mediación intraprocesal en países más avanzados en resolución alternativa de disputas como España<sup>4</sup> por ejemplo, se han considerado y regulado aspectos tales como la imparcialidad del juez que lleva adelante el procedimiento de mediación intraprocesal, la preparación de los mediadores en teoría de sistemas, teoría de la comunicación

---

<sup>3</sup> Hasta la presente fecha y con dos años de vigencia del COFJ no se ha creado la "oficina judicial de mediación intraprocesal". Así mismo existen graves dudas respecto de que estas funciones pueden ser llevadas adelante por el Centro de Mediación de la Función Judicial.

<sup>4</sup> Tal como ha sido concebida por la Ley Orgánica del Poder Judicial española y su reforma del año 2003.

y epistemología, la confidencialidad de los hechos puestos en conocimiento del mediador – juez, etc..

En resumen, el proceso de desnaturalización que está sufriendo la mediación intraprocesal que comenzó por confundir a esta con la derivación procesal y que continua con la eliminación de los verdaderos participantes de dicho mecanismo de solución de conflictos (jueces, secretarios judiciales, centros de mediación pertenecientes a la Función Jurisdiccional), hace que el sistema deje de funcionar en forma adecuada con una repercusión desastrosa que es el no contribuir con el decrecimiento de la conflictividad y descomposición social, a su vez ello hace que el sistema como tal deje de cumplir con la finalidad para la que ha sido creado.

## **2.- EL PRINCIPIO DE LA VOLUNTARIEDAD EN LA MEDIACIÓN Y MEDIACIÓN OBLIGATORIA.**

Esta inquietud nació de la Dra. Janet Salas, una de mis ex alumnas quien se preguntaba cómo es posible hablar del principio de voluntariedad en los casos que la ley ha establecido la mediación previa con el carácter de obligatorio. Las discusiones generadas en aula fueron arduas y complejas y son en parte las que consigno aquí.

Sin excepción alguna todos quienes trabajamos en mecanismos alternativos de solución de conflictos sabemos que la mediación es un procedimiento voluntario. En este punto la doctrina es uniforme y coincidente<sup>5</sup>. Este principio

---

*5 Para abundar el estudio del principio de voluntariedad puede consultarse: Arechága, Patricia, Brandoni, Florencia y Risolía, Matilde. "La trama de papel: sobre el proceso de mediación, los conflictos y la mediación penal". Editorial Galerna, 2005. Buenos Aires, Argentina; Fried Schnitman, Dora y Schnitman, Jorge. "Resolución de conflictos. Nuevos diseños, nuevos contextos". 2000. Ediciones Granica S.A. Barcelona, España; Fried Schnitman, Dora. Compiladora. "Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: Perspectivas y prácticas". Ediciones Granica S.A., 2000. Barcelona, España; Fisas, Vicenç. "Cultura de paz y gestión de conflictos". Icaria Editorial, 1998, Barcelona, España; Gonzalo Quiroga, Marta; Ventas Sastre, Rosa. "Métodos alternativos de solución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar". Universidad Rey Juan Carlos. Librería-Editorial Dykinson. 2006; Highton, Elena y Álvarez, Gladys. "Mediación para resolver conflictos". Primera reimpression. 1998. Editorial AD-HOC SRL. Buenos Aires, Argentina; Manual de capacitación a funcionarios y formación de ciudadanos de Bogotá como mediadores comunitarios para el*

se lo puede explicar partiendo del principio de autonomía de la voluntad que consiste en "...el reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. En otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o negocios jurídicos. Los particulares, libremente y según su mejor conveniencia, son los llamados a determinar el contenido, el alcance, las condiciones y modalidades de sus actos jurídicos. Al proceder a hacerlo deben observar los requisitos exigidos, que obedecen a razones tocantes con la protección de los propios agentes, de los terceros y del interés general de la sociedad."<sup>6</sup>

En la mediación la voluntariedad se manifiesta en varios momentos:

a.- Un primer momento que es la posibilidad cierta y real de escoger el mecanismo de solución de disputas, es decir cada persona tiene la posibilidad de solucionar sus diferencias utilizando los mecanismos alternativos<sup>7</sup> de solución de conflictos o la jurisdicción ordinaria.

b.- Un segundo momento constituye la facultad de las partes en disputa a elegir el mediador que los asista en la resolución de sus diferencias.

c.- Un tercer momento tiene que ver con la posibilidad de comparecer o no a las sesiones de mediación.

---

*distrito capital. Módulo 6. Los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el mediador comunitario". Universidad Externado de Colombia y la Dirección de Derechos Humanos y acceso a la justicia. 2001. Bogotá, Colombia; Moore, Christopher. "El proceso de mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos". Ediciones Granica S.A. 1995. Barcelona, España.*

<sup>6</sup> Corte Constitucional de Colombia. Sentencia No. T-338/93, M.P.: Alejandro Martínez Caballero, 24 de agosto de 1993. Re: expediente n° T-12031.

<sup>7</sup> A propósito de esta denominación de Mecanismos **Alternativos** de Solución de Controversias (MASC) vale la pena indicar al amable lector que en Argentina ya se ha empezado a dejar de lado el término "Alternativo" y se utiliza, en su reemplazo, el término "**Apropiados**" para señalar que estos mecanismos de solución de las controversias son los más adecuados para gestionar nuestras divergencias.

c.- Un cuarto momento se refiere a la posibilidad de llegar a los acuerdos y suscribir el acta de mediación correspondiente. Nadie, peor aún los mediadores, puede obligar a las partes a llegar a un acuerdo y suscribir la acta.

No obstante este principio de voluntariedad varias legislaciones extranjeras<sup>8</sup>, inclusive la nuestra<sup>9</sup>, han establecido la mediación obligatoria como instancia previa al enjuiciamiento. El fundamento de esta mediación obligatoria se encuentra en tres hechos: la existencia de una cultura de litigio muy arraigada en sociedades como la nuestra donde se prefiere la solución de las disputas a través de la jurisdicción ordinaria, lo cual hace que se deje de lado a la mediación aún sin conocer verdaderamente sus alcances y efectos; la obligación estatal, sobre todo ahora que nos encontramos viviendo en un estado constitucional de derechos y justicia social, de solucionar la conflictividad y desintegración social; y, la posibilidad de fomentar el dialogo, la discusión y la negociación entre las partes en disputa con la finalidad primaria de que eventualmente, de ser esa su voluntad, se solucionen sus diferencias, y una finalidad ulterior, pero no por ello menos importante, consistente en que el mecanismo de mediación no que inoperante. Por estas razones es que no es contradictorio hablar del principio de la voluntariedad en mediación cuando se trata de la mediación obligatoria.

---

<sup>8</sup> Argentina tiene por ejemplo, desde el año 2010, su Ley 26.589 de MEDIACIÓN Y CONCILIACIÓN que establece con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales; Colombia tiene la Ley 640 de 2001 donde la conciliación extrajudicial es requisito de procedibilidad para acudir a la jurisdicción civil.

<sup>9</sup> Como referencia puede consultarse: Registro Oficial N° 139, Miércoles 1º de Agosto del 2007, en el cual consta el Instructivo para la derivación de causas a centros de mediación; Suplemento del Registro Oficial No. 351 de 29 de diciembre de 2010 en cuyo artículo 27 se establece, en los casos de controversias con inversionistas, una instancia de mediación obligatoria.