



UNIVERSIDAD TÉCNICA PARTICULAR DE LOJA
La Universidad Católica de Loja

ÁREA SOCIO-HUMANÍSTICA

TITULACIÓN DE MAGISTER EN DERECHO CIVIL Y PROCESAL CIVIL

**La mediación y arbitraje, un derecho constitucional en un proceso
abreviado litigioso civil entre las partes**

TRABAJO DE FIN MAESTRÍA

AUTOR: Parra Chalán, Segundo Juan Alberto

DIRECTORA: Moreira Aguirre Diana Gabriela, Ph.D.

CENTRO UNIVERSITARIO LOJA

2015

APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA

Dra. Ph.D.

Diana Gabriela Moreira Aguirre

DOCENTE DE LA TITULACIÓN DE ABOGACÍA

De mi consideración:

El presente trabajo de fin de maestría, denominado: “La mediación y arbitraje, un derecho constitucional en un proceso abreviado litigioso civil entre las partes” realizado por Parra Chalán Segundo Juan Alberto, ha sido orientado y revisado durante su ejecución, por cuanto se aprueba la presentación del mismo.

Loja, febrero de 2015

f).....

DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS

Yo, **Parra Chalán Segundo Juan Alberto**, declaro ser autor de la presente de fin de maestría: **La mediación y arbitraje, un derecho constitucional en un proceso abreviado litigioso civil entre las partes**, de la Titulación **Magister en Derecho Civil y Procesal Civil**, siendo la **Ph.D. Diana Gabriela Moreira Aguirre**, directora del presente trabajo; y eximo expresamente a la Universidad Técnica Particular de Loja y a sus representantes legales de posibles reclamos o acciones legales. Además certifico que las ideas, concepto, procedimientos y resultados vertidos en el presente trabajo investigativo, son de mi exclusiva responsabilidad.

Adicionalmente declaro conocer y aceptar la disposición del Art. 67 del Estatuto Orgánico de la Universidad Técnica Particular de Loja que en su parte pertinente textualmente dice: “Forman parte del patrimonio de la Universidad la propiedad intelectual de investigaciones, trabajos científicos o técnicos y tesis de grado que se realicen a través, o con el apoyo financiero, académico o institucional (operativo) de la Universidad”

f)
Autor: Parra Chalán Segundo Juan Alberto
Cédula: 1101565099

DEDICATORIA

Segundo Juan Alberto Parra

A DIOS TODO PODEROSO

Por permitirme culminar con éxito el esfuerzo de todos estos años de estudio. Para Él mi agradecimiento infinito.

A MI ESPOSA

Por ser una persona excepcional. Quién me ha brindado su apoyo incondicional y ha hecho tuyas mis preocupaciones y problemas. Gracias por tu amor, paciencia y comprensión.

A MIS HIJOS...

Quienes han sido mi fuente de inspiración y la razón que me impulsa a salir adelante, además de darles el ejemplo que sólo el estudio nos enaltece.

A MIS NIETOS...

Para que reconozcan y pongan en práctica el estudio que es lo único que en la vida vale, antes que recibir herencias de alto valor económico.

AGRADECIMIENTO

Segundo Juan Alberto Parra Chalán

Al concluir la presente investigación dejo constancia de mi sincero agradecimiento en primer lugar a Dios por haberme permitido culminar otra Maestría, a la Universidad Técnica Particular de Loja, a los directivos, personal docente y de apoyo de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil; y, de una manera especial a la Dra. Diana Gabriela Moreira Aguirre por su ayuda en la elaboración exitosa de este trabajo.

Al personal de la Sala de Mediación de la Judicatura Provincial de Loja

ÍNDICE DE CONTENIDOS

CARATULA	i
APROBACIÓN DEL DIRECTOR DEL TRABAJO DE FIN DE MAESTRÍA	ii
DECLARACIÓN DE AUTORÍA Y CESIÓN DE DERECHOS.....	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
ÍNDICE DE CONTENIDOS.....	vi
RESUMEN.....	1
ABSTRACT	2
INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	6
1. Generalidades.....	7
1.1. Formas de terminación de los conflictos.....	8
1.1.1. La solución judicial.....	9
1.1.2. Crisis del sistema judicial y mediación.....	10
1.1.3. Autotutela.....	12
1.2. Evolución histórica.....	14
1.2.1. Medios alternativos de solución de conflictos (MASC).....	14
1.3. La negociación.....	15
1.3.1. Tipos de negociación.....	17
1.4. La mediación.....	18
1.4.1. Características.....	19
1.4.2. Mediación. Su conveniencia.....	20
1.4.2.1. Facilitativa.....	21
1.4.2.2. Evaluativa-predictiva.....	21
1.4.2.3. Combinado.....	21
1.4.2.4. Características.....	22
1.4.3. Principios generales.....	22
1.4.3.1. El conflicto.....	22
1.4.3.2. La teoría del conflicto.....	23
1.4.3.3. Ciclo de vida del conflicto.....	24
1.4.4. Posiciones, intereses y necesidades.....	24
1.4.4.1. Posiciones.....	24
1.4.4.2. Intereses.....	26
1.4.4.3. Necesidades.....	26

1.4.5. Conflicto aparente.....	28
1.4.5.1. Características.....	28
1.4.5.2. Voluntariedad.....	30
1.4.5.3. Informalidad relativa o flexibilidad.....	31
1.4.5.4. Cooperativa y creativa.....	32
1.4.5.5. Rapidez y economía.....	32
1.4.5.6. Neutralidad.....	33
1.4.5.7. Autocomposición.....	33
1.4.5.8. Acento en el futuro.....	33
1.5. La conciliación.....	33
1.5.1. Características de la conciliación extrajudicial.....	35
1.5.1.1. Características de la conciliación en general.....	36
1.6. ARBITRAJE.....	37
1.6.1. Conceptualización.....	37
1.6.1.1. Características.....	39
1.6.2. La evaluación neutral.....	40
1.6.3. Otros medios alternativos de solución de conflictos (MASC).....	41
1.6.4. LOS MASC NO ADVERSARIALES Y ADVERSARIALES.....	41
<i>Adversariales</i> : conocidos también como heterocompositivos. El MASC adversarial de mayor gravitación es el arbitraje (Alarcon Flores, 1994)	41
1.6.4.1. Principales características de los MASC.....	42
1.6.4.1.1. En cuanto a la voluntariedad.....	42
1.6.4.1.2. En cuanto a la formalidad.....	42
1.6.4.1.3. En cuanto al control de las partes sobre el proceso.....	42
1.6.4.1.4. En cuanto a la intervención de terceros neutrales.....	42
1.6.4.1.5. En cuanto a la duración del proceso.....	42
1.6.4.1.6. En cuanto a la obligatoriedad de cumplimiento del acuerdo o laudo.....	42
1.6.4.1.7. En cuanto a la confidencialidad.....	43
1.6.4.1.8. En cuanto a la economía.....	43
1.7. DERECHO COMPARADO EN ESPAÑA.....	43
1.7.1. Mediación, teoría general y delimitación conceptual.....	43
1.7.2. LÍMITES Y CALIDAD DE LA MEDIACIÓN, MEDIACIÓN Y TRANSACCIÓN EN EL DERECHO CIVIL.....	47
1.7.2.1. La mediación civil en el Sistema de Justicia.....	47
1.7.2.2. Voluntariedad.....	48
1.7.2.3. Confidencialidad.....	48
1.7.2.4. Imparcialidad y neutralidad.....	49

1.7.2.5. Bilateralidad y buena fe.....	49
1.7.2.6. Flexibilidad.....	49
1.7.2.7. Profesionalidad.....	49
1.7.2.8. Garantías legales.....	50
1.7.3. Ventajas de la mediación frente al proceso judicial.....	50
1.7.3.1. Mediación tribunales.....	50
1.7.3.2. Cómo funcionan los servicios de mediación intrajudicial y qué relación tienen con el Juzgado.....	51
1.7.3.3. Están sujetos los mediadores a un código ético de actuación.....	53
1.7.3.4. Qué papel tienen los abogados y graduados sociales en el proceso de mediación...53	
1.7.3.5. Qué consecuencias procesales tiene el sometimiento al proceso de mediación....55	
1.7.3.6. Qué consecuencias procesales tiene la consecución de un acuerdo.....56	
1.7.3.7. La invitación a participar en el proceso de mediación.....57	
1.7.3.8. Casos susceptibles de mediación.....59	
1.7.3.9. No son susceptibles de esta experiencia piloto de mediación.....59	
1.7.4. Mediación y solución de conflictos.....	60
1.7.5. Mediación y mandato.....	64
1.8. MEDIACIÓN EN CONFLICTOS, RELACIÓN DEL MEDIADOR CON LAS PARTES Y CONTRATO DE MEDIACIÓN.....	66
1.8.1. Obligaciones del mediador y fuentes de las mismas.....	67
1.9. MEDIACIÓN Y TRANSACCIÓN.....	73
1.9.1. Mediación.....	74
1.9.2. Transacción.....	75
1.9.3. Límites de la transacción.....	76
1.9.4. Capacidad para transigir.....	77
1.10. ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y SU ESTRECHA RELACIÓN JURISDICCIONAL...78	
1.10.1. Arbitraje.....	78
1.10.2. Arbitraje y conexiones de apoyo y control judicial.....79	
1.10.2.1. La intervención judicial en el nombramiento de árbitros.....79	
1.10.2.2. El examen judicial del convenio arbitral en la declinatoria.....81	
1.10.2.3. Intervención judicial durante el arbitraje: auxilio en la práctica de pruebas y medidas cautelares.....85	
1.10.2.4. Función jurisdiccional de control del arbitraje.....86	
1.10.3. Mediación previa en el arbitraje.....87	
1.10.4. La conciliación, la mediación.....89	
1.10.5. La mediación como técnica de resolución de conflictos.....91	
1.10.5.1. La mayoría de los españoles prefiere vías alternativas a la judicial.....92	

1.10.5.2. Efectiva implantación de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos.....	92
1.10.5.3. Mediación intrajudicial y extrajudicial, dos caras de una realidad.....	93
1.11. DERECHO COMPARADO EN CHILE	95
1.11.1. Mediación: marco conceptual, concepto.....	95
1.12. MARCO METODOLÓGICO	97
1.12.1. Trabajo de campo.....	97
1.13. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CHILE	99
1.14. CONTEXTO HISTÓRICO Y LEGAL DE LA MEDIACIÓN EN CHILE	101
1.15. MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE	104
1.15.1. Flujograma en atención en mediación familiar.....	106
1.15.1.1. Solicitud de mediación.....	106
1.15.1.2. Citación a primera sesión.....	106
1.15.1.3. Realización del proceso de mediación.....	106
1.15.1.4. Acta de mediación.....	106
1.16. MEDIACIÓN COMUNITARIA.....	107
1.16.1. Proyecto justicia vecinal - Ministerio de Justicia.....	107
1.16.2. Proyectos de mediación comunitaria/justicia local - Ministerio del Interior.....	110
1.16.2.1. Instalación y difusión.....	111
1.16.2.2. Implementación.....	111
1.17. FORMACIÓN DE MEDIADORES	112
1.17.1. La formación y sus características.....	113
1.17.2. Sistema de formación de mediadores centrado en la calidad.....	115
1.18. INTRODUCCIÓN DEL ARBITRAJE	116
1.19. IMPORTANCIA DEL ARBITRAJE	118
1.20. CONVENIO ARBITRAL	120
1.21. ARBITRAJE COMO JURISDICCIÓN ALTERNATIVA	121
1.22. CLASES DE ARBITRAJE	121
1.22.1. Arbitraje institucional.....	121
1.22.2. Arbitraje doméstico o internacional.....	122
1.23. LOS ÁRBITROS	123
1.23.1. Reglas de ética.....	123
1.23.2. Quiénes pueden ser árbitros.....	123
1.23.2.1. Impedimentos.....	124
1.24. PROCEDIMIENTO ARBITRAL	124
1.25. CONCILIACIÓN EN SEDE ARBITRAL	125

1.26. LAUDO ARBITRAL	125
1.26.1. Recursos contra el Laudo.....	126
1.26.1.1. Apelación.....	126
1.26.1.2. Recurso de anulación.....	127
1.27. TRIBUNAL ARBITRAL.....	128
1.27.1. Composición del Tribunal.....	128
1.27.2. Designación de árbitros por el Juez.....	129
CAPÍTULO 2: METODOLOGÍA	130
2. Métodos y técnicas.....	131
CAPITULO 3: RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.....	132
3. Resultados.....	133
3.7. . Contrastación de hipótesis.....	142
CONCLUSIONES	143
RECOMENDACIONES.....	145
BIBLIOGRAFÍA.....	146
ANEXOS	149

RESUMEN

La presente investigación se realizó cumpliendo con los objetivos propuestos, se determinó el alcance de la mediación y arbitraje como un derecho Constitucional en un proceso abreviado litigioso civil entre las partes, se analizó la mediación y arbitraje en las normas jurídicas, determinando diferencias en derecho comparado de Chile y España, y se analizó los procesos de mediación llegados directamente y derivados de los juzgados de lo civil a la Sala de Mediación de la Judicatura de Loja, desde Enero a Mayo de 2014, tratando siempre de incidir en los profesionales del derecho para que lo acojan en sus clientes en futuros conflictos civiles. Los resultados fueron así; hubo 207 audiencias convocadas, 112 derivadas de los juzgados de lo civil de Loja y 95 solicitudes directas, equivaliendo el 100%. Audiencias convocadas 58 han solucionado los problemas, 17 han habido imposibilidad de acuerdo y 132 audiencias imposibilidad de mediación, equivaliendo al 100%. La hipótesis se contrastó positivamente. Se concluye que la mediación es el medio alternativo para solucionar los conflictos, garantizada por la Constitución en los artículos 189 y 190.

Palabras claves: mediación, arbitraje, litigioso, acuerdo, audiencia, derivada.

ABSTRACT

This research was conducted in compliance with the objectives, scope of mediation and arbitration was established as a constitutional right in civil litigious abbreviated process between the parties, mediation and arbitration in the legal standards were analyzed, determining differences in comparative law Chile and Spain, and the processes of mediation and arrived directly derived from the civil courts to the Court of Judicial mediation of Loja, from January to May 2014, always trying to influence the legal profession to be analyzed that can accommodate a future clients in civil conflicts. The results were well; convened hearings there were 207, 112 arising from the civil courts of Loja and 95 direct requests, equivalent to 100%. Convened 58 hearings have solved the problems, 17 have been unable to agree 132 hearings and mediation failure, equivalent to 100%. The hypothesis was tested positively. We conclude that mediation is the alternative means for solving conflicts, guaranteed by the Constitution in Articles 189 and 190.

Key words: mediation, arbitration, litigious, compact, audience, derived.

-

INTRODUCCIÓN

Al pensar en un conflicto, nuestra mente entra en un proceso de complejidad e intensificación, que va adquiriendo en el tiempo, haciendo más difícil su solución civilizada. Es una conducta competitiva entre personas o grupos, sobre objetivos o recursos limitados, percibidos como realmente incompatibles y todo por una forma de percibir los objetos, Bono dice: se ven las cosas de manera diferente, porque quieren cosas diferentes a su estilo de pensamiento, les estimula a discrepar, todo esto supone que cuando *el problema* se convierte en crisis sea tratado dentro del campo jurídico: como alternativas a la Mediación, el Arbitraje y la Administración de Justicia.

La mediación es la acción y efecto de interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. En esta sociedad moderna los problemas y conflictos civiles se presentan con frecuencia, y comienzan los procesos civiles con el ánimo de que el juez dé la razón a quien lo tenga, pero sucede que las partes han perdido tiempo dinero y a lo mejor el que pierda tenga la razón porque no tuvo dinero, inclusive para los abogados.

La mediación es la participación en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento real de una controversia. Facilitación de un contrato, presentando a las partes u opinando acerca de alguno de los aspectos. Intervención, intercesión, conciliación, complicidad, proxenetismo, arbitraje es la acción de arbitrar. Juicio arbitral, juicio, sentencia arbitral, toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o asunto (Cabanellas, 1998).

Las partes en conflicto, a veces litigan por complacencia, ninguna de ellas quiere aceptar quien tiene la culpa y tratan de dilatar los procesos por conveniencia de alguna de ellas, procesos que duran mucho tiempo y a veces por causas innecesarias o muy superfluas. Las partes en conflicto deben tomar las decisiones más convenientes antes de someterse al proceso y aceptar lo que resuelva el árbitro (a), caso contrario pierden tiempo y dilatan más el proceso; con la mediación hay un ahorro de tiempo y dinero, no es necesario el patrocinio de abogado a las partes, llegando éstas a conciliar mediante diálogo o acuerdo amistoso y sus resoluciones son garantizadas y respetadas como derechos reconocidos por la Constitución.

Las partes en litigio tratan de tener la razón, sin tenerla; insisten por largo tiempo hasta que el Juez competente dicte el fallo. Una de las partes no hallándose conforme con la resolución o sentencia del Juez *Aquom*, acude a una instancia inmediata (Juez *Adquem*), sigue en el gasto del tiempo y dinero, sin tratar de llegar a una solución o arreglo

(conciliación) que podrían haberlo hecho antes de iniciar el juicio, cuando el demandado fue citado legalmente o máximo en la Audiencia de Conciliación, dando de esta manera por terminado el problema en litigio.

Los abogados de experiencia dicen: “Un buen juicio no es quien pelea más, sino una buena mediación, conciliación o acuerdo”, inclusive se cumple el principio de celeridad y eficacia de la justicia para no dilatar el proceso. Sólo con el afán de que la culpa no quede en una de las partes, acuden a instancias superiores pretendiendo que en esas instancias les den la razón. También se ha observado que hay abandono del juicio por una de las partes, con lo cual, una de ellas termina cediendo las pretensiones de la otra, parece que la justicia es del más fuerte económicamente, porque como se tiene dinero, se insiste en el proceso hasta que la sentencia y/o resolución salga a favor del más fuerte.

La mediación, siendo un acuerdo amistoso, debe estar siempre en la mira para la solución de problemas, desde el conflicto superfluo hasta las grandes controversias, inclusive de amigos, de pequeñas y grandes empresas; en fin, es el acuerdo y finiquitar el problema y no recordar más (cosa juzgada). Las partes, ante una autoridad de paz o Juez correspondiente, pueden mediar libre y voluntariamente, firmar un acta sobre los acuerdos a que hayan llegado, reconocimiento de firmas para su validez, constituyéndose este acuerdo en cosa juzgada, debe cumplirse el fallo mediante un juicio ejecutivo.

El análisis del tema es de actualidad, por lo que se recomienda a la comunidad ecuatoriana acogerse a este proceso abreviado para la resolución de conflictos; los jueces de lo civil deberían derivar los procesos a la Sala de Mediación de la Judicatura. Es un Derecho Constitucional que disciplina el artículo 190, Medios alternativos de Solución de Conflictos, textualmente dice: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”*.

En una organización colectiva, de acuerdo al artículo 96 de la Constitución, que dice: *“Se reconocen todas las formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno, así como de las entidades públicas y de las privadas que presten servicios públicos”*.

Para poder solucionar sus conflictos, la Constitución garantiza en el artículo 97, manifestando así: *“Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de*

mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.

Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social”.

En el país existe la Ley de Arbitraje y Mediación, que regula y manda a cumplir con el arbitraje en el artículo 7, y también se menciona a la mediación comunitaria en el artículo 59 que hace referencia a los pueblos indígenas, negros o afroecuatorianos, para que establezcan centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1. Generalidades

Al hablar de los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos es fundamental aclarar su importancia, por proporcionar respuestas rápidas y accesibles a los conflictos sociales que se presentan en el día a día de los ciudadanos que conviven dentro de un Estado democrático, puesto que la existencia de instituciones capaces de regular y facilitar la resolución de conflictos debe ser un punto fundamental existente y normal dentro de toda sociedad que adopte dicha teoría política. Es un resultado totalmente lógico y deducible en toda sociedad democrática, en la cual como es de esperarse, existe una pluralidad de sujetos que actúan libremente y de manera distinta unos de otros, se presentarán conflictos con cierta frecuencia, el razonamiento está en conseguir formas eficaces de resolver los mismos. Esto es lo que se ha intentado hacer desde antaño, cuando se creó por primera vez el sistema judicial, con valores de justicia y equidad, sin embargo, en una sociedad como la nuestra, en la cual esos conflictos comunes y corrientes, como la falta de presupuesto y de tiempo, se entrelazan con una situación social deplorable, es altamente complicado, por no decir imposible, para un ciudadano común recurrir a un litigio, activando así el aparato jurisdiccional.

Por todo lo expuesto surgen los Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos, como una respuesta fácil y eficaz, pero por encima de todo accesible a la ciudadanía, al momento en que se vean envueltos en algún problema que pudiera tener una solución más sencilla y rápida que la de un juicio. Dentro de una gama existente de estos métodos se encuentran tres que se resaltan como principales y sobresalen por encima de los demás, siendo: la mediación, la negociación y el arbitraje (Blogspot, 2012)

El hecho que se viva en sociedad presupone una continua interacción entre los diferentes agentes económicos, quienes tienen distintas percepciones de la realidad objetiva en que se desenvuelven. La existencia de diversas percepciones origina conflictos entre los agentes económicos que deben ser remediados. Los conflictos deben ser resueltos de forma eficiente, reduciendo costos y previniendo la aparición de nuevos conflictos, propendiendo alcanzar el objetivo indicado; el sistema jurídico ha incorporado ciertos medios cuyo propósito es solucionar los conflictos sin generar mayores antagonismos entre las partes.

Los medios de solución de controversias más difundidos son los siguientes: negociación, mediación, conciliación, arbitraje y proceso judicial. Estos medios se distinguen entre sí por la intervención de terceros en la solución del conflicto. En efecto, mientras en la negociación el proceso está íntegramente librado a la voluntad de las partes, en la mediación y en la conciliación interviene un tercero (mediador o conciliador), para ayudar a que las partes arriben a un acuerdo.

Desde un punto de vista doctrinario la conciliación se distingue de la mediación por el hecho que el conciliador debe proponer una fórmula conciliatoria, mientras que el mediador no tiene esa obligación y por ello puede o no formular una propuesta de solución. Esta distinción no es tan clara en la legislación peruana, en algunos casos el conciliador está obligado a formular una propuesta conciliatoria y en otros no, e incluso en el ámbito laboral el conciliador que formula propuestas se entiende que actúa como mediador. La conciliación y la mediación se distinguen del arbitraje por el hecho que el árbitro sí está facultado, por acuerdo de las partes, para poner fin a la controversia mediante la expedición de un laudo arbitral.

Finalmente, en el caso del proceso judicial, cualquiera de las partes puede obligar a la otra a someterse a dicho medio de solución de controversias a través de la interposición de la demanda, las características del proceso no están libradas al acuerdo de las partes, toda vez que se encuentran establecidas en la ley (García, s/f).

1.1. Formas de terminación de los conflictos

Los conflictos se pueden arreglar a través de la solución judicial y la solución negociada. El conflicto existe entre los hombres desde que el mundo es mundo y la búsqueda de soluciones al conflicto es como la otra cara de la moneda. El ser humano rechaza el conflicto y tiende a encontrarle alguna solución; tanto en el plano individual como en las sociedades políticamente organizadas.

En la historia de la civilización, en varios casos la solución se busca a través de la fuerza; prevalece la ley del más fuerte, como han sido las guerras. Pero la evolución de las sociedades ha llevado a dar prevalencia a los valores más profundos del ser humano. Entre ellos, asume preponderancia la justicia y la paz. Para evitar la ley del más fuerte, las comunidades se han reservado para sí el dirimir las controversias a través de terceros, los jueces, cuando los protagonistas del entuerto no logran hacerlo.

Ello se refleja en la función judicial, que es ejercida por los jueces, cuya función es dirimir las controversias, aplicando las leyes con *imperium* para hacer cumplir sus decisiones. Se trata de una solución impuesta que muchas veces no conforma a ninguna de las partes. La conocida lentitud de los tribunales, por lo general abarrotados de expedientes, sumado al formalismo del proceso, que en ocasiones facilita esa tardanza, la falta de recursos suficientes y el alto índice de litigiosidad, que ha llevado a cierto descreimiento a la justicia.

A ello se agrega el alto costo que significa litigar y la complejidad de los ordenamientos jurídicos, que muchas veces contienen normas de dudosa interpretación, que no tornan predecible el resultado. La solución impuesta por un tercero crea la sensación de que hay un

vencedor y un vencido, cumpliendo de esta manera el juicio, varias veces no hace concluir el conflicto, sigue latente entre las partes y que muchas veces desemboca en ulteriores litigios, las partes no obtienen la tan buscada paz.

Todo ello ha servido de incentivo para que se piense en métodos de solución más rápidos, alternativos al clásico del poder judicial, muchos de los cuales son tan antiguos como el hombre mismo. Entre ellos puede citarse el arbitraje, mediación, conciliación, etc. La ventaja de alguno de ellos es que el protagonista principal de solución deja de ser el juez y las partes no resignan el rol principal que deben tener en la solución de sus controversias.

Elas no delegan a un tercero la responsabilidad que les cabe en la resolución de sus problemas. Dejan de lado el esquema paternalista clásico, que busca que un juez, el jefe o cualquier tercero, como podría ser un árbitro, arregle lo que las partes no se animaron a arreglar. De este modo, la solución buscada y encontrada por las mismas partes adquiere una fuerza mayor, porque proviene de la propia convicción. Esa solución se obtiene a través de la negociación, que no es más que una negociación asistida, o de otros métodos que serán analizados.

1.1.1. La solución judicial

La solución judicial, como método clásico, concluye con la sentencia que define el pleito y donde por lo general hay un vencedor y un vencido. Y si bien puede suceder que ambas partes resulten gananciosas o perdedoras, en todo o en parte, el juez debe pronunciarse sobre las pretensiones y defensas esgrimidas, respetando el principio de congruencia y en base a las pruebas producidas, sin juzgar sobre la conveniencia de la solución.

La cosa juzgada que emana de un fallo, en ocasiones sólo refleja la verdad formal, pero no soluciona el problema de las partes, cuyos intereses pudieron haber variado desde que se planteó el conflicto. La sentencia, como regla general, toma en cuenta las posiciones de las partes al momento que se trabó la litis. En todo juicio controvertido hay un enfrentamiento de partes, un choque frontal en el que cada una de ellas expone sus mejores razones de derecho con el fin de convencer y vencer en la contienda.

Las partes tratan de no ceder posiciones, resaltando todo aquello que las beneficia y callando lo que las desfavorece. Esta situación produce un enorme desgaste, tensiones, agotamiento, e incluso un deterioro en las relaciones entre ellas, que las distancia aún más de lo que estaban antes del pleito. Varias veces, por el mismo mecanismo del litigio, los letrados también están inmersos en esa lucha sin cuartel y avivan el fuego de la discordia y el resentimiento entre sus propios clientes. Se convierten en aliados de las partes, sumergiéndose en el combate con más fuerza, inclusive perdiendo la objetividad.

Ello no quiere decir que la solución judicial deba eliminarse. Por el contrario, se trata de demostrar sus desventajas frente a otros sistemas de composición de las controversias, que no producen los efectos negativos antes referidos. Pero cuando las partes no quieren someterse a la solución acordada, cuando a través de ella no se han logrado los resultados buscados, cuando tienen intereses en obtener una declaración del derecho que les asiste, queriendo evitar futuros conflictos que podrían derivarse del actual, la solución judicial se muestra como la más acertada.

También será preferible cuando alguna de las partes prefiera obtener un precedente a fin de poder esgrimirlo en casos semejantes o cuando esté tan convencida de la justicia de su posición dispuesta a no ceder nada, lo que sucede cuando entran en juego principios superiores que se quieren proteger. Se trata de vías distintas para la solución del conflicto. En ocasiones, la justicia será la más adecuada. En otras, en cambio, lo será el arbitraje, la mediación o algún otro sistema. Lo importante es introducir el procedimiento adecuado, en el momento adecuado.

Es que en ocasiones, el conflicto aún no está maduro para que sean las partes quienes encuentren la solución, aún con la ayuda de un mediador. En tal caso, la opción será otra, incluida la judicial. Allí podrá jugar un importante rol la mediación u otros métodos de resolución de disputas.

1.1.2. Crisis del sistema judicial y mediación

Es innegable que, en el momento actual, puede afirmarse que existe un descreimiento generalizado en la justicia, tal como se encuentra funcionando. Ese descreimiento incluye una serie de aspectos que van desde la excesiva tardanza en la solución de los conflictos, hasta la falta de confianza de la ciudadanía en la probidad de sus magistrados. No se trata de atacar a tantos magistrados y funcionarios muy dignos, que cumplen escrupulosamente con su ministerio y que lo hacen en el silencio en sus despachos, con la sola compañía de su conciencia, sino que lo que está en crisis es el sistema mismo, tal cual funciona actualmente.

Así, la conocida expresión "*aquí no hay justicia*", involucra una serie de situaciones, que es preciso solucionar y que cubren diversos aspectos que pasan no sólo por los jueces, sino por infraestructura judicial, códigos y abogados educados en la cultura del litigio. Es clásica la mención de quienes integran esta profesión como "*ave negra*", utilizada en sentido desvalorizante.

(Caivano, 1996) Expresa que la justicia ha recibido un porcentaje del 73% de opiniones negativas que revelan según la encuestadora poca o ninguna confianza. Un informe del

Banco Mundial, respecto a la administración de justicia latinoamericana, sintetiza un diagnóstico y transcribe: *“Excesivo avance de las tareas administrativas sobre las judiciales; constante duplicación de tareas por falta de oficinas centrales que asuman todas las labores de una misma característica; graves deficiencias de comunicación; desaprovechamiento de talentos humanos y recursos materiales; oscuridad de registros; delegación de todas las funciones típicamente judiciales en empleados subalternos; carencia de medios tecnológicos de apoyo; deficiencias en la infraestructura disponible; falta de capacitación en los administradores, en los funcionarios, inclusive, en los jueces, fiscales y personal técnico; carencia de sistemas estadísticos y sistemas procesales antiguos”*.

La Comisión Nacional de Justicia y Paz del Episcopado sostiene *“que la tarea de colocar al Poder Judicial en el lugar y función insustituible que le compete es necesaria y apremiante”*. Esta administración, agrega, requiere hoy, sobre todo *“independencia de los demás poderes, de los funcionarios, corporaciones y de personas por poderosas que fueren”*. Jorge Vera, magistrado, traza el perfil del juez: *“Inteligencia clara y equilibrada, ponderación, capacidad de trabajo, cultura general, versación jurídica, experiencia judicial o forense...”*. Todo ello pone en relieve y agrega *“la enorme responsabilidad que implica la designación de los jueces y la grave falta en que se incurre cuando la selección entre los nominados no se hace en función de su idoneidad e integridad moral, sino de favoritismos, amistades o compromisos de índole político partidistas”*.

Con ello se demuestra la insuficiencia del sistema para dar cabida a las necesidades judiciales de la comunidad. El aumento de juzgados, mejora de la infraestructura, designación de jueces en personas honestas, experimentadas y versadas, aumento de personal y perfeccionamiento en los procedimientos, es necesidad imperiosa para el Poder Judicial; hay otras opciones que también brindan a la comunidad el acceso a la justicia de modo rápido, eficaz, y barato, es la mediación.

En los últimos años la sociedad no solo ha tomado conciencia del problema, sino que también intenta la búsqueda de caminos de solución. En esa orientación se aprecian las propuestas dirigidas a instaurar el procedimiento oral, tal como sucedió en la materia oral y en la actualidad se analiza dentro del ámbito civil.

La mediación es uno de los caminos alternativos de la justicia, para lograr una más rápida solución de los conflictos. *“Se ha sostenido, que es obligación de un Estado democrático y moderno, preocupado por el bienestar social, proveer a la sociedad de un servicio de justicia heterogénea. Y ello significa que el deber que tiene el Estado de tutelar los derechos amenazados de los ciudadanos, no se satisface solamente con la organización de un Poder Judicial eficiente, probo, transparente, sino que exige que se ofrezcan y apoyen otras formas*

de resolución de conflictos que pueden resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto puedan impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos en cuanto posibilitan y mejoran la relación futura de las partes” (Alvarez, 2000) La riqueza de la mediación reside, precisamente, en que no hay mejor justicia que la de las partes. Ellas serán quienes, con la inteligente dirección del mediador, construirán su propia solución.

Frente a la crisis de la justicia, la mediación constituye una importante alternativa. Pero también no debe recurrirse a ella como la tabla de salvación o la “panacea”, expresión en boga, frente a una justicia en crisis. Este medio alternativo posee méritos propios, que lo hacen recomendable por sí mismo, como una posibilidad más al igual que otras, que es preciso ofrecer a la comunidad para la pronta solución de sus controversias.

(Caivano, 1996) Sostiene que las alternativas deben ser evaluadas con abstracción de la situación de la Justicia, pero con fines meramente coyunturales. Agrega que, debe exponerse con claridad que la utilidad o conveniencia de buscar alternativas no depende del mal o buen funcionamiento de la Justicia, los sistemas alternativos no se benefician con un sistema estatal ineficiente, sino que al contrario su propia eficiencia se ve seriamente perjudicada por la crisis de la justicia, entre otras razones, porque le hace perder gran parte de sus ventajas comparativas.

No se crea que el instituto de mediación sea la varita mágica que soluciona todo, es un instrumento más, entre los muchos que existen y que posiblemente dé resultados en un gran porcentaje de casos. Para otros, en cambio, la solución la brindará la sentencia de un juez, el arbitraje, la conciliación o muchos de los medios alternativos. Tampoco debe entenderse que dicho instituto revela a la comunidad de la búsqueda y profundización de soluciones dentro del Poder Judicial. Es preciso analizar la causa de los problemas, inclusive el cambio de mentalidad. Los tribunales deben tener oficinas que cumplan funciones orientadoras, para que los ciudadanos que vivan un conflicto conozcan las posibilidades que les brinda el servicio de justicia a fin de optar por la más conveniente. Incluso, aún antes de que se desencadene, detenerlo a tiempo. La justicia también debe organizar un sistema preventivo, que muy seguramente sea capaz de detener un problema cuando se está gestando, como sucede en otras áreas, como la medicina.

1.1.3. Autotutela

La acción directa de quien hace justicia por su propia mano y la solución al conflicto depende de quién es el depositario del mayor poder. Algunas formas de autotutela,

permitidos excepcionalmente, son: la defensa posesoria inmediata (*ámbito civil*) y la legítima defensa (*ámbito penal*) (Alarcon Flores, 1994)

La autotutela o autodefensa es la primera de las tres formas que hay para resolver la conflictiva social (formas de solución de conflictos). Es una forma egoísta y primitiva de solución. El más fuerte o el más hábil impone la solución al contrario por medio de su inteligencia, su destreza o su habilidad; por tanto, el litigio no se resuelve en razón de a quién le asiste el derecho. Es una forma animal de superar la conflictiva, pues en las sociedades de animales, sus conflictos parecen resolverse básica y predominantemente mediante la autotutela.

Las otras dos formas que aparecen para resolver la conflictiva social son la **autocomposición**, cuando las propias partes en conflicto encuentran la solución de éste, a través de un acuerdo de voluntades, sin la intervención de un tercero, mediante el reconocimiento o la renuncia, pudiendo realizarlo por desistimiento, allanamiento, transacción, mediación, negociación, conciliación y la **heterocomposición**, cuando la solución es dada por un tercero neutral e imparcial y ajeno al conflicto suscitado entre las partes, siendo judicial y arbitral.

Existen cinco formas auto tutelares: **a)**. Legítima defensa penal y estado de necesidad; **b)**. Retención de equipaje; **c)**. Derecho sancionador de los padres; **d)**. Aborto por causa de violación, de inseminación artificial, terapéutico, por alteraciones genéticas o congénitas y culposo; y, **e)**. Robo de famélico (es la sustracción de productos de primera necesidad, se presenta cuando un individuo sin emplear los medios de violencia física o moral, se apodera una sola vez de los objetos estrictamente indispensables para satisfacer sus necesidades personales o familiares del momento).

La Autotutela se constituye en medio por la cual se obtiene una solución de carácter privado a los conflictos sociales que puedan existir entre los individuos. Se caracteriza esta forma de solución de conflictos por la utilización de la fuerza por parte de los individuos que son parte del respectivo conflicto. Acá, las personas lo que buscan es hacerse justicia por sí mismas sin recurrir a un tercero para que dirima el problema. La autotutela, vale decir la reacción directa y personal de quien se hace justicia con manos propias, se halla prohibida por la ley, la que ha llegado a ser tipificada como delito por las legislaciones del mundo; pero, a su vez, es preciso señalar que ella no siempre es ilícita, sino que se encuentra permitida, como ocurre en las guerras o enfrentamientos bélicos, o en caso de la legítima defensa.

Por último, se señala que en situaciones en que se produce la autotutela o solución privada de conflictos, no se encuentra desarrollado un proceso previo para la solución del mismo,

como ocurre en el ámbito jurisdiccional. Por medio de la autotutela se da una solución privada y parcial del conflicto, por medios no pacíficos sin que intervenga un tercero (juez) en dicha solución. La prohibición de la autotutela se basa en el principio de que el Estado asume la responsabilidad de dirimir los conflictos que se suscitan en su ámbito territorial. Constituye una función del Estado, mantener el orden social y hacer respetar el ordenamiento jurídico establecido. De allí que el Estado deba contemplar un sistema de resolución de los conflictos fundado en el ordenamiento jurídico establecido. El Estado no puede llegar a la prohibición total o absoluta de la autotutela.

Se clasifican los casos de autotutela permitida de la siguiente manera: **1.** La autotutela puede funcionar como una réplica o respuesta a un ataque precedente (legítima defensa). En el plano internacional se suele señalar que el único caso que es válido que un Estado utilice la guerra es cuando lo hace en legítima defensa. **2.** La autotutela permitida también se puede manifestar como el ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo (el corte de ramas de árboles del predio vecino que se extiendan al propio). Es evidente que el despido que hace el patrón de un empleado es una autotutela, pues a través de dicho despido el patrón impone su pretensión propia en perjuicio del interés del trabajador. **3.** La autotutela también se puede presentar como el ejercicio de facultades atribuidas al mando, para hacer frente a situaciones de excepción. En este grupo se encuentran las facultades que se otorgan a los capitanes de los buques de alta mar o en aguas extranjeras. **4.** La autodefensa se puede expresar como el ejercicio de una potestad de uno de los sujetos en litigio. En este grupo se puede ubicar la facultad disciplinaria, que se confiere a la administración pública para imponer, por sí misma, sanciones administrativas. **5.** La autotutela también se contempla como un combate entre partes enfrentadas, que fían a la fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias. En esta categoría se señala el duelo, que en el código penal no es considerado como una circunstancia excluyente del delito, sino como una atenuante de la pena aplicable de los delitos de lesiones u homicidio, se encuentra prohibido el uso de la guerra como medio de solución de dicho conflicto. **6.** La autotutela también puede ser utilizada por un medio de presión o coacción sobre la contraparte para lograr el prevalecimiento de los propios intereses (huelga o suspensión de labores) (Cámara de diputados de México, 2013).

1.2. Evolución histórica

1.2.1. Medios alternativos de solución de conflictos (MASC)

Al hablar de los MASC se está ante el redescubrimiento de los medios alternativos de solución de conflictos; pues, en sus diversas instituciones han existido desde épocas antiguas. La conciliación, como señala Gozaini, se halla en las formas tribales, para avanzar

históricamente afincándose en los consejos de familia, clanes o reunión de vecinos caracterizados.

Los MASC motivan como reflexión la polémica moderna acerca de los límites de la acción del Estado, en particular de quien debe administrar justicia. Al respecto, en un intento de sistematización puede hablarse de tres posiciones, dos radicales y una intermedia.

- a) La teoría del monopolio estatal judicial, sostiene que la administración de justicia es un servicio público que de manera exclusiva brinda el Estado, por tanto, de forma irremediable los particulares deben someter a ella todas sus controversias.
- b) La teoría de la judicatura como actividad únicamente privada, considera que la justicia debe ser administrada por particulares y no por el Estado, de modo que los particulares deben arreglar sus conflictos de acuerdo a su propia necesidad y criterio por ellos mismos, o acudiendo a la intervención de un tercero (que puede ser también un órgano estatal pero que actúa como una posibilidad privada más, dentro de las existentes en el mercado).
- c) La teoría de la alternativa jurídica-estatal y privada, estima que es posible la existencia paralela tanto de la administración de justicia por parte del Estado, así como justicia privada a través de los medios alternativos de solución de conflictos.

Es de señalar que nuestro país ha optado por esta posibilidad, haciendo factible que las personas puedan recurrir de modo alternativo a la negociación, a la mediación, al arbitraje, a la conciliación extrajudicial previa al proceso judicial y a la conciliación, aun en el mismo proceso judicial.

Se define los MASC, en sentido amplio, como en sentido restringido. En sentido amplio, los MASC son aquellas atribuciones, alternativas al sistema judicial oficial, que permiten la solución privada de los conflictos; y, en sentido restringido, los MASC son aquellos procedimientos que buscan la solución a los conflictos entre las partes, ya sea de manera directa entre ellas (o con el nombramiento de agentes negociadores, como es el caso de la negociación) o mediante la intervención de un tercero imparcial (como son los casos de la mediación, la conciliación y el arbitraje). Los principales MASC son: la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y la evaluación neutral (Alarcon Flores, 1994).

1.3. La negociación

La negociación es un medio de solución de conflictos en que las partes buscan persuadir una a la otra del hecho que su percepción de una situación determinada es la correcta. La negociación fue calificada como un enfrentamiento entre las partes, la tendencia actual

califica a la negociación como un proceso en el que predomina el trabajo en equipo denominándola “negociación cooperativa”.

También se ha redefinido la negociación calificando el conflicto como un problema común de las partes, éstas solucionarán trabajando en equipo. La negociación cooperativa requiere que el negociador tenga una nueva óptica en la que se privilegie lo siguiente:

- Ser duro con el problema, no con la persona, esto es pensar en la otra parte como un socio en la empresa de resolver problemas comunes, antes que considerarlo como parte del problema. Así vistas las cosas corresponde a los “socios” atacar duramente el problema, pero no atacarse mutuamente, ya que ello no facilitará la solución de sus problemas.
- Discutir sobre los intereses de las partes, no sobre las posiciones, es decir debe descubrirse qué es lo que cada uno requiere para satisfacer sus necesidades. En otras palabras, no centrarse en las posiciones o propuestas formuladas sino buscar cuál es su sustento, qué es lo que se esconde detrás.
- Crear opciones de solución que satisfagan los intereses mutuos, es decir no proponer aquello que no aceptaríamos de estar en la posición de la otra parte. Se trata pues de generar un espacio en el cual las partes se dediquen a la creación de fórmulas de solución sin la presión del compromiso, simplemente para tener varias alternativas dentro de las cuales se escogerá la más conveniente.
- Usar criterios objetivos para elegir entre las opciones de solución aquella que ponga fin a la controversia. Se trata de persuadir a la otra parte sobre la base de la razón, en lugar de pretender presionarla para que acepte nuestra posición. Esta nueva visión del proceso de negociación se encuentra presente en el mundo empresarial de hoy, en especial en los siguientes aspectos:
- Ya no se hace referencia a la competencia, sino por el contrario a la *competencia*, es decir, celebrar acuerdos con los competidores para desarrollar nuevas tecnologías, nuevos productos, descubrir las ventajas de la cooperación en contraposición al enfrentamiento.
- Solución conjunta de problemas con la competencia, recurrir a medios de solución de controversias tales como la conciliación o la mediación en los que predomina el ambiente de cooperación antes que la confrontación.
- Negociación de la reglamentación, es decir la preocupación de las autoridades por dialogar con los usuarios para conocer el impacto de las propuestas normativas en su actividad. Aspecto que ha empezado a desarrollarse en el país a través de la pre-

publicación de normas legales para permitir el intercambio de opiniones entre la autoridad y el usuario.

- Concentrarse en los intereses de la otra parte, a efectos de satisfacerlos plenamente. El ejemplo más claro es la primacía del servicio y atención al consumidor en la estrategia de las empresas líderes.

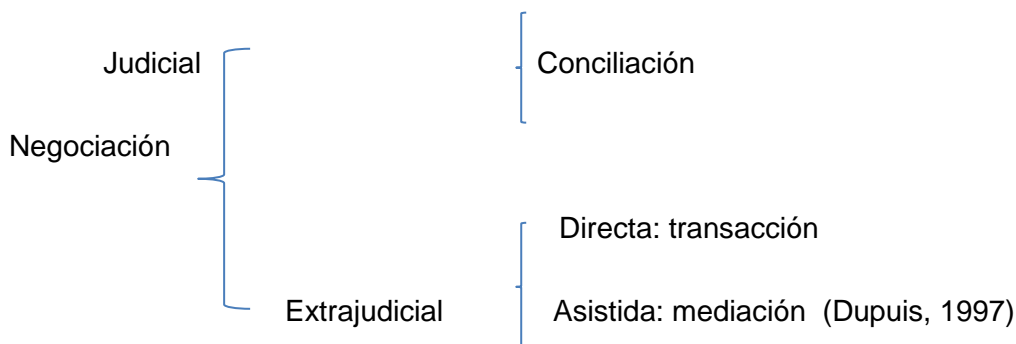
En efecto, la tendencia actual en materia de estrategia empresarial es favorecer la atención permanente a las necesidades de los clientes para que se genere una relación de cooperación, la misma que asegura la fidelidad de la clientela, la cual a su vez redundará en beneficio tanto para el cliente como del proveedor (García, s/f).

Entre las formas no adversarias, la negociación asume relevancia, es una denominación genérica que cubre una serie de formas de solución, que se apoyan en el acuerdo de las partes. Para (Moore, 1995), la negociación es una relación de regateo entre las partes que mantienen un conflicto aparente o real de intereses. Los participantes se incorporan voluntariamente a una relación provisional destinada a la mutua educación en relación con las necesidades y los intereses de los dos, con el propósito de intercambiar recursos específicos, o de resolver una o más cuestiones intangibles, por ejemplo la forma que la relación adoptará en el futuro o el procedimiento mediante el cual se resolverán los problemas.

La negociación es un proceso intencional y estructurado que las discusiones informales para la resolución de problemas (Moore, 1995) Hay negociación directa, que es la que se realiza directamente entre las partes frente a una determinada disputa. En sentido más amplio la negociación también cubre una serie de supuestos que exceden de la negociación directa, como por ejemplo la mediación que implica la intervención de un tercero cuando las partes ya no creen que puedan resolver el conflicto por sí mismas.

1.3.1. Tipos de negociación

La negociación puede ser judicial, extrajudicial directa o asistida, como se demuestra en el siguiente esquema:



La negociación es un proceso, un arte por el que las partes resuelven conflictos, acuerdan líneas de conducta, buscan ventajas individuales o colectivas. En ella se establece una comunicación interesada para intentar alcanzar un acuerdo cuya esencia es la búsqueda del mutuo beneficio. Sus reglas están históricamente en la costumbre y el resultado es un acuerdo. Las partes son titulares de los derechos y de las obligaciones, es decir, del objeto que se negocia. La resolución de la negociación es la firma de un contrato (Arriaga, s/f).

En el diccionario de la lengua española, la palabra negociación proviene del latín *negotiatio* que significa acción y efecto de negociar. A juicio de Pinkas Flint Blank, la negociación es un proceso de comunicación dinámico, en mérito del cual dos o más partes tratan de resolver sus diferencias e intereses en forma directa a fin de lograr con ello una solución que genere mutua satisfacción de intereses. Estas diferencias deben ser resueltas por las partes aprovechando los distintos valores que cada una de ellas asigna a la toma de decisiones.

Hay características institucionales y estructurales de la negociación, que pueden facilitar la táctica del compromiso o hacerla más accesible a una de las partes que a la otra, o afectar a la probabilidad de un compromiso simultáneo, así: utilización de un agente negociador, secreto contra publicidad, negociaciones entrecruzadas, negociaciones continuas, agenda restringida y la posibilidad de compensación (Alarcon Flores, 1994).

1.4. La mediación

La mediación es un procedimiento por el cual las partes, que se encuentran sumergidas en un conflicto, buscan una solución aceptable a la que podrán llegar mediante la ayuda de un tercero neutral, que mediante el uso de técnicas aprendidas, intenta ayudarlas a llegar a su propio acuerdo. La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable (Alvarez, 2000).

Para (Moore, 1995), la mediación implica intervención de un tercero, aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder de decisión y habilitado para ayudar a las partes a alcanzar voluntariamente el arreglo mutuo aceptable de los temas en discusión.

Los conceptos que se dan coinciden en lo sustancial: la mediación es un procedimiento de negociación asistida, en donde las partes involucradas en un conflicto pretenden encontrar una solución que satisfaga a ambas, para lo cual recurren a la colaboración de un tercero neutral, que carece de poder de decisión y cuya función será la de ayudarlas en esa búsqueda. La función del mediador es acercar a las partes, facilitar la comunicación entre ellas, a fin de que lleguen por sí mismas a la solución del conflicto. Pero el poder de decisión queda en manos de las partes. El mediador a través de una adecuada técnica comunicativa

se transforma en un puente entre los afectados. Y si un buen mediador logra algo, a través del proceso interactivo, es que la parte escuche el punto de vista de la otra y lo comprenda, aunque no esté de acuerdo con él.

El mediador no es un juez, ya que él no define la controversia, como en el caso del juez o del árbitro, sino que su función es colaborativa. Él ayuda a las partes a esclarecer los puntos de controversia. Más allá de sus posiciones, busca el interés que las mueve; facilita la discusión, plantea una visión realista del problema y sus posibles consecuencias en la hipótesis de no llegarse a un acuerdo. Busca en definitiva, que sean los directamente involucrados quienes resuelvan por sí sus propios conflictos, de modo tal que se evite una solución impuesta. Así se ahorra tiempo, dinero, energías y fundamentalmente, se liman las asperezas.

Al provenir la solución de las partes mismas, “no hay vencedores ni vencidos” y ello facilita la continuación del trato, sin deterioro de las relaciones, sea que éstas sean familiares, laborales, comerciales o empresariales. También facilita su cumplimiento, porque en definitiva se sienten inclinadas a efectivizar lo que ellas mismas pactaron.

Finalmente, en la hipótesis de no llegarse a una solución acordada, el procedimiento seguido distiende las relaciones, facilita la búsqueda de otras opciones, e incluso en la hipótesis de llegarse a un litigio judicial, facilita el trámite, al quitarle en gran medida, una dosis de agresividad con que se llevan adelante algunos pleitos.

1.4.1. Características

- La mediación es una negociación asistida. Esto es, las partes actúan por sí mismas. Más concretamente, las partes actúan, negocian y proponen las soluciones.
- La mediación es un acto voluntario. Lo que significa que las partes deciden participar o no participar en el proceso de la mediación, pueden ponerle fin en cualquier momento y no están obligadas a llegar a un acuerdo. Por tanto, el acuerdo únicamente se firmará si las partes están conformes con el contenido del mismo.
- La mediación es un proceso que tiende al acuerdo y no a la reparación.
- El mediador utiliza una estructura y técnicas específicas para alcanzar los objetivos. De todas formas, a pesar de no estar la mediación exenta de reglas que es forzoso respetar, el papel determinante que tienen las partes y la posibilidad que tiene el mediador de imprimir su propio estilo al proceso hacen de la mediación un instrumento muy flexible.

- La mediación está basada en el principio de confidencialidad, por lo que ni el mediador ni las partes pueden revelar lo ocurrido en las sesiones a no ser que cuenten con la autorización de los otros.
- La mediación se caracteriza por ser un procedimiento informal y flexible.
- El acuerdo es producto de la mediación de los propios interesados, lo que constituye una garantía que los intereses de las partes van a quedar salvaguardados (Calvo & Piconto, 1997).

1.4.2. Mediación. Su conveniencia

El conflicto es una realidad de la vida, lo que importa es resolverlo. Las sociedades modernas generan demasiados conflictos y, a su vez, cada vez éstos resultan más complejos, con lo que en ocasiones el propio juez se confía en la opinión de expertos para decidir el caso. Los tribunales se encuentran recargados de expedientes, muchos de los cuales, a un menor costo pudieron haberse resuelto satisfactoriamente para los involucrados y en menor tiempo, de haberse recurrido a otros medios alternativos de la solución de las disputas.

La mediación es uno de ellos y los más positivos. La solución se apoya en la voluntad de las partes, que son las que mejor saben lo realmente sucedido y hasta donde pueden ceder en aras de encontrar un equilibrio. Es positivo que las partes arreglen por sí mismas sus conflictos, ya que al hacerlo de ese modo lo hacen por convicción y no por imposición de otro. Su éxito se debe sencillamente a que da resultado.

Pero, a la par de la bondad intrínseca del estudio, se considera que ofrece apreciables ventajas: **a)** rapidez en la solución, se evitan pleitos lentos y de resultado imprescindible; **b)** menores costos tanto para las partes como para el Estado, frente a la creciente necesidad de mantenimiento de infraestructuras cada vez mayores; **c)** descarga de los tribunales, cada vez más abarrotados de expedientes, lo que permite una mayor dedicación a aquellos problemas de más difícil solución; **d)** mayor paz social. Es que la solución impuesta crea resentimientos, socava la confianza y destruye la convivencia armónica. La acordada en cambio diluye los rencores, inspira confianza y construye la paz.

Sus ventajas son muy apreciables, en los Estados Unidos, en que en forma privada se han organizado a más de la estatal, *“se ha convertido en un gran negocio: se cree que existen unas seiscientas cincuenta compañías dedicadas a la solución alternativa de las disputas, que manejan casos que anualmente representan cientos de millones de dólares”* (Acland, 1993).

A partir del conflicto, las partes asumen posiciones incompatibles entre sí, por lo que no les es posible por sí mismas lograr una solución negociada. Es allí donde aparece el mediador, quien pretende facilitar el diálogo, restablecer la comunicación entre ellas, y más allá de sus posiciones, detectar sus intereses. El mediador intenta inducir a las partes para que generen propuestas mutuamente aceptables y, en definitiva, solucionen ellas mismas dicho conflicto.

El mediador es un facilitador de la comunicación entre las partes, que su rol es el de un traductor, puesto que asiste a cada parte a comprender lo que la otra dice (Appel, 1996). Ésta es la forma pura de mediación. En la realidad de sus prácticas, varias veces sucede, que por distintas razones (autorización expresa o tácita de las partes, fuerte personalidad del neutral, estilo, etc.), que el modelo clásico no se configura, sin que pueda afirmarse así que el modo de conducir la mediación sea incorrecto.

Se indica que, en función de la intensidad con que los componentes del modelo clásico aparecen y se combinan en la práctica concreta del proceso, se origina una vasta gama de mediaciones o “formas, estilos o paradigmas de mediación, en cuyos extremos se sitúan las variantes *facilitativa y evaluativa o evaluativa predictiva*” (Garber, 1996, p. 13). Se señalan las características de cada una de ellas:

1.4.2.1. Facilitativa

En ella el mediador procura inicialmente que las partes identifiquen los intereses y necesidades subyacentes a sus respectivas posiciones o posturas jurídicas. Logrado eso, colabora con ellas en la búsqueda de soluciones creativas y mutuamente satisfactorias, sin opinar sobre el posible resultado de un eventual litigio, ni sobre las condiciones precisas que debería reunir un posible acuerdo transaccional o conciliatorio.

1.4.2.2. Evaluativa-predictiva

Aquí se enfocan preferentemente los derechos y obligaciones de los contendientes. El mediador no solo opina abiertamente sobre los puntos débiles y los fuertes de las respectivas posturas jurídicas, sino que aventura predicciones sobre el desarrollo y desenlace del eventual proceso judicial. También recomienda concretas fórmulas transaccionales.

1.4.2.3. Combinado

Alterna ambos métodos y se aplica en aquellos casos en que los “*intereses*” son difícilmente discernibles de sus “*posiciones*”. Los diferentes métodos han sido objeto de críticas positivas

y negativas, muchas veces influenciadas por la visión que se tiene de la mediación misma (Garber, 1996).

Dice Flint que la mediación constituye una variante del proceso de negociación. Si bien aplica a esta las mismas reglas generales, difiere de la negociación en que entra en escena un tercero denominado mediador. El rol del mediador es el de un facilitador, quien recoge inquietudes, traduce estados de ánimo y ayuda a las partes a confrontar sus pedidos con la realidad. En su rol, el mediador calma los estados de ánimos exaltados, rebaja los pedidos exagerados, explica posiciones y recibe confidencias.

Para Ruprecht, es un medio de solución de los conflictos por el cual las partes ocurren ante un órgano designado por ellas o instituido oficialmente, el cual propone una solución que puede o no ser acogida por las partes. En cambio para Couturier, se trata de un procedimiento de investigación completo que conlleva a proponer precisas recomendaciones para solucionar un conflicto.

1.4.2.4. Características

- Al igual que en la conciliación, al mediador lo escogen o eligen las partes o un tercero, misión que deberá recaer en una persona que posea los dotes necesarios para hallar soluciones a un problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de brindar.
- Constituye un sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y arbitraje, una puja adicional que permitirá a las partes inmersas hablar en familia, y de manera directa, la solución que no ha sido posible aun materializarse.
- Se caracteriza por tratar de alcanzar una aceptación de las partes por intermedio de la propuesta de un tercero, que solo tiene fuerza de recomendación. El mediador no impone nada. La presencia y labor del mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por sí mismas la solución directa del conflicto.
- El tercero, pese a no tener autoridad sobre la decisión en sí, sin embargo ayuda a las partes en el proceso de adoptarla, actúa como catalizador entre ellas (Alarcon Flores, 1994).

1.4.3. Principios generales

1.4.3.1. El conflicto

El conflicto es un presupuesto de la mediación, es que si no hay situación de choque, combate, confronate, no habrá campo para la mediación, puesto que en definitiva, no existe

desacuerdo que torne necesaria una solución. Según el diccionario, conflicto deriva del latín **conflictus**, significa “*lo más recio del combate*” o el “*punto en que aparece incierto el resultado de la pelea*” o “*el combate*” mismo. En sentido amplio es una controversia o confronte entre dos personas, que sustenta una opinión distinta sobre un bien de la vida.

El conflicto, en su integridad, podrá observarse que en él intervienen elementos subjetivos y objetivos, elementos racionales e irracionales, motivaciones personales, valores, emociones; muchas veces, el conflicto es más grave en la mente de los hombres. Se ha dicho que lo que cuenta es lo que la gente piensa sobre la realidad, más que la realidad misma. En tal sentido Rubin define al conflicto no como una divergencia de intereses, sino como la percepción de una divergencia de intereses (California, 1993, p. 123).

Detrás del conflicto siempre hay intereses encontrados de las partes, por lo que en definitiva, si se penetra en el interior del conflicto, encuentra un choque o divergencia de intereses; el conflicto es toda divergencia de intereses exteriorizada.

1.4.3.2. La teoría del conflicto

Al existir el conflicto, el ser humano tiende a solucionarlo. Esa solución puede ser pacífica y acordada entre las partes sin otra intervención que la de ellas mismas (transacción); impuesta por un tercero (del juez, la sentencia y la del árbitro, el laudo); o acordada con la intervención de un tercero, que actúa como facilitador (el mediador). Se excluyen los supuestos de solución unilateral mediante el uso de “*la ley del más fuerte*”, por ser contraria a las formas civilizadas de solución de los conflictos.

El conflicto puede pasar por varias etapas que han representado en la “*pirámide de la disputa*”, que es una pirámide invertida en cuya base superior se representa el área de las experiencias percibidas como injuriosas. Se identifica al responsable, puede experimentar un agravio. Y el paso siguiente será el reclamo, en que se le pide alguna cosa como compensación o reparación. Se formula el reclamo, puede no sobrevenir la disputa, que está en el área menor, ya que muchos reclamos son satisfechos directamente (Bianchi, 1996).

El ideal de cada parte, es la de ganar o triunfar frente al conflicto. Pero ese ideal se ve limitado por las situaciones ventajosas que obran a favor de la contraparte. Es preciso evaluar las posibilidades de éxito que se pueda tener. Los resultados del conflicto pueden ser destructivos o constructivos:

- a) Pérdida para las dos partes (pérdida-pérdida);
- b) Éxito para uno, pérdida para el otro (triumfo-pérdida); y,
- c) Éxito para ambos (triumfo-triumfo)

La mediación tiende a encontrar una solución en que ambos participantes triunfen (Deutsch, citado por Wilde y Gaibrois, 1973, p, 35).

1.4.3.3. Ciclo de vida del conflicto

La doctrina especializada menciona al “*ciclo de vida del conflicto*”, que se resume en cinco fases:

- a. **El conflicto latente:** cuando sólo hay una estructura del conflicto generada por la existencia de intereses que tienen una tendencia a oponerse de manera recíproca.
- b. **La iniciación del conflicto:** hay un hecho desencadenante que lo inicia, activa o exterioriza. Es el conflicto manifiesto.
- c. **Búsqueda del equilibrio del poder:** las partes buscan equilibrar las posiciones, para lo cual recurren a la fuerza o al derecho (sentencia). También pueden hacerlo mediante métodos no coercitivos, como la mediación.
- d. **El equilibrio del poder:** luego de diversos ajustes se llega al equilibrio.
- e. **Ruptura del equilibrio:** las condiciones pueden variar con el tiempo y se llega a la ruptura del equilibrio.

El proceso constituye una espiral continua o una hélice, que se moviliza a través del cambio. El paso por las cinco fases equivale a una vuelta de la hélice, pudiéndose repetir el ciclo. La mediación tiende precisamente a la búsqueda del equilibrio, sea para evitar que surja el conflicto o cuando éste ya lo está, para impedir su escalada.

1.4.4. Posiciones, intereses y necesidades

1.4.4.1. Posiciones

Entre las posiciones, intereses y necesidades, sus principales elementos de que se integra el conflicto son las posiciones y los intereses. Es esta la columna vertebral sobre la que habrá de apoyarse la actuación del mediador. Lo común es que las partes negocien en base a las posiciones. En este caso cada parte exterioriza su pretensión y argumenta en base a ella, haciendo ambas concesiones. El clásico ejemplo de esta forma de negociación es el “*regateo*”.

De acuerdo con Fisher, Ury y Patton (1996, p. 33) todo método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios:

- a) Debe conducir a un acuerdo sensato;
- b) Eficiente; y,
- c) Debe mejorar o por lo menos no deteriorar la relación de las partes.

A juicio, la negociación según posiciones produce acuerdos insensatos, ineficientes y que ponen en peligro la relación entre las partes, más aún cuando ellas son varias.

La negociación basada en posiciones se convierte en un enfrentamiento de voluntades que tiende a convertirse en batalla, pues cada parte trata de forzar a la otra a cambiar sus posiciones por medio de pura fuerza de voluntad. Ello provoca ira, resentimiento, tensiones y sentimientos amargos, que pueden durar toda la vida. También muchas personas reconocen los altos costos de las negociaciones duras, basadas en posiciones y para evitarlos buscan un estilo más amable, viendo a la otra parte como un amigo antes que verla como un enemigo, mediante la negociación llamada suave.

Se propicia una alternativa que es el Proyecto de Negociación de Harvard, método denominado negociación según principios, o negociación con base a los méritos, resumiéndose en cuatro puntos:

- a. **Las personas:** separar a las personas del problema. No debe atacarse a las personas sino al problema.
- b. **Los intereses:** concentrarse a ellos, no en las posiciones. Las posiciones oscurecen lo que realmente quieren las partes.
- c. **Opciones:** generar una variedad de posibilidades antes de decidirse a actuar. Una sola opción oscurece el acuerdo. El pensar en una amplia gama de soluciones posibles que favorezcan los intereses compartidos, es beneficioso (torbellino de ideas).
- d. **Criterios:** insistir en que el resultado se base en algún criterio objetivo. El acuerdo debe reflejarse en algún criterio justo y objetivo (por ejemplo, el valor de mercado, opinión de un experto, estadísticas, costumbre o ley).

Una vez que se generaron opciones, las partes deben encontrar la llamada por los especialistas en negociación, "*mejor alternativa al acuerdo negociado (MAAN)*". El MAAN es la mejor alternativa de solución que cada una de las partes tiene fuera de la negociación en el caso de no arribarse a un acuerdo. Importa un límite subjetivo que, de fracasar las tratativas, tiene cada parte y que obliga a evaluar cuál es la mejor posibilidad con relación a ese negocio.

Fisher, Ury y Patton (1996) señalan que el MAAN es bueno pero la negociación no parece muy prometedora, no hay razón para intervenir en ella mucho tiempo. Si el MAAN es pésimo se debe dedicar más tiempo a la negociación, a fin de conseguir algo más satisfactorio. Es necesario reflexionar cuidadosamente acerca del propio MAAN y el del adversario, a fin de

no cometer errores, ya sea en la creencia de tener un MAAN mejor que negociar, cuando la realidad es otra, o crecer que no se lo tiene, cuando no es así.

Pero en este caso el primer negociante, para obtener un mejor acuerdo se habrá de procurar en poner de manifiesto su MAAN, lo que llevará a su contraparte a evaluar la solución, puesto que de ir a la justicia, seguramente deberá soportar los altos costos de esa alternativa. El segundo, en cambio, silenciará su MAAN para evitar que su contrario pueda obtener provecho de esa situación. También el MAAN del otro negociante puede ser bueno o malo.

Ambos contendientes deberán medir las posibilidades de éxito que tendrían de llevar el caso a los tribunales, puesto que podría suceder que la omisión de tan importante aspecto podría llevar a una parte a rechazar una propuesta de arreglo, que en términos económicos es superior a lo que obtendría a través de una solución judicial. En la experiencia judicial ha sucedido en alguna oportunidad, que una de las partes rechazó los términos de una propuesta ofrecida por su contraparte en ocasión de una audiencia de conciliación, que era superior a lo que después obtuvo en la sentencia. De haber evaluado a profundidad esas posibilidades, seguramente habría aceptado la solución negociada.

1.4.4.2. Intereses

Con relación a los intereses, hay una noción económica que lo define como el provecho, la utilidad, ganancia o lucro que se espera del capital. Pero se refiere al interés en un sentido más profundo, pretendiendo apuntar a todo aquello que la parte desea o anhela con vehemencia; a toda necesidad, sea de orden moral o material. Los intereses responden al porqué del conflicto, a las razones que lo motivan, que normalmente están subyacentes y no se explicitan, aunque nada obsta a que las partes se explacen sobre ellos sin mayor trabajo del mediador.

1.4.4.3. Necesidades

Referente a las necesidades que son los intereses básicos, cuya satisfacción representa el mínimo imprescindible a obtener, ya sea material o espiritualmente por cada parte. Son los requerimientos humanos absolutos que apuntalan los intereses (Floyer, 1993, p. 245). En este sentido, las creencias más profundas del individuo, la religión, las virtudes, las ideologías políticas constituyen bienes cuya posesión muchos individuos valoran con mayor vehemencia que a los bienes materiales; principios que pueden ser la base “*no negociable*” y muchas personas incluso están dispuestas a sacrificar otros bienes de la vida, por defenderlos.

No habrá que depender de “*la escala de valores*” de las personas, por lo que a veces primará lo económico, en otros lo moral y, por fin, en otros, ambos aspectos asumirán parecida relevancia, inclusive cuando están en juego los valores supremos, siempre hay un interés subyacente que guía el actuar de los individuos, entendido como una necesidad de obtener algo para un fin determinado. De modo que las necesidades se acercan al concepto de interés. Ellas responden a la pregunta ¿para qué? se busca una determinada solución al conflicto. En cambio, las posiciones son la forma en que se exterioriza el conflicto, las defensas que los individuos construyen para preservar los intereses y las necesidades subyacentes.

Ejemplos: una persona que es operada de cirugía estética por un reconocido profesional, sostiene que la operación fue mal hecha y que quedó una parálisis facial en uno de los lados de la cara, debido a que por error médico le fue tocado un nervio durante la operación. Otro médico, a quien va en consulta la parte afectada, le indica que es posible solucionar el problema mediante una nueva intervención quirúrgica, que él podría hacer, aunque a un costo elevado.

A fin de soportarlo, como así también los demás gastos que se vio obligada a efectuar, la paciente le reclama al primer médico una indemnización. El cirujano que la operó se niega a reconocer el error, atribuyendo el cuadro a causas ajenas a su intervención. Y aunque sabe que se equivocó, no está dispuesto a reconocerlo, puesto de trascender su eventual responsabilidad, ello podría significarle un gran deterioro de su imagen profesional. En este caso las posiciones de las partes están constituidas por las respectivas pretensiones sustentadas: así, para la víctima, la reparación económica del daño. En cambio, en cuanto a los intereses, el de la víctima en el caso del ejemplo, es el poder sufragar los costos de la nueva operación. Y el del médico es cuidar su imagen, evitando que trascienda el hecho, pues ello le podría ocasionar un grave daño a su reputación.

En este caso será tarea del mediador, efectuar un replanteo del caso, descendiendo de las posiciones a los intereses. Obsérvese que de querer buscarse una solución en base a las posiciones, en vez de logarse resultados positivos, muy seguramente las partes terminarán más distanciadas que antes. Es que la actora tendrá una lógica indignación frente a la negativa del médico de reconocer haber incurrido en error. Y éste no querrá admitirlo para cuidar su imagen frente a la gran cantidad de clientela que tiene, porque en realidad trabaja bien.

En cambio, si el mediador indaga a las partes podrá descubrir el real interés de cada una. Y de este modo, suavizará el planteo, presentándoles la posibilidad de llegar a una solución de modo tal que la víctima sea nuevamente operada sin costo a su cargo y sin que trascienda

el alegato. Como aquí radica el interés de las dos partes, ellas estarán dispuestas a escuchar y realizar propuestas en un clima de mayor distensión y cordialidad y dejando de lado las posiciones.

Claro está, que si en la escala de valores de una de las partes asume gran relevancia el valor justicia, verdad (necesidad), será casi imposible una solución mediada. Es que en esta hipótesis se estará en presencia de intereses no negociables, que se contraponen a los del cirujano plástico. De descubrirlos el mediador, podrá recomendar, por ejemplo, un arbitraje. Y en definitiva será el juez quien dirima la controversia.

Pero en muchos casos, si bien las posiciones de las partes están encontradas, en realidad no hay choque de intereses, por lo que la cuestión podrá solucionarse si el mediador, con la capacidad de percepción que lo debe caracterizar, luego de indagar en base a las técnicas aprendidas, descubre esos intereses subyacentes y hace que las partes los expresen.

1.4.5. Conflicto aparente

Las posiciones e intereses muchas veces no coinciden, por lo que es función del mediador llegar al fondo del problema, a fin de lograr que las partes encuentren, con su valiosa ayuda, lo que más les conviene a ambas. De este modo, las dos podrán resultar gananciosas. En esta búsqueda, en ocasiones sucede que el mediador se encuentra con que no se está en presencia de un conflicto real, sino frente a un mal entendido. Es que a veces las personas, en base a los gestos, expresiones equívocas o malas interpretaciones, se colocan en posición de combate, despliegan sus defensas más efectivas, cortándose el diálogo, por lo que llegan a la ruptura, sin que en verdad ninguna quiera algo distinto de lo que pretenda la otra.

Pero, este tipo de situaciones en ocasiones se tornan tan difíciles de resolver como verdaderos conflictos, será ardua tarea del mediador el indagar el real alcance, puesto que también sucede, que hay una parte real y otra que no lo es. Coser distingue entre el conflicto real y el irreal. Hay un conflicto irreal cuando las partes se comportan como si estuviesen enredadas en una disputa, cuando de hecho no existen condiciones objetivas para el conflicto. El conflicto real es el resultado de las auténticas diferencias de intereses.

1.4.5.1. Características

Entre las características que definen a la mediación se citan los siguientes:

a). Confidencialidad. Se habrá de analizar este aspecto tanto frente a terceros, como frente a la contraparte, e incluso frente al mediador mismo. Confidencial es lo que se hace o se

dice en confianza o con seguridad recíproca entre dos o más personas. Es un acto de confianza por el cual una persona hace una revelación de algo secreto o reservado o, en este caso, que no quiere que trasunte a la contraparte. La confidencialidad es una de las características más importantes de la mediación, puesto que sin ella muy difícil sería penetrar en los intereses subyacentes de las partes, con el fin de facilitar la búsqueda de una solución acordada.

La confidencialidad cubre diversos aspectos:

- i) **Frente a terceros.** El mediador no podrá revelar a terceros nada de lo que se dijo y sucedió durante el transcurso de la mediación. Para asegurarse de ello, normalmente las partes suscriben un “*convenio de confidencialidad*”, que le impone esa conducta, aun en ausencia de la ley. Ello significa que el mediador no sólo no podrá revelar a terceros lo que sucedió mediante la mediación, sino que tampoco podrá ser citado a juicio para declarar sobre ello.

De este modo, la comunicación se facilita, puesto que las partes podrán explayarse sobre lo sucedido, incluso reconociendo hechos que la desfavorecen, en la inteligencia de que en caso de no llegarse a una solución acordada, todo lo dicho no podrá ser alegado o esgrimido en su contra. También podrá utilizar papeles de trabajo, en los que se expliciten fórmulas de posibles acuerdos, los que deberán destruirse al finalizar la mediación, para el caso en que a ningún acuerdo se llegue.

- ii) **Frente a la contraparte.** El deber de confidencialidad no sólo obra frente a terceros, entre los que asume especial relevancia el juez y otros terceros interesados en determinada información, sino frente a las partes mismas.

En efecto, en las sesiones en que el mediador mantiene con las partes separadamente, generalmente recibe información de cada una de ellas, que no puede comunicar a la otra, si no es autorizado expresamente. De allí que es de buena práctica que el mediador pregunte en tales sesiones qué información puede revelar a la otra parte y cuál no. Esta situación permitirá a las partes explayarse en hechos que no desean que no conozca la contraparte, o que aun conociéndolos, que no quieren admitirlos frente a ella, incluso porque podría producir la sensación de debilitamiento en la posición que se sustenta, lo que se quiere evitar.

- iii) **Frente al propio mediador.** La confidencialidad también opera para el propio mediador cuando no actúa como tal. Es que conforme a principios éticos que las leyes suelen recoger, la persona que haya mediado en un asunto, no puede ser quien resuelva el conflicto como juez, en caso de ser designado ulteriormente en

dicho cargo. Tampoco podrá actuar como letrado o apoderado de alguna de las partes en el conflicto, aún pendiente de solución. Y ello es para evitar que quien fue mediador pueda valerse de ese “secreto”, violando la confidencialidad, y con una finalidad distinta a aquella para lo cual las partes se explayaron.

1.4.5.2. Voluntariedad

Según el diccionario de la lengua española, la palabra “voluntario” deriva del latín *voluntarius*, señalando lo siguiente. “*Dícese del acto que nace de la voluntad, y no por fuerza o necesidad extrañas a aquellas*”. También define lo voluntario como aquello “*que se hace por espontánea voluntad y no por obligación o deber*”. Se distinguen dos etapas:

- i) **Ingreso a la mediación.** Necesariamente la voluntariedad está presente en la mediación; es decir, que para que haya mediación no es imprescindible que las partes ingresen a ella por una libre y deliberada decisión. Bien puede suceder que el sometimiento del conflicto a mediación no sea espontáneo, sino por obligación o deber.

Desde este análisis, la mediación podrá ser:

- **Voluntaria:** la decisión de someter el caso a mediación es espontáneo, sin que exista obligación o deber.
- **Obligatoria:** la decisión de someter el caso a mediación se ve impelida por una obligación legal, incluso en algunos lugares es el juez quien decide enviar a las partes a mediación. Esta decisión, que es optativa por el juez, será obligatoria para las partes. Por ello desde la óptica de las partes, cabe incluir el supuesto dentro de esta categoría.
- **Optativa:** la decisión tomada por una de las partes de someter el caso a mediación, obliga a la otra.

Permanencia en el procedimiento de mediación. Si se puede sostener que la voluntariedad es una característica de la mediación. Una vez iniciado el procedimiento de mediación no es posible obligar a ninguna de las partes a permanecer en él. Cualquiera de las partes puede considerar terminada la mediación si, una vez iniciada, percibe que no hay posibilidad de acuerdo, que la conducta de la otra parte no es seria o es dilatoria, o simplemente que ella misma no desea llegar a una solución acordada, porque prefiere que sea un juez quien defina la controversia, por lo que puede retirarse de la mediación, o podrán hacerlo las partes de común acuerdo; es más, el propio mediador, si luego de ahondar en el problema considera que no es posible fijar pautas mutuamente aceptables

para un eventual acuerdo, puede dar por concluida la mediación, salvo claro está que la totalidad de las partes involucradas quieran seguir recorriendo el camino de la mediación.

Esta voluntariedad marca una notable diferencia con el procedimiento judicial. Es que una vez trabada la litis, únicamente es válido el desistimiento del juicio, cuando media común acuerdo de las partes involucradas. Y si el actor pretende desistir del proceso después de notificada la demanda, deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se le dará traslado notificándosele personalmente o por célula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Pero, sin mediar oposición el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa.

Claro está que el demandado no tiene facultad de desistir, sino en caso de que a la par sea reconveniente, y solo de su reconvenición. Pero para que ello suceda también se aplicará la norma citada, porque él actúa como actor en lo que en su contrademanda se refiere.

1.4.5.3. Informalidad relativa o flexibilidad

El principio general es que el mediador no habrá de sujetarse al cumplimiento de formas o solemnidades, como aquellas a las que debe someterse todo litigante durante la tramitación de un juicio. Así, la ley procesal fija en forma precisa los pasos que habrán de transitarse para llegar a la sentencia: demanda, contestación, reconvenición, su contestación; planteo de las defensas o excepciones; apertura a prueba; alegatos, etc. Es más, se establece en forma precisa el tiempo de los actos procesales y, además, los códigos de forma organizan un sistema recursivo complejo, debiéndose pronunciar el juez exclusivamente sobre las pretensiones de las partes, pues de lo contrario corren el riesgo de fallar *extra petita* o *ultra petita*.

En el caso de la mediación, en cambio, el principio que rige es el de la informalidad relativa, significando que si bien la mediación posee una estructura, cuyo aprendizaje el mediador habrá de hacer, así como también se pueden reconocer distintas etapas, no necesariamente las partes se sujetarán a un procedimiento estricto. Ellas podrán obviar pasos, convenir la forma en que se desarrollará el procedimiento, incluso podrán avanzar en él y luego de ser necesario habrán de retroceder. Existe amplia libertad para fijar el procedimiento e incluso para no fijarlo. Por último, las negociaciones serán conducidas por el mediador con la flexibilidad necesaria para adecuarlo al curso de ellas.

En la mediación las partes serán las que lleguen o no a la solución del conflicto, el mediador únicamente fomentará esa vía y las asistirá en la creación de opciones o propuestas que satisfagan los intereses de ambas. De allí que la mayor o menor formalidad del procedimiento concreto habrá de depender en definitiva de las partes mismas.

1.4.5.4. Cooperativa y creativa

La búsqueda de soluciones se hace entre las partes, conjuntamente y con la colaboración del mediador. En el Diccionario de la Lengua Española *cooperar* (del latín *cooperari*; *operari*, trabajar) significa “*obrar juntamente con otro u otros para un mismo fin*”, o sea, trabajar juntos en el caso, en la búsqueda de una solución al conflicto.

Se trata de aguzar la imaginación para encontrar en forma cooperativa, fórmulas que satisfagan a ambas. Ese obrar junto o trabajar de las partes y del mediador para la búsqueda de soluciones genera entre ellas un ambiente positivo, en el que se evita profundizar las diferencias, se llega a comprender los intereses y las necesidades de la otra parte, se advierte que no solo uno es la víctima del conflicto y que esa sensación de desgaste es recíproca.

Ello lleva a que las partes se esfuercen para imaginar posibles soluciones que no dejen de lado sus intereses y necesidades recíprocas, lo que se habrá de lograr través del “torbellino de ideas”. Ese cúmulo de ideas luego se analizarán, algunas se descartarán, otras se profundizarán, e incluso las partes podrán concluir en la falta de acuerdo, pero seguramente hayan recuperado el diálogo. El conflicto se dirime conforme a las posiciones existentes a la época en que se traba la litis.

1.4.5.5. Rapidez y economía

Si se compara a la mediación con el proceso judicial, sus costos son sensiblemente inferiores a los de éste. No sólo los honorarios de los abogados intervinientes, sino también en lo relativo a que mediante este procedimiento informal se evita la producción de prueba, que a veces puede resultar muy costosa. Por ejemplo, en un proceso en el que se discute la indemnización por los daños y perjuicios derivados de un accidente de tránsito, a fin de establecer las secuelas físicas y psíquicas de la víctima, será necesaria la designación de un perito, cuyos honorarios deberán estar en relación con el monto del juicio, que a veces es de suma importancia.

Agregando a ello, en caso de que las partes crean conveniente, lo cual se da con frecuencia, el costo que significa la designación de los consultores médicos de parte; y, en ocasiones serán varias las pericias a producir, a lo que hay que agregar los honorarios de los abogados, tanto de primera como de segunda instancia.

El costo se ve reducido sensiblemente, si las partes actúan cooperativamente, de común acuerdo deciden que la víctima se someta al examen de un médico imparcial, que conforme a ambas. Su honorario, será varias veces inferior al que pueda percibir en caso de realizarse

una pericia en forma judicial. Sucede lo mismo con la producción de la prueba, que las partes en conocimiento de la realidad del problema no habrán de producir.

Cabe señalar que los honorarios del mediador, que en el caso de los designados por sorteo como se verá resultan bastante exiguos, en realidad no encarecen en demasía el costo de este procedimiento. Pero si el costo es una ventaja importante, también caracteriza a este procedimiento la rapidez con que se desarrolla. Es que muchas veces en una, dos o tres audiencias a lo sumo, las partes logran limar sus diferencias y llegan a una solución acordada en muy breve tiempo.

Ello será imposible haciendo uso del proceso judicial, puesto que el procedimiento requiere del cumplimiento de diversas etapas de las que no se puede prescindir; añadiéndose a ello la instancia recursiva y en su caso, el tiempo que podrá demandar la ejecución de la sentencia.

1.4.5.6. Neutralidad

El mediador no debe inclinarse a favor de ninguna de las partes.

1.4.5.7. Autocomposición

En la mediación son las propias partes quienes llegan aunque con la colaboración de un tercero a la solución del conflicto. A diferencia de lo que sucede con otros métodos, en que es un tercero el que la impone (llámese juez o árbitro), en este caso la definición es autoimpuesta y autocompuesta. De este modo el acuerdo se asienta sobre bases más firmes, puesto que está demostrado que lo libremente aceptado, se cumple más fácilmente.

1.4.5.8. Acento en el futuro

También este método pone énfasis en el futuro, puesto que más que juzgar las culpas del pasado, busca una solución al problema que preserve las relaciones entre las partes (Álvarez y Highton, 1996, p. 196).

1.5. La conciliación

Adicionalmente a la negociación, un segundo medio de solución de conflictos es la conciliación. La conciliación se distingue de la negociación por el hecho que interviene un tercero, designado por las partes, quien los ayudará a buscar una solución al conflicto. Sin embargo, dicho tercero no tiene capacidad de decisión, ni sus propuestas son obligatorias para las partes, quienes finalmente son libres de llegar a un acuerdo que ponga fin al conflicto.

Sin embargo, es interesante notar que las partes también pueden someterse a cualquier otro mecanismo a fin de solucionar el conflicto (arbitraje, mediación, conciliación o mecanismos mixtos), de tal manera que no se cierra ninguna alternativa para las partes.

La conciliación extrajudicial son normas que la definen como un acto jurídico que constituye un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden ante un Centro de Conciliación, Juez de Paz, Letrado o de un Conciliador en Equidad, a fin que les asista en la búsqueda de una solución consensual a su conflicto de intereses. El acta que contiene el acuerdo conciliatorio constituye título de ejecución, de forma que se facilite el ejercicio de los derechos que puedan haberse otorgado en la conciliación. En la conciliación extrajudicial los acuerdos adoptados obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes, razón por la cual el conciliador sólo propone eventualmente fórmulas conciliatorias, no obligatorias.

La conciliación judicial se encuentra regulada en el Código de Procedimiento Civil y puede definirse como una forma especial de conclusión del proceso en virtud de la cual las partes en un proceso judicial arriban a un acuerdo con el que se pone fin al proceso, el mismo que tiene el efecto de cosa juzgada.

En la conciliación judicial, el Juez está obligado a formular una propuesta conciliatoria que las partes tienen el derecho de aceptar o rechazar. En efecto, depende de nosotros promover la solución de conflictos a través de medios que privilegien los intereses de las partes y persigan una solución armónica al conflicto en beneficio no sólo de los directamente involucrados sino de la sociedad en general (García, s.f.).

La palabra conciliación puede ser entendida en dos sentidos:

- a) **Amplio o genérico.** Desde esta óptica, conciliación es todo avenimiento entre dos o más personas que sostienen posiciones distintas. En esa inteligencia la conciliación puede ser judicial y extrajudicial, según tenga lugar dentro de un proceso o fuera de él. Y desde la óptica temporal también puede ser prejudicial (anterior al proceso) o judicial (durante el proceso) (Álvarez y Highton, 1996, p. 101).
- b) **Desde el punto de vista técnico procesal.** La conciliación es un modo anormal de terminación de un proceso, que se encuentra regulada en los códigos procesales. A través de ella las partes ponen fin a la controversia. Y si bien es una actividad encaminada a la autocomposición de la litis (Carnelutti, 1944, p. 61), dentro de la estructura procesal, para que haya conciliación es necesario que reúnan los siguientes requisitos:

- Acuerdo de partes;

- Que tenga lugar en presencia o con la intervención del juez; y,
- Que sea homologado por éste.

La mediación, en cambio, si bien tiene por base el acuerdo, éste no se da con la intervención del juez y tampoco supone la existencia de una litis. En ella, si bien interviene un tercero, quien trata de acercar a las partes para que ellas definan sus controversias, ese tercero no será el juez. Tampoco es necesaria la homologación judicial para darle ejecutabilidad al acuerdo, salvo que existan menores o incapaces involucrados. Pero en este caso la homologación tiene una finalidad distinta, cual es la de analizar la conveniencia del eventual acuerdo para los intereses del menor o incapaz. Cabe aclarar que esta distinción entre mediación y conciliación es posible en el régimen jurídico, aunque hay países y doctrina autoral que no distingue ambas situaciones.

1.5.1. Características de la conciliación extrajudicial

Las características esenciales de la conciliación extrajudicial, son las siguientes:

- a. La conciliación es un mecanismo útil para la solución de los conflictos.
- b. Es un instrumento de autocomposición de un conflicto, por la voluntad concertada o el consenso de las partes.
- c. La conciliación extrajudicial constituye una actividad preventiva, en la medida en que busca la solución del conflicto antes de acudir a la vía procesal.
- d. La conciliación no tiene en estricto sentido, el carácter de actividad judicial ni da lugar a un proceso jurisdiccional porque el conciliador (agente del Ministerio Público), no interviene para imponer a las partes la solución del conflicto en virtud de una decisión autónoma e innovadora; sin embargo, el acuerdo conciliatorio requiere aprobación judicial.
- e. La conciliación tiene un ámbito que se extiende a todos aquellos conflictos susceptibles, en principio, de ser negociados, o en relación con personas cuya capacidad de transacción no se encuentre limitada por el ordenamiento jurídico.
- f. La conciliación es el resultado de una actuación que se encuentra reglada por el legislador (Procuraduría General de la Nación, 2009).

(Caivano, 1996), enuncia que la conciliación implica la colaboración de un tercero neutral a quien las partes ceden cierto control sobre el proceso pero sin delegar en él la solución. La función del conciliador es asistir a las partes para que ellas mismas acuerden la solución, guiándolos para clarificar y delimitar los puntos conflictivos.

La conciliación es una forma de solución de los conflictos, en virtud de la cual las partes del mismo, ante un tercero que no propone ni decide, contrastan sus respectivas pretensiones

tratando de llegar a un acuerdo que elimine la posible contienda judicial. Agrega el autor que los conciliadores no interpretan el derecho ni las normas, sino que les corresponde ponderar y equilibrar los intereses contrapuestos de las partes, lo que hace que sus resultados no tengan el carácter decisivo de una sentencia.

(Caivano, 1996), considera que la conciliación es un sistema destinado a prevenir y solucionar los conflictos constituido por un conjunto de actuaciones realizadas por las partes y el conciliador, que no tiene poder de decisión y ante el cual recurren los primeros en busca de un acuerdo. La conciliación es una forma de solución de una controversia que acelera su terminación definitiva a través de un acuerdo de las partes, asistidas por un tercero el conciliador, respecto de derechos que no tienen carácter de indisponibles.

Es un proceso mediante el cual una tercera persona, neutral e imparcial, ayuda a las partes en conflicto a buscar una solución consensual, proponiendo si fuera necesario formulas conciliatorias que las partes pueden rechazar o aceptar.

1.5.1.1. Características de la conciliación en general

Las características de la conciliación son:

- Es un acto jurídico a través del cual las partes recurren a un tercero para que les ayude a resolver un conflicto.
- Requiere la existencia de un tercero, este no decide, se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen conveniente.
- Es un mecanismo alternativo de solución de conflicto, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por ir al Poder Judicial.
- La oralidad e inmediatez están siempre presentes, pues el conciliador estará al lado de las partes que han solicitado su actuación, las que se realizarán sin intermediarios. Es inimaginable un proceso conciliador con escritos que van y vienen, pues la casi totalidad de negociaciones se efectivizan mejor sin la presencia de documento alguno o de formalidad específica.
- Ese tercero no propone, no decide, ni siquiera interpreta la norma en conflicto, menos hace esfuerzo alguno para su aplicación. Se limita simplemente a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues en última instancia las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismo estimen conveniente.
- Pretende evitar un procedimiento heterónomo o la simple prosecución del proceso ya iniciado.

- Trata de fomentar un acercamiento entre las partes con miras a demostrar que este es preferible a su total inexistencia, propiciando que el diálogo posibilite la solución del conflicto.
- Carece de toda formalidad, es un acto informal por excelencia, por eso que se ha convertido en una herramienta flexible por la amplia libertad conservada al conciliador; empero nada quita al conciliador que tenga su propia metodología para lograr el éxito que se ha propuesto al iniciar su labor conciliadora (Alarcon Flores, 1994).

1.6. ARBITRAJE

1.6.1. Conceptualización

El arbitraje es de fuente convencional, aunque nada obsta que provenga de la ley, lo que sucede cuando es ella la que impone esta vía a los fines de la solución de un conflicto y sin perjuicio del ulterior acceso a la justicia. El arbitraje convencional es el que proviene del acuerdo de las partes. Ese acuerdo puede ser **coetáneo** a la celebración del contrato, supuesto en que se incorpora una cláusula arbitral, que las obliga a recurrir a esa vía en caso de conflicto, pero también puede suceder que en ausencia de compromiso previo, una vez suscitado el conflicto, las partes se sometan al arbitraje por medio de un compromiso posterior.

Su estructura tiene semejanza con el proceso judicial, en cuanto a que las partes someten a un tercero la definición del conflicto, quién habrá de pronunciar el laudo. A diferencia de la mediación en la que el mediador nada decide, ya que su actuación se limita a facilitar el acercamiento de las partes, en el arbitraje, la decisión del árbitro es vinculante, por lo que las partes deben acatarla.

Incluso su estructura es formal, aunque no tanto como el proceso judicial. Y salvo el acuerdo de partes, existe un procedimiento regulado por las leyes procesales, con los requisitos del juicio ordinario o sumario, según establezcan los árbitros conforme a la naturaleza e importancia económica de la causa.

El árbitro pronuncia su fallo sobre todas las pretensiones sometidas a su decisión sin que pueda incurrir en *extra petita*. Y para el caso en que haya mediado falta esencial del procedimiento, fallo fuera del plazo o sobre puntos no comprometidos, el fallo está sujeto al recurso de nulidad.

El arbitraje puede ser de derecho o de amigables componedores, también llamados arbitradores, en este caso fallan según su leal saber y entender, es decir en base a la equidad, en el primero habrán de aplicar el derecho, la decisión se denomina laudo.

Los Estados Unidos, tiene un instituto muy difundido y de gran éxito, donde existen distintas entidades que agrupan a los árbitros. Una de ellas es la Asociación de Árbitros Americanos, AAA que posee una lista que agrupa a más de 50.000 integrantes (San Martín, Martínez y Elizalde, 1995).

La disputa a la decisión vinculante de un panel de árbitros expertos en la materia que dio lugar a la controversia. La AAA designa un administrador del caso, quien sincroniza la actuación de las partes y del árbitro o panel de árbitros. De la lista cada parte tacha aquellos que no responden a sus expectativas. Se fija fecha de audiencia y las partes suministran el material que haga a su derecho, incluyendo testigos. Se pueden concertar audiencias preliminares. En la audiencia se examina la evidencia y posteriormente se dicta el fallo. El procedimiento lo fija la AAA. El fallo no es fundado, puesto que lo que las partes buscan es una solución y no una explicación. Los honorarios se establecen conforme a una escala relacionada con el monto de la controversia.

Tanto el arbitraje como la mediación con mayor frecuencia se utilizan para resolver controversias comerciales internacionales, en lugar de litigio ante los tribunales. Con relación a los conflictos privados que surjan dentro del marco del Tratado de Libre Comercio (TLC) para América del Norte, establece la promoción y el uso del arbitraje y otras técnicas alternativas para la solución de los conflictos.

El arbitraje en el Perú se define como un medio de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan (convenio arbitral) someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica a la decisión (laudo arbitral) de uno o varios terceros (árbitros). La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes.

La celebración del convenio arbitral depende íntegramente de la voluntad de las partes, pero una vez celebrado obliga a éstas y a sus sucesores a la realización de cuantos actos sean necesarios para que el arbitraje se desarrolle, pueda tener plenitud de efectos y sea cumplido el laudo arbitral.

La libertad de regulación de esta forma de solución de controversias no sólo abarca la posibilidad de nombrar a los árbitros, sino también la de pactar el lugar y las reglas a que se sujeta el proceso arbitral, lo que ha motivado su difusión y aceptación como medio eficaz de solución de controversias. Es interesante notar que de acuerdo con lo dispuesto por la Ley General de Arbitraje los árbitros son competentes para promover conciliación en todo momento y de darse la conciliación ésta trae consigo la conclusión del proceso. En otras

palabras, aun dentro de la mecánica arbitral se reconoce la necesidad de contar con otros medios que coadyuven a la solución definitiva del conflicto.

Por las razones expuestas diversas instituciones han adoptado el arbitraje como medio de solución de sus controversias para determinadas áreas o actividades, como son la formalización de la propiedad informal, las telecomunicaciones, las concesiones eléctricas, la inversión privada en infraestructura, el mercado de valores, entre otros (Garcia, s/f).

El arbitraje es un método de solución de controversias en virtud del cual las partes acuerdan (*convenio arbitral*), someter la solución de determinados conflictos que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica a la decisión (*laudo arbitral*), de uno o varios terceros (*árbitro*). La forma de nombramiento de los terceros también es acordada por las partes.

El arbitraje es un sistema de solución de conflictos en que la voluntad de las partes se somete a la voluntad de un tercero. En el fondo del arbitraje existe un pacto o convenio entre los litigantes en el sentido de que someterán sus voluntades a la convicción y al pronunciamiento del tercero, con el compromiso de cumplir con lo que por él se decida.

(Napoli) es el procedimiento que tiene por objeto la composición del conflicto por una persona u organismo cuyo laudo una vez dictado tiene que cumplirse obligatoriamente. (Cabanellas) es toda decisión dictada por un tercero, con autoridad para ello, en una cuestión o asunto que las partes han sometido su decisión y que tiene que cumplirse obligatoriamente. (Krotoschin) el arbitraje suple el entendimiento directo de las partes y reemplaza el acuerdo entre ellas, por una decisión del conflicto que proviene de un tercero llamado árbitro.

El arbitraje, comparte con el sistema judicial la característica de ser adversarial y adjudicativo. El tercero neutral no auxilia a las partes para que estas acuerden la solución, sino que se las impone mediante el dictado de un laudo igual en sus efectos a una sentencia judicial.

1.6.1.1. Características

Las características del arbitraje son:

El proceso arbitral se desenvuelve conforme a etapas, basado en determinadas formalidades propuestas por los poderes públicos, siendo por ese solo hecho una respetable institución jurisdiccional.

El laudo arbitral será siempre una solución de conciencia, toda vez que se emite conforme a las disposiciones legales pero sobre todo a la equidad, evitando por ello llegar a injustas desproporciones que puedan figurar en el derecho y las obligaciones de las partes en conflicto.

Es necesaria la existencia de un conflicto entre dos o más partes para que sea necesario recurrir a la institución arbitral y que las partes involucradas hayan decidido esta vía de solución, para cuyo efecto suscriben previamente un acuerdo denominado compromiso arbitral.

Siendo las partes las depositarias del derecho a solucionar sus diferencias como mejor les parezca, es posible que de mutuo y común acuerdo decidan que cada vez que surja un conflicto, este sea sometido obligatoriamente al proceso arbitral siempre que no se vulneren intereses, el orden público ni derechos de terceros.

Por un lado el juez tiene jurisdicción, el árbitro carece de ella, el juez tiene facultades cautelares y ejecutivas que no tiene el árbitro, no obstante, para que obtenga estas tendrá necesariamente que recurrir a aquel. Los árbitros deben emitir un fallo, tiene facultades propias de un juzgador, en tal sentido, pueden actuar y valorar las pruebas que les permitan arribar a una decisión final (Alarcon Flores, 1994).

1.6.2. La evaluación neutral

Se presenta el caso ante un tercero neutral, que efectúa una evaluación de cómo el caso prosperaría en los tribunales. Ello servirá a las partes para que mediten y evalúen la posibilidad de un acuerdo extrajudicial, con el tiempo y dinero que ello insume, en relación a las posibilidades de éxito que el caso ofrece.

Es el acto por el cual las partes acuden a un centro de conciliación para que un tercero (*evaluador neutral*), les aclare una situación litigiosa y les pueda facilitar un acuerdo conciliatorio. Es absolutamente voluntario, no hay obligación de recurrir a este método. Las partes deben estar de acuerdo en solicitar la evaluación neutral.

Busca que las partes tomen conciencia de sus posiciones a fin de que estén abiertas al diálogo y a la creación de opciones de solución que impliquen mutuos beneficios llegando así a un acuerdo. El evaluador neutral solo da una opinión, no se involucra en el proceso de negociación (Alarcon Flores, 1994) .

1.6.3. Otros medios alternativos de solución de conflictos (MASC)

Frente al método clásico de solución de controversias, sometimiento al juez, han surgido otros, que es bueno resaltarlos, aunque no son infalibles, muchas veces importan el remedio más adecuado para el tipo de problema de que se trata, sin perjuicio de que otro sea el ideal para otros conflictos. Al conjunto de esas técnicas o procedimientos se los denomina en la actualidad “RAC (Resolución Alternativa de Conflictos) o RAD (Resolución Alternativa de Disputas)”; Highton y Álvarez han cuestionado la palabra “alternativa” y hablan de “resolución de disputas” o sustituyen la palabra “alternativa” por “adecuada”, puesto que se dice que en realidad estos modos diferentes de resolver los conflictos no son excluyentes del sistema judicial, sino que lo complementan, sumado a que en realidad fue el sistema judicial el que se constituyó en “alternativo” de los primitivos métodos de resolución.

Entre los objetivos del movimiento de RAD, se han señalado los siguientes:

- Mitigar la congestión de los tribunales; reducir el costo y la demora en la resolución de disputas;
- Incrementar la participación de la comunidad en la resolución de los conflictos;
- Facilitar el acceso a la justicia; y,
- Suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas.

Otros medios alternativos de solución de conflictos, aunque hasta hoy no han tenido gravitación en el Perú, pero que si la doctrina y otras realidades las consagran estas son: Mediación – arbitraje; Arbitraje – mediación; Tribunal multipuertas; Defensor del pueblo; Evaluación neutral previa; Dictamen de expertos; Grupo asesor circunscrito; Juez de alquiler; Juicio abreviado; Arbitraje delegado; y, Mini abreviado. (Alarcon Flores, 1994).

1.6.4. LOS MASC NO ADVERSARIALES Y ADVERSARIALES

Los medios de solución de conflictos MASC, pueden clasificarse en no adversariales y adversariales.

No adversariales: conocidos también como autocompositivos. Los MASC, no adversariales de mayor importancia son la negociación, la mediación y la conciliación extrajudicial.

Adversariales: conocidos también como heterocompositivos. El MASC adversarial de mayor gravitación es el arbitraje (Alarcon Flores, 1994) .

1.6.4.1. Principales características de los MASC

Los principales MASC son: la negociación, la mediación, la conciliación y arbitraje; como características de ellos se destacan las siguientes:

1.6.4.1.1. En cuanto a la voluntariedad

La mediación, la negociación y el arbitraje son absolutamente voluntarios, en tanto que la voluntariedad de la conciliación extrajudicial está limitada a la decisión unilateral de la parte citada de asistir o no a la audiencia, puesto que como institución la conciliación extrajudicial pre-proceso es obligatoria.

1.6.4.1.2. En cuanto a la formalidad

La mediación y la negociación no tienen una estructura formal determinada, en tanto que en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial sí tienen formas y etapas que cumplir.

1.6.4.1.3. En cuanto al control de las partes sobre el proceso

En la mediación y en la negociación las partes ejercen sobre el proceso un control alto; en la conciliación extrajudicial ejercen un control medio y en el arbitraje un control menor.

1.6.4.1.4. En cuanto a la intervención de terceros neutrales

En la negociación no se produce la intervención de terceros neutrales (pues el negociador representa una de las partes), en tanto que en los otros medios alternativos sí. En la mediación al tercero neutral se le denomina mediador, en la conciliación extrajudicial se denomina conciliación extrajudicial y en el arbitraje se le denomina árbitro.

1.6.4.1.5. En cuanto a la duración del proceso

En la negociación y en la mediación la duración del proceso es también generalmente corta, dependiendo de las partes y del tercero neutral en tanto que en la conciliación extrajudicial la duración del proceso es corta, estando sujeta al legislador.

1.6.4.1.6. En cuanto a la obligatoriedad de cumplimiento del acuerdo o laudo

En la mediación y en la conciliación extrajudicial el acuerdo es voluntario, de producirse este es obligatorio, en tanto que en el arbitraje el laudo arbitral es decisión exclusiva del tercero neutral y es obligatorio para las partes.

1.6.4.1.7. En cuanto a la confidencialidad

En la mediación y en la negociación la confidencialidad está en poder de las partes, en la conciliación extrajudicial, tanto las partes como el conciliador deben guardar absoluta reserva de todo lo sostenido o propuesto, en tanto que en el arbitraje la excepción a la confidencialidad se producen en el supuesto de que se pida la nulidad del fallo.

1.6.4.1.8. En cuanto a la economía

En la negociación, salvo nombramiento de negociadores, es posible que no se produzca desembolso alguno de dinero en tanto no participa un tercero neutral, por otra parte en la mediación, en el arbitraje y en la conciliación extrajudicial intervienen terceros neutrales cuyos servicios privados son remunerados (Alarcon Flores, 1994).

1.7. DERECHO COMPARADO EN ESPAÑA

1.7.1. Mediación, teoría general y delimitación conceptual

La “teoría de la mediación” es un modelo desarrollado en Rennes, Francia, la región de Bretaña, por Jean Gagnepain, lingüista y epistemólogo, que viene trabajando en esta teoría desde hace 40 años. Este modelo teórico presentado de manera metódica, propone abarcar todo el campo de las ciencias humanas (de hecho, según los mediacionistas, las disciplinas como: psicología, sociología, etnología, etc., no son realmente estudios científicos porque las hipótesis emitidas no son verificables experimentalmente).

El objetivo de esta teoría consiste en construir una modelización coherente de los comportamientos culturales humanos y de llevar a cabo una reflexión epistemológica sobre las relaciones que esos comportamientos mantienen entre sí. Por eso, se puede decir que se trata de un estudio antropológico. Pero los mediacionistas insisten en la verificabilidad de sus hipótesis y para eso han desarrollado un método de refutación de las teorías, el método clínico, en el cual los modelos explicativos tienen que pasar la prueba de la observación dirigida de las patologías. Una de las particularidades esenciales de la teoría de la mediación es justamente la de buscar en el estudio clínico una forma de comprobación experimental, de ahí que se conozca como “Antropología clínica”. Evidentemente, el enfoque clínico está también correlacionado con la observación dirigida de lo normal.

Las implicaciones y aplicaciones de este modelo son por lo tanto obviamente transdisciplinarias, o como diría Gagnepain, con ese sentido del humor que le es característico, la teoría de la mediación cultiva la “in-disciplina”.

Este modelo heurístico fue elaborado inicialmente a partir del estudio del solo lenguaje, pero hoy tiene como objeto un conjunto más amplio que abarca todo lo cultural, es decir esa dimensión específica del ser humano que lo distingue de las otras especies vivas. Lo cultural constituye ese orden específico de la realidad, orden en el cual el ser humano es el único participante y que le permite, sin escapar a esa realidad, rebasarla constantemente abstrayéndose de ella. No hay que ver por lo tanto aquí lo cultural como la suma de las obras esenciales de una sociedad dada, tampoco como el estado general de una civilización dada, sino más bien como el conjunto de las capacidades propiamente humanas que todos los humanos poseen, salvo problema patológico, independientemente del momento de la historia o del lugar geográfico en el cual se encuentren. Lo cultural correspondería entonces a la famosa Razón o “racionalidad” comentada y estudiada desde hace siglos por los filósofos. El enfoque mediacionista difiere sin embargo de los filósofos por no ser especulativo sino estrictamente científico.

Los trabajos de Gagnepain parten de las enseñanzas del estudio clínico que la razón humana está fragmentada. Es decir que la racionalidad aparece en el hombre bajo distintas formas que la clínica disocia. La razón es lógica, sin ninguna duda, pero también es técnica, étnica y ética, y esos diferentes “planes” de la vida psíquica no se encuentran jerarquizados. A través de esos cuatro planes distintos, el hombre mediatiza su relación al mundo (de ahí que se hable de la mediación), es decir que logra tomar una cierta distancia en relación con lo que le transmite sus capacidades fisiológicas inmediatas. Libre entonces de estar sometido a ese modo de aprehensión inmediato del mundo, el hombre construye de cierta manera la realidad de la cual es participante, elaborándola a partir de sus propias capacidades.

Se trata, por lo tanto, de pasar de la descripción de la razón constituida a la explicación de la razón constituyente, es decir estudiar lo que le permite al hombre pensar el mundo, a sabiendas de que piensa el mundo de cuatro maneras diferentes o, más exactamente, a partir de cuatro capacidades distintas y no sólo conociendo el mundo. Así, el hombre se apropia del mundo a través de las palabras que produce; a partir de esas palabras que designan el universo, llega a explicárselo y de esta manera define su capacidad lógica (capacidad lógica estudiada por la Glosología que es la Teoría del Signo).

Pero el hombre se atribuye también el mundo a través de su utilería; se lo fabrica y aquí aparece su capacidad técnica (capacidad estudiada por la Ergología que es la Teoría de la Herramienta). Si el mundo del hombre se define a través de sus palabras y de sus herramientas, también se define a través de su propia historia o, mejor dicho, de su inscripción en lo social. En este caso, es su capacidad étnica la que está activada (y esa capacidad es estudiada por la Sociología redefinida como la Teoría de la Persona). Por fin,

último aspecto, el hombre se construye el mundo a través de sus deseos reglamentados y aquí se refiere a su capacidad ética que es estudiada por la Axiología que es la Teoría de la Norma.

Normalmente, todas esas capacidades funcionan juntas y es muy difícil distinguirlas, pero resulta que en algunos casos patológicos pueden aparecer de manera autónoma. De ahí la necesidad del estudio clínico. Cada plan tiene en efecto su patología específica que puede afectar únicamente un plan dejando a los demás que funcionen correctamente. La patología específica del Plan 1 (el plan de la lógica) es la afasia, la del Plan 2 (el de la técnica), la atecnia, la del Plan 3 (plan de lo ético), la psicosis (esquizofrenia y paranoia), y la del Plan 4 (plan de lo ético), la neurosis (la psicopatía).

La patología disocia, por consiguiente, lo que normalmente no se puede distinguir, evidenciando procesos, ofreciendo un verdadero análisis, es decir un corte psíquico. Este método de observación y de verificación experimental permite entonces primero diferenciar los fenómenos naturales específicos del animal de los fenómenos culturales, específicos del hombre y segundo distinguir cuatro planes específicos de una misma racionalidad cultural, cada uno con su mediación propia: la Glosología con el Signo, la Ergología con la Herramienta, la Sociología con la Persona, la Axiología con la Norma.

En conclusión, la gran idea de la Teoría de la Mediación es que la "*razón humana*" sería una y única, pero se manifestaría en esos cuatro planes diferentes: él del Signo, él de la Herramienta, él de la Persona y él de la Norma.

Esta presentación de la Teoría de la Mediación es evidentemente muy esquemática y, por consiguiente, en parte falsa pero creo para terminar que lo importante es enfatizar el hecho de que corresponde a una manera de ver las cosas fuera de los esquemas tradicionales y, según yo, a una verdadera revolución en las Ciencias Humanas. Se espera haber dado las ganas de saber más acerca de este modelo y acerca de esta mirada distinta sobre el Ser Humano (Alvarez, 2000).

La mediación es una forma de entender las relaciones humanas, pero es también un modo más participativo de hacer justicia, ya que son las partes en conflicto las verdaderas protagonistas del proceso que busca dar satisfacción a sus intereses. Ésta es una de características principales que le distingue de figuras afines.

Se nutre la mediación de diversas disciplinas para configurarse, cada día más, como una institución con caracteres propios; asimismo, produce efectos jurídicos de los que, sólo en parte, se hacen eco las leyes dictadas en España. Sin embargo, la necesidad de determinar el alcance de aquellos aspectos se plantea como un reto necesario, pues en la medida que

la consolidación de la mediación responda más a la demanda social de la misma que a la necesidad de ella, se plantearán situaciones y problemas jurídicos que conviene prever y tratar de dar respuestas. A la reflexión sobre estas cuestiones se dedica el presente trabajo (Universidad Complutense de Madrid, 2014)

La mediación es un método alternativo de resolución de controversias, tiene la acogida por algunos sectores de nuestro ordenamiento, como ocurre en el ámbito laboral; el intento de mediación o conciliación extrajudicial se configura como requisito necesario para la tramitación del proceso, y ha conocido un desarrollo reciente en el ámbito del Derecho de familia, la cual vino a establecer la posibilidad de que las partes solicitaran la suspensión del proceso para someterse a mediación.

Se carece de un cuerpo normativo de índole general, destinado a regular de manera sistemática la mediación en el ámbito civil y mercantil. Con todo, la legislación procesal civil no es ajena al intento de promover en lo posible la solución no contenciosa del litigio, debiendo recordarse que uno de los objetivos declarados de la audiencia previa al juicio es el de “intentar un acuerdo o transacción de las partes que ponga fin al proceso”. De ahí que se ordene al tribunal que, tras declarar abierto el acto de la audiencia previa, compruebe si las partes han llegado a un acuerdo o están dispuestas a concluirlo de inmediato, e incluso se le faculte para que, tras haber sido fijadas las posiciones de cada parte y a la vista del objeto de la controversia, exhorte a las mismas y a sus abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio.

Para Uría y Dorado (1986), la mediación es un método estructurado de gestión/solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo pacífico y satisfactorio con la intervención de un mediador.

En Europa viene siendo una constante, la promoción del uso de Medios Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) y en especial de la mediación, por entender que este sistema es más eficaz, rápido y menos costoso que acudir al sistema judicial e incluso arbitral. Y si se entiende la función judicial como la actividad racional que permite establecer una serie de hipótesis legales de solución al conflicto para alcanzar la más razonable, es tarea del juez estimular las soluciones amistosas y la derivación hacia otro tipo de intervención que permita a los litigantes llegar a acuerdos sobre sus intereses.

No obstante el planteamiento judicial de una controversia, las partes se hallan en situación de replantear la cuestión fuera de los estrictos márgenes del procedimiento judicial, que reduce drásticamente las posibilidades de solución, en la búsqueda de otras alternativas de

solución del conflicto por vía de la autocomposición. Esta derivación, además, disminuirá considerablemente el número de procesos judiciales que requieran sentencia, lo que sin duda redundará en una mayor calidad en la tarea de juzgados y Tribunales.

Ahora bien, para que los jueces puedan indicar o sugerir eficazmente desde un proceso judicial el recurso a la mediación, es absolutamente preciso que conozca las bases de esta metodología, cuente con los instrumentos y recursos necesarios para impulsarla y participe de la ayuda de las instituciones públicas y privadas en su implantación y desarrollo.

En este marco, el Consejo General del Poder Judicial ha reunido a un grupo de expertos en las distintas ramas de la jurisdicción, quienes, partiendo de su experiencia en este método de derivación intrajudicial de conflictos y procurando una estructura sistemática similar, pero con absoluto respeto a las singularidades de cada orden, han elaborado el presente documento con el objetivo de contribuir a fomentar una “cultura de la mediación” que proporcione a nuestros profesionales, los Jueces, y en general a todos los servidores de la Administración de Justicia nuevas herramientas para la resolución de conflictos en el ejercicio de la labor jurisdiccional (Consejo General del Poder Judicial, 1986).

1.7.2. LÍMITES Y CALIDAD DE LA MEDIACIÓN, MEDIACIÓN Y TRANSACCIÓN EN EL DERECHO CIVIL

1.7.2.1. La mediación civil en el Sistema de Justicia

El objetivo último de Jueces y Magistrados es otorgar la tutela efectiva a los derechos e intereses de los ciudadanos, por imperativo de la Constitución Española. Desde esta perspectiva, la mediación es un método complementario para lograr otorgar la mejor tutela judicial posible en cada caso, ya que en ocasiones la sentencia, basada exclusivamente en la ley, será sólo decisión impuesta por autoridad, en una relación de ganar-perder, pero no logrará constituirse en la solución al problema concreto. Por norma general, las decisiones impuestas no son aceptadas por aquel a quien le resultan desfavorables y dan lugar a recursos y también a resistirse a su efectividad por lo que también dan lugar a procesos de coerción (*ejecución forzosa*).

Como Jueces nos brinda la oportunidad de descargar los conflictos cuya solución no pasa por una decisión jurídica y cuando se advierte que pueden existir otras mejores posibilidades que nuestra sentencia.

La Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles, regula básicamente la mediación como un instrumento ofrecido a los sujetos privados para resolver sus conflictos. Sin embargo, la mediación es mucho más que eso, es un método que permite realizar el valor de justicia en cada caso concreto y como tal debe tener anclaje en el sistema de Justicia del país.

La mediación se sustenta en una serie de principios que son:

1.7.2.2. Voluntariedad

Se trata de un proceso voluntario, tanto en la decisión de inicio como en su desarrollo y en su finalización, pudiendo ser desistido por las partes implicadas en cualquier momento.

Este principio de voluntariedad, sin embargo, no es incompatible con la obligatoriedad de asistencia a una primera sesión informativa en la que se explicará a las partes en conflicto, así como a sus Letrados, la finalidad y contenido del proceso de mediación.

La falta de asistencia a la sesión informativa indicada desde el Tribunal se puede considerar como una conducta contraria a la buena fe procesal. El mediador debe indicar al órgano judicial derivador qué parte o partes no asistieron a la sesión informativa (esta información no es confidencial).

Tras la información que el mediador proporciona, las partes son libres de aceptar o rechazar el proceso de mediación como método para la gestión, transformación y solución de su conflicto. De la decisión informada que adopten, ni de los motivos que la sustenten, no se informará al Tribunal.

Del mismo modo, el mediador que interviene en las sesiones podrá dar por finalizada la mediación cuando estime que no resulta adecuado el proceso para el caso en cuestión.

1.7.2.3. Confidencialidad

Se garantizará la confidencialidad del contenido de las sesiones de mediación y de la documentación utilizada, no pudiendo ser declarada la información obtenida por el mediador a lo largo del proceso, al que asiste el secreto profesional. La confidencialidad para las partes se ancla al principio de buena fe.

En el ámbito puramente privado, en que el poder dispositivo de las partes sobre sus derechos e intereses tiene como único límite el perjuicio de tercero o las normas imperativas, el órgano judicial está al margen del desarrollo de la mediación. Únicamente tendrá comunicación del inicio y de la finalización del proceso de mediación y, en su caso, del acuerdo al que las partes hayan llegado, así como de qué parte/s no asistieron de forma injustificada a la sesión informativa previa.

1.7.2.4. Imparcialidad y neutralidad

El mediador no tendrá intereses respecto de alguna de las partes, ni respecto del objeto del conflicto. Su papel es el de catalizador que dirige el proceso, pero no se involucra en el mismo, siendo neutral y procurando el equilibrio de las partes durante el procedimiento.

1.7.2.5. Bilateralidad y buena fe

El principio de bilateralidad, en lógica consonancia con la filosofía de la mediación, supone que ambas partes disponen de las mismas oportunidades para expresarse, sin más limitación que la establecida por el mediador para el buen desarrollo de las sesiones.

En el proceso de mediación, garantizada la confidencialidad y no pretendiéndose ganar a la otra parte, sino satisfacer el propio interés, las partes deben actuar conforme a los principios de lealtad, buena fe y respeto mutuo, durante el planteamiento y la negociación para enfocarse correctamente a la consecución del acuerdo, prestando la debida colaboración y el apoyo necesario al mediador.

1.7.2.6. Flexibilidad

El proceso de mediación debe ser flexible para poder adaptarse a las circunstancias concretas del caso y de los sujetos. Las pautas a seguir se convienen en cada caso por el mediador y las partes al inicio del proceso, incluida su duración. No es adecuado fijar una duración igual para todas las mediciones, aunque en las derivadas desde el Tribunal es conveniente desarrollarlas aprovechando los “tiempos muertos” del proceso, es decir, entre un acto o trámite y el siguiente señalado, de tal forma que de no lograrse un acuerdo, tampoco haya supuesto una dilación para la decisión de la controversia.

1.7.2.7. Profesionalidad

La mediación es un proceso de diálogo asistido y gestionado por un profesional, con la preparación técnica adecuada para reconducir las posturas procesales cerradas de las partes hacia los intereses de cada uno, que debe saber aflorar, desde allí, establecer el marco para que la negociación se encarrile hacia el acuerdo satisfactorio.

La profesionalidad del mediador resultará de haber alcanzado la formación que se exija reglamentaria, ya sea a nivel nacional o autonómico, sin perjuicio de que tratándose del desarrollo de específicas habilidades comunicativas y de gestión de conflicto, la experiencia acumulada y contrastada a través de los correspondientes controles de calidad, debe ser igualmente valorada por el Tribunal a la hora de formar los paneles o listados de profesionales.

1.7.2.8. Garantías legales

El proceso que supone la autogestión del conflicto por los interesados no constituye ninguna limitación a la asistencia letrada que en todo caso queda garantizada, sin que exista menoscabo de la función de asesoramiento y dirección jurídica de los abogados de cada parte.

Todo conflicto puede gestionarse eficazmente en mediación. Dependerá básicamente de que las partes perciban que se les brinda una oportunidad para desobstaculizar la contienda y apoderarlas de nuevo en la gestión de “*su asunto*”, pudiendo controlar en todo momento el proceso y el diseño de acuerdos conforme a su interés, valorando expectativas y riesgos y evitando la frustración de una decisión no deseada.

Ahora bien, instaurada la contienda judicial, hay determinadas situaciones conflictuales en las que las posibilidades de éxito son mucho más factibles, o un tratamiento no adversarial es mucho más idóneo, dadas las características del conflicto. Debe tenerse en cuenta que el éxito de la mediación no debe medirse en términos cuantitativos por número de procedimientos judiciales terminados, sino como mejora de la calidad de vida y relaciones de las personas, de ahí que sea exitosa la mediación no sólo cuando se logra el acuerdo definitivo y total, sino también cuando se alcanzan acuerdos parciales, se mejora la relación existente entre las partes o se recomponen las circunstancias favorables para la relación de futuro. También es exitosa la mediación, cuando se facilita al ciudadano su reclamación de forma menos gravosa que acudiendo al Tribunal y, finalmente, cuando se procura un ámbito de solución global a múltiples problemáticas (Consejo General del Poder Judicial, 1986).

1.7.3. Ventajas de la mediación frente al proceso judicial

1.7.3.1. Mediación tribunales

Control proceso y resultado por las partes, Control del proceso y resultado por el Juez Colaboración Adversarial Ganar-ganar Ganar-perder. Conflicto más amplio, puede abarcar conflicto legal conflictos personales u otro protagonismo de las partes en la solución. Decisión es del Juez, más compromiso con el resultado, poco compromiso de las partes con el resultado, posibilidad de reanudar el diálogo entre las partes, rompe todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes, permite soluciones creativas rápido. Las soluciones son más limitadas rápido larga duración, menor coste económico, mayor coste económico, facilita y conserva la relación, crea distancia, costes emocionales, genera empatía, genera hostilidad, probabilidad alta de cumplimiento, más dificultad para cumplimiento, previene de conflictos futuro y reitera conflicto.

Cuadro 1. Ventajas de la mediación frente al proceso judicial

Mediación	Tribunales
Control proceso y resultado por las partes	Control del proceso y resultado por el Juez
Colaboración	Adversarial
Ganar-ganar	Ganar-perder
Conflicto más amplio, puede abarcar	Conflicto legal conflictos personales u otros
Protagonismo de las partes en la solución	Decisión es del Juez
Más compromiso con el resultado	Poco compromiso de las partes con el resultado
Posibilidad de reanudar el diálogo entre las partes	Rompe todas las posibilidades de diálogo futuro entre las partes
Permite soluciones creativas rápido	Las soluciones son más limitadas
Rápido	Larga duración
Menor coste económico	Mayor coste económico
Facilita y conserva la relación	Crea distancia, costes emocionales
Genera empatía	Genera hostilidad
Probabilidad alta de cumplimiento	Más dificultad para cumplimiento
Previene de conflictos futuros	Reitera conflictos

1.7.3.2. Cómo funcionan los servicios de mediación intrajudicial y qué relación tienen con el Juzgado

La mediación sólo prospera si los profesionales que la desarrollan se comprometen con la tarea y ofrecen un servicio de calidad. Desde el momento que un asunto sujeto a conocimiento judicial recibe la advertencia, consejo, recomendación o invitación de someterse a mediación en un concreto servicio, éste tiene la responsabilidad ante los juzgados de velar porque sus profesionales reúnan las calificaciones necesarias y cumplen con el compromiso que han asumido: ayudar a las partes a buscar una solución negociada a su conflicto.

Dado que en la mediación intrajudicial el juzgado recomienda el uso de la mediación, y los Servicios de Mediación reciben casos “*remitidos*” por el juzgado y por lo tanto “*sub iudice*”, el servicio de mediación es “*responsable*” ante el órgano judicial de la calidad de la mediación y del servicio que presta. En consecuencia es conveniente el establecimiento de mecanismos de interlocución que permitan la revisión periódica por parte de los juzgados, así como una comunicación regular, clara y efectiva sobre el servicio de colaboración prestado a los juzgados. Lo anterior es especialmente aplicable a los organismos legalmente previstos como encargados de la tramitación de la vía previa al ser una de sus misiones agilizar la jurisdicción.

Como la intervención en la mediación es voluntaria el juzgado no tiene obligación de proporcionar información o documentación al mediador o al servicio de mediación. Si el servicio de mediación está vinculado al juzgado legal, institucionalmente o en virtud de acuerdo, aquel debe informar al juzgado sobre su actuación, de manera que se permita la correcta gestión

procesal y el seguimiento y la evaluación del caso sub iudice remitido a mediación. Si el mediador es elegido privada y libremente por las partes, por propia decisión, sin intervención judicial, aquel no tiene deber alguno de información.

La información puede abarcar aspectos como el caso, tipo de asunto, identificación de las partes y sus abogados/graduados sociales, del mediador y del resultado del proceso de mediación. También puede ser necesario proporcionar cierta información relacionada con los objetivos perseguidos por el juzgado, por ejemplo, tiempo de resolución del proceso si lo que se persigue es la pronta resolución del caso. En general, la información a proporcionar debe ser adecuada para permitir la evaluación y el control y la gestión del caso por parte del juzgado y la recopilación de los datos que el órgano judicial deba proporcionar al Servicio de Inspección del Consejo General del Poder Judicial. La supervisión de la calidad del servicio prestado (porcentaje de casos que aceptan el proceso de mediación; de estos, porcentajes de casos que llegan a un acuerdo; la media de tiempo entre la remisión a mediación y el acuerdo, etc.).

En la naturaleza de los acuerdos e información relativa al grado de satisfacción de las partes, el juzgado puede designar una persona encargada de la supervisión, monitorización y evaluación de los servicios de mediación. Esta persona debe conocer los objetivos perseguidos, así como el proceso de mediación y los procesos judiciales. Las partes a las que se recomienda mediación deberían tener acceso a un mecanismo a través del cual puedan formular quejas en relación con el proceso de mediación.

Una vez que la mediación ha concluido, el juzgado debería ser informado de lo siguiente:

- a. Si las partes no llegan a un acuerdo, el mediador debe informar de la falta de acuerdo sin realizar ningún comentario ni recomendación.
- b. Si se alcanza un acuerdo, se puede proporcionar información al Juzgado sobre su existencia (no sobre su contenido), o sobre su existencia y contenido quedando a criterio de las partes la decisión sobre cómo proceder en relación con el proceso judicial pendiente: desistir, incorporar el acuerdo al procedimiento judicial si es título ejecutivo por haberse conseguido ante los órganos que contemplan, solicitar su homologación por las vías procesales adecuadas como cualquier otro acuerdo.

En la medida que sea posible, si fuera necesario realizar comunicaciones con el juez que conoce del asunto aquellas deben realizarse por las partes o por sus abogados/graduados. Si el mediador debe comunicarse con el juez por cualquier circunstancia el medio más adecuado es por escrito o a través del secretario o del resto del personal del juzgado.

1.7.3.3. Están sujetos los mediadores a un código ético de actuación

Los mediadores deben comportarse conforme a un código ético que principalmente comprenderá enunciados relativos a los siguientes aspectos:

1. Imparcialidad hacia todas las partes, que significa estar libre de todo favoritismo o prejuicio, sea de palabra o por acción u omisión, incluida la apariencia de parcialidad y un compromiso de servir a ambas partes y no solo a una de ellas;
2. Conflicto de intereses: un mediador no puede iniciar el proceso o debe abstenerse de proseguir si percibe que su intervención puede generar un claro conflicto de interés. El mediador tiene la obligación de revelar cualquier circunstancia que pueda crear o dar la apariencia de parcialidad o de un conflicto de intereses. El deber de revelar cualquiera de estas circunstancias pervive a lo largo del proceso. Sí el mediador ha representado o asistido a la parte previamente de cualquier forma, revelará también esta circunstancia. Las partes tienen el derecho de rechazar al mediador en quien concurra un conflicto de intereses;
3. El mediador no puede nunca prometer resultados ni exagerar en cuanto a las ventajas del proceso ni sobre sus calificaciones o trayectoria;
4. Confidencialidad: a salvo que la ley o por voluntad de las partes se disponga otra cosa el mediador debe tratar toda la información obtenida en el proceso de mediación como confidencial, si bien existen excepciones como aquella información que a juicio del mediador suponga o evidencie un peligro físico inminente para una de las partes o tercero; y,
5. El papel del mediador en el proceso de acuerdo: el mediador tiene la responsabilidad de asegurarse que las partes comprenden adecuadamente los términos del acuerdo para lo cual pueden valerse de los profesionales que les asisten. Igualmente debe ser consciente y sensible a inadecuadas presiones para lograr un acuerdo, aconsejando a las partes que busquen el correspondiente consejo o asesoramiento.

Los mediadores en el ámbito civil y mercantil están sujetos a un Código Ético para Mediadores, cuyos principios están establecidos en la propia Ley, así como al Código Europeo de Conducta para Mediadores.

1.7.3.4. Qué papel tienen los abogados y graduados sociales en el proceso de mediación

Los juzgados deben animar a los profesionales para que recomienden la mediación a sus clientes, informándoles de las ventajas y desventajas de la mediación. Para ello es importante

que el juzgado y los profesionales conozcan los diferentes papeles posibles en el proceso de mediación:

- a. Antes de que sus clientes decidan mediar, pueden dar consejos iniciales de si es en su mejor interés participar en el proceso, así como sobre los derechos que les asisten en relación con el juicio.
- b. Los abogados y graduados sociales pueden asistir a las sesiones de mediación y participar activamente durante la mediación. También pueden participar indirectamente aconsejando a los clientes antes, durante y después de la mediación.
- c. Los abogados y graduados sociales pueden revisar los documentos, ayudar a redactar los acuerdos o redactarlos por sí mismos.
- d. Después de la mediación, los abogados y graduados sociales pueden completar todos los aspectos procesales en relación con el acuerdo o continuar con el procedimiento si no ha existido acuerdo.
- e. Si es necesario, los abogados y graduados sociales pueden constituir el título ejecutivo o iniciar las actuaciones para su ejecución.

Las partes, consultando con su abogado/graduado, tienen derecho a decidir si en la mediación éstos deben o no estar presentes. De la intervención de los profesionales jurídicos pueden derivarse muchas ventajas cuando tienen un papel activo en el proceso de mediación. Por ejemplo, puede ser a veces la mejor vía de conseguir un acuerdo justo cuando las partes no tienen habilidades para negociar por sí mismas o cuando hay demasiadas emociones en juego. Su intervención puede reducir también la producción de determinadas consecuencias perjudiciales cuando no se alcanza un acuerdo.

Su presencia, sin embargo, también puede acarrear ciertos inconvenientes, pues puede reducir la participación directa de las partes y restar eficiencia al proceso de mediación. En muchos casos, el papel más adecuado para el profesional será el de asesorar a su cliente sobre los aspectos legales de su caso, que pueden ser aplicados judicialmente y aconsejarles sobre estrategias de negociación, permitiendo a las partes que negocien por sí mismas. En otros casos, cuando el cliente carece de las habilidades necesarias para negociar, puede ser aconsejable una participación más intensa del profesional, actuando siempre en conjunción con el cliente.

Se considera que son las partes y no el mediador quien tiene que decidir si los abogados/graduados están o no presentes en las sesiones así como el grado de su intervención. Este criterio se adopta en reconocimiento expreso del poder de disposición de las partes y de su libre capacidad de decisión. En la misma línea no se debería exigir que las partes jueguen un papel predominante en la sesión de mediación si no desean hacerlo así.

Puede darse la situación de que una parte decida que su abogado/graduado social no estará presente en la mediación pero que, sin embargo, sí revisará los términos del acuerdo antes de su firma, pudiendo aplicar el abogado/graduado social criterios diferentes.

Puede ocurrir también que ciertas partes, sobre todo aquellas menos sofisticadas o que carezcan de experiencia en negociación, deseen que otra persona, además de su abogado/graduado social esté presente en la mediación. Consideran que esa presencia les ayudará a proteger sus intereses y les evitará sentirse coaccionados para llegar a un acuerdo. Este es un aspecto que debe ser considerado seriamente por los mediadores. Los profesionales nunca deben ser excluidos si las partes quieren su presencia. La presencia de otras personas debe decidirse por el mediador y las partes en cada caso.

1.7.3.5. Qué consecuencias procesales tiene el sometimiento al proceso de mediación

Hay que distinguir dos supuestos, en función de ante quien se desarrolle la mediación:

- a. Mediación ante el órgano administrativo que asuma las funciones o ante el órgano que se cree mediante Acuerdos Interprofesionales por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. En estos casos, contienen una serie de previsiones al respecto:
- b. Obligatoriedad de la solicitud como vía previa de la conciliación o mediación regulando los efectos en caso de incumplimiento y la subsanación en caso de omisión.
- c. Las situaciones y modalidades procesales en las que no es exigible.
- d. Los efectos sobre la prescripción, interrupción y sobre la caducidad.
- e. Las posibilidades de impugnación de lo convenido ante el órgano competente mediante una acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, sujeta a plazo de caducidad.
- f. Eficacia de lo convenido con fuerza ejecutiva por los trámites de la ejecución que proceda.
- g. Mediación ante un servicio distinto de los anteriores. Solo la mediación que se celebra conforme a los procedimientos que pudieran estar establecidos a lo que constituye vía previa, permite la suspensión del procedimiento y constituye título para iniciar acción ejecutiva, pudiendo llevarse a efecto por los trámites de ejecución de sentencia. No obstante, las partes de una disputa laboral esté o no judicializada pueden decidir por motivos diversos someter la misma a una mediación prestada por un servicio distinto. Entre dichos motivos pueden encontrarse, simplemente, la no asunción de funciones de mediación por los órganos administrativos o equivalentes. La libertad de las partes al respecto es total en la misma medida que hay total libertad para negociar al ser la

mediación esencialmente una forma de negociación asistida. Por ello pueden beneficiarse de la posibilidad de suspensión por medio de la solicitud.

El sometimiento a un proceso de mediación durante la tramitación de un procedimiento judicial no debe acarrear consecuencia procesal negativa alguna para las partes. Las consecuencias negativas pueden manifestarse de muchas formas. Por ejemplo, si las partes han solicitado la suspensión del juicio puede ocurrir que el caso se ponga al final de la lista de señalamientos en una fecha muy lejana, lo que puede inhibir a las partes incluso de entrar en el proceso de mediación. También puede ocurrir que se hagan determinadas inferencias de las razones por las que no llegaron a un acuerdo, o de que estas se utilicen después en la conciliación judicial, etc.

Cualquier preocupación de las posibles consecuencias que el sometimiento al proceso de mediación o la no consecución del acuerdo pueda acarrear, inhibirá a las partes de intentar la mediación o, lo que es peor, puede inducirlas a llegar a un acuerdo que no se quiso.

1.7.3.6. Qué consecuencias procesales tiene la consecución de un acuerdo

- a. La LJS establece claramente que los acuerdos logrados en mediación en los órganos administrativos o que asuman sus funciones tendrán fuerza ejecutiva.
- b. Un acuerdo logrado con un mediador distinto de los anteriores, bien sea a través de una experiencia que desarrolle internamente un juzgado o con cualquier otro mediador puede constituirse en título ejecutivo en la misma medida que un acuerdo privado entre las partes a través de los diversos mecanismos procesales existentes incluida la homologación judicial.

En este aspecto rigen los principios básicos contractuales aplicables a la transacción: el acuerdo debe contener los elementos necesarios que permitan su validez, cumplimiento y su consiguiente ejecución si se lleva ante un juzgado. De la misma forma, rigen las reglas básicas y clásicas de nulidad de los contratos y las derivadas de la limitación que suponen la existencia de derechos indisponibles. Como se trata aquí de mediación intrajudicial, es decir, en relación con un asunto que está sub iudice, el acuerdo puede ser presentado ante el juzgado para su revisión por el órgano judicial y, en su caso, su incorporación procesal a los autos, convirtiéndose así en título directamente ejecutable.

En la firma del acuerdo de asunto sub iudice, con independencia de la protección que puedan proporcionar los profesionales, la protección última la proporciona la revisión por el secretario o juez, necesaria para su incorporación a autos. Estos deben revisar y dar al acuerdo logrado en mediación el mismo valor que a cualquier otro acuerdo según provenga de las partes o de los órganos administrativos o que hagan sus funciones, es decir, no hay razones para ser más

estrictos ni más permisivos con un acuerdo logrado en mediación. Es posible, por tanto, que algunos términos de un acuerdo privado logrado en mediación no se acepten o se pida su modificación por el juzgado.

c. Se puede incluir en los acuerdos la posibilidad de acudir de nuevo a mediación antes de recurrir a la adopción de otras medidas como la ejecución judicial.

d. Se pueden lograr acuerdos en mediación sobre aspectos de ejecución de la sentencia.

1.7.3.7. La invitación a participar en el proceso de mediación

Por acuerdo del Consejo General del Poder Judicial se aprobó la implantación de una experiencia piloto de mediación intrajudicial en los Juzgados de lo Social de Madrid con dos objetivos: ofrecer una forma de resolución consensuada y más satisfactoria para las partes caracterizada por la voluntariedad, la flexibilidad y la confidencialidad contribuir a descongestionar los tribunales. Para su puesta en marcha el CGPJ ha suscrito un Convenio para la implantación de un servicio de mediación en los juzgados; *conforme a lo acordado en el mismo, las partes implicadas en una demanda por vacaciones, conciliación de la vida familiar y laboral, modificación de condiciones de trabajo de carácter individual, movilidad geográfica, y sanciones que deseen buscar una resolución negociada en todo o en parte a su litigio, podrán solicitar una mediación en el Servicio de Mediación.*

La mediación puede tener lugar en cualquier estado del proceso, si las partes de común acuerdo así lo deciden. Para ello, solo tienen que solicitar y recibir información sobre el proceso y formalizar la solicitud en el servicio que estará disponible un horario adecuado. Si voluntariamente y de común acuerdo deciden iniciar la mediación, serán citados en la fecha más conveniente para las partes en función de la disponibilidad del servicio y en el menor tiempo posible, inferior a un mes.

El proceso es voluntario y flexible y no perjudica el procedimiento judicial que sigue su curso correspondiente sin alteración ni suspensión alguna en todas sus fases procesales. No es la conciliación judicial desarrollada en el curso del proceso ni la solicitud del proceso de mediación ante el Servicio de Mediación, Arbitraje y Conciliación.

Si las partes llegan a un acuerdo, el mismo será firmado por ellas y sus abogados. El acuerdo será trasladado al procedimiento correspondiente para su homologación, salvo que las partes dispongan otra cosa. Si no se logra acuerdo en la sesión de mediación, no quedará constancia alguna en el procedimiento judicial, conservando las partes intacto su derecho para intentar la conciliación judicial y celebrar juicio ante el Juzgado al que por turno ha correspondido. Todo lo que tenga lugar en la sesión de mediación es estrictamente confidencial y no puede ser revelado

en el juicio posterior.

La mediación es voluntaria y gratuita y se lleva a cabo por mediadores con formación acreditada ajenos al juzgado pero el proceso y el servicio están visados y controlados por el Consejo General del Poder Judicial a través de uno de los Magistrados de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia con el que, a través del servicio, podrán contactar para cualquier incidencia o información relacionada con el mismo.

Siendo el objeto del presente procedimiento uno de los considerados por sus características como susceptible de mediación, se le invita a participar en la experiencia piloto, conocer el Servicio de Mediación y recibir voluntariamente información sobre la sesión de mediación.

A. Derivación a mediación. Una vez interpuesta la demanda, el Juez al examinarla decidirá si el caso es susceptible de ser sometido a la mediación intrajudicial. Cuando decida que es aconsejable someterlo a mediación, en el mismo auto de admisión a trámite de la demanda lo comunicará a las partes y les citará a una primera entrevista en el Juzgado para ser informados de la mediación como medio alternativo de resolución de conflicto, en dicho auto también se fijará provisionalmente la fecha del juicio para el caso de que las partes decidan no acudir a la mediación tras la entrevista con el Juez.

B. Entrevista inicial. El juez y las partes con sus representantes se reunirán para que por parte del Juez se les informe sobre la mediación en una entrevista inicial, en la que se informará de esta forma alternativa de resolución de conflictos y en las incidencias procesales que ello puede conllevar en el procedimiento en curso.

Realizada la entrevista, las partes podrán acceder a intentar la utilización de esta forma alternativa de solución de su controversia, en caso de hacerlo firmarán un documento de aceptación y derivación del asunto a los profesionales de la mediación, y si es necesario, atendiendo a la fecha probable de señalamiento, se podrá suspender la misma, podrá también decidirse posteriormente si las sesiones de mediación se alargan de manera justificada.

En un principio la mediación no va a suponer una dilación en la fecha de señalamiento, dado que las sesiones de mediación pueden celebrarse generalmente entre la primera entrevista y la fecha inicialmente prevista para el juicio, sin dilación alguna, salvo supuestos concretos que lo requieran. Si no se aceptase la mediación por las partes, se continuará de forma normal el proceso, quedando las partes citadas para el día del juicio.

C. Sesiones de mediación. Aceptada la mediación las partes serán convocadas por el mediador para que acudan a las instalaciones del Consejo de Relaciones Laborales (CRL), a las sesiones de mediación que correspondan y que el mediador entienda en orden a poder

alcanzar un acuerdo.

D. Acuerdo. Si el acuerdo se alcanza bien de manera total como parcial, se redactará por el mediador, con el auxilio de los representantes de las partes y las partes concurrirán en el Juzgado aportando el acuerdo o desistiendo del proceso si lo consideran oportuno, si el acuerdo es total el Juez dictará auto en el que recogerá el acuerdo alcanzado que será ejecutivo como una conciliación, en caso de discrepancias o dudas respecto a su interpretación podrá convocarse al mediador y a las partes para su esclarecimiento.

Si el acuerdo es parcial las partes serán convocadas a juicio para resolver sobre las cuestiones respecto a las que no se haya alcanzado un acuerdo y celebrado éste en la Sentencia se resolverá sobre lo no acordado y se recogerá el acuerdo parcial alcanzado. En caso de que no exista acuerdo alguno las partes serán convocadas a juicio procediéndose a su celebración y al dictado de la correspondiente sentencia.

Dado el carácter confidencial de la mediación una vez convocadas las partes a juicio, no podrá proponerse al mediador como testigo, salvo las excepciones establecidas y tampoco podrán ser utilizadas las conversaciones o manifestaciones que se hayan realizado en las sesiones de mediación, dado que esas alegaciones no serán admitidas por el Juez, las mismas han de quedar al margen del proceso, teniendo por no realizadas las manifestaciones que al efecto pudieran hacer las partes.

1.7.3.8. Casos susceptibles de mediación

Respecto a los casos objeto de mediación, y sin perjuicio de que cualquier otro pueda ser introducido en esta lista, a priori serían los siguientes: acoso laboral, vulneración de derechos fundamentales, conciliación vida familiar – laboral, sanciones, modificación sustancial de condiciones de trabajo, vacaciones, reconocimiento de derecho y cantidades.

Teniendo, en todo caso, en cuenta las circunstancias particulares de cada caso para determinar si puede ser susceptible de mediación o no.

1.7.3.9. No son susceptibles de esta experiencia piloto de mediación

A priori, los procedimientos de despido, las demandas colectivas, los conflictos colectivos, los procesos de materia electoral, y de impugnación de convenios y los procesos de seguridad social, sin perjuicio de que existan otros supuestos que no puedan incardinarse en esta forma alternativa de resolución de conflictos (Consejo General del Poder Judicial, 1986)

1.7.4. Mediación y solución de conflictos

En la VII Conferencia del Foro Mundial de Mediación “*Los problemas de la gente los tiene que resolver la gente*”: A todos los reunidos les digo que es precisamente a través de la mediación, de la palabra, como ahora se debe efectuar este cambio radical de las presentes tendencias basadas en la fuerza, en la imposición, a un futuro en el que se puede entender a través de la palabra. Esta es la gran transición: de la fuerza a la palabra. Hacer todo lo posible para lograrlo en estos albores de siglo y el milenio (Cuenca, 2009)

Nelson Mandela, decía: “La cultura de paz no podrá ser una realidad hasta que al menos haya un 15 a 20 % de mujeres en el proceso de toma de decisiones”. Y este porcentaje ya se está alcanzando, como pueden ver por el número de mujeres para que tenga lugar esta gran transición que permita que se entienda sin pelear, sin extremismos, sin imposiciones, sin fuerza.

En el año 1944, cuando se estaba elaborando el primer borrador de la Carta de las Naciones Unidas, ya se pensaba que los problemas de la gente los tiene que resolver la gente, a través de quienes de una manera democrática hablan en su nombre, son la voz del pueblo. En esto consiste la genuina democracia: “Nosotros, los pueblos... hemos resuelto evitar a las generaciones venideras el horror de la guerra”.

Los pueblos tienen que llevar en sus manos las riendas de su destino y no tienen que dejarlas en ningunas otras manos para evitar la guerra, es decir, para construir la paz. Y todo esto, ¿por qué? Porque se tiene un compromiso supremo, que es el de las generaciones venideras. No se puede dejar estos horizontes sombríos, este medio ambiente degradado, esta confusión ética, política, ...que se aceleró cuando a finales de la década de los 80 del siglo pasado se sustituyeron los principios democráticos, que tan bien establece la Constitución de la UNESCO (la justicia, la libertad, la igualdad, la radical igualdad de todos los seres humanos, todos iguales en dignidad, sean hombres o mujeres de un color de piel o de otra, son iguales..., y la solidaridad intelectual y moral) por las leyes del mercado.

Todo eso ¿para qué? La Constitución de la UNESCO se inicia diciendo que “las defensas de la paz deben construirse en la mente de los hombres”, para ser personas “libres y responsables”. Se quiere por tanto decir desde el principio que es una maravilla pensar en que sea la mediación, es decir, que sea la capacidad de escuchar, de hablar, de transmitir, la que ayude a hallar las posibles soluciones de los conflictos. Los conflictos existirán siempre, por fortuna, pero lo que se debe hacer es solucionarlos a través del diálogo, de la conciliación, de la mediación, en lugar de aportar posiciones dogmáticas, impositivas, de dominio, de fuerza.

La Carta de las Naciones Unidas, la Constitución de la UNESCO y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, nacen precisamente de este concepto: de la igual dignidad. La Constitución de la UNESCO, como Organización intelectual del sistema de las Naciones Unidas en su conjunto, hace especial hincapié en este concepto esencial, aplicable a todo ser humano, a todos “los pueblos”. Pero poco a poco, en lugar de los pueblos, solo estuvieron representados en la Asamblea General los Estados, más o menos democráticos y que representaban precariamente a “los pueblos”.

La palabra clave es compartir con los demás lo que se tiene, incluida nuestra experiencia. Palabra clave para el desarrollo. Desarrollo integral, es decir, que no solo sea económico sino que también sea social; endógeno, es decir, que se ayude a que tengan los conocimientos, las capacidades, las destrezas, las habilidades, para que los países se desarrollen; sostenible, de tal forma que se reponga lo que se consume... y humano! Todo esto, poco a poco, se fue sustituyendo las ayudas por préstamos, la cooperación internacional por explotación y únicamente quedaron los Estados de los países más poderosos, más prósperos, que crearon grupos plutocráticos, en lugar de “Nosotros, los pueblos”, ...que se tiene ahora que reunirnos y estar todos juntos en un sistema multilateral. Solo de esta manera se lucharía eficazmente contra los tráfico: drogas, armas, capitales, personas y se acabaría de una vez con los paraísos fiscales.

Mientras se invierten 3.000 millones de dólares en armas, hay más de 60 mil personas que mueren de hambre. No se tiene en cuenta que la humanidad sufre, no se pone en práctica la igualdad, porque cada uno está en su tarea diaria y un inmenso poder mediático nos tiene adormecidos, de espectadores y no de actores de nuestra propia vida. No se tiene las riendas de nuestro futuro personal y colectivo en las manos. Nos hemos ido abandonando, hemos sido espectadores progresivamente silenciosos, amordazados, silenciados. Hemos devenido a ser exclusivamente testigos, “¿Qué dicen? ¿Qué hacen?” y nosotros, sumisos, resignados, ofreciendo hasta nuestra vida a los designios del poder.

Tiene que haber un cambio radical. Se tiene que decir que no se quiere que se sustituya la cooperación por la explotación. Que no se quiere que se sustituya un sistema multilateral por un sistema de grupos de poder integrados por los países más ricos del Planeta. El resultado ha sido catastrófico, ¿por qué? Porque ya se advirtió hace muchos años: la verdad es que a “los pueblos” se les hace muy poco caso, no se les escucha porque los intereses en juego son tan grandes, la maquinaria bélica es tan poderosa, que consiguen que poco a poco, con este inmenso poder mediático, se sustituya impunemente la justicia social por las leyes del mercado. Ha sido un disparate y este disparate se lo va a pagar muy caro si no se sabe reaccionar, porque la crisis no es sólo financiera, es ética, es de la democracia, de los valores democráticos, es medioambiental, es alimenticia.

Si no se sabe reaccionar, las cosas seguirán iguales. Hace tan solo unos años, en el año 2000, cuando se había elaborado los Objetivos del Milenio para erradicar la pobreza, para terminar con la vergüenza colectiva del hambre, para que todos tuvieran acceso a la educación, al agua, a la salud, vinieron entonces con las tijeras: *“No hay dinero, no hay dinero para los que se mueren de hambre todos los días, no hay dinero para los que se mueren en el África por el SIDA y por otras enfermedades”*.

Cooperar significa trabajar juntos. Cooperación es la palabra clave en las Naciones Unidas. Ha habido una explotación, un dominio de tecnología, ya no exclusivamente económico o político. Y hay un domino mediático en el mundo que apremia a restablecer los principios democráticos que la Constitución de la UNESCO resume magistralmente: la justicia es lo primero.

La mediación, como su nombre indica, es actuar acercando posiciones distintas. Se trata de procurar, primero, que se conozcan bien para, poco a poco, lograr espacios de encuentro y después de conciliación en que se pueda avenir progresivamente, aplazando siempre el uso de la fuerza, aplazando siempre la imposición. La gran transición es precisamente pasar de una cultura de imposición, violencia y guerra a una cultura de diálogo, mediación, conciliación, alianza, paz.

Ya no se puede seguir con aplazamientos, con más informes y diagnósticos. Ahora ha llegado el momento de la acción. La educación es fundamental. Y lo es la mediación. Solo se vive en el barrio próspero de la aldea global un 20% de los habitantes de la Tierra, que tienen el 80% de los recursos de toda índole a su disposición, cuando hay miles de millones de personas que viven en una situación inhumana.

Siendo todos iguales en dignidad, ¿cómo puede tolerarse que haya estas asimetrías, estas diferencias? Ha llegado el momento de una gran transición, desde una economía basada en la fuerza a otra basada en desarrollo sostenible a escala global, porque además, de esta manera aumentarán los *“clientes”* y habrá mucha más gente que pueda adquirir, disfrutar, lograr una serie de bienes materiales que hoy están excesivamente concentrados en esta torre de marfil donde viven los más prósperos.

Queridos amigos: que la mediación ilumine los caminos del futuro. El pasado ya está escrito, se tiene que decir, con toda claridad, y se tiene que aprender las lecciones del pasado. Hoy se tiene la gran misión de transmitir a los hijos, a los descendientes, a las generaciones venideras, un legado muy distinto de las tendencias presentes, y para ello se cuenta con que cada ser humano único es capaz de crear, de imaginar, de pensar, de reflexionar. Se va a inventar el futuro, futuro propio del otro mundo posible que se anhela. Mucha suerte,

imaginación y que la mediación sustituya progresivamente el uso de la fuerza (Cuenca, 2009).

En los tiempos presentes, ha alcanzado extraordinario auge la mediación entendida como sistema o procedimiento mediante el cual un experto tercia, se coloca en medio de personas con posturas enfrentadas, con conflictos de intereses entre ellas, haciendo lo posible para que estos se resuelvan y lleguen las personas dichas, incluso y llegado el caso, a suscribir un acuerdo transaccional que ponga fin a los mismos.

La mediación se integra, habitualmente, dentro de los Sistemas Alternativos de Solución de Conflictos, hablándose también, en la Unión Europea, de MASC, Modalidades Alternativas de Solución de Conflictos. Alternativas, a lo que parece y por cuanto se dice, al proceso al arbitraje incluso, a pesar de que, en tales casos y a la postre, lo que resuelve la disputa, propiamente hablando, es la sentencia o el laudo, siendo el proceso o el arbitraje, cual la mediación que desemboque en la transacción, meros cauces o medios para lograr el resultado apetecido, por mucho que, en ocasiones y no pocos, puedan pensar lo contrario, confundiendo, al hacerlo y en mi opinión, el camino seguido con la meta perseguida.

Una cierta confusión en la utilización de los términos se aprecia, al respecto y en efecto, en los textos legales que se ocupan de ciertos aspectos de la mediación, se dice que la misma puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a determinados conflictos, en tanto que se precisa que son las partes, las que han de alcanzar por si mismas la solución, resolución del conflicto, con la ayuda, eso sí, del mediador.

Se aprecia que el objeto de la misma es *“facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación”*. Solución, resolución e, incluso, gestión y transformación de conflictos referidos, siempre, a la mediación, por mucho que se esté en presencia de realidades distintas y más próxima, a la postre y posiblemente, a la transacción que a la mediación propiamente dicha. Al respecto, se aprecia también en la Ley catalana de mediación en el ámbito privado, de 2009, al señalar, que *“la mediación, como método de gestión pacífica de conflictos, pretende evitar la apertura de procesos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance”*, cuando ésta es, precisamente, la finalidad de la transacción, *“contrato por el cual iniciando su regulación las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”*. Primera precisión, ésta, que parece necesaria, en pagos básicamente procesales, pareciéndome necesaria también la que sigue, en sede, de Derecho civil (Conforti, 2009).

En la misma línea, pueden traerse a colación las siguientes definiciones de mediación: *“Procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. “Procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, a fin de que gestionen, para ellas mismas, una solución de los conflictos que los afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de forma imparcial y neutral”.*

La mediación familiar, específicamente, viene definida del siguiente modo: Procedimiento extrajudicial de gestión de conflictos no violentos que puedan surgir entre miembros de una familia o grupo con vivencial, mediante la intervención de profesionales especializados que, sin capacidad de decisión sobre el conflicto, les asistan facilitando la comunicación, el diálogo y la negociación entre ellos y ellas, al objeto de promover la toma de decisiones consensuadas en torno a dicho conflicto”.

A los sistemas alternativos de resolución de conflictos dedica Carrasco en su monografía sobre Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica, Madrid, 2009. Documento de la Comisión Europea, a respecto, lo siguiente:

“A partir del Plan de Acción de Viena de 1998 y las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, el Consejo de Ministros de Justicia e Interior invitó a la Comisión a que presentara un Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en materia civil y mercantil distintas del arbitraje.

Confusión del género puede apreciarse, de algún modo, en las conclusiones sobre *“el concepto del sistema alternativo de resolución de conflictos”*, Carrasco sobre Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, al incluir, en los mismos entendidos en sentido estricto, a la transacción y, luego, dejarla fuera, entendiéndose en sentido estricto ha de participar un tercero en la solución del conflicto, a pesar de haber dicho antes que han de ser las partes en conflicto las que alcancen la solución del mismo al margen del proceso, razón que por cierto lleva a excluir al arbitraje de los mismos, a pesar de haberlo incluido, antes, en ellos (Rogel Vide, 2009).

1.7.5. Mediación y mandato

En tiempos relativamente recientes, la mediación en Derecho civil era, solo y exclusivamente, un contrato atípico, dotado de tipicidad social y próxima al mandato, en virtud del cual una persona, a cambio de una remuneración normalmente, ponía en relación

a personas sin conflictos pendientes, con el fin de que pudieran cerrar o cerrasen acuerdos entre ellas.

Las particulares relaciones obligatorias de su Derecho civil español, Decimoquinta edición revisada por Ferrandis Vilella, Madrid, 1993: *“Se llama contrato de corretaje o mediación aquel por el cual una de las partes (el corredor o mediador) se compromete a indicar a la otra la oportunidad de concluir un negocio con un tercero o a servirle de intermediario en esta conclusión, a cambio de una retribución... Lo característico de la actuación del mediador consiste en que se limita a poner en relación, directa o indirectamente, a los futuros contratantes, sin participar él personalmente en el contrato”*.

El mediador podía haber sido contratado previamente, al efecto, por una de las partes o, incluso, por ambas, cabiendo también que, sin contrato previo, ofreciese sus servicios a las partes dichas, partes que, si se servían de los datos e información suministrada por el mediador, habrían de compensar sus esfuerzos, so pena de ser acusadas de enriquecimiento injusto. Tal mediación cuando no idéntica es muy similar al corretaje, denominación más utilizada en el ámbito mercantil, dedicando, por otra parte, a la regulación de los agentes mediadores del comercio y de sus obligaciones respectivas, dedicando la Sección Primera a las disposiciones comunes al respecto, y la tercera a los Corredores colegiados de Comercio.

El contrato de corretaje fue estudiado monográficamente por el abogado Sampons Delgado, que publicó con dicho título en la Editorial Montecorvo de Madrid el año 1965. En la misma y entre otras cosas dice: “La intervención de una persona reducida a realizar las gestiones necesarias para poner en relación a otras dos para la celebración de un contrato, sin contratar aquella en nombre propio ni en el de su pretendido comitente, no puede calificarse de comisión mercantil y sí debe considerarse como un contrato innominado, es la figura propia del contrato de corretaje.

A decir de Sampons, el corredor ha de indicar la ocasión de concluir un negocio, poniendo en relación a quienes puedan llevarlo a cabo, eliminando diferencias y logrando la avenencia entre ellas “manejando, con su técnica profesional, la suave lima que reduzca a cero la diferencia de intereses de los contratantes, gestionando, además, lo necesario, autorizaciones, permisos para obtener el contrato deseado.

La mediación dicha sigue existiendo y es bueno saberlo para no confundirla con la anterior, más reciente, sabido el viejo aforismo justo es decirlo más citado que respetado.

Para intentar superar la confusión resultante de designar, con un mismo término, dos realidades distintas, se ha recurrido si no me equivoco a la distinción entre mediación e

intermediación, lo cual no deja de plantear problemas, pues también el mediador está siempre entre las personas respecto de las cuales ejerce sus buenos oficios. Por otra parte, no se sabe bien cuál de las mediaciones, en buena lid, habría de pasar a llamarse “*intermediación*”, por mucho que los mediadores en conflictos tiendan con más éxito que menos a monopolizar el término.

Quizás sería mejor solución utilizar el término “corretaje” para referirse a la mediación sita en las proximidades del mandato, como quiere Sampons, reservando el de “mediación”, como quiere Carrasco, para la mediación sita en las proximidades del conflicto.

Sampons, el contrato de corretaje, al respecto dice lo siguiente: “*Más esencial que la puridad del nombre de las figuras del Derecho es la de su concepto. Pero, en el caso del corretaje, tiene o puede tener bastante importancia que se le atribuya un sinónimo tan confuso como es el término “mediación”*”. Mejor sería, en el futuro, prescindir de él y acoger, tan solo, el término corretaje, que define la Real Academia como diligencia y trabajo que pone el corredor en los ajustes y ventas”.

n todo caso, es un hecho consumado la existencia de numerosas leyes autonómicas españolas relativas, expresamente, a la mediación familiar la última de las cuales, por cuanto me resulta como hecho consumado, es la existencia de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009, ello sin olvidar la ley española de mediación de ámbito general, anunciada por la Ley, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

1.8. MEDIACIÓN EN CONFLICTOS, RELACIÓN DEL MEDIADOR CON LAS PARTES Y CONTRATO DE MEDIACIÓN

Centrado la atención, seguidamente, en la acepción de mediación primeramente vista, cabe decir que ésta tiene su punto de partida en el contacto establecido entre las partes en conflicto y el mediador o mediadores que han de terciar en él, ya sea mediante el oportuno *contrato al respecto*, ya en el marco de *servicios de mediación propiciados* por distintas entidades, públicas o privadas, que ponen a disposición de determinadas personas o colectivos, gratuitamente incluso y cual ponen médicos de familia o abogados de oficio, mediadores vinculados con las entidades dichas por una relación funcional o laboral que conlleva remuneración por los servicios prestados a las personas en conflicto, sin que medie relación contractual alguna entre los mediadores y las personas dichas. Sin que medie contrato de *mediación* previo, que conducir pueda a ulterior contrato o *negocio jurídico mediado*.

Carrasco, sobre Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica, distingue, al respecto, entre la mediación pública y la privada, diciendo lo siguiente: “La mediación privada se desarrolla por mediadores que ofrecen sus servicios como profesionales libres, a cambio de una remuneración previamente pactada con los mediados. La mediación pública por el contrario se desarrolla por mediadores que llevan a cabo su función dentro de un servicio de marco institucional y administrativo, prestando el servicio de mediación como integrante de un servicio social y, por lo tanto, de carácter gratuito para los mediados”.

De contrato de mediación y de negocio jurídico mediado habla Villaluenga, sobre Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia Madrid, 2006, “*no vemos inconveniente en asimilar el negocio jurídico mediado tanto a la transacción extrajudicial, como a la transacción judicial*”.

Del mismo parecer es Carrasco, que trata el asunto, sobre Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos, recordando que el negocio jurídico mediado puede ser recogido en escritura pública, pudiendo ser, asimismo, homologado en sentencia judicial o en laudo arbitral (Rogel Vide, 2009)

1.8.1. Obligaciones del mediador y fuentes de las mismas

Centrado la atención, seguidamente, en la acepción de mediación primeramente vista, cabe decir que ésta tiene su punto de partida en el contacto establecido entre las partes en conflicto y el mediador o mediadores que han de terciar en él, ya sea mediante el oportuno *contrato al respecto*, ya en el marco de *servicios de mediación propiciados* por distintas entidades, públicas o privadas, que ponen a disposición de determinadas personas o colectivos, gratuitamente incluso y cual ponen médicos de familia o abogados de oficio, mediadores vinculados con las entidades dichas por una relación funcional o laboral que conlleva remuneración por los servicios prestados a las personas en conflicto, sin que medie relación contractual alguna entre los mediadores y las personas dichas. Sin que medie contrato de *mediación* previo, que conducir pueda a ulterior contrato o *negocio jurídico mediado*.

El contrato de mediación, cuando existe, se mueve en la órbita de los contratos de prestación de servicios profesionales, de servicios en los que, aun persiguiéndose resultados, como es lógico, se asumen solo obligaciones de medio, al no poderse garantizar los resultados deseados. Se trata de servicios en los que la diligencia exigible es la del buen profesional, que no, simplemente, la del buen padre de familia, padre que, aun siendo bueno, puede no ser particularmente competente o instruida.

Remuneración al margen y cualquiera que sea el origen y la razón de ser de la mediación facilitada, la persona, el profesional que la presta ha de actuar conforme a las reglas del arte y conforme a ellas responderá. Para fijar las obligaciones dichas ha de estarse a lo establecido en las leyes existentes sobre la materia, la Ley catalana de mediación 2009 o entre otras la Ley reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Para fijar las obligaciones dichas ha de estarse, a mayor abundamiento, a lo establecido en las normas deontológicas que puedan existir sobre el particular, europeas, españolas; específicas de la mediación, propias de colegios profesionales como los de abogados a los que puedan o deban pertenecer las personas que medien, sabida la ausencia, hasta el presente y en nuestro país, de un colegio específico de mediadores.

En la Unión Europea existe un Código de conducta europeo para mediadores 2004, documento de debate sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos, publicado por la Comisión Europea, la misma que creó un Código de conducta de los mediadores, Código elaborado en colaboración con muchas organizaciones y personas con experiencia en la materia, fue aprobado por un amplio número de expertos reunidos en Bruselas, 2004. Existiendo también en el país y en lo que a los abogados respecta un *Código deontológico* de la abogacía española, 2000.

Evidentemente, las normas jurídicas son vinculantes y llevan aparejada una sanción, en tanto que las deontológicas, las morales, vinculan más en el fuero interno, sanción social al margen. Con todo, justo es decir que, siendo obligatoria, en muchas ocasiones, la colegiación para los mediadores pertenecientes a profesiones con colegios establecidos, y siendo obligatorio el cumplimiento de las normas deontológicas, establecidas por el colegio, por parte de los colegiados integrados en el mismo, so pena de sanción disciplinaria, las normas deontológicas dichas, a la postre, hacen tránsito hacia las jurídicas, vinculando en el fuero externo y llevando aparejada una sanción para el caso de incumplimiento, sanción que bien puede consistir en la expulsión del colegio y consiguiente prohibición de la actividad mediadora.

En las leyes de mediación familiar de las Comunidades Autónomas venía siendo frecuente señalar las carreras Derecho, Psicología, Trabajo Social, etc. que permitían el acceso al ejercicio de la mediación, señalándose también la obligación de integrarse en los colegios profesionales propios de las carreras dichas para dicho ejercicio.

Recientemente, se enfatiza la especialización en mediación, como requisito previo para el ejercicio de la misma, más que en la pertenencia a una determinada carrera, siendo posible que cualquier titulado medio o superior suficientemente instruido en la materia ejerza como mediador y se inscriba en los Registros de Mediadores existentes. Con todo y cuando el

mediador pertenezca a una profesión que cuente con colegio profesional, la integración en el mismo sigue siendo obligatoria, al menos hasta el presente y por mucho que tal necesidad de colegiación sea más cuestionada cada vez.

En la línea señalada, la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado de 2009. En efecto, dice: *“Puede ejercer como mediadora, a los efectos de la presente Ley, la persona física que esté en posesión de un título universitario de carácter oficial y acredite una formación y una capacitación específicas en mediación. Además, tiene que estar colegiada en el colegio profesional respectivo, o prestar servicios en calidad de mediador o mediadora para la administración pública”*. La Disposición de la Ley precisa, lo siguiente: *“Las personas que dispongan de titulación universitaria y que ejerzan una profesión no sujeta a colegiación, o las que prestan servicios en calidad de mediadores para la administración pública, pueden solicitar su inclusión en los registros respectivos de mediadores”*.

La no pertenencia a un colegio, en opinión, no libera a los mediadores del sometimiento a normas deontológicas, sobre todo cuando las mismas van referidas, con carácter general, a los mediadores todos, al margen de que sean aplicables a los no colegiados, por analogía, las normas deontológicas de los colegios profesionales a que pertenecen la mayoría de los mediadores.

En unas y otras normas se contienen los comportamientos debidos por el mediador, así como los deberes que ha de cumplir en el desempeño de su tarea, comportamientos y deberes cuyo elenco intenta hacer seguidamente y cualesquiera que sean las normas en que se contengan. Es el siguiente: Conducta profesional íntegra, honrada, leal, veraz y diligente; actuación de acuerdo con las exigencias de la adecuada práctica profesional y de la buena fe; dedicación; competencia; independencia y neutralidad; imparcialidad; confidencialidad y secreto profesional; suministro de información, en fin, sobre las características y finalidad del procedimiento de mediación, el papel de las partes y del mediador en él mismo y los honorarios correspondientes a éste, cuando la mediación sea remunerada.

Una cierta inseguridad puede apreciarse, con todo, en el carácter asignable a las normas deontológicas que se viene considerando, colocadas, en algunos casos, fuera del Derecho y, en otros, dentro del mismo. Así y mientras que, en el Preámbulo del Código de conducta europeo para mediadores, se dice que el cumplimiento de los principios establecidos en el mismo *“se deja al arbitrio de los mediadores individuales, bajo su propia responsabilidad”*, en el Preámbulo del Código Deontológico de la Abogacía Española se afirma, de modo un tanto heterodoxo, que, *“como toda norma, las deontológicas establecidas para el ejercicio de*

la abogacía se insertan en el universo del Derecho, regido por el principio de jerarquía normativa". Mejor se diría que las normas incardinadas en el Derecho y provistas de una sanción para el caso de incumplimiento son, lisa y llanamente, jurídicas, aunque hubiese sido solo morales. A la adecuada práctica profesional remite la Ley andaluza de mediación familiar, 2009.

Se refiere a la buena fe de la Ley catalana de mediación en el ámbito del Derecho privado 2009, que no precisa nada al respecto. La buena fe, en todo caso, es contraria a la mala fe, al dolo. Actuaría dolosamente el mediador que, valga por caso, no tenga intención seria de mediar, queriendo solo averiguar datos confidenciales, o el que oculte incompatibilidades para el ejercicio de su función conocidas por él.

Se refiere también a la buena fe de la Ley andaluza de mediación en el ámbito familiar 2009, se dice al respecto, lo siguiente: *"La actuación de la persona mediadora y de las partes en conflicto se ajustará a las exigencias de la buena fe. Las partes se comprometerán a colaborar con la persona mediadora durante el desarrollo del proceso y al cumplimiento de los acuerdos que finalmente se adopten, si en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos"*.

Tal afirmación viene matizada, en el ámbito que le es propio, por la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado 2009, dice: *"La persona mediadora puede contar con la colaboración de técnicos, a fin de que intervengan en calidad de expertos, y con la participación de co-mediadores, especialmente en las mediaciones entre más de dos partes"*.

"Los mediadores, dice el Código de conducta europeo para mediadores, serán competentes y deberán conocer el proceso de la mediación. Será esencial que posean la formación apropiada y actualicen constantemente sus competencias teóricas y prácticas".

"El abogado, dice el Código Deontológico de la Abogacía Española, no aceptará ningún asunto si no se considera o no debiera considerarse competente para dirigirlo, a menos que colabore con un abogado que lo sea".

Independencia dice el Código Deontológico de la Abogacía Española *"frente a presiones, exigencias o complacencias que la limiten, sea respecto de los poderes públicos, económicos o fácticos, los tribunales, su cliente mismo o, incluso, sus propios compañeros o colaboradores"*.

"La persona mediadora dice la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado 2009 tiene que ayudar a los participantes a alcanzar, por ellos mismos, los compromisos y

las decisiones, sin imponer ninguna solución ni medida concreta, ni tomar partido". La persona mediadora, por ende y a decir de la dicha Ley, *"facilita el diálogo, promueve la comprensión entre las partes y ayuda a buscar posibles soluciones al conflicto"*. *"Antes de iniciar o continuar su tarea, el mediador, dice el Código de conducta europeo para mediadores, debe revelar toda circunstancia relación con una de las partes, amistad íntima o enemistad manifiesta con ella, interés en el resultado de la mediación que pueda afectar a su independencia o suponer un conflicto de intereses"*.

"La persona mediadora, dice la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado 2009, ejerce su función con imparcialidad, garantizando la igualdad entre las partes. Si es necesario, tiene que interrumpir el procedimiento de mediación mientras la igualdad de poder y la libertad de decidir de las partes no está garantizada, especialmente como consecuencia de situaciones de violencia".

En clave de imparcialidad, el Código de conducta europeo para mediadores permite a éstos poner fin a la mediación si las partes pretenden llegar a un acuerdo ilegal o imposible de aplicar o cuando resulte improbable que la continuación de la mediación de lugar a un acuerdo, requiriéndose en otras normas, la Ley andaluza de mediación familiar 2009, una justificación, escrita y razonada, de la dicha decisión del mediador de poner punto final a su tarea.

En la misma línea, pero más drástico, la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado 2009, señala, como deber del mediador, el siguiente: *"Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida que haga incompatible la continuación del procedimiento con las exigencias establecidas por la dicha Ley y, también, si aprecia falta de colaboración de las partes o si el procedimiento deviene inútil para la finalidad perseguida"*.

"El mediador, dice el Código de conducta europeo para mediadores, observará la confidencialidad sobre toda información, relativa o con respecto a la mediación, incluido el hecho de que existe o haya tenido lugar. Salvo obligación legal, ninguna información revelada confidencialmente a los mediadores por una de las partes se revelará a las otras partes sin su permiso". La Directiva señala, por su parte, que *"los Estados miembros garantizarán, salvo acuerdo contrario de las partes, que ni los mediadores ni las personas que participan en la administración del procedimiento de mediación estén obligadas a declarar, en un proceso judicial civil o mercantil o en un arbitraje, sobre la información derivada de un procedimiento de mediación o relacionada con dicho proceso"*.

Un estudio minucioso de los principios que rigen la mediación familiar singularmente, de la voluntariedad, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y profesionalidad (formación de

los mediadores incluida) y de su reflejo en la legislación española cita Villaluenga sobre Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia.

La Directiva permite y hasta obliga a prescindir de la confidencialidad “*cuando sea necesario por razones imperiosas de orden público en el Estado miembro de que se trate, en particular cuando así lo requiera la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona*”. De razones legales o de orden público contrarias a la confidencialidad habla también el Código de conducta europeo para mediadores.

El secreto, por su parte y a decir de la Ley catalana de mediación en el ámbito del derecho privado 2009, no juega cuando el mediador tiene datos que revelen la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o la de hechos delictivos perseguibles de oficio, en cuyo caso ha de detener el procedimiento de mediación e informar de las circunstancias dichas a las autoridades judiciales.

Los antes dichos son principios inspiradores, deberes, obligaciones del mediador que juegan por regla general, lo cual no impide, entiéndase bien, que, en ocasiones y justificando la propia regla, existan excepciones a la misma. Tal sucede, con el secreto o la confidencialidad que, en ocasiones y en base a intereses superiores, han de ser rotos. Tal sucede con la neutralidad, que cede ante la superior necesidad de proteger a los menores, a los discapacitados o a las personas que sean víctimas de una situación de violencia. La Ley andaluza de mediación familiar, 2009 dice: que es deber de los mediadores velar, en todas sus actuaciones, por el interés preferente de los hijos e hijas menores y de las personas dependientes, como es deber suyo, dar efectivo cumplimiento al principio de igualdad por razón de género (Rogel Vide, 2009).

Entre las obligaciones del mediador se tiene:

- Facilitar la comunicación y la consecución de acuerdos y compromisos entre las partes.
- Redactar los documentos de la sesión inicial y final del procedimiento de mediación familiar.
- Cumplir su encargo de forma diligente y leal.
- Mantener, de acuerdo con la legislación vigente, la reserva respecto de lo acontecido en el proceso de mediación y la confidencialidad de los hechos tratados.
- Velar por el interés superior de los hijos menores de edad o de las personas dependientes.
- Actuar conforme a los principios de la mediación.

- Asegurarse de que las partes toman sus decisiones de forma libre y sin coacciones.
- Abstenerse o renunciar a actuar como mediador si concurriese cualquiera de las causas previstas en las leyes.
- Inscribirse en el Registro de Mediadores (Carrasco, 2009)

1.9. MEDIACIÓN Y TRANSACCIÓN

Por otro lado, la mediación guarda cierta conexión con una figura tan tradicional como es la transacción. En efecto, gracias a la transacción las partes logran evitar la provocación de un pleito o poner término al que hubiera comenzado, lo que implica una similitud básica de objetivos con la mediación. Sin embargo, la transacción no constituye tanto un procedimiento como el resultado de una negociación o comunicación previa entre las partes, sin que el Código Civil aluda, ni desde luego regule, esa fase preliminar de acercamiento de posturas.

En segundo lugar la transacción prescinde de la presencia de un tercero mediador, figura que sin embargo es esencial en la mediación, en la que ese tercero está llamado a servir de nexo de comunicación entre las partes y a procurar de forma activa un acercamiento entre las respectivas posturas de las mismas. En fin, la mediación tiene unos contornos más amplios que la transacción, pues ésta no constituye el único punto de llegada de aquella, ni el acuerdo de mediación tiene que adoptar necesariamente la forma de un contrato de transacción.

En vista de lo dicho, y aunque no faltan quienes opinan que la mediación no debe regularse por ley, al considerarla un campo en el que la autonomía de la voluntad debe poder operar libremente, resulta plausible el propósito de dotar de regulación legal a la mediación en asuntos civiles y mercantiles, pues es de suponer que ello introducirá seguridad jurídica en un área que, salvo aquellas materias que pudieran entrar dentro del ámbito de aplicación de las distintas leyes autonómicas en materia de mediación familiar.

En muchas ocasiones, la mediación si tiene éxito, determina la celebración por las personas con las que se ha mediado, de *un acuerdo transaccional* mediante el cual y como ha quedado dicho se pone fin a todas las disputas existentes entre las mismas o a algunas de ellas, cabiendo también, en el ámbito del Derecho de familia que tal acuerdo se plasme, específicamente, en un *convenio regulador* o, si cabe, en cualquier otro *negocio jurídico singular* y propio de la materia, normas imperativas sabidas y respetadas necesariamente. En tales casos y a la postre, *la mediación conduce a la transacción, como el arbitraje al laudo o el proceso a la sentencia.*

1.9.1. Mediación

La mediación es otro proceso de solución de conflictos. El antecedente próximo en la legislación española, la ley de Arbitraje, es la regulación, aun en vigor del Acto de Conciliación de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que curiosamente da comienzo al libro que regula la jurisdicción contenciosa, siendo como es en la actualidad un procedimiento de jurisdicción voluntaria. En él, el Juez “*procura avenir a las partes*” y si no pudiera conseguirlo, se dará el acto “*por terminado sin efecto*”.

Siguiendo la Guía de la mediación en el marco de la Organización mundial de la propiedad intelectual, un tercero neutral, el mediador, ayuda a las partes a solucionar su controversia de manera mutuamente satisfactoria. Cualquier acuerdo al que lleguen las partes se formaliza en un contrato. La mediación es un modo eficaz y económico de alcanzar ese resultado manteniendo, y en ocasiones mejorando, la relación entre las partes.

Las características principales de la mediación son:

La mediación es un procedimiento no obligatorio controlado por las partes. En una mediación, no se puede imponer una decisión a las partes. A diferencia del árbitro o el juez, el mediador no toma decisiones. La función del mediador consiste en ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo sobre la solución de la controversia.

Es más, aun cuando las partes hayan convenido en someter una controversia a la mediación, no están obligadas a continuar el procedimiento de mediación si consideran que la continuación del procedimiento va en contra de sus intereses. No obstante, cuando han decidido recurrir a la mediación, las partes suelen participar activamente en la misma. Si deciden someter la controversia a mediación, las partes deciden con el mediador cómo se llevará a cabo el procedimiento.

La mediación es un procedimiento confidencial. En una mediación, no se puede obligar a las partes a divulgar información que deseen mantener confidencial. Cuando, a los fines de solucionar la controversia, una parte opta por divulgar información confidencial o reconoce ciertos hechos, esa información no podrá ser divulgada fuera del contexto de la mediación, incluso si se lleva el caso ante los tribunales o se somete a arbitraje. La existencia y el resultado de la mediación son también confidenciales. El carácter confidencial de la mediación permite a las partes negociar de manera más libre y productiva, sin temor a la publicidad.

La mediación es un procedimiento basado en los intereses de las partes. En un litigio ante los tribunales o en un proceso de arbitraje, el resultado de un caso está determinado por los

hechos objeto de la controversia y el derecho aplicable. En la mediación, las partes pueden guiarse asimismo por sus intereses comerciales o particulares. Así pues, las partes pueden decidir libremente el resultado considerando el futuro de su relación comercial, institucional, profesional o personal y no únicamente su conducta previa.

Cuando las partes tienen en cuenta sus intereses y entablan un diálogo, la mediación suele traducirse en un acuerdo que crea más valor que el que se habría creado si no hubiese surgido la controversia en cuestión. La mediación, por su carácter no obligatorio y confidencial, entraña un riesgo mínimo para las partes y genera beneficios considerables. Es más, podría decirse que, aunque no se llegue a un acuerdo, la mediación nunca fracasa ya que permite que las partes definan los hechos y las cuestiones objeto de la controversia, preparando el terreno para procedimientos arbitrales o judiciales posteriores. La resolución de la mediación es la firma por las partes de un acta de mediación (Arriaga, s/f).

1.9.2. Transacción

La transacción es un contrato. En ella las partes también deben tener disponibilidad del objeto, ya que al igual que en la negociación, se producen recíprocas concesiones, para las cuales es necesario poseer la facultad de disponer de los derechos que se pretendan transigir. El Código Civil español dice: “La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”.

La transacción no trasmite derechos u obligaciones sino que declara o reconoce esos derechos u obligaciones sobre los que recae el objeto de la transacción. Como consecuencia de una transacción si se pueden extinguir obligaciones, bien como señala el Código Civil español, por el pago, la condonación, la compensación, etc. o pueden nacer otras como la obligación de comprar, de permutar, de pignorar, de avalar, de renunciar, etc.

¿Sobre qué objetos no puede haber transacción? El Código Civil español establece claramente las limitaciones, por ejemplo: el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda; se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal; no se puede transigir sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales, sobre alimentos futuros.

La transacción se produce, se negocia, entre las propias partes, se somete a la aprobación de un tercero, que es el juez y tiene para ellas y por intercesión de este órgano la autoridad de la cosa juzgada. Pero no procederá la vía de apremio sino mediante la ejecución del Auto de homologación del acuerdo transaccional al que hace referencia la Ley de Enjuiciamiento

Civil al establecer que los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo. La resolución de una transacción es la obtención de un auto de homologación del acuerdo Transaccional (Arriaga, s/f).

1.9.3. Límites de la transacción

Las personas no son siempre enteramente libres para zanjar, por su sola voluntad, las cuestiones que a ellas afectan o a las personas que de ellas dependen por vía transaccional, mediación previa mediante, llegado el caso y en esa línea se mueve el Preámbulo de la Ley reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad de Andalucía, cuando dice: *“No debe considerarse que la mediación vaya a posibilitar la resolución de todos los problemas o conflictos familiares y es preciso reconocer que, como cualquier otro procedimiento, tiene sus limitaciones, por lo que es preciso verificar, según el caso, la pertinencia o idoneidad de la misma”*.

En efecto, hay muchas cuestiones relacionadas, en mayor o menor medida, con el orden público, o en las que hay un interés, legítimo y atendible, prevalente, o la necesidad de proteger a personas desvalidas y necesitadas de protección, cual los niños o los dementes reguladas por normas imperativas, normas particularmente frecuentes en los pagos del Derecho de familia o del Laboral, que no pueden ser cambiadas ni alteradas por pactos ni por acuerdos de voluntades, transaccionales o no.

La transacción, pues, tiene sus límites, que de buena fe, pueden ignorar los buenos padres e hijos de familia, las buenas madres e hijas de la misma guisa, mas no los mediadores, que son profesionales y, como tales, concedores obligados de la materia que les ocupa, en todas las vertientes conocidas o previsibles de la misma.

Los mediadores, pues y en mi opinión, han de saber, necesariamente, cosas sobre la transacción, meta deseable de su quehacer. Han de saber, señaladamente, quién puede transigir y quién no. Han de saber sobre qué cosas se puede transigir y sobre cuáles no. Para ello, y al margen de las leyes y normas deontológicas específicas sobre mediación; que se ocupan de señalar quienes pueden transigir y sobre que materias.

Transacción, se ve, en normas que se mezclan, que se cruzan, sin confundirse, con las dedicadas, en el Código civil, a la cuestión. A todas se irá refiriendo seguidamente sobre todo y como queda dicho, a las relativas a quienes pueden transigir y sobre qué materias es posible la transacción.

1.9.4. Capacidad para transigir

En cualquier caso y circunstancia, transigir es alienar, es un acto de riguroso dominio, más allá de los actos de administración ordinaria o extraordinaria que sea ésta, exigiéndose, pues y para ello, la capacidad necesaria para enajenar capacidad de obrar plena, no restringida por ningún estado civil, cual la menor edad o la incapacitación, que la pueda limitar y, cuando fuese necesario, las oportunas autorizaciones judiciales, requeridas, fundamentalmente, en el ámbito de la representación legal.

En clave de mediación, la Ley catalana relativa a la misma en el ámbito del Derecho privado cuenta con que “*personas legitimadas para participar en un procedimiento de mediación*”, del siguiente tenor: “**1.** Pueden intervenir e instar un procedimiento de mediación las personas que tienen capacidad para disponer del objeto de la mediación. **2.** Los menores de edad, siempre que tengan bastante conocimiento, pueden intervenir en los procedimientos de mediación que les afecte. Excepcionalmente y en asuntos que les afecten directamente pueden instar la mediación”. En clave de transacción sienta que las corporaciones que tengan personalidad jurídica solo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes. Por su parte, se establece que, para transigir sobre los bienes y los derechos de los hijos bajo patria potestad, se aplicarán las mismas reglas que para enajenarlos, en el bien entendido de que, para llevar a cabo determinadas enajenaciones, los padres necesitan la oportuna autorización judicial, el hijo será representado por el padre que no lo tenga con él y, si el conflicto es con ambos progenitores, por un defensor designado al efecto, que lo representará en juicio y fuera de él. El mismo cuerpo legal señala, por su parte, que el tutor, para transigir sobre los derechos de la persona que tiene en su guarda, necesita de la autorización judicial, en sede de tutela.

La Ley de Enjuiciamiento Civil, en fin, contiene también normas relativas a las personas que pueden iniciar procesos, pudiendo disponer, además y en su caso, del proceso iniciado. Son, básicamente, las siguientes: “**1.** Solo podrán comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. **2.** Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante la representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigidos por la ley. **3.** Por las personas jurídicas comparecerán quienes legítimamente las representen”. “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán transigir sobre lo que sea objeto del mismo, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero”. En suma y tanto para la mediación como para la hipotética transacción subsiguiente, se requiere la oportuna capacidad o, en su caso, la oportuna representación legal, mediante, llegado el caso, la oportuna autorización judicial, todo lo cual ha de ser sabido y tenido en cuenta por el mediador (Rogel Vide, 2009).

1.10. ARBITRAJE, CONCILIACIÓN Y SU ESTRECHA RELACIÓN JURISDICCIONAL

La carencia en el ordenamiento de un tratamiento sistemático de la mediación como procedimiento general de resolución de conflictos en el ámbito civil y mercantil, contrasta con el importante desarrollo del que tradicionalmente ha gozado el otro gran método extrajudicial de resolución de disputas que es el arbitraje, “las mismas personas que pueden transigir pueden comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas”, “*lo dispuesto en las transacciones es aplicable a los compromisos*”. Poseen un amplio y detallado contenido de múltiples aspectos, tales como el compromiso o convenio arbitral, el estatuto y nombramiento de los árbitros, la sustanciación de las actuaciones arbitrales o el pronunciamiento del laudo, junto con los efectos del mismo y su eventual anulación.

Cabe pues calificar al arbitraje en asuntos civiles y mercantiles como una institución madura, sobradamente conocida, suficientemente analizada y frecuentemente utilizada en la práctica. Frente a él, la mediación se presenta como un mecanismo novedoso y desconocido, que suscita por ello muchos interrogantes y no pocos recelos. No obstante, quizás se deba relativizar esa novedad y desconocimiento, pues la carencia de tratamiento legal no significa que la mediación no haya sido empleada *de facto* como método para alcanzar la resolución de controversias, naturalmente sobre la base de una absoluta libertad para articular el procedimiento de mediación y para diseñar el modo y alcance de la intervención del mediador, y sin que los acuerdos adoptados pudieran beneficiarse de la nota de la ejecutividad.

Se da la circunstancia, de que en el curso de las actuaciones arbitrales las partes lleguen a un acuerdo que pongan fin a la controversia, en cuyo caso los árbitros harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes, previsión que de algún modo da entrada a la mediación en el seno del procedimiento arbitral.

1.10.1. Arbitraje

El Arbitraje es también un procedimiento por el cual las partes titulares del objeto en conflicto, someten la controversia a la decisión de un tercero que puede actuar bien fundando su resolución en equidad o bien en derecho. Este tercero puede no ser un juez, puede no ser un letrado, pero debe ser cualquier persona que conozca la materia objeto de conflicto.

La regla general es que son susceptibles de arbitraje “*las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*”. No son susceptibles de arbitraje, al igual que en la transacción, sobre el estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros. La resolución del Arbitraje es la obtención de un laudo (Arriaga, s.f.).

1.10.2. Arbitraje y conexiones de apoyo y control judicial

Se ha afirmado que la eficacia de un procedimiento arbitral depende en gran medida del conocimiento y experiencia de los árbitros. Y esto es cierto. Pero el arbitraje también depende del apoyo que le presten los órganos jurisdiccionales. En efecto, tanto antes de la iniciación del arbitraje como durante su tramitación, así como con posterioridad a la emisión del laudo, puede ser necesaria la intervención de los jueces. Y sólo una intervención que muestre un apoyo decidido por la institución arbitral puede permitir que el arbitraje sea en verdad eficaz.

“El verdadero dictamen, en cuanto a la modernidad del nuevo derecho arbitral español, dependerá directamente de la aplicación que de la nueva Ley hagan los jueces españoles. En particular, la modernidad del derecho arbitral español dependerá de los criterios de interpretación que los jueces españoles utilicen para aplicarlo. Esperanza que consiste en dichos jueces interpreten la nueva Ley sobre la base de la doctrina del arbitraje internacional y no en conjunción o en confusión con los parámetros de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Procede analizar si los jueces españoles en su misión de apoyo al arbitraje se han inscrito en esa línea de modernidad a la que hace referencia (Mendez, 2004).

1.10.2.1. La intervención judicial en el nombramiento de árbitros

La primera manifestación del apoyo judicial al arbitraje requiere analizar la actuación de los órganos jurisdiccionales en el nombramiento judicial de árbitros (lo que se venía a denominar antiguamente *“formalización judicial del arbitraje”*). Esta actuación se encuentra regulada por la Ley de Arbitraje (LA), que señala: *“Si no resultare posible designar árbitros a través del procedimiento acordado por las partes, cualquiera de ellas podrá solicitar al tribunal competente el nombramiento de los árbitros o, en su caso, la adopción de las medidas necesarias para ello”*.

Esa previsión normativa dispone LA (*“el tribunal únicamente podrá rechazar la petición formulada cuando se aprecie que de los documentos aportados no resulta la existencia de un convenio arbitral”*). La principal cuestión que se plantea, por tanto, en el nombramiento judicial de árbitros es si, para acceder o rechazar la solicitud, se debe efectuar un examen a fondo de la validez y eficacia del convenio arbitral o, por el contrario, debe llevarse a cabo un mero examen *prima facie* de la cláusula arbitral.

La respuesta se encuentra en la propia exposición de motivos, donde se dice que *“el juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla*

de que son los árbitros los llamados a pronunciarse en primer término, sobre su propia competencia”.

Por ello, el Juez sólo debe desestimar la petición cuando, *el primer facie*, pueda considerar que realmente no existe un convenio arbitral; pero no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio. Así lo confirma Mantilla, quien señala que *“no puede negarse a prestar la asistencia necesaria para permitir la designación del árbitro y la prosecución del arbitraje, excepto cuando le aparezca manifiesta la inexistencia prima facie de convenio arbitral. El juez no podrá examinar ni la validez del convenio arbitral ni la arbitrabilidad de la controversia”.*

La práctica judicial, sin embargo, lo que desvela precisamente es lo contrario de lo que proclama la exposición de motivos. En efecto, un somero examen de las últimas resoluciones dictadas en la materia confirma que los tribunales entran a fondo (y no se limitan a realizar meramente un examen *prima facie*) en la determinación de la validez del convenio arbitral.

Cabe citar que debe incardinarse el auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz que resolvió un conflicto atinente a la exclusión de un socio de una sociedad. En los estatutos de la sociedad se incluía una cláusula de arbitraje que establecía que todas las disputas entre los accionistas debían resolverse por vía arbitral. El Juzgado Mercantil analiza en esa resolución, en primer lugar, si la controversia sometida a arbitraje es en verdad arbitrable y, sólo tras ese examen, determina que en efecto procede nombrar árbitro (de equidad, en este caso). Así pues, la sentencia no se detiene en el mero examen *prima facie* de la cláusula arbitral, sino que entra en un análisis mucho más profundo, que incluye la decisión sobre la arbitrabilidad de la controversia.

En esta línea debe incardinarse el auto del Juzgado de lo Mercantil de Cádiz, 2004 que resolvió también un conflicto referente a la separación de un socio de una sociedad. La cláusula de arbitraje se encontraba inserta en los estatutos, dentro de la sección relativa a la disolución de la sociedad. De nuevo, el Juzgado de lo Mercantil no se limitó a un mero análisis *prima facie* de la cláusula arbitral, sino que entró a valorar si, pese a ser la cuestión discutida ajena a la liquidación y disolución de la sociedad, cabía que ésta cayera bajo el ámbito del convenio arbitral. La conclusión del Juzgado fue positiva y, en consecuencia, acordó el nombramiento de árbitro. De nuevo, como se puede observar, el examen judicial no se atuvo al mandato de la exposición de motivos.

También, cabe traer a colación la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, 2005, referente a un conflicto societario sobre según se señala en la sentencia la impugnación de

un “*acuerdo concertado por el Administrador*”. La sentencia, no se limita a verificar si el convenio arbitral es válido prima facie, sino que considera que en la medida en que la cuestión que se pretende someter a arbitraje excede del ámbito del convenio arbitral, no procede el nombramiento del árbitro.

La conclusión a todo lo expuesto es que los órganos jurisdiccionales españoles, cuando se acude a ellos para el nombramiento judicial de árbitros, no se constriñen a examinar prima facie la validez del convenio arbitral, según el mandato de la exposición de motivos de la LA, sino que entran a fondo en la determinación de la validez del convenio arbitral o de la arbitrabilidad de la controversia.

1.10.2.2. El examen judicial del convenio arbitral en la declinatoria

Otro ámbito de intervención jurisdiccional en el arbitraje, en el que también se ha de entrar a verificar la validez del convenio arbitral, se produce cuando, iniciado un procedimiento judicial, la parte demandada formula declinatoria sobre la base de la existencia de una sumisión a arbitraje.

A la declinatoria hace referencia a la LA que señala: “*El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria*”. Ante este enunciado cabe plantearse la existencia de dos posibles situaciones:

- a) En primer lugar, que en la resolución de la declinatoria haya una cognitio plena sobre la validez y eficacia del convenio arbitral. Esta cognitio plena es aquella a la que hace referencia el Convenio de Nueva York, que dice: “*El tribunal de uno de los estados contratantes al que se somete a un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable*”.

Establece también una cognitio plena respecto de la validez del convenio arbitral, al disponer que: “*El tribunal al que se someta a un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, establece también una cognitio plena respecto de la validez del convenio arbitral, al disponer que: o a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.*”

- b) Frente al anterior planteamiento, se encuentra con la cognitio limitada que refleja el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra, 1961,

que dispone que el tribunal jurisdiccional ante el cual se haya planteado una demanda sobre una controversia sometida a arbitraje “*deberá diferir toda la resolución sobre la competencia del tribunal arbitral hasta el momento en que éste dicte su laudo sobre el fondo del asunto, siempre que el tribunal estatal no tenga motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma*”.

¿Cuál es el sistema que rige en España a la hora de resolver la declinatoria: cognición plena o cognición limitada? La cuestión no resulta clara en absoluto. Ello se debe a que la LA nada dice al respecto. Y este silencio puede ser interpretado tanto en un sentido como en otro. En efecto, el silencio puede ser confirmatorio del sistema tradicional (que venía admitiendo habitualmente la cognición plena), en la medida en que un cambio de orientación tan significativo requeriría de una mención (o derogación) expresa de ese sistema.

De otro lado, el silencio puede ser también entendido como modificador del sistema tradicional. Dado que nuestra Ley de Arbitraje sigue ad pedem literae la Ley Modelo mencionada podría considerarse como una manifestación de que la acoge el sistema de cognición limitada.

El “*Anteproyecto de Ley de reforma de la Ley de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado*” establece que la excepción de arbitraje sólo se estimará si el convenio es “*manifiestamente*” nulo. Parece por tanto que el Anteproyecto de LA se inclina con decisión en favor de la cognición limitada.

En cualquier caso, un examen de la jurisprudencia sobre la materia nos confirma que tanto bajo la Ley de Arbitraje, 1988 como con la LA (Anteproyecto), los tribunales mantienen en estos casos una clara tendencia hacia la cognición plena.

Así, en primer lugar, se debe hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo, 2002, relativa a un procedimiento dice la sentencia de partición (esto es, de liquidación y disolución) de una sociedad. El árbitro asumió su competencia y posteriormente una de las partes inició un procedimiento judicial solicitando que un reconocimiento de deuda que afectaba a la liquidación de la compañía fuera excluido del ámbito de esa liquidación y, por tanto, del arbitraje. Tanto el Juzgado como la Audiencia Provincial consideraron que, en efecto, el reconocimiento de deuda se encontraba fuera del ámbito del arbitraje. El Tribunal Supremo, sin embargo, en una sentencia pionera, dispuso que: “*No cabe que por vía jurisdiccional se pretenda ignorar el convenio arbitral y sus efectos mediante una interpretación del mismo, cuando el árbitro ha puesto en funcionamiento el procedimiento arbitral, sin reparar siquiera en la posibilidad de que su laudo fuese confirmado por rechazarse el recurso de anulación interpuesto.*”

En definitiva, el Alto Tribunal entendió que es el árbitro quien debe determinar su competencia y que, una vez fijada ésta, su decisión debe prevalecer sobre cualquier otra determinación posterior de los tribunales, por lo que revocó la sentencia de la Audiencia y consideró que la cuestión no podía ser excluida del arbitraje.

Cabe hacer alusión en este punto a la sentencia del (Tribunal Supremo, 2006) que revoca, al igual que la anterior, una sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida. Se trata de un conflicto referente a un contrato de suministro entre la empresa “*Hidroeléctrica de Ribagorzana*” y una compañía llamada “*El Progreso del Pirineo*”. El contrato contenía una cláusula de arbitraje para todos los conflictos relativos a su interpretación. La Audiencia Provincial de Lérida estimó que existía sumisión al arbitraje. El Tribunal Supremo, sin entrar a plantearse si debía verificar un mero examen prima facie de la cláusula arbitral o, por el contrario, analizar a fondo la validez y eficacia del convenio arbitral, directamente resolvió que, al tener por objeto el convenio arbitral únicamente conflictos en materia de interpretación, todo lo relativo al cumplimiento del contrato debía quedar extramuros del arbitraje, y revocó por tanto la decisión de la Audiencia.

Semejante situación (esto es, la inexistencia de cuestionamiento sobre si se debe entrar a examinar la validez prima facie del convenio arbitral o, por el contrario, se debe llevar a cabo un análisis de fondo) se repite, de nuevo, en la sentencia del Tribunal Supremo, 2006, referente a un conflicto de una comunidad de propietarios que habían sometido a arbitraje todas las controversias que existían entre ellos en los siguientes términos: “*Todos los propietarios se obligan a someter las contiendas que entre ellos se susciten a juicio de árbitros*”. El Tribunal Supremo, sin plantearse la dicotomía sobre si el examen de la cláusula arbitral debe ser preliminar o de fondo concluye, sin mayor exégesis, que, efectivamente, la cláusula arbitral debe aplicarse.

Cabe, por último, hacer una breve referencia al auto del (Juzgado de Primera Instancia de Barcelona, 2002) que si llega a plantearse la cuestión, para concluir que el examen jurisdiccional no debe limitarse a una mera revisión prima facie. Así, tras indicar que la existencia y validez del convenio arbitral puede ser objeto de análisis en el recurso de anulación, dictamina que ello en manera alguna impide que “*quede excluido de ser analizado de forma previa cuando lo que se discute son precisamente sobre los efectos del convenio arbitral, y particularmente sobre su efecto negativo o excluyente de la jurisdicción. No existe ninguna razón de peso que imponga tal solución, que es antieconómica y, por ello, poco deseable. Por ello se comparte con el recurrente que se trata de una cuestión que debe ser analizada al resolver sobre la declinatoria.*”

En definitiva, el examen de la doctrina jurisprudencial recaída bajo la aplicación de la Ley de Arbitraje, 1988, permite concluir que la posición de nuestros tribunales al resolver la declinatoria planteada sobre la base de la existencia de un convenio arbitral es que debe examinarse a fondo la validez y eficacia de ese convenio. En efecto, particularmente relevante a este respecto es la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, 2006. La pretensión principal de la demanda tenía por objeto la nulidad de la cláusula de arbitraje inserta en un contrato, así como los daños derivados del incumplimiento de ese contrato. La parte demandada, en vez de contestar a la demanda, formuló declinatoria, sosteniendo la validez de la cláusula arbitral. La declinatoria fue estimada y el auto fue recurrido ante el Tribunal de Apelación, precisamente sobre la base de que la petición principal de la demanda no podía resolverse en un procedimiento incidental, como una declinatoria. La decisión de la Audiencia Provincial de Asturias desestimó el recurso y resolvió con contundencia que:

“Ni qué decir tiene que el hecho de haberse dictado un auto supone una determinada decisión judicial de entidad análoga a la sentencia que en su caso habría resuelto también sobre la validez de la cláusula discutida”. Por tanto, la Audiencia estima que la declinatoria es un método perfectamente válido para determinar la validez de la cláusula arbitral y que se debe entrar a fondo en ese análisis de validez.

Por último, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, 2006. Se trata de un conflicto iniciado por una aseguradora, subrogada en la acción de su asegurado contra una empresa transportista. Planteada la oportuna declinatoria, ésta fue estimada. El tribunal no sólo entró a verificar la validez de la cláusula arbitral, sino que incluso se pronunció sobre si la misma puede considerarse abusiva o no al hilo de la aplicación de la normativa sobre consumidores.

En definitiva, tras la Ley de Arbitraje (2003) los tribunales españoles siguen manteniendo que debe existir una cognitio plena sobre la validez y eficacia del convenio arbitral cuando se formula una declinatoria o una excepción de arbitraje y, por tanto, que no basta con un examen prima facie de la cuestión. Aunque no parezca ésta la opción más favorable al arbitraje (en la medida en que los órganos jurisdiccionales, en principio, se atribuyen de este modo preferencia con respecto a los árbitros a la hora de decidir sobre esta cuestión) debe subrayarse que en aquellos supuestos en que no concurren dudas sobre la existencia y validez del convenio arbitral, la declinatoria ha sido estimada y las partes han sido remitidas al arbitraje correspondiente.

1.10.2.3. Intervención judicial durante el arbitraje: auxilio en la práctica de pruebas y medidas cautelares

Examinados los supuestos en que intervienen los órganos jurisdiccionales en la fase previa a la iniciación del arbitraje, cabe ahora aludir a la intervención judicial durante el arbitraje.

Se debe referir, en primer lugar, a la asistencia judicial en la práctica de prueba. Se encuentra regulada en la LA, que dispone que el órgano jurisdiccional competente para auxiliar en la práctica de prueba será el del Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje o bien, alternativamente, el del lugar donde hubiera de prestarse la asistencia. La LA señala que la asistencia judicial para la práctica de las pruebas puede ser solicitada por cualquiera de las partes, siempre que cuente con la aprobación previa de los árbitros. Es muy escasa la doctrina jurisprudencial existente al respecto, probablemente por el reducido uso que se hace de esta faceta del apoyo jurisdiccional. Se hace referencia a la necesidad de prolongar el plazo para dictar laudo ante el retraso que normalmente implica la práctica de las pruebas por medio del auxilio judicial. Ello supone, claro está, una muestra de la opción de nuestros Tribunales en favor del arbitraje.

En segundo lugar, y también como actuación de apoyo judicial durante la tramitación del arbitraje, se debe aludir a la adopción de medidas cautelares que se encuentra regulada en la LA y establece cuál es el tribunal competente territorialmente para la adopción de la medida, que será el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y en su defecto (esto es, cuando las partes no hayan pactado sede del arbitraje o cuando ésta se encuentre fuera del territorio español), el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia. Asimismo, recoge la potestad de los árbitros para acordar medidas cautelares. Lo primero que debe decirse es que, superada ya la vieja imposibilidad de que los árbitros pudieran acordar medidas cautelares, lo cierto es que éstas se siguen solicitando en mayor medida ante los tribunales jurisdiccionales ordinarios (y no ante el tribunal arbitral). Ello obedece a que en muchas ocasiones la urgencia de la medida requiere que su solicitud (y adopción) se produzca con anterioridad a la constitución del tribunal arbitral, lo que obliga lógicamente a solicitarla ante un órgano jurisdiccional salvo en arbitrajes administrados por instituciones que prevén la posibilidad de nombrar un tribunal de urgencia distinto al que ha de resolver sobre el fondo del asunto.

Se señala que la práctica de los tribunales confirma que éstos son generalmente sensibles a la necesidad de la tutela cautelar en el arbitraje y que cuando se reúnen los requisitos exigidos legalmente los tribunales tienden a concederla de inmediato.

1.10.2.4. Función jurisdiccional de control del arbitraje

Los tribunales ordinarios intervienen en la función de control del arbitraje, que ejercen cuando existe un laudo definitivo. Esta función de control se produce en dos supuestos: mediante la resolución de la acción de anulación y en el exequátur de laudos extranjeros.

a. La acción de anulación: Como es sabido, el laudo arbitral es técnicamente irrecurrible. Así, el papel de la jurisdicción ordinaria en el control de los laudos arbitrales dictados en España se limita a la resolución de la acción de anulación interpuesta por las partes.

En opinión la intervención (de manera acotada y claramente definida) de los tribunales es relevante para dotar al laudo de la seguridad jurídica necesaria para que el arbitraje sea considerado una opción válida en la resolución de disputas de entidad comercial y económica.

En cualquier caso, la labor de los jueces y tribunales en la resolución de la acción de anulación debe quedar constreñida a la verificación de las formalidades esenciales del procedimiento y de la sujeción de los árbitros a lo convenido. No cabría, así pues, analizar la fundamentación de la decisión tomada por el árbitro.

b. Exequátur de laudos extranjeros: Un examen somero de las diez últimas decisiones publicadas en materia de exequátur se permite concluir que existe una opción clara de los tribunales españoles por la concesión del exequátur y, por ende, por el apoyo al arbitraje de laudos arbitrales extranjeros. En efecto, de las diez últimas decisiones publicadas, ocho son favorables al exequátur, una es denegatoria porque no se aporta el convenio arbitral y la última inadmite el exequátur sencillamente porque los tribunales españoles carecían de jurisdicción, al no encontrarse ninguno de los ejecutados domiciliado en España ni tener bienes en nuestro país

Conclusión: La última doctrina jurisprudencial dictada en España sobre el apoyo y control judicial del arbitraje permite confirmar que existe una clara vocación de los tribunales españoles para apoyar el procedimiento arbitral. Ello supone, en definitiva, que los jueces españoles han optado por la línea de modernidad a la que aludíamos al principio, siguiendo para ello la doctrina del arbitraje internacional y no los parámetros de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta tendencia de los juzgados y tribunales españoles permite enmarcar a España en el contexto de los países que apoyan decididamente al arbitraje como lo demuestra, por lo demás, el nuevo Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Arbitraje, encaminado también a otorgar el máximo apoyo a los procedimientos arbitrales que se desarrollan tanto dentro como fuera de España (Mendez, 2004)

1.10.3. Mediación previa en el arbitraje

La Mediación previa al arbitraje, la mediación es más rápido que el arbitraje y tiene un coste económico más razonable para el perjudicado “Ha mejorado bastante la protección de los derechos de los consumidores señaló el ponente y en este tipo de asuntos frente a la vía judicial un sistema con una mediación previa unido a un arbitraje posterior, caso que la primera no funcionara, ayudaría a resolver de forma más rápida ciertos asuntos”.

Desde su punto de vista los españoles han tenido siempre los derechos protegidos, pero siempre ha habido dificultad para ejercitarlos y escasa tradición a la hora de reclamar. “Es evidente que ahora pequeñas reclamaciones de cantidad en asuntos de telefonía no compensan si tienes que interponer demanda y pagar tasas”, explicó un abogado de prensa. Y es que desde su punto de vista en nuestro país se protesta mucho pero luego el porcentaje de reclamaciones no es muy elevado.

Su intervención explica a los asistentes que en la actualidad el 90% de las demandas por productos financieros complejos como los cambios o las preferencias son estimadas por los tribunales, frente a una media del 75% en los demás tipos de demandas. Desde su punto de vista quien haya podido lograr a través del arbitraje la solución a este conflicto habrá logrado una solución más rápida y sin coste frente a la vía ordinaria, más lenta y compleja.

Azparren, uno de los impulsores de GEMME España (Grupo Europeo de Magistrados por la Mediación), asociación de magistrados que impulsan la mediación en España, se confiesa también mediador bancario, una solución más sencilla para solventar este tipo de problemas. “La mediación es más rápido que el arbitraje y tiene un coste económico más razonable para el perjudicado. Además es el único sistema que da satisfacción a las dos partes del asunto”, aclara. Desde su punto de vista hay un gran futuro para la mediación bancaria y habrá que explorar esa línea para la resolución de conflictos de estas características en el futuro.

Con los cambios efectuados en la legislación y los controles establecidos por el Banco de España y CNMV (Comisión Nacional del Mercado de Valores), Azparren señala, “no es posible que pueda volver a surgir un caso similar en la actualidad a las preferencias” “Es muy difícil que vuelva a surgir algo parecido. A raíz de la detección de esos problemas, algunos de ellos convertidos en querellas criminales, se ha ido modificando la normativa europea y la española. Además antes el cliente tenía una confianza absoluta en su director de sucursal bancaria, cuestión que ahora ha desaparecido y hay más cautela en la contratación de esos productos”.

Es evidente que el panorama ha cambiado notablemente. Ahora existe una mayor obligación por parte de los bancos es “informar exhaustivamente de todo” y que cuando esto falla se anula el acuerdo: “Todo lo que se discute normalmente en los tribunales es si hay información suficiente o cuál es el perfil del cliente, para saber si los contratos están en un lenguaje adecuado y comprensible”. Puso el ejemplo de las cláusulas suelo, consideradas como abusivas por el TJUE (Tribunal de Justicia de la Unión Europea) y que ahora en las propias notarias se informa al interesado de su alcance. Ha sido precisamente la publicidad de estos casos lo que ha generado un mayor conocimiento de la problemática y la posterior reacción de la Administración con controles más férreos. Pese a ello recordó que al “ciudadano le cuesta mucho presentar una denuncia contra un banco”, y que, por este motivo, es realmente difícil calcular el número exacto de afectados en este asunto.

Azparren indicó que “el juez no tiene más remedio que actuar en protección del consumidor, porque así se lo pide la Constitución y las leyes europeas”. El magistrado en excedencia, quien participó en la segunda jornada del encuentro “Problemas actuales del Derecho del Consumo” organizado por la UIMP (Universidad Internacional Menéndez Pelayo) con el patrocinio del Gobierno de Cantabria, señaló que “el banco y el cliente están en una posición diferente”, y que, “al tratarse de contratos de adhesión, no hay posibilidad de negociar”.

Como una posible alternativa a los tribunales, Azparren “un sistema combinado de arbitraje con mediación previa” que permita descargar de trabajo a los jueces. En opinión del ex vocal del órgano de gobierno de los jueces, “puede ser una solución más satisfactoria para cualquier cliente bancario porque se resuelve en menos tiempo, con menor coste económico y es un ahorro en salud”. Además, ha añadido que “de cara a las entidades bancarias supone una mejora de imagen”.

Bajo su punto de vista son las entidades financieras, ahora que ya parece que tienen mejor salud financiera, las tendrían que dar ese paso y ofrecer ese servicio de mediación “Se trataría de resolver esos asuntos pendientes, incluso en los que están en el juzgado, a través de la mediación. Con la mediación mejoraría la reputación de los propios bancos y ayudaría en algunos casos a fidelizar a sus clientes”. En muchos casos bastaría con que los propios bancos se adhirieran a los sistemas arbitrales de consumo, otra alternativa para que el litigio no sea largo y caro, para que los propios clientes lo aceptasen luego.(Azparren, 2014).

1.10.4. La conciliación, la mediación

El concepto tradicional de atribución de derechos para el caso de conflictos familiares que se quieren resolver por el sistema judicial ha quedado inoperante. Hoy gracias a la libertad y a la igualdad comienzan a darse cada vez más conflictos en espacios de derechos compartidos en los cuales no es posible atribuir a ninguna de las partes un mejor derecho que a la otra, sin tener que forzar la realidad. La libertad y la igualdad generan la necesidad por parte de los que quieren ser iguales de gestionar sus conflictos sin delegar en terceros la solución.

La conciliación y la mediación han sido utilizadas en forma indistinta para atender estas cuestiones. Es necesario diferenciar estas dos formas adecuadas de gestión de conflictos para obtener de cada una lo mejor en beneficio de los usuarios y que éstos lleguen a los acuerdos más útiles y durables para ellos. Esta temática se centra sobre el nuevo concepto de espacios de derechos compartidos, la diferenciación entre mediación y conciliación y la mejor utilización de cada uno de estos sistemas RAC. La realidad social en la que se ha desarrollado la ciencia del derecho y del sistema judicial eran de una sociedad más estructurada, con los lugares de los distintos sujetos que la componen más estratificados y con menor movilidad y derechos limitados (por ejemplo: los lugares de trabajador y empleado, mujer y varón, padre e hijo, profesor y alumno, etc.).

La complejización de la sociedad, con su alta movilidad social, el otorgamiento de derechos en forma más amplia y generalizada, entre ellos el derecho a ejercer la defensa de los mismos, enfrenta al sistema de Administración de Justicia con un reto nuevo que, entiendo, no pasa por los procedimientos abreviados o la reducción del sistema de legítima defensa ni la imposición del principio de oportunidad sobre el de legalidad, sino por algo más profundo y difícil que significa reformular estructuralmente toda la ciencia del Derecho. Hace falta que nazca un nuevo Kelsen que sea capaz de presentarnos nuevas formas de concebir la ciencia del Derecho, en forma tal que permitan sumar en calidad y eficacia a lo logrado hasta ahora la complejidad y todo lo aprendido de otras disciplinas científicas, sin llegar entonces como única solución en aras de la rapidez a la reducción de garantías y derechos que tanto tiempo y esfuerzo le ha tomado a la humanidad incorporar.

Era muy claro decir que la libertad de uno terminaba cuando empezaba la libertad del otro. Eso era concebible cuando los límites eran claros como ya se ha dicho. Pero hoy esos límites se han hecho flexibles y variables. El principio de igualdad entre hombre y mujer, el respeto a los derechos de los menores y los trabajadores entre otros muchos cambios han determinado grandes zonas grises en las cuales ambas partes tienen derechos dados por la libertad que conviven con los derechos dados a otros por la misma libertad. Los conflictos

que generan estas nuevas libertades y derechos necesitan ser resueltos por las mismas partes involucradas y no por terceros que determinen cuál de los dos tiene razón. Hacen falta sistemas de auto composición para la resolución de conflictos que deben ser aprendidos y asumidos como obligaciones y responsabilidades junto con la adquisición de las correspondientes libertades y derechos. Es por eso que estimo que la nomenclatura de sistemas adecuados de resolución de conflictos es más propia del siglo XXI, donde entran todos los sistemas de auto composición, asistidos o no por un tercero y los sistemas de heterocomposición.

Surge, por tanto, la necesidad de hacer la distinción entre mediación y conciliación, fundamentalmente frente al crecimiento de los sistemas “alternativos de resolución de conflictos” y su vinculación con la Administración de Justicia. No se tratará del mismo proceso si la búsqueda de acuerdos consensuados se realizan en base a la existencia de un conflicto de intereses jurídicamente protegidos desde la perspectiva legal de los mismos, que si se refiere a acuerdos que estén relacionados a las dificultades de resolver o regular el conflicto desde la perspectiva amplia del conflicto humano complejo en el que éste se ha estructurado.

La existencia del conflicto es el resultado de una interacción compleja de elementos en virtud de los cuales las partes llegan a un punto en el que no pueden dar una respuesta útil por ellas mismas para todas las partes en relación a las diferencias que les vincula.

La conciliación: Permite que las partes en conflicto puedan dirimir sus controversias ante un tercero designado por ellas mismas o ante un órgano instituido oficialmente. La persona que concilia no hace propuestas como ocurre con el mediador, ni decide como ocurre con el árbitro, se tiene que limitar resolver conflictos por vía de lo intento de avenencia, tratando de buscar un acercamiento en las posiciones de las partes. Aparece como una primera etapa en la solución de conflictos, pero con menos fuerza que las otras dos fórmulas de mediación y arbitraje.

La mediación: Aquí la persona designada por las partes como mediador o el órgano constituido al efecto, formula propuestas no vinculantes. Es un estadio intermedio entre la conciliación y el arbitraje.

El mediador somete a las partes la propuesta de solución que considere más justa, que las partes pueden aceptar, en cuyo caso el conflicto queda solucionado con la misma fuerza que lo acordado en un convenio colectivo, o puede no aceptar la propuesta. A la inspección de Trabajo le corresponde la facultad de ejercer las funciones de mediación en los conflictos laborales de carácter colectivo, de acuerdo con su normativa reguladora. Esas funciones de

mediación las pueden llevar a cabo de oficio o a instancia de parte interesada. En materia de negociación colectiva, en cualquier momento de las deliberaciones de un convenio colectivo, las partes podrán acordar la intervención de un mediador designado por ellas (Albardonado, 1996)

La mediación es un proceso que permite apropiarse de sus conflictos a los actores para hacer algo con ellos, con independencia de que se llegue o no a un acuerdo que le ponga fin. No tiene una función educativa ni terapéutica, aunque puede serlo, ni tampoco una función regular derechos y obligaciones, aunque también puede hacerlo.

Es decir, el objetivo de la mediación no es legal, psicológico ni educativo, es la auto composición en la resolución del conflicto por parte de los actores del mismo, desde sus propias pautas culturales, en aquella agenda que ellos mismos decidan elaborar y adecuar a lo largo del proceso, en función de las necesidades emergentes como consecuencia del mismo y con las formas de comunicación que les sean más útiles. Esto determina que el poder del mediador es similar al de los clientes pero con un distinto rol. Significa una renuncia a saber cuál puede ser el final del proceso.

Cuando el poder del tercero es superior al de sus clientes, ya sea por el cargo, su saber o su prestigio, cuando el valor de su palabra es para él un referente a escuchar con más interés que escuchar la palabra propia o del otro, se estará ante sistemas de resolución de conflictos útiles, pero serán más próximos a la conciliación y no a la mediación y por lo tanto necesitarán más acompañamiento de terceros para poder cumplir los acuerdos. Aptitudes, técnicas y registro personal serán los componentes de una adecuada actuación mediadora y en esta ponencia se trabajarán las mismas (Bustelo, s/f).

1.10.5. La mediación como técnica de resolución de conflictos

La mediación es un método estructurado de gestión/solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo pacífico y satisfactorio con la intervención de un mediador.

En Europa viene siendo una constante, la promoción del uso de medios alternativos de resolución de conflictos (MASC) y en especial de la mediación, por entender que este sistema es más eficaz, rápido y menos costoso que acudir al sistema judicial e incluso arbitral. Y si se entiende la función judicial como la actividad racional que permite establecer una serie de hipótesis legales de solución al conflicto para alcanzar la más razonable, es tarea del juez estimular las soluciones amistosas y la derivación hacia otro tipo de intervención que permita a los litigantes llegar a acuerdos sobre sus intereses.

No obstante el planteamiento judicial de una controversia, las partes se hallan en situación de replantear la cuestión fuera de los estrictos márgenes del procedimiento judicial, que reduce drásticamente las posibilidades de solución, en la búsqueda de otras alternativas de solución del conflicto por vía de la autocomposición. Esta derivación, además, disminuirá considerablemente el número de procesos judiciales que requieran sentencia, lo que sin duda redundará en una mayor calidad en la tarea de juzgados y Tribunales.

Ahora bien, para que los jueces puedan indicar o sugerir eficazmente desde un proceso judicial el recurso a la mediación, es absolutamente preciso que conozca las bases de esta metodología, cuente con los instrumentos y recursos necesarios para impulsarla y participe de la ayuda de las Instituciones públicas y privadas en su implantación y desarrollo.

En este marco, el CGPJ (Consejo General del Poder Judicial) ha reunido a un grupo de expertos en las distintas ramas de la jurisdicción quienes, partiendo de su experiencia en este método de derivación intrajudicial de conflictos y procurando una estructura sistemática similar, pero con absoluto respeto a las singularidades de cada orden, han elaborado el presente documento con el objetivo de contribuir a fomentar una “cultura de la mediación” que proporcione a nuestros profesionales, los Jueces, y en general a todos los servidores de la Administración de Justicia nuevas herramientas para la resolución de conflictos en el ejercicio de la labor jurisdiccional (Consejo General del Poder Judicial, 1986).

1.10.5.1. La mayoría de los españoles prefiere vías alternativas a la judicial

Por otra parte, en el contenido del informe se refleja que *“El Barómetro del Observatorio de la Actividad Judicial dejó claro que la mayoría de la población española prefiere resolver sus conflictos por vías alternativas a la judicial”*. Por tanto la mediación y arbitraje *“tienen que ocupar su función en España y descargar, en la medida de lo posible, a la Administración de Justicia de ciudadanos que llevan sus asuntos a ella al no haber alternativa”*.

Los motivos de la preferencia por las RAD (Resolución Alternativa de Disputas) son, según el documento, que aseguran tanto un procedimiento garantista como la satisfacción de las partes en la mayoría de los casos; gracias a que son un sistema cercano, ágil y cómodo. También se hace mención de la nueva Ley de Arbitraje y de su capacidad para evitar conflictos.

1.10.5.2. Efectiva implantación de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos

El estudio apuesta claramente por el arbitraje y la mediación, al afirmar que se debe realizar una *“efectiva implantación de procedimientos de solución*

extrajudicial de conflictos, incluyendo la mediación, el arbitraje y la actuación de órganos colegiados administrativos con carácter previo a la de los órganos jurisdiccionales”.

Otros datos arrojados por el estudio son que la carga de trabajo ha crecido “*significativamente*”. En 2010 han dejado de atenderse un 15,43 % de los asuntos frente al 4,57 % de 2007 (Rodríguez Ramos, 2011).

1.10.5.3. Mediación intrajudicial y extrajudicial, dos caras de una realidad

(Ortiz, 2014) la mediación en el ámbito civil se puede iniciar de bien de forma previa al proceso porque el que tiene el conflicto acuda antes que a un abogado a un mediador o su abogado le aconseje esta mediación a su cliente, o bien iniciado el proceso, acogiendo la invitación que los jueces hacen en sus escritos de admisión a trámite bajo la cobertura legal de la ley de enjuiciamiento civil o por invitación del juez en la Audiencia Previa en el procedimiento ordinario o en el acto de la vista en el Juicio verbal.

En el caso de que se produzca tras la invitación en los escritos de admisión a trámite a las partes acuden al mediador que consideran más conveniente. Normalmente es una parte la que toma la iniciativa acudiendo a un mediador que invita a la otra a este procedimiento.

Por esta vía han llegado numerosas mediaciones. La experiencia está diciendo que este momento es idóneo para muchos letrados para aceptar la mediación en los procedimientos que se están llevando por el procedimiento ordinario, pues permite a la parte conocer los argumentos de los otros y los documentos y evita desvelar estrategias procesales que se desvelarían en Mediación.

Ya ha ocurrido en varias mediaciones que los letrados de la parte actora invitación de la demandada han declinado pronunciarse sobre la aceptación del proceso, hasta conocer la contestación a la demanda. Algo parecido ocurre en otros Países como Reino Unido que se acude a mediación tras el descubrimiento, institución que permite reclamar a la parte contraria los documentos que posee antes de interponer la demanda.

Si la invitación se produce directamente por el Juez en la Audiencia Previa o en el momento inicial de la vista del verbal normalmente les emplaza al servicio que tenga convenio con el juzgado en cuestión, para mí esta es la auténtica Mediación Intrajudicial en el ámbito civil, pues en el ámbito penal y en el social, (dejando a salvo la mediación en organizaciones) solo cabe la intrajudicial. La participación en el procedimiento de Mediación no pierde por la invitación del juez el carácter de voluntario por tanto no se produce ninguna consecuencia

jurídica desfavorable a quién o no acuda o no acepte el procedimiento, la mediación Intrajudicial no siempre es gratuita.

Esta distinción entre Mediación y Mediación Intrajudicial solo tiene sentido en las mediaciones cuya finalidad es la de evitar la contienda judicial y que se regulan al amparo de la ley de Mediación, existen otros ámbitos de mediación donde no tiene sentido esta distinción. Cuando el Juez o un Mediador por iniciativa de otra parte invitan a Mediación, lo que invitan a las partes es a la asistencia a sesión informativa. Por sesión informativa se entiende una reunión donde en primer lugar el Mediador se presenta a las partes, explica a las mediados, el procedimiento de mediación, las reglas que rigen el mismo y que pueden obtener en el procedimiento igualmente se explican los costes del mismo.

Si se está en un servicio intrajudicial esta primera sesión podrá consistir en explicar a las partes el procedimiento de mediación dejando el nombramiento del mediador para una sesión posterior. Es una sesión muy importante para el mediador pues de su buen hacer dependerá normalmente la aceptación o no del procedimiento a los mediados, aunque no solamente depende del mediador, depende en gran medida de las expectativas de éxito de los letrados en el procedimiento judicial.

La experiencia ha llevado a concluir que el letrado que entiende que sus expectativas de triunfo son totales normalmente no aconsejará a su cliente la intervención en el procedimiento de mediación si sus expectativas son menores será más proclive al mismo. En adelante, es posible que para iniciar un procedimiento judicial, las partes tendrán que acreditar el intento de Mediación que se materializa en la asistencia a la sesión informativa. Al acudir a la mediación intrajudicial por vía de los servicios de los juzgados, se puede encontrar bien mediadores noveles con escasa experiencia y formación o mediadores muy experimentados, en función del azar o del turno de lista.

La ventaja de la Mediación frente a la Mediación Intrajudicial es evidente en tanto en cuanto, permite a las partes elegir al mediador que considera más adecuado para su conflicto, en función del prestigio del mismo o de la especialización en ámbitos específicos. La elección de un mediador especializado dará mayor eficacia a la mediación permitiendo la resolución del conflicto en tiempos menores al poder comprender mejor a las partes con un importante ahorro de costes. La experiencia en países donde la Mediación está más introducida es que en las Mediaciones Mercantiles, si el Mediador es conocedor del ámbito las mediaciones se suelen resolver en la segunda sesión de Mediación.

La mediación intrajudicial tiene ya mucho recorrido en el ámbito de familia, con buenos resultados, si bien se está haciendo a costa del bolsillo de profesionales independientes, tal

vez por eso el estado la esté promoviendo tanto, porque no le cuesta, lo que me parece lamentable.

En un futuro se espera no muy lejano y porque se entiende que por exigencias de Legislación Comunitaria, estos servicios tendrán que ser prestados por empleados públicos o bien por empresas que accederán al servicio por concurso público y con las correspondientes dotaciones presupuestarias, para garantizar la profesionalidad de los servicios, cualquier otra forma de acceso lo único que llevará es al favoritismo o la corrupción (Ortíz, 2014).

1.11. DERECHO COMPARADO EN CHILE

1.11.1. Mediación: marco conceptual, concepto

En la bibliografía especializada en derecho, psicología y sociología, el concepto de Mediación no se define con precisión; sin perjuicio de ello hay elementos de este concepto que se repiten, así hay un consenso que es: una forma pacífica de solución de conflictos de diversa naturaleza y este proceso es conducido por un actor “tercero imparcial” que favorece el diálogo entre las partes. Aquí se observa el valor multidimensional del concepto. A continuación se revisa de forma panorámica algunas definiciones y los énfasis y riqueza de cada cual, es decir la que pone acento en el conflicto social, la que apunta a la solución de un problema en particular y la tercera sobre el rol del mediador en el proceso. De forma genérica y abordando la conflictividad social en un sentido amplio, Vinyamata Camp, señala: *“la mediación es el proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado el conflicto, que actúe preventivamente o de cara a mejorar las relaciones con los demás”*.

Un concepto más restrictivo es el que aportan Jay Folberg y Alison Taylor, quienes definen al mecanismo como *“el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades”*.

Tomando como referencia a estos autores, podría concluirse que la mediación supone una intervención dirigida a la solución de un conflicto, énfasis en el cual no siempre están de acuerdo los mediadores, por el afán efectista que se le atribuye al mecanismo, privilegiando el acuerdo y resultado, por sobre el proceso. En este mismo sentido, destaca la definición

aportada por Haynes, quien señala: *“la mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada, y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas”*.

Este concepto pone énfasis en la conducción de la disputa y el rol que cabe al mediador a este respecto, manejando el conflicto a partir de su causa basal, la cual se trabaja de manera dialogada, reduciéndola a un nivel aceptable para los intervinientes, momento en el cual se construye el camino que permite la resolución de esta diferencia. Una definición que releva los principios y características del proceso de mediación es la que la describe como una forma alternativa de resolución de conflictos, por la cual un tercero neutral que no tiene poder sobre las partes, la *“persona mediadora”*, asiste a éstas, para que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía, facilitando la comunicación, identificando los puntos de controversia, haciendo aflorar los intereses y necesidades, orientándolos hacia la búsqueda de acuerdos mutuamente satisfactorios.

Otra definición que caracteriza a la figura del mediador es la que entrega Moore, en su clásica obra sobre esta materia, denominada *“El proceso de mediación”*. Moore conceptualiza a *“la mediación como la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptado, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión, para ayudar a las partes en conflicto, a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”*.

Por su parte, la mediación, comprendida desde el Derecho, es *“un método de resolución de conflictos entre partes mediante la actuación de un tercero imparcial, denominado mediador/a, el cual interviene a través del diálogo, facilitando la comunicación a través del intercambio de intereses, en pos de encontrar una solución en forma cooperativa”*.

“Desde una perspectiva amplia, la mediación se puede presentar como un procedimiento no judicial de regulación, y no necesariamente de resolución de los conflictos familiares que implica la intervención de un tercero imparcial, que guía a las partes, estableciendo comunicación entre ellos, para que estas encuentren por sí mismas la base de un acuerdo, que contribuirá a poner fin al conflicto (en este caso se estaría cerca de la conciliación), o bien a manejarlo y buscar una salida judicial. El mediador familiar, no es entonces un conciliador familiar y tampoco toma el lugar del juez”.

La mediación es uno de los métodos más utilizados en materia de resolución alternativa de disputas, y aplicable a todo tipo de conflictos: familiares, comerciales, comunitarias e incluso

internacionales. Su origen es muy antiguo, ya que aparece con distintas variantes en casi todas las culturas a lo largo de la humanidad.

Uno de los elementos centrales de la mediación se basa en que el mediador no tiene poder de decisión sobre la disputa, sino que aplica técnicas y estrategias de diálogo y cooperación, ayudando tanto a la solución como a la mejora de las relaciones interpersonales o institucionales de los disputantes. Actualmente, la mediación permite resolver cuestiones sin recurrir a la violencia o a la acción jurisdiccional.

1.12. MARCO METODOLÓGICO

Se presenta un resumen de las principales consideraciones metodológicas que fueron incluidas. A partir de los objetivos planteados en la investigación se utilizó información de fuentes primarias y secundarias en un trabajo de campo que contempló 10 regiones del país asociada a la concentración de la actividad formadora y la institucionalidad gubernamental de la Mediación, especialmente en las Corporaciones de Asistencia Judicial y la presencia de Mediadores Familiares Licitados.

1.12.1. Trabajo de campo

El trabajo de campo llevado a término, contempla entrevistas en profundidad y grupo de enfoque. Dicho trabajo comenzó con la aplicación de un pre-test de los instrumentos confeccionados a distintos actores para obtener observaciones, aportes y comentarios para verificar la pertinencia del instrumento. La información recogida en terreno se asocia con los diferentes actores del ámbito de la mediación tanto desde lo público, licitado y lo privado en menor medida, como académicos, principalmente los siguientes; ejecutores directos (SEREMIS, Centros de Mediación de las 4 Corporaciones de Asistencia Judicial, Consejo de Defensa del Estado, entre otros), indirectos (Centro de Mediación Licitados), coordinadores o directores de programas universitarios de formación de mediadores y ejecutores de proyectos asociados a la mediación, especialmente Municipales (coordinadores de proyectos de seguridad pública). Los criterios que permitieron levantar información en el país, se construyeron a partir de la concentración y mayor desarrollo de la mediación, teniendo como insumo la actualización del Catastro de Mediación donde se evidencia una importante agrupación de la práctica de la Mediación, lo que coincide con la mayor proporción de población, dada las características socio-demográficas de estas regiones, las seleccionadas son las siguientes: Tarapacá, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, Libertador Bernardo O'Higgins, Biobío, Araucanía y Magallanes.

Para la construcción de dichos criterios se definieron las siguientes dimensiones en razón de la identificación de las instituciones y los actores clave en cada región:

- a. Centros de Mediación de las Corporaciones de Asistencia Judicial: Se seleccionaron las regiones donde se encuentran los Centros de mediación de las Corporaciones (dichos Centros no están en todo el país) dado que desde estas oficinas emanan los lineamientos estratégicos para las regiones donde se tiene jurisdicción territorial. El objetivo es conocer la percepción y valoración de la mediación (Macro zonas de las Corporaciones de Tarapacá y Antofagasta, Valparaíso, Metropolitana y Biobío).
- b. Secretarías Regionales Ministeriales de Justicia (SEREMIS): Por su importancia en los lineamientos estratégicos de la política pública de acceso a la Justicia, su mirada respecto de la Mediación es relevante, se entrevistó a los SEREMIS y los encargados de mediación de las regiones de Tarapacá, Coquimbo, Valparaíso, Metropolitana, O'Higgins, Biobío, Araucanía y Magallanes.
- c. Proyectos Pilotos Unión Europea – Ministerio de Justicia: En el marco del proyecto de Cohesión Social se han focalizado 6 Centros de Mediación de las CAJ (Iquique, La Serena, Santiago, Valparaíso, Temuco y Punta Arenas), que reúnen buenas prácticas de mediación y de los que se cuenta con información detallada y actualizada de su gestión tanto por el seguimiento que se les ha hecho y por la misma difusión realizada.
- d. Centros de Mediación Licitados: En las regiones seleccionadas se entrevistaron los directores y encargados de los centros de mediación licitados en el ámbito familiar.
- e. Mediadores: Se realizaron entrevistas y grupo de enfoque, con los mediadores de todos los ámbitos disponibles: mediadores familiares, en materia escolar, de salud y laboral para tener una percepción integral de la práctica de la mediación de lo público a lo privado. Estas instancias se llevaron a cabo en Santiago y Valparaíso en razón de la cantidad de mediadores multimateria disponibles y en ejercicio.
- f. Formación de Mediadores: Un aspecto fundamental para la investigación dice relación con conocer en profundidad los lineamientos académicos de las diversas Universidades e Instituciones de Educación Superior que cuentan con programas de formación de mediadores (con especialización en Familia). Este examen contempló, el análisis de las mallas, pero también Entrevistas en profundidad con los directores de dichos programas. Se identificaron 20 programas a nivel nacional de las regiones de Antofagasta, Valparaíso, Santiago, Concepción, Temuco y Punta Arenas, que están vigentes en el semestre académico en curso.

g. Convenios Mediación Comunitaria con Municipios: En varios municipios del país se han suscrito convenios de colaboración para potenciar la mediación y métodos colaborativos de resolución de conflictos, especialmente en el ámbito vecinal y comunitario. Estos convenios han sido celebrados con los Centros de Mediación de las CAJ, así como también con programas del gobierno central, tales como Fondo de Seguridad Pública del Ministerio del Interior. Y el Ministerio de Justicia a través del Proyecto de Unidades de Justicia Vecinal (UJV) como también proyectos financiados por algunos municipios con fondos propios. El objetivo fue indagar sobre el valor de la práctica de la mediación en conflictos vecinales y comunitarios a través de entrevistas con los encargados de dichos programas y con quienes han estado relacionados en la concreción de convenios. Algunas de las comunas son Alto Hospicio, Coquimbo, La Serena, Valparaíso, Viña del Mar, Padre Las Casas y Punta Arenas.

Las 8 regiones mencionadas, que representan el 53 % del país, son también las que representan la mayor concentración en cuanto a cobertura y demanda de mediación. Como grupo de control se han definido las regiones de Antofagasta y Los Ríos, alcanzando con esto dos terceras partes del país. Análisis Información Primaria y Secundaria como se mencionó, esta investigación se enmarca dentro de un modelo cualitativo, pues el objetivo es comprender el modo en que se desarrolla un fenómeno social determinado, sus estructuras, la comunicación y flujo de información en los distintos niveles de la gestión de la mediación. Dicho enfoque de análisis será complementado con un análisis estadístico descriptivo, con el propósito de complementar, confirmar o rechazar hallazgos propios de la investigación. Se realizaron grupos de enfoque en las regiones mencionadas, siendo esta técnica de recolección de información una buena manera de obtener datos de investigación social, dado que *“permite investigar los tópicos y lugares comunes que recorren la intersubjetividad y en los que ésta se reproduce: la opinión pública, decía Aristóteles, descansa en tópicos”*.

1.13. SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CHILE

En este país han surgido diversas iniciativas que tienen por objeto el mejoramiento de la asistencia jurídica y el acceso a ésta. Es por ello que en el marco del proceso de modernización de la justicia le han dado un reconocimiento expreso a la Mediación como sistema colaborativo de resolución de conflictos, existiendo hoy en día legislación al respecto en el ámbito familiar, de salud y laboral; así como también se han impulsado políticas de trabajo para dar a conocer a la ciudadanía los sistemas alternativos de resolución de conflictos como una opción de solución más rápida y efectiva que concurrir a un tribunal, ya que muchas veces los problemas que aquejan a la comunidad no son conflictos de relevancia jurídica porque no cuentan con un asidero legal que las respalde.

El organismo gubernamental pionero en la implementación y utilización de los sistemas alternativos de resolución de conflictos es la Corporación de Asistencia Judicial, la que en una primera etapa realizó la primera intervención de una manera intuitiva y de iniciativa propia de los profesionales.

Desde el año 1997 la Corporación de Asistencia Judicial presta el servicio de Resolución Colaborativa de Conflictos como una línea especializada de servicios reconocida e institucionalizada. Dicho servicio se presta a través de los Consultorios Jurídicos y los Centros de Mediación de la CAJ.

Los Modelos o Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos pueden ser definidos como: “un conjunto de métodos, o técnicas que, tienen por objeto solucionar las desavenencias o dificultades, entre personas u organizaciones, no recurriendo a los Tribunales, ni a la decisión impuesta por un juez, con la característica de intervención activa de ambas partes involucradas. En ellos la solución nace de la confrontación y armonización de los valores e intereses contrapuestos de las partes, no de los valores impuestos por el juez, porque no pretende mirar exhaustivamente las normas existentes, costumbres y jurisprudencia, sino que más bien se dirige al conflicto en sí, y sus posteriores consecuencias hacia el futuro, viendo las reacciones que tiene en las mismas partes”.

La motivación y justificación por instaurar un sistema alternativo de resolución de conflictos se puede dar por las siguientes razones:

- Descongestionar los tribunales de justicia a través de la desjudicialización del proceso y obtener así una resolución más rápida y efectiva al conflicto.

Lo que hacen los Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos no es otra cosa que suplir y complementar la provisión de un servicio que el Estado no está en condiciones de entregar a través de los tribunales. Los Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, entonces, permiten acceder a una solución para problemas que de otra manera no la tendrían.

- Es mucho más económico y rápido.
- La regla general es que interviene a un nivel preventivo con la finalidad de que el conflicto no se judicialice y se resuelva lo más pronto posible.
- Estos sistemas tienen una serie de ventajas adicionales, tales como promover una mayor y mejor comunicación entre las personas, instalando una cultura de diálogo, y

haciéndolas más responsables de sus propios actos. En definitiva, se afirma que estos sistemas favorecen formas más democráticas y participativas de resolución de conflictos.

Dentro de los sistemas alternativos de resolución de conflictos se encuentra la Mediación.

1.14. CONTEXTO HISTÓRICO Y LEGAL DE LA MEDIACIÓN EN CHILE

La mediación es un proceso único, pero no es un concepto universalmente consensuado ya que existe una gran gama de autores que la definen, tal como se define en el marco teórico de nuestra investigación

Desde lo institucional, el Ministerio de Justicia señala que la mediación *“es un proceso que busca otorgar un espacio de diálogo directo y participativo entre dos o más personas que tienen un problema, para que conversen sobre el origen del conflicto y las consecuencias que se han derivado del mismo. Los interesados concurren a la realización de una o más sesiones, acompañados por un tercero que facilita el diálogo, donde buscan vías de resolución de conflictos”*.

El legislador ha definido lo que debe entenderse por *“mediación”* en el ámbito familiar y en los conflictos que se susciten por los daños ocasionados a consecuencia de una mala o deficiente prestación de salud, también en temas laborales e indígenas.

De la lectura de ambas definiciones, se puede observar un común denominador, cual es el hecho de que se necesita, para llevar adelante este procedimiento de mediación, la presencia de un tercero que, en el carácter de tercero coadyuvante, facilite el restablecimiento del diálogo entre las partes, con el objetivo que sean ellas mismas las que se encarguen de alcanzar una solución al problema que los divide, mediante acuerdos que, eventualmente, pueden adquirir fuerza vinculante mediante el mecanismo de la homologación ante los Tribunales de Justicia.

La mediación en Chile surge al igual que en otros países, como EEUU, Canadá, España y Argentina, como respuesta al conflicto social que necesita una solución más amigable y efectiva y también como una manera de otorgar la posibilidad de que los mismos involucrados en el problema que los aqueja, den solución de manera colaborativa y no adversarial a sus intereses en disputa.

Luego de la entrada en vigencia de la referida Ley, en el 2006 la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en conjunto con el Ministerio de Justicia y la Corte Suprema, introdujeron reformas a la Ley, concretaron y entró en vigencia el 2008. Siendo la modificación a esta Ley, establecer la mediación familiar como una etapa obligatoria previa a la interposición de la demanda, en las siguientes materias: alimentos, cuidado personal, y relación directa y regular entre el los padres e hijos que viven separados.

Con ocasión de las recientes reformas legales en materia de Familia, se instalaron Mesas Técnicas Interinstitucionales en que participaron representantes de los distintos entes involucrados, tales como del Poder Judicial, del Ministerio de Justicia, de la Corporación Administrativa del Poder Judicial y de las Corporaciones de Asistencia Judicial con el objeto de facilitar los flujos de información, mantener una constante coordinación entre las instituciones involucradas y homologar criterios en aquellas materias que requieren de la toma de decisiones comunes.

Paralelamente, durante los últimos años, las agencias o servicios del Estado también han puesto interés en la mediación, como mecanismo para resolver conflictos en otras materias diferentes a las de familia. Ello, básicamente con miras a:

1. Ampliar el acceso a la Justicia, teniendo en cuenta que existe un porcentaje de demandas que carece de asidero real para obtener resultado favorable en juicio, pero sí sería abordable a través de un proceso de mediación. De esta forma, la implementación de la mediación aumentaría la respuesta del Estado, el que contaría con mecanismos para abordar exitosamente una mayor cantidad de conflictos jurídicos; y,
2. Mejorar la gestión de los Tribunales de Justicia, contribuyendo a su descongestión.

Por otra parte, en Chile la mediación se encuentra operativa en algunos ámbitos sin reconocimiento legal, en calidad de proyectos piloto y con miras a una futura reglamentación. En tal sentido, se puede mencionar la mediación penal, la mediación comunitaria, algunos ámbitos de la mediación en salud y la mediación escolar.

Lo señalado permite observar distintas iniciativas surgidas de diversas instancias para instaurar y validar la mediación como sistema de resolución de conflictos. La consagración legal de la mediación constituye un primer gran paso en este sentido. Por otra parte, los aprendizajes que se obtengan de los pilotos implementados, podrán servir como modelo para su incorporación en las futuras iniciativas legales en otras líneas judiciales.

A lo anterior cabe agregar que a partir del 2008, la derivación a mediación familiar se constituyó como un proceso obligatorio en determinadas materias, para lo cual, si bien el Estado de Chile cuenta con los recursos económicos para implementar la prestación de estos servicios por parte de mediadores privados a través de licitaciones, el gran impacto cultural que esto representa, en un país como Chile, con una cultura eminentemente legalista, requiere de un trabajo de sensibilización respecto de la importancia de recurrir a mecanismos alternativos de resolución de conflicto, como es la mediación.

En el contexto descrito, el Ministerio de Justicia a través de las Corporaciones de Asistencia Judicial del país, han sido pioneros en este tema. Entre el 2006 y 2008, con el cofinanciamiento recibido por la Unión Europea, a través de la Agencia de Cooperación Internacional de Chile, se implementó el proyecto “Salud Jurídica y Mediación Comunitaria”, cuyo objetivo fue potenciar el desarrollo de instancias de participación ciudadana, mediante la reorientación de cinco Centros de Mediación dependientes de las Corporaciones de Asistencia Judicial de Tarapacá y Antofagasta, Valparaíso y del Biobío, reenfocando su atención desde su área familiar, hacia ámbitos ligados a lo comunitario y penal, promoviendo la utilización de las herramientas de mediación en la formación de dirigentes y representantes de las organizaciones sociales.

Dichas herramientas les permitieron generar dinámicas de participación democráticas, conducir el diálogo social y construir consensos al interior de sus grupos de referencia y, al mismo tiempo, aportar en instancias participativas interinstitucionales, especialmente en la relación con autoridades locales y nacionales.

Finalmente en el 2008, el Ministerio de Justicia se adjudica nuevamente un proyecto en el marco del Programa de Apoyo a la Cohesión Social en Chile, denominado “*Mejorando el acceso a la justicia y resolución colaborativa de conflictos sociales y familiares*”, para ejecutarse en el período 2009 – 2011 con seis pilotos en las ciudades de Iquique, La Serena, Valparaíso, Santiago, Temuco y Punta Arenas.

Hitos iniciativas de mediación en Chile

- 2001 • Mediación Laboral.
- 2004 • Mediación Familiar.
- 2005 • Mediación por Daños en Salud con implementación de Unidades de Mediación Consejo de Defensa del Estado (CDE).
- 2007 • Proyecto Pilotos Justicia Vecinal-Ministerio de Justicia.

1.15. MEDIACIÓN FAMILIAR EN CHILE

Como se mencionó anteriormente, la Mediación Familiar es el mecanismo que ha tenido un fuerte desarrollo institucional con la creación de los Tribunales de Familia y el Registro Nacional de Mediación, a través del cual el Estado asegura a través de Mediadores Familiares Licitados. Este Sistema Nacional de Mediación se sustenta en cinco pilares fundamentales:

1. Administración radicada en el Ministerio de Justicia.
2. Registro de Mediadores.
3. La exigencia que la contratación de los mediadores y se realice mediante Licitación Pública.
4. Establecimiento de la mediación previa al juicio, conocida también como "mediación previa obligatoria".
5. Regla de la gratuidad.

La Ley creó los Tribunales de familia, estableció el marco legal de la Mediación familiar en Chile, así como su promoción, administración y cómo facilitar el acceso de la ciudadanía a ella. Lo que se busca es establecer el alcance de la mediación.

La Ley señala en qué instancias procesales tiene o debe proceder la mediación y cuándo no procede. Es por ello que la ley que creó los tribunales de familia, refiere a la mediación previa, voluntaria y prohibida, señalando a su vez respecto de qué materias precede cada una de ellas. Y partir de la modificación de dicho artículo establece de manera categórica la obligación de concurrir a la mediación, antes de entablar las acciones correspondientes en el tribunal de familia, cuando la acción trate del derecho de alimentos, relación directa y regular, y el cuidado personal del menor.

El registro de mediadores es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se organiza el sistema de mediación familiar en Chile. Este registro es único y su formación y administración es de cargo del Ministerio de Justicia a través de sus Secretarías Regionales Ministeriales y tiene como deber el de proporcionar a las Cortes de Apelaciones la nómina de los mediadores habilitados en sus respectivos territorios jurisdiccionales. El registro es

público y su información acerca de la nómina de mediadores se mantiene actualizada en su página Web.

Los requisitos para ser mediador familiar, conforme a la legislación vigente, están establecidos en el artículo y Ley correspondiente y son los siguientes:

- Poseer título profesional de una carrera que tenga al menos ocho semestres de duración, otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por éste.
- Acreditar formación especializada en mediación y en materias de familia o infancia, impartida por alguna universidad o instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en dichas materias. Para estos efectos, la especialización deberá consistir en estudios de, a lo menos, 180 horas teóricas y 40 horas de práctica efectiva. Del total de horas teóricas, un mínimo de 80 deberán estar centradas en el proceso de mediación.
- No haber sido condenado por delito que merezca pena aflictiva, por algunos de los delitos contemplados en el Código Penal ni por actos constitutivos de violencia intrafamiliar.

Además de lo anterior, el mediador deberá disponer de un lugar adecuado para desarrollar la mediación en cualquier comuna donde tenga jurisdicción el Juzgado ante el cual se acuerde la respectiva mediación.

La Ley apuesta por la especialización del mediador a fin de dar un servicio efectivo y completo, es por ello que para ser mediador se debe acreditar una formación y capacitación específicas en la temática de mediación, a través de los respectivos certificados emitidos por una universidad o instituto que desarrolle docencia, capacitación o investigación en materias de mediación, familia o infancia.

Respecto de los acuerdos, en este país el valor que tendrá el acuerdo obtenido en un proceso de mediación, es el de una Sentencia Ejecutoriada. Para ello el mediador deberá remitir al tribunal el acuerdo alcanzado por las partes, con el objeto de que sea aprobado por éste en todo aquello que no sea contrario a derecho.

El juez tiene la facultad de subsanar todos los defectos formales en que incurra el acta de mediación en donde consta el acuerdo, con el deber de respetar plenamente la voluntad de las partes.

El valor que la ley le asigna al acta de mediación permite que, en caso que alguna de las partes no cumpla con ello, se pueda exigir el cumplimiento forzado de las obligaciones adquiridas en dicho acuerdo. En cuanto a la contratación de los servicios de mediación gratuitos, ésta se realiza mediante Licitación Pública, habiéndose efectuado el primer llamado en el año 2009, contando con una cobertura territorial del todo el país.

En resumen, la práctica de la mediación familiar, cuenta con un marco normativo que establece los lineamientos técnicos y administrativos de política pública, de la cual se pueden desprender experiencias y buenas prácticas para que otras agencias del Estado institucionalicen su ejercicio.

1.15.1. Flujograma en atención en mediación familiar

1.15.1.1. Solicitud de mediación

La persona que requiere solicitar una mediación previa para las materias de alimentos (declaración, aumento, rebaja o cese de alimentos), cuidado personal (tuición) o relación directa y regular (visitas), concurre al Juzgado de Familia, Centro de Mediación o Corporación de Asistencia Judicial a solicitar una hora para una sesión de mediación.

1.15.1.2. Citación a primera sesión

El Centro de Mediación contacta a las partes y les indica la fecha y hora en que se realizará la primera sesión de mediación. Además, en caso que se requiera, el Centro de Mediación podrá solicitar algunos antecedentes para la evaluación socioeconómica.

1.15.1.3. Realización del proceso de mediación

Ambas partes concurren al Centro de Mediación en la fecha y hora indicadas, en las que se realiza la primera sesión de mediación, donde el/la mediador/a ayudará a las partes a buscar por sí mismas una solución al conflicto y sus efectos, mediante la obtención de un acuerdo, en el número de sesiones que se requieran.

1.15.1.4. Acta de mediación

En caso que las partes lleguen a un acuerdo en las materias mediadas, el Centro de Mediación remite un Acta de Mediación al Tribunal de Familia para su aprobación y cumplimiento. Si no hay acuerdo, se dicta un Acta de Mediación Frustrada, requisito legal para iniciar un juicio por parte de el/la usuario/a (Ministerio de Justicia Gobierno de Chile, 2014).

1.16. MEDIACIÓN COMUNITARIA

El conflicto también se expresa en la comunidad, los barrios son expresiones de la permanente transformación de la sociedad y quienes viven en ella. Este dinamismo puede generar conflictos entre sus miembros. Las transformaciones pueden derivar en violencia si no son atendidas con el tiempo y la visión necesaria para canalizar dicha tensión y volcarla hacia una oportunidad para fortalecer los lazos comunitarios. La vida en comunidad, como por ejemplo el uso del espacio público y también del privado, puede dar la sensación de que nuestros derechos no están siendo respetados por los “otros” miembros de la comunidad. En este sentido partimos de la premisa de que el conflicto es inevitable.

La mediación comunitaria, para efecto de esta investigación será entendida como un proceso que promueve un sistema de gestión del conflicto facilitando que las partes, con un tercero imparcial, pongan sus puntos de vista en torno al problema e intenten encontrar una solución, que aun teniendo visiones opuestas, puedan resolver de manera pacífica sus diferencias.

Por otra parte, entre los beneficios observados de la Mediación Comunitaria podemos destacar que potencia la aceptación voluntaria a la norma social, permite matizar las “heridas” que deja una sentencia judicial en la comunidad, el acuerdo se transforma en un valor social al que la comunidad aspira e impulsa una lógica desjudicializadora de la vida cotidiana y social.

Estas iniciativas desplegadas en el territorio han sido potenciadas desde diversas agencias del Estado, en forma de proyectos, (es decir con duración, cobertura y recursos limitados), y en la mayoría de éstos sin una coordinación clara entre ellas. Así en el mundo local, encontramos experiencias impulsadas por las ONG, el Ministerio de Justicia a través del Programa Piloto de Unidades de Justicia Vecinal, otras iniciativas han sido financiadas por la División de Seguridad Pública del Ministerio del Interior. Cada proyecto con un sello sectorial propio.

A continuación se muestran algunos aspectos relevantes de la oferta programática para Mediación Comunitaria y Vecinal, poniendo énfasis en los objetivos estratégicos y alcances de estos proyectos.

1.16.1. Proyecto justicia vecinal - Ministerio de Justicia

El Estado de Chile se ha visto en la necesidad de dar respuesta a los problemas de carácter vecinal y comunal que actualmente aqueja a la ciudadanía y así mejorar el acceso a la

justicia, ya que dichos problemas no tienen una respuesta efectiva, oportuna y eficaz por parte de los tribunales de nuestro país, puesto que aquellos son de carácter cotidiano y que la mayoría de las veces no tienen un sustento legal, pero que afectan las relaciones interpersonales de la comunidad, afectando la calidad de vida.

A partir del año 2011 (con duración de 18 meses) el Ministerio de Justicia impulsó el Proyecto Piloto Unidades de Justicia Vecinal – UJV - en 4 comunas de la Región Metropolitana con el objetivo de acercar a la ciudadanía formas de resolución de conflictos vecinales y comunitarios, de una manera ágil, transparente y eficiente para mejorar la calidad de vida de las personas y sus comunidades.

Con el objeto que la ciudadanía encuentre una respuesta institucional a este tipo de conflictos, el Ministerio de Justicia se ha propuesto como meta implementar un modelo de Justicia Vecinal.

Este proyecto tiene por finalidad permitir la elaboración de un proyecto de carácter nacional del sistema de justicia local a través de la información de aprendizaje, diagnóstico y experiencia que se obtenga del trabajo ejecutado por dichas Unidades de Justicia Vecinal con el usuario que solicita sus servicios. Se anotan las siguientes características:

1. Las UJV prestan un servicio gratuito a todas las personas de la comuna en que éstas se insertan, sin importar sus niveles socioeconómicos. El requisito es que tengan un conflicto de orden vecinal o comunitario; es así como podemos observar que nos encontramos con una amplia cobertura.
2. Existe un trabajo en coordinación con la respectiva Municipalidad, las redes sociales y las UJV. Con ello se busca el acercamiento territorial de la justicia a las personas que buscan resolver sus conflictos de carácter vecinal, los cuales tienen sus propias características, particularidades y contexto; ya que estos dependen mucho del lugar en que se suscite el problema.
3. Las UJV prestan el servicio a través de un “sistema multipuertas”, esto significa que se da conocer al usuario que dispone de distintas vías para resolver su problema, los cuales son: mediación, conciliación, arbitraje, derivación a Juzgado de Policía Local. Es el usuario quien escoge a través de qué puerta o alternativa resolverá su conflicto, fomentando la participación activa del usuario, ya que con ello se busca que éste se apodere del problema que lo aqueja y busque o escoja una solución dentro de las alternativas que se le ofrecen. La finalidad última es que los acuerdos alcanzados perduren en el tiempo y que resuelvan el conflicto en forma efectiva.

4. El personal que trabaja en las UJV está integrado por profesionales especializados y calificados, compuesto por mediadores, conciliadores, árbitros y abogados.
5. Como última característica podemos señalar que las UJV, las que están en una etapa piloto, acumulando conocimiento para la formulación de política pública.

Los servicios de las Unidades pueden ser usados por todas las personas que tengan residencia o domicilio laboral en las comunas de los proyectos, ser mayor de 18 años y que su conflicto sea de competencia de estas Unidades. Los conflictos que atienden las UJV destacan aquellos relacionados con Vivienda (problemas de copropiedad inmobiliaria, problemas de administración de la copropiedad, gastos comunes, servidumbres legales (demarcaciones, muros medianeros, etc.); Comunidad (ruidos molestos, bienes comunes de uso público, plazas, multicanchas, aseo y ornato, conflictos de vecinos por actos de discriminación, tenencia de mascotas, etc.); otros conflictos como indemnización de perjuicios, cobro de deudas de trabajos informales, préstamos, conflictos relacionados con sociedades civiles y mercantiles, etc.

Se excluyen todas las causas en materia penal, tales como las faltas (lesiones, amenazas, agresiones), los delitos de apropiación indebida y los cuasi-delitos.

El procedimiento se puede iniciar por derivación del caso que realice el Juzgado de Policía Local o por ingreso espontáneo por parte del usuario, el cual expone su problema, se ingresa al sistema y se identifica su naturaleza.

En caso que el conflicto expuesto sea de las materias de que conocen las Unidades de Justicia Vecinal, el equipo de trabajo estudia el caso y sugiere una alternativa de solución para el conflicto que aqueja al usuario.

En caso que se escoja la mediación, se realizan sesiones individuales y conjuntas con el requirente y requerido. En caso que se llegue a un acuerdo, éste se plasma por escrito y las partes lo firman y luego se envía a la etapa de seguimiento a fin de verificar si el acuerdo se está cumpliendo o no.

Cuando no exista la posibilidad de solucionar el conflicto por alguno de los medios señalados ya sea porque no dan solución al conflicto o porque las partes no están conformes con la solución propuesta, se realiza la derivación del caso al respectivo Juzgado de Policía Local o a la institución en red respectiva, o se orienta señalando a dónde concurrir.

Algunos resultados preliminares de las Unidades de Justicia Vecinales entre el periodo mayo-octubre 2011 da cuenta de que los conflictos de mayor ocurrencia son: copropiedad inmobiliaria, arrendamiento, ruidos molestos, convivencia entre vecinos y servidumbres legales, los cuales representan el 63 % del total de ingresos. Se ha terminado un 76 % de los casos. El 56 % de los casos ha terminado con resultados positivos (acuerdo, derivaciones y fallo). Cabe destacar, que el promedio de duración de los casos (fecha de ingreso v/s fecha de término) es de 29 días.

1.16.2. Proyectos de mediación comunitaria/justicia local - Ministerio del Interior

Entendiendo la mediación comunitaria como el mecanismo que permite solucionar conflictos que afectan a vecinos, organizaciones, agrupaciones sociales espontaneas, condominios e industrias entre otros. El Ministerio del Interior y la División de Seguridad Pública, ha financiado desde el 2007, en conjunto con los Municipios a través del Fondo de Apoyo a la Gestión Municipal (FAGM) y luego denominado “Barrio en Paz Residencial”, son proyectos que promueven especialmente, la prevención de la violencia en el ámbito vecinal o comunitario a través de la implementación de sistemas de justicia local con profesionales especializados en mediación y resolución pacífica de conflictos.

El principio fundamental de este tipo de proyectos es que hay una estrecha relación entre el conflicto vecinal/comunitario con actos violentos que pueden terminar en actos delictuales. En este sentido, el objetivo de este diseño preventivo persigue contribuir a que la comunidad maneje sus diferencias adecuadamente sin afectar a otros miembros de ella. En el país existen varias municipalidades que han implementado Centros de Mediación, un ejemplo de esto es la Municipalidad de Puente Alto y El Bosque, ambos prestan el servicio de mediación a su comunidad de forma gratuita. De igual forma, otras municipalidades como Peñalolén, Las Condes, Providencia y Santiago, prestan el mismo servicio.

Desde el año 2010, el Fondo Nacional de Seguridad Pública apoya iniciativas orientadas a promover la resolución pacífica de conflictos vecinales y comunitarios mediante el desarrollo de sistemas articulados de justicia local. Se espera que estos “*sistemas*” contemplen tanto la sensibilización y capacitación de los vecinos para que resuelvan sus conflictos en forma colaborativa y autónoma, como la entrega de información y apoyo para acceder a alternativas de resolución judicial, cuando fuere necesario.

La metodología de intervención de estos proyectos debe contemplar las siguientes actividades:

1.16.2.1. Instalación y difusión

La difusión de los servicios del proyecto no sólo es necesaria para su puesta en marcha, sino que además resulta clave para la sensibilización y educación de la comunidad en resolución colaborativa de conflictos.

1.16.2.2. Implementación

La ejecución de la intervención debería considerar, parcialmente o en su totalidad, los siguientes componentes de intervención:

- Servicio de apoyo a la resolución pacífica de conflictos: Servicio prestado por profesionales capacitados para generar en la comunidad la voluntad y las condiciones necesarias para resolver conflictos mediante procesos de negociación o mediación.
- Constitución de una red de justicia local: Para efectos de no sobrecargar necesariamente el sistema de justicia y a las policías con problemas que pueden ser resueltos en forma colaborativa, el proyecto debería generar una articulación entre los actores públicos y privados relacionados con materias de justicia local, incluyendo a la policía, el Juzgado de Policía Local, Departamentos Municipales relacionados con la fiscalización y control de problemas que pueden generar conflictos (aseo y ornato, salud ambiental, entre otros). La constitución de esta red permite generar coordinación, difundir servicios de resolución colaborativa de conflictos y, cuando esto no se logre, realizar derivaciones oportunas a la sede judicial que corresponda.
- Servicio de orientación e información jurídica: Orientado a facilitar el acceso a instancias judiciales de resolución de conflictos, en aquellos casos en que las propuestas de solución colaborativa no resulten exitosas.
- Entrega de herramientas técnicas a los vecinos para la resolución colaborativa de conflictos: A fin de generar un efecto sustentable y, por tanto, convertir a la comunidad en un colectivo capaz de manejar sus diferencias, el objetivo es entregar un servicio de capacitación para mediadores o pre-mediadores, que beneficie a residentes destacados en el barrio por ser reconocidos como líderes por sus pares.

Estas iniciativas impulsadas desde el Ministerio del Interior, desde la óptica de la prevención de la violencia y la delincuencia, carecen de estudios que den cuenta de la baja en el actos delictuales, como del fortalecimiento de la cohesión social en las comunidades que se aplican, pero sin duda permiten instalar entre los ciudadanos métodos colaborativos para resolver conflictos.

1.17. FORMACIÓN DE MEDIADORES

Conocer con profundidad la formación de mediadores es algo fundamental al momento de analizar el ejercicio de la Mediación, su calidad y sus proyecciones. Quiénes se están formando, en dónde lo hacen; cómo lo hacen; cuáles son los ámbitos de la medición que son trabajados académicamente; qué intereses hay en la formación de mediadores, etc. Claramente la discusión tiene sentido si tomamos en cuenta que la mediación es una especialización y que implica alumnos con una profesión de base. Por tanto, los elementos para encausar este análisis son variados pero serán tomados los que se consideran más importantes y consistentes a la hora de analizar los tipos de programas y algunos de los relatos de quienes son hoy los encargados de programas en cada institución académica.

La discusión en el tema de la formación, por una parte se orienta en cuanto a los requisitos, orientación, estructura, qué tipo de profesionales los cursan, la relación con las posibilidades laborales al momento de egresar y, por otra parte, con los contenidos teóricos sobre mediación. Este apartado apuntará principalmente a lo primero.

En cuanto a lo metodológico, se toma los programas que se están cursando o que se han cursado durante el año en curso. Concretamente se requieren los cursos de posgrado: Postítulos, Diplomados y Magister de Mediación o con menciones en Mediación. El catastro se hizo revisando la información de las distintas instituciones de Educación Superior ya sea por consultas en sus sitios de internet o telefónicas. Se diseñó un instrumento de recolección de información, una entrevista semi-estructurada, la cual ha sido aplicada a casi la totalidad de los encargados, directores y coordinadores dentro de los meses de estudio, en las tres instituciones que corresponden a la Universidad del Mar, Universidad Católica del Norte de Antofagasta y la Universidad Católica de Temuco.

Fueron escogidos sólo programas de posgrado, y no los ramos y materias vistas de mediación en distintas carreras de pregrado, tales como Trabajo Social, Derecho, Psicología, ya que son estos los conducentes al ejercicio del oficio de la mediación en Chile. Esto según la Ley de Tribunales de Familia y su respectivo reglamento el que establece quienes y con qué requisitos puede ejercer como mediadores dentro del ámbito familiar.

No es casual entonces hablar de los detalles que exige el sistema licitado que se presenta como un antecedente que define la formación actual de la mediación, el sistema de mediación licitado ha provocado ciertamente una consolidación de los programas orientados a familia.

1.17.1. La formación y sus características

El repaso de los aspectos relevantes en cuanto a la formación implica diversos temas que se detallan a continuación, son también algunos de los indicadores con los que se busca establecer semejanzas y comparaciones entre los distintos programas cuando se haga el análisis de la información levantada y descrita anteriormente.

En un primer momento se puede encausar el tema hacia las condiciones generales de la formación, específicamente en Chile. Esto apunta principalmente a discutir la composición desde donde se forman los programas, y eso nos remite inmediatamente a una oferta relacionada con una demanda espontánea por cursos de formación. No existe una planificación desde el Estado ni lineamientos estandarizados que sean de carácter homologador entre los mismos programas.

Estas condiciones son necesarias de revisar ya que directamente afecta a una formación poco estandarizada, por ejemplo en el tema de la calidad de la mediación. Al ser diplomados o magister existen factores que determinan su funcionamiento, como lo es la demanda que pueden tener, la dependencia de distintas facultades o centros de extensión y la condición de los docentes que por lo general están a honorarios.

Se asume que el tema del pregrado inicial o los semestres mínimos de estudio de alguna profesión son un requisito común en varios países pero en el ámbito de la especialización en mediación no existe requerimientos mínimos en cuanto a contenido, solo está lo exigido en términos de horas de teoría y práctica.

Vargas, afirma en este sentido que es *“necesario elevar los estándares para ser mediador familiar. Hoy cualquier profesional con un número de horas de capacitación y sin mayor experiencia profesional en el área puede inscribirse en el Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia y prestar servicios de mediación familiar”*. En este caso, y tomando como referencia la experiencia española, es importante hacer ver cómo son incluidos teorías de base o mínimos en cuanto a contenidos, *“que en un principio fueron elaboradas en función de algunas de las directrices europeas y de quien, tras haber realizado un Curso de Mediación, entendía que el alumno debía tener conocimientos interdisciplinarios psicológicos, jurídicos, económicos, sociales y otros. Posteriormente, los Reglamentos de desarrollo de las respectivas Leyes Autonómicas de Mediación Familiar en España, han incluido los temas y contenidos mínimos exigibles en todo curso. Ello se completa con el requisito de tener que solicitar la previa acreditación de los Cursos, ante el organismo competente en cada Comunidad Autónoma”*.

En este sentido se puede requerir una mayor presencia y control por parte de la entidad gubernamental correspondiente y someter lo formativo a una revisión por parte del Estado, que es quien debe *“ejercer un rol de garante de la formación de los mediadores para evitar este tipo de distorsiones y proveer los mecanismos que aseguren una eficiente implementación de la mediación. Una de las alternativas para ello puede ser, exigir a los organismos de formación de mediadores que se acrediten ante el Ministerio de Justicia o, en su defecto, permitir sólo la inscripción de mediadores formados en instituciones de educación superior acreditadas ante el Ministerio de Educación y el Consejo Nacional de Acreditación (CNA)”*.

En cuanto a la selección de ingreso de alumnos a los programas de formación, en la mayoría de los entrevistados coordinadores, directores o encargados hay un reconocimiento de que no existen métodos de selección hacia los alumnos, que por lo general son llenados los cupos por orden de llegada. Esto también habla de que existe una falta de regulación ya que si bien esta selección no tendría que existir por sí mismo, si existen algunos filtros en cuanto a carreras, test psicológicos, entrevistas con orientación motivacional. Estos dos últimos aspectos apuntan a temas más bien de personalidad poniendo énfasis en *“el propio carácter creativo, flexible y conciliador, que vaya más allá de cualquier formación teórica que se le pueda proporcionar, es el perfil idóneo para acabar de moldear al profesional mediador”* como sostiene Belloso. No hay que alejarse entonces de la importancia de la formación otra vez en este sentido ya que es el mediador quien hace una buena mediación, por tanto la preponderancia de un buen mediador será clave y se verá reflejada en buenas técnicas de negociación, de gestión de conflictos, conocimientos de términos jurídicos, etc.

Mencionado el tema de las *profesiones de origen*, se encuentra con otro foco de atención, ya que por una parte existen los ambientes de mediación ominados por una profesión, lo que de todas formas le da una impronta al proceso de formación. A partir de las entrevistas, se puede observar un cierto perfil con la predominancia del Trabajo Social y, como sostiene Belloso, *“no hay que dejar de lado de que muchos y muchas mediadoras ejercen también su profesión”*. Esto tiene implicancias en ciertas fortalezas y debilidades, como puede ser la empatía a la hora de enfrentar una situación compleja entre dos partes y por otro lado tener carencia en el manejo de temas jurídicos, como puede ser el caso de los trabajadores sociales. En el cuadro de la distribución de las carreras de origen en el sistema licitado de mediación familiar donde se ve cercano a la mitad de los mediadores o mediadoras provienen del Trabajo Social, como profesión base.

Otro tema es la *duración de los cursos*, que ya fue mencionado y descrito por lo menos la exigencia mínima de horas teóricas y prácticas, existen aspectos más que nada relacionados con la distribución de estas horas y el énfasis que existen para el tratamiento de unos temas. Es el caso de la diferencia entre un diplomado y un magister en temas de familia, el primero cumplirá sin duda con los mínimos exigidos, pero el segundo tendrá posibilidades mayores de profundización. En el desarrollo de las entrevistas, se han asociado algunos de los programas cortos con la proximidad de la postulación de las licitaciones.

Las denominadas *prácticas y pasantías* son otro de los indicadores que se han generado a partir del análisis previo de los distintos programas y las respectivas entrevistas. Según lo catastrado es en este punto donde existen mayores divergencias y posturas. Por un lado se observa lo práctico que es la exigencia por contar con esas horas mínimas y por otro efectivo que es llevarlas a cabo. Las posibilidades son variadas y predominan las interpretaciones sobre todo de lo que es una práctica. La co-mediación, el juego de roles, las simulaciones, los videos, el seguimiento tras un espejo y varias otras son las posibilidades que permiten completar esas 40 horas. Otro tema es donde se hace o se realiza en asociación con los centros licitados de mediación, en centros de las propias instituciones, en el centro de mediación de la CAJ o en convenio y a falta de éstas, se utilizan las recreaciones de conflictos como parte de un proceso de práctica.

Una particularidad que puede ser descrita a partir de las últimas dos características pero que ya por si solo destaca por ser un modelo o formato de enseñanza consolidado, es lo referente a cursos *on line* de formación de mediadores.

1.17.2. Sistema de formación de mediadores centrado en la calidad

Todos los aspectos mencionados se llevan a discutir sobre la *calidad de la formación* de temas, contenidos mínimos, la posible acreditación de los cursos y la modalidad en que son impartidos. Se resume esto en el segundo problema que es planteado en el estudio sobre el diseño de licitación pública de mediación donde se expresa que *“si bien, la inscripción en el registro tuvo como objetivo erigirse como un indicador de calidad de la formación, ello en la práctica no ha ocurrido por dos razones. En primer lugar, porque el requisito de formación se encuentra asociado exclusivamente al número de horas, lo cual no garantiza la calidad de los programas ofrecidos y trae problemas de riesgo moral y selección adversa. En segundo lugar, la amplia y diversa oferta de formación en mediación familiar y la falta de una política de aseguramiento de la calidad de los programas de postgrado de parte del Ministerio de*

Educación, se ha traducido en la existencia de experiencias muy disímiles entre los distintos organismos de formación”.

Pareciera ser que esta calidad, no muy bien definida muchas veces, concentra varios elementos de definición de la formación de mediadores y al parecer no puede ser desligado este tema del quehacer público representado en el Estado, que es quien debe ejercer un control en la calidad de la formación de los mediadores familiares y en los servicios que éstos prestan. Sólo así se podrá cumplir con el cometido de la política pública de justicia delineado: ampliar y mejorar la oferta de tutela jurisdiccional (Vargas), es la autora nuevamente la que en este caso hace referencia a la responsabilidad de regulación del Estado, lo que hace ver que antes que un cambio espontáneo que difícilmente sea generado desde la oferta y demanda de formación como hasta hoy se conoce, se requiere de elementos de reforma que apunten a reglamentar y encausar mejor las diferentes iniciativas que hay para formar mediadores por parte de las instituciones de educación superior (Alfaro, s/f)

En Chile se ha avanzado en la regulación de la mediación familiar, siendo un desafío y un tema pendiente el abordaje de la mediación concebida de manera integral. De esta manera podemos aspirar a que exista una unificación en cuanto a la legislación que la regula, instalándola dentro del imaginario colectivo como una sola. Es en base a un trabajo sistemático de la mediación que pretendemos seguir avanzando en la labor de pensar y diseñar una política que permita acercar la justicia a las personas, que se haga cargo de las víctimas de una manera integral y que aporte en la construcción de una sociedad más colaborativa (Rúa, 2010).

1.18. INTRODUCCIÓN DEL ARBITRAJE

El arbitraje es un método alternativo de solución de disputas que consiste en un juicio a través del cual un juez árbitro, designado de común acuerdo por las partes o por la institución a quien se encomienda la designación, resuelve las controversias civiles o comerciales mediante una sentencia definitiva con carácter obligatorio.

Con más de mil setecientos casos de arbitraje que han sido sometidos a la jurisdicción de los árbitros del CAM Santiago, involucrando a más de dos mil empresas y estudios jurídicos, la Institución se ha constituido en el referente indiscutido en materia de solución de controversias en el país. El servicio de arbitraje institucional del CAM Santiago ofrece garantías de celeridad, eficiencia, seguridad jurídica y confidencialidad, mediante la existencia de un reglamento aplicable a los arbitrajes, un sistema tarifario que permite conocer en forma transparente los costos del arbitraje, el respaldo ético del Consejo del

CAM Santiago y el apoyo administrativo por parte de su Secretaría General y Dirección Ejecutiva.

El arbitraje del CAM Santiago es aplicable a todos los conflictos propios de los negocios, particularmente a controversias derivadas del incumplimiento de obligaciones contractuales, destacando, los conflictos relacionados con el área de las sociedades civiles y comerciales, seguros, construcción y asuntos inmobiliarios, propiedad industrial, exportaciones, asuntos marítimos, mineros, bancarios y financieros, entre otros (Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, 2014).

Toda relación humana está expuesta a conflictos de múltiples índole en el que están en juegos diversos. A medida que el hombre ha ido evolucionando ha tratado de encontrar diversos medios para solucionar sus diferencias, hasta llegar al ordenamiento jurídico para garantizar condiciones de vida y normas de conducta dentro de la sociedad, con el fin de mantener la fuerza y evitar la violencia como métodos orientados a la administración de justicia, a través de un tercero imparcial que dirima sus confrontaciones.

Platón enseña que "el mayor bien para el Estado, no es la guerra ni la sedición, sino la paz y la buena inteligencia entre los ciudadanos. Pero como la existencia de intereses contradictorios forman parte de la naturaleza del grupo, el estadista ha debido crear sistemas que pongan remedio a los disensos, obligando a los miembros a observar ciertas reglas y preventivo que en caso de presentar desavenencias, un tercero zanje las disputas. Es indispensable que se establezcan tribunales para cada sociedad y jueces que decidan sobre la marcha, las diferencias que se susciten. Tribunal que estará compuesto por los jueces más íntegros que sea posible encontrar. Un Estado no sería Estado si lo que concierne a los tribunales no estuviese arreglado como es debido".

El estado crea el derecho para justificar el carácter público de la entidad jurisdiccional, toda vez que la imponer la obligación debe respetarla, lo que se traduce en una acción coercitiva de imposición, así pues en las organizaciones sociales modernas el Estado tiene la facultad de promover los órganos que resolverán esas situaciones de conflictos que alteran el orden social, para mantener la tranquilidad pública.

Surge entonces la jurisdicción, actividad destinada a restablecer el orden jurídico alterado por conductas humanas al contrario de las normas establecidas. Es una sentencia, se aplica la imposición de una conducta específica a las partes que están obligadas a cumplirlas bajo amenaza de obtenerla en forma coactiva en caso de resistencia.

Lo importante en el derecho no solamente radica en resolver el conflicto si no la forma como se resuelve, por ello cuando un sistema judicial es deficiente, no cumple su función a

cabalidad se convierte en una ficción corriendo el riesgo de retroceder al pasado en que el hombre ejercía la justicia por su propia mano, haciendo imposible la convivencia social. Ello explica por qué la necesidad de encontrar otras formas alternativas que puedan proveer las soluciones que en el sistema público no está en condición de brindar.

El arbitraje puede ser una de las formas a través de la cual las personas encuentren el acceso a una justicia eficiente administrada por las mismas partes, dentro de su esfera de libertad y en el marco de sus derechos disponibles.

Si bien es cierto que descongestionaría la pesada carga procesal, no podemos concebirla como un competidor de la vía judicial sino más bien como una vía complementaria en el entendido que el arbitraje no es válido para cumplir clases de litigio o bajo cualquier circunstancia.

Es regla general que en un litigio que verse sobre el orden público las partes no podrán recurrir al arbitraje que es de competencia del poder judicial. Desde la producción de ciertas medidas probatorias la ejecución forzosa del laudo, el arbitraje requiere la colaboración de los jueces. Es más, si obtenido el laudo se presentan demoras o través en la etapa de la ejecución judicial en la práctica, las deudas originalmente controvertidas y previamente reconocidas en el laudo, quedarán diferidas en el tiempo. Por tanto debemos ser conscientes que el arbitraje debe convivir con la justicia en forma armónica, manteniendo una relación y un respeto mutuo entre ambos sistemas.

1.19. IMPORTANCIA DEL ARBITRAJE

El Estado reconoce a las decisiones arbitrales, el valor de la cosa juzgada posibilitando para su cumplimiento los procedimientos de ejecución de sentencias. A través de "*el laudo arbitral consentido o ejecutoriado tiene valor equivalente a la de una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en el laudo no se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzada ante el juez, especializado de lo civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda*".

Debe tenerse presente que los árbitros no tienen el "*imperium*", propio de los magistrados del Poder Judicial, sin embargo los jueces tienen la obligación de hacer cumplir los laudos en las que ha participado el árbitro.

Arbitraje es un proceso en el cual se trata de resolver extrajudicialmente las diferencias que surjan en las relaciones entre dos o más partes, quienes acuerden la intervención de un tercero (*árbitro o tribunal arbitral*) para que los resuelva.

De todas las instituciones antes mencionadas, el arbitraje es el que mayor aproximación tiene con el modelo adversarial del litigio común. Es un mecanismo típicamente adversarial, cuya estructura es básicamente la de un litigio. El rol del árbitro es similar al del juez: las partes le presentan el caso, prueban los hechos y sobre esa base decide la controversia. Sin embargo, no obstante sus similitudes el arbitraje mantiene con el sistema judicial una gran diferencia, la decisión que pone fin al conflicto no emana de los jueces del Estado, sino de particulares libremente elegidos por las partes.

A diferencia de la conciliación y mediación, el tercero neutral no ayuda ni colabora con las partes a efecto de resolver el conflicto, más bien impone una solución vía *laudo arbitral*, que tiene efectos de sentencia judicial. Al arbitraje se llega generalmente en forma voluntaria a través de cláusulas mediante las cuales las partes deciden someter determinadas cuestiones a ser resueltas por el árbitro en lugar de acudir a la justicia ordinaria.

La Constitución establece "*la potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*", además, señala "*no existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral*". De igual modo "*los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previsto en el contrato o contemplados en la ley*"; finalmente, en relación al propio Estado, en la parte pertinente dispone "*el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional en la forma en que lo disponga la ley*".

Como se ve, la Constitución al tiempo que garantiza el acceso a la justicia ordinaria, permite a los particulares y aun al Estado, a dejar de lado ese medio recurriendo al arbitraje como fórmula alternativa.

Por lo demás, el Estado reconoce la decisión arbitral, el valor de cosa juzgada, considerando para tal efecto el procedimiento de ejecución de sentencia judicial, como se señala "*el laudo arbitral ejecutoriado tiene el valor equivalente a una sentencia y es eficaz y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes. Si lo ordenado en él se cumple por la parte o partes a quienes corresponda hacerlo, el interesado podrá solicitar su ejecución forzada ante el juez especializado en lo civil del lugar de la sede del arbitraje que corresponda*".

Sin embargo a dudas el arbitraje no pretende reemplazar a los jueces ni mucho menos desmerecerlos, antes bien complementan el papel que desempeñan dentro de la sociedad.

Dado el origen privado del arbitraje, es que las partes pueden designar el árbitro o tribunal arbitral, según sea el caso. Existen particularidades de la figura que admiten presentarlos conforme al sistema donde vayan a insertarse.

- El arbitraje voluntario proviene de la libre determinación de las partes, sin que preexista un compromiso que los vincule.
- El arbitraje forzoso en cambio viene impuesto por una cláusula legal o por el sometimiento pactado entre las partes ante de ocurrir el conflicto.

A su vez, la elección de la vía supone recurrir a árbitros libremente seleccionados o bien designar a un organismo especializado (*arbitraje institucionalizado*). La decisión (*laudo*) obliga pero no somete, es decir determina efectos que vinculan el derecho de las partes, pero la inexecución no tiene sanción de árbitros. En todo caso son los jueces ordinarios quienes asumen la competencia ejecutiva.

1.20. CONVENIO ARBITRAL

Es el acuerdo voluntario entre las partes para solucionar sus diferencias, que surgen de una relación contractual o no contractual que sean o no, materia de un proceso judicial, sujeta a requisitos generales establecidos en la legislación civil para la validez de los contratos. La ley de arbitraje considera este principio en materia de convenio arbitral, exigiendo la forma escrita, bajo sanción de nulidad. En la forma de una cláusula inserta en el texto del contrato, o bajo la forma de un acuerdo independiente.

El objeto del convenio arbitral debe ser lícito y posible. La ley de arbitraje ha regulado las materias susceptibles de someterse a arbitraje, como son las materias determinadas o determinables sobre la que las partes tengan la libre disposición; exceptuándose las cuestiones que versen sobre el estado o capacidad civil de las personas, ni las relativas a bienes o derechos de los incapaces, sin la previa autorización judicial. Aquellas sobre las que ha recaído resolución judicial firme, salvo las consecuencias patrimoniales provenientes de su ejecución.

En cuanto se refiere a las partes del proceso; las que interesan al orden público, o que versen sobre delitos o faltas; sin embargo, cabe arbitrarse respecto a la cuantía de la responsabilidad civil, cuando no ha sido fijada en resolución judicial firme. En una palabra no son competentes los árbitros en las que esté interesado el orden público.

Cuando existe un convenio arbitral, ya no es competente el juez en lo jurisdiccional, debiendo declinar su avocación. Si el convenio es anterior evita el proceso judicial, que

pueda promoverse y si fuera celebrado estando pendiente un trámite judicial, produce el efecto de extinguirlo (Alarcon Flores, 1994).

1.21. ARBITRAJE COMO JURISDICCIÓN ALTERNATIVA

Los jueces deben su jurisdicción a la Constitución y al marco jurídico previsto para la administración de justicia en el Poder Judicial. En el caso de árbitros su jurisdicción depende en forma mediata de la Constitución y de la norma que establece la administración de su sentencia particular de administración de justicia, en la que los litigantes que los nombran para resolver un caso concreto, los facultan a juzgar en forma inmediata. Su jurisdicción es limitada al no poder pronunciarse sobre asuntos que no le han sido sometidos, y deben laudar (*reso/ver*) dentro de un plazo expresa o tácitamente concedida por las partes.

Por lo demás, la jurisdicción de los árbitros, a diferencia de los jueces estatales, no es permanente ni genérica, sino limitada a cuestiones comprendidas y a un tiempo determinado que las partes o en efecto de pacto expreso, la otorga para la excepción del laudo. Los árbitros no pueden ir más allá de lo que las partes señalen en el convenio arbitral, o en su defecto, el que surja de las disposiciones legales supletorias.

1.22. CLASES DE ARBITRAJE

1.22.1. Arbitraje institucional

En este arbitraje, intermedia entre los árbitros una entidad especializada que administra y organiza el trámite y presta servicios útiles para resolver la controversia. Se rige por un reglamento al que se someten las partes, sin embargo se valen de instrumentos cada vez más ágiles, de modo de adecuar las reglas de las necesidades de los usuarios surgiendo reglamentos de "*arbitraje común*" u otras variantes como "*arbitraje acelerado*". Para optimizar la duración del proceso de gran importancia para el tiempo como factor fundamental.

Hay otras formas Standard, para pactar el arbitraje, a través de modelos de convenio arbitral y todos los servicios de rutina para posibilitar su arbitraje, como recibir y modificar las demandas, fijar los honorarios de los árbitros y peritos, elegir los árbitros, resolver recusaciones contra ellos, sustituirlos por vacancia o renuncia, fijar la sede del arbitraje o el idioma en que se tramitarán las actuaciones y en general todo lo relacionado al proceso de arbitraje.

En el arbitraje libre o ad hoc no existe ninguna institución que administre el sistema: son las propias partes las que suministran las normas sobre las que deben actuar y todo lo necesario para que el arbitraje proceda. Así les proveen de los mecanismos de elección de

los árbitros, indican el lugar, el idioma, los procedimientos a aplicar, métodos de coerción en caso de incumplimiento, plazo para laudo y los recursos pertinentes que cabrían contra el laudo.

La desventaja en este tipo de arbitraje está en que no habiendo intervenido una entidad que preste el servicio, administre el sistema e intermedie entre las partes, cualquier diferencia que surja entre ellas será resuelta en sede judicial. Si las partes no se ponen de acuerdo, sobre el árbitro tercero, si se produce una recusación contra un árbitro, se debe reemplazar, si procede reemplazarle al árbitro por renuncia, fallecimiento o irresponsabilidad al ejercer el cargo. La elección de estos mecanismos debe ser puesta en conocimiento de las partes sobre sus ventajas y desventajas.

En el Arbitraje de derecho o de conciencia los árbitros se rigen por normas legales y deciden los asuntos litigiosos con arreglo al derecho escrito. En cambio el árbitro de conciencia puede dejar de lado la norma jurídica en el proceso mismo como en la sustentación del laudo; es decir, que resuelven de acuerdo a su criterio; sin embargo, esa discrecionalidad no es ilimitada puesto que debe respetar el principio elemental de garantizar la defensa en juicio, en él debe tener en cuenta la equidad.

La ley da prioridad al arbitraje de conciencia, por cuanto contempla que en caso de no haber pactado que el arbitraje sea de derecho, se tiene por entendido que es de conciencia. La diferencia entre ambos estriba en que en el laudo de derecho cabe apelación, mientras que en los laudos de conciencia, no procede ningún recurso.

1.22.2. Arbitraje doméstico o internacional

Esta calificación obedece cuando intervienen un Estado o se vincula con más de uno: La ley de arbitraje, define como arbitraje internacional cuando existen los siguientes factores:

- a)** Si las partes tienen al momento de celebrar el convenio arbitral domicilios en Estados diferentes.
- b)** Si uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios.

b.1 El lugar de arbitraje, si este ha sido determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo a él; y,

b.2 El lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación jurídica o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga relación más estrecha.

1.23. LOS ÁRBITROS

El árbitro es la persona elegida por las partes para resolver una controversia, es por ello la parte esencial del arbitraje mismo, todo el sistema gira en torno a él, desde que en su integridad moral y buen criterio descansa la confiabilidad y la eficacia del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos.

El árbitro debe reunir cualidades de idoneidad y experiencia, aplicando su criterio personal y buen juicio, manteniendo la imparcialidad e independencia frente a las partes.

1.23.1. Reglas de ética

- Aceptar el cargo con el ánimo de actuar con celeridad y justicia.
- Analizar previamente al asumir el cargo, no tener compromiso alguno con las partes.
- Evitar cualquier situación que ponga en duda su neutralidad.
- Si su neutralidad se ha afectado apartarse del caso, si a pesar de ello las partes ratifican su confianza, solo seguirá si su conciencia estima que debe proseguir arbitrando.
- Debe abstenerse actuar en forma subjetiva, laudando en forma más objetiva.
- No debe excederse en su autoridad.
- Debe cuidar que el procedimiento se conduzca dentro de los cauces de la normalidad, a fin de no perjudicar la imagen del arbitraje.
- Debe evitar situaciones conflictivas entre las partes, promoviendo la celeridad en el proceso.
- Debe dar oportunidad a las partes a manifestarse y argumentar su defensa, respetando sus opiniones con cordura y corrección.
- Debe mantener la confidencialidad de todo lo tratado en el proceso.
- No debe transmitir a nadie las decisiones que se tomen ni anticipar su opinión a ninguna de las partes.

1.23.2. Quiénes pueden ser árbitros

Según la ley puede ejercer como árbitro cualquier persona mayor de edad, en pleno ejercicio de sus derechos civiles. Exigiendo la ley que el árbitro de derecho debe ser abogado, puede ser nacional o extranjero. Cuando se designa a una persona jurídica como árbitro, se entiende que actúa como entidad nominadora.

1.23.2.1. Impedimentos

Tienen impedimento los Magistrados, con excepción de los Jueces de Paz, los Fiscales, los Procuradores Públicos y los Ejecutores Coactivos, el Presidente, los Vice-Presidentes, los Parlamentarios y Miembros del Tribunal Constitucional, Oficiales Generales y Superiores de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, salvo los profesionales asimilados, los Ex magistrados en las causas que han conocido, el Contralor General de la República en procesos arbitrarios en que participen las entidades bajo su control.

1.24. PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Si bien es cierto que el arbitraje es producto del consentimiento de las partes que optan por recurrir al arbitraje en lugar de ir al poder judicial, sin embargo pueden pactar las normas por las que transcurrirá el proceso, ya sea en forma directa, mediante reglas a las que deben ceñirse los árbitros, o en forma indirecta en que las reglas del procedimiento las emite la institución arbitral a las que las partes se someten, también las partes pueden encomendar a los propios árbitros elaborar las reglas del procedimiento.

Lo caracteriza su mayor flexibilidad e informalidad, sin imponerse pautas rígidas a los árbitros en que estos deben actuar con cierta libertad, sin la rigidez de un proceso judicial, manteniendo la igualdad entre las partes, posibilidad de ser escuchados y derecho a una solución verdaderamente justa. Briceño Serra, comenta: que la situación del local elegido como sede del arbitraje propicia la instantánea percepción de intenciones y el rápido conocimiento de la voluntad de las partes, facilitando los interrogatorios, aclaraciones, resúmenes de cosas y documentos, como mayor marco para que las partes presenten conclusiones y los árbitros valoren elementos y razonamientos que les sean expuestos.

La ley prescribe como norma de principio que las partes pueden pactar el lugar y las reglas a las que se sujete el proceso correspondiente que tenga establecida la institución arbitral a quien recomienda su organización.

A falta de acuerdo, dentro de los diez días siguientes a la aceptación del árbitro único o del último de los árbitros, estos deciden el lugar y las reglas del proceso del modo que consideren más apropiado, atendiendo a la conveniencia de las partes. La decisión será notificada a las partes; durante el proceso arbitral deberá tratarse a las partes con igualdad y darle a cada uno de ellos plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

La ley prevé un procedimiento supletorio, por lo cual se establece el siguiente tramite:

- La parte que formula su pretensión ante los árbitros lo hará dentro de 8 días de notificado la instalación del Tribunal Arbitral debiendo ofrecer pruebas.

- Citar al demandado para que dentro de ocho días, manifieste que convenga a su derecho y ofrezca la prueba correspondiente.
- Los árbitros citarán a las partes a audiencia de conciliación a fin de proporcionar un arreglo entre ellas o aclarar la existencia de hechos controvertidos.
- Los medios probatorios se actúan en una o más audiencias en un plazo que no excederá de 15 días.
- Producida la prueba los árbitros pueden solicitar a las partes un alegato escrito.

1.25. CONCILIACIÓN EN SEDE ARBITRAL

La ley ha previsto como paso procesal ineludible la convocatoria a una audiencia de conciliación entre las partes, en la cual los árbitros promueven un acuerdo que ponga fin al litigio o aminore las cuestiones controvertidas a ser resueltas por los árbitros. Esto demuestra que los árbitros deben procurar acercar a las partes para armónicamente resolver el problema que los separa. Dicho acuerdo puede registrarse en forma de laudo, de tal forma que adquiere el carácter de cosa juzgada.

Sin embargo, es el árbitro quien está en capacidad de considerar la oportunidad de una conciliación, con lo que se demuestra la libertad del árbitro para citar o no a las partes a una audiencia de conciliación, y el modo más conveniente para realizarla.

1.26. LAUDO ARBITRAL

Es la decisión que emiten los árbitros para finalizar un litigio, de tal forma dan cumplimiento a su designación como árbitro, a diferencia del juez de jurisdicción, que al provenir de la estructura orgánica del Estado tiene carácter permanente y genérica, con delimitaciones, propias en materia territorial y funcional, y su labor no culmina con la emisión de una sentencia definitiva. Es más, el juez tiene la potestad para hacerla cumplir disponiendo las medidas pertinentes para ello. Los árbitros en cambio nacen de una fuente convencional y por lo tanto limitada al caso de la resolución de una situación concreta, así una vez finalizado el conflicto desaparecen sus facultades.

El laudo equivale a una sentencia, que de acuerdo a ley del arbitraje debe ser escrito bajo sanción de nulidad. En principio los árbitros no pueden abstenerse y de hacerlo, debe entenderse que se adhieren a lo decidido por la mayoría. En caso de arbitraje de derecho, el laudo debe consignar el lugar y la fecha de emisión, los datos que identifiquen a las partes y a los árbitros, la cuestión sometida a arbitraje y a una somera relación de los hechos, alegaciones y conclusiones de las partes, la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión, la decisión concreta y los fundamentos de hecho y derecho en que se fundamenta.

En caso de arbitraje de conciencia, no se exige en términos estrictos la valoración de las pruebas ni la fundamentación de derecho, no obstante lo cual no requiere una fundamentación razonada de la decisión. La ley establece que el laudo debe emitirse en caso de no haberse dispuesto otra cosa, en un plazo de 20 días de vencida la etapa probatoria. Si los árbitros consideran necesario contar con un plazo adicional, podrán ampliarlo, sin exceder de 15 días más.

La emisión del laudo debe emitirse dentro del plazo acordado por las partes, o fijado en las normas reglamentarias, o la ley a falta de acuerdo entre las partes su incumplimiento acarrea graves consecuencias, tanto en lo concerniente a la validez del laudo, y a la responsabilidad de los árbitros. En caso que los árbitros fallen fuera del plazo, constituye causal de nulidad del laudo, por carácter de jurisdicción al agotarse el vencimiento del plazo.

1.26.1. Recursos contra el Laudo

En principio los laudos son definitivos, no procediendo recurso alguno salvo las expresamente autorizadas por ley. Los recursos que la ley franquea son dos: Apelación y Anulación, no son acumulables o formulados subsidiariamente, alternativo o sucesivos; invocado uno de ellos, el otro resulta improcedente.

1.26.1.1. Apelación

Se formula contra un laudo que se considera anulable, con el objeto de revisar un eventual error de juzgamiento de los árbitros, el objeto es que un órgano superior en jerarquía revise lo decidido por los árbitros en el laudo para confirmarlo, modificarlo o revocarlo. Culmina con una sentencia, que confirma su modificación total o parcial del laudo.

La apelación del laudo es cuestión disponible por los litigantes, estos pueden formular un sistema arbitral de sentencia única o establecer un recurso de apelación, pudiendo en este último caso disponer libremente ante quien se sustanciará el mismo y las condiciones bajo las cuales precederá. Se interpone cuando se ha pactado previamente su admisibilidad en el convenio arbitral, o cuando proviene de los reglamentos de la institución a la que las partes se han sometido.

La facultad de las partes es poder implementar una apelación ante una segunda instancia arbitral. Se interpreta que en caso de silencio o duda, el recurso se tramita ante árbitros diferentes de los que distaron el laudo, que integran un Tribunal de tres árbitros elegidos en la misma forma que se eligieron a los árbitros de primera instancia, o en su defecto de acuerdo a las disposiciones supletorias de la ley.

1.26.1.2. Recurso de anulación

Tiende a invalidar el pronunciamiento arbitral, por carecer de los requisitos que impone la legislación, por ello los medios de impugnación no resultan disponibles por las partes al sustentarse en cuestiones de orden público.

No se revisa el fondo de lo decidido, por los árbitros sino se controla el cumplimiento de los recaudos legales, sin analizar el acierto o desacierto de la decisión adoptada en el laudo; se tramita ante el Poder Judicial, y se resuelve sobre la validez o nulidad del laudo, estando prohibido el juez revisar el fondo de la controversia.

La anulación del laudo es inadmisiblesino se prueba alguna de las causales que la ley contempla como son:

- El planteamiento debe formularse ante los propios árbitros en sede arbitral.
- Que la parte no haya sido notificada de la designación de un árbitro, impidiéndole hacer valer su derecho de defensa.
- Que la composición del Tribunal no se ajuste al convenio.
- Que se haya laudado sin las mayorías recurridas.
- Que el laudo se expida fuera del plazo.
- Que se haya laudado sobre materias no sometidas expresa o implícitamente a decisión de los árbitros.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal tiene la facultad de anular de oficio el laudo total o parcialmente, si la materia sometida a decisión de los árbitros no pudiera ser llevada a arbitraje.

El recurso de anulación debe plantearse dentro de los diez días hábiles de notificado el laudo de primera o de segunda instancia, directamente ante la Sala Civil de la Corte Superior de la sede del lugar del arbitraje, anulando el recurso la Sala requerida por oficio las actuaciones de los árbitros. Recibido el expediente se pronunciará sobre la admisibilidad del recurso, concediéndolo o denegándolo. De concederse se correrá traslado a las partes por cinco días para expresar lo conveniente a su derecho y ofrecer pruebas. De admitirse, las pruebas se actuarán en un plazo de diez días.

La decisión de la instancia judicial puede ser favorable o desfavorable en este último caso, el laudo arbitral deviene en firme con posibilidad de promover judicialmente su ejecución. La sentencia judicial es irrecurrible, queda así agotada la sanción judicial contra el laudo.

- De anularse el laudo arbitral, queda restablecida la competencia judicial.

- Si se anula por un vacío de procedimiento, en que la parte no haya hecho valer su derecho, se remitirá la causa a los mismos árbitros para que reconozcan el proceso arbitral en el mismo estado en que se produjo la contienda.
- De anularse el laudo, por no haberse ajustado a lo pactado en la composición del Tribunal, quedan en libertad las partes de elegir nuevo árbitro, esto por provenir del convenio válido, que implica la renuncia a la vía judicial.
- Si se anula por haber laudado los árbitros en violación de las mayorías recurridas se devolverá la causa, para que dicten un nuevo laudo.
- Si se anula por haber laudado fuera del plazo o sobre puntos no sometidos en su discusión, o de haber sido anulado de oficio por no ser la materia arbitrable, quedará restablecida la competencia judicial.

Contra lo resuelto por la Corte Superior solo procede el recurso de Casación, si el laudo ha sido anulado total o parcialmente

1.27. TRIBUNAL ARBITRAL

Es el que está facultado a decidir sobre su propia competencia, incluso sobre oposiciones en torno a la existencia o validez del convenio arbitral. La decisión del tribunal arbitral que el contrato es nulo, no determina la nulidad del convenio arbitral, puesto que el convenio que forma parte de un contrato se considera independiente de las demás estipulaciones del mismo.

La oposición debe formularse en el momento de presentarse la contestación. En tal caso las partes no están impedidas de formular la oposición por el hecho de haber designado a un árbitro o participado en su designación, la oposición al tribunal arbitral cuando se ha excedido en su mandato, se formulará de inmediato; sin embargo, el tribunal arbitral puede en cualquiera de los casos presentar una oposición más tarde, de considerar justificada la demora.

Contra la decisión del tribunal arbitral no procede impugnación alguna; sin perjuicio del recurso de anulación, si la oposición es desestimada, cuando así corresponda.

1.27.1. Composición del Tribunal

Las partes pueden designar libremente el número de árbitros, de no haber acuerdo, los árbitros serán tres. Así mismo, pueden nombrarse árbitros suplentes, no siendo obstáculo la nacionalidad de los mismos. Si no hay acuerdo en la designación de los árbitros, en el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombra a un árbitro y estos a un tercero quien preside el tribunal.

Si una parte no designa al árbitro dentro 10 días de recibido el requerimiento de la otra parte, o si los dos árbitros no se ponen de acuerdo sobre el nombramiento, la designación es por la institución arbitral que la parte interesada señale. La institución arbitral será la que se encuentre en el lugar donde debe realizarse el arbitraje, de haberlo previsto o cualquiera de las instituciones arbitrales ubicadas en la capital, elección del interesado.

En el caso del arbitraje con árbitro único o cuando las partes acuerden elegirla de mutuo acuerdo, si no llegan a un acuerdo trascurrido 10 días de la primera propuesta, el mismo se hará por la institución arbitral que señale cualquiera de las partes a falta de designación del presidente del tribunal arbitral, asumirá tal condición de árbitro designado, a aquel designado por los miembros del tribunal arbitral.

1.27.2. Designación de árbitros por el Juez

Ocurre cuando las partes no se ponen de acuerdo para designar a los árbitros y tampoco lo designa la institución arbitral. Si las partes no han solicitado previamente el nombramiento se hará a instancias del juez especializado en lo civil al que las partes se hubieran sometido expresamente; a falta de ello el juez especializado en lo civil del distrito judicial de la capital.

Al nombrarse al árbitro debe tenerse en cuenta las condiciones establecidas en el convenio arbitral, tomándose las previsiones para designar a un árbitro independiente e imparcial.

CAPÍTULO 2: METODOLOGÍA

2. Métodos y técnicas

Para este trabajo de investigación aplicaron los métodos inductivo, deductivo, analítico y sintético; y, como técnicas se utilizó la revisión bibliográfica, observación y análisis de las solicitudes llegadas a la Sala de Mediación de la Judicatura Provincial de Loja.

Las fuentes de información fueron la Constitución del Ecuador, Ley de Mediación y Arbitraje, Código Civil y Procedimiento Civil de Ecuador, Normas Jurídicas Legales de los países de Chile y España (derecho comparado). La herramienta básica e imprescindible fue el Internet.

Se dio importancia a los modelos conceptuales y operativos en recopilación de información y análisis como en la obtención de información en la Sala de Mediación de la Judicatura Provincial de Loja, de reciente creación a partir del mes de enero del 2014, que fue el escenario de la presente investigación, los representantes manifestaron que para concederme la información solicitada necesitan de una solicitud firmada por la Directora de la tesis o por alguna autoridad competente de la Institución, me supo decir que la información que posteriormente me dé es muy confidencial y me será proporcionada solamente con fines de investigación. La solicitud fue dirigida a la Dra. Lorena Espinosa, Directora del Consejo de la Judicatura de la Provincia de Loja, y firmada por la Maestra Augusta Lucía Burneo Guerrero, Coordinadora Académica de la Maestría en Derecho Civil y Procesal Civil encargada.

Recibida la información por el actuario de Sala de Mediación se realizó la tabulación de las solicitudes directas llegadas a la entidad y derivadas de los Juzgados de lo Civil a la misma Oficina, demostrando cuantas solicitudes han llegado a acuerdos, imposibilidad de acuerdo e imposibilidad de mediación. En base a estos resultados se contrastó la hipótesis.

Con los resultados obtenidos en el desarrollo de esta investigación se buscará a los abogados en libre ejercicio que incentiven a sus clientes (partes en litigio) busquen la manera más fácil de arreglar su problemas a través de la mediación y arbitraje; porque dilatar los procesos es pérdida de tiempo y dinero, más vale decir “un buen juicio no es quien pelea más sino una buena mediación (conciliación o acuerdo)”

CAPITULO 3: RESULTADOS, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

3. Resultados

Los resultados acerca de que la comunidad lojana hace uso de la mediación para resolver sus conflictos en la Sala de Mediación de reciente creación en el Consejo de la Judicatura de la Provincia de Loja, se ha obtenido la información desde el mes de enero a mayo del año 2014, cinco meses, que se detallan así:

3.1. Número y porcentaje de solicitudes en la Sala de Mediación enero 2014

Cuadro 2. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas que han llegado a la Sala de Mediación en el mes de enero de 2014

Mes	Enero	Porcentaje
Año	2014	
Audiencias convocadas	59	100,00
Derivaciones	56	94,92
Solicitudes directas	3	5,08
Acuerdo	12	20,34
Imposibilidad de acuerdo	4	6,78
Imposibilidad de mediación	43	72,88
Total	59	100,00

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de mediación de la judicatura provincial de Loja.

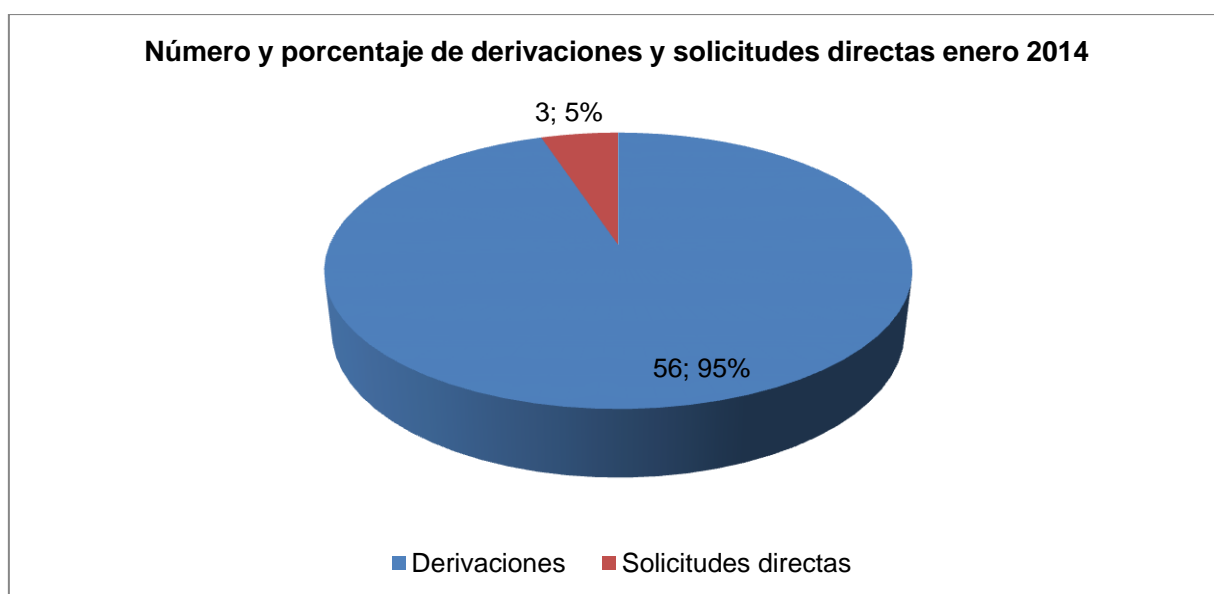


Figura 1. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas enero 2014.

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de mediación de la judicatura provincial de Loja.

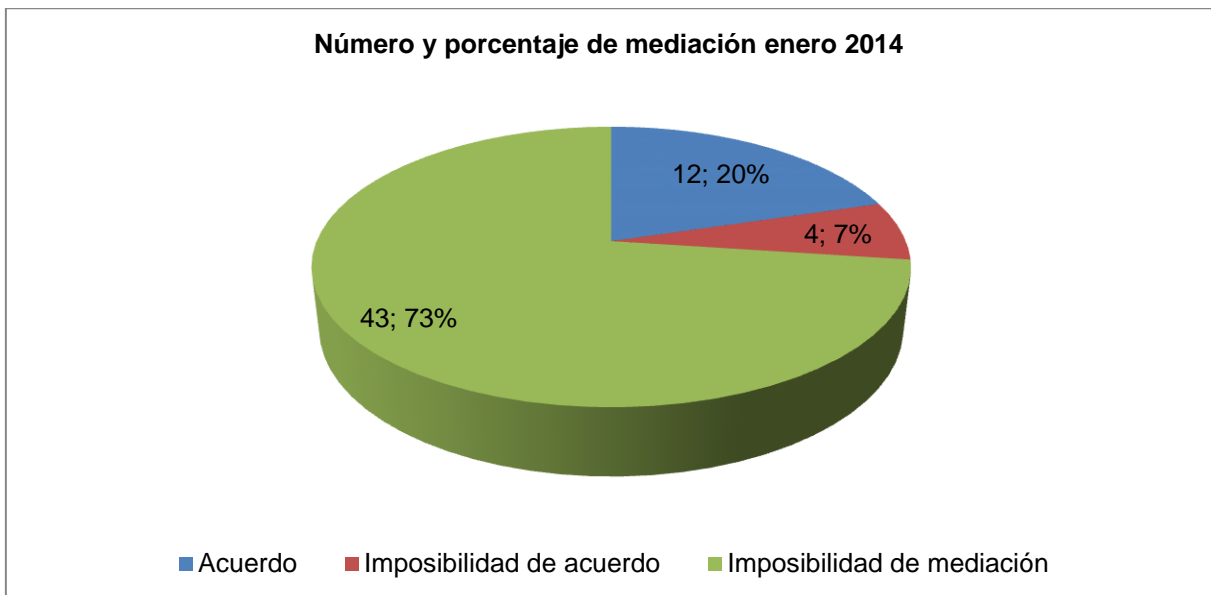


Figura 2. Número y porcentaje de los resultados de mediación enero 2014

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

Analizando el Cuadro 2, ha habido en el mes de enero 59 audiencias convocadas, de las cuales 56 han sido derivadas de los juzgados de lo civil del Distrito Judicial de Loja y tres solicitudes directas, que equivale al 100 %. En las audiencias convocadas 12 han llegado a acuerdo o sea han solucionado los problemas, cuatro ha habido imposibilidad de acuerdo y 43 audiencias de imposibilidad de mediación que equivale al 100%; como se demuestra en las siguientes figuras.

3.2. Número y porcentaje de solicitudes en la Sala de Mediación febrero 2014

Cuadro 3. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas que han llegado a la Sala de Mediación en el mes de febrero de 2014.

Mes	Febrero	Porcentaje
Año	2014	
Audiencias convocadas	58	100,00
Derivaciones	36	62,07
Solicitudes directas	22	37,93
Acuerdo	9	15,52
Imposibilidad de acuerdo	6	10,34
Imposibilidad de mediación	43	74,14
Total	58	100,00

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

Analizando el Cuadro 3, ha habido en el mes de febrero 58 audiencias convocadas, de las cuales 36 han sido derivadas de los juzgados de lo civil del Distrito Judicial de Loja y 22 solicitudes directas, que equivale al 100 %. En las audiencias convocadas nueve han llegado a acuerdo o sea han solucionado los problemas, seis ha habido imposibilidad de

acuerdo y 43 audiencias de imposibilidad de mediación que equivale al 100%; como se demuestra en las siguientes figuras.

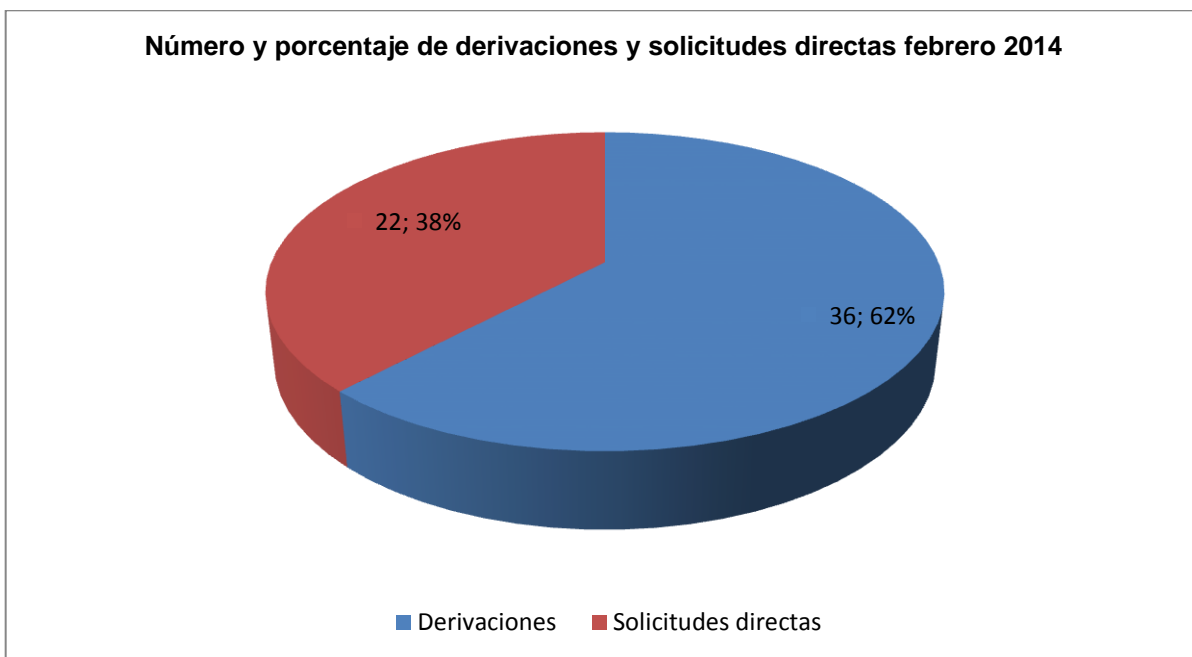


Figura 3. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas febrero 2014
Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

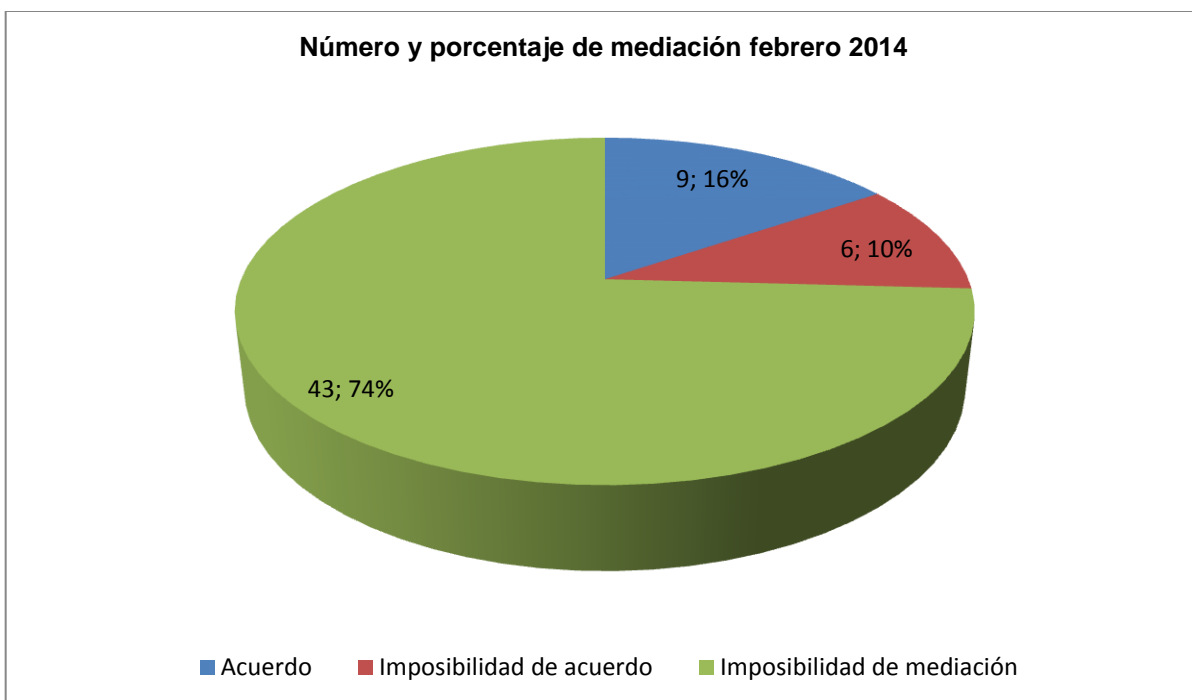


Figura 4. Número y porcentaje de los resultados de mediación febrero 2014
Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

3.3. Número y porcentaje de solicitudes en la Sala de Mediación marzo 2014

Cuadro 4. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas que han llegado a la Sala de Mediación en el mes de marzo de 2014.

Mes	Marzo	Porcentaje
Año	2014	
Audiencias convocadas	33	100,00
Derivaciones	9	27,27 
Solicitudes directas	24	72,73 
Acuerdo	11	33,33
Imposibilidad de acuerdo	3	9,09
Imposibilidad de mediación	19	57,58
Total	33	100,00

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de mediación de la judicatura provincial de Loja.

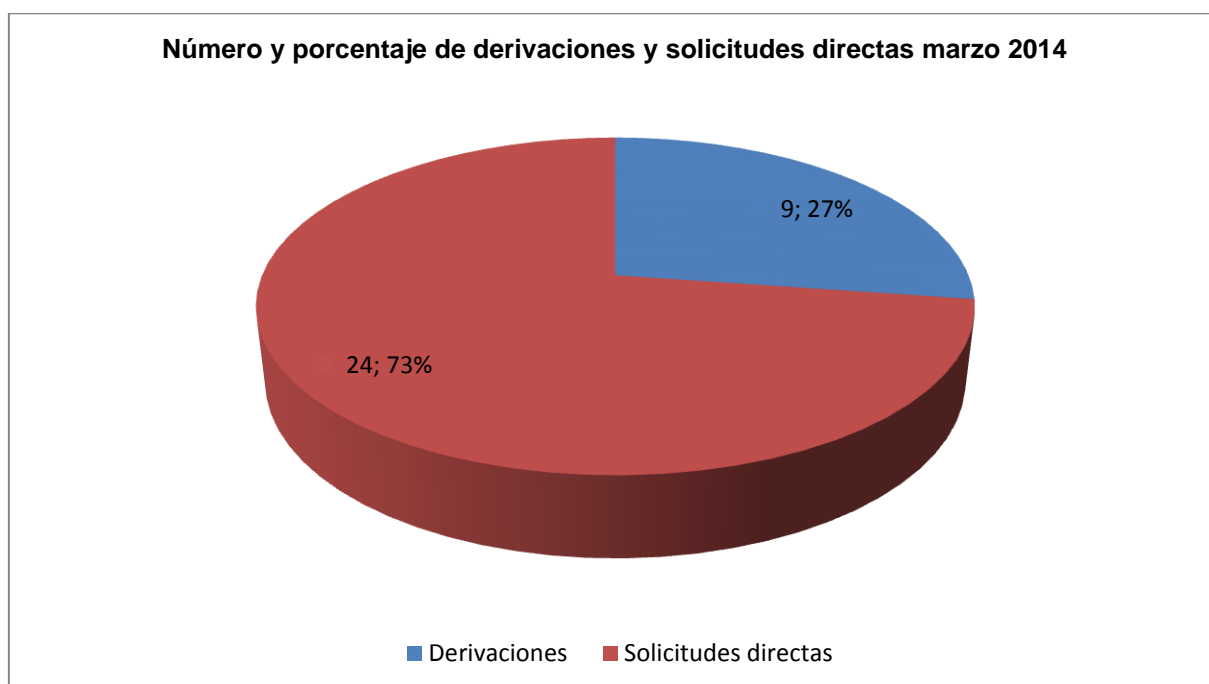


Figura 5. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas marzo 2014

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de mediación de la judicatura provincial de Loja.

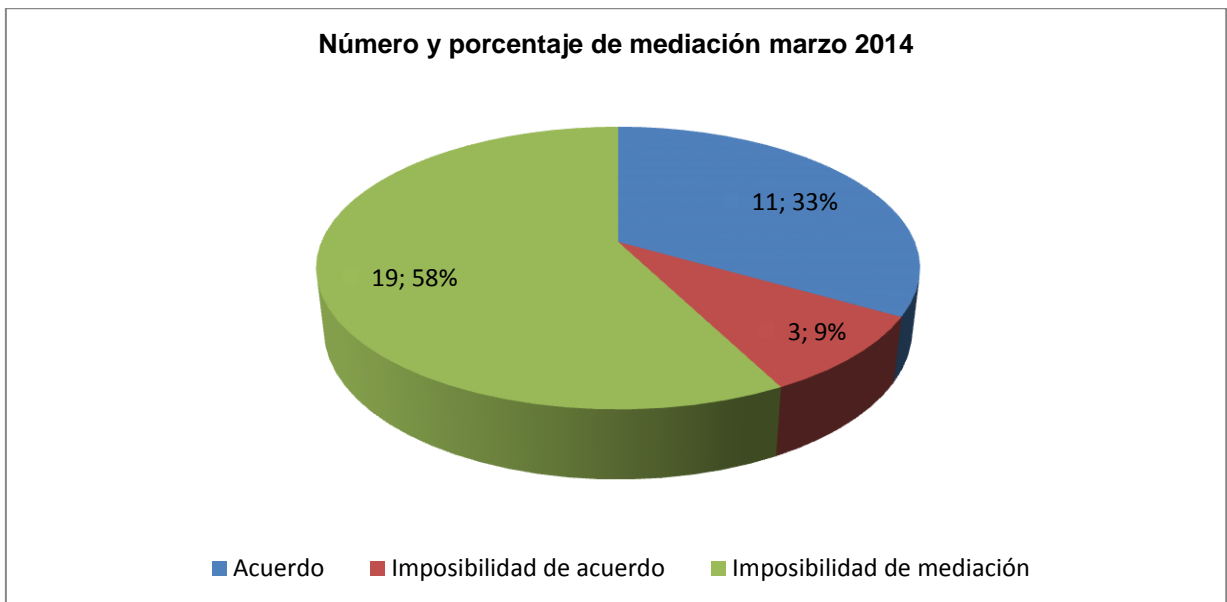


Figura 6. Número y porcentaje de los resultados de mediación marzo 2014

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

Analizando el Cuadro 4, ha habido en el mes de marzo 33 audiencias convocadas, de las cuales nueve han sido derivadas de los juzgados de lo civil del Distrito Judicial de Loja y 24 solicitudes directas, que equivale al 100%. En las audiencias convocadas 11 han llegado a acuerdo o sea han solucionado los problemas, tres ha habido imposibilidad de acuerdo y 19 audiencias de imposibilidad de mediación que equivale al 100%; como se demuestra en las siguientes figuras.

3.4. Número y porcentaje de solicitudes en la Sala de Mediación abril 2014

Cuadro 5. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas que han llegado a la Sala de Mediación en el mes de abril de 2014.

Mes	Abril	Porcentaje
Año	2014	
Audiencias convocadas	24	100,00
Derivaciones	4	16,67
Solicitudes directas	20	83,33
Acuerdo	11	45,83
Imposibilidad de acuerdo	0	0,00
Imposibilidad de mediación	13	54,17
Total	24	100,00

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

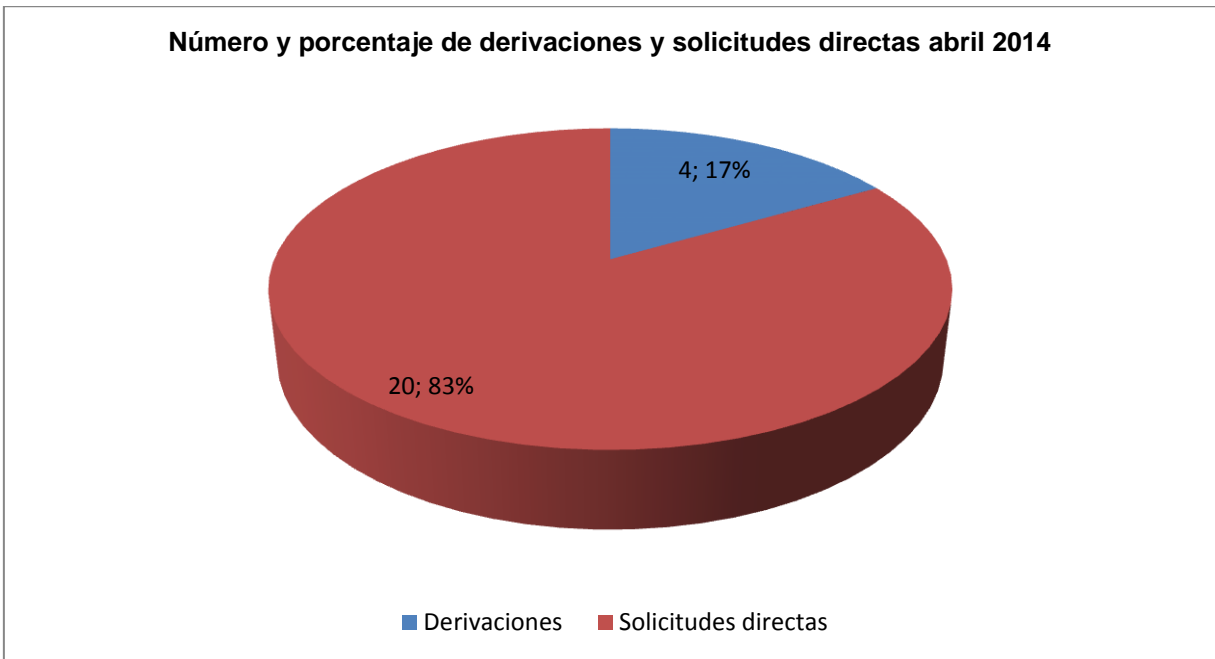


Figura 7. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas abril 2014
Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

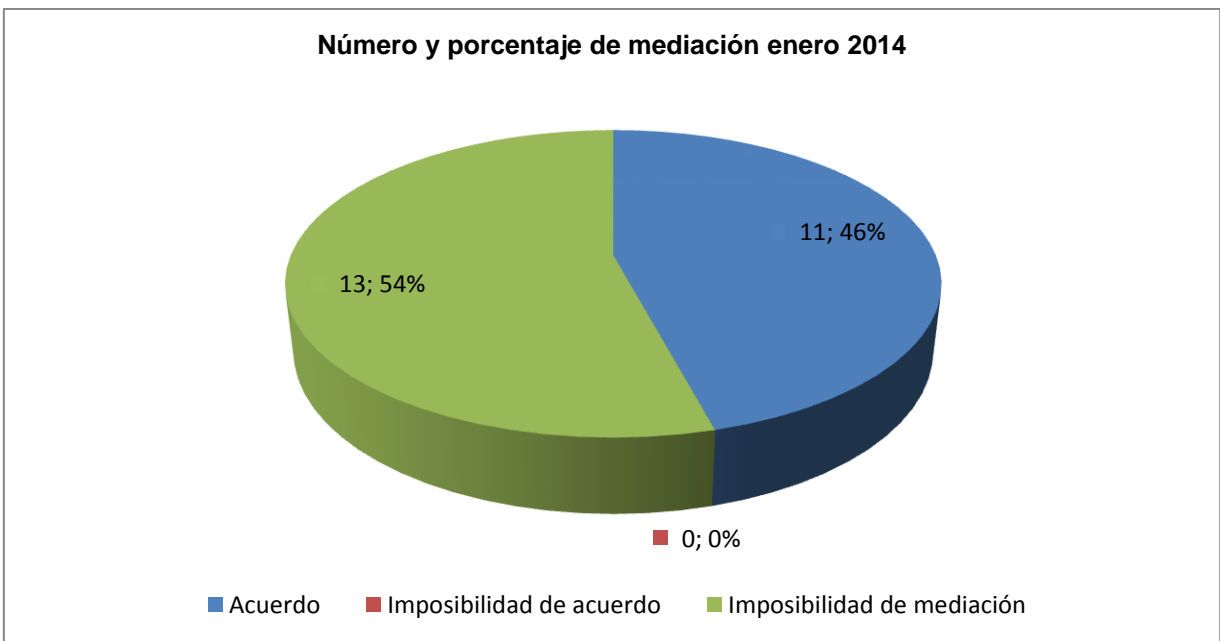


Figura 8. Número y porcentaje de los resultados de mediación marzo 2014
Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

Analizando el Cuadro 5, ha habido en el mes de abril 24 audiencias convocadas, de las cuales cuatro han sido derivadas de los juzgados de lo civil del Distrito Judicial de Loja y 20 solicitudes directas, que equivale al 100%. En las audiencias convocadas 11 han llegado a acuerdo o sea han solucionado los problemas, cero ha habido imposibilidad de acuerdo y 13 audiencias de imposibilidad de mediación que equivale al 100%; como se demuestra en las siguientes figuras.

3.5. Número y porcentaje de solicitudes en la Sala de Mediación mayo 2014

Cuadro 6. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas que han llegado a la Sala de Mediación en el mes de mayo de 2014.

Mes	Mayo	Porcentaje
Año	2014	
Audiencias convocadas	33	100,00
Derivaciones	7	21,21
Solicitudes directas	26	78,79
Acuerdo	15	45,45
Imposibilidad de acuerdo	4	12,12
Imposibilidad de mediación	14	42,42
Total	33	100,00

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

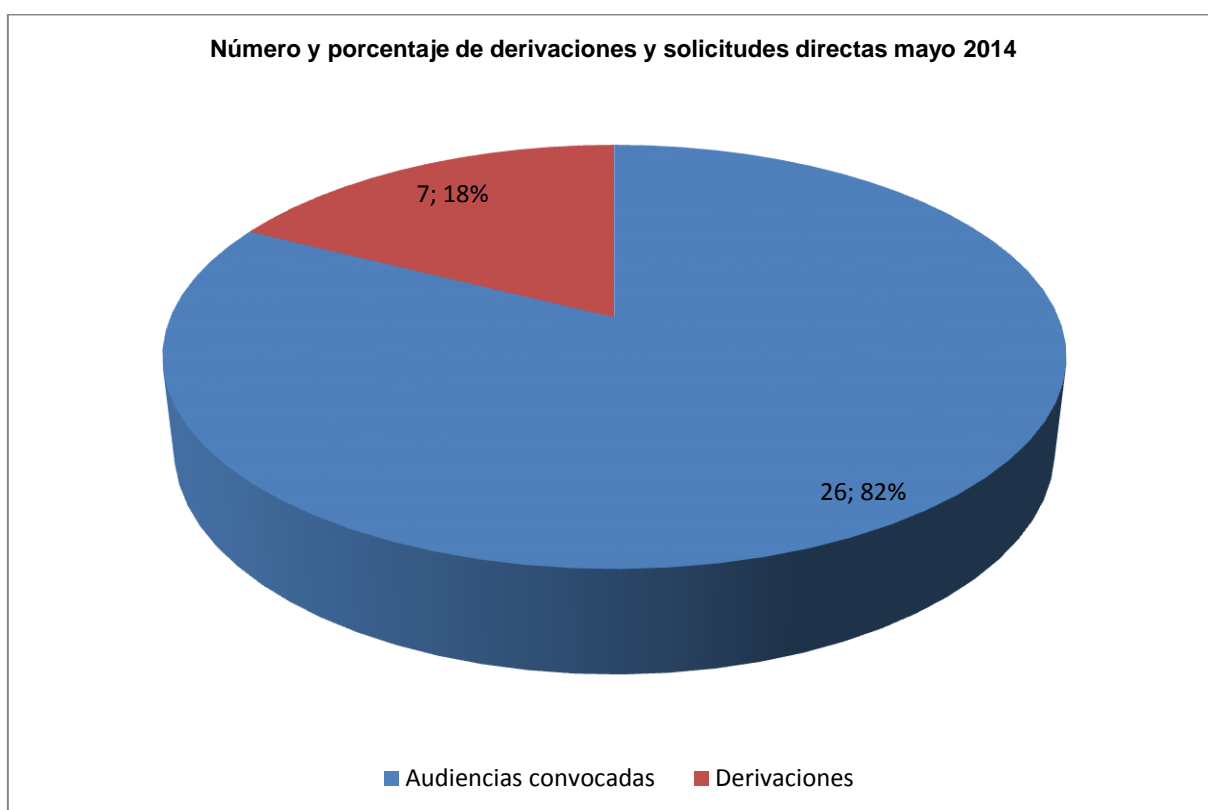


Figura 9. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas abril 2014

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

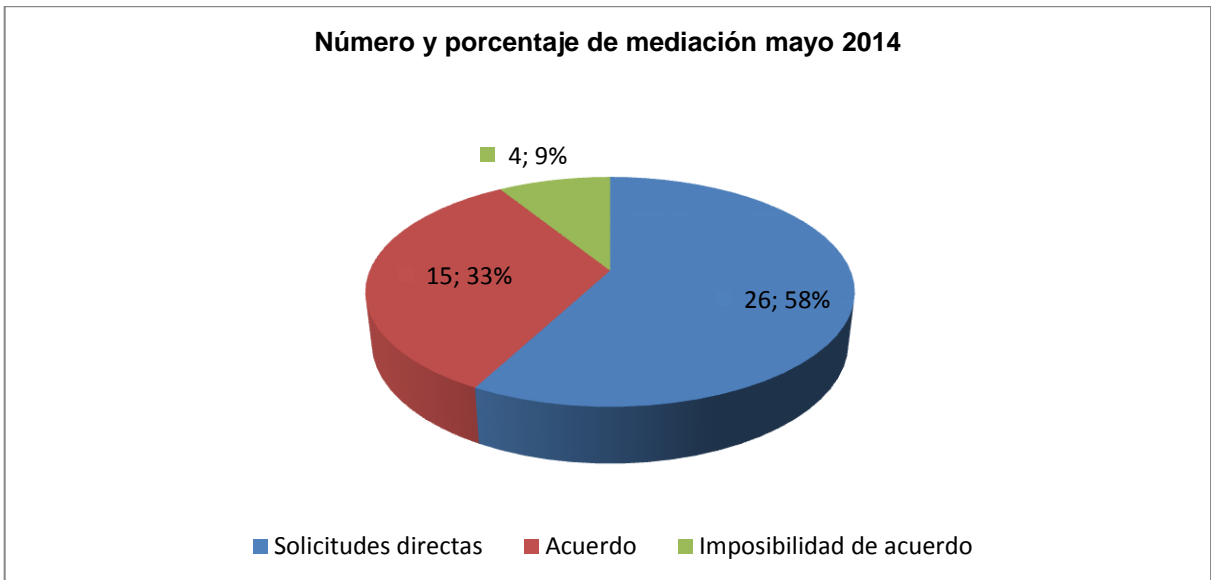


Figura 10. Número y porcentaje de los resultados de mediación mayo 2014

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

Analizando el Cuadro 6, ha habido en el mes de mayo 33 audiencias convocadas, de las cuales siete han sido derivadas de los juzgados de lo civil del Distrito Judicial de Loja y 26 solicitudes directas, que equivale al 100%. En las audiencias convocadas 15 han llegado a acuerdo o sea han solucionado los problemas, cuatro ha habido imposibilidad de acuerdo y 14 audiencias de imposibilidad de mediación que equivale al 100%; como se demuestra en las siguientes figuras.

3.6. Resumen de solicitudes en la Sala de Mediación de enero a mayo 2014

Cuadro 7. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas que han llegado a la Sala de Mediación en los meses de enero a mayo de 2014.

Meses enero a mayo		Porcentaje
Año	2014	
Audiencias convocadas	207	100,00
Derivaciones	112	54,11
Solicitudes directas	95	45,89
Acuerdo	58	28,02
Imposibilidad de acuerdo	17	8,21
Imposibilidad de mediación	132	63,77
Total	207	100,00

Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

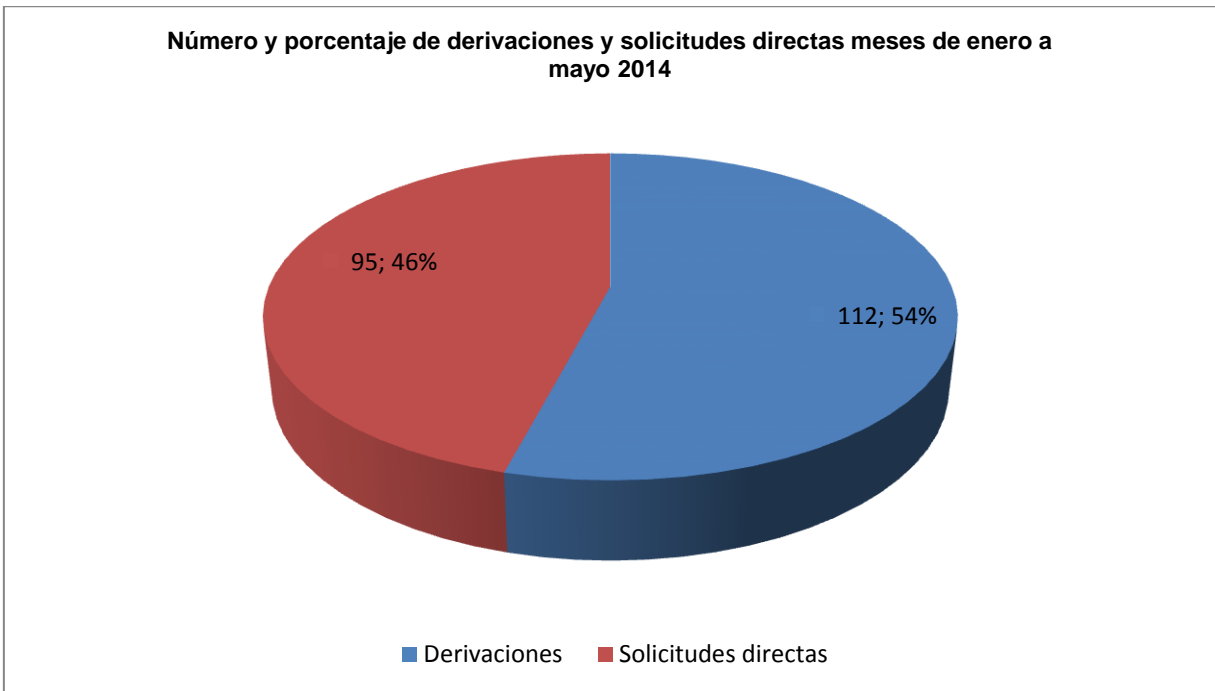


Figura 11. Número y porcentaje de derivaciones y solicitudes directas meses de enero a mayo 2014
Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

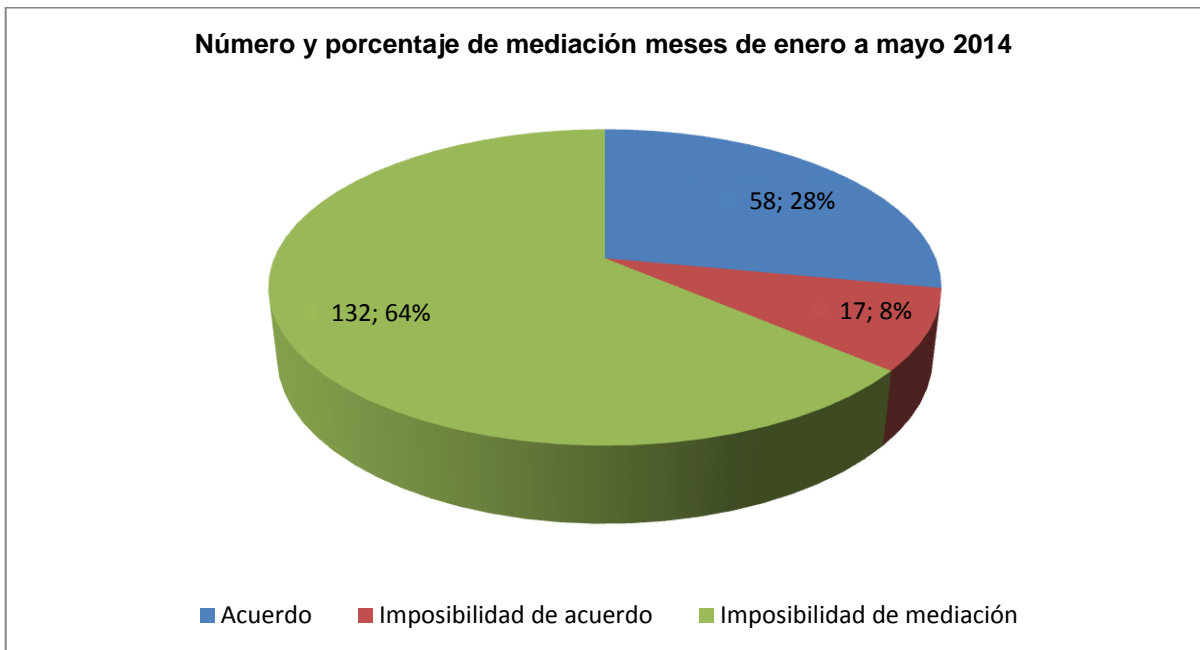


Figura 12. Número y porcentaje de los resultados de mediación meses de enero a mayo 2014
Fuente: Datos obtenidos de la base de datos de la sala de medición de la judicatura provincial de Loja.

Analizando el Cuadro 7, en los meses de enero a mayo ha habido 207 audiencias convocadas, de las cuales 112 han sido derivadas de los juzgados de lo civil del Distrito Judicial de Loja y 95 solicitudes directas, que equivale al 100%. En las audiencias convocadas 58 han llegado a acuerdo o sea han solucionado los problemas, 17 ha habido imposibilidad de acuerdo y 132 audiencias de imposibilidad de mediación que equivale al 100%; como se demuestra en las siguientes figuras.

Realizando una síntesis de los resultados, la comunidad lojana está haciendo uso de la Sala de Mediación; durante los cinco primeros meses del año 2014, ha habido un promedio de 41 audiencias convocadas; los usuarios al dar utilidad a la mediación se ahorraran tiempo que es lo más importante y dinero, en la solución de sus conflictos o problemas; como se observa en el Cuadro 7 y Figura 12, en 58 audiencias se han solucionado los problemas que da un 28%, que es bueno, irá incrementando en número y porcentaje los acuerdos en las audiencias convocadas en la Sala de reciente creación.

3.7. Contratación de hipótesis

La hipótesis propuesta en el Proyecto fue: *“La mediación y arbitraje es un proceso abreviado de solución de conflictos civiles entre las partes”*. En base al estudio del Marco teórico, los resultados obtenidos en la Sala de Mediación del Consejo Provincial de la Judicatura de Loja, se contrasta positivamente de que la mediación y arbitraje es un proceso rápido de solución de conflictos entre las partes; haciendo énfasis a lo que garantiza la Constitución del Ecuador, 2008 en sus Arts. 189, inc. 2do y 190.

CONCLUSIONES

Una vez que se desarrollado el Marco teórico del Proyecto, se han presentado los resultados, haciendo los análisis respectivos se llega a las siguientes conclusiones:

- La mediación es el medio alternativo para la solución de conflictos, está garantizada por la Constitución; en la provincia de Loja la Sala de Mediación viene resolviendo conflictos desde enero del 2014.
- Los MASC (Medios Alternativos de Solución de Conflictos) son necesarios y primordiales, se considera de obligatoriedad antes de iniciar un proceso civil, ya que hay una pérdida de tiempo, gastos y otros.
- La conciliación extrajudicial debe darse absolutamente obligatoria antes de iniciar un proceso vía judicial, por lo que en la realidad es más rápido y económico para la sociedad.
- El arbitraje es propio de los países de Chile, España y otros, medio alternativo de solución de conflictos y deben tener accesibilidad todas aquellas personas que quieran someterse a estos MASC, sus costos deben ser reducidos.
- El arbitraje que se tipifica en los países de Chile y España, por la falta de publicidad de conocer sus ventajas, finalidades, celeridad, economía sea obligatorio para las partes ya que éstas son las protagonistas de la incertidumbre o intereses de conflictos, dando una solución más rápida y con trascendencia jurídica, si en los casos que una parte no cumpla se ejecutará en vía judicial.
- Un proceso judicial es largo y costoso, y que a veces las resoluciones no están conforme con las partes.
- El acuerdo que lleguen las partes en la mediación o arbitraje se tipifica como cosa juzgada.
- La doctrina jurisprudencial en España confirma que existe una clara vocación de los tribunales españoles para apoyar el procedimiento arbitral. Por lo que los jueces españoles han optado por la línea de modernidad, siguiendo la doctrina del arbitraje internacional y no los parámetros de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Propendiendo a los juzgados y tribunales españoles que permitan enmarcar a España en el contexto de países que apoyan decididamente al arbitraje a través del nuevo Anteproyecto de Ley

que reforma a la Ley de Arbitraje, con el fin de otorgar el máximo apoyo a los procedimientos arbitrales que se desarrollan tanto dentro como fuera de España

RECOMENDACIONES

En base al marco teórico, resultados, análisis y conclusiones se proponen las siguientes recomendaciones:

- Antes del inicio de un conflicto, las partes deben estar informadas sobre los MASC, en los Centros de Mediación y Arbitraje, para entender mejor y una pronta solución y satisfacción de las partes.
- Debe haber la debida publicidad para que la comunidad ecuatoriana haga uso de estas Salas de Mediación y las partes ahorren tiempo y dinero.
- Poner en práctica lo que en derecho se dice “más vale una buena mediación que una sentencia sin fundamentos”.
- Difundir en la sociedad ecuatoriana que antes, en él y después del proceso de Mediación haya absoluta confidencialidad, con reserva de todo lo actuado y convenido.
- Los MASC constituyen la solución más rápida y dinámica que un proceso vía judicial ya que los costos no son proporcionales con las partes en conflicto.
- En los MASC las partes llegan a un acuerdo y que este acuerdo tiene la calidad de una sentencia judicial.

BIBLIOGRAFÍA

- Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. (2014). *Arbitraje Nacional*. Recuperado el 21 de 09 de 2014, de http://www.camsantiago.cl/arbitraje_nacional.html
- Acland, A. F. (1993). *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona: Paidós.
- Alarcon Flores, L. A. (1994). *Los medio alternativos de solución de conflictos*. Buenos Aires: MASC.
- Albardonedo, F. S. (1996). Usos y abusos de la mediación laboral. *Editorial*, 7.
- Alfaro, E. (s/f). La mediación en Chila. *Sociedad Chilena de Proyectos*, 31.
- Alvarez, A. (12 de diciembre de 2000). *Lateoría y la mediación*. Recuperado el 2014 de 10 de agosto , de <http://www.contemporary-painting.com/eheral.html>
- Arriaga, E. (s/f). *Eurojuris España*. Recuperado el 20 de julio de 2014, de <http://www.asociacion-eurojuris.es/publicaciones/negociacion-transaccion-arbitraje-y-mediacion-cuatro-formulas-para-la-resolucion-de-conflictos/>
- Azparren, A. (2014). *La mediación es más rápido que el arbitraje y tiene un coste económico más razonable para el perjudicado*. Recuperado el 16 de 09 de 2014, de <http://www.mediacionarbitraje.eu/?p=6601>
- Blogspot. (17 de septiembre de 2012). *Derecho: Concepciones Generales*. Recuperado el 12 de diciembre de 2014, de Medios Alternativos De Resolución de Conflictos: <http://derechogeneralidades.blogspot.com/2012/09/medios-alternativos-de-resolucion-de.html>
- Bustelo, D. (s/f). *Libertad, igualdad y mediación*. Recuperado el 20 de junio de 2014, de <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/ConferenciasforomundialMediacion%20%281%29.pdf>
- Caivano, R. (1996). *Medios alternativos de resolución de conflictos*. Buenos Aires: Editor E. Moame Drago.
- Calvo, M., & Piconto, T. (1997). *III. Teoría y práctica de la*. Recuperado el 20 de julio de 2014, de <http://www.unizar.es/deproyecto/programas/negmedn/negmed3.pdf>

- Cámara de diputados de México. (2013). *Formas de solución a los conflictos*. México: Scribd.
- Carrasco, M. B. (2009). *Concepto de mediación*. Recuperado el 21 de septiembre de 2014, de http://eprints.ucm.es/10039/1/TEORIA_GENERAL_DE_MEDIACION.pdf
- Conforti, F. (2009). *La mediación en España*. Recuperado el 17 de 09 de 2014, de http://www.mediate.com/articles/la_mediacion_en_espana_2009.cfm
- Consejo General del Poder Judicial. (1986). Guía para la práctica de mediación intrajudicial. *Separata*, 207.
- Cuenca, N. (2009). VII Conferencia Internacional: foro mundial de mediación. *Mediación justicia y gobernabilidad* (pág. 430). Isla Margarita: CRC.
- Dupuis, J. (1997). *Mediación y conciliación*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- García, J. (s/f). *Derecho y Sociedad: Asociación civil*. Recuperado el 18 de julio de 2014, de Los medios alternativos de solución de conflictos: <http://blog.pucp.edu.pe/item/28502/los-medios-alternativos-de-solucion-de-conflictos>
- Mendez, U. (2004). *La intervención Judicial en el arbitraje: análisis de jurisprudencia española reciente*. Recuperado el 20 de Julio de 2014, de <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/103ala.pdf>
- Ministerio de Justicia Gobierno de Chile. (2014). *Sistema Nacional de mediación, nueva justicia de familia*. Recuperado el 23 de 09 de 2014, de <http://www.mediacionchile.cl/portal/flujiograma-de-atencion-en-mediacion-familiar>
- Moore, C. (1995). *El proceso de mediación*. Buenos Aires: Granica.
- Ortiz, A. (2014). *Mediación intrajudicial vs. Mediación extrajudicial*. Recuperado el 21 de 09 de 2014, de <http://www.mediacionarbitraje.eu/?=6597>
- Procuraduría General de la Nación. (2009). Defensa Jurídica del Estado. *Conciliación* (pág. 40). Bogotá: Jimdo.
- Rodríguez Ramos, L. (2011). *Mediación y arbitraje*. Recuperado el 2 de 09 de 2014, de <http://www.mediacionarbitraje.eu/?p=3334>

Rogel Vide, C. (2009). *Mediación y transacción en derecho civil*. Recuperado el 12 de agosto de 2014, de <http://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-41342/mediacionderechocivilpdf.pdf>

Rúa, D. d. (2010). *Mediación Comunitaria: Desafíos y alternativas para la resolución de conflictos en el sociedad*. Buenos Aires: Perrot.

Universidad Complutense de Madrid. (25 de agosto de 2014). *La mediación*. Recuperado el 12 de 10 de 2014, de www.mediacion-ucm.es; l.g.villaluenga@trs.ucm.es

ANEXOS

ANEXO 1. Ley de arbitraje y mediación (2008) Legislación Codificada Corporación de Estudios y Publicaciones Quito, Ecuador Págs. 30.

Ley de arbitraje y mediación

Título I

DEL ARBITRAJE

Art. 1.- Validez del sistema arbitral.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias.

Art. 2.- Arbitraje administrado o independiente.- El Arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.

Art. 3.- Arbitraje de equidad o derecho.- Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso, los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados.

Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados.

Art. 4.- Capacidad para acudir al arbitraje.- Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;

La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;

En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,

El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

Art. 5.- Definición de convenio arbitral.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él.

Art. 6.- Otras formas de someterse al arbitraje.- Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también 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.

Art. 7.- Efecto del convenio arbitral.- El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria.

Art. 8.- Renuncia al convenio arbitral.- Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral. El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el Juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales.

Art. 9.- Medidas cautelares.- Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. Los árbitros pueden exigir una garantía a quien solicite la medida, con el propósito de cubrir el pago del costo de tal medida y de la indemnización por daños y perjuicios a la parte contraria, si la pretensión fuera declarada infundada en el laudo.

La parte contra quien se dicte la medida cautelar podrá pedir la suspensión de ésta, si rinde caución suficiente ante el tribunal.

Para la ejecución de las medidas cautelares, los árbitros siempre que las partes así lo estipularen en el convenio arbitral, solicitarán el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos que sean necesarios sin tener que recurrir a Juez ordinario alguno del lugar donde se encuentren los bienes o donde sea necesario adoptar las medidas.

Si nada se estableciere en el convenio arbitral acerca de la ejecución de las medidas cautelares, cualquiera de las partes podrá solicitar a los jueces ordinarios que ordenen la ejecución de estas medidas, sujetándose a lo establecido en el párrafo dos (2) y tres (3) de este artículo, sin que esto signifique renuncia al convenio arbitral.

Art. 10.- Demanda arbitral.- La demanda se presentará ante el director del centro de arbitraje correspondiente o ante el árbitro o árbitros independientes que se hubieren establecido en el convenio. La demanda contendrá:

1. La designación del centro o del árbitro ante quien se la propone;
2. La identificación del actor y la del demandado;

3. Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
4. La cosa, cantidad o hecho que se exige;
5. La determinación de la cuantía;
6. La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
7. Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso.

Se deberán, además, cumplir los requisitos señalados en el artículo 72 del Código de Procedimiento Civil. A la demanda se acompañará necesariamente el instrumento en que conste el respectivo convenio arbitral o copia auténtica de éste.

Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en la demanda.

Art. 11.- Citación y contestación de la demanda arbitral.- Presentada la demanda, el director del centro de arbitraje, o si fuere el caso, el árbitro o árbitros independientes previa su posesión conforme lo establecido en el artículo 17, calificarán la demanda y mandarán a citar a la otra parte, debiendo practicarse la diligencia de citación dentro de los cinco días subsiguientes, concediéndole el término de diez días para que conteste con los mismos requisitos exigidos por el Código de Procedimiento Civil para la contestación de la demanda. Adicionalmente, se adjuntarán las pruebas y se solicitará la práctica de las diligencias probatorias, que justifiquen lo aducido en la contestación.

El silencio se considerará como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. Si al actor le fuere imposible determinar el domicilio del demandado, la citación se hará mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar en donde se sigue el arbitraje y en el domicilio del demandado. Si el demandado no compareciere en el término de diez (10) días después de la última publicación, este hecho se tendrá como negativa pura y simple de los fundamentos de la demanda. La imposibilidad de determinación del domicilio del demandado deberá justificarse con arreglo a las normas del Código de Procedimiento Civil.

Art. 12.- Demandado con domicilio fuera del lugar de arbitraje.- Si el demandado tuviere su domicilio fuera del lugar de arbitraje, se le concederá un término extraordinario para que conteste la demanda, el que no podrá exceder del doble del ordinario.

Al contestar la demanda, el demandado podrá reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje siempre y cuando su pretensión pueda, conforme al convenio arbitral, someterse al arbitraje.

En este caso se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvencción.

A la reconvencción y su contestación se deberá adjuntar las pruebas y solicitar las diligencias probatorias que justifiquen lo aducido en éstas.

Art. 13.- Modificación de la demanda o contestación.- Las partes podrán modificar la demanda, la contestación a ésta, la reconvencción a la demanda, o la contestación a ésta, por una sola vez, en el término de cinco días luego de presentada cualquiera de éstas. Las partes tendrán el término de tres días para contestar cualquiera de las modificaciones, en cuyo caso no correrán los términos que estuvieren transcurriendo.

Art. 14.- No comparecencia del demandado.- Si el demandado, una vez citado con la demanda no compareciere al proceso, su no comparecencia no impedirá que el arbitraje continúe su curso.

Art. 15.- Audiencia de mediación.- Una vez contestada o no la demanda o la reconvencción, el director del centro de arbitraje o el árbitro o árbitros independientes notificarán a las partes, señalando día y hora para que tenga lugar la audiencia de mediación a fin de procurar un avenimiento de las partes. En la audiencia podrán intervenir las partes, sus apoderados o representantes y podrán concurrir con sus abogados defensores. Esta audiencia se efectuará con la intervención de un mediador designado por el director del centro de arbitraje o el tribunal independiente, quien escuchará las exposiciones de los interesados, conocerá los documentos que exhibieren y tratará que lleguen a un acuerdo que ponga término a la controversia, lo cual constará en un acta que contendrá exclusivamente lo convenido por las partes y no los incidentes, deliberaciones o propuestas realizadas en la audiencia. El acta en la que conste la mediación total o parcial de la controversia tiene efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez ordinario acepte excepción alguna ni sea necesario iniciar un nuevo juicio.

Si concurriere una sola de las partes será escuchada y se anotará la ausencia de la otra, a la que se declarará en rebeldía, lo que será tomado en cuenta para la condena en costas.

Art. 16.- Designación de árbitros.- De no existir acuerdo total en la audiencia de mediación, el director del centro de arbitraje enviará a las partes la lista de árbitros, para que

de común acuerdo designen en el término de tres días los árbitros principales y el alerno que deban integrar el tribunal.

Los acuerdos parciales a que arriben las partes en la audiencia de mediación serán aprobados conforme a lo previsto en el artículo anterior.

Las partes, de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro.

Las partes podrán acordar expresamente y por escrito que sea un solo árbitro el que conozca de la controversia. Este árbitro tendrá su alerno.

Si las partes no efectuaren la designación de alguno o varios árbitros o no se pusieren de acuerdo en ella, la designación se hará por sorteo, para lo cual el director del centro de arbitraje notificará a las partes a fin de que, en la fecha y hora que se señale y ante el presidente del centro de arbitraje, se efectúe el sorteo, de cuya diligencia se sentará el acta respectiva, quedando en esta forma legalmente integrado el tribunal de arbitraje.

En tratándose de arbitraje independiente, las partes designarán en el convenio arbitral al árbitro o árbitros principales y al alerno que deban integrar el tribunal.

Si las partes no se pusieren de acuerdo para nombrar todos los árbitros, los designados, una vez posesionados, nombrarán a los que faltaren.

En el evento de que el árbitro o árbitros independientes no aceptaren o no se posesionaren de su cargo y los árbitros posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los árbitros que faltaren, cualquiera de las partes podrá pedir la designación de éstos al director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor. Dicha designación se la hará conforme a lo establecido en el presente artículo.

Art. 17.- Constitución del tribunal.- El tribunal se constituirá con tres árbitros principales y un alerno, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo de un principal. Los árbitros designados, dentro de tres días de haber sido notificados, deberán aceptar o no el cargo. Si guardan silencio se entenderá que no aceptan. Una vez aceptada la designación, los árbitros serán convocados por el director del centro para tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro de arbitraje y procederán a la designación del presidente y del secretario del Tribunal de lo cual se sentará la respectiva acta.

El presidente designado dirigirá la sustanciación del arbitraje y actuará como secretario del tribunal la persona designada por el tribunal de entre los constantes en la lista de secretarios del centro de arbitraje.

Para el caso de árbitros independientes el tribunal se posesionará ante un notario y actuará como secretario la persona designada por los propios árbitros.

Art. 18.- Obligación de cumplir el encargo de árbitro.- Aceptado por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado.

Si un árbitro dejase de constar en la lista mencionada en el artículo 41 continuará actuando como tal hasta la resolución de la controversia conocida por el Tribunal que integra.

Art. 19.- Inhabilidades para ser árbitro.- No podrán actuar como árbitros las personas que carezcan de capacidad para comparecer por sí mismas en juicio.

Son causas de excusa de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

El árbitro que conociera que está incurso en inhabilidad para ejercer su cargo notificará inmediatamente al director del centro de arbitraje o a las partes que lo designaron para que procedan a reemplazarlo.

Art. 20.- Reemplazo de árbitros.- En caso de que los árbitros designados estuvieran comprendidos en una de las inhabilidades previstas en el artículo anterior, se hará una nueva designación siguiendo el procedimiento previsto por el artículo 16, excluyendo a los árbitros inhabilitados.

Si por muerte, excusa justificada o cualquier otra causa llega a faltar definitivamente alguno de los árbitros, lo reemplazará el alterno quien se principalizará. Se designará entonces otro alterno, en la misma forma establecida en el artículo 16.

Art. 21.- Recusación de árbitros.- Son causas de recusación de los árbitros las previstas en el Código de Procedimiento Civil para los jueces.

Si actuare en el tribunal quien estuviere impedido de hacerlo, podrá ser recusado por la parte interesada.

La recusación deberá ser resuelta:

a) En el caso de un tribunal colegiado, por aquellos no comprendidos en la demanda de recusación.

Si éstos no se pusieren de acuerdo, la recusación deberá ser resuelta por el director del centro;

b) En el caso de que la recusación recayere sobre todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro;

c) En el caso de tribunal unipersonal la recusación deberá ser resuelta por el director del centro. Para su reemplazo se procederá en la misma forma establecida en el artículo 16;

d) Para el caso de arbitraje independiente la recusación deberá ser resuelta por los miembros del tribunal que no han sido recusados; y,

e) Si fuere tribunal unipersonal o si la recusación recayere en todos los árbitros, ésta deberá ser resuelta por el director del centro de arbitraje más cercano al domicilio del actor.

Los árbitros nombrados por acuerdo de las partes sólo podrán ser recusados por causales desconocidas al tiempo del nombramiento o sobrevinientes a la designación.

Art. 22.- Audiencia de sustanciación.- Una vez constituido el Tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que se posesionará el Secretario designado, se leerá el documento que contenga el convenio arbitral y el Tribunal resolverá sobre su propia competencia.

Si el Tribunal se declara competente ordenará que se practiquen en el término que el Tribunal señale las diligencias probatorias solicitadas en la demanda, contestación, reconvencción, modificación y contestación a ésta, siempre que fueren pertinentes, actuaciones que deberán cumplirse durante el término señalado por el Tribunal Arbitral.

Si las partes se encontraren presentes en la audiencia podrán precisar las pretensiones y los hechos en las que ésta se fundamenta.

Art. 23.- Diligencia para mejor proveer.- Si antes de la expedición del laudo, el Tribunal o las partes estiman que se necesitan otras pruebas o cualquier otra diligencia para el esclarecimiento de los hechos, de oficio o a petición de parte podrá ordenar que se practiquen señalando día y hora.

Art. 24.- Audiencia de estrados.- Una vez practicadas las diligencias probatorias el Tribunal señalará día y hora para que las partes presenten sus alegatos en audiencia de estrados si es que lo solicitan.

Art. 25.- Duración del arbitraje.- Una vez practicada la audiencia de sustanciación y declarada la competencia del tribunal, éste tendrá el término máximo de ciento cincuenta días para expedir el laudo.

El término podrá prorrogarse, en casos estrictamente necesarios, hasta por un período igual, ya por acuerdo expreso de las partes, ya porque el tribunal lo declare de oficio.

Art. 26.- Forma de adoptarse el laudo o decisiones.- El laudo y demás decisiones del tribunal se expedirán por mayoría de votos. Las resoluciones deberán firmarlas todos los árbitros; el que no estuviere conforme con la opinión de los demás anotará su inconformidad a continuación de la resolución anterior y consignará su voto salvado, haciendo constar sus fundamentos.

Art. 27.- Firma de los árbitros.- Si uno de los miembros del tribunal se rehusare o estuviere inhabilitado para firmar el laudo o cualquier otra providencia o resolución, el secretario anotará este particular y firmarán los demás, sin que esta circunstancia anule o vicie la resolución.

Art. 28.- Transacción.- En el caso de que el arbitraje termine por transacción, ésta tendrá la misma naturaleza y efectos de un laudo arbitral debiendo constar por escrito y conforme al artículo 26 de esta Ley.

Art. 29.- Conocimiento del laudo.- Las partes conocerán del laudo en audiencia, para el efecto el tribunal señalará día y hora en la cual se dará lectura del laudo y entregará copia a cada una de las partes.

Art. 30.- Inapelabilidad de los laudos.- Los laudos arbitrales dictados por los tribunales de arbitraje son inapelables, pero podrán aclararse o ampliarse a petición de parte, antes de que el laudo se ejecutorie, en el término de tres días después de que ha sido notificado a las partes. Dentro de este mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de naturaleza similar. Las peticiones presentadas conforme a lo establecido en este artículo serán resueltas en el término de diez días contados a partir de su presentación.

Los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la presente Ley.

Art. 31.- Nulidad de los laudos.- Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; o,
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,
- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o,
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado.

Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y éste, a su vez, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del mismo, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje para que conozca el recurso, dentro del término de tres días después de interpuesto.

El Presidente de la Corte Superior, de ser el caso, dispondrá el sorteo para que sea conocida la causa por una de las salas de la respectiva Corte Superior.

Quien interponga el recurso de nulidad, podrá solicitar a los árbitros que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.

Los árbitros, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.

El recurso de nulidad podrá interponerse dentro del término de diez días contados desde la fecha de la notificación del laudo.

Art. 32.- Ejecución del laudo.- Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato.

Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la razón de estar ejecutoriada.

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

Art. 33.- Rechazo de incidentes.- No podrán aceptarse en el curso del proceso incidentes que promuevan las partes, para retrasar el trámite o entorpecer cualquier diligencia. Las peticiones que en tal sentido se presentaren serán rechazadas con multa de diez a cien salarios mínimos vitales generales, que será fijada por el árbitro o árbitros.

Art. 34.- Confidencialidad del proceso arbitral.- Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al Juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido.

Art. 35.- Lugar del arbitraje.- De no constar en el convenio, las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje, y de no llegarse a un acuerdo podrá optarse por el lugar de los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el del domicilio del demandante a elección de éste, en caso de no existir Tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares, deberá acudir al de la localidad más próxima.

El tribunal competente podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o las partes y para examinar cosas, lugares, evidencias o documentos.

Estas diligencias deberán ser notificadas a las partes, de acuerdo a lo establecido en esta Ley.

Art. 36.- Idioma del arbitraje.- Los procedimientos arbitrales se seguirán en castellano. En caso de existir documentos en otros idiomas se presentarán traducidos de conformidad con la Ley.

Art. 37.- Normas supletorias.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.

Art. 38.- Procedimiento.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.

Art. 39.- Organización de centros de arbitraje.- Para facilitar la aplicación de la presente Ley, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro, podrán organizar centros de arbitraje, mismos que podrán funcionar previo registro en la Federación de Cámaras de Comercio del Ecuador. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de arbitraje dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento.

Los centros de arbitraje existentes previos a la vigencia de esta Ley también deberán registrarse, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Los centros de arbitraje deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo a los juicios arbitrales y para dar capacitación a los árbitros, secretarios y mediadores que se designen de acuerdo a esta Ley.

Art. 40.- Reglamento de los centros de arbitraje.- Todo centro de arbitraje tendrá su propio reglamento que deberá regular al menos, los siguientes asuntos:

- a) La manera de formular las listas de árbitros, secretarios y mediadores, las que tendrán una vigencia no superior a dos años, los requisitos que deben reunir las personas que las integren, y las causas de exclusión de ellas;
- b) Tarifas de honorarios para árbitros, secretarios y mediadores y la forma de pago de éstas;
- c) Tarifas para gastos administrativos y la forma de pago de éstas;
- d) Forma de designar al director del centro, sus funciones y facultades; y,
- e) Código de ética para los árbitros, secretarios y mediadores.

Art. 41.- Arbitraje internacional.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o,
- b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
- c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional.

Art. 42.- Regulación.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscrito y ratificado por el Ecuador.

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y Leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.

Título II

DE LA MEDIACIÓN

Art. 43.- De la mediación.- 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 extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

Art. 44.- Capacidad para efectuar y someterse a la mediación.- La mediación podrá solicitarse a los Centros de Mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.

Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.

El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder.

Art. 45.- Solicitud de mediación.- La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto.

Art. 46.- Procedencia.- La mediación podrá proceder:

a) Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;

b) A solicitud de las partes o de una de ellas; y,

c) 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.

Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la

tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término.

Art. 47.- Acta de mediación.- El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva 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.

Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de Menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias.

Art. 48.- Capacidad para ser mediador.- La mediación prevista en esta ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.

Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación.

Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador.

El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación.

Art. 49.- Inhabilidad del mediador.- Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación.

Art. 50.- Confidencialidad de la mediación.- La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad.

Art. 51.- Efectos de la no comparencia a audiencia de mediación.- Si alguna de las partes no comparece a la audiencia de mediación a la que fuere convocada, se señalará fecha para una nueva audiencia. Si en la segunda oportunidad alguna de las partes no comparece, el mediador expedirá la constancia de imposibilidad de mediación.

Art. 52.- Centros de mediación.- Los gobiernos locales de naturaleza municipal o provincial, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro y, en general, las organizaciones comunitarias, podrán organizar centros de mediación, los cuales podrán funcionar previo registro en el Consejo Nacional de la Judicatura. La comprobación de la falta de cumplimiento de los requisitos establecidos en la presente Ley y su reglamento, por parte de un centro de mediación dará lugar a la cancelación del registro y su prohibición de funcionamiento.

Art. 53.- Obligaciones de los centros de mediación.- Los centros de mediación que se establecieren deberán contar con una sede dotada de elementos administrativos y técnicos necesarios para servir de apoyo para las audiencias.

Los centros que desarrollen actividades de capacitación para mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria.

Art. 54.- Contenido de los reglamentos de los centros de mediación.- Los reglamentos de los centros de mediación deberán establecer por lo menos:

- a. La manera de formular las listas de mediadores y los requisitos que deben reunir, las causas de exclusión de ellas, los trámites de inscripción y forma de hacer su designación para cada caso;
- b. Tarifas de honorarios del mediador, de gastos administrativos y la forma de pago de éstos, sin perjuicio de que pueda establecerse la gratuidad del servicio;
- c. Forma de designar al director, sus funciones y facultades;
- d. Descripción del manejo administrativo de la mediación; y,
- e. Un código de ética de los mediadores.

Art. 55.- Conciliación extrajudicial.- La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

Art. 56.- Fórmulas de arreglo propuestas por jueces ordinarios.- Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, recusados, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación.

Art. 57.- Efecto de la falta de pago de honorarios y gastos administrativos.- En caso de no realizarse el pago de los honorarios y gastos administrativos conforme a lo establecido en la ley y el reglamento del centro de mediación este quedará en libertad de no prestar sus servicios.

Título III

DE LA MEDIACIÓN COMUNITARIA

Art. 58.- Mediación comunitaria.- Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos.

Art. 59.- Capacidad para establecer centros de mediación.- Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán

establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley.

Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas.

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 60.- Carácter especial de la presente Ley.- La presente Ley por su carácter de especial prevalecerá sobre cualquier otra que se le opusiere.

Art. 61.- Plazo para la expedición del Reglamento a esta Ley.- El Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Política, expedirá en el plazo de noventa días el correspondiente reglamento para la aplicación de esta Ley.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Art. 62.- Aplicación de las normas de la presente Ley.- Las normas de la presente Ley se aplicarán inclusive a aquellos convenios arbitrales suscritos con anterioridad a su vigencia, siempre que el procedimiento arbitral no haya comenzado.

Art. 63.- Registro de centros de mediación con funcionamiento anterior a la expedición de esta Ley.- Las instituciones que cuenten con un centro de mediación previo a la vigencia de esta Ley, necesitarán registrar al centro, sin perjuicio de continuar con su normal funcionamiento.

Art. 64.- Prorrogação de funciones a las cortes superiores.- Hasta que el Consejo Nacional de la Judicatura esté integrado o tenga sus delegaciones o representaciones en las provincias, cumplirán las funciones que le asignen esta Ley, las Cortes Superiores.

Artículo Final.- La presente Ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial.

Dada en la ciudad de San Francisco de Quito, Distrito Metropolitano, en la Sala de Sesiones del Congreso Nacional del Ecuador, a los veintiún días del mes de agosto de mil novecientos noventa y siete.