

APLICABILIDAD DE LA MEDIACIÓN ELECTRÓNICA EN EL MARCO JURÍDICO

ECUATORIANO¹

THE APPLICABILITY OF E-MEDIATION IN THE ECUADORIAN LEGAL FRAMEWORK

Karina Dayanna Flores Males²
kflores@estud.usfq.edu.ec

RESUMEN

En los últimos años, tanto la sociedad como la tecnología han ido evolucionando; como consecuencia, las situaciones jurídicas de los particulares han tomado nuevos matices. En este sentido, es de vital importancia que tanto las leyes como instituciones jurídicas se adapten a las nuevas realidades jurídicas. Los mecanismos alternativos de resolución de conflictos no son la excepción, al implementarse a ellos elementos electrónicos, se presentan cuestiones que deben regularse. En el Ecuador, la mediación electrónica es una materia que no ha sido abordada completamente, no existe doctrina ni se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje y Mediación. El presente trabajo, abordará la posibilidad de utilizar correctamente la mediación electrónica en el marco jurídico ecuatoriano, a través del análisis de derecho comparado, datos estadísticos y derecho ecuatoriano.

Palabras clave:

Mediación electrónica, métodos alternativos, protección de datos, mediación, TICS.

ABSTRACT

In recent years, both society and technology have been evolving; as a consequence, the legal situations of individuals have taken on new nuances. In this sense, it is vitally important that both laws and legal institutions adapt to the new legal realities. Alternative conflict resolution mechanisms are no exceptions, as online elements have emerged during their application, which need to be regulated. In Ecuador, electronic mediation is a matter that has not been fully addressed, neither in the doctrine, nor in the normative body of Arbitration and Mediation Law. This work will address the possibility of correctly using electronic mediation in the Ecuadorian legal framework, through the analysis of comparative law, statistical data and Ecuadorian law.

Key words:

Electronic mediation, alternative methods, data protection, mediation, TICS.

Fecha de lectura: XX de XXXXX de 2020

Fecha de publicación: XX de XXXXX de 2020

¹ Trabajo de titulación presentado como requisito para la obtención del título de Abogado. Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito. Dirigido por Jaime Vintimilla Saldana.

² © DERECHOS DE AUTOR: Por medio del presente documento certifico que he leído la Política de Propiedad Intelectual de la Universidad San Francisco de Quito y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo de investigación quedan sujetos a lo dispuesto en la Política. Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo de investigación en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

SUMARIO

1.INTRODUCCIÓN.- 2. ASPECTOS BÁSICOS DE LA MEDIACIÓN.- 2.1 DEFINICIÓN.- 2.2 PRINCIPIOS Y CARACTERÍSTICAS.- 2.2.1 CONFIDENCIALIDAD.- 2.2.2 VOLUNTARIEDAD DE LAS PARTES.- 2.2.3 FLEXIBILIDAD.- 2.2.4 IMPARCIALIDAD Y NEUTRALIDAD.- 2.3 PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.- 3.MEDIACIÓN ELECTRÓNICA.- 3.1 ASPECTOS BÁSICOS.- 3.1.1 DEFINICIÓN.- 3.1.2 MEDIOS UTILIZADOS.- 3.1.3 VENTAJAS Y DESVENTAJAS.- 3.1.4 PROTECCIÓN DE DATOS.- 3.2 LEGISLACIÓN COMPARADA.- 3.2.1 ESTADOS UNIDOS.- 3.2.2. ESPAÑA.- 3.3 ANÁLISIS EN CENTROS DE MEDIACIÓN QUITENOS. - 4. REFORMA A LA LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.- 5.CONCLUSIONES.-

1. Introducción

Desde que los individuos se fueron desarrollando dentro de una sociedad, también lo hicieron sus instituciones, cultura, leyes y conflictos. Con el fin de dar una solución a estos últimos, los seres humanos crearon diversas herramientas que ayuden a poner fin a sus problemas. Entre ellos, se encuentran los métodos alternativos de solución de conflictos, los cuales nacen como un mecanismo de apoyo a la administración de justicia ordinaria y como una oportunidad para los particulares de auto-impartirse justicia al implementar acuerdos que los satisfagan. Entre los mecanismos alternativos de solución de controversias que mayor acogida ha tenido en los últimos años en el contexto ecuatoriano y mundial, se encuentra la mediación, un método que tiene como principal característica el acercamiento e inclusión de las partes en el conflicto, con el fin de encontrar una solución que satisfaga recíprocamente sus necesidades e intereses.

A medida que la sociedad avanza, también lo hacen los medios de comunicación y las nuevas tecnologías. En este sentido, es menester que los profesionales en el campo de los métodos alternativos de resolución de conflictos (MASC), particularmente en el campo de la mediación, vayan adaptando su metodología, conocimiento y procedimientos a las realidades tecnológicas actuales con el fin de ayudar a resolver los conflictos de los particulares de manera más eficiente y especializada. Es preciso mencionar que pese a que las herramientas tecnológicas facilitan los procedimientos de resolución de conflictos también presentan diversas cuestiones que deberán ser tratadas jurídicamente con el fin de que puedan ser utilizadas de la manera más efectiva, eficiente e idónea.

Con el fin de regular las situaciones jurídicas dentro de un marco tecnológico globalizado, varios países han empezado a discutir o regular la mediación electrónica en sus ordenamientos jurídicos. Pese a todas las cualidades positivas que tiene la aplicación de la mediación electrónica, en el contexto jurídico ecuatoriano la misma no ha sido

utilizada. En este sentido, la necesidad de recurrir a los medios electrónicos en la cultura jurídica del Ecuador se ha confirmado con la llegada del COVID-19. El cual ha entorpecido el funcionamiento de los MASC y evidenciado la necesidad de implementar y potenciar la modalidad electrónica. El siguiente trabajo abordará la posibilidad de aplicación y regulación de la mediación electrónica en el país a través del análisis de doctrina, derecho comparado, derecho ecuatoriano y análisis de datos de distintos centros de mediación con el fin de que se incentive su uso en el Ecuador.

2. Aspectos básicos de la mediación

2.1 Definición

El artículo 43 de la Ley de Arbitraje y Mediación ecuatoriana define a la mediación como “un procedimiento de solución de conflictos, por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”³. Por otro lado, Enrique M. Falcón la define como “procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a que éstas, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto”⁴. Así mismo, Rosana Pérez entiende a la mediación como:

un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo basado en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención del mediador del que se pretende que ayude a encontrar una solución dialogada y voluntariamente querida por las partes, destaca la nota de flexibilidad frente a la rigidez del procedimiento judiciales.

Pérez menciona que el libro *Historia de la Mediación* la definen como “el proceso voluntario por el cual un tercero neutral, mediador, facilita la comunicación entre dos o más personas para que logren llevar adelante una negociación colaborativa con el objeto de zanjar el conflicto que los enfrenta [...] y llegar a un acuerdo satisfactorio para todos los participantes”⁶. Por otro lado, Ximena Bustamante citando a Christopher Moore menciona que la mediación es:

³ Artículo 43. Ley de Arbitraje y Mediación [LAM]. Registro Oficial, No. 417 del 14 de diciembre de 2006.

⁴ Enrique Falcón. *Sistemas Alternativos de Resolver Conflictos Jurídicos*. (Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2012), 3.

⁵ Rosana Pérez, “Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica”, *Revista digital Facultad de Derecho*, 6, (2010), 1-29.

⁶ David Pérez Jarrín. “La naturaleza y contenido del principio de confidencialidad frente al mediador” (Tesis de pregrado. Universidad San Francisco de Quito, 2017), 2.

el proceso voluntario por el cual un tercero neutral, mediador, facilita la comunicación entre dos o más personas para que logren llevar adelante una negociación colaborativa con el objeto de zanjar el conflicto que los enfrenta [...] y llegar a un acuerdo satisfactorio para todos los participantes⁷.

Inclusive la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) en su guía de mediación define a la misma como “un procedimiento no vinculante en el que un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar una controversia”⁸. Existen varias definiciones acerca de la mediación. Empero, todas coinciden en la intención de las partes en dialogar, con la ayuda de un tercero imparcial que los guíe, con el fin de resolver una controversia.

2.2 Principios y características

Otros rasgos que no se puede dejar de lado son las características y principios rectores de la mediación. Entre los principales tenemos: confidencialidad, voluntariedad, flexibilidad, neutralidad e imparcialidad del mediador.

2.2.1 Confidencialidad

En cuanto al principio mencionado y según lo prescribe el artículo 50 de la Ley de Arbitraje y Mediación la mediación tiene carácter confidencial y los que participan en ella deberán mantener la debida reserva. En ese sentido, ni el mediador ni las partes o cualquier involucrado en el proceso, podrá comentar la información mencionada en todo el proceso de mediación. Este principio “permite a las partes revelar información en confianza, misma que llevará a entender los verdaderos intereses y necesidades de las partes”⁹.

2.2.2 Voluntariedad de las partes

En cuanto a este principio, el artículo 43 de la LAM hace referencia a la voluntariedad que debe tener el acuerdo alcanzado por las partes. Por otro lado, el artículo 44 en su segundo inciso menciona quienes podrán solicitar la mediación “sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir”¹⁰. En este sentido, se puede mencionar que todos aquellos capaces de transigir tienen completa libertad de solicitar la mediación, de aceptarla, de ir a las reuniones o audiencias, de forjar los acuerdos que serán plasmados en el acta de mediación, de acordarlos parcialmente o de no llegar a ningún acuerdo. Este es uno de los principios

⁷ Pérez, “La naturaleza y contenido del principio de confidencialidad frente al mediador”, 12.

⁸ Guía de la Mediación de la OMPI. Guía. Organización Mundial de Propiedad Intelectual. Enero de 2009.

⁹ Juan Carlos Dupuis. *Mediación y Conciliación*. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997), 49.

¹⁰ Artículo 44, LAM.

más importantes en el proceso de mediación ya que “nadie es obligado a continuar con la causa, cualquiera está en el pleno derecho de retirarse y requerir renunciar a la mediación”¹¹. En este sentido, las partes llevarán la mediación y llegarán a los acuerdos de la manera que más les convenga, siempre y cuando sea jurídicamente permitido.

2.2.3 Flexibilidad

En cuanto al principio de flexibilidad, Ximena Bustamante menciona lo siguiente:

este procedimiento no debe cumplir con ninguna solemnidad o formalidad como aquellas de un juicio, y debe ser flexible de tal manera que si el mediador ve la necesidad de volver a una etapa previa lo puede hacer en aras de alcanzar el acuerdo o, por lo menos, mejorar la relación entre las partes¹².

Este principio es uno de los ejes centrales que rigen la mediación. Permite a las partes llegar a un acuerdo dialogado y voluntario, dejando atrás las formalidades de un proceso ordinario. Junto con el principio de voluntariedad de las partes, permiten nombrar al mediador que mejor se adapte a sus necesidades; así mismo, las audiencias y reuniones son más flexibles. En pocas palabras, las partes podrán cambiar o colocar las reglas por las cuales se va a manejar el proceso de mediación de la manera que mejor les parezca.

2.2.4 Imparcialidad y neutralidad

Sobre la imparcialidad y neutralidad, se puede mencionar que son características inherentes al mediador. Es necesario aclarar que son dos principios distintos pero complementarios y por ello serán tratados en un mismo apartado. Los mismos surgen con el propósito de facilitar la comunicación y el contacto con las partes, con el fin de guiarlas hacia un acuerdo exitoso. Por un lado, la imparcialidad hace referencia al comportamiento del mediador con las partes en el proceso; en tanto que la neutralidad toma forma en el resultado del mismo.

La imparcialidad hace alusión a que el mediador no debe tener preferencias o conexiones con las partes o favorecer a ninguna de ellas. En este sentido, “La imparcialidad hace referencia directamente al mediador, a su posición como tercero, a su relación con las partes, y está asociada al derecho a la igualdad de las partes, y a la necesidad de que sean acogidas por igual en el proceso”¹³. En otras palabras, el mediador debe garantizar la igualdad de las partes a lo largo de todo el proceso.

¹¹ Pérez, “La naturaleza y contenido del principio de confidencialidad frente al mediador”, 8.

¹² Ximena Bustamante Vásconez. “La naturaleza jurídica del acta de mediación” (Tesis de pregrado. Universidad San Francisco de Quito, 2007), 7.

¹³ Mónica Corella & Félix Arias. Cómo ser imparcial en mediación: no pero Sí, sí pero No. *Legal Today*. 31 de marzo de 2015.

Por otro lado, la neutralidad implica que el mediador respeta el acuerdo de las partes, “no debe tener ningún interés personal en el resultado, no debe proponer fórmulas de arreglo, ni debe permitir que sus opiniones o criterios influyan en las decisiones tomadas por las partes sobre cómo debe solucionarse el conflicto”¹⁴. En otras palabras, el mediador no tiene poder para decidir sobre la controversia dictando sentencias. Es un facilitador que acompaña a las partes generando entre ellas una conciencia sobre sus intereses y necesidades, esto con el fin de que las mismas puedan encontrar una respuesta a su problema ya que ellas son las que tienen el poder de decisión¹⁵. Esto quiere decir que el mediador ayudará a las partes a alcanzar por si mismas un acuerdo de mediación sin ningún tipo de imposición de medida o solución.

2.3 Procedimiento de mediación

La mediación puede ser dividida en cuatro momentos o fases. La primera fase o inicio se encuentra en manos del centro de mediación. Esta arranca cuando las partes o una de ellas decide iniciar el proceso de mediación a través de una solicitud de manera individual o conjunta o por existir una cláusula escalonada o convenio de mediación que manifieste el pacto voluntario de las partes para someterse a jurisdicción alternativa. Lo anterior, puede ser presentado en formato físico o electrónico a través de un medio oficial del centro de mediación elegido por las partes. Seguidamente, el centro verifica si dicha controversia es transigible y si el centro y el mediador son competentes para conocer la controversia y resolver.

La segunda fase o etapa de comunicación inicia cuando se realiza un primer contacto con las partes con el fin de saber si están dispuestas a acudir a la mediación y en el caso de aceptarlo se coordina la fecha y hora para que tenga lugar la primera audiencia o reunión. En esta etapa además se indica a las partes en qué consiste la mediación, las reglas del centro y se despeja cualquier duda que las partes puedan tener.

La tercera etapa o fase de negociación, es realizada en la audiencia o audiencias conjuntas en seis pasos o procedimientos según el manual para mediadores del centro de mediación CIDES. En primer lugar, se da una parte técnica o social. El mediador indica a las partes los principios y características esenciales por las que se va a regir la mediación. El siguiente paso, es el conocimiento de la controversia, cada parte cuenta al mediador su propia versión de los hechos. Como tercer punto, viene la aclaración de los hechos y se establece que aspectos deben acordar las partes para encontrar una solución.

¹⁴ Bustamante. “La naturaleza jurídica del acta de mediación”, 9.

¹⁵ Ver, Bustamante. “La naturaleza jurídica del acta de mediación”, 9.

Como siguiente paso, se identifican distintas alternativas de solución del conflicto, cada parte plantea la solución que considera correcta. Posteriormente, se socializan las alternativas de solución y el mediador guiando a las partes, puede plantear otras posibilidades de solución al conflicto. Finalmente, a través el acta de mediación se plasman los acuerdos y la forma en van a ser ejecutados¹⁶.

La fase final o de resultado, es la de cumplimiento de los acuerdos y el seguimiento por parte del centro de mediación. Se debe tomar en cuenta que las anteriores fases se realizarán en el supuesto en el que las partes hayan conseguido llegar a un acuerdo. Caso contrario, estaríamos en un caso de imposibilidad de mediación, solo se realizaría la primera fase; o constancia de imposibilidad de acuerdo en la que se realiza la primera y parte de la segunda fase.

3 Mediación electrónica

3.1 Aspectos básicos

3.1.1 Definición

Como se ha dicho previamente, las relaciones jurídicas de los particulares han evolucionado como consecuencia de la utilización de nuevas tecnologías y la globalización. Esto ha provocado la necesidad de implementar mecanismos de resolución de conflictos que utilicen herramientas tecnológicas que respondan a las exigencias de los particulares. Lo que se busca es que dichos mecanismos “funcionen de manera consecuente con la celeridad buscada por las partes cuando utilizan tecnologías de la información”¹⁷.

En consonancia con los principios que gobiernan la mediación, en particular el de flexibilidad, lo que se busca es que se realice un procedimiento ágil, en el que no sea necesaria la presencia física de las partes para encontrar la solución más adecuada a sus problemas. Además de que tanto el centro como el mediador dispongan “de los medios pertinentes, incluidos los tecnológicos, para ayudar a las partes a dirimir sus controversias”¹⁸.

Así, se puede entender a la mediación electrónica como un proceso alternativo de solución de conflictos realizado por medios electrónicos, en el cual un tercero facilitador, interviene con el fin de ayudar a las partes a llegar a un acuerdo que los satisfaga. Dicho

¹⁶ Ver, Manual para mediadores comunitarios y jueces de paz, manual, Centro sobre Derecho y Sociedad, 2004, 20-38.

¹⁷ Rafael García del Poyo. “La mediación electrónica”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29 (2013), 1-19.

¹⁸ Id., 4.

acuerdo debe garantizar el cumplimiento de los principios rectores de la mediación, la identidad de las partes que intervienen y la protección de sus datos personales y confidenciales.

3.1.2 Medios utilizados

Los medios electrónicos utilizados en el procedimiento de mediación son variados: correos electrónicos, redes sociales, videoconferencias, medios telemáticos como teléfonos celulares y convencionales, y a través de aplicaciones o plataformas digitales especializadas. Sin embargo, la doctrina los ha dividido en dos grandes grupos: asincrónicos y sincrónicos, en relación con el momento en el que se efectúa la comunicación.

Los medios electrónicos asincrónicos hacen referencia a la comunicación “en la que no se espera una respuesta inmediata de las partes. Las personas implicadas pueden conectarse en distintos momentos del día y de la noche, y pueden retrasar sus respuestas hasta el momento en el que lo han pensado mejor [...]”¹⁹. En otras palabras, el proceso de comunicación entre los individuos se genera en distinto momento, no existe coincidencia temporal. En realidad, en el procedimiento de mediación tradicional es costumbre que los centros de mediación traten de contactar a las partes a través de medios asincrónicos, inclusive y si las dos partes están de acuerdo, se puede enviar documentación relevante para el procedimiento de mediación a través de los medios oficiales de los centros de mediación tales como: información personal, tarifas, documentos habilitantes, solicitudes de mediación, acuerdos previos, entre otros. Esto con el fin de agilizar el procedimiento mismo.

Por esta razón, la novedad se encuentra en la *fase de audiencia* ya que las audiencias o reuniones podrían producirse a través de llamadas telefónicas, correos electrónicos, mensajes por redes sociales o cualquier otro medio de comunicación asincrónico. Mientras que los acuerdos pueden manifestarse a través de la comunicación por correos electrónicos o cualquier medio de comunicación textual. Varios profesionales han manifestado su descontento e insinúan que esto no sería productivo ya que se perderían todos los beneficios de la comunicación presencial como la escucha activa o la perceptibilidad de las emociones y reacciones de las partes, inclusive se ha planteado la idea en la que se podría dar casos en los cuales se suplante la identidad de las partes, entre otros problemas emergentes.

¹⁹ Ramón Alzate. “Mediación en línea”. *Revista de mediación*, 1, (2018), 6-15.

Por otro lado, y a diferencia de la comunicación asincrónica, la mediación a través de medios sincrónicos tiene que ver con el intercambio de comunicación e información por medios electrónicos de manera instantánea, en tiempo real. Las partes tienen que coincidir en un mismo momento. En definitiva, los medios sincrónicos se utilizarían específicamente en audiencias, mediante videoconferencias en tiempo real a través de plataformas digitales, aplicaciones o softwares especializados que lo permitan. Doctrinarios han manifestado que “la videoconferencia privada es el único elemento tecnológico que, al ser sincrónico, permite a las partes y al mediador *verse y oírse*, garantizando así la identidad de las partes y evitando la suplantación de identidad”²⁰. Se debe manifestar que en los demás pasos o fases del procedimiento de mediación se seguirá utilizando medios de comunicación asincrónicos o tradicionales. Cabe señalar, que dichos medios han sido implementados por varios centros de mediación ecuatorianos.

3.1.3 Ventajas y Desventajas

En cuanto a las ventajas, se puede mencionar que la más importante es la celeridad. Mediante cualquier medio electrónico será más factible concretar reuniones sobre todo para aquellos casos en los que las partes se encuentren geográficamente separadas. En este sentido, el tiempo de disponibilidad de las personas aumentaría, y se ahorrarían costas. “Esto significa que las expectativas de la gente de un servicio instantáneo, rápido y eficaz se cumplen”²¹. Otra de las ventajas que se puede mencionar es el uso de este mecanismo en emergencias sanitarias mundiales que imposibiliten el contacto con las personas, el ejemplo más claro es la actual propagación del virus COVID-19. Otra ventaja relacionada es el uso de estos medios para aquellas personas con enfermedades catastróficas, terminales, discapacitadas y de la tercera edad que no pueden movilizarse con facilidad o simplemente se les hace imposible.

Doctrinarios han manifestado que la ventaja más grande es su conveniencia ya que los involucrados no tendrían que “vestir adecuadamente, tomar tiempo libre del trabajo, trasladarse-en ocasiones grandes distancias- hasta el lugar de la reunión y dedicar horas a la discusión de los problemas que generan los conflictos”²². Muchos consideran que el coste de la convocatoria sería menor o incluso desaparecería. El coste no solo involucra dinero; sino también, tiempo y energía invertidos por las partes y muchas veces este coste

²⁰ Oscar Daniel Franco Conforti. “Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2015), 1-27.

²¹ Ramón Alzate. “Mediación en línea”. *Revista de mediación*, 1, (2018), 3.

²² *Id.*, 14.

es más grande que su deseo por resolver el conflicto, lo que provoca que no se concreten posibles mediaciones.

En cuanto a las desventajas o problemas que pueden acaecer, se puede mencionar varios escenarios. En primera instancia, se ha dicho que se perdería las prerrogativas de la comunicación corporal. Alzate citando a Eisen manifiesta que “la gran paradoja de la mediación en línea es que impone una distancia electrónica entre las partes, mientras que la mediación es, por lo general, una forma oral de resolución de disputas diseñada para involucrar a los participantes en un contacto directo interpersonal”²³. En consecuencia, se considera que la aplicación de la mediación electrónica generaría barreras de diálogo, ya que no se podría visibilizar las emociones de las partes y gestos; toda información oral y gesticular se perdería.

Uno de los potenciales problemas es la imposibilidad de acceder a una buena conexión de red/internet durante el tiempo en el que se está realizando las audiencias (videoconferencias) en línea lo que generaría una pérdida de tiempo para las partes y una imposibilidad de seguir con el proceso de mediación. Otro posible problema relacionado, es la poca o nula familiarización que varias personas tienen con el manejo de tecnología, lo que provocaría la pérdida de inmediatez o rapidez que se busca a través de estos medios digitales.

Una posible dificultad es al momento de plasmar las firmas en actas con acuerdo total o parcial, constancias de imposibilidad o actas de imposibilidad de mediación. La primera solución sería enviar el documento a través de servicios de mensajería y recopilar la firma de los involucrados. Sin embargo, se corren riesgos en cuanto a la pérdida o divulgación de documentos confidenciales y el procedimiento de mediación perdería celeridad.

Otra solución es pedir a las partes que se acerquen al centro de mediación de forma física para la firma de documentos. No obstante, esto le quitaría agilidad al proceso, tomando en cuenta que pueden existir casos en los que sea geográficamente lejos e ineficiente para las partes ir al establecimiento tan solo para la firma de un papel. Esto generaría una pérdida de incentivo para las partes en continuar o finalizar la mediación con acuerdos.

Analizando las posibilidades, lo más adecuado en este caso es la implementación de la firma electrónica al momento de suscribir algún documento vinculante para las

²³ *Id.*, 14.

partes o el mediador. Esto permitiría que no se entorpezca la mediación y que el proceso finalice de manera eficiente. La firma deberá seguir los parámetros establecidos en las leyes de cada país.

3.1.4 Protección de datos confidenciales

Un tema muy importante que debe ser tomado en cuenta es la protección de la confidencialidad de los documentos que se intercambian en la mediación electrónica. En este sentido, la mediación tradicional produce menos registros que la mediación electrónica. Esto genera varias cuestiones o problemas a abordarse, por ejemplo: una de las partes puede imprimir y/o distribuir información sin el conocimiento de la otra parte, del mediador o del centro de mediación, puede ocurrir el robo de la información para situaciones malintencionadas o de mala fe, entre otras.

Por esta razón, la mediación electrónica debe ofrecer garantías necesarias de confidencialidad a través de protocolos de seguridad y protección de datos, con el fin de que los involucrados se sientan seguros y confiados de que la información proporcionada está en buenas manos. En los países en los cuales se ha desarrollado la mediación electrónica, este tema ha sido abordado a través de leyes de protección de datos. Al ser un tema bastante amplio, el mismo deberá ser tratado en otro artículo. Sin embargo, se hablará a breves rasgos del manejo de los mismos en la legislación comparada y en el contexto ecuatoriano, en secciones posteriores.

3.2 Legislación comparada

3.2.1 Estados Unidos

En el marco jurídico estadounidense utilizan la terminología de *online dispute resolutions (ODR)* cuando se refieren a mecanismos de resolución de conflictos que utilizan tecnología. El análisis de factibilidad de aplicación de tecnología a los métodos alternativos de conflictos comienza en el año de 1996 en Estados Unidos con el profesor Ethan Katsh fundador del *Centro Nacional de Nuevas Tecnologías Aplicadas a la Resolución de Disputas* en la Universidad de Massachusetts y creador del concepto de *online dispute resolutions u ODR*. De manera que Katsh manifiesta que los ODR surgieron:

no para desplazar o desafiar un régimen legal existente, sino para llenar un vacío donde la autoridad de la ley estaba ausente o era inadecuada. Comenzó, simplemente, como una respuesta al creciente número de disputas que surgen de actividades en línea²⁴.

²⁴ Ethan Katsh. "Dispute Resolution Without Borders: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace", *First Monday*, 11(2006). (traducción no oficial)

Por otro lado, Franco Conforti citando a Eduardo Vásquez de Castro menciona que los ODR son “sistemas que obedecen a un intento de aprovechar la tecnología de la información y la comunicación (TICS) para desarrollar los métodos extrajudiciales o alternativos de solución de conflictos sin el elemento de la presencialidad”²⁵. Dentro de estos sistemas, se encuentra la mediación electrónica.

Ahora bien, doctrinarios han manifestado que no todos los ODR son mecanismos alternativos de solución de controversias. Dentro de los mismos se pueden encontrar mecanismos de resolución de disputas judiciales como los denominados tribunales virtuales, existentes en otros países. En el marco ecuatoriano, pongamos por caso el artículo 167²⁶ del Código Orgánico General de Procesos (COGEP) cuando habla de la prueba en el extranjero y menciona que dicha prueba podrá recibirse a través de medios telemáticos. Para ilustrar mejor, el capítulo X del COGEP en los artículos 113 al 119²⁷ señala la utilización de la tecnología con el fin de asistir al proceso judicial.

Conforti, citando a Katsh ha dicho lo siguiente:

La frase resolución de disputas en línea (ODR) es un paraguas para muchos enfoques diferentes para resolver disputas. Todos los procesos de ODR comparten algunos objetivos comunes en que los sistemas de comunicaciones empleados deben ser confiables y accesibles. Todos los sistemas ODR también comparten algunos desafíos, como cuándo deben hacerse elecciones entre formas de comunicación síncronas y asíncronas. Sin embargo, también hay diferencias en que hay leyes que se aplican a formas particulares de resolución de disputas y no a otras formas²⁸.

Conviene señalar que, para la doctrina americana los *alternative dispute resolutions* (ADR) podrían convertirse en *online dispute resolutions* o inclusive podrían crearse mixturas entre los elementos: físico/presencial y electrónico. Además, la doctrina ha manifestado que, no todos los *online dispute resolutions* van a ser parte de los ADR. Consideran que ODR es un paraguas más extenso que abarca tanto, mecanismos judiciales como extrajudiciales. Por lo mismo, la mediación electrónica sería vista como la especie dentro del género de los ODR. Al haberse creado la terminología en este país, varios doctrinarios han acoplado el término ODR exclusivamente para los métodos alternativos de resolución de disputas electrónicos. Tal ha sido la aceptación de dicha terminología, que desde el año 2000 hasta el año 2018 se han realizado foros mundiales

²⁵ Oscar Daniel Franco Conforti. “Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2015), 1-27. (traducción no oficial)

²⁶ Artículo 167, Código Orgánico General de Procesos [COGEP], Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.

²⁷ Artículo 113 a 119, COGEP.

²⁸ Electronic Mediation Handbook. Franco Conforti. Acceso: 03-03-2020. (traducción no oficial)

sobre resolución de disputas en línea (ODR), el último de ellos, (foro No.18) fue realizado en Nueva Zelanda²⁹.

Por otro lado, Katsh expresa que incluso existen softwares especializados que son utilizados para la resolución de disputas relativamente simples que ocurren en plataformas en línea como Amazon, Uber, eBay, entre otras. Nos da como ejemplo el software desarrollado por *SquareTrade*, un sitio web de resolución de disputas, e indica:

El software, no un tercero humano, guió la forma en que las partes expresaron su posición, recordó a las partes que respondieran en un marco de tiempo adecuado e incluso moldeó el tono de los intercambios. Las negociaciones entre compradores y vendedores comenzaron a diferir de las negociaciones clásicas debido a la presencia de una "cuarta parte" tecnológica que mediaba los intercambios. Cuando dicho proceso no tiene éxito, se puede solicitar un mediador humano³⁰.

Doctrinarios han llamado a este tipo de software como *cybersettle o cybersolve* ya que la parte inicia el proceso a través del contacto con estas plataformas. Las cuales, a su vez, se ponen en contacto con la otra parte. Posteriormente,

[e]l servicio luego comienza a recolectar ofertas ciegas de ambos lados en su sitio protegido con contraseña. El software protege la oferta de cada lado de la divulgación al otro lado. Algunos sitios permiten solo tres rondas de licitación. Algunos sitios ofrecen rondas ilimitadas de ofertas³¹.

En definitiva, se considera que los problemas generados en el ciberespacio deben resolverse allí, explotando las capacidades disponibles³². Ahora bien, la mediación electrónica no es usada solamente para conflictos surgidos en el ciberespacio, ha sido expandida incluso para conflictos familiares que involucran a personas que viven en la misma área o ciudad.

El proceso para el desarrollo de la mediación electrónica que ha sido utilizado en el marco americano es generalmente conducido vía correo electrónico y teléfono, las videoconferencias son utilizadas con menos frecuencia. Pero de acuerdo a una entrevista realizada por el profesor Stephen Goldberg de la Universidad de Northwestern los mediadores veteranos consideran que establecer una buena relación es más importante que una mediación en línea. Consideran que para ganar la confianza de las partes, la

²⁹ ODR. Latinoamérica. Invitación a Alberto Elisavetsky para disertar en el 18° Foro Mundial sobre Resolución de Disputas en Línea, mayo, 2018.

³⁰ Ethan Katsh. "Dispute Resolution Without Borders: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace", *First Monday*, 11(2006). (traducción no oficial)

³¹ Online Mediation: Its Uses And Limitations. Paula Young. Noviembre de 2000. (traducción no oficial)

³² Ver, Ethan Katsh. "Dispute Resolution Without Borders: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace", *First Monday*, 11(2006). (traducción no oficial)

relación debe ser auténtica, las partes deben sentir que sus intereses son realmente entendidos ya que solo así un mediador podrá plantear soluciones creativas³³.

Por otro lado, la organización JAMS (Judicial Arbitration and Mediation Services, Inc.) ha sido pionera en cuanto a la utilización de mecanismos tecnológicos en ADR, y la ha potenciado más aún en estos momentos. Así, JAMS menciona que las videoconferencias han sido grandes aliadas para la organización para resolver un sinnúmero de disputas en todas las áreas. JAMS indica la existencia de una serie de opciones para realizar mediaciones electrónicas, dependiendo de su complejidad, tamaño, el nivel de comodidad del cliente y costo³⁴. La plataforma por la cual realizan las reuniones de mediación es *Zoom*, mencionan que la misma es de fácil acceso y uso; y puede ser utilizada para mediaciones de cualquier tamaño, en tiempo y personas. Por otro lado, cuentan con otra plataforma propia llamada *Endispute*TM, ideal para resolver mediaciones más pequeños y con una duración menor.

Se debe agregar que, la plataforma de JAMS indica parámetros para la realización de las mediaciones electrónicas. En primer término, un administrador de la organización asistirá a los usuarios con la documentación informativa adecuada antes de la sesión. Así mismo, se menciona que las partes deberán acordar previamente si las sesiones pueden ser grabadas, y si todos los participantes deberán utilizar la cámara, esto con el fin de preservar la confidencialidad del proceso. Así mismo, en las audiencias, se verificará que todas las partes se encuentren presentes y preparadas para la realización de la videoconferencia, y se determinará que documentos pueden ser compartidos. En ese sentido, JAMS indica que para las reuniones se deben tener todos los elementos necesarios y realizar pruebas previas de funcionamiento de las plataformas³⁵.

3.2.2 España

Se tomó como referencia España ya que además de poseer leyes y directivas que regulan el tema, también ha sido un país pionero al momento de instaurar doctrina acerca de la aplicabilidad de la mediación electrónica. Así, la directiva 2008/52/CE del 21 de mayo de 2008 del Parlamento Europeo y del Consejo en mediaciones civiles y

³³ Pon Staff. Using E-Mediation and Online Mediation Techniques for Conflict Resolution. Technology makes online mediation and professional dispute resolution more accessible. *Program on Negotiation. Harvard Law School*. 27 de febrero de 2020. (traducción no oficial)

³⁴ Ver, JAMS. Resolve Your Dispute Using JAMS via Video, Web or Audio Conference. *JAMS Virtual Mediation & Arbitration*. 2020.

³⁵ Ver, JAMS. Resolve Your Dispute Using JAMS via Video, Web or Audio Conference. *JAMS Virtual Mediation & Arbitration*. 2020.

mercantiles ha manifestado lo siguiente: “no debe impedir en modo alguno la utilización de nuevas tecnologías de comunicaciones en los procesos de mediación”³⁶. Por consiguiente, claramente estaría permitiendo la posibilidad de establecer mediaciones utilizando nuevas tecnologías.

Se debe agregar que el artículo 24 de la Ley 5/2012 de mediación española en su apartado primero establece la posibilidad de realizar la mediación por cualquier medio de transmisión de la voz o la imagen, siempre y cuando se garantice la identidad de las partes y se respete los principios rectores de la mediación. Incluso el inciso segundo manifiesta que una mediación que no exceda los 600 euros se desarrollará preferentemente por la vía de mediación electrónica³⁷. Se podría inferir que ha sido voluntad del legislador que, en estos casos, la mediación se haga por medios tecnológicos con el fin de ganar tiempo y dinero para las partes.

Más aún, la directiva 2013/11/UE de la Unión Europea en cuanto al acceso a entidades y procedimientos de resolución de controversias en el ámbito de derecho del consumidor manifiesta que el Estado debe garantizar el acceso

a la información correspondiente y que permita a los consumidores presentar en línea una reclamación junto con los documentos justificativos necesarios; que, [...] hagan posible el intercambio de información entre las partes por vía electrónica, o si procede, por correo³⁸.

Esta directiva propone que en los casos en los cuales existen controversias a causa de relaciones contractuales generadas en línea, todo el proceso de resolución podrá realizarse de la misma forma. De igual modo, el reglamento de esta directiva propone la implementación de “una plataforma de resolución de litigios en línea de cuyo funcionamiento sería responsable la Comisión Europea, incluidas las funciones de traducción necesarias, el mantenimiento, la financiación y la seguridad de los datos”³⁹.

De ahí que, en la legislación española es completamente válido la ejecución de la mediación electrónica. Sin embargo, no se especifica un proceso de desarrollo de la misma. García del Poyo manifiesta que:

la principal dificultad estriba, [...], en delimitar dos aspectos capitales, como son los medios que pueden ser utilizados más allá de la videoconferencia y el modo en el cual se puede garantizar la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de mediación”⁴⁰.

³⁶ Considerando noveno. Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. (Aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles). R.O. No. 136 del 21 de mayo de 2008.

³⁷ Artículo 24. Ley 5/2012 [mediación en asuntos civiles y mercantiles], R.O No. 162 del 7 de julio de 2012.

³⁸ Lorenzo Bujosa & Diego Palomo. “Mediación electrónica: perspectiva europea”. *Revista Ius et Praxis*, 23(2017), 51-28.

³⁹ *Id.*, 65.

⁴⁰ Rafael García del Poyo. “La mediación electrónica”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29 (2013), 1-19.

Por lo que, Franco Conforti infiere que el procedimiento se regularía a través de los principios básicos de la mediación en general y sus normas conexas⁴¹. Esto tiene sentido ya que “los procedimientos de mediación electrónica se sirven de tecnologías que ya existía con anterioridad, es decir, que no han sido creados específicamente para la mediación”⁴². En definitiva, son varios los canales por los cuales se puede servir la mediación electrónica para poder llevarse a cabo. Medios sincrónicos y asincrónicos “existentes en el mercado que pueden ser utilizados en los procedimientos de mediación [que den] garantía de la identidad de los intervinientes”⁴³.

En cuanto a la acreditación de la identidad de las partes, la misma deberá realizarse al momento de la presentación de la solicitud o convenio de mediación, en la contestación, aportación de documentos, audiencias y acuerdos de mediación. Esto se daría a través de la firma electrónica. Así, La Ley 59/2003 de 19 de diciembre, menciona que “un certificado electrónico constituye un documento firmado electrónicamente [...] que vincula unos datos de verificación de firma a un firmante y confirma su identidad”⁴⁴.

De manera semejante, el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica española menciona que la misma debe identificar al firmante, detectar cualquier cambio ulterior de datos, además, el firmante debe mantener bajo su control dicha firma⁴⁵. Inclusive la validez de la firma electrónica empleada en algún documento electrónico podría ser impugnada. Se debe agregar que, al momento de validar los acuerdos de mediación, también se utilizaría la firma electrónica “que garantice la autenticidad e integridad del contenido, así como la identificación de los firmantes”⁴⁶.

Por otra parte, un tema que ha preocupado a doctrinarios españoles tiene que ver con la protección de los datos generados en la mediación electrónica. Se ha manifestado que toda la documentación generada a través de medios electrónicos debe seguir los

41 Oscar Daniel Franco Conforti. “Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2015), 1-27.

42 Rossana Pérez Guerra. “Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica”. *Revista digital Facultad de Derecho*, 6 (2013), 1-29.

43 Rafael García del Poyo. “La mediación electrónica”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, 29 (2013), 1-19.

44 Francisa Ramón Fernández. “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal” *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 3 (2014), 1-28.

45 Ver, Francisa Ramón Fernández. “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal” *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 3 (2014), 1-28.

46 Francisa Ramón Fernández. “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal” *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 3 (2014), 1-28.

parámetros de las leyes de protección de la imagen y la intimidad personal y familiar. Esto se encuentra regulado en varias leyes españolas de protección de datos. Las mismas hablan de requisitos que garantizan el tratamiento adecuado de los usuarios. Dichas normas pueden ser aplicadas a la mediación electrónica. Para ilustrar mejor, las leyes que hablan respecto al tema son: Ley 9/2014, de 9 de mayo, de Telecomunicaciones; Real Decreto Ley 13/2012, de 30 de marzo; Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal; entre otras. En este sentido, el artículo 41 de la Ley de Telecomunicaciones prescribe lo siguiente:

Los operadores que exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas o que presten servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, incluidas las redes públicas de comunicaciones que den soporte a dispositivos de identificación y recopilación de datos, deberán adoptar las medidas técnicas y de gestión adecuadas para preservar la seguridad en la explotación de su red o en la prestación de sus servicios, con el fin de garantizar la protección de los datos de carácter personal. Dichas medidas incluirán, como mínimo: a) La garantía de que sólo el personal autorizado tenga acceso a los datos personales para fines autorizados por la Ley. b) La protección de los datos personales almacenados o transmitidos de la destrucción accidental o ilícita, la pérdida o alteración accidentales o el almacenamiento, tratamiento, acceso o relevación no autorizados o ilícitos. c) La garantía de la aplicación efectiva de una política de seguridad con respecto al tratamiento de datos personales⁴⁷.

Al igual que este, existen varios artículos que hacen referencia a la importancia de la protección de datos, confidencialidad y confianza. La doctrina ha manifiestado que la protección de datos y la confidencialidad en el ámbito de la mediación electrónica puede ser vista desde dos perspectivas. La primera tiene que ver con que el mediador y el centro de mediación garanticen la protección de la información y los datos recogidos durante el proceso. Así, el artículo 21 de la Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles prescribe que el mediador “no podrá ni comunicar ni distribuir la información o documentación que la parte le hubiera aportado”⁴⁸. Es decir, se defiende la confidencialidad. La segunda perspectiva hace referencia al “cifrado de las comunicaciones, para evitar el filtrado de la información, con lo que se plantearía la seguridad de los servidores y los protocolos https”⁴⁹.

3.2.3 Latinoamérica

En el marco latinoamericano hasta antes de la expansión de la pandemia mundial, no se había regulado la aplicabilidad, desarrollo o uso de la mediación electrónica. Los ordenamientos jurídicos no contemplaban disposiciones al respecto. Actualmente, existen

⁴⁷ Francisca Ramón Fernández. “La mediación electrónica, la confidencialidad y la protección de datos de carácter personal” *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 3 (2014), 1-28.

⁴⁸ *Id.*, 18.

⁴⁹ *Id.*, 17.

algunas resoluciones emitidas por los países. Sin embargo, existen algunos artículos académicos que han tratado a breves rasgos sobre la implementación de *ODR* (entre ellos la mediación, electrónica) en ámbitos de protección al consumidor y comercio electrónico. Así mismo, se han realizado varios programas, charlas y conferencias que buscan su aplicabilidad. De hecho, el Décimo Foro Mundial sobre ODR fue realizado en Buenos Aires en el año 2010, “único evento académico mundial sobre esta temática desarrollado hasta el presente en América Latina”⁵⁰.

La implementación de tecnología y los modelos ODR fue iniciado en el 2012, en Argentina, país en el que se firmó un convenio con el precursor de la implementación de estos modelos en Latinoamérica, Alberto Elisavetsky. Se realizaron entrenamientos de manera presencial y virtual a más de 120 mediadores en la provincia de Salta, posteriormente las capacitaciones fueron dictadas en Córdoba y Buenos Aires. Elisavetsky también impartió cursos para mediadores en México sobre todo para casos relacionados con dificultad migratoria. Al momento existe un programa que lleva el gobierno de México junto con sus consulados en los Estados Unidos para atender a ciudadanos mexicanos domiciliados en este país con el fin de resolver conflictos familiares con personas que viven en México. Esto se lo hace con la ayuda de *cybermediadores*, desarrollando mediaciones con ayuda de la tecnología de uno y otro lado de la frontera⁵¹.

Así mismo, en Argentina desde agosto de 2019 se ha puesto en marcha la implementación de un sistema de mediación comunitaria online, en la que han participado organismos de la Red Federal de Centro de Mediación Comunitaria, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Dicho sistema consiste en la implementación de una plataforma para resolver conflictos en línea, esto lo han hecho con el fin de mejorar el acceso a la justicia de la población⁵². Por otro lado, en Colombia se ha mencionado que esta alternativa sería de gran utilidad en escenarios de crisis. Así, por ejemplo, sirve para aquellas personas que han tenido que movilizarse forzosamente por temas relacionados a conflictos armados con el fin de resguardar su integridad física y emocional.

Como se mencionó con anterioridad, a causa de la crisis sanitaria mundial que vivimos hoy en día, los centros de mediación se han visto en la necesidad de implementar

⁵⁰ Alberto Elisavetsky. La mediación a distancia como puente de inclusión social. *OnlineDisputeResolucion.com The World's ODR Thecnology & Information Center*.

⁵¹ Ver, Andrés Vásquez. Las Tic y la mediación en escenarios de crisis. 21 de noviembre de 2015.

⁵² Ver, Mediación Comunitaria online: comenzó la prueba piloto. *Argentina.gob.ar*. 27 de agosto de 2019.

y utilizar medios tecnológicos con el fin de seguir operando. Así, el Decreto Legislativo No. 491 de 28 de marzo de 2020 colombiano en su artículo 10 manifiesta que “a fin de mantener la continuidad en la prestación de servicios de justicia alternativa, [...] se adelantarán mediante el uso de tecnologías de la comunicación y la información”⁵³.

Todo esto en consonancia con los reglamentos e instructivos de los centros de arbitraje y conciliación de entidades públicas y privadas. Mencionan que las instituciones deben poner a disposición de los usuarios “los medios electrónicos y virtuales necesarios para el recibo de documentos y realización de reuniones y audiencias”⁵⁴. Así mismo, podría enviar comunicaciones y notificaciones por vía electrónica. Además, en caso de no contar con los mecanismos tecnológicos suficientes los centros podrán celebrar con otros, convenios con el fin de impulsar las actuaciones procesales y trámites. También, se manifiesta que la voluntad de las partes podrá ser expresada por cualquier mensaje de datos u otro medio idóneo.

Por otro lado, y en cuanto a los acontecimientos actuales a causa de la emergencia sanitaria global, la firma jurídica peruana Bullard Falla Ezcurra, manifiesta que las instituciones de arbitraje y mediación en Latinoamérica han implementado distintas medidas frente a esta situación, por iniciativa propia o por recomendaciones gubernamentales. Así, tenemos que el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas e Inversiones (CIADI), el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago) y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (CCB) se encuentran prestando sus servicios de manera virtual⁵⁵.

3.3 Aplicación de mediación online en Ecuador. Análisis en centros de mediación.

En este acápite se mostrarán los resultados recopilados de los distintos centros de mediación. El objetivo principal de esto es mostrar la realidad actual de la aplicación de la mediación electrónica en el país. Los centros de mediación que se utilizaron para este

⁵³ Decreto Legislativo 491 de 2020, Ministerio de Justicia y del Derecho [Por el cual se adoptan medidas de urgencia para garantizar la atención y presentación de los servicios por parte de las autoridades públicas y los particulares que cumplen las funciones públicas y se toman medidas para la protección laboral y de los contratistas de prestación de servicios de las entidades públicas, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica] 28 de marzo de 2020.

⁵⁴ Artículo 10, Decreto Legislativo 491 de 2020.

⁵⁵ Bullard Farra Ezcurra. Boletín Especial, “Impacto del COVID-19 en el procedimiento arbitral”, 25 de marzo de 2020.

análisis fueron: Centro de Arbitraje y Mediación de la Universidad San Francisco de Quito, Centro de Mediación de Conflictos de la Fundación Fabián Ponce Ordoñez, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana, Centro de Mediación del Centro sobre Derecho y Sociedad, Centro de Mediación de la Fundación Pro Justicia y Paz, Centro para la Mediación Empresarial, Centro de Mediación y Arbitraje en Solución de Conflictos "Armonía". Los documentos originales y la recopilación de las entrevistas se encuentran archivados con el autor.

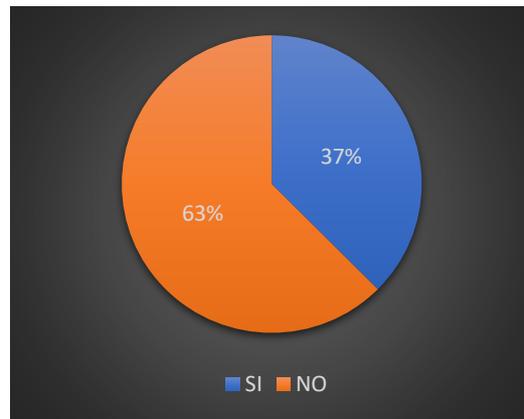


Figura 1: Reforma a la LAM

Descripción: Se evidencia que más de la mitad de los centros de mediación no consideran pertinente una reforma a la LAM en la que se añada un artículo con la posibilidad de la realización de mediaciones electrónicas. Sin embargo, consideran que no estaría demás agregar esta posibilidad en una ley especializada.



Figura 2: Realización de mediación electrónica

Descripción: El 62% de los centros de mediación encuestados ha realizado mediaciones electrónicas.



Figura 3: Realización de mediaciones electrónicas mensuales

Descripción: Un 56% de los centros entrevistados realizan mensualmente cero o máxima una mediación por mes. El 44% realiza una mediación o más de manera mensual.



Figura 4: Ámbito de aplicación de Mediación electrónica

Descripción: Un 37% de los centros consideran que debería utilizarse este mecanismo de manera excepcional. El 63% considera que pueden utilizarse para cualquier caso.



Figura 5: Reglamento regula la utilización de medios electrónicos

Descripción: La mayoría de los centros regulan en su reglamento la utilización de medios electrónicos en sus procesos de mediación. El 38% no tiene artículos en los que permiten la utilización.

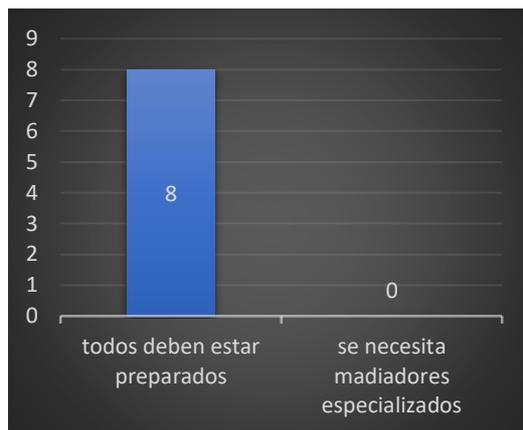


Figura 6: Especialización de mediadores en mediaciones electrónicas

Descripción: Todos los centros de mediación consideran que para la realización de mediaciones electrónicas todos los mediadores deben especializarse. Pero creen pertinente que existan algunos más especializados en el tema.

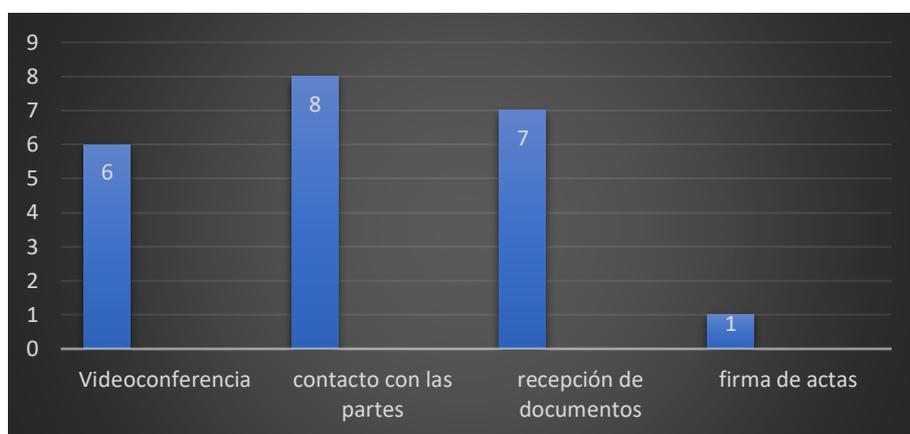


Figura 7: Etapas en las que utiliza medios electrónicos

Descripción: En las etapas en las que se utiliza los medios electrónicos mayormente son al contactar a las partes ya que utilizan medios sincrónicos y asincrónicos. Mientras que la recepción de documentos y videoconferencias se encuentra en segundo lugar ya que no todos los centros lo hacen. En cuanto a la firma de actas a través de medios electrónicos solamente un centro lo ha implementado.

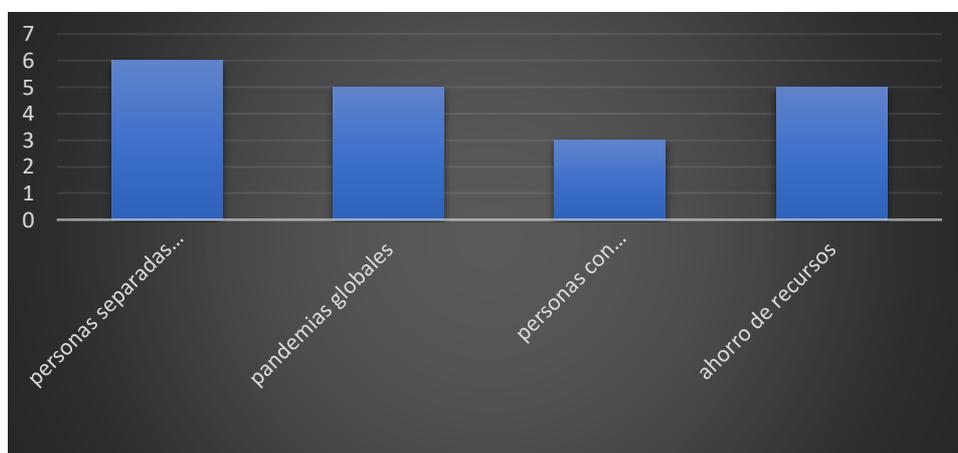


Figura 8: Ventajas de la mediación electrónica

Descripción: Todos los centros consideran que ayudaría para aquellas personas separadas geográficamente y para ahorro de recursos. Consideran que también es útil para personas con enfermedades graves, catastróficas o discapacidad o para pandemias globales.

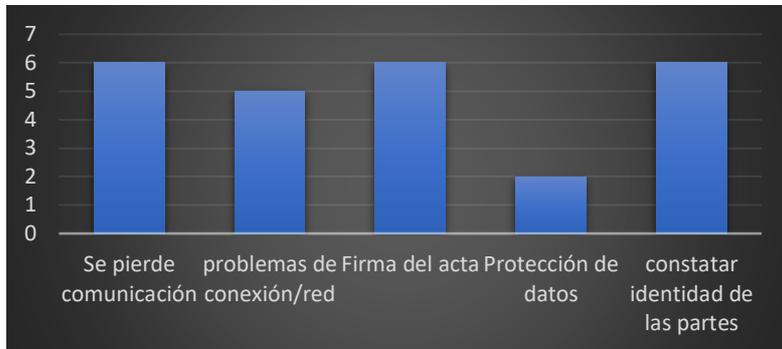


Figura 9: Problemas de la mediación electrónica

Descripción: Todos los centros consideran que se perdería la comunicación con las partes y que podría ser difícil constatar la identidad de las partes. Así mismo creen que se podría tener problemas con la conexión y la firma del acta o incluso con la protección de datos.

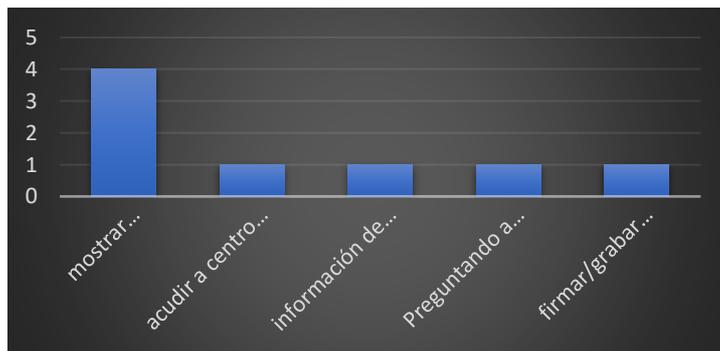


Figura 10: Verificación de identidad de las partes

Descripción: El tratamiento de este ámbito ha sido variopinto y con respuestas variadas dependiendo del centro entrevistado.

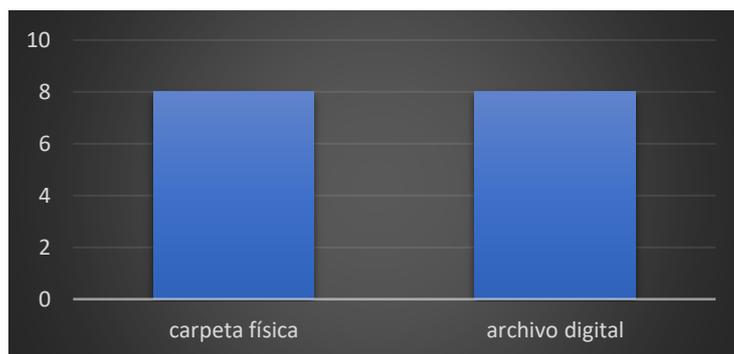


Figura 11: Tratamiento de datos personales

Descripción: El tratamiento de este ámbito ha sido igual en todos los centros. A través de archivos en carpetas físicas y en formato digital.

4 Marco Normativo Ecuatoriano

En la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos, específicamente en el segundo inciso de la disposición transitoria segunda se vislumbra la posibilidad de realización de mediación electrónica cuando menciona “*Para los casos sometidos a Mediación o Arbitraje por medios electrónicos*, las notificaciones se efectuarán obligatoriamente en el domicilio judicial electrónico en un correo electrónico señalado por las partes”⁵⁶. Por otro lado, el artículo 4 del COGEP señala que “las audiencias podrán realizarse por videoconferencias u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible”⁵⁷.

Así mismo, el artículo 116 menciona que las actuaciones procesales “podrán realizarse a través de medios electrónicos, informáticos, magnéticos, telemáticos u otros producidos por la tecnología”⁵⁸ y el artículo 174 del COGEP posibilita la recepción de declaraciones testimoniales por videoconferencias u otro medio tecnológico similar. Siendo este código norma supletoria de la LAM que regula aspectos que dicha ley no lo hace estos artículos podrían ser utilizados para el desarrollo y utilización de la mediación electrónica.

Sin embargo, y entendiendo que la LAM regula de manera especializada a la mediación, no estaría demás la inclusión de un artículo que de manera expresa reconozca a la mediación electrónica como otra alternativa de resolución de controversias. Como se evidenció en el capítulo anterior, para varios centros de mediación la implementación de artículos que avalen la posibilidad de aplicación de mediación electrónica permitiría el desarrollo de la misma. La voluntariedad de las partes juega un rol bastante importante. Dado que, la mediación electrónica podría llevarse a cabo solamente cuando las partes así lo consientan y convengan. Esto debería estar expresado en caso de plasmar el artículo en la legislación ecuatoriana.

Considero que uno de los aspectos que debe implementarse o interpretarse en la LAM es la aplicabilidad y regulación de la mediación electrónica. Esto con el fin de que los conflictos llevados a mediación se solucionen de una manera eficaz y eficiente, respondiendo a las necesidades de los individuos. Dado que, en la realidad actual, “se

⁵⁶ Disposición transitoria segunda. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. (el énfasis me pertenece)

⁵⁷ Artículo 4, COGEP.

⁵⁸ Artículo 116, COGEP.

hace necesario lograr sistemas electrónicos fiables, compatibles con la cultura tecnológica de los ciudadanos y que generen confianza, promoviendo su utilización”⁵⁹.

En esta línea, el artículo 53 de la LAM prescribe que “los centros de mediación [...] deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias”⁶⁰. Correspondería interpretarse que dentro de los elementos necesarios para servir de apoyo se encuentra la implementación de conexiones de red/internet de alta calidad. Sobre todo, para el momento de realizar las audiencias o reuniones a través de videoconferencias. Esto con el fin de prevenir cualquier inconveniente de intermitencia o caída de red y la prestación de un servicio de calidad a los usuarios. Del mismo modo, se debe sugerir a las partes la utilización de una conexión de red estable.

Se considera así, puesto que en la sección anterior se evidenció los inconvenientes y problemas que han experimentado los centros de mediación por la conexión de internet. Lo que ha provocado momentos incómodos para los involucrados, de estrés o incluso dudas y quejas por parte de los usuarios con el servicio que ofrecen los centros de mediación. En definitiva, deben existir previamente las condiciones necesarias para que la mediación pueda desarrollarse sin que ocasione molestias a los involucrados, con el fin de conseguir la celeridad que se busca en este procedimiento. En palabras de Conforti estas condiciones son las siguientes:

- a) todos los involucrados han de tener acceso a Internet, b) ordenadores adaptados a los requerimientos técnicos de la plataforma para mediar on-line -Webcam, altavoz y micrófono-, c) las partes deben sentirse cómodas utilizando la plataforma para mediar on-line-neutralidad tecnológica-, d) disponibilidad para acordar fechas, horarios, idioma, etc., e) privacidad y confidencialidad⁶¹.

Ahora bien, en cuanto al ámbito de aplicación. Se puede comprobar en el acápite anterior que varios centros de mediación manifestaron su deseo por utilizar la mediación electrónica solamente para casos excepcionales. Cuando por ejemplo los usuarios se encuentren geográficamente separados, con enfermedades graves o catastróficas, por eventos fortuitos o de fuerza mayor que les imposibilite asistir a la reunión, pandemias globales como la actual, entre otros. Lo plantearon así, puesto que consideran que la

⁵⁹ Rossana Pérez Guerra. “Estudio sistemático, normativo y doctrinal de la mediación en asuntos civiles y mercantiles: una especial referencia a la mediación electrónica”. *Revista digital Facultad de Derecho*, 6 (2013), 1-29.

⁶⁰ Artículo 53. Ley de Arbitraje y Mediación [LAM]. Registro Oficial, No. 417 del 14 de diciembre de 2006.

⁶¹ Oscar Daniel Franco Conforti. “Mediación on-line: de dónde venimos, dónde estamos y a dónde vamos”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 4 (2015), 1-27.

esencia de la mediación se da en base al contacto o encuentro entre las partes y gracias a este encuentro el mediador puede realizar una escucha activa y eficaz, puede interpretar los gestos y expresiones de las partes, y puede guiar y encontrar la solución a su problema. Considerando las palabras de Alzate citando a Eisen la mediación *cara a cara* permite:

Ayudar a las partes a escuchar y entender las inquietudes, a empatizar con el otro, ventilar emociones y reconocer los sentimientos [...]. Para muchos participantes, la mediación es “ventilar” emociones y sentimientos que sería imposible expresar en entornos más formales, tales como los tribunales. La oportunidad de expresar la propia versión del caso, directamente a la parte opuesta, y expresar las emociones acompañantes, puede ser catártico para los participantes en la mediación⁶².

Sin embargo y desde mi perspectiva, el uso de la mediación electrónica como mecanismo excepcional o como regla general debería ser tratado en el reglamento de cada centro de mediación de acuerdo con sus propias políticas y filosofía. Mientras que, en la ley, correspondería la redacción del artículo de una manera más general que permita la posibilidad de adecuarla a estas dos realidades. Esto con el fin de que la mediación electrónica pueda desarrollarse y crecer en el Ecuador como lo ha estado haciendo en otras partes del mundo. Se puede evidenciar en los datos estadísticos que en el Ecuador la realización de la mediación electrónica tiene un rango de uso bastante bajo, del 0 al 1% de casos al mes.

Por otro lado, el artículo 45 de la Ley de Arbitraje y Mediación menciona los requisitos que debe contener la solicitud de mediación y señala que la misma deberá ser entregada por escrito. Sería importante interpretar este artículo en el sentido de que se permita la presentación de la solicitud por medios electrónicos oficiales de los centros de mediación, a través de firma electrónica válidamente aceptada en la legislación ecuatoriana, específicamente en el artículo 13 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensaje de Datos⁶³.

Dicho artículo prescribe que con la firma electrónica se entiende que el titular de la firma, prueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos. Así mismo, el artículo 14 de aquella ley, señala que la firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos que a una firma manuscrita, pudiendo ser admitida como prueba en juicio⁶⁴. Esto de conformidad con el principio de equivalencia funcional el cual consiste en “atribuirle la eficacia probatoria o mismo valor probatorio, a los mensajes

⁶² Ramón Alzate. “Mediación en línea”. *Revista de mediación*, 1, (2018), 14.

⁶³ Artículo 13. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial Suplemento 557 del 17 de abril de 2002.

⁶⁴ Artículo 14. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos.

y firmas electrónicas, que los que la ley consagra para los instrumentos escritos”⁶⁵. Así mismo, el artículo 202 del COGEP, menciona que “los documentos producidos electrónicamente con sus respectivos anexos, serán considerados originales para todos los efectos legales”⁶⁶. Incluso se podrían usar de manera análoga las mismas reglas prescritas en el artículo 6 de la LAM cuando menciona otras formas de someterse a arbitraje y prescribe que podría darse “cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”⁶⁷.

Considero que dichas leyes serían suficientes para que se acepte como válida la utilización de firma electrónica en los procedimientos de mediación. Incluso en uno de los centros de mediación entrevistados se recepta solicitudes o documentos bajo esta modalidad. Sin embargo, otros centros de mediación consideran que solamente es válida la recepción de los documentos y solicitudes en formato físico con la firma manuscrita.

Algo semejante ocurre con los documentos generados en el proceso de mediación, como actas de imposibilidad de acuerdo, constancia de imposibilidad de mediación y actas con acuerdos totales o parciales. La LAM ha manifestado en su artículo 47 que el procedimiento concluye con la firma del acta. Menciona que, en el caso de llegarse a un acuerdo, el acta contendrá por lo menos “una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y *contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador*”⁶⁸. En este sentido, se podría interpretar la palabra *firmas* como la posibilidad de suscribir el acuerdo con la firma manuscrita o electrónica, dependiendo de la elección de los participantes.

En cuanto al contacto con las partes por parte del centro de mediación para invitarlas a la mediación y a las reuniones en caso de aceptar. Considero que no sería necesario añadir un artículo que manifieste la forma en la que debería darse. Esto debería ser regulado y desarrollado a través de los reglamentos de cada centro de mediación como pasa en la actualidad. Esto es, por medio de aplicaciones y softwares que permitan la comunicación e identificación de las partes y el mediador. Sirva de ejemplo ,la utilización de skype, zoom u otras plataformas diseñadas para la realización de las audiencias o

⁶⁵ Leoncio Landáez & Nelly Landáez. “La equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica y la libertad informática”, *Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. 3 (2007), 15.

⁶⁶ Artículo 202, COGEP.

⁶⁷ Artículo 6, LAM.

⁶⁸ Artículo 47, LAM. (las cursivas me pertenecen).

reuniones; y de llamadas telefónicas, utilización de redes sociales, como Whatsapp, Messenger o correos electrónicos para el contacto con las partes.

Todavía queda señalar dos temas importantes que deben ser tratados. Estos tienen que ver con la manera de identificación de las partes y la protección de los datos que se generen en la mediación. En cuanto a la primera cuestión, se puede mencionar que esto se supliría con la firma electrónica, plasmada en solicitudes, información enviada al mediador o al centro de mediación, y actas de acuerdo o de imposibilidad. Los artículos 13, 14 y 15 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de datos han mencionado que dicha firma tiene los efectos de una firma manuscrita e identifica al titular de la misma. El artículo 15 en el literal b menciona que uno de los requisitos de validez de la firma electrónica es que permita verificar inequívocamente la autoría e identidad del signatario mediante dispositivos técnicos de comprobación. En este sentido, también se vería plasmado el principio de equivalencia funcional, ya que el mismo “constituye la base fundamental para evitar la discriminación de los mensajes de datos electrónicos con respecto de las declaraciones de voluntad expresas de manera escrita o tradicional”⁶⁹.

Por otro lado, para las audiencias o reuniones individuales con el mediador, la identificación de las partes, se daría de manera diferente y podrían existir dos modalidades para hacerlo. La primera, a través de la exhibición de un documento de identidad como cédula, carnet, pasaporte o licencia de conducir, al momento de empezar las reuniones o videoconferencias. La segunda, gracias a la cooperación de los centros de mediación del lugar de residencia más cercano de las partes. Los centros recibirían a las partes que tengan reuniones programadas por medios telemáticos y se encargarían de verificar la identidad de las partes pidiéndoles un documento de identificación que acredite su identidad. Posteriormente informarían al otro centro o mediador la identidad personal con el fin de que se pueda iniciar la mediación. Estas posibilidades están siendo utilizadas por los centros de mediación. Por lo que las opciones deberían ser escogidas conforme mejor le convenga al centro de mediación, a las partes o al mediador.

Por otro lado, en cuanto a los datos y documentos generados por las partes y el mediador. Es necesario recalcar que hasta la fecha el país no cuenta con una ley especializada que regule los temas referentes a la protección de datos personales. En la actualidad, las leyes de protección de datos se encuentran dispersas en todo el

⁶⁹ Leoncio Landáez & Nelly Landáez. “La equivalencia funcional, la neutralidad tecnológica y la libertad informática”, *Revista de la facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*. 3 (2007), 17.

ordenamiento. Baste como muestra, el artículo 66 numeral 19 de la Constitución el cual reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal, el cual incluye:

el acceso y la decisión sobre información y datos de este carácter, así como su correspondiente protección. La recolección, archivo, procesamiento, distribución o difusión de estos datos o información requerirán la autorización del titular o el mandato de la ley⁷⁰.

Así, la disposición final novena de la LCE define a los datos personales como “aquellos datos o información de carácter personal o íntimo, que son materia de protección [...]”⁷¹. Mientras que los datos personales autorizados los define como:

aquellos datos personales que el titular ha accedido a entregar o proporcionar de forma voluntaria, para ser usados por la persona, organismo o entidad de registro que los solicita, solamente para el fin para el cual fueron recolectados, el mismo que debe constar expresamente señalado y ser aceptado por dicho titular⁷².

De igual modo, el artículo 9 de la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos prescribe que para cualquier uso que se le den a los datos personales se requerirá el consentimiento expreso del titular de la información el mismo que decidirá si comparte la información con terceros o no. En cuanto a las fuentes e información que se encuentre accesible al público, no será preciso el consentimiento o aprobación del titular. Por otro lado, el artículo 178 del Código Orgánico Integral Penal (COIP) prescribe que la persona que divulga sin consentimiento o autorización legal datos personales de otra persona por cualquier medio, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años⁷³.

Considero que los artículos anteriormente citados podrían ser aplicados para el tratamiento de la información generada durante la mediación. Los entes que se encargarán de verificar que esto se cumpla, serían los centros de mediación a través de su director, coordinadores y mediadores encargados. Todo esto, iría en consonancia con el principio de confidencialidad que caracteriza a la mediación. En efecto, la confidencialidad debe perdurar en todo el proceso de mediación. Y por ello, esto debe ser cuidado por todos aquellos que participan en el proceso de mediación. Ya que “[l]a información que se dé durante el proceso ya sean documentos entregados por las partes al mediador, lo que se

⁷⁰ Artículos 66, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

⁷¹ Disposición final novena. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial Suplemento 557 del 17 de abril de 2002.

⁷² Disposición final novena. Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos. Registro Oficial Suplemento 557 del 17 de abril de 2002.

⁷³ Artículo 168, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 del 10 de febrero de 2014.

habla durante sesiones privadas, las negociaciones que se dan durante las sesiones conjuntas y el contenido del acta de mediación, son actos confidenciales”⁷⁴.

Por otro lado, en cuanto al coste y tarifario que deberían tener las mediaciones electrónicas, dependería mucho de la naturaleza que tenga la misma y las partes que intervengan en la mediación electrónica. Sin embargo, los costes no deberían tener una mayor variación; pues, pese a que no se estarían usando las instalaciones del centro de mediación por una o por las dos partes; si se utilizaría, internet, dispositivos, computadoras, entre otros. En los centros que realizan mediaciones electrónicas se ha constatado que el tarifario no varía mucho y en algunos casos los precios se mantienen. Así, la Institución de Mediación de Procuradores en España menciona que los honorarios para la mediación electrónica y presencial será de 60 euros la hora más el 21% de IVA⁷⁵.

Finalmente, y ante la situación actual que se está viviendo mundialmente. Me refiero a la propagación del nuevo virus, COVID-19, se tuvieron que tomar medidas económicas, políticas y laborales debido a la emergencia sanitaria que estamos viviendo. Ecuador no fue la excepción e implementó varias medidas con el fin de precautelar la salud y bienestar de todos sus habitantes. Entre las medidas tomadas encontramos la resolución 031-2020 del Consejo de la Judicatura, en su disposición final quinta ordena la suspensión de atención al público en los centros de arbitraje y mediación de carácter privado. Esto genera dos cuestiones a discutir.

En primer término, tiene que ver con la competencia del Consejo de la Judicatura para regular a los centros de arbitraje y mediación ya que el Consejo de la Judicatura ha sido visto siempre como un órgano registrador de los centros de arbitraje y mediación privados más no como un ente regulador y por ello no tendría potestad de decidir ni regular al respecto sobre los centros. Sin embargo, este tema debería ser ampliado en otro estudio. Por otro lado, cuando el Consejo pide suspender la atención al público, debería interpretarse solamente en un plano físico ya que los centros podrían perfectamente atender a sus usuarios por medios telemáticos y programar audiencias con los mismos mecanismos⁷⁶.

⁷⁴ David Pérez Jarrín. “La naturaleza y contenido del principio de confidencialidad frente al mediador” (Tesis de pregrado. Universidad San Francisco de Quito, 2017), 27.

⁷⁵ Institución de Mediación de Procuradores. Costes del procedimiento de mediación.

⁷⁶ Resolución 031-2020, Consejo de la Judicatura (Mediante la cual resuelve: “Suspender las labores en la Función Judicial frente a la declaratoria del Estado de Excepción” expedido por el Presidente Constitucional de la República del Ecuador”). 17 de marzo de 2020.

5 Conclusiones

En la actualidad, es imposible que las relaciones jurídicas y las instituciones no evolucionen y se transformen. La mediación es un mecanismo alternativo de solución de conflictos que ha ido evolucionando con el tiempo. Producto de esta evolución y como consecuencia de la aplicación de la tecnología, nace la mediación electrónica para dar soluciones ágiles y eficaces a los conflictos de los particulares. Empero, este mecanismo debe ser regulado y desarrollado por los respectivos ordenamientos.

En el derecho comparado, este tema ha sido tratado desde hace varios años. La manera de entender a este método se bifurca. La primera tendencia lo entiende como un método alternativo de solución de controversias totalmente nuevo. Mientras que la segunda tendencia considera que tan solo se aplica medios tecnológicos a la mediación tradicional. Se debe tomar en cuenta que esta mediación no debe alejarse de los principios y reglas de la mediación habitual. Sin embargo, existen otros temas que deben ser tratados, como la utilización de medios asincrónicos en todo el proceso, la implementación de la firma electrónica, la identificación de las partes, costas y el tratamiento de la protección de datos.

En el contexto ecuatoriano, este mecanismo ha sido tratado a través de regulación de leyes conexas, complementarias y en la práctica generada por los centros de mediación; sin embargo, su desarrollo recién empieza y fue potenciado a causa de la pandemia global. Anteriormente, se pensaba que esta figura no era regulada en el Ecuador por la falta de cultura jurídica. El ámbito de aplicación de la misma debería ser regulado a través del reglamento de cada centro de mediación de acuerdo con sus propias posturas. Por otro lado, se debería entender que la recepción y generación solicitudes y documentos mediante la utilización de la firma electrónica es totalmente válida en nuestro país. En cuanto al tema de protección de datos se deberían utilizar los artículos previstos en las leyes en concordancia con el principio de confidencialidad. Sin duda, la aplicabilidad y desarrollo de la mediación electrónica en el Ecuador significaría un avance significativo, eficaz, inmediato y seguro para la administración de justicia, la cultura jurídica, la economía y la solución de controversias.