

# ÍNDICE DE CONTENIDOS

## CAPÍTULO I

### LA MEDIACIÓN JUDICIAL

1.1	Conceptos y definiciones.....	1
1.2	Litigio y Mediación.....	6
1.3	Coincidencias y diferencias.....	8
1.4	Cuándo se puede mediar y cuándo no se debe mediar.....	10
	1.4.1 Cuándo no se puede mediar.....	10
	1.4.1.1 Las causas penales.....	10
	1.4.1.2 Cuestiones del Derecho de Familia.....	11
	1.4.1.3 Procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación.....	11
	1.4.1.4 Los juicios sucesorios.....	12
	1.4.1.5 Los juicios voluntarios.....	12
	1.4.1.6 Las causas que se tramitan ante la justicia de trabajo.....	12
	1.4.1.7 Respecto a las mediaciones en donde existe un desequilibrio de poder.....	12
	1.4.2 Cuándo se puede mediar.....	13
1.5	El Juez y el Mediador.....	18
	1.5.1 Juez.....	18
	1.5.2 Mediador.....	18
	1.5.3 El rol del Mediador.....	20
	1.5.4 Funciones del Mediador.....	22
1.6	La Co – Mediación.....	25
	1.6.1 Ventajas de la Co-Mediación.....	25
	1.6.1.1 Enriquece el proceso de Mediación.....	25
	1.6.1.2 Hace más liviano el trabajo de cada Mediador.....	25
	1.6.1.3 Mostrar a las partes mayor solidez.....	26
	1.6.1.4 Contrarresta los prejuicios.....	26
	1.6.1.5 Los mediadores se auto controlan.....	26
	1.6.1.6 Reflexionar en equipo fuera de las sesiones.....	27
	1.6.2 Desventajas de la Co-Mediación.....	27
	1.6.2.1 Aumento de los costos de Mediación.....	27
	1.6.2.2 Dificultad en coordinar las actividades entre los co-mediadores.....	27
	1.6.2.3 Dificultad para trabajar en equipo.....	27
1.7	Modelos de Mediación.....	28
	1.7.1 Modelo Directivo – Lineal.....	29
	1.7.2 Modelo Circular – Facilitativo.....	30
	1.7.3 Modelo Transformativo de Bush y Folger.....	32

## CAPÍTULO II

### LA MEDIACIÓN

2.1	Antecedentes.....	33
2.2	La Ley del Arbitraje y Mediación en el Ecuador.....	38
2.3	Las instituciones públicas y privadas usan la Mediación.....	40

2.4	Características de la Mediación.....	42
2.4.1	Disputa existente.....	42
2.4.2	Actuación de un tercero aceptado.....	42
2.4.3	Imparcialidad o neutralidad.....	42
2.4.4	Autodeterminación de las partes.....	43
2.4.5	Confidencial.....	43
2.4.6	Voluntaria.....	44
2.4.7	Flexible.....	44
2.4.8	Rápida y económica.....	45

### CAPÍTULO III

#### ESTRUCTURA DE LA MEDIACIÓN

3.1	Los pasos de la Mediación.....	48
3.1.1	Ingreso al proceso.....	48
3.1.2	Contrato de Mediación.....	50
3.2	Recolección de información.....	59
3.3	Identificación de los temas a dilucidarse.....	59
3.4	Agenda de trabajo para dividir el tema en partes factibles.....	60
3.4.1	Opciones para solucionar el problema.....	60
3.4.2	Negociación.....	62
3.4.3	Acuerdo parcial.....	63
3.4.4	Acuerdo total.....	65

### CAPÍTULO IV

#### EL MEDIADOR

4.1	Cualidades del Mediador.....	74
4.2	Quién puede ser Mediador.....	80
4.3	Técnicas del Mediador.....	83
4.4	Competencia del Mediador.....	86
4.5	Jurisdicción del Mediador.....	86
4.6	Gestión del Mediador.....	88
4.7	Comentario.....	96

### CAPÍTULO V

#### LOS ABOGADOS Y LA MEDIACIÓN

5.1	El Abogado.....	98
5.2	Metodología de la Mediación.....	102
5.3	Durante la Mediación.....	107
5.4	Después de la Mediación.....	117
5.5	Causas y efectos jurídicos del Acta de Mediación.....	118
5.6	La presencia del abogado y el cliente en la Mediación.....	124
5.7	Análisis de un caso de Mediación contemplando todos los pasos.....	126

<u>CAPÍTULO VI</u>	
<u>INVESTIGACIÓN DE CAMPO</u>	
<u>6.1 Entrevistas.....</u>	<u>134</u>
<u>6.2 Estadísticas.....</u>	<u>134</u>
<u>6.3 Gráficos.....</u>	<u>138</u>
<u>6.4 Análisis.....</u>	<u>139</u>
<u>CAPÍTULO VII</u>	
<u>CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES</u>	
<u>7.1 Conclusiones.....</u>	<u>143</u>
<u>7.2 Recomendaciones.....</u>	<u>145</u>
<u>BIBLIOGRAFÍA.....</u>	<u>148</u>
<u>ANEXOS.....</u>	<u>153</u>

# **CAPÍTULO I**

## **LA MEDIACIÓN JUDICIAL**

### **1.1 CONCEPTOS Y DEFINICIONES**

A pesar de que el proceso de mediación en nuestro país aún no tiene historia y, aunque su Ley fue expedida no hace mucho, se trata de un campo muy extenso y antiguo que no da lugar a una sola definición. Es a través del conocimiento de diferentes definiciones que podremos despejar innumerables interrogantes acerca de este proceso, llegaremos mediante su estudio y su entendimiento a conocer y comprender mejor este mecanismo de corto plazo, que por principio trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver.

Nuestra Legislación, define a la mediación en la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997, Título II, Art. 43, que dice: "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". Considero que la ley define a este proceso de manera muy general, bien se hubiesen podido contemplar otros aspectos que fortalezcan y sustenten mejor este concepto.

Elena Sparvieri en su libro "Principios y Técnicas de Mediación", logra conceptualizar a la Mediación optando por un estilo ilustrativo, propio de una amplia investigación sobre este tema, ella sostiene que, "La mediación es un proceso no adversarial de resolución de conflictos, mientras que el juicio es un proceso

adversarial de resolución de conflictos. Esto significa que, si bien en el juicio uno gana y otro pierde, en la mediación todos pueden ganar”<sup>1</sup>.

En la cita textual de Sparvieri se dice: “Todos pueden ganar” que razonando, contrario sensu significa, que también se podría perder, nosotros aclaramos el concepto diciendo: “Que hay la posibilidad de ganar”.

Su concepto es muy claro, además precisa que la mediación es un proceso menos costoso desde todo punto de vista, voluntario y confidencial.

Según Roberto Bianchi: “La Mediación puede ser contemplada desde distintos ángulos, viéndola desde el punto de vista del mediador y de sus técnicas, o desde la perspectiva de las partes en conflicto. Con este último enfoque la mediación se presenta como un entorno para la negociación, aunque con la adición de una tercera parte voluntariamente incorporada por las partes. Desde el punto del Mediador puede ser vista como la aplicación de un método para la solución de conflictos”<sup>2</sup>

Juan Carlos Dupuis, define a la mediación como: “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 su propio acuerdo”.<sup>3</sup>

Gladis Álvarez, Elena Highton, Elías Jassan, en su obra Mediación y Justicia, definen así a la mediación: “La mediación constituye un procedimiento de resolución de disputas flexible y no vinculante, en el cual un tercero neutral, el mediador, facilita las negociaciones entre las partes para ayudarlas a llegar a un acuerdo”.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> SPARVIERI, Elena. Principios y técnicas de la Mediación. Editorial Biblos Buenos Aires 1966

<sup>2</sup> BIANCHI, Roberto. Mediación Prejudicial y Conciliación, Editorial Zabalia S.A. B A 1996

<sup>3</sup> DUPUIS, Juan Carlos. Mediación y Conciliación. Editorial Abeledo Perrot B A 1997

<sup>4</sup> ÁLVAREZ, Gladis, HIGHTON, Elena. Mediación y Justicia. Ediciones Depalma. 1996

Este concepto pone énfasis a la flexibilidad no vinculante, es decir que la mediación no es rígida sino que facilita a las partes a tener el ánimo de ceder en sus pretensiones. El carácter no vinculante se refiere a que el acuerdo al que puedan llegar las partes no afecta a terceros ni sirve de jurisprudencia en otros conflictos.

Enrique Falcón define la Mediación: “Como un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral que no tiene poder sobre las partes, ayuda a que estas, en forma cooperativa, encuentren el punto de armonía en el conflicto”.<sup>5</sup>

Falcón da importancia a la “cooperación y armonía”, valga decir que las partes deben trabajar y tener el ánimo de solucionar su conflicto, y la armonía son los acordes necesarios que mutuamente las partes deben poner para llegar al acuerdo.

Elena Sparvieri, en su obra Principios y Técnicas de Mediación, hace una diferencia entre la mediación y el litigio judicial con el siguiente concepto: “La mediación es un proceso no adversarial de resolución de conflictos, mientras que el juicio es un proceso eminentemente litigioso”.<sup>6</sup>

Sparvieri pone énfasis en la diferencia entre la mediación y el litigio judicial, y dice “Esto significa que, si bien en el juicio uno gana y el otro pierde, en la mediación todos pueden ganar”,<sup>7</sup> sería más completo el concepto si se dijera, en la Mediación todos tienen posibilidades de ganar.

Oswaldo Ortemberg, en su obra Mediación Familiar dice: “La mediación es el arte de lograr que dos o más partes con intereses en conflicto puedan llegar a un acuerdo para solucionarlo. El camino para tal acuerdo es el diálogo entre ellos, facilitado por el mediador”.<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> FALCON, Enrique. Mediación Obligatoria Editorial Abeledo Perrot B.A. 1997

<sup>6</sup> SPARVIERI, Elena. Principios y Técnicas de Mediación. Editorial Biblos B.A. 1995

<sup>7</sup> SPARVIERI, Elena. Ibidem

<sup>8</sup> ORTEMBERG, Oswaldo. Mediación Familiar. Editorial Biblos. 1996

Este autor resalta la mediación comparándola con el “arte”, es aplicar todas las habilidades posibles con la intervención del mediador, que permita a las partes solucionar sus conflictos y que la herramienta para generar ese arte es el “diálogo”.

Por otro lado el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriano-Americana, define a la Mediación como: “Medio alternativo de solución de conflictos por el cual los mediadores (terceros naturales) "asisten" a las partes, de manera que mediante la negociación directa entre ellas arriben a un acuerdo voluntario que ponga fin al conflicto existente entre ellas. El mediador intercederá entre las partes, buscando fórmulas de acercamiento y de solución entre ellas. Con la mediación, usted puede arreglar sus diferencias de una manera amistosa, rápida y económica”.

La Ley de Arbitraje y Mediación en el Art. 43 dice: “ La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por la 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 a su conflicto”.

La generalidad del concepto hace que este sea universal para nuestro medio, no podríamos dar conceptos para determinar las mediaciones, o casos específicos.

Tanto la ley como los conceptos dados por los autores anteriormente señalados, hacen énfasis en la importancia del papel que cumple el mediador. Así, el tercero neutral –mediador- es la parte medular de la mediación, el que crea una atmósfera de confianza, cooperación y respeto, quien conduce a la solución del conflicto. En definitiva, es el catalizador, orientador, conductor o tercero.

Finalmente, la mediación es un procedimiento en el que un intermediario neutral, el mediador, a petición de las partes en una controversia, procura prestarles asistencia para llegar a una solución mutuamente satisfactoria, ofrece un espacio dinámico a las partes para posibilitar la resolución de una situación conflictiva, utilizando estrategias cooperativas, comunicacionales y negociadoras, que ayuden a

identificar las posiciones, los intereses y las necesidades de las partes, lo que, a su vez, permitirá la generación de soluciones satisfactorias y mutuamente aceptadas.

El mediador no tiene autoridad para imponer una solución a las partes. La mediación es también voluntaria, en el sentido que cualquiera de las partes, si así lo decide, podrá abandonar la mediación en cualquier etapa anterior a la firma de una solución concertada.

La mediación es una negociación en la que un tercero, llamado mediador, realiza reuniones conjuntas y separadas con las partes en conflicto.

En la mediación, no hay un juez o un árbitro que decida por las partes involucradas; son ellas quienes controlan el proceso y el resultado, y afrontan las consecuencias.

Constituye un esfuerzo estructurado, pues aunque es flexible, existe un procedimiento en el que se cumplen diversos pasos. El procedimiento es informal, por lo que el mediador no está obligado por las reglas procesales; y dado su entrenamiento, puede rápidamente simplificar el caso y descartar lo irrelevante.

El mediador ayuda a las partes a identificar los puntos de la controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las posibilidades de llegar a un acuerdo. Facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses.

Creemos procedente señalar en esta sección las características de la mediación, las cuales obtendremos de su concepto.

Según Elena Highton y Gladis Álvarez, las características principales de la Mediación son:



1. Rápida.- Puede terminarse con el problema a pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia se llega a un acuerdo, las disputas complejas pueden tener varias sesiones.
2. Confidencial.- Es una de las características más importantes, el mediador tiene la obligación y el deber de preservar el secreto de todo lo que le sea revelado en las audiencias. Las partes deben tener la seguridad de que nada de lo que se dicen será usado en su contra, en caso de que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal.
3. Económica.- Los servicios de mediación se dan a cambio de contribuciones mínimas que no tienen ninguna relación con el costo de litigar en la función judicial formal. Además se gana tiempo.
4. Justa.- La solución se adapta a las necesidades comunes de las partes, pues son ellas las que resuelven el problema.
5. La Mediación es exitosa, así se ha demostrado en los diversos países en donde esta medida se ha puesto en marcha.

## 1.2 LITIGIO Y MEDIACIÓN

**Litigio.-** Se entiende en doctrina jurídica, la relación procesal que vincula a las personas que intervienen en el proceso: las partes, los jueces y magistrados que ejercen la jurisdicción.

Esta relación procesal emerge cuando existe la demanda legalmente citada a la contraparte, es un sistema romanista de concebir y entender el litigio, en su forma más elemental.

Para Cabanellas, litigio es: “Pleito, juicio ante juez o tribunal. Disputa, contienda, alteración de orden judicial”.<sup>9</sup>

En definitiva el litigio es el pleito, el juicio ante las autoridades judiciales competentes.

**Mediación.-** La Enciclopedia Ilustrada Espasa Calpe, define a la mediación en los siguientes términos: “Participación secundaria en un negocio ajeno, a fin de prestar algún servicio a las partes o interesados. Apaciguamiento real o intentado en una controversia, conflicto o lucha. Facilitación de un contrato, presentando a las partes u opinando acerca de alguno de sus aspectos”.<sup>10</sup>

La mediación, tema central de este trabajo, está enfocada desde diversos conceptos y criterios.

Muchos estudiosos la consideran como una técnica para la solución de conflictos, pues deja en manos de las partes, asistidas por una tercera persona imparcial, la solución de su problema.

La mediación dice Gozani: “Es la técnica en el conjunto de las Tarc, la más novedosa y la que promete mayores éxitos en el campo de la resolución de conflictos, porque deja en manos de las partes, la solución pacífica de su problema. Además, según la interpretación más optimista, la mediación es una herramienta para la transformación de las relaciones sociales”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> CABANELLAS, Guillermo.- “Diccionario Jurídico Elemental”, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1979.

<sup>10</sup> Enciclopedia Espasa Calpe.- Biblioteca Universal Ilustrada, Editorial Espasa Calpe, Madrid - España, 1973.

<sup>11</sup> GOZANI, Oswaldo Alfredo.- “Formas Alternativas para Resolución de Conflictos”, Ediciones Depalma, Buenos Aires – Argentina, 1995.

### 1.3 COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS

Tanto el litigio, como la mediación, requieren la presencia de dos partes que se disputan un derecho. El litigio y la mediación necesitan la presencia de una tercera persona, el juez en el litigio y el mediador en la mediación.

El litigio y la mediación pretenden solucionar un conflicto y restablecer la paz social.

El litigio se enmarca dentro de la Función Judicial, tiene diversas instancias ante jueces de diverso nivel. La mediación, por el contrario, se aparta de la Función Judicial, nunca se produce ante un juez.

La mediación tiene etapas de discusión, no instancias ante jueces diferentes. El litigio se sujeta en todas las instancias a la disposición de los jueces.

La mediación no obliga, las partes se ponen de acuerdo, asistidas por el mediador.

#### **Diferencias Conceptuales**

Dentro de estas consideraciones, es importante realizar algunas diferencias conceptuales del conflicto con el litigio, el reclamo, la disputa y el pleito.

**Conflicto.-** Es la oposición de intereses donde las partes no ceden, en estas circunstancias se produce el litigio.

“Puede conceptualizarse al conflicto como una percibida divergencia de interés, dando a la palabra “interés” sentido similar a “valor” o “necesidad”, y “necesidad” considerando al valor jerárquicamente superior y dando al término el

contenido de una creencia profunda del individuo, basada en la religión, ideología u orientación cultural que no es negociable”<sup>12</sup>

**El Litigio.-** Es un juicio ante un Juez o Tribunal y obviamente se ventila ante estas autoridades. Según Cabanellas, Litigio es “Pleito. Juicio ante Juez o Tribunal. Controversia. Disputa, contienda...”<sup>13</sup>

“Los tribunales necesariamente utilizan un método adversarial de adjudicación, de modo tal que una vez que el pleito se ha desarrollado entre las partes, las que han ofrecido y producido prueba o arrimado los elementos para que de oficio ésta se produzca, un tercero neutral – en nuestro país el juez- resuelve la controversia. El juez arriba a su decisión después que se han ventilado los hechos en tal procedimiento contencioso, lo que demanda tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los contendientes. Además, esto puede llevar aparejada la no deseada publicidad del juicio o de los hechos que en él se ventilan”<sup>14</sup>

Sin embargo si consideramos el criterio del litigio en el ámbito procesal de Carnelutti, el concepto varía; dice: “Puede, definirse como un conflicto (Inter. Subjetivo) de intereses calificado por una pretensión resistida (discutida)”.

Aparece aquí el conflicto como un elemento del litigio que, para ser tal, requiere que se haya presentado un reclamo a la función represiva del Estado, a través de una pretensión que busca la tutela de un interés en conflicto.

Acotando lo que se ha dicho, Fernando Reglero Campos, manifiesta que nos encontramos ante una cuestión litigiosa cuando hay un conflicto de intereses con trascendencia jurídica en la que ambas partes aspiran una tutela que puede ser impuesta coactivamente.

---

<sup>12</sup> HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ, Gladis. Mediación para Resolver Conflictos. Editorial ADHOC S.R.L. Buenos Aires Argentina. 1998

<sup>13</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta S.R.L.. Buenos Aires. Argentina. 1979.

<sup>14</sup> HIGHTON, Elena y ÁLVAREZ, Gladis. Ob. Cit. Pág. 23

Roberto Bianchi, al analizar las etapas del conflicto nos muestra las diferencias, de aquellas con este.

## **1.4 CUÁNDO SE PUEDE MEDIAR Y CUÁNDO NO SE DEBE MEDIAR.-**

### **1.4.1 CUÁNDO NO SE PUEDE MEDIAR**

Nuevamente el orden público será el factor decisivo por el que la mediación no tiene cabida en determinadas áreas, así Bianchi nos dice:

**1.4.1.1 Las causas penales.-** Considerando que lo que éstas buscan es la imposición de una pena. Sin embargo, cabe hacer algunas explicaciones por ejemplo, si bien la pena no es mediable, si lo será la acción resarcitoria ya que ésta se rige por los principios del Derecho Privado.

En cuanto a las causas penales de acción privada, el tratadista Bianchi considera que al ser éstas exclusivamente privadas, no tan graves y además renunciables, se podría aplicar la mediación, resultando además en estos casos su carácter confidencial muy atractivo.

En el Ecuador, como excepción creemos que cabe la mediación en los casos de acusación particular, (que es renunciable) y señalados en el Art. 428 del antiguo Código de Procedimiento Penal, (En el nuevo Código Penal se encuentran encasillados en el Art. 36 y se denominan delitos de Acción Privada) no solo porque la acción civil es susceptible de mediación, sino porque el “Fracaso universal de la pena” impone una revisión del concepto, por lo tanto el principio debería ir más allá, dentro de lo que por admisible se entiende.

**1.4.1.2 Cuestiones del derecho de familia.-** (pueden ser solucionados a través de medios extrajudiciales) Nos referimos aquí al matrimonio, filiación, (Ley Civil = Juez) divorcio, patria potestad, (Registro Civil = Administrativo) etc. que no son mediables, excepto las cuestiones patrimoniales involucradas.

Por ejemplo; el dar o no alimentos (Código de la Niñez y Adolescencia) no son objeto de mediación, pero sí la pensión alimentaria, condiciones o forma de pago.

En cuanto a la disolución de la sociedad conyugal, aunque existen grandes valores simbólicos, éstos siguen siendo patrimoniales.

Ahora, aunque lo patrimonial es renunciable, en el derecho de familia esto se aplica con cierta excepción a los derechos patrimoniales no enajenables, pues aparentemente cualquier renuncia puede afectar al ejercicio del interés familiar.

**1.4.1.3 Procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación.-** (Materia Civil). Ya que están en juego Garantías Constitucionales.

En relación a esta materia, en Argentina como en el Ecuador, se excluye de la mediación lo que en el Ecuador denominamos Recursos Constitucionales como son: El Amparo y Habeas Corpus, ya que son procedimientos especiales, relacionados con el orden público y sobre todo porque interviene el Estado, que no es sujeto de la mediación.

El autor señala además, excluidas de la mediación, a las medidas cautelares, mientras no se decidan, las diligencias preeliminarias y prueba anticipada, porque de otra manera de las citadas medidas no cumplirían la función para las que fueron creadas.

**1.4.1.4 Los juicios sucesorios.-** Ya que no puede existir pacto sucesorio, sin embargo una exclusión genérica es exagerada porque en el derecho sucesorio cabe la negociación cuando no se afecta al orden público por ejemplo, en el nombramiento de un administrador provisional, en los avalúos, partición, adjudicación de bienes, etc.

**1.4.1.5 Los juicios voluntarios.-** Que en el Ecuador con anterioridad solían tramitarse sin que necesariamente cumplieran ciertas formalidades judiciales engorrosas (Ej.: Reconocimiento de firmas, examen de libros...) Pues aparentemente en estos casos no hay controversias, litigios, que son necesarios para la existencia de una negociación y mediación.

**1.4.1.6 Las causas que se tramitan ante la justicia de trabajo.-** (Trámite Administrativo = Inspección de Trabajo) Ya que una de las características del derecho de trabajo, que además obedece al orden público, es el tutelaje a una de las partes, incluso existe el principio “in dubio pro operario” y aquel que manifiesta que los derechos de los trabajadores son irrenunciables y esto no es posible en la mediación, pues el mediador solo facilita y además debe ser imparcial.

Por lo tanto, vemos que las materias excluidas de la mediación se deben a consideraciones de orden público, de rapidez de los procesos o juicios voluntarios de carácter especial.

**1.4.1.7 Respecto a las mediaciones en donde existe un desequilibrio de poder.-** Parte de la doctrina manifiesta que los acuerdos no serán justos ni equilibrados, por lo tanto en estos casos lo preferible es que no se medie.

Por otro lado, se considera que ésta es una solución simplista y que si estamos dentro del ámbito de aplicación de la mediación, ésta debería realizarse, y durante el proceso, las diferencias deben manejarse buscando un equilibrio, por ejemplo, a través del asesoramiento de un experto legal a las partes que lo necesiten, sin

embargo muchos opinan que el mediador en búsqueda del equilibrio afectaría a la imparcialidad que debe tener.

De acuerdo a la Ley de Arbitraje y Mediación; la Mediación en ningún caso es obligatoria por mandato legal ni judicial, se caracteriza por ser voluntaria y la obligatoriedad nace únicamente de la voluntad de las partes.

### 1.4.2 CUÁNDO SE PUEDE MEDIAR

Art. 46. - La mediación procede en tres casos:

- a) Cuando exista convenio escrito, entre las partes para someter sus conflictos a mediación.
- b) A solicitud de las partes o 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.

**Convenio de mediación.-** La ley establece como único requisito que el convenio de mediación sea escrito. Al igual que en el arbitraje, uno de los efectos del convenio es que sirve como excepción de competencia en un juicio ordinario (pero las partes pueden desistir del convenio de mediación de manera expresa o tácita). Al respecto la Ley dice: “Art. 46”

- 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, cualquiera 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) Las partes, o una de ellas, pueden acudir a cualquier centro de mediación o a mediadores independientes, debidamente autorizados, solicitando la mediación.
- c) El tercer caso por el que, de acuerdo a nuestra Ley, procede mediación se trata de una derivación judicial.

Aparentemente existiría una contradicción con el carácter extrajudicial de la mediación al que se refiere el Art. 43 de la Ley; pero en el caso de la derivación judicial el juez “en cualquier estado de la causa” de oficio o a petición de parte, dispone se realice una audiencia de mediación ante un centro, siempre que las partes lo acuerden.

De esta manera, aunque el caso se traslada a un Centro de Mediación, el Juez no tiene ninguna intervención en esta, lo que fundamenta la extrajudicialidad de la mediación en nuestra legislación.

Se da una gran amplitud al juez, ya que en cualquier estado de la causa puede disponer que se realice la mediación, consideramos que este momento procesal debería ser temprano para evitar dilación dentro de la solución del conflicto, especialmente si esta disposición depende de la voluntad de las partes (con esta norma, el legislador fomenta la promoción de este medio alternativo a nivel judicial).

**En definitiva, tenemos materias conciliables y no conciliables:**

**Materias conciliables.-**

1. Disputas patrimoniales relativas a los modos de adquirir el dominio, el uso, goce y posesión de los bienes, servidumbre y gravámenes al dominio, excepto en lo relativo a la validez de la tradición cuando el vicio que le afecta no es saneable.
2. Conflictos económicos sobre empresas y establecimientos de comercio, como son los relativos a la terminación, prórroga y renovación de contratos de arrendamiento sobre el establecimiento de comercio.
3. Disputas patrimoniales relativas a la celebración, ejecución, y terminación de los contratos civiles y comerciales, tales como compra-venta, permuta, arrendamiento, mutuo, mandato, depósito, dación en pago, prestación de servicios, fiducia, leasing, contratos bancarios, agencia, comisión, seguro, corretaje, prendas, hipotecas y sesión de derechos.
4. Disputas económicas derivadas de la creación y negociación de títulos de contenido crediticio, de participación y de tradición representativas de mercaderías, así como aquellas relativas al cumplimiento de obligaciones incorporadas en tales instrumentos.
5. Disputas de carácter patrimonial entre socios referentes a la constitución, extinción y liquidación de sociedades civiles, comerciales y de hecho, aportes, pago de utilidades, pago de pasivos y distribución de bienes en la liquidación.
6. Disputas de carácter patrimonial referentes a propiedad industrial, marcas y patentes y derechos de autor.

7. Disputas patrimoniales surgidas en el marco de procesos de concordato, quiebra o liquidación de sociedades.

**Materias no conciliables.-** No son conciliables los temas civiles y comerciales, respecto a los cuales las partes no tienen capacidad de transacción así:

1. El nombre, el estado civil, la capacidad e incapacidad y la nacionalidad de las personas, sin perjuicio del derecho constitucional de optar por varias nacionalidades o renunciar a ellas.
2. Las solemnidades sustanciales exigidas por Ley para la formación de ciertos actos o contratos, por ejemplo, la validez de un contrato de compra - venta de un bien inmueble que no consta por Escritura Pública.
3. La calidad de comerciante y sus obligaciones profesionales.
4. La eficacia probatoria de los libros de comercio.
5. La validez o nulidad de actos que generen obligaciones civiles o mercantiles.
6. La calidad de heredero o legatario, las asignaciones testamentarias forzosas y la validez de las disposiciones de un testamento legalmente constituido.

Para terminar, en el concepto que desarrollamos señalaremos lo que Elena Highton y Gladys Álvarez denominan:

“Supuestos en que la Mediación no es recomendable

La Mediación no es una panacea universal.

Existen algunos casos en que la mediación no es recomendable pues no dará satisfacción al interés real de alguna o ambas partes. Entre ellos pueden mencionarse:

- Cuando alguna de las partes quiere probar la verdad de los hechos.
- Cuando alguna de las partes tiene una cuestión fundamental de principios e innegociable de la que no puede salir por propia voluntad.
- Cuando alguna de las partes tiene un interés punitivo o una acción de justicia retributiva que desea ver reconocidos en una decisión emanada de un juez
- Cuando lo que se desea es sentar un precedente legal
- Cuando una de las partes está ausente o incapacitada.
- Cuando una de las partes no tiene interés en llegar aun acuerdo
- Cuando ninguna de las partes está en condiciones de considerar la posibilidad de una avenencia.
- Cuando la lentitud del procedimiento judicial favorecerá mucho por lo menos a una de las partes.
- Cuando el actor quiere obtener como si se tratara de una lotería con premios o sumas colosales.
- Cuando la controversia involucra un delito de acción pública o violencia o malos tratos a menores.
- Cuando está involucrado el orden público y la jurisdicción de un Tribunal es esencial”<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> GLADYS ALVAREZ. Mediación para resolver conflictos. Segunda edición Buenos Aires Argentina 1996 S/E

## **1.5 EL JUEZ Y EL MEDIADOR**

### **1.5.1 JUEZ**

“El juez es quien decide, interpretando la ley, ejecutando o ejerciendo su arbitrio en la contienda suscitada o en el proceso promovido”<sup>16</sup>

“En este aspecto técnico, el Juez ha sido definido, como el magistrado, investido de imperio y jurisdicción que según su competencia pronuncia decisiones en juicio” <sup>17</sup>

Juez entonces, es el funcionario judicial quien de acuerdo a las normas legales, jurisprudencia y sana critica dicta una sentencia o una providencia reconocido en derechos y obligaciones de las partes.

El Juez administrará justicia dentro de un proceso y procedimiento preestablecido, que cumplirá las normas que los Códigos de Procedimiento imponen.

### **1.5.2 MEDIADOR.-**

El mediador es una tercera parte neutral que ayuda a las partes a encontrar soluciones satisfactorias. Una de las funciones principales es equilibrar el poder de las partes en todo momento del proceso, por lo que su rol no es pasivo, ya que no puede permitir que una parte sea superior a otra.

---

<sup>16</sup> CABANELLAS Editorial Eliasta Buenos Aires- Argentina.

<sup>17</sup> CABANELLAS.- Ibidem

El trabajo del mediador se centra en eliminar las posiciones devolviendo a las partes sus intereses y necesidades; buscando que se racionalicen sus problemas y sus posibles opciones de solución.

El mediador trabaja mediante sesiones para facilitar el diálogo entre las partes y que el mismo se oriente a la búsqueda de los acuerdos, superando los juicios sobre el otro, sobre la situación, sobre el pasado, sobre él mismo.

Su actuación debe ser íntegra y estratégica, es decir, atacar todos los problemas que pudieren aparecer en las sesiones, sin olvidar que las partes que sostienen un conflicto cruzan por un momento doloroso y que es muy duro y difícil para ellos estar en presencia de un extraño contando sus problemas íntimos. Es cuando entra dentro de su círculo de acción y en la medida de esos condicionantes, el mediador, quien realiza los enlaces y combinaciones.

Si bien, lo que se ha detallado se trata del trabajo del mediador, debemos incorporar las diferentes características y estilos que posee un mediador, pues los mediadores no constituyen un grupo homogéneo. Existen tres tipos básicos de mediadores:

1. Quienes son conocedores de la materia y constructores del campo.- Estas personas escriben y hablan de la mediación, con llegada a grandes auditorios, por lo que son voceros del método, de sus propósitos y su justificación. Promueven a la mediación como alternativa, legítima y creíble, por ser menos costosa, más eficiente, equilibrada de poder, transformadora de las relaciones personales y solucionadora de problemas. Son las personas que promocionan a los demás mediadores, dando una visión más clara a los futuros usuarios que originariamente pueden ser escépticos, incrédulos y hasta hostiles.
2. Quienes realizan la mediación como trabajo y forma de vida a tiempo completo.- Son los profesionales que se dedican a tiempo completo a la mediación. Es su forma de vida, sea en una práctica pública o privada. Se

centran en las cuestiones relativas al campo laboral, conseguir clientes o su imagen en el mercado. Los que ejercen en forma privada, deben legitimarse y ser creíbles, en su trabajo como en su persona. En cambio, los que ejercen en contextos institucionales tienen una carga de trabajo de lo que pueden manejar. Por lo que los mediadores enfrentan el desafío propio de la práctica, llevar a las partes a un acuerdo y ver la manera de realizar la tarea.

3. Quienes ofician de mediadores pero sin que se consideren profesionales de la mediación.- Existen quienes median fuera de la profesión. Son aquellas personas que utilizan ciertas técnicas y dan un nuevo lustre a la profesión, al servir a propósitos nobles, diplomáticos que utilizan y practican nuevas formas de facilitación. Si estos facilitadores fracasan, se produce un impacto negativo a la profesión, pero si tienen éxito reflejan lo favorable y positivo y dan un sentido de afecto. Así, por ejemplo funcionarios que realicen la mediación en conflictos internacionales entre otros países o comunidades.

### **1.5.3 EL ROL DEL MEDIADOR.**

Se ha dicho que la mediación es una técnica para resolver conflictos entre las partes con la ayuda de un tercero neutral llamado mediador.

La intervención del mediador puede provenir de un acuerdo o de una designación, ya se establezca por cláusula contractual o se trate de un mediador permanente del cuerpo judicial. Si se establece por contrato, las partes efectúan la elección en la misma forma que lo harían con cualquier otro profesional de cualquier rama de la ciencia y en el caso que sea designado, el mediador no ha tenido relación previa con las partes.

Para los estadounidenses existe una tercera clase de mediación que denominan “intervención emergente” que es aquella en la cual participa un no especialista interesado en la resolución del conflicto.

Este tercero tuvo relación previa con los disputantes y tiene un interés real en el resultado, así una mediación de un gerente con sus empleados. En este caso se prioriza la relación entre las partes a la resolución del conflicto.

El rol principal del mediador consiste en acercar a las partes, y no en resolver el conflicto cual si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable, en donde utiliza técnicas para escuchar, percibir el lenguaje no verbal, cuestionar, negociar y crear opciones, ayudando a las partes a alcanzar su propia solución.

Así, el mediador desempeña varios roles, en los que debe:

- Facilitar la discusión.- Es la función del mediador ubicar el problema en su parte más sensible, con el objeto que se convierta en tema obligado de argumentación por cada una de las partes.
- Abrir los canales de comunicación.- La defensa de sus intereses pone tensas a las partes, aquí el Mediador, sutilmente debe ingresar al tema buscando los caminos que despierten mayor interés a los involucrados en el problema, de tal manera que su comunicación sea fluida porque están dentro de sus pretensiones y conveniencias.
- Traducir y transmitir información.- No siempre las partes son suficientemente claras y sus argumentos pueden ser entendidos de manera diferente de lo que se pretende, es entonces, cuando el Mediador actúa, sin ánimo de favorecer a ninguna de las partes, puede traducir y transmitir lo que efectivamente quieren decir.



- Distinguir posiciones de intereses.- El Mediador, a través de sus conocimientos, sensibilidad e interpretación, debe captar los objetivos reales de las partes en donde no se perciba ambición, ánimo de obtener ventajas, o peor aún, de engañar. Cuando el Mediador “sienta” cualquier posición negativa, tratará de solucionarla a través de insinuaciones, sugerencias, o ejemplos, todo debe ser practicado en forma lenta y constante, para así obtener un cambio de actitud.
- Crear opciones.- Todo problema, todo conflicto, tiene solución a través de diversas vertientes que el Mediador planteará a las partes en conjunto, nunca individualmente, salvo algún caso de excepción, cuando es una sola parte la que se endurece en la solución del conflicto.
- Ser agente de realidad.- La Mediación es una medida de justicia pragmática, probablemente, mucho más que la judicial.

”Cuando se tramita la Mediación, influyen sobre esta una serie de factores, ajenos al problema que se ventilan pero que emocional, económica y hasta moralmente pueden estar ligados al problema matriz, si conocemos, resolvemos o desligamos estos problemas del conflicto, será de gran ayuda para la solución adecuada de este.”<sup>18</sup>.

#### **1.5.4 FUNCIONES DEL MEDIADOR**

El Mediador, sujetándose también a la Ley y al reglamento, procurará que las partes lleguen a acuerdos permanentes, de los cuales estén satisfechas.

---

<sup>18</sup> SANDER, Frank E. A.- “Mediation for the professional” Training Manual, Harvard Law School

El 29 de Agosto de 1995, se dictó el Reglamento de Mediación Judicial, cuya parte adjetiva la transcribimos:

**Art. 7.- Procedimiento.** El procedimiento estará sujeto a las siguientes reglas:

a) Los procedimientos que siguen los mediadores para la resolución de los conflictos, no se encuentran sujetos a formalidades legales estrictas, sino solo a las características propias de la técnica de la mediación y a las normas administrativas que para su mejor desarrollo y control disponga esta Corte.

b) **Oralidad.** Será oral y no actuado, con excepción de la petición de mediación; nombre y apellido de las partes, domicilios, objeto y cuantía del reclamo en formulario tipo; convenio de confidencialidad, notificaciones, reuniones celebradas por el mediador - con la exclusiva mención de la fecha, hora de iniciación y de finalización y personas presentes -, acta de acuerdo - total o parcial - o de la imposibilidad de arribar al mismo; constancia sobre el grado de cumplimiento del convenio que se hubiere suscripto.

c) **Promoción.** La mediación podrá ser solicitada por cualquiera de las partes interesadas en forma directa al mediador competente o en el supuesto de causas judiciales, indirectamente, por remisión del Juez interviniente.

d) **Suspensión de términos.** Cuando la mediación sea solicitada durante la sustanciación de la causa en sede judicial, las partes, podrán convenir la suspensión de términos conforme lo autorizan los Códigos Procésales respectivos. En ningún caso se remitirá el expediente, permaneciendo éste en el Juzgado durante el proceso de la mediación.

**e) Actos iniciales.** El mediador fijará la audiencia inicial teniendo en cuenta el domicilio de las partes dentro de los treinta días de peticionada la misma. La citación se realizará por cédula judicial, policial, en forma personal o cualquier otro medio fehaciente y con cinco días de anticipación. La comparecencia de las partes en la mediación es voluntaria.

**f) Información a las partes.** El mediador informará a las partes en la reunión conjunta inicial su calidad de tercero neutral carente de facultad para tomar decisiones respecto del conflicto, el carácter confidencial de la misma, la posibilidad de reuniones privadas confidenciales con cada parte. Mediante un proceso de cooperación y autogestión con técnicas adquiridas buscará lograr que ellas lleguen a un acuerdo por mutuo consentimiento. El mediador no puede proporcionar asesoramiento legal. Las partes podrán concurrir acompañadas de un profesional del derecho y en su caso, consultar con el mismo previo a la firma del convenio. Cualquiera de las partes, voluntariamente, podrá decidir la finalización de la mediación.

**g) Acta acuerdo.** El acuerdo celebrado entre las partes será firmado por éstas y por el mediador, siendo facultativo solicitar la homologación del mismo al Juez que corresponda. Una copia del acta de acuerdo se entregará a cada parte y el original se archivará en el protocolo llevado al efecto por el mediador cronológicamente y por índice. El desistimiento de la mediación o su incumplimiento los faculta para que inicien o prosigan la acción legal pertinente.

**h) Mediación en causas judiciales.** En caso que las partes arriben a un acuerdo -total o parcial- en causas judiciales, el mediador remitirá el mismo al magistrado interviniente o en su defecto se le informará dentro de las 48 horas el fracaso de la gestión, quien ordenará la reanudación de los términos procesales”.

## **1.6 LA CO - MEDIACIÓN**

La co-mediación o trabajo en equipo, permitirá la integración de los diferentes conocimientos que puede aportar el profesional, pero todos ellos dentro del marco de la mediación; dicho intercambio de experiencias y conocimientos se realizará siempre desde la perspectiva que tienen los mediadores, son profesionales que actúan cooperativamente para lograr un fin común: el cual es la resolución del conflicto.

### **1.6.1 VENTAJAS DE LA CO-MEDIACIÓN**

**1.6.1.1 Enriquece el proceso de mediación:** La co - mediación, es una forma de trabajar en equipo, donde las partes se complementan, permitiéndoles dividir sus funciones, ya sea teniendo en cuenta la mayor o menor experiencia de uno u otro mediador; los antecedentes y habilidades profesionales de cada uno, en cuanto a que un mediador, por ejemplo, abogado, asumirá la responsabilidad de atender el contenido de los hechos, y la obtención de información y el otro, psicólogo, se ocupará de la facilitación de las relaciones, de hacer surgir y controlar las emociones, de lograr la empatía entre los participantes, etc.

También pueden lograr su complementación, constituyendo equipos de mediadores de igual profesión y asumiendo distintas posturas o actitudes: mientras uno es simpático, el otro es más áspero; mientras uno es más introvertido, el otro es más extrovertido, mientras uno es más formal el otro es informal; mientras uno hace de abogado del diablo, el otro es más positivo, etc.

**1.6.1.2. Hace más liviano el trabajo de cada mediador:** Toda sesión de mediación implica una ardua tarea y un fuerte desgaste tanto físico como psíquico por parte del mediador, compartir esta tarea permitiéndoles relevarse, cuando las fuerzas flaqueen,

contribuye a mantener el espíritu enaltecido para los momentos más difíciles del proceso.

**1.6.1.3 Mostrar a las partes mayor solidez:** Un trabajo en equipo, donde se encuentran interrelacionados, y se comunican simplemente con gestos o miradas, que transmiten unidad de criterio y de acción, un frente fuerte, le da a las partes mayor confianza en el proceso, y además sirve de modelo para llevar adelante un diálogo constructivo entre ellas. Por otro lado, les permite en cierta forma identificarse con ese equipo que trabaja codo a codo, que es digno de imitar.

En el supuesto que los mediadores pertenezcan a disciplinas diferentes, las partes tendrán más confianza, en cuanto a que advertirán que no sólo conocen el proceso de mediación, sino también la materia de fondo, sintiéndose más seguros y confiados de los aportes que puedan proporcionar.

**1.6.1.4 Contrarresta los prejuicios:** Tanto los mediadores como las partes, llevan en su propia historia, valores, creencias, prejuicios, que como consecuencia de la técnica de mediación pueden fácilmente salir a la luz, y si los cuales no son detectados y pasan inadvertidos para el mediador, puede redundar en el fracaso del proceso.- Estos prejuicios pueden tener origen en el sexo, en las clases sociales, en la religión, en la raza, en el tipo de profesión, en complejos de inferioridad o de superioridad, en el feminismo o machismo, en la edad, en el tipo de trabajo, en concepciones morales o ambientales, etc.

**1.6.1.5 Los mediadores se auto controlan:** Es importante poder ir evaluando el proceso mediatorio a medida que se va desarrollando, el control mutuo que pueden ejercerse entre sí los mediadores, les permitirá detectar si el rumbo que le imprimieron a la mediación es el correcto, si deben ser más inquisitivos, más conductistas, más tolerantes, si deben aplicar la técnica de la confrontación.

**1.6.1.6 Reflexionar en equipo fuera de las sesiones:** El análisis del desarrollo de la mediación al finalizar cada sesión, es un paso muy importante, e integra el proceso, lo cual permitirá extraer conclusiones, fijar el plan de trabajo para la próxima sesión, establecer la técnica que se implementará, intercambiar las propias percepciones acerca del problema, de sus causas, de los sentimientos imperantes, construir una historia alternativa.

## **1.6.2 DESVENTAJAS DE LA CO-MEDIACIÓN**

**1.6.2.1 Aumento de los costos de mediación:** El hecho de participar más de un mediador en un sólo proceso, puede significar que se duplique o triplique el costo del proceso, no solamente en lo referido a la retribución de los mediadores, pues las horas sesiones trabajadas también se duplicarán o triplicarán, sino también en cuanto a otros tipos de gastos, como viáticos, correspondencia, personal administrativo, etc.

**1.6.2.2 Dificultad en coordinar las actividades entre los co-mediadores:** En el supuesto de que los co-mediadores deban trabajar juntos circunstancialmente, surgirán problemas entre ellos para coordinar horarios, pues cada uno tendrá su agenda organizada con anticipación; para resolver cuál será el lugar en que se llevará a cabo las sesiones de mediación, en el estudio de uno u otro; para determinar equitativamente la división de trabajo o el rol que desempeñará cada uno, cuál estilo imperará, en el supuesto que sean distintos.

**1.6.2.3 Dificultad para trabajar en equipo:** Hay personalidades totalmente individualistas, a quienes les resulta imposible trabajar con otras personas, esto se debe a que tienen una personalidad muy fuerte y que no les gusta ceder posiciones o simplemente porque el trabajo en conjunto las inhibe, y por lo tanto puede disminuir su rendimiento y capacidad laboral. Pero también existen profesionales

individualistas que no están acostumbrados a trabajar con colegas y mucho menos en un equipo multidisciplinario.

## **Conclusión**

El trabajo interdisciplinario proporciona la integración de los conocimientos, a partir del intercambio que realizan profesionales de distintas disciplinas dentro de un marco de coordinación, comunicación, revisión y análisis de los mismos.

Por ello, la co-mediación es una alternativa válida para resolver los casos complejos, o aquellos que contienen elementos importantes cuyas características exigen la experiencia y habilidad de distintas disciplinas, o bien, LA CO-MEDIACIÓN INTERDISCIPLINARIA ES UNA ALTERNATIVA PARA DARLE SOLUCIÓN AL PROBLEMA DE LA INCUMBENCIA PROFESIONAL EN EL ÁMBITO JUDICIAL.

## **1.7 MODELOS DE MEDIACIÓN**

El país donde más se ha desarrollado la medida alternativa de la mediación para llegar a acuerdos sobre conflictos y litigios es Estados Unidos y por ésta obvia razón, es en donde más se ha desarrollado la teoría basada en una experiencia ya muy sustentable que señalaremos a continuación.

En Estados Unidos se diferencian tres líneas de pensamiento que dan lugar a tipos diferentes de modelos de mediación:

1. El Modelo Tradicional – Lineal

2. El Modelo Transformativo

3. El Modelo Circular – Narrativo

El enfoque tradicional lineal viene de Harvard, que tiene diferencias fundamentales con los otros dos modelos.

La Mediación es un acto de comunicación, por lo tanto la forma de conceptualizar la comunicación es uno de sus elementos fundamentales y otro elemento base es el acuerdo al que se llega.

#### 1.7.1 **MODELO DIRECTIVO – LINEAL**

La comunicación es entendida en forma lineal, y consiste en dos individuos que se comunican, cada uno expresa su contenido y el otro escucha el contenido o no lo hace.

La función del mediador es ser un facilitador de la comunicación para poder lograr un diálogo que es entendido como una comunicación bilateral efectiva, está centrada en lo verbal.

**Causalidad Lineal:** Todo conflicto tiene una causa, el desacuerdo. No se consideran que son muchas las causas que pueden haber llevado al conflicto, no se toma en cuenta como factor determinante el contexto del cual procede el conflicto, pero si se trata de eliminar la percepción de errores del pasado que impiden la comprensión del presente y un acuerdo en el futuro.



**Método:** Se considera importante que las partes en un comienzo puedan expresar todo lo que sienten o lo que consideren importante, así permiten salir todas sus emociones y se cree que de esta forma se evitará que las emociones entorpezcan el proceso más adelante.

**Meta:** Su objetivo es lograr un acuerdo, disminuir las diferencias entre las partes, aumentar las semejanzas, los valores, es tan importante lo señalado, que si se producen estos dos hechos, el conflicto desaparece.

### **1.7.2 MODELO CIRCULAR - FACILITATIVO**

Este modelo entiende la comunicación como un todo, en el cual están dos o más personas y el mensaje que se transmite.

No hay una causa única que produzca un determinado resultado, sino que existe una causalidad de tipo circular, que permanentemente se retroalimenta. Este modelo ha tomado de otras áreas de las Ciencias Sociales, las investigaciones y las técnicas.

**Meta:** Este sistema pretende fomentar la reflexión y no la aireación de las historias, pero si cambia su significado, transformando la historia que traen a la sesión y lograr un acuerdo.

Complementando el tema de modelos de mediación, señalaremos además sus clases, desde distintos puntos de vista:

**Por su Origen:**

**Directa.-** Si las partes concurren voluntariamente a la mediación privada, en la que lo consensual, bilateral, oneroso y conmutativo se hace presente, es extrajudicial.

**Inducida.-** Es la constituida por la Ley, como la mediación prejudicial obligatoria, señalada en el C.P.C. Art. 403.

**Por el resultado:**

**Exitosa.-** Si hay acuerdo a través de un diálogo de calidad y una relación de respeto.

**Fracasada.-** Si es que no existe acuerdo, ni reconocimiento de acuerdo.

**Por el número de Mediadores:**

Singular si es uno.

Colectivo si son varios.

**Por el número de partes:**

Bilateral si son dos partes.

Plurilateral, más de dos partes.

Considerando el objeto de la mediación, pueden ser: familiar, patrimonial, empresarial, personal, marital, de amistad, comunitario, de los padres, de los profesores y mediación estudiantil.

La clasificación señalada es simple, considera el área, y la mediación luego adquiere una difusión progresiva.

### 1.7.3 MODELO TRANSFORMATIVO DE BUSH Y FOLGER<sup>19</sup>

Este modelo centra su fundamentación en lo relacional.

**Método:** Trata de obtener fundamentalmente: a) El potenciamiento del protagonismo, como algo que se da dentro de una relación, por lo cual las personas potencian los recursos que le permiten ser protagonista de su vida, al mismo tiempo que se hacen cargo, responsables de sus acciones; b) Es el reconocimiento del otro como parte del conflicto, es decir, el reconocimiento del protagonismo.

**Meta:** Pretende modificar la relación entre las partes, no importa si llegan a un acuerdo o no, no tiene como objetivo la resolución del conflicto, sino la transformación relacional, se busca relaciones comprensivas, lo cual dará paso a soluciones acordadas.

---

<sup>19</sup> BUSH, Robert, y FOLGER, Joseph.- “The Promise of Mediation”, Responding to Conflict through Empowerment and Recognition. Jossey Bass, San Francisco, U.S.A., 1994. Este modelo ha sido presentado en la Argentina por Barnett Pearce, en un seminario realizado en abril de 1995 por la Fundación Interfas.

## **CAPÍTULO II**

### **LA MEDIACIÓN**

#### **2.1 ANTECEDENTES**

La Mediación no es un proceso completamente nuevo, por el contrario las formas de resolución de conflictos en la que la tercera persona ayuda a los contendientes a resolver sus diferencias han existido desde que la tierra empezó a poblarse, por lo que no se trata de una nueva ciencia, sino del resultado de un proceso ya existente desde la aparición de las culturas más antiguas del mundo.

En la antigua China, la mediación era el principal recurso para resolver desavenencias. Según Confucio, la mejor solución de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo mutuo, y no mediante el litigio o la coacción. Confucio sostenía la existencia ininterrumpida de una armonía natural dentro de las relaciones del hombre y que solo la presencia de un adversario ponía fin a esta relación armónica, por ende el quebrantamiento de la paz.

En la actualidad en la República Popular China, se ejerce la mediación a través de instituciones denominadas Comités Populares de Conciliación y su legislación se caracteriza por la importancia que da al proceso de mediación para la solución de conflictos.

En el Japón, la mediación tiene una rica historia en sus leyes y en sus costumbres. Era el líder de un pueblo, el mediador quien ayudaba a sus ciudadanos a resolver sus desacuerdos. Se trata de una tradición enraizada en la vida común de los japoneses, a tal punto que en su sistema legal fue incorporado recientemente la mediación y la conciliación un poco antes de la Segunda Guerra Mundial, por lo que

---

en la actualidad se puede observar que en el Japón existe una relativa ausencia de abogados, y un escaso número de procesos judiciales.

Esta clara tendencia de la sociedad japonesa de optar por un proceso no adversarial para la solución de conflictos, a través de la mediación, podría en cierta forma interferir en el normal desarrollo del sistema procesal legal de ese país, por cuanto la sociedad ya está acostumbrada a ese tipo de arreglo informal.

En los Estados Unidos de Norte América se conoce que desde 1636 se practicaba la mediación, la sociedad de inmigrantes de la China creó la “Asociación Benevolente de China” (Chinese Benevolent Association) con la única finalidad de prestar ayuda a las familias y a los miembros de la comunidad residentes en ese país, para la resolución de sus conflictos a través de la mediación.

Algo similar sucede con la comunidad Judía norteamericana que estableció su propio foro de mediación llamado “Jewish Conciliation Board” en la ciudad de Nueva York. Recientemente, se puso en práctica diversos proyectos piloto para capacitar a mediadores eclesiásticos para la solución de conflictos familiares y personales a cargo del “Servicio Cristiano de Conciliación” (Christian Conciliation Service).

Los procedimientos más conocidos de mediación en los Estados Unidos, son las relacionadas con los obreros - patronales, que al igual que las familiares son por lo general conflictos personales, laborales, entre vecinos, de medio ambiente, etc., lo que ha determinado que se formen centros de mediación múltiples que proponían la creación de técnicas alternativas para el proceso de mediación, que por lo general se apoyaban en los antecedentes y experiencias en la solución de diferencias laborales.

A finales de los años sesenta surge en la sociedad estadounidense un interés mayor, comparativamente hablando con años anteriores, por poner en práctica estos procesos alternativos de solución de conflictos motivados principalmente por

numerosas presiones que producen la lucha por los derechos civiles, que en aquella época fueron vulneradas, al punto de que la población se vio cada vez más desilusionada por la lentitud de los trámites judiciales, por el enorme gasto que esos juicios les representaba, la pérdida de tiempo y la dificultad que tenían algunas personas de poder contar con una justicia equitativa.

La sociedad norteamericana propendió, por lo general, a presentar demandas por quejas y por agravios, lo que ocasionaba incalculable número de litigios y un descontento por este sistema judicial formal. Este tipo de inconformidades ocasionó un notable surgimiento de organizaciones y entidades que ofrecían prestar sus servicios de mediación.

En 1947, se creó en los Estados Unidos el “Federal Mediation and Conciliation Service” (FMCS) con el objeto de proporcionar servicios de resolución de conflictos de índole laboral e industrial. La acogida de este procedimiento tuvo tanto éxito que a partir del año de 1978, ofreció conocimientos altamente profesionalizados en la rama de la mediación que empezó a incursionar en otros sectores.

A mediados del año 1963, se funda la “Asociación de la Familia y la Corte de Conciliación” (Association of Family and Conciliation Court), organismo encargado de promover la conciliación familiar relacionada con las Cortes y Tribunales norteamericanos, además de promover el uso de la mediación como una alternativa viable para resolver litigios de orden familiar de carácter privado.

En 1964, se fundó dentro del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, “The Community Relation Service” por parte de los Derechos Civiles estadounidenses, con la finalidad de auxiliar en la conciliación de desavenencias raciales de la comunidad.

Otra organización como la “American Arbitration Association” (AAA) comienza a formular criterios más objetivos e incluso a capacitar a árbitros, mediadores y conciliadores para que puedan conocer y resolver conflictos

relacionados con el consumidor, la comunidad y asuntos domésticos. Esta organización conjuntamente con la Federal Mediation and Conciliation Service crearon la “Society and Professionals In Dispute Resolutions con la finalidad de preparar un mayor numero de los llamados neutrales, quienes están capacitados para resolver todo tipo de problemas.

En el año de 1980 el Congreso Nacional de los Estados Unidos, acogió favorablemente el interés que tenía la sociedad en cuanto a esta alternativa de solucionar conflictos por medio de la mediación y por esta causa, aprobó la Creación del “Centro de Disolución de Disputas”; que conocería a nivel nacional los programas alternativos para resolver los problemas bajo la administración del Departamento de Justicia.

A nivel local se crearon muchos centros de justicia de vecindarios y consejos de la comunidad, algunos de estos proyectos locales sirvieron de antecedentes para crear entidades actualmente establecidas.

Existen importantes organizaciones de orden local, regional y nacional que ofrecen servicios de mediación relacionadas con recursos naturales y de medio ambiente.

Hablando de antecedentes en nuestro sistema de mediación estamos obligados a referirnos al sistema incásico.

El Derecho incaico fusionó lo político con lo religioso y por esta razón su derecho sancionaba drásticamente delitos como atentados al culto, incumplimiento de funciones religiosas, así como desobediencia a las normas del imperio.

Se conoce que en la época incásica, el jefe de cada comunidad resolvía los conflictos de sus ciudadanos, y con su autoridad y experiencia dictaba una sentencia de tal manera que las partes no resulten mayormente afectadas, esta era una actitud

mediadora que constituía una especie de ordenamiento legal que era respetada y acatada por las partes.

Las leyes y reglas que regían a las instituciones incásicas se referían principalmente a la familia y a la propiedad de la tierra y su cambio ocasionó una gran resistencia cuando se le impuso el derecho castellano.

Con el nacimiento de la época republicana en el Ecuador se crea un sistema con un orden legal codificado por el poder del Estado, el Judicial, quien es el encargado de administrar justicia.

En la actualidad, el Sistema Judicial Ecuatoriano desprestigiado a nivel nacional e internacional, la falta de seguridad jurídica y el incumplimiento de las normas, han determinado que el sistema alternativo de justicia, a través de la mediación, tenga un auge muy relevante.

El antecedente más directo y próximo que tiene nuestra ley de Arbitraje y Mediación constituye el proyecto presentado para que sea discutido en la Asamblea Constituyente y que se convirtió en el Art. 191 de la Constitución Política del Estado vigente.

Estas reformas dieron rango constitucional a normas paralelas de resolución de conflictos que existieron ya en el Derecho ecuatoriano y que constan en el Código de Procedimiento Civil, como la Ley de Arbitraje Comercial y las disposiciones sobre el contrato de transacción del Código Civil.

El Proyecto de ley fue patrocinado por el asambleísta José Cordero Acosta, representante de la provincia del Azuay, documento que se da ingreso al trámite con el número 10162 de la Secretaría del Congreso Nacional, con fecha 22 de abril de 1997, este proyecto pudo ingresar a formar parte de nuestro procedimiento de medidas alternativas de justicia, en relación con el Art. 18 de la Constitución Política



del Ecuador que incorpora este sistema de negociación como procedimientos alternativos más idóneos y expeditos para la solución de las controversias.

## **2.2 LA LEY DEL ARBITRAJE Y MEDIACIÓN EN EL ECUADOR**

La Constitución Política del Estado en su Art. 191 establece en el inciso tercero:

Art. 191.- “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional...

... Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos con sujeción a la ley”

Desde aquí nace la Mediación en el Ecuador en su norma suprema.

La norma constitucional mantiene estrecha relación con el Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano que en el Art. 3, inciso final define a la jurisdicción convencional.

“Art. 3.- (Clases de Jurisdicción).- La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, prorrogada, preventiva, privativa, legal y convencional....

...Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las partes, en los casos permitidos por la ley”. Esta es la jurisdicción que tiene la mediación.

La Ley de Arbitraje y Mediación tuvo una formación relativamente larga, tiempo durante el cual se dio la oportunidad de discutir su contenido en distintos foros, por lo que podemos decir que es una verdadera ley de consenso entre los diferentes sectores involucrados con la temática de solución alternativa de conflictos.

En 1996, la Cámara de Comercio de Quito, a través de su Centro de Arbitraje y Mediación, presenta un documento que contenía un proyecto de reforma a la Ley de Arbitraje Comercial dictada mediante Decreto Supremo No. 735 ,de 23 de octubre de 1963, y publicada en el Registro oficial No. 90, de 28 de octubre de 1963.

Esta iniciativa fue presentada a la Corporación Latinoamericana de Desarrollo (CLD), institución que venía trabajando en el tema de solución alternativa de conflictos, y que tenía experiencias en la redacción de propuestas de reforma legal.

CLD conforma en Guayaquil, en agosto de 1996, un grupo de trabajo encargado de estudiar la propuesta de la Cámara de Comercio de Quito.

Este grupo de trabajo fue integrado por Jorge Egas Peña, Juan Falconí Puig, Ramón Jiménez Carbo, Eduardo Carmigniani Valencia, y tuvo la presencia de Ramiro Salazar y Alexandra Villacís como delegados de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, respectivamente. El trabajo fue realizado por todos los miembros del grupo ad honorem.

Luego de varias reuniones del grupo, se tomó la decisión, en base al documento presentado por la CCQ, realizar una propuesta global, es decir presentar un proyecto de Ley, no una reforma a la legislación vigente.

Luego de meses de trabajo, un anteproyecto fue presentado a instituciones involucradas en el tema, abogados, árbitros y expertos, recibiendo sugerencias, muchas de ellas recogidas antes de su presentación al H. Congreso Nacional.

El Congreso conoce el proyecto, en primer debate, el 8 de mayo de 1997 y es aprobado en segundo debate, el 8 de julio de 1997. La ley fue publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997.

Es importante destacar la activa participación de la Comisión de lo Civil y lo Penal del H. Congreso Nacional y muy en particular, de quien entonces la presidía, el Dr. José Cordero. Sus sugerencias para el perfeccionamiento del proyecto y su decidido apoyo para su aprobación, fueron determinantes para la existencia de tan importante marco legal. De igual manera, en lo referente a la mediación comunitaria, que originalmente no estaba prevista en el proyecto, tuvo la activa participación del CIDES (organización no gubernamental), con el respaldo del Diputado Carlos Vallejo.

La vigencia de la Ley de Arbitraje y Mediación en el Ecuador dio origen a los MASC, favoreciendo su mayor uso y así también la inclusión de regulaciones que han abierto las puertas a que en diversas leyes especiales contengan normas que posibiliten el uso, especialmente del arbitraje y de la mediación como formas válidas de solución de conflictos, por ejemplo la Ley de propiedad Intelectual en su art. 374.- dice “Toda controversia en materia de propiedad intelectual, podrá someterse a arbitraje o mediación conforme con la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial No. 145 de 4 de septiembre de 1997”.

En la actualidad, en el Ecuador las instituciones públicas y privadas usan la mediación para resolver conflictos, tomamos como referencia la publicación del diario El Comercio de julio del 2005, que en su parte pertinente la transcribimos:

### **2.3 “LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS USAN LA MEDIACIÓN”**

“La Mediación como procedimiento para solucionar conflictos, dejó de ser una herramienta de uso exclusivo de personas particulares para extenderse a las instituciones.

En los últimos años ha crecido el número de entidades públicas y privadas que recurren a los centros de mediación, en busca de una solución extrajudicial, rápida.

Temas candentes, como la crisis de las cárceles del país por ejemplo, se analizaron en la Dirección Nacional de Mediación de la Defensoría del Pueblo. Representantes de la asociación nacional de internos y del Ministerio de Gobierno buscan, una salida en conjunto al conflicto.

Igualmente litigios como los del Banco de los Andes y Filanbanco pasaron de los juzgados al centro de Mediación de la Función Judicial de Quito en busca de una solución práctica.

También han recurrido a esta modalidad empresas del Municipio Metropolitano de Quito, el Seguro Social, el Banco de la Vivienda, la Escuela Politécnica del Ejército y otras.

El Centro de Mediación de la Superintendencia de Compañías es una de las pocas dependencias especializadas en tratar problemas institucionales. Desde el año anterior en que funciona el centro de Mediación de la Superintendencia de Compañías se han tramitado once casos de los cuales ocho han sido resueltos con efectividad.

Según los expertos la mediación está creciendo en número e importancia. El Consejo de la Judicatura tiene registrado 92 (actualizado a la fecha), centros de mediación a nivel nacional.

La aprobación y el registro en la Judicatura es uno de los requisitos para el funcionamiento legal de estas dependencias.

Mientras los centros de mediación crecen en el país los centros de arbitraje son limitados.

Según la revista Iberoamericana de Arbitraje Comercial, en el Ecuador existen 6 centros en Guayaquil, Quito y Cuenca, en tanto el aumento de los centros de mediación crece no solo en las principales ciudades, sino en comunidades y etnias.

En el Azuay, Cañar, Guayas, El Oro, Los Ríos, Loja, Morona Santiago, Pastaza, y Zamora Chinchipe, hay personas que se capacitan.”<sup>20</sup>

## **2.4 CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN**

Para comprender el alcance y el valor de la mediación, es necesario señalar sus principales características, que de acuerdo a Roberto Bianchi, son las siguientes:

Para que pueda producirse la mediación necesitamos:

**2.4.1 DISPUTA EXISTENTE.-** Debe existir un conflicto en el cual las partes no han llegado a un acuerdo o han fracasado en la negociación directa.

**2.4.2 ACTUACIÓN DE UN TERCERO ACEPTADO.-** Este es el mediador o mediadores que han aceptado su actuación y para lo cual han suscrito un contrato de mediación, o cuando las partes solicitan la mediación y las otras han aceptado en su totalidad.

**2.4.3 IMPARCIALIDAD O NEUTRALIDAD.-** En la Mediación es una característica vital para que sea un éxito el proceso de mediación. El Mediador no puede parcializarse, ni realizar actos y conductas que impliquen favorecer a una de las partes.

---

<sup>20</sup> Diario El Comercio. Martes 19 Julio 2005

**2.4.4 AUTODETERMINACIÓN DE LAS PARTES .-** Son las partes las que se auto obligan y se someten al procedimiento acordado asistido por el mediador, es decir, que aceptan trabajar buscando el diálogo sin ninguna coacción y también están libres de llegar o no al acuerdo.

**2.4.5 CONFIDENCIAL.-** Está contemplado en la ley que la mediación debe ser confidencial, ya que lo dicho en la audiencia no puede ser utilizado en un proceso judicial o arbitral, ni podrá llamarse al mediador a actuar como testigo. Además, queda inhabilitado a actuar como árbitro, asesor o apoderado de un caso en que haya participado como mediador. La Confidencialidad estricta tiene muchas finalidades.

Persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica, sin que ella rebase los límites que los interesados disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienes dominan el centro de gravedad del conflicto y no entorpece la independencia judicial.

La Dra. Gladys Álvarez, Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal de Argentina dice: “Confidencialidad es una nota definitoria de la mediación y en nada afecta esta característica al órgano jurisdiccional ni a su investidura. Cuando al juez se le pide la homologación de un acuerdo celebrado por los interesados no es de práctica que se indiquen los motivos por los cuales se arribó al mismo ni en las conversaciones habidas entre las partes. Es un derecho de ellas realizar convenios y si han pactado la confidencialidad ésta debe ser respetada”.<sup>21</sup>

Se establece un código de ética en el cual impide que la persona que haya mediado en un asunto pueda ser quien finalmente resuelva la causa, como juez, a

---

<sup>21</sup> ALVAREZ, Gladys.- “Mediación para Resolver Conflictos”, Buenos Aires, 1996.

través de una sentencia; como así tampoco podrá actuar como abogado o asesor de alguna de las partes en el conflicto pendiente.

En la primera reunión de mediación, el mediador expone que es confidencial todo lo que se exprese y para constancia de ello firman un acuerdo de confidencialidad. Este convenio impedirá que todo lo que se diga en la sesión trasciendan el marco de la mediación y pueda ser utilizados en juicio.

El deber de confidencialidad se releva cuando el mediador toma conocimiento de la existencia de violencia contra un menor, violación o estado de peligro de él, o de la tentativa o comisión de un delito que dé lugar a una acción pública y cuando una de las partes autoriza al mediador a comunicar a la otra la información que se ha suministrado en el caucus o sesión privada.

**2.4.6 VOLUNTARIA.-** Las partes libremente se someten a la mediación. Esta asignación no delega derecho alguno, para que los interesados resuelvan.

Es para muchos la más atractiva de las características para satisfacer un conflicto mediante este método.

Las partes inician el proceso de mediación por propia decisión, pueden determinar qué información revelan u ocultan, pueden decidir si llegan a un acuerdo o no, y puede retirarse en cualquier momento de la mediación, sin reclamo alguno de la otra parte o la decisión de continuar en él.

El hecho de ser voluntaria, solicitada por las partes, antes de concurrir a los tribunales, mejorará aún más estos buenos resultados.

**2.4.7 FLEXIBLE.-** El sistema de Mediación se caracteriza por crear un contexto más flexible para la solución de conflictos. Se adapta y es aplicable a todo tipo de conflictos generados entre los individuos. Cabe destacar que el proceso judicial no es flexible y está estrictamente normado por los códigos procesales.

La mediación pretende solucionar el problema de fondo, y si existe ya una acción ante la función judicial, el acuerdo debe tener una relación justa con lo planteado en la litis.

Son las partes que llegan a una solución, la cual puede ser total o parcial. El mediador las fomenta y ayuda a encontrar soluciones que satisfagan a ambas partes y que las sesiones no se salgan de un ámbito de serenidad y diálogo.

Sara Cobbn, recomienda que en el proceso de mediación las partes deben sentirse cada vez más involucradas en el tema sobre todo, en el ánimo de llegar a un acuerdo por sus propios meritos y con sus argumentos, estas proyecciones deben ser fomentadas por los mediadores influenciando en el estado de ánimo de los actores.

**2.4.8 RÁPIDA Y ECONÓMICA.-** La mediación ha crecido rápidamente en los países en los cuales se ha establecido como forma de solución de conflictos.

En la mediación se tienen en cuenta dos aspectos del conflicto:

- a) El tema de discusión
- b) La relación entre las partes

Estos aspectos están ligados, al hecho de tomar en cuenta el aspecto relacional del conflicto y las consecuencias que pueden tener para la relación, cuando se solucionen, ha sido una eficaz ayuda para preservar relaciones, al sacarlas del campo de la confrontación que puede llegar a ser destructiva. Esto no sólo tiene aplicación en el campo familiar sino en las relaciones comerciales, porque permite seguir teniendo buenas relaciones para un futuro.

Estos beneficios que se han observado en el campo de las relaciones dentro de la mediación pueden deberse al hecho, que en este sistema de justicia a medida que se satisfaga los intereses de las partes, satisfacción que es propiciada por los actores,



no se puede hablar de ganadores ni perdedores por que son un resultado de la equidad.

Clarificando el concepto señalaremos que equidad para Cabanellas es: “La fidelidad y paralelismo con que lo acompaña, llevaría a decir que la equidad es la sombra del Derecho, si cuanto de ella se ha pensado y escrito desde los albores de la humanidad no la presentaron como su luz y complemento ante la oscuridad o desamparo de la norma legal o frente a rigores y estragos de su aplicación estricta. Ya que por su etimología del latín equitas, igualdad, implica la idea de relación y armonía entre una cosa y aquello que le es propio, y se adapta a su naturaleza íntima.”<sup>22</sup>

Se producen acuerdos creativos, las partes tratan de encaminar su conflicto a un plano satisfactorio, para asegurar que se focalice la solución a las oportunidades del futuro en vez de las del pasado. Así la mediación cambia las reglas del juego, dando rapidez y su costo es accesible a todos por igual.

Sin autor especificado, la página Web de Mediación, señala como las principales características las siguientes:

1. Es una negociación asistida: En la Mediación las partes actúan por sí mismas; las partes actúan, negocian y proponen las soluciones.
2. Es un acto voluntario: Las partes deciden participar o no en el proceso de mediación y ponerle fin a cualquier momento y no están obligadas a llegar a un acuerdo.
3. Es un proceso que tiende al acuerdo y/o a la reparación.
4. Se basa en el principio ganar/ganar (no tiende a la competencia).

---

<sup>22</sup> CABANELLAS, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental. Editorial Heliasta Buenos Aires Argentina 1979

5. El mediador utiliza una estructura ya pautada y técnicas específicas para alcanzar los objetivos.
6. Está basada en el principio de confidencialidad. Es decir que el mediador y las partes no pueden revelar lo sucedido en las sesiones; salvo con la autorización de las partes.
7. La Mediación no está sujeta a reglas procesales. El procedimiento es absolutamente informal y flexible.
8. El acuerdo de Mediación parte de los propios interesados, protegiendo así los intereses de ambos.

## **CAPÍTULO III**

### **ESTRUCTURA DE LA MEDIACIÓN**

#### **3.1 LOS PASOS DE LA MEDIACIÓN**

##### **3.1.1 INGRESO AL PROCESO**

En doctrina existen varias formas o pasos para ingresar a la mediación, nosotros señalaremos el camino que según nuestro criterio nos parece el más adecuado, así combinaremos varios aspectos teóricos de la materia.

**PRIMERO.-** Cuando el o la interesada ha elegido el centro de mediación, o solicita los servicios de mediación a un profesional mediador independiente. Si se trata de un centro de mediación, tiene que llenar un formulario de admisión, que a su vez le será enviada a la otra parte en disputa conjuntamente con una carta de invitación a someter a mediación la controversia existente. En cuanto al contenido de la carta, debe contener toda la explicación posible acerca de la mediación, sus ventajas, o beneficios y conveniencia en comparación con el litigio judicial.

El mediador independiente especialmente si se trata de un abogado mediador puede también enviarle un escrito mediante un oficio o carta de igual manera con todas las explicaciones acerca del proceso de mediación.

Al respecto hay un criterio de que este requerimiento a comparecer a mediación que lo hace una parte a la otra se lo puede hacer similar a la vía judicial, con todas las solemnidades de la demanda para que tenga mayor fuerza de ley,

advirtiéndole que de no aceptar, esta negativa será utilizada como prueba en su contra en la contienda judicial de no querer solucionar el conflicto, al respecto se dice lo siguiente:

“Para conseguir que el demandado responda a la citación, puede resultar útil un encabezamiento muy formal, al estilo del juzgado. Como los casos derivados por alguna autoridad, como policías, jueces y centros asistenciales, tienen más probabilidades de llegar a mediación, no es mala la idea sugerirle al demandante que presente su demanda en la comisaría o en algún centro asistencial y que pida que deriven el caso a mediación. En otros casos, la citación puede llevar la amenaza implícita de que si no comparece a mediación, el demandante presentará el caso en el juzgado”.<sup>23</sup>

Sobre esta implícita advertencia, si es conveniente o no, a mi modo de ver, no es conveniente, puesto que la mediación se caracteriza por la voluntariedad, por tanto al amenazar a demandarlo en juicio, en caso de negarse a ir a la mediación, equivale a socavar la voluntad de la otra parte.

Por otro lado, el aparecimiento de los nuevos métodos alternativos de solución de controversias como la mediación, se debió a que el sistema administrativo de justicia, no responde eficientemente a la demanda de justicia, y además que responde a un principio litigioso, adversarial y hasta de violencia, entonces mal puede la mediación que tiene una filosofía pacifista valerse de algún modo del sistema judicial.

La citación puede producirse de varias maneras: por carta, por teléfono, personalmente.

Nosotros estimamos que la citación personal es la más importante, a pesar de que produce una impresión fuerte, que probablemente se ablandará con la forma como se invite a la mediación y los gestos que se utilicen para ello.

---

<sup>23</sup> SPARVIERI, Elena.- “Principios y Técnicas de Mediación”, Pág. 32.

**SEGUNDO.-** Cuando las dos partes han acordado de manera voluntaria someter la resolución del conflicto a mediación, pueden de manera libre y voluntaria escoger los servicios de mediación a cualquier centro de mediación, o al mediador independiente. Tratándose de un centro de mediación, estos generalmente tienen un modelo de formulario de admisión a la mediación que tienen que llenar y firmar las partes, en el mismo puede constar la naturaleza del conflicto, cual es la aspiración buscada, el objeto o pretensión que se solicita, y los nombres, dirección, teléfono y más requisitos de ley, de acuerdo con la Ley de Mediación, que dice:

**Art. 45. -** “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”.

Hay que hacer notar que entre los requisitos para la demanda judicial que señala el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, se añade que, en la solicitud de mediación se puede señalar el número telefónico, puede también de ser necesario anotar el número de fax, Internet, así la mediación se sirve de la tecnología moderna para facilitar la comunicación entre el mediador y las partes.

### **3.1.2 CONTRATO DE MEDIACIÓN**

Antes de que se firme el contrato de mediación entre el mediador y las partes, estos últimos deben ser bien informados, para lo cual se establece una sesión inicial que tiene como finalidad lo siguiente:

- Suministrar a las partes en conflicto información del proceso y aclarar los temas que hay que resolver;
- Permitirles las preguntas necesarias acerca del proceso de mediación;

- Que las partes puedan valorar al mediador;
- Que también el mediador pueda darse cuenta si las partes están dispuestas a colaborar en la mediación.

Una vez firmado el formulario de admisión, se procede a suscribir el contrato de mediación, entre las partes y el centro de mediación, o del mediador independiente, en el mismo tiene que constar todas las solemnidades que la Ley de Mediación estipula, comparecientes, dirección domiciliaria, números telefónicos, condiciones, conocimiento, el objeto de la mediación, conocimiento de la mediación, el compromiso de voluntariedad y confidencialidad, honorarios del mediador, cláusula de responsabilidad y más cláusulas pertinentes.

En asuntos de familia, como en los demás casos las partes deben ser bien informadas sobre la metodología de trabajo, el compromiso que tienen en adelante para sortear las dificultades, que tengan buena disposición de llegar a un acuerdo satisfactorio, de tratar de separar las situaciones afectivas con los intereses en disputa que son los que entorpecen la mediación, así, si las partes tienen dificultad de comparecer juntos a suscribir el contrato de mediación, pueden hacerlo por separado o con la presencia de sus abogados que avalen el proceso.

### **Diálogo entre las partes en conflicto**

El diálogo entre las partes es el requisito fundamental para que se lleve a cabo el proceso de mediación, por esta razón hay que considerar algunos aspectos referentes a la validez del diálogo y la comunicación especialmente en asuntos familiares.

Cuando en el seno de una familia surge cierto tipo de problemas en gran medida hay la posibilidad de que puedan solucionarse por la misma pareja previo acuerdo como las condiciones para el divorcio, alimentos, tenencia de los hijos, visitas y más asuntos de familia.

En tal virtud, estos acuerdos previos dan como resultado que muchas parejas se divorcien pacíficamente a través del divorcio por mutuo consentimiento, pero hay casos en que la pareja en conflicto por sí sola tiene dificultad para ponerse de acuerdo en las condiciones previas al divorcio, por muchas causas especialmente de carácter subjetivo, pues en asuntos de familia hay de por medio una fuerte carga afectiva entre las partes que pueden ser positivas y negativas como el amor, el odio, lo que dificulta cualquier acuerdo, es ahí donde es válido optar el procedimiento no adversarial como la mediación, que con la ayuda de un profesional como el mediador permitirá abrir un espacio apropiado, para que las partes puedan dialogar y manifestar sus posturas, sus demandas, sus reclamos y hasta sus desconfianzas para que el mediador pueda determinar cual es en realidad la situación de fondo, que responda, que satisfaga en gran medida a los intereses de las dos partes.

Entonces el elemento básico para que las partes se sienten a negociar, es el diálogo y la comunicación, no sólo entre las partes, sino también con el mediador, sea en conjunto o por separado haciendo caucus. Ortemberg al respecto sobre el tema dice:

“Esta etapa equivale al proceso de conocimiento en los pleitos. Lo singular es que, en estos casos, el conocimiento implica una transformación en cada parte, de su manera de ver y analizar los diferentes puntos de la controversia. Por un lado, para poder determinarlos y, por otro, para poder analizarlos con mayor serenidad...”<sup>24</sup>

El diálogo permite que el mediador pueda resumir y clarificar las historias y los hechos que cada parte relata, enmarcar las cuestiones susceptibles de resolución, una vez que se ha identificado el problema de fondo a resolver.

---

<sup>24</sup> ORTEMBERG, Osvaldo.- “Mediación Familiar”, pág. 114.

## Negociación

Es la fase más crucial, es aquí donde se hacen las ponencias, y pretensiones de las partes, donde el mediador interpone sus buenos oficios para acercar a las partes para que resuelvan el conflicto. En esta fase comprende las reuniones acordadas que se van a llevar a cabo durante el proceso de mediación.

La fase de la negociación, es la fase más importante del proceso de mediación, es la fase en donde el mediador debe sacar a relucir toda su capacidad, sus conocimientos, y además aplicar las técnicas e instrumentos acordes al problema para que tenga éxito la mediación.

A pesar de que la mediación se caracteriza por tener cierta informalidad, es decir, que el orden o los pasos a seguir no tienen la rigurosidad como en las contiendas judiciales, no es menos cierto que debe tener una estructura y un orden que faciliten el trabajo de mediación.

Los diferentes tratadistas de mediación, dan una serie de estructuras, como también de etapas o fases que tiene que seguir el proceso de mediación, pero en esta investigación tomaré como modelo el esquema de Dupuis, y lo analizaré tomando en cuenta el criterio de otros autores:

- “Sección conjunta inicial: Discurso de apertura: 1. Presentación del mediador y de las partes; 2. Explicación de los objetivos de la mediación, de la función del mediador y de las pautas de trabajo.
- Relatos de antecedentes y posiciones de las partes: 1. Información de antecedentes y fijación de posiciones de las partes; 2. Recopilación de antecedentes; Preguntas y parafraseo;
- Generación de opciones: 1. Reformulación; 2. Escucha activa;



- Búsqueda de la solución: 1. Sesiones conjuntas; 2. Sesiones privadas;
- Solución definitiva del problema, Sesión conjunta final: 1. Acuerdo; 2. Desacuerdo”.<sup>25</sup>

### **Sesión inicial conjunta**

Tiene como finalidad y objetivos suministrar información más detallada acerca del proceso, lograr la confianza de las mismas, y obtener información acerca de la disputa y las personas involucradas en ella, una vez que el mediador ha recopilado toda la información posible del caso a mediar, también que las partes puedan hacer las interrogaciones pertinentes, según como se presenten las partes quizás haya que improvisar algo diferente en cuanto a como empezar a dirigir la audiencia, es menester hacer una exposición inicial formal para describir las responsabilidades del mediador, su actitud y las reglas a seguir para conducir la audiencia.

Una de las cosas más importantes de la sesión inicial conjunta es que el mediador debe mostrar su buen perfil, creando un ambiente apropiado que permita que las partes se sientan con confianza, para lo cual es recomendable que el mediador elija el lugar donde deben sentarse cada una de las partes, y los testigos si los hubiere, esto permite establecer un orden de jerarquía e imponer respeto.

### **Discurso de apertura**

El discurso de apertura comienza con la intervención del mediador dando la bienvenida a las partes, según Sparvieri, discurso de apertura tiene como objetivo lo siguiente:

“...Es un intento de estructurar la reunión y de sentar las jerarquías para evitar el desorden. Al mismo tiempo es la ocasión de crear un clima de confianza y apertura al diálogo adecuado al proceso de mediación. Los contendientes ingresan a la sala de

---

<sup>25</sup> DUPUIS, Juan.- “Mediación y Conciliación”, pág. 56.

mediación en estado de estrés emocional que no favorece el cambio de actitud que requiere toda negociación”.<sup>26</sup>

A) Presentación del mediador y de las partes.- El mediador se presenta y luego presenta las partes, testigos y abogados, si los hubiere, con sus respectivas direcciones. En esta fase el mediador permite romper el hielo y la tensión de las partes, además la presentación de las partes le permite relajar los estados emocionales. El mediador tendrá mucho cuidado de establecer con la presentación el equilibrio apropiado, es decir, no demuestre cierta inclinación a ninguna parte en la atención:

“Este equilibrio no sólo se habrá de traducir en las palabras, sino también en las actitudes, miradas, trato e incluso en la ubicación de los sitios en la mesa de negociaciones.

Esta etapa es de suma importancia porque los primeros movimientos del mediador, deben originar un sentimiento positivo de las partes, brindándole seguridad a ellas mismas, como así también en lo que hace al perfil de imparcial y confiable que debe tener el mediador”.<sup>27</sup>

B) Explicación de los objetivos de la mediación y de las pautas de trabajo.- A pesar de que las partes ya recibieron previamente a la suscripción del contrato las explicaciones acerca del proceso de mediación de manera teórica, el mediador debe volver a dar todas las explicaciones necesarias que satisfaga el interés de las partes en controversia, y entre los puntos que debe acarrear son los siguientes:

- Que la gestión del mediador es de principio neutral e imparcial, que puede excusarse si las condiciones amerita, o pueden también las partes recusarlo si notan cualquier signo de parcialidad.

---

<sup>26</sup> SPARVIERI, Elena.- “Principios y Técnicas de Mediación”, pág. 38.

<sup>27</sup> DUPUIS, Juan Carlos.- “Mediación y Conciliación, pág. 56

- Que su deber ético es de guardar el secreto de confidencialidad, la información que reciba de cualquiera no va a ser revelada a la otra parte, a no ser con la autorización expresa, tampoco puede revelar a terceros, así para garantizar la confidencialidad de la mediación; las notas, apuntes y grabaciones posteriormente al proceso serán destruidas y borradas. Otro punto que garantiza la confidencialidad del mediador es que no puede ser llamado a declarar en juicio sobre los hechos que se trataron en la mediación.
- Debe aclarar el mediador que la mediación es voluntaria, por lo cual, en cualquier momento pueden las partes dar por concluido el proceso, de igual manera él puede dar por finalizada la mediación, si ve que no hay avance en los logros, o si ve la existencia de cuestiones insalvables difíciles de sortear.
- Que el mediador puede convocar a reuniones conjuntas y por separado, y que pueden también ser solicitadas por las partes.
- Y entre otros aspectos, debe reiterar que la mediación es un método pacífico de resolución de controversias, y por lo cual las partes deben comportarse a la altura de esa condición, respetándose mutuamente y al mismo proceso.

Haynes, nos da un modelo de encabezamiento en el discurso de apertura una vez que se ha realizado la bienvenida y las presentaciones de rigor, y que dice:

- “La finalidad de este encuentro es de explicarles como funciona la mediación, y darles la oportunidad de hacerme las preguntas que quieran sobre ella para que puedan decidir lo más apropiado para ustedes.

- Trabajaré con ustedes en todo lo que esté a mi alcance, para identificar todo aquello que debería incluirse en su Acuerdo de Separación.
- Empezaré ayudándoles a elaborar presupuestos para determinar cual es el costo de vivir separados.
- Utilizando esta información junto a la de sus ingresos respectivos, les ayudaré a negociar los temas relativos a las pensiones: si se establece alguna, en que cantidad, en que forma, y por cuanto tiempo.
- Les ayudaré a identificar todos los bienes matrimoniales.
- Les ayudaré a valorarlos y también a dividirlos de forma equitativa.
- Les ayudaré a pensar sobre todos los temas referidos del futuro de las relaciones con sus hijos, partiendo de la idea de que aunque ustedes se están separando como cónyuges, siempre serán el padre y la madre de los niños y ellos siempre los necesitarán.
- Y haré todo esto en el contexto de que no hay perdedores. Por eso cuidaré que no queden temas sin tratar, y lo haremos con todo el detalle que sea necesario.
- De cualquier forma, lo que no podré hacer por ustedes, es decirles lo que tienen que hacer.
- Compartiré ideas que han servido a otras parejas en situaciones similares, dándoles una amplia gama de opciones en cada punto sobre el que deban llegar a un acuerdo.

- Sé que algunas veces me pedirán “Díganos que hacer”, pero no podré contestarles porque no seré yo quien tenga que vivir con ese acuerdo, sino ustedes.
- Por eso debe ser un acuerdo que contemple sus necesidades.
- Cada uno de ustedes pueden abandonar el proceso de mediación en cualquier momento en que éste deje de adecuarse a las necesidades.
- Mientras ustedes continúan el proceso y logran consensos, yo iré tomando notas de ellos y al concluir redactaré el acuerdo que cubra todo aquellos a los que hayan llegado en la mediación.
- Podrán llevar a su abogado, para que revise el convenio, y con base a él se redactará el Acta Final.
- Luego presentarán al Juzgado para homologar el acuerdo, y para tramitar el divorcio.
- Por eso cuidaré de que ustedes, se ocupen de todos los aspectos necesarios, gestionaré el conflicto, les ayudaré a desarrollar una amplia gama de opciones entre qué elegir, llevaré un registro de todos los acuerdos a que lleguen y los pondré por escrito. Ahora tienen alguna pregunta que hacerme”.<sup>28</sup>

### **Importancia del discurso de apertura**

El discurso de apertura es importante por cuanto ayuda a establecer las reglas básicas y el rol del mediador, además que asienta el control de la audiencia por parte

---

<sup>28</sup> HAYNES, John.- “Fundamentos de la Mediación Familiar”, Geocities.com.

del mediador, sirve para que los presentes se sientan cómodos, comunica la sensación de que el mediador tiene seguridad y está adiestrado, invitándoles a confiar en él y en el procedimiento, permite que reconozcan y acepten la discordancia entre lo que creían poder obtener a través de la mediación y la realidad.

Por último, en el discurso de apertura, el mediador debe utilizar los términos apropiados que sean comprensibles para las partes, por lo tanto debe omitir cierto vocabulario especializado y difícil de entender, por lo tanto hace falta encontrar las palabras justas dependiendo el nivel educativo y cultural de las personas que intervienen, también se debe tomar en cuenta la observación y análisis del lenguaje corporal de las personas que intervienen en la mediación.

### **3.2 RECOLECCIÓN DE INFORMACIÓN**

El mediador debe recopilar toda la información obtenida del relato de las partes, determinar algunas causas, pero buscar si hay otras causas subyacentes o generadoras del conflicto que directa o indirectamente revelan las partes, el mediador puede también recopilar ciertos datos escritos, documentos que las partes exponen en su relato, que le puede servir de elementos de prueba para determinar la causa real o naturaleza del conflicto, para luego ayudar a establecer los verdaderos intereses y diferenciarlos de las posiciones.

### **3.3 IDENTIFICACIÓN DE LOS TEMAS A DILUCIDARSE**

En el desarrollo de esta etapa es importante que el mediador logre de las partes el identificar los problemas y hechos comunes tratando los mismos directamente con las personas en pugna, evitando que se echen la culpa entre ellos y evitando juzgar la culpa ajena ya que involucra a las personas firmemente en el problema, la finalidad es que ellos mismos expliquen desde su propia óptica el problema, como lo

entienden y que sean ellos quienes lo establezcan; para lo cual el mediador necesita ejercer destrezas que incluyen el parafrasear, resaltar y aclarar. El éxito de este tipo de destrezas consiste cuando el mediador logra permanecer en una posición siempre neutral.

Una vez que las partes han identificado los problemas y se hayan puesto de acuerdo respecto a los mismos, será necesario decidir cuál de ellos tendrá que ser resuelto primero, es decir, cuando ha sido identificado el problema, las partes trabajarán conjuntamente a fin de priorizarlo. Los mediadores deben tener en mente que son los responsables del proceso, mientras que las partes trabajan en la solución de sus problemas, jamás el mediador hará preguntas acerca de posiciones, tan solo se limitará a formular preguntas clarificadoras para determinar la naturaleza del desacuerdo, sin que éstas se confundan con un interrogatorio dentro del proceso, peor aún insinuar consejos ya que al hacerlo se podría confundir a las partes y frustrar el proceso al aparentar ejercer un dominio dentro de la mediación.

Ubicar el conflicto, desentrañarlo en su núcleo, es un importante paso para que la mediación, en términos de equidad y equilibrio, se produzca; al respecto señalaremos que se puede mediar y resolver necesidades, de ahí la importancia de conocer de qué clase son y determinar sus prioridades, si es del caso.

### **3.4 AGENDA DE TRABAJO PARA DIVIDIR EL TEMA EN PARTES FACTIBLES**

#### **3.4.1 OPCIONES PARA SOLUCIONAR EL PROBLEMA**

Dentro del proceso de mediación esta etapa es muy interesante por ser la más creativa, en donde la asociación de ideas y el desarrollo de opciones van tomando forma. Cuando los problemas han sido identificados y priorizados, el mediador

asistirá a las partes en la búsqueda de posibles soluciones. Una forma de generar posibles soluciones, es elaborando una lista de posibilidades que se puede obtener a través de la denominada lluvia de ideas, que consiste en una manera rápida de desarrollar cantidades de ideas sin juzgarlas, cada una de estas servirán para obtener la solución esperada:

1.- Permite a la gente escuchar ideas.

2.- Por lo general una idea lleva a otra, en este momento todos deben reservarse su juicio sobre las ideas que se expresan y deben estimularse la más amplia producción de ideas. Durante esta fase es muy importante revestirse de mucha paciencia, las posibles soluciones vendrán de las personas que tienen el problema.

Los mediadores por lo regular, no ofrecen soluciones. Algunas veces es difícil para las personas pensar en opciones de solución. Para estimular la creatividad durante esta fase, el mediador plantea a las partes que son ellos quienes están en posibilidad de desarrollar o sugerir cualquier tipo de solución. Si después de un sustancial período de tiempo las partes no han propuesto soluciones, pero al mediador se le ha ocurrido alguna, éste podrá sugerir añadir la suya en la lista de potenciales soluciones.

Cuando el listado de alternativas se ha completado, el mediador tiene que someterlas a una especie de prueba de realismo. El mediador deberá pedir a las partes que describan las consecuencias que puede ocasionar cada una de las sugerencias o posibles soluciones. Estas tendrán que someterse a una depuración realista, es decir, ir escogiendo a aquellas que se acoplen a una franca realidad en el sentido de que el arreglo sea satisfactorio para ambas partes, ninguna de ellas deberá salir perjudicada, por el contrario todos pueden lograr un acuerdo satisfactorio en el que los involucrados ganen.



### **3.4.2 NEGOCIACIÓN**

Para lograr una alternativa de propuestas, las posibles soluciones deben basarse en principios, los principios son méritos e intereses de las partes, no en presiones, para lo cual hay que concentrarse en los méritos del problema no en el temple de las partes, y para ello necesariamente debemos estar abiertos a las razones. Por lo regular las negociaciones basadas en principios de méritos e intereses producen acuerdos prudentes en forma amistosa y eficiente. Mientras más criterios de equidad, eficiencia, o respaldo científico pueda aducir en un caso, más probable será que se logre un acuerdo final que sea prudente y equitativo o que sea menos vulnerable.

Se debe evitar que la discusión se base sobre posiciones, ya que retardarán el acuerdo y tensiona a menudo la relación entre las partes y a veces dificulta lograr acuerdos exitosos. El mediador debe alentar a las partes a discutir, analizar y revisar de principio a fin las consecuencias de las soluciones que se han propuesto. Son las partes las que critican las potenciales soluciones que puedan hacer viable la alternativa que más convenga a sus mutuos intereses y necesidades. Además, el mediador les asistirá en la comprobación del realismo de sus propuestas.

No necesariamente ayuda a las partes escoger una de las opciones de un listado elaborado de opciones, puede suceder que se tienda a confundir en un momento dado, por lo que es aconsejable, al momento de aproximarse a una decisión, adoptar una forma sencilla de negociación. A esta negociación se le puede dar una figura de canje, o simple intercambio de rasgos u opciones que se deseen, eliminando otras posibilidades no sujetas de negociación. En esta fase, donde se tomarán las decisiones basadas en hechos reales, donde el mediador analizará las futuras consecuencias de las opciones que se han desarrollado y al igual que los criterios objetivos de las decisiones. Cabe recordar que en ocasiones, el mediador asume una confrontación directa para facilitar las decisiones.

El mediador puede reconocer el bloqueo y, posteriormente, explicar sus puntos de vista respecto a la resistencia hacia la decisión. Otra técnica que a veces funciona

para motivar la toma de decisiones, es quitar poder al participante que presente una conducta difícil o renuente. Otra técnica podría ser también hacer recaer la responsabilidad de toma de decisiones en los participantes para confirmar que son ellos, los interesados, quienes deben elegir las opciones. Para darle un giro sutil a esta responsabilidad que por lo general es abrumadora, simplemente se recordará a las partes que optaron por un proceso por medio del cual, si no se llegare a lograr soluciones definitivas, se producirán conflictos a futuro.

Es muy probable que uno de los participantes llegue a pedir algún consejo sobre la opción a elegir al mediador, realmente éste momento será uno de los más difíciles para el mediador ya que no está facultado para ello, no obstante si podrán recordarles los patrones que pueden rodear cada opción, podrán revisar el entorno de cada problema, así como datos estadísticos o sociológicos; pero no se podrá llegar más allá de una recomendación general de orden normativo o psicológico.

Una vez que se obtenga un acuerdo satisfactorio mutuo, y se elabore un plan que contemple estos acuerdos en mediación, éstos serán sujeto de revisión a través de una serie de sesiones específicas para ello, tanto de los acuerdos, del plan y del documento en sí, como de las posibles revisiones o cambios que se puedan dar a futuro, para lo cual se establecerán políticas legales de revisión acordadas en el documento o en el acta de mediación. Estos actos son legítimamente aceptados dentro del proceso.

### **3.4.3 ACUERDO PARCIAL**

En cuanto al acuerdo, la versión final deberá ser por escrito y redactada en una forma clara, sencilla y equilibrada, contendrá los valores, plazos, fechas e idioma establecidos y escogidos por las partes; cada una de las partes tendrá una copia del documento y se les recordará sus obligaciones al respecto, incluyendo la confidencialidad. Señalar que las partes en forma libre y voluntaria se sometieron a

este procedimiento extrajudicial. No se establecen culpables en el acuerdo, el Acta de Mediación tiene efecto de sentencia, cosa juzgada y se cumple por vía de apremio real, como así lo dispone el Artículo 47, inciso cuarto de la Ley de Arbitraje y Mediación.

También podría introducirse una cláusula penal, es decir la fijación de una multa o penalidad para la parte que incumpla el acuerdo o convenio establecido.

Recordemos que no todas las disputas se pueden someter a mediación y también que existe la posibilidad de que en ciertos casos no se llegue a acuerdo alguno, en este caso el mediador no tendrá más que agradecer por la buena intención de las partes al intentar someterse a este proceso para arreglar sus desavenencias y más bien animarles a considerar otras opciones posibles que sean compatibles con sus intereses y necesidades. Se podría pensar en una negociación o arbitraje, dependiendo el tema.

Una vez que el acuerdo haya sido discutido, redactado, leído, revisado y corregido, se elaborará el documento definitivo, de tal suerte que las partes se sientan conformes y acepten el contenido del documento. Acto seguido, las partes procederán a la suscripción del mismo, debiendo contar también la firma del mediador para formalizar este acto.

El problema no resuelto con un nuevo acercamiento y nuevas propuestas podría resolverse, si no sucede el arreglo esperado, se puede recurrir directamente en la justicia ordinaria.

### **3.4.4 ACUERDO TOTAL**

Previa a la etapa inicial de la mediación, se firmará el respectivo formulario de solicitud de mediación a un Centro de Mediación o a un mediador independiente. Es recomendable que en la primera etapa se trate y se ponga en conocimiento de las partes sobre el Contrato de Mediación, el mismo que será suscrito por el mediador y las partes.

En esta fase se pondrá a prueba la capacidad del profesional, su propósito será el establecer un clima de confianza adecuado para dejar en claro las bondades de este proceso, se elaborará conjuntamente un plan que satisfaga la voluntad de las partes y por sobre todo dejar en claro que el proceso de mediación es un método alternativo para solucionar sus diferencias, en el cual las partes en disputa se someterán voluntariamente a este proceso en el que interviene un tercero imparcial llamado mediador, quien conocerá, estudiará y analizará el origen del conflicto, y será quien facilite la búsqueda de posibles soluciones a sus desavenencias.

El contrato podrá elaborarse en presencia y con la participación de las partes, lo cual es lo más aconsejable ya que de esta forma ayudará a relajar la tensión de las partes, además de crear un ambiente propicio para poder adquirir compromisos con relación al contenido mismo del contrato, habrá casos en que los Centros de Mediación se sujeten a contratos impresos previamente elaborados.

El contenido del contrato hará referencia básicamente:

1. Al procedimiento al que se sujetarán los involucrados.
2. Al reglamento al que se regirán.
3. A los términos de confidencialidad del proceso.

4. Al tiempo que durará cada sesión y sus reglas.
5. La planificación del procedimiento por parte del mediador, sin comprometer a las partes directamente.
6. Al tipo de acuerdo al que se pretenda llegar.
7. A la renuncia de las partes en el sentido de requerir o solicitar que el mediador rinda testimonio en algún procedimiento judicial o causa legal.
8. El honorario del mediador según el tiempo invertido.

Es importante que al final de la sesión en esta primera etapa, se revise abiertamente la firma del contrato de prestación de servicios del mediador, que además de ser necesario es un aspecto legal que se acordará con las partes. El costo u honorario por este concepto se podrá calcular en base a la cuantía o por acuerdo entre las partes. En algunos Centros de Mediación aplican un esquema tarifario previamente aprobado por el directorio, corresponderá a las partes el acordar entre ellas quién deberá asumir los costos de la mediación.

Por lo general los involucrados mostrarán una conducta algo ambivalente, esta circunstancia depende de la capacidad que demostre el mediador en esta primera fase, si se mostrare competente y convencido del proceso, sin duda creará un ambiente de seguridad y confianza logrando que cualquier actitud de defensa de las partes se vaya poco a poco desvaneciendo. Esta estrategia facilitará también lograr un acuerdo cognoscitivo para con el proceso y para el pacto de honorarios.

Como señalé en el inicio de este capítulo, lo que acabamos de determinar es el camino más usado para instrumentar la mediación, tenemos sin embargo otras formas más estilizadas, y según mi criterio no por eso más eficaces.

Una forma de mediación es la siguiente:

### **1. Primera etapa.- Apertura del proceso de mediación.-**

Se encuentra dividido en los siguientes puntos:

- Recepción y presentación personales.
- Ubicación en el espacio
- Explicación de las características del procedimiento

Refiriéndonos a esta última podemos señalar que las características son: neutral, voluntario, colaborativo, confidencial, protagónico de las partes.

Además las reglas de la mediación durante el proceso, serían:

Respeto mutuo, hablar por una vez, eventuales sesiones privadas, firma del convenio de confidencialidad, asegurarse la comprensión de lo que se establece.

Las reuniones de la mediación pueden ser una o más audiencias, con un tiempo variable de duración.

Durante la mediación se producen reuniones públicas o reuniones conjuntas, privadas o individuales y reuniones de equipo.

Las reuniones públicas o conjuntas son aquellas en las cuales están presentes todas las partes involucradas en las disputas y el mediador o equipo de mediación.

En las reuniones privadas solo está el mediador o el equipo de mediación con una de las partes.

En las reuniones de equipo solo están los mediadores que han intervenido el mediador para poder reflexionar y construir una historia alternativa sin la presencia de las partes.

Normalmente las partes se reúnen en sesión conjunta, y pueden o no utilizarse reuniones en privado, habrá supuestos que solamente se utilicen reuniones privadas todo depende de cada mediador y de las circunstancias de las partes.

Cuando se produce el discurso inicial del mediador, todas las partes se definen como enfrentadas en el conflicto pues se encuentran en una misma sala con el mediador.

El mediador debe intentar 3 objetivos:

- Información a las partes y orientación del procedimiento
- Obtener la confianza de las partes
- Conseguir información acerca del problema y las personas involucradas.

Cada mediador debe encontrar una manera de comunicar la información en sus propias palabras y estilo, el discurso de apertura debe ser claro y conciso utilizando un vocabulario sencillo y fácil de entender.

La exposición debe abarcar todas las características del procedimiento en una forma suficientemente breve para mantener la atención y el interés de las partes.

## **2. Segunda etapa.- Comprensión de la perspectiva de las partes.-**

El Mediador: Abre las negociaciones, establece un tono abierto y positivo, toma notas personales, pregunta detalles importantes, maneja las interrupciones,

ayuda a expresar emociones y a transformar la ira, delimita áreas y cuestiones a discutir, explora posiciones, necesidades, intereses, sentimientos y valores.

Luego del discurso inicial, el mediador pedirá a las partes que digan cuáles son los antecedentes del conflicto, cómo surgió el mismo y cómo los afecta; y, por supuesto, qué es lo que en ese momento desean.

Es necesario que el mediador mantenga su equilibrio emotivo mientras obtiene dicha información que impida que las partes se salgan del relato con temas accesorios, ayudándoles a que se sientan cómodas a pesar de las diferencias y si se puede que cada uno comprenda las necesidades de la otra.

El mediador debe ceder la palabra, de esta forma, hará frente abiertamente a las tendencias emocionales más importantes y pone de manifiesto una imagen de las interacciones.

Se debe detallar con las partes, la posibilidad de seguir trabajando en futuras reuniones, se debe preguntar cómo les gustaría que sean, la frecuencia con la que se van a realizar, esto dependerá del interés que demuestren en seguir con la mediación.

### **3. Tercera etapa.- Clarificación de intereses y necesidades.-**

De la información sobre las posiciones se pasa a las necesidades, para hacerlo el mediador debe hacerse la pregunta ¿Qué es lo importante para el participante en esta situación?, la manera de conseguirlo sería a través de técnicas como:

Preguntas abiertas, preguntas circulares, parafraseo, y secuencia comunicacional.

Parafraseo.- “Es la explicación o interpretación ampliativa del contexto para ilustrarlo o hacerlo más claro o inteligible.”<sup>29</sup>

---

<sup>29</sup> Diccionario de la Real Academia del Idioma. Editores Rotapapel S.L. 2005. Pág. 1138



El objetivo de parafraseo es ayudar a entender en otros términos, en otras palabras a los involucrados en la mediación.

Secuencia.- “Serie de actos colectivos en un mismo hecho, es decir los hechos o los pronunciamientos son continuos al fin”<sup>30</sup>

Las preguntas son técnicas, para generar diferencias, y estas pueden ser:

**Preguntas abiertas.-** Son aquellas que nos ayudan a comprender ciertas partes del conflicto, a que las partes expresen de una forma detallada la pregunta que ha sido formulada por el mediador, las respuestas deben ser amplias por lo cual obliga a la parte a desarrollar lo que va a decir.

Es importante que no se den cosas por supuestas, la información que recibe debe ser la necesaria y suficiente para construir esa idea.

Las preguntas hipotéticas nos permiten abrir alternativas, en las cuales no estamos preguntando sobre lo que fue, sino que puede haber otras posibilidades.

**El parafraseo.-** Es resumir con las palabras del mediador, lo que han dicho las partes, tomando solo los hechos y la necesidad que subyace en el relato del que habla.

El objetivo del parafraseo es: Permitir al mediador confirmar datos, intereses, sentimientos, valores de las partes, mostrar que el mediador escucha, comprensivamente, lo que ayuda aclarar, ordenar, e identificar lo que la persona que habla quiere expresar.

---

<sup>30</sup> Pequeño Larrouse Ilustrado. Ediciones Larrouse. 1964

**Reunión Privada.-** Es una técnica muy útil durante una audiencia de mediación, el mediador debe ver si son necesarias las reuniones por separado, recordando las reglas aplicables a estas reuniones, manteniéndose la confidencial y neutralidad.

Hay cuatro características de la reunión privada que se aconseja su utilización:

1. Cuando la parte no está estimulando lo negativo de la relación, cada participante esta tranquilo, menos enojado y en consecuencia se encuentra libre de expresar sus problemas y necesidades.
2. La otra parte no se encuentra presente por lo cual el participante se ve tranquilo de expresar en una forma más directa y ser flexible ante el conflicto.
3. Cuando la parte contraria no este presente, el mediador puede actuar libremente y en forma intima con cada uno de los participantes, sin temor a parecer parcial.
4. El mediador puede urgir a la parte que vea las posibilidades de resolver el problema.

Las reuniones privadas se deben realizar cuando se ha llegado a un estado de estancamiento o cuando el mediador advierte que las partes están reteniendo información necesaria e indispensable en el proceso o cuando hay actitud hostil en las partes.

#### **4. Cuarta etapa.- Facilitación de la comprensión y reconocimiento de necesidades mutuas.**

Ayudar a cada parte a ponerse en el lugar del otro, facilitando la comunicación recíproca de los intereses y necesidades de cada uno.

En esta etapa se espera una mayor comprensión en la relación entre las partes y en la forma de comprender y visualizar el problema definido en el comienzo del proceso.

Las partes deben sentir que se puede llegar a algo, sea un acuerdo parcial o total, esto crea confianza y ganas de continuar con la mediación.

El hecho de fijar día y hora para una nueva reunión, compromete a las partes a continuar, es un pequeño acuerdo que demuestra la buena voluntad de las mismas.

Lo importante, no es que se solucione de una vez el problema, sino que la meta es que las partes recorran todo el proceso, el cual posiblemente finalizará en varias secciones.

#### **5. Quinta etapa.- Reencuadre del conflicto y generación de opciones.**

En esta etapa el mediador debe ayudar a las partes hacer la transición de la justificación individual y de la acusación recíproca a la cooperación y a la construcción de soluciones del problema, debe hacerse un resumen de la perspectiva de cada una de las partes y presentarlas a las dos.

#### **6. Sexta etapa.- Evaluación, acuerdo, cierre de la mediación**

Siempre hay varias soluciones posibles en la mesa:

1. Las partes se ponen total o parcialmente de acuerdo en las condiciones del convenio y lo dejan por escrito
2. Las partes no llegan a ningún acuerdo por lo cual no justifica seguir con más reuniones.

3. Una de las partes no quiere continuar o ambas deciden retirarse o el propio mediador entiende que no están dadas las condiciones para continuar.

En estos casos lo usual es que se deje constancia de ello mediante un acta escrita donde se suele indicar el resultado obtenido.

## **CAPÍTULO IV**

### **EL MEDIADOR**

#### **4.1 CUALIDADES DEL MEDIADOR**

El Mediador debe tener una formación y una vocación que le permita desarrollar una serie de capacidades para lograr lo que pretende en la Mediación, una justicia distributiva y equitativa.

Oswaldo Alfredo Gozaini señala así el perfil del Mediador:

“Son enumeradas como necesarias e imprescindibles las capacidades siguientes para ser un buen Mediador: a) confiable, b) buen oyente, c) perceptivo, d) conocedor del conflicto, e) poseedor de una seria intención de ayudar, f) Hábil para la comunicación, g) imaginativo, h) flexible, i) neutral, j) imparcial, k) paciente, l) de buen humor, ll) persuasivo, m) sigiloso (respeta la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto), n) creativo, o) capta los intereses distinguiéndolo de las posiciones, q) conciliador, r) eficaz, s) conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto.”<sup>31</sup>

Acudir a los medios alternativos para solucionar conflictos, constituye un movimiento nuevo en formación. Respecto a quien es la persona idónea para resolver conflictos, vemos que no son aquellas insatisfechas con su profesión, sin ninguna preparación o que no han tenido éxito en su carrera.

---

<sup>31</sup> GOZAINI, Oswaldo Alfredo. Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1995

Actualmente las distintas legislaciones establecen una calificación mínima y hacen referencia a distintos requisitos: título profesional, comportamiento, experiencia, formación por cursos, conocimientos e imparcialidad.

Se manifiesta que son las partes quienes, con conocimiento de la persona, deberían escoger a aquella que la consideran más idónea, pero por supuesto requiere tener una calificación adecuada.

Las cualidades para ser un buen tercero imparcial no se pueden medir por la colección, de títulos, sino considerando su desempeño en la práctica, basado en la formación y aprendizaje.

En la práctica, por la inobservancia de las cualidades mínimas, mucha gente se encuentra con mediadores no aptos, para el desempeño de la función.

Un mediador no apto presenta las siguientes señales de peligro.

- Se concentra únicamente en la parte económica del conflicto o presiona a las partes a buscar una solución.
- No usa las herramientas adecuadas que ayudan a las partes a relajarse y negociar.
- Se centra en los abogados e ignora a los interesados.
- Desconoce la esencia del conflicto.

En el proceso de Mediación, el mediador está facultado para ayudar a las partes a lograr un arreglo equitativo, prudente, honesto, razonable, objetivo y real. Las actividades centrales en el proceso son el intercambio de información y la negociación, actividades que deben llevarse a cabo mediante sesiones conjuntas o separadas, o de las dos formas.

El proceso de Mediación comienza usualmente con la exposición de cada una de las partes de sus puntos de vista en una negociación cara a cara. Después de la presentación inicial de los puntos de vista de cada parte sobre la situación, y, dependiendo de los asuntos involucrados, el mediador puede abrir sesiones privadas con cada parte.

La Mediación funciona mejor cuando se realiza mediante un procedimiento privado y confidencial. La confidencialidad ayuda al mediador a despertar confianza de las partes y a establecer con ellas una relación constructiva. La confidencialidad sirve también para que las partes se sientan seguras al proporcionar información. Crea un espacio de seguridad en donde las partes pueden compartir sus necesidades e intereses sin miedo a represalias.

La mediación se compone de algunas fases, entre las principales de una forma general podemos describirla de la siguiente manera:

## **1. Examen del caso**

La mediación no es una panacea y no todo caso es apropiado para aplicarla. Después de iniciado cualquier caso de mediación, el mediador debe buscar la respuesta a dos preguntas muy específicas: ¿Este asunto es propiamente materia de mediación?, y ¿Las partes en este asunto están listas para el proceso?

Algunos tipos de conflictos no podrán ser materia de mediación por tratarse de transgresiones graves de normas o porque la Ley manda que la conducta que los origina sea sancionada. Por otro lado, en otros países, hay casos que están por Ley sometidos a mediación. Despejada esta cuestión, el mediador debe mirar a las partes y analizar si entre ellas existe mucha diferencia de poder, si las partes están muy polarizadas o atrincheradas en sus posiciones como para negociar de buena fe. La mediación es probablemente menos efectiva si no hay la voluntad de llegar a acuerdos de buena fe.

## **2. El mediador describe el proceso**

A pesar de que las partes o una de ellas conozcan lo que es la mediación, es útil y conveniente que el mediador explique el proceso en presencia de las dos partes, en la sesión conjunta. De esta manera, todas las partes compartirán la misma información. Este paso se cumple en la explicación inicial del mediador al inicio de la primera sesión, previo a este paso, el mediador debe estar consciente del comportamiento de cada parte hacia la otra.

Si hay un alto nivel de hostilidad entre las partes, será necesario que el mediador ponga énfasis en exponer las reglas de juego desde el comienzo de la sesión de manera que las partes no vuelvan a repetir el mismo comportamiento que les llevó al conflicto, el respeto mutuo es la regla fundamental. Es importante recordar que a lo largo de todo el proceso, el comportamiento del mediador es el modelo para el comportamiento de las partes en disputa.

## **3. El mediador asiste a las partes para el intercambio de información y negociación**

Es facultad del mediador cumplir tareas como reunir la información pertinente al problema a tratarse, el estructurar los asuntos que van a ser discutidos, el aislar los puntos de acuerdo con los puntos en desacuerdo, es fundamental el generar opciones o alternativas de solución, el mediador debe ser hábil para estimular compromisos a fin de que se logre cerrar el asunto.

El intercambio de información empieza cuando el mediador toma el contacto inicial con las partes y éstas empiezan a educarse una a otra acerca de la dinámica de la controversia, por ejemplo, ¿hay posiciones atrincheradas, hostilidades antiguas, percepciones equivocadas o una pobre comunicación? La información no se limita solo a los aspectos sustantivos de la discusión no a los hechos, sino que incluye los sentimientos, actitudes y formas de pensar de las partes.



Las partes en disputa van a la mediación con muchas cargas. En un primer nivel, llevan el conflicto que los llevó a recurrir a la mediación: la custodia de un niño, un arriendo no pagado, un divorcio, un contrato incumplido, etc. En otro nivel, hay un componente emocional. A menudo las partes pueden estar confusas, enojadas o heridas cuando creen que han sido ofendidas o tratadas injustamente. Otras partes pueden tener la necesidad de que se le pida disculpas. Estos aspectos emocionales pueden presentar verdaderos tropiezos y obstáculos para una mediación exitosa.

Por tanto, el mediador debe tener habilidad para percibir, entender y tomar nota de estos sentimientos y poner de manifiesto las agendas ocultas (Una agenda oculta es un propósito no expresado, una intención secreta que no se pone de manifiesto en la mesa de negociación), si se quiere que el acuerdo final satisfaga los reales intereses y necesidades de las partes.

El proceso de adquisición de la información inicial es un prelude necesario para estructurar o enmarcar los asuntos en discusión, encontrar y separar los puntos de acuerdo y generar opciones para un acuerdo. Es importante recordar, sin embargo, que la mediación no es un proceso lineal, sino un proceso interactivo y sobre la marcha. Dentro del proceso la información se adquiere y se reinterpreta constantemente. Los asuntos se estructuran y reestructuran en la medida en que la información fluya y se refina.

#### **4. El mediador asiste a las partes para redactar el acuerdo.**

Los acuerdos logrados a través de la mediación son orales y deben convertirse en un documento escrito sin variación alguna del contexto, se sugiere que todos los acuerdos logrados se los haga por escrito.

Lo que parece haberse logrado como puntos de acuerdo durante la discusión de las partes, bien puede perderse cuando los acuerdos se reducen a un escrito. Por tanto, el desafío en la redacción es prevenir y evitar nuevas disputas que puedan surgir acerca de los términos del acuerdo.

El tono del acuerdo tendrá que ser positivo y enfatizar aquello que las partes han acordado no hacer más que lo que se ha acordado. Aunque haya buenas razones para que en ciertos casos la redacción sea algo vaga, es indispensable determinar los plazos para el cumplimiento de lo acordado, a fin de cerrar el acuerdo. El mediador deberá considerar también si las partes quieren incluir una cláusula por la cual ellas retomarán a la mediación si se produce una violación del acuerdo logrado.

El mediador es una tercera parte neutral que ayuda a las partes a encontrar soluciones satisfactorias. Una de las funciones principales es equilibrar el poder de las partes en todo momento del proceso, por lo que su rol no es pasivo, ya que no puede permitir que una parte sea superior a otra.

El trabajo del mediador se centra en eliminar las posiciones, devolviendo a las partes sus intereses y necesidades; buscando que haya relación entre sus problemas y sus posibles opciones de solución.

El mediador trabaja mediante sesiones para facilitar el diálogo entre las partes y que el mismo se oriente a la búsqueda de los acuerdos, superando los juicios sobre el otro, sobre la situación, sobre el pasado, sobre él mismo.

Su actuación debe ser integral y estratégica, es decir, atacar todos los problemas que pudieren aparecer en las sesiones, sin olvidar que las partes que sostienen un conflicto cruzan por un momento doloroso y que es muy duro y difícil para ellos estar en presencia de un extraño contando sus problemas íntimos. Es cuando entre dentro de su círculo de acción y en la medida de esos condicionantes, es el mediador, quien realiza los enlaces y combinaciones.

## 4.2 QUIÉN PUEDE SER MEDIADOR

El inciso 2 del artículo 48 de la Ley de la materia señala:

“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”.

Por su parte el Proyecto de Reglamento a la Ley establece:

**Art. 36.- “LA AUTORIZACIÓN DE MEDIADORES.-** Solamente los centros de mediación que cuenten con un programa de capacitación de mediadores y con el respectivo aval académico de una institución universitaria, podrán otorgar autorización para ser mediadores. Las personas que aspiren a obtener una autorización como mediadores deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- a) Acreditar capacitación teórico, práctica en mediación de un mínimo de 70 horas, impartida por un centro de mediación con aval académico universitario. El centro de mediación establecerá las normas para determinar la equivalencia de la capacitación recibida en otro centro o en el extranjero. Esta equivalencia deberá contar con aval académico;
- b) Rendir satisfactoriamente las pruebas que el centro de mediación requiera para comprobar el nivel de conocimiento y la pericia del aspirante a mediador, en el manejo de la mediación; y,
- c) Los demás que establezca el reglamento interno de cada centro.

Las personas que cumplan con los requisitos establecidos en este artículo, previo a recibir la autorización escrita del centro para actuar como mediadores, serán

registrados por este ante el Consejo Nacional de la Judicatura. En el certificado de autorización otorgado por el Centro deberá constar el número de registro asignado por el Consejo.

**Art. 37.- La autorización de un mediador independiente.-** Para otorgar la autorización a un mediador independiente, el centro de mediación deberá verificar que el aspirante además de cumplir con los requisitos establecidos en el artículo precedente cumpla con los siguientes:

- a) Tener una tabla de honorarios.
- b) Suscribir un compromiso de sujeción al Código de Ética del centro;
- c) Fijar un domicilio; y,
- d) Los demás que establezca el reglamento interno de cada centro.

Como vemos, todo mediador necesita la autorización de un centro de mediación, que la obtendrá por medio de una capacitación teórica práctica con aval académico universitario, su nivel de conocimiento y pericia se comprobará a través de pruebas; el reglamento además faculta a los centros a establecer otros requisitos a través de un reglamento interno.

Creemos que no basta una capacitación por tiempo determinado, es necesario además calidad y excelencia en dicha capacitación, permitiendo al mediador desempeñarse con propiedad en sus funciones, se requiere pues un entrenamiento serio y continuo (actualización) para tener los conocimientos teóricos y prácticos. A cada centro le corresponde reglamentar la manera de renovar la autorización a los mediadores cada dos años, según el artículo 40 del Proyecto de Reglamento a la Ley, suponemos que recibirá esta autorización solo aquel mediador idóneo para continuar mediando.

Por otro lado, la capacitación no solo debe ver las técnicas de mediación, sino una formación jurídico – legal que le permita conducir el proceso sin desconocer ni violar derechos y garantías que por razones de orden público, seguridad, justicia, el Estado reconoce a los ciudadanos.

Es por esa consideración que en otros sistemas legales se exige como requisito para ser mediador ser Abogado.

En Argentina por ejemplo, a pesar de que un sector creía que bastaba el título universitario, la Ley exige que sea el de abogado sin hacer diferencias con el extranjero. Claro está que profesionales del derecho son los llamados a ocupar estas funciones de mediadores, ya que con sus conocimientos y sus experiencias, ayudan al entendimiento del conflicto, pues han estudiado la conducta humana, no así aquellos de áreas técnicas cuya carencia de conocimiento de conflictos, necesidades, intereses, diálogos, etc., puedan causar inconvenientes.

El mediador abogado – si no sufre claro, de psicosis litigante, desempeñará un buen papel al conocer los límites y consecuencias jurídicas de la mediación, o podrá desempeñarse sutilmente como abogado del diablo verificando si las personas están conscientes de la situación legal, o costos de otras alternativas (juicio) que solo lo pueden conocer si lo han experimentado; por ello además en Argentina se exige un mínimo de dos años como Abogados.

En la Ley (Art. 53, inciso 1) y en el Proyecto de Reglamento (Art. 34, literal a), se señala que para registrar a un centro de mediación es necesario que cuente con las debidas instalaciones, y facilidades, creemos que aunque dicho proyecto no lo señala, este debe ser también un requisito para los mediadores independientes. También establece que todo mediador previo a obtener la autorización del centro será registrado por este, ante el Consejo Nacional de la Judicatura.

Bianchi manifiesta que hay que considerar pautas objetivas que garanticen tanto a los aspirantes como al público que recurre a la mediación, señala las dimensiones a considerarse para establecer el perfil de un mediador.

Investigación, empatía, imparcialidad, generar opciones, generar acuerdos, manejo de la interacción y conocimiento sustantivo.

El autor cita además los lineamientos provisionales de selección de mediadores a los que se refiere Sherman Mark.

“Habilidad para expresarse, por escrito, comunicación oral, comunicación no-verbal, capacidad para realizar entrevistas, estabilidad emocional, sensibilidad, integridad, capacidad para reconocer valores, imparcialidad, capacidad de organización, capacidad para seguimiento del proceso, compromiso”.

Esta serie de cualidades que debería tener una persona para ser apta como mediador requieren ser consideradas por los centros de mediación que son los que conceden la respectiva autorización.

Existen casos específicos y especiales que necesitan la intervención de un mediador también con conocimientos especiales, de acuerdo al tipo de caso se podrá determinar el número de mediadores que intervendrán, o si es el caso para evitar preocupaciones de género se puede realizar una co-mediación de un hombre y de una mujer que a la vez permitirá un control de calidad. Todos estos aspectos dependerán mucho de los recursos disponibles. (Grover Duffy).

### **4.3 TÉCNICAS DEL MEDIADOR**

El mediador, mediante la técnica de la indagación a las partes, debe intentar lograr objetivos para que la mediación resulte eficaz.

El mediador fundamenta su trabajo sobre un modelo de comportamiento basado en un diálogo abierto y flexible, en una situación de conflicto, para el restablecimiento de una comunicación activa entre las partes.

La doctrina en mención fue obtenida de los seminarios de Mediación judicial dictada en la ciudad de Quito del 12 al 13 de abril de 1999 por Thelma Butts Griggs y Jessica M. Notini, J.D. Conciliadores Internacionales.

Las técnicas adecuadas que le permiten indagar sobre las expectativas manifestadas y encubiertas:

**Manifiestas:** Posiciones (lo que quieren obtener)

**Encubiertas:** Los problemas pueden en un momento dado o permanentemente, no aparecen, a pesar de constituir su objetivo principal. Necesidades, Intereses (Razones que fundamentalmente les preocupan)

Requiere una disposición especial en el mediador que podría traducirse en: detenerse, escuchar, respetar, distribuir equitativamente su tiempo y su atención.

Para que la mediación sea eficaz, debe restablecer al menos momentáneamente la comunicación y para ello viene en su ayuda una secuencia comunicacional que podríamos traducir así:

**PREGUNTAR:** Sobre las necesidades, intereses, preocupaciones y sentimientos por esta situación.

**ESCUCHAR:** Es una actividad que requiere receptividad interior, concentración, interés, atención y paciencia.

**COMPRENDER:** La comprensión se realiza en dos niveles:

- a) La comprensión de los hechos.
- b) La comprensión de las emociones que se manifiestan.

**MOSTRAR RECONOCIMIENTO:** El mediador debe manifestar y mostrar el reconocimiento a través de un resumen o parafraseo del relato. Demostrar reconocimiento no quiere decir estar de acuerdo, sino comprender lo que la parte manifiesta que le está sucediendo a raíz del conflicto.

La utilización de resúmenes o parafraseo por parte del mediador va estableciendo una base de confianza para la expresión de las necesidades. A su vez el reconocimiento de las necesidades, sin crítica, provocará la tranquilidad necesaria para poder pensar las cosas de otro modo.

**ESTIMULAR LA REFLEXIÓN:** Nunca está demás insistir sobre la importancia de favorecer la reflexión durante todo el procedimiento. Cuando el mediador necesite trabajar como agente de la realidad, mediante preguntas abiertas, estimulará la toma de conciencia acerca de los límites impuestos por la realidad. Luego de la aceptación del límite, lo que no siempre es posible, podrá construir una salida al conflicto que esté dentro de las expectativas de ambos.

Así, el mediador debe estimular adecuadamente la reflexión mediante los recursos comunicacionales, conceptuales y procedimentales que definen su tarea.

El mediador goza de entera libertad para elegir la técnica más adecuada al caso en mediación, pero de ninguna manera podrá prescindir del conocimiento completo y total del porqué las partes llegaron al conflicto y, en caso de haber intentado un acuerdo previo, la razón por la cual el mismo ha fracasado.

Esto lleva al mediador a transformar las posiciones que estancan la comunicación entre las partes, para volver a ser protagónicas y encarar la negociación.



#### **4.4 COMPETENCIA DEL MEDIADOR**

Desde el punto de vista jurídico legal, competencia: “Es la facultad para ejercer la jurisdicción, respecto de una determinada materia, de una cuantía grado y en relación a determinadas personas”.<sup>32</sup>

Es decir, la competencia es la potestad que tiene un Juez o Tribunal para resolver los conflictos que la Ley a puesto bajo su esfera, se llama competencia.

Aplicando estos conceptos señalados a la mediación, nos corresponde decir que la mediación no tiene Juez, que el mediador no es Juez, ni siquiera es parte de la mediación, son las personas que están en conflicto quienes resuelven su problema, el mediador ayuda, colabora, estimula, impulsa un acuerdo, pero en ningún caso resuelve, no podemos entonces hablar de competencia del mediador.

No podemos hablar de competencia procesal del mediador no es Juez, no es árbitro, no es un amigable componedor, es un guía que señala el camino para la solución de un conflicto.

#### **4.5 JURISDICCIÓN DEL MEDIADOR**

El Código de Procedimiento Civil, en su Art. 1, define a la Jurisdicción como: “El poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los magistrados o jueces establecidos por las leyes”.

---

<sup>32</sup> AVSOLOMOVIC CALLEJAS, Alex.- “Nociones de Derecho Procesal”, Editorial Jurídica de Chile, 1965.

Esta definición no involucra en su seno a la mediación ni a sus resultados, porque mientras la jurisdicción es un poder que el Estado entrega a un organismo denominado FUNCIÓN JUDICIAL para que imponga justicia entre las partes, la mediación es un acuerdo de voluntades entre las partes y el mediador es sólo un samaritano, un amigable componedor.

### **Capacitación del Mediador**

Se constata la existencia de cursos y actividades de capacitación para jueces y funcionarios judiciales, en el marco de las Escuelas de Jueces y de Academias Judiciales y de la Magistratura, o por medio de convenios con escuelas de derecho de las universidades.

Muchas de estas jornadas, talleres y seminarios tienen una promoción y un financiamiento relacionados con entidades, agencias públicas o con fundaciones privadas de carácter internacional, que son importantes sostenedores de estos programas en cada país.

Hay también una gran cantidad de publicaciones (desde cartillas hasta Manuales y Textos de Estudio) que dan cuenta de una amplísima gama de metodologías, instrumentos y también de propuestas educativas, con contenidos y objetivos distintos. Algunas experiencias y equipos han logrado sistematizar sus prácticas y han elaborado propuestas educativas importantes, que han podido difundir para el aprovechamiento de otros, especialmente en el marco de redes continentales y programas de colaboración y de cooperación internacionales (AID, Programas del BID, Programas Agencia Cooperación de Canadá, Fundación LIBRA, Red de Reformas a la Justicia).

Si bien se ha avanzado en los diseños técnicos y jurídicos de los ADR, y es constatable que existe una creciente expectativa en relación con los resultados a alcanzar, se observa que la viabilidad de aprendizajes basados en experiencias, las capacidades para construir, registrar y difundir informaciones confiables, y la debida

consideración de las condiciones específicas de los diversos contextos, son una de las mayores debilidades que exhiben los diversos procesos. Estas características y flaquezas no son definitivas ni fatales y se constituyen en otra de las principales metas y desafíos para la mayor credibilidad e influencia de los ADR y para el mejoramiento de los sistemas de justicia en los países del continente.

## **4.6 GESTIÓN DEL MEDIADOR**

Entraremos a considerar sobre la influencia que ejerce el mediador en las partes y su participación en la forma de resolver la disputa por los verdaderos protagonistas del conflicto.

En la mediación existen dos conceptos claves: uno es la voluntariedad, el otro la autocomposición.

El primero es la disposición de las partes para estar, participar, permanecer y retirarse del procedimiento, el segundo preservar el derecho a darse su propio acuerdo, por el que han estado trabajando y que será voluntariamente aceptado por ellas. Ninguna de las partes tiene el poder de llegar aisladamente a un acuerdo. La mediación logra acuerdos voluntarios.

Desde la óptica de las Teorías de la Negociación y del Conflicto, la aparición de un tercero en el escenario de la negociación condiciona la posibilidad de maniobra que tiene cada una de las partes.

El tema se va complicando a medida que intervienen más partes, esto es los abogados patrocinadores, o bien cuando los negociadores que las representan tienen intereses personales distintos. La consigna de los mediadores es estar atentos a todos los intereses que vayan apareciendo en la mesa.

La mediación es el punto donde se entrecruzan las estrategias de los negociadores que se traducen en tácticas localizadas. Esto nos lleva a concluir que, la mediación propiamente dicha, se realiza en presencia y con la actividad del mediador dentro de un ámbito especial y temporal; lo que queda fuera de ese entorno es negociación directa.

Es en ese ámbito donde el mediador tiene la posibilidad de poner en práctica sus habilidades, técnicas, herramientas, destrezas, conocimientos; en definitiva, realizar su tarea profesional.

Así, el mediador conduce el procedimiento, dirige la dinámica del proceso, controla la interacción de las partes, facilita la comunicación entre ellas, genera un clima propicio para que negocien y hasta se debe ganar la confianza de las partes. Aquí, ejerce el poder, que es considerado por distintos operadores y estudiosos de la negociación como uno de los elementos básicos junto con el tiempo y la información.

Un mediador experimentado lo usa de manera provechosa para que los intereses de las partes sean satisfechos lo más posible. Los mediadores usan su poder cuando arman su escenario dentro del cual las partes tienen que negociar y deben hacerlo no de cualquier forma sino de la manera que ellos establecen.

El poder del mediador depende del tipo de conflicto, la clase de vínculo que une a las partes, de cuáles son las circunstancias particulares en la forma de apreciación del problema, su posible resolución y, finalmente otras consideraciones de medios, costos y beneficios.

El mediador ejerce su influencia cuando pregunta sobre los antecedentes que determinaron el problema y advierte que hay cuestiones morales, ideológicas o de principios fuertemente arraigados en una o en ambas partes; donde es imposible mediar.

O bien en el transcurso de la mediación, recaba información de las sesiones privadas y que llevan a concluir sobre la imposibilidad de arribar a un acuerdo razonablemente equitativo para las partes. Puede suspender o terminar la mediación si las partes, a pesar de las reglas establecidas, continúan utilizando tácticas impropias. Puede también, excusarse.

Otro factor de poder y de influencia del mediador respecto de las partes, es el que se advierte en su actitud, ya sea, en el tono y volumen de voz, movimientos corporales, gestos, etc.

Como vemos los mediadores ejercen apreciablemente el poder, ya sea de manera explícita o actitudinal al situarse en una posición de referencia desde el inicio del procedimiento hasta su terminación.

Lo señalado convierte al Mediador en un agente de una realidad y verdad total.

El Mediador, tercero neutral debe establecer un proceso en el cual se facilite el conflicto con un ciclo de evolución. No someterá a su propio juicio moral la conducta ni las pretensiones de los disputantes, así como tampoco las propuestas de solución que se den.

Dará lugar al sistema valorativo y cognitivo de los disputantes. Se abstendrá de poner en juego sus afectos, simpatías y antipatías, que lo comprometan en el enfrentamiento. Pondrá en suspenso su universo valorativo y afectivo. Evitará el establecimiento de alianzas con una de las partes. Y se abstendrá de caer en propuestas de parcialidad a que lo inducirán las partes. Las personas en la mediación invitan al mediador a una alianza, o buscan convertirse en el favorito, bajo la creencia de que capturando al mediador en su relato, saldrán beneficiados en el resultado del procedimiento. Este comportamiento no necesariamente es consciente ni mucho menos malintencionado.

El mediador, entonces, dará idéntico valor al relato de cada parte, sin cuestionar la veracidad de los hechos, y buscará comprender el marco interpretativo de cada uno.

Entonces actúa como un agente catalizador; es su destreza especial, la que actuando sobre las partes, las ayuda a resolver el conflicto.

El mediador debe ayudar a las partes a que busquen posiciones que han tomado en el proceso del conflicto y que las han llevado a entrar en una disputa. No es que estas posiciones sean malas en sí, sino que en el momento de la mediación han resultado no ser funcionales y han creado un problema. En estos casos cuando las partes se encuentran con una visión más clara sobre el tema, gracias a la tarea desarrollada por el mediador, pueden ver el problema desde otro punto de vista, encontrar una solución y terminar con la disputa, aún en casos en los cuales el proceso conflictivo continúa.

Para ello, el mediador debe inspirar confianza, para pasar del nivel de competencia por la de cooperación.

Debemos estar claros, que lograr un acuerdo para que termine la disputa es uno de los puntos de la mediación pero no el único. El protagonismo de las partes es otro de los objetivos de la mediación y es lo que la diferencia sustancialmente de otras formas de conducir las disputas, como el juicio, en el cual también se culmina la disputa pero en la mayoría de los casos sin el protagonismo de las partes.

El mediador es la clave del éxito de la mediación. La mediación será lo que los mediadores y las partes hagan de ella. Así, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de ellas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.

La manera que el mediador emplea las técnicas, dependerá del acuerdo que se pueda conseguir entre las partes.

En primer lugar, el mediador debe conocer con profundidad el tema de fondo que se discute, para poder trabajar con las partes directamente, y así ayudarles en las cuestiones sustantivas, a fin de lograr un justo acuerdo para ambas. Debemos recordar que el mediador es un tercero neutral, el cual no puede dar opiniones sobre el tema en discusión.

Para un grupo de pensadores, el mediador debe hacer énfasis en el procedimiento, ya que las partes conocen el tema que les llevó a la mediación y están asesorados sobre la materia en discusión, por lo cual lo único que necesitan es una facilitación procesal para conducir la negociación. Ya que el mediador solo participa para ordenar el procedimiento, generar confianza y ser imparcial.

Dependiendo del mediador, como se asigna su rol o las partes le asignen, este podrá decidir la participación, el objetivo de su cometido, el enfoque y la intensidad de su intervención:

En la realidad, el rol del Mediador es el de conductor del procedimiento, aunque está relacionado que el conocimiento sobre el problema de fondo le permitirá asentar su credibilidad y obtener el respeto y confianza de las partes, comprender mejor las posiciones de estas, parafrasear y reducir las pretensiones en un lenguaje sencillo y simple, indagar sobre los intereses y posiciones, y así encaminar la negociación. Esto no quiere decir, que deba influenciar ni manipular en el contenido de la solución, ni tampoco expresar sus opiniones.

El mediador ayuda a las partes en la comunicación, evitando que surjan nuevas discrepancias y superando malentendidos, establece relaciones de trabajo cooperativo, aclara los problemas y busca que las partes arriben a soluciones aceptables para ambas. El papel del mediador es ayudar que las partes lleguen a un acuerdo, aún cuando él no se encuentre satisfecho con la solución que tomaron las partes, por lo que se debe abstener de pronunciar su juicio, inclusive cuando las

partes parezcan o insistan en pedírselo. Las partes son las que deben asumir la responsabilidad de sus decisiones y controlar el resultado con madurez.

La base de la mediación es la negociación entre las partes y la tarea del mediador consiste en introducir algunas características especiales para llevar a las partes a analizar el problema y así, orientar a la solución del conflicto.

El mediador debe obrar según las reglas del arte, es básica su formación y experiencia técnica y de vida, la comunicación, creatividad, flexibilidad y paciencia, todo esto puede desarrollarlo en gran libertad ya que la ley no regula exhaustivamente sus funciones solo indica pautas: (Bianchi)

- Convocar a cuantas audiencias sean necesarias, no solo por conseguir el acuerdo sino también para permitir el desarrollo y protagonismo de las partes.
- Es libre de realizar sesiones conjuntas o individuales procediendo sin favoritismo y con confidencialidad.

Karen Grover Duffy, señala además otras funciones:

- Debe dirigir la mediación evitando saltar pasos necesarios pues ocasionaría que mientras se discuten posibles soluciones aparezcan nuevos problemas, es un guardián del procedimiento y para pasar a una nueva etapa aunque sean pequeños debe resumir los acuerdos que se van obteniendo.
- Promueve el contacto y diálogo de las partes a lo largo del procedimiento, para lo cual debe estar consiente del nivel de dependencia y poder de cada parte.
- Ya que no existe una división estricta y nítida entre la función de conciliar y un mediador, estos últimos muchas veces son, sutilmente una importante fuente de propuestas.



- Referirse a las otras alternativas que las partes pueden tener.
- Redefinir posiciones en términos amplios.
- Conjuntamente con las partes determinar la eficacia del acuerdo.

En la mediación intervienen personas, seres humanos llenos de emotividad, percepciones y sensaciones propias; es por eso que el mediador durante todo el proceso al desempeñar su función debe considerar las técnicas de mediación, el respeto al orden jurídico y los aspectos psicológicos presentes y respecto a estos últimos Bianchi señala que;

Es imprescindible que el mediador conozca y entienda a las partes que intervienen en la mediación desde su ángulo psicológico.

**Distinción.-** Separa, especifica, y diferencia un objeto de otro es el punto de partida. Un acto que traza límites y que al ser creativo y personal explica por que un mismo problema es percibido en forma diferente.

**Descripción.-** Se describe lo que ya se distinguió

**Explicación.-** Se reformula o recrea lo observado con los conceptos propios de cada persona.

**Narrativa.-** Es la forma en que cada persona cuenta la realidad.

**La Percepción.-** Mas que receptiva es creativa, y de esta creación basada en las diferencias, el mediador partirá y a la vez conducirá un proceso de reconocimiento de la información registrada de otra manera. Lo que una parte percibe, describe, piensa y actúa en gran medida proviene de las distinciones que hizo.

Ante esto el mediador considera:

**La puntuación.-** Que es la secuencia con que las partes ordenan los sucesos y por lo tanto el sentido que les dan a las cosas, el mediador con esto debe entender su epistemología propia para luego intentar una reconstrucción que genere un marco de encuadre diferente, pues las informaciones (realidad) y conclusiones al respecto son diferentes.

**La comunicación.-** Pues esta a más de dar información marca conductas, siendo por lo tanto importante tanto el contenido como el aspecto relacional.

Si el mediador cambia estos dos puntos logra una visión binocular profunda con un patrón de reencuadre co - construcción y redefinición, que permite ir de las posiciones a los intereses.

La información que cada parte tiene resulta de su selección arbitraria y genera distintas percepciones. Con ésta información el mediador reestructura conceptos y percepciones y por lo tanto el sentido de los hechos más no los hechos mismos.

Las diferencias, puntuaciones, premisas personales y sociales de las partes y el mediador están interaccionadas por lo que el mediador debe saber dirigir, conducir y organizar hacia un aprendizaje a través de Empowerment, en el que las partes conociendo sus objetivos, intereses y estilo asumen un rol protagónico y el reconocimiento que mira a su relación.

Si bien la intención del mediador es de objetividad, y neutralidad, esta involucrado en el proceso al co-construir, influyendo por lo tanto su estilo, su perfil y adquiriendo así gran importancia el aspecto ético del mediador, determinante para la puntuación y distinción.

Ya que el mediador trabaja sobre un proceso mental deberá examinar la autonomía o interdependencia de las partes, pues la forma de pensar y, sentir la una de la otra rompió la comunicación, generó el conflicto, por lo tanto el éxito radica en separar a las partes del problema interrelacionados. A través de la retroalimentación se tiene información en cantidad y calidad obteniendo nuevos elementos que permiten establecer distinciones y una nueva relación.

Cuando el mediador establece las reglas, no solo genera un clima cooperativo y positivo sino también conduce las estructuras y sistemas de pensamiento, que permiten un re-aprehender con diversos pasos orientados a una percepción diferente, para ello es clave la confianza que generó basada en su probidad e idoneidad.

El mediador debe estudiar y conocer a las partes mediante un intenso proceso de inclusión, a la vez necesita de la disociación para analizar el problema y la información.

En una mediación se pueden dar dos tipos de cambios:

De primer nivel, basado en iguales premisas y posiciones iniciales.

De segundo nivel, se reestructura desde el inicio la situación con creatividad y en base a los intereses.

## **4.7. COMENTARIO**

En este capítulo hemos enfocado la función del Mediador: Desde su elección, todos sus actos en el proceso de mediación, que son determinantes para que las partes involucradas en el litigio obtengan resultados consensuados, es decir para que la mediación cumpla su objetivo, solución total o parcial a un conflicto.

La Mediación depende de los seres humanos, de su buena fe y de su voluntad de resolver total o parcialmente sus divergencias, cediendo una parte de sus intereses, haciendo posible de esa manera, una convivencia sin conflictos, pero si estos persisten a través del diálogo se llegará a satisfacer los intereses de los involucrados en el problema y en la mediación

La introducción de la Mediación, como medida alternativa de conflictos, dentro del Sistema Judicial, está produciendo resultados positivos a nivel mundial, nosotros debemos impulsarla a todos los niveles, desde su concienciación en la población, el perfeccionamiento de los mediadores a través de escuelas universitarias, de talleres, de becas al exterior en donde está más desarrollado el Sistema y obtendremos como frutos y resultados un Sistema Judicial menos congestionado y los clientes de esta función más satisfechos con el servicio de la mediación.

## **CAPÍTULO V**

### **LOS ABOGADOS Y LA MEDIACIÓN**

#### **5.1 EL ABOGADO**

En sus diversas acepciones siempre termina señalándose que es el que defiende un juicio en donde están en duda los derechos u obligaciones de los litigantes.

Este ser humano letrado es el que defiende o acusa de acuerdo al tipo de acción que se haya incoado, argumenta a través de las normas sustantivas y adjetivas de los códigos en vigencia, el derecho que asiste a su defendido.

Existen legislaciones que señalan con mayor claridad la función del abogado, que consiste en poner a disposición de los jueces todas las normas válidas para tal o cual caso, y de esa manera orientar al juzgador para que administre justicia.

La función del abogado, entonces, es orientar al juez para que no cometa errores que perjudiquen al que tiene la razón.

En la mediación la función del abogado es orientar, para que en la respuesta que se obtenga no se cometa errores contra las normas del derecho, aplicables a cada caso, evitando que se produzcan nulidades, que afectarían gravemente al sistema

Por el auge y las distintas posibilidades de aplicación del arbitraje en la mediación y conciliación, es imprescindible que el abogado tenga un mínimo de conocimientos y práctica en la mediación y sus distintas modalidades y procedimiento.

Sin embargo, para la difusión y éxito de los ADR, el profesional abogado, también requiere ser estimulado y valorado en su nuevo rol, caso contrario incluso allí se crearía un conflicto de intereses.

En la mediación, el abogado asume un rol completamente diferente al tradicional así:

- Preparación conjunta con el cliente para negociar y redactar reclamos aplicando todas las técnicas que conoce.
- Dar al cliente información jurídica y económica que le permita evaluar sus distintas alternativas, a través de un diagnóstico de las herramientas legales más propias para el caso.
- Colaborar de buena fe con la otra parte y el mediador.
- Respetar el protagonismo de las partes a quienes desea escuchar el mediador, por su parte él será valorado como asistente en la mediación en la que el recurrir a otros colegas o a textos de consulta es poco posible, para frenar las discusiones de ese momento, poniéndose allí realmente a prueba su pericia.
- Respetar las indicaciones del mediador.
- Controlar que el acuerdo no adolezca de causas de nulidad y asegurar que en él consten garantías de cumplimiento.
- Puede, si el cliente lo desea, atender la mediación o mantener un rol activo equilibrando el poder y protegiendo la información.

En una cita de Grover Duffy, Warren Burger, expresan la esperanza de que algún día todos los abogados sean contemplados como sanadores del conflicto humano.

Los abogados estarán inmersos en los ADR a través de educación y estudio, de una formación que les permita realizar un análisis continuo del proceso, así como valorar la taxonomía de la disputa.

Entre las causas por las que muchos abogados se oponen a la mediación están:

- Intereses económicos; puesto que podrían ganar menos dinero si es que las partes no litigan, con esta actitud se desconocen otros intereses (no económicos) de sus defendidos.
- Protagonismo y monopolio sobre el conflicto; ya que en muchas legislaciones no se exige el título de abogado para ser mediador, y así todos sabrían lo que a ellos por ser abogados les corresponde y a la vez les diferencia de otros profesionales.
- Terror a perder el control del procedimiento; ya que éste en la mediación es flexible y muchas veces impredecible.
- Miedo a lo que no se comprende y desconoce; pues todo cambio genera resistencia.
- Marcada formación litigiosa.

Sin embargo, estas actitudes del profesional del Derecho deberían cambiar, no solo por una responsabilidad profesional y social, sino también por motivos de conveniencia personal al realizarse como un excelente abogado mediador, árbitro o conciliador; al conseguir una real satisfacción de los intereses de su representado por lo que podría ser muy bien remunerado.

Por otro lado, uno de los motivos más importantes es caer en la cuenta de que si bien el conflicto, el litigio y la disputa generan cambios, éstos solo son positivos y

duraderos si luego del conflicto viene el diálogo y la satisfacción mutua, todo ello implica un cambio de mentalidad que valore la paz y la armonía como elementos esenciales del bienestar y desarrollo personal, familiar, social y mundial.

Hasta hace muy poco tiempo, la única manera que encontraba el abogado para solucionar los conflictos de sus clientes era la vía judicial y para ello se les preparaba indudablemente. Es una visión reyertista del oficio, lo que coincide con la visión del Derecho Procesal Civil en su etapa de consolidación como ciencia y rama autónoma del Derecho, de tal manera que solo recientemente se pone en duda la eficiencia de la vía judicial para solucionar las controversias y se piensa en otros medios y en otro perfil del abogado, como asesor, consultor, conciliador, negociador.

Las Facultades de Derecho en las Universidades del Ecuador han demostrado un alto grado de interés en brindar a sus alumnos conocimientos sobre los MASC llegando a incorporar como materias obligatorias e independientes a la Negociación y a la Mediación, así como también el arbitraje como materia permanente pero no obligatoria para los alumnos. Así, son más de mil estudiantes anuales que reciben conocimientos o al menos información sobre los MASC.

“No todo abogado está interesado en llegar a ser mediador, en participar en procedimientos como facilitador, ni está preparado para hacerlo. Quien solo se visualiza como representante del cliente, quien no está dispuesto a dejarlo actuar personalmente cuando él esté presente, quien considera que las mejores tácticas son las adversariales o quien, simplemente, no está dispuesto a un acuerdo que no respete todos los derechos de su cliente en lugar de los intereses de éste, debería dejar para otro esta actividad.”<sup>33</sup>

En la mediación, la tarea del abogado es la de avizorar la situación desde el punto de vista del interés del cliente, pero sin representarlo ni decidir todo por él, como lo haría en la forma litigiosa, donde el usuario del servicio de justicia

---

<sup>33</sup> GELSI, Adolfo.- “Los Abogados: Negociación – Mediación – Conciliación – Arbitraje, Resolución alternativa de Conflictos”, Recopilación realizada por el Centro de Mediación CLD, 1997, pag. 103.



simplemente firma un poder o un escrito sin mayor facultad de decisión sobre su contenido ni sobre el futuro del juicio que entra en un proceso de la que recibe pocas noticias. El abogado especialista ayuda a su cliente para que tome las decisiones necesarias, constituye una fuente de información.

El proceso debe estar enfocado en la resolución del problema más que en la argumentación adversarial.

El abogado no sólo tendrá responsabilidad en identificar las alternativas del cliente, sino también ayudarlo a analizar su situación, a buscar dentro de sí y arribar a una decisión. La decisión final tomará el cliente. El abogado da a la parte una estructura que le permita evaluar información y arribar a una decisión.

Cuando se da el acuerdo final antes de la firma, el profesional aplicará criterios diferentes de los que utilizaría de haber él negociado el acuerdo, pues debe saber que la mediación se rige por los intereses y no por el estricto derecho, si el acuerdo se encuentra dentro de un marco aceptable de posibles resultados y es lo suficientemente justo, debe ser aprobado. Además, corresponde que controle o mejore la redacción a fin de que no haya cláusulas de ambigua interpretación que pueda dar lugar a dificultades en el cumplimiento.

Si el acuerdo es contrario a lo que conviene al cliente, deberá expresarlo a su cliente. Si el cliente todavía quiere suscribir el convenio por considerarlo dentro de su interés, el abogado puede hacerle conocer por escrito su dictamen, obteniendo la firma del cliente respecto del consejo dado.

## **5.2 METODOLOGÍA DE LA MEDIACIÓN**

**1. Acercamiento de las partes a mediación.-** La mediación siempre beneficia a las partes en conflicto, pero una de las mayores dificultades está en lograr que las partes

se pongan de acuerdo para acudir a la mediación, es decir acercarlas a la negociación.

Las personas tienen conocimiento de la mediación:

- Contacto de una parte con un mediador o un centro de mediación que a su vez contacta a las restantes personas;
- Derivación judicial
- Propuesta de un mediador
- Obligación legal de mediar.

El modo de preparar la estrategia para la mediación es muy distinto, dependiendo cada caso. Es un poco más fácil si las partes concurren a mediar por su propia voluntad, a que el centro de mediación convoque a las otras partes, ya que hay obligación o presión para estar presente en la mediación.

**2. Convocatoria a las partes.-** Se debe convocar a las partes a la sesión de mediación, previa explicación de las características del procedimiento aunque las partes tengan conocimiento de éste. En varios casos son las partes quienes concurren al centro de mediación, y se determina una fecha de audiencia.

Esta es la primera forma de llegar a las partes, ya que son muchas y difíciles las maneras de acercar a los protagonistas del conflicto a la mesa de las negociaciones hasta llegar a comenzar el proceso de mediar entre ellos.

En este primer momento se establece la afinidad con el mediador y la mediación, así comienza a desarrollarse el proceso.

### 3. Forma de citación.-

- **Citación por carta.-** Es la citación por medio escrito, el cual nos ayuda a determinar si fue recibida por parte del destinatario. En ella se explica la tarea de la mediación, datos de quien pidió el método alternativo e invitación de obtener mayor información en forma personal.
- **Citación por teléfono.-** La comunicación es un proceso que compartimos con los seres humanos en general, por haber tenido acceso al lenguaje, es más completa pero también mucho más compleja. Es ahí, cuando comenzamos la fase de comunicación directa con la parte, mediante el contacto telefónico, donde le convencemos para que se acerque a la mediación y escuchamos sus vivencias del conflicto, con ello nos da un panorama de las dificultades y comenzamos a crear un clima de confianza y afinidad.

La comunicación no debe reflejar ansiedad ni desinterés; quien convoca debe responder a todas las interrogantes con excelente ánimo y predisposición a resolver las inquietudes y preocupaciones de la parte, dándole las bases más evidentes del procedimiento de mediación. Es necesario elegir las palabras y organizar las frases apropiadas para dirigirse al citado y estar atento a sus reacciones.

Son componentes relevantes de la buena comunicación la graduación de:

- El tono de voz.- Alto para que se escuche y suave, que no señale impaciencia, peor disgusto
- El ritmo de las oraciones.- Deben ser oraciones claras y concretas
- La inflexión.- Hay que cambiar la voz adecuadamente, sin que signifique provocación o ira.

- La dicción.- Los términos que se empleen deben ser de uso común, no rebuscados o difíciles.
- La entonación.- Siempre suave y delicada
- El control de la respiración.- debe ser normal de acuerdo a la extensión de las frases que se pronuncian.

“No debe olvidarse que los mensajes pueden significar una cosa a nivel de la palabra y comunicar algunas veces algo a otro nivel; y que las palabras, dichas en un contexto y ambiente, pueden interpretarse diferentemente según el comportamiento y ambiente del receptor”.<sup>34</sup>

- **Citación personal.**- “En algunos casos el interesado puede acercarse al centro de mediación, ya sea porque le comunicaron o por cuanto alguna de las partes le informaron. En casos sumamente especiales el mediador irá personalmente a citar a la otra parte. En este caso la impresión es fuerte, por cuanto se agrega la presencia de otra persona, la cual le invita a participar de la mediación y este se formará una apreciación de las personas que lo atiendan observando su lenguaje no solo verbal, sino también gestual. Así, la comunicación humana se efectúa más mediante gestos, posturas, posiciones y distancias relativas que por cualquier otro método. La mayoría de los investigadores coincide en que el canal no verbal se usa para expresar las actitudes personales, y en algunos casos, como sustituto de los mensajes verbales”.<sup>35</sup>

1. - Preparación del mediador para la sesión.- “Cada mediador tiene su forma de trabajar, hay quienes no desean saber nada del caso ni las partes hasta tenerlos delante, otros quieren prepararse, así”:

---

<sup>34</sup> HALL, Edward T.- “El Lenguaje Silencioso”, México, 1990, p. 7-8

<sup>35</sup> PEASE, Allan.- “El Lenguaje del Cuerpo”, Buenos Aires, 1992, p. 9-13.

- a) Revisar la documentación o información para estar enterado del conflicto, cuáles son las partes y los temas involucrados. Esto no quiere decir que el mediador conoce el conflicto a fondo, solo tiene una visión leve de lo que se va a tratar en la sesión. Los datos mínimos que el mediador debe tener antes de la sesión son: 1) Nombre y domicilio de las partes. 2) La naturaleza de la demanda 3) Vínculo existente entre las partes. 4) Cuánto tiempo es que ha transcurrido entre el incidente y la fecha de la primera sesión. 5) El tipo de arreglo que se pretende. Esto lleva a que el mediador debe tener presente que la información contenida en el archivo es proveniente de la parte que inició el proceso, por lo cual es parcial, pero esto no quiere decir que no podamos conocer como ocurrió el conflicto, quienes intervinieron, como es la relación entre ellos.
- b) Cerciorarse quiénes son los que tienen el poder de decisión y si van a estar presentes, o sino señalar una fecha para que las partes puedan estar en una sesión, y tratar los aspectos que puedan decidir los presentes.
- c) Establecer qué rol se dará a los abogados, hasta dónde pueden los profesionales intervenir en las sesiones, para que sean en forma directa y personal los involucrados quienes sean partícipes de la mediación.
- d) El mediador debe estar familiarizado con el lugar físico y organizar la sala según su estilo. Elegirá donde se ubicarán las partes, los abogados de los clientes, para un mejor desarrollo de la mediación.
- e) En algunos países, como es en Argentina, se trabaja con un co-mediador, es decir, dos mediadores. En este caso se deben intercambiar impresiones sobre el caso, cómo se llevará las sesiones, cuáles son los problemas y dificultades que pueden irse presentando en la mediación”.<sup>36</sup>

---

<sup>36</sup> SANDER, Frank E.,- “Mediation for the professional” Training Manual, Harvard Law School, Mediation Workshop, 1993.

## **5.3 DURANTE LA MEDIACIÓN**

### **APERTURA DEL PROCESO DE MEDIACIÓN**

- Recepción y presentaciones personales
- Ubicación en el espacio
- Explicar las características del procedimiento.

1. Neutral
2. Voluntario
3. Colaborativo
4. Confidencial
5. Protagonismo de las partes
6. Mirada al futuro
7. Rol del Abogado

Fijar las reglas de:

1. Comportamiento y funcionamiento de la mediación.
2. Respeto mutuo

3. Hablar uno por vez
4. Eventuales sesiones privadas
5. Firma del Convenio de Confidencialidad
6. Asegurarse la comprensión de lo anterior.

**Recepción y presentaciones personales.-** “Llegado el momento de comenzar la mediación, es el propio mediador quien abre la puerta, sale, e invita a las partes a pasar a la mesa de negociación. En principio, las partes deben pasar conjuntamente, por lo que si alguno no ha arribado, la audiencia no empieza”.<sup>37</sup>

Cuando todos están ubicados el mediador se presenta nuevamente con su nombre y apellido, reiterando que es el mediador designado o elegido.

Da la bienvenida a las dos partes de un modo similar, de forma más bien escueta.

Luego, pide a las partes que se presenten con su nombre y apellido y papel que juegan en el conflicto. Se establece simplemente las condiciones en las que se desarrollará la mediación. Se estipula la confidencialidad del proceso, la imparcialidad del mediador y el carácter no perjudicial de la mediación.

**Las reuniones de mediación.-** Las reuniones de mediación pueden llevarse a cabo en una o más audiencias de duración variable, tiempo que puede oscilar entre una o varias horas, a uno o varios días.

---

<sup>37</sup> HIGHTON, Elena – ALVAREZ, Gladys.- “Mediación para resolver conflictos”, Buenos Aires, 1998, p. 271.

En los encuentros de mediación se dan diferentes tipos de reuniones. Estas son:

1. Reuniones públicas o reuniones conjuntas;
2. Reuniones privadas o individuales; y,
3. Reuniones de equipo.

“Las reuniones públicas o conjuntas son aquellas en las cuales están presentes todas las partes involucradas en la disputa y el mediador o el equipo de mediación.

En tanto que las reuniones privadas o individuales sólo está el mediador o el equipo de mediación con una de las partes.

En las reuniones de equipo sólo están los mediadores que han intervenido o el mediador, para poder reflexionar y construir una historia alternativa, sin la presencia de las partes”.<sup>38</sup>

“Normalmente, las partes se reúnen en sesión conjunta. Pueden o no utilizarse reuniones en privado (o por separado) con cada una de las partes. Habrá supuestos que solamente se utilicen reuniones privadas. Todo dependerá de cada mediador y de las circunstancias de las partes.

Lo habitual es comenzar por una sesión conjunta inicial, cuya primera parte es la presentación de la mediación”.<sup>39</sup>

**Ubicación en el espacio.-** Se trata de una cuestión importante, porque el clima creado en la primera reunión conjunta puede influir en el éxito o el fracaso de la mediación. Hay muchos modos de ubicar a los presentes en la mediación, esto

---

<sup>38</sup> SUARES, Marínés.- “Conducción de disputas, comunicación y técnicas”, Editorial Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 209.

<sup>39</sup> HIGHTON, Elena – ALVAREZ, Gladys.- “Mediación para resolver conflictos”, Buenos Aires, 1998, p. 271.



dependerá del mediador y estará determinada por la forma de la habitación y por los muebles que haya en ella. Es un punto principal, ya que es una manera estratégica para obtener cooperación de las partes.

Al momento de ingresar las partes en el recinto, el mediador no debe dejar que se ubiquen en cualquier lado, sino con cortesía y seguridad dirigirá a las personas en los lugares que él creyere convenientes para empezar el proceso de mediación.

El mediador con esto intenta estructurar un proceso claro de comunicación, para que la mediación tenga un mejor resultado.

La ordenación ideal debe verse en el proceso de mediación, ya que los protagonistas del conflicto no deben enfrentarse entre sí, sino al problema que los llevó a estar ahí.

“La ubicación ideal es”:

1. Las partes en conflicto deben sentarse en ángulo recto, y no enfrentadas;
2. El mediador debe sentarse en medio de las dos partes;
3. La distribución debe permitir que el mediador se enfrente con cada una de las partes, y desvíe hacia él las críticas destinadas a los verdaderos protagonistas”.<sup>40</sup>

Al sentarse entre las partes el mediador está ejerciendo algún tipo de control. Si se cuenta con una mesa redonda, no se nota el hecho de estar ejerciendo algún tipo de autoridad y resulta más fácil sugerir los lugares que deben ocupar las partes. Si es el caso en una mesa rectangular o cuadrada, el mediador deberá ocupar la parte central,

---

<sup>40</sup> FLOYER ACLAND, Andrew.- “Cómo utilizar la Mediación para Resolver Conflictos en las organizaciones”, Editorial Paidós, Barcelona – Buenos Aires – México, 1993, p. 203.

donde controlará la sesión hablando a las partes que están frente a frente y atraerá su atención.

**Importancia del discurso inicial del mediador.-** “En este primer momento del proceso de mediación, que llamamos reunión pública o conjunta, todas las partes se definen como enfrentadas en el conflicto, están presentes en la misma habitación con el mediador”.<sup>41</sup>

Mediante el discurso inicial o introductorio de la sesión de mediación, el mediador intentará lograr tres objetivos:

1. Informar a las partes y orientarlas acerca del procedimiento;
2. Obtener la confianza de las partes;
3. Conseguir información acerca del problema y las personas involucradas:

Al comenzar a hablar durante el discurso de apertura, queda abierto el proceso formal de la mediación, en la cual se establecerá las reglas de comportamiento y funcionamiento. Es importante que las partes entiendan el papel propio y el del mediador. La hora siguiente comenzará el diálogo, esto dependerá como se presenten las partes, quizás haya que improvisar algo diferente en cuanto a cómo empezar a dirigir la audiencia, se realizará una exposición inicial formal.

Cada mediador debe encontrar una manera de comunicar la información en sus propias palabras y estilo.

El discurso de apertura debe ser claro y conciso. Se debe utilizar el vocabulario más sencillo y fácil de entender. La exposición debe abarcar todas las características

---

<sup>41</sup> HIGHTON, Elena – ALVAREZ, Gladys.- “Mediación para resolver conflictos”, Buenos Aires, 1998, p. 278.

del procedimiento en una forma suficientemente breve para mantener la atención y el interés de las partes.

Describir las características del procedimiento – discurso inicial.- Es muy importante que el mediador decida los procedimientos de la mediación, que decidirá las probabilidades de obtener buenos resultados. Se inicia con las palabras de presentación por parte del mediador. Debe hablar unos tres minutos y explicar los puntos necesarios, con voz firme y segura.

Los puntos a tratar son:

- La presentación formal del mediador a las partes, en la cual se expresa el agradecimiento por la presencia de las partes:
- El objetivo de la mediación es ayudar a las dos partes a lograr una comprensión más clara de la situación, y de cómo la percibe la otra parte.
- La mediación es voluntaria y cada una de las partes es libre de retirarse en cualquier momento, sin dar explicaciones y pueden concurrir a la vía judicial en el instante que crean conveniente.
- Pueden recurrir al asesoramiento legal antes, durante y después de la mediación.
- Todo acuerdo al que se llegue, dependerá exclusivamente de las partes.
- El mediador es imparcial, no tiene interés por ninguna de las partes, pero si esto llegara a pasar, él inmediatamente se retiraría del proceso de mediación.

- El mediador es libre de dar por terminada la mediación sin ofrecer explicación alguna; dará fin a la mediación cuando alguna de las partes está actuando de mala fé, que no fluye la comunicación y están estancados durante un tiempo determinado o si hay amenaza de violencia física.
- Impedir las agresiones o faltas de respeto para con el contrario o el mediador.
- La mediación es confidencial, todo lo que se diga en la reunión no se divulgará. El mediador no puede declarar como testigo en un proceso judicial.
- Se informará a las partes que llegado el momento se hará reuniones confidenciales, con cada parte, como mecanismo para su más cabal ilustración acerca de la situación, a no ser que se convenga lo contrario. En caso de realización, las partes que den información al mediador en una reunión privada deben decirle al mismo si esa información debe ser considerada confidencial, o bajo qué circunstancias puede ser revelada a la otra parte.
- La cooperación de las partes con el mediador en el ejercicio de su rol.
- Si las partes en conflicto cuentan con el apoyo de sus abogados, es aconsejable que el mediador establezca con anticipación el papel que desempeñarán. Por lo tanto, la función básica de los abogados es proteger a sus clientes para que no acepten algo que pueda resultar ilegal o desaconsejable, y garantizar que cualquier acuerdo alcanzado refleje plenamente el resultado de la mediación, y beneficie los intereses de su cliente.

**Aclaración sobre la imparcialidad:-** La imparcialidad de los mediadores es equiparada con neutralidad, así el mediador debe mantener el caso sin favorecer ni sostener a una parte, para seguridad de la totalidad del grupo:

Para poder tomar esta postura imparcial es necesario que el mediador deje de lado sus propios prejuicios, valores, creencias, que podrían llevarlo a tomar partido por alguna de las partes.

Uno de los objetivos del mediador en esta primera etapa, es obtener la confianza de las partes, ya que éstas, por la discusión que les afecta, desconfían entre sí y del mediador. Por ello se debe penetrar en las mentes de las partes, la confianza para iniciar la sesión.

La aclaración en cuanto no existe parcialidad alguna por parte del mediador tiene un doble objetivo. El mediador quiere asegurar a las partes que:

- Es neutral;

- Está preparado para resolver los problemas.

La neutralidad e imparcialidad que el mediador trasmita a las partes, la no predisposición hacia algún resultado a favor de alguna de ellas, ayudará a la negociación.

Para ello, el mediador debe explicar que no conoce antes a ninguno de los presentes, o que no ha hablado con ninguno del problema a resolver. Aunque las partes, no presten atención a lo dicho, queda de antemano que durante el proceso la parte lo acuse de no ser imparcial.

Si el mediador conoce a alguna de las personas, debe informar sobre la situación, para que las partes conozcan el hecho a fin de considerarlo o elegir a otra persona como mediador. Entonces las partes comunicarán su decisión, no es un

procedimiento formal, sino de ver si las partes se sienten cómodas luego de estar al tanto de las circunstancias.

Cabe anotar, que no existe neutralidad absoluta, pues el mediador tiene su propia personalidad que le provocará reacciones tanto positivas como negativas frente a las partes. El mediador debe brindar confianza, para que las partes sepan que es justo y actúa con imparcialidad.

**Comportamiento y funcionamiento de la Mediación.-** “El mediador debe informar brevemente a las partes sobre qué rol desempeña durante la audiencia; y debe hacerlo aunque los presentes ya hayan sido informados por cualquier medio de comunicación sobre el método de resolución de conflictos. No puede dejar de explicar aunque las partes hayan intervenido en otra mediación diferente por otro problema. Jamás debe presumir que todos tienen conocimiento o que saben. La explicación del rol del mediador y del procedimiento debe ser en palabras fácilmente comprensibles y evitando el vocabulario y clasificaciones jurídicas y técnicas.

Manifestará a las partes que su tarea consiste en escuchar, en cerciorarse de haber entendido la situación en su totalidad desde el punto de cada uno de los protagonistas, para luego poder determinar con ellos cómo pueden llegar a resolver el problema. El problema deberá ser resuelto por las partes, ya que el mediador es un intermediario para explorar opciones y su opinión no cuenta.

Cabe mencionar repetidas veces, que el mediador no es un juez y que no tiene autoridad para imponer una decisión, ya que solamente puede provenir de los interesados y que su rol se limita a escuchar, evaluar y considerar junto con las partes, diferentes posibles opciones y soluciones a la situación.

Después de la discusión las partes coinciden en lo que harán, se escribirá el acuerdo, lo firmarán y cada uno se llevará una copia. Si no se establece un acuerdo, cualquiera de las partes puede acudir a otro sistema, especialmente el judicial”.<sup>42</sup>

**Explicación de las reglas a seguir.-** El mediador debe establecer las reglas básicas sobre cómo se llevará a cabo la audiencia. El mediador debe dar a las partes lineamientos claros, acerca de la manera en que conducirá la sesión.

**Firma del convenio de confidencialidad.-** La regla de confidencialidad es definitoria para la mediación. Se hará conocer el acuerdo a la normativa. Así, en el Ecuador se publicó la Ley de Arbitraje y Mediación en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997, en su artículo 50, dice:

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.

Pero, para tener constancia, las partes y el mediador firman un convenio de confidencialidad. Este convenio impedirá que los dichos vertidos por los que intervengan en las sesiones trasciendan el marco de la mediación y puedan ser utilizados en juicio.

Es importante que las partes confíen en la habilidad del mediador para mantener absoluta reserva sobre todo lo dicho durante las audiencias. Esto es, no revelar a nadie fuera del contexto de la mediación y no divulgar la información con la otra parte, de lo que se dijo en las sesiones privadas, salvo con autorización.

---

<sup>42</sup> HIGHTON, Elena – ALVAREZ, Gladys.- “Mediación para resolver conflictos”, Buenos Aires, 1998, p. 278.

La confidencialidad persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados disponen y se comprometen recíprocamente a respetarla.

Se debe indicar a las partes, que existen excepciones a la confidencialidad y que estas son:

1. Cuando se atenta contra la vida, esto es un crimen, violación o abuso.  
Principalmente de menores
2. Los datos que se puede obtener por otros medios independientes no quedarán protegidos sólo por haber sido mencionados durante la sesión de mediación.

Asegurarse de la comprensión de lo anterior.- El mediador ha dado o ratificado mucha información en poco tiempo, por lo que antes de comenzar con el caso, debe asegurarse si las partes comprendieron y preguntarles si tienen alguna duda acerca del rol del mediador, los posibles resultados o procedimientos o de cualquier otra índole. Entonces sabemos que todo se comprendió y se empezará a hablar del problema.

## **5.4 DESPUÉS DE LA MEDIACIÓN**

El Abogado puede redactar el acuerdo y además revisar los proyectos de acuerdos que se hayan logrado, puede también, presentar una petición de ejecución, y actuar para lograr la ejecución del acuerdo incumplido, además puede continuar el proceso por cuestiones pendientes que deban ser resueltos en los Tribunales.



## **5.5 CAUSAS Y EFECTOS JURÍDICOS DEL ACTA DE MEDIACIÓN**

El Art. 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación dice textualmente: “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 del 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 dentro de un proceso arbitral o judicial, y ésta 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.

Una vez que se llegue a obtener un acuerdo claro, positivo, equitativo y equilibrado, que resuelva a satisfacción plena los intereses de las partes en disputa, se concluirá el proceso con la firma del acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto se hará constar la imposibilidad de lograr tal acuerdo.

De ser el caso de no llegar a acuerdo alguno, el mediador podrá sugerir a las partes que recurran a otro mecanismo alternativo para la solución de sus diferencias, se podría pensar entonces en un arbitraje consultivo por citar un ejemplo, en este caso, el mediador no podrá jamás ser arbitro, salvo expresa decisión de las partes.

En caso de llegar a un acuerdo total o parcial, en el acta se incluirá una síntesis de la relación de los hechos que originó el conflicto, al igual que una descripción clara de los puntos respecto de los cuales no se hubiera llegado a solución alguna, así como las obligaciones adquiridas, plazos para su cumplimiento, y si se trata de obligaciones patrimoniales su monto y demás acuerdos debidamente especificados, las respectivas firmas tanto de las partes como del mediador que conoció el caso.

Es oportuno señalar que el acta una vez firmada por las partes y por el mediador se presumirá que dichas rúbricas son auténticas (tal vez sería aconsejable que las firmas sean reconocidas ante notario para asegurar su autenticidad).

En la Ley de Arbitraje y Mediación en el artículo 43, inciso cuarto, se establece muy claramente que: “El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y tiene fuerza de 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”. El Acta de Mediación es un documento que

expresa la manifestación de voluntad de las partes en la mediación. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la Ley, y su efecto constituye título de ejecución, es decir, los derechos, deberes y obligaciones ciertas, expresas que consten en dicha acta son exigibles, similar al efecto de una sentencia en proceso de ejecución de las resoluciones judiciales que contempla nuestra legislación procesal civil.

Si la disputa fuere arreglada totalmente, en el acta se dejará constancia de ello, si fuere el caso de que el conflicto haya originado alguna acción legal se comunicará al respectivo juzgado o tribunal para que éste dé por terminada la actuación judicial con los mismos efectos del desistimiento en materia civil y que se proceda al archivo de la causa y del expediente.

Si el arreglo fuere parcial, y si haya originado igualmente alguna acción legal, antes de acudir a una mediación, continuará el proceso o procedimiento judicial sobre los puntos en los que no hubo arreglo.

Hace pocos años atrás, antes de que entre en vigencia la Ley de Arbitraje y Mediación, los acuerdos se suscribían a través de un contrato de transacción. En la ciudad de Guayaquil, la Cámara de Comercio de esa ciudad optó por utilizar una figura diferente al elevar el acuerdo a laudo arbitral.

En síntesis, la Ley vigente establece que la firma del mediador y de las partes hagan del acuerdo una decisión final. El acuerdo obtenido de esta forma se constituye en cosa juzgada y podrá ejecutarse de la misma forma que las sentencias ejecutoriadas, es decir, por la vía del apremio, ésta debe hacerse cumplir y además se constituye en cosa juzgada.

Existe la posibilidad de que una de las partes no reconsidere sus posiciones y que finalmente, a través de la mediación, se den cuenta que no pueden llegar a un acuerdo. El Mediador o el Centro de Mediación redactará en este caso, un acta en que conste la imposibilidad de llegar a un acuerdo, que permitirá usarla en un juicio

para pedir se sustituya el espacio que ocupa la audiencia o junta de conciliación en los procesos judiciales. O en caso que el Juez haya referido la causa a un Centro de Mediación, continuará con el proceso.

A continuación agregaremos una publicación del Diario “Ultimas Noticias” del 15 de febrero del 2002, que nos enriquece en el problema.

### **“La Mediación”**

“Durante 5 años (desde el 97) 2 empresarios dedicaron buena parte de su tiempo a buscar una repuesta para su demanda en los juzgados. Uno de ellos exigía al otro el pago de USD 103 mil por la compra de mercaderías. Parecía que el conflicto nunca se resolvería por la vía legal, pero en 22 días llegaron a un acuerdo: la devolución de una parte de los productos.

No hubo palancas ni sé coimó a ningún funcionario para conseguir justicia. El caso ingresó al centro de mediación de la Función Judicial (planta baja de la Corte Suprema de Justicia, en la seis de Diciembre y Piedrahita)

Allí con la intervención de un tercero (mediador) fluyó el dialogo entre los interesados. Se escucharon las peticiones del uno y se analizaron los problemas que tenía el otro para pagar la deuda. Se encontró una solución concertada y se firmó un acuerdo que tiene valor de una sentencia.

Este modelo de solución de conflictos es aplicable a litigios o pleitos en los temas familiares, comerciales, laborales, de tránsito, etc. puede acceder a la mediación. Pero es necesario que los casos sean transigibles pues nadie puede renunciar a derechos ganados como vacaciones para los empleados, por ejemplo.

Además debe existir el juicio, solicitud o aceptación de las partes y delegación de un juez.

Edgar Hidalgo, presidente del Colegio de Abogados, afirmó: “hay 2 tendencias, unos consideran que la mediación les quita el trabajo como litigantes, otros los ven como un buen recurso. Como dirigentes creemos que es una alternativa porque justicia tarda deja de ser justicia”.

El artículo 191 de la constitución reconoce el arbitraje, la mediación y a otros procedimientos alternativos como mecanismos para la solución de conflictos. Su aplicación está regulada en la Ley de Arbitraje t Mediación, del 4 de septiembre del 97.

“Hay juicios que se tramitan en las cortes por 15 ó 20 años. La gente tiene miedo de la falta de neutralidad. Se desgasta económicamente y moralmente pues termina peleando con la persona a la que demanda. Luego la ve en la calle y hasta se cambia de acera para no enfrentarla”, dice Margarita Estrella, directora de un centro de mediación, que funciona 2 años. Hay otros que trabajan con la Función Judicial en Guayaquil y Cuenca. Los 3 son administrados por Pro Justicia.

Rafael Zabala, mediador, dice que este sistema permite analizar los conflictos más allá del punto de vista jurídico, la gente expresa sus sentimientos.

“Hay hombres que no pasan la pensión de alimentos a sus hijos porque no pueden cubrirlas” cuenta.

En las reuniones, las mujeres entienden que el ex marido no es malvado. No puede pagar USD 100 por que gana 80 y además tiene gastos.

En otros casos, los padres que dicen querer que sus hijos tengan la mejor educación, admiten que con los UDS 8 que entregan, difícilmente obtendrán eso. “Con la mediación ganan los 2, la solución es negociada”, dice Estrella.<sup>43</sup>

---

<sup>43</sup> Diario “Ultimas Noticias”. Viernes 15 de febrero 2002

Nuestra Ley al otorgar al acta de mediación efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada, descarta toda posibilidad de impugnar, la decisión consensual de las partes. El acta de mediación, es firme contra ella no cabe ningún recurso, a los que la Ley tampoco se refiere.

Quizás la motivación del legislador al dar esta calidad al acta de mediación obedece a la agilidad que pretende la mediación y a evitar contribuir con la saturación del sistema judicial.

Por otro lado la mediación tiene un procedimiento autónomo e independiente del sistema judicial.

Debemos también tener presente que el acuerdo es la Ley para las partes, quienes, no llegarían a tal si no estuviesen conformes y cuando alguien se encuentra satisfecho no desea impugnar, cambiar o modificar ninguna decisión.

Por otro lado se presume la validez de dicho acuerdo ya que solo puede versar sobre materias de libre disposición, sin afectar el orden público.

Nuestra Ley establece que el acuerdo voluntario debe versar, “sobre materia transigible” (Art. 43); en cuanto a la transacción el Código Civil señala:

Art. 2386. - “La transacción surte el efecto de cosa juzgada en última instancia; pero podrá pedirse la declaración de nulidad o la rescisión, en conformidad a los artículos precedentes”.

Por lo tanto si es que el contenido del acuerdo de mediación es una, transacción podremos pedir su nulidad o rescisión por incapacidad, objeto y causa ilícitos o vicios del consentimiento.

También es aplicable ésta afirmación cuando el contenido de la mediación es un desistimiento, allanamiento, etc. pues la nulidad o rescisión salvo los casos de los testamentos que son nulos es aplicable a todos los actos o contratos.

Sin desconocer las razones por las que no se admiten recursos contra el acta de mediación ni se requiere su homologación, creemos que aunque la ley de arbitraje y mediación expresamente no lo establezca en el título correspondiente, el II se remita a ninguna Ley supletoria, es imprescindible que proceda la nulidad para los convenios de mediación cuando uno de sus elementos esenciales, se vean afectados especialmente si consideramos que la mediación puede ser conducida por un mediador que no necesariamente es abogado y por lo tanto puede carecer de los necesarios conocimientos jurídicos, es por eso que la formación y capacitación de un mediador es imprescindible para el éxito de la institución.

## **5.6. LA PRESENCIA DEL ABOGADO Y EL CLIENTE EN LA MEDIACIÓN**

Los conflictos de cualquier naturaleza que requieran para su solución Jueces y Abogados, alteran y desborda el ánimo de las personas y el abogado capacitado sólo para litigar, estimula ese estado de ánimo del cliente, le da la razón en aspectos incluso negativos, induciéndolo a llevar el caso a juicio, y, cuando las partes llevan el caso a mediación, el abogado puede ser un serio obstáculo, porque además sus funciones no son protagónicas como en un juicio.

Sin embargo, la presencia del abogado puede ser también útil en las negociaciones de mediación cuando ayudan a coordinar y conducir los diálogos de las partes, aclarando los puntos principales y secundarios del problema, y cuando existan dudas jurídicas el abogado puede explicar el alcance de la Ley, hecho que se produce por cierta desconfianza de los involucrados en la mediación, especialmente

cuando es primera vez que se someten a éste procedimiento y porque la consulta a su abogado les da seguridad.

El Abogado moderno es importante en la mediación como facilitador, colaborador, cuando señala las alternativas concretas que tiene su cliente para solucionar el conflicto, y las desventajas que tiene ir a un juicio largo y desgastador, y no como la mediación que da una solución rápida, equilibrada y confidencial.

El cliente y el Abogado en la Mediación deben constituirse en una unidad positiva, dispuesta siempre a llegar a acuerdos y a ceder en casos necesarios.

El cliente confía en su abogado, factor importante para que le escuche en la mediación y acepte sus razones.



## **5.7 ANÁLISIS DE UN CASO DE MEDIACIÓN CONTEMPLANDO TODOS LOS PASOS. <sup>44</sup>**

### **SOLICITUD DE MEDIACIÓN**

Quito, 12 de junio del 2000

Señores

Centro de Mediación

Presente.-

Pongo en su conocimiento que la compañía Universal debidamente representada por su Gerente General Señor Edgar Proaño y el Señor Jaime Castillo con quién existe un conflicto. El conflicto se basa en la falta de pago de la mercadería entregada, razón por la cual solicito se sirva coordinar una Audiencia de Mediación y designe una persona que colabore en la búsqueda de un acuerdo final al problema en mención.

La cuantía del conflicto es de USD 5.000. El domicilio del Señor Jaime Castillo es Av. 10 de agosto 1865 y Carrión, teléfono: 223-562

Las comunicaciones la recibiré en las oficinas de la compañía que están ubicadas en la Av. Amazonas E-567 y Av. República, teléfono.- 568-980 564-960

Atentamente.-

Edgar Proaño

**Gerente General**

---

<sup>44</sup> El caso práctico de mediación es basado en los modelos de la Cámara de Comercio de Quito

## **COMUNICACIONES A LAS PARTES DEL CENTRO DE MEDIACIÓN**

Quito junio 28, 2000.

Señor

Edgar Proaño

**GERENTE GENERAL**

**UNIVERSAL**

Av. Amazonas E-567 y República

Teléfonos.- 568-980 564-960

Ciudad.-

De mi consideración:

Dentro de la Mediación iniciada por la compañía UNIVERSAL, debidamente representada por el señor Edgar Proaño en la que se nos solicita se realice una Audiencia de Mediación con el señor Jaime Castillo por sus propios y personales derechos, a fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes, esta entidad acepta brindar sus servicios.

Le invitamos a una audiencia de mediación que se efectuará el día viernes 30 de junio del 2000, a las 11h00, en las oficinas del Centro de Mediación, ubicada en la Av. República No. 890, tercer piso.

En iguales términos hemos cursado invitación al señor Jaime Castillo.

Atentamente,

**CENTRO DE MEDIACIÓN**

Dr. Carlos Escobar

**Director**

## **A LA OTRA PARTE**

Quito junio 28, 2000.

Señor

**JAIME CASTILLO**

Av. 10 de agosto 1865 y Carrión

Teléfonos.- 223-562

Ciudad.-

De mis consideraciones:

El Centro de Mediación ha recibido por parte de la compañía Universal, debidamente representada por su Gerente General señor Edgar Proaño una carta mediante la cual solicita se realice una Audiencia de Mediación, a fin de solucionar las diferencias surgidas con el señor Jaime Castillo, con la ayuda de un mediador nombrado por el Centro, de conformidad con lo dispuesto en los Art. 43 y siguientes de la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.

Atendiendo la solicitud en mención, le comunicamos que esta entidad acepta prestar sus servicios para lo cual de la manera más atenta, le invitamos a una audiencia de mediación que se efectuará el día viernes 30 de junio del 2000, a las 11h00, en las oficinas del Centro de Mediación, ubicada en la Av. República No. 890, tercer piso.

En iguales términos hemos cursado invitación al señor Edgar Proaño Gerente General de la compañía Universal.

Atentamente,

**CENTRO DE MEDIACIÓN**

Dr. Carlos Escobar

**Director**

## **CONTINUACIÓN DE LA MEDIACIÓN**

Quito julio 03, 2000.

Señor

Edgar Proaño

**GERENTE GENERAL**

**UNIVERSAL**

Av. Amazonas E-567 y República

Teléfonos.- 568-980 564-960

Ciudad.-

De mi consideración:

Dentro de la Mediación iniciada por la compañía UNIVERSAL, debidamente representada por el señor Edgar Proaño en la que se nos solicita se realice una Audiencia de Mediación con el señor Jaime Castillo por sus propios y personales derechos, a fin de solucionar las diferencias surgidas entre las partes, esta entidad acepta brindar sus servicios.

Le invitamos a la continuación de la audiencia de mediación que se efectuará el día viernes 07 de julio del 2000, a las 10h00, en las oficinas del Centro de Mediación, ubicada en la Av. República No. 890, tercer piso.

En iguales términos hemos cursado invitación al señor Jaime Castillo.

Atentamente,

**CENTRO DE MEDIACIÓN**

Dr. Carlos Escobar

**Director**

Quito julio 03, 2000.

**Señor**

**JAIME CASTILLO**

Av. 10 de agosto 1865 y Carrión

Teléfonos.- 223-562

Ciudad.-

De mis consideraciones:

El Centro de Mediación ha recibido por parte de la compañía Universal, debidamente representada por su Gerente General señor Edgar Proaño, una carta mediante la cual solicita se realice una Audiencia de Mediación, a fin de solucionar las diferencias surgidas con el señor Jaime Castillo, con la ayuda de un mediador, de conformidad con la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el Registro Oficial 145 de 4 de septiembre de 1997.

Atendiendo la solicitud en mención, le comunicamos que esta entidad acepta prestar sus servicios para lo cual de la manera más atenta, le invitamos a la continuación de la audiencia de mediación que se efectuará el día viernes 07 de julio del 2000, a las 10h00, en las oficinas del Centro de Mediación, ubicada en la Av. República No. 890, tercer piso.

En iguales términos hemos cursado invitación al señor Edgar Proaño Gerente General de la compañía Universal.

Atentamente,

**CENTRO DE MEDIACIÓN**

Dr. Carlos Escobar

**Director**

## **ACTA DE IMPOSIBILIDAD DE MEDIACIÓN**

### **ANTECEDENTES.**

El Centro de Mediación con fecha 12 de junio del 2000 recibió una solicitud de mediación por parte de la Compañía Universal representada por el Gerente General señor Edgar Proaño, conforme nombramiento que se adjunta para ser parte integrante de esta Acta, presentó una solicitud de mediación para solucionar un conflicto que mantiene con el señor Jaime Castillo.

Se llevó a cabo dos reuniones de Audiencia de Mediación con fechas 30 de junio y 07 de julio en la cual se pretendía buscar un acuerdo que ponga fin al conflicto que mantienen las partes, lamentablemente no llegaron a un acuerdo.

### **IMPOSIBILIDAD DE MEDIACIÓN**

Con los antecedentes mencionados el Centro de Mediación, concluye que:

No es posible que se logre una mediación.

Se pone a criterio de las partes la posibilidad de iniciar cualquier tipo de acción legal.

Se deja constancia del carácter de confidencial de la reunión que se llevó a cabo en la presente Mediación.

Para constancia de lo escrito, los comparecientes y el mediador firman en tres originales, con fechas 07 de julio del 2000.

Sr. Edgar Proaño  
**Gerente Universal**

Sr. Jaime Castillo

Ing. Marco Pozo  
**MEDIADOR**

## **ACTA DE MEDIACIÓN**

Comparecen a la suscripción de la presente Acta de Mediación, por un aparte la compañía Universal representada por el señor Edgar Proaño en calidad de Gerente General y por otra parte, el señor Jaime Castillo, por sus propios y personales derechos, entre quienes se acuerda lo siguiente:

### **ANTECEDENTES:**

1. La Compañía Universal entregó mercadería al señor Jaime Castillo, con fecha 10 de abril según factura adjunta.
2. El señor Jaime Castillo tenía plazo de un mes, desde la entrega de mercadería para realizar el pago total de dicha factura.
3. El señor Jaime Castillo no estaba de acuerdo con la mercadería que le fue entregada, ya que no era de la marca que él solicitó a la compañía.

### **ACUERDO:**

1. El señor Jaime Castillo entrega un cheque del Banco Amazonas, Cta. Cte. 1298604-0, a nombre de la compañía Universal, por el pago de la mercadería recibida el día 10 de abril, por la cantidad de USD 600.00.
2. La Compañía Universal en el término de 8 días, se compromete a cambiar la mercadería de esferos y lápices de marca Lion por la marca Spender, sin ningún incremento.

### **INCUMPLIMIENTO**

En caso de incumplimiento de la presente acta de mediación, la parte incumplidora además deberá reconocer los costos procesales que ocasione la ejecución de la misma.

### **DECLARACIÓN**

Las partes ratifican el contenido de este acuerdo y lo suscriben al tenor de las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación, dando a la presente acta el efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada de última instancia, que en caso de incumplimiento se ejecutará en los términos del artículo 47 de la referida Ley.

### **COMPETENCIA:**

En caso de ser necesaria la ejecución judicial de esta acta, las partes se someterán a los jueces de lo civil con asiento en el cantón Quito.

Para constancia de lo establecido en la presente acta de mediación, las partes la suscriben en Quito, a los 07 días del mes de julio del año 2000, con el señor Mediador quien testimonió el acuerdo.

Sr. Edgar Proaño  
**Gerente Universal**

Sr. Jaime Castillo

Ing. Marco Pozo  
**MEDIADOR**



## CAPÍTULO VI

### INVESTIGACIÓN DE CAMPO

#### 6.1 ENTREVISTAS

Las entrevistas realizadas a funcionarios del Sistema de Justicia Alternativa, conocidos como Centros de Mediación, se anexan a esta tesis.

#### 6.2 ESTADÍSTICAS

Centros de Mediación que fueron entrevistados en la ciudad de Quito

<b>Centro de Mediación</b>	<b>Nombre del Director</b>	<b>Ubicación</b>	<b>Respuesta</b>
Centro de Mediación de la Corte Superior de Justicia.	Dra. Margarita Estrella	Palacio de Justicia de Quito.	Sí contestaron.
Centro de Mediación del Colegio de Abogados de Pichincha.	Dra. Mariana Villavicencio	Av. 6 de Diciembre 225 y Piedrahita.	Sí contestaron.
“Cámara de Comercio de Quito”.	Dr. Jaime Hidalgo López.	Av. Amazonas y República. Edificio “las cámaras”.	Sí contestaron.

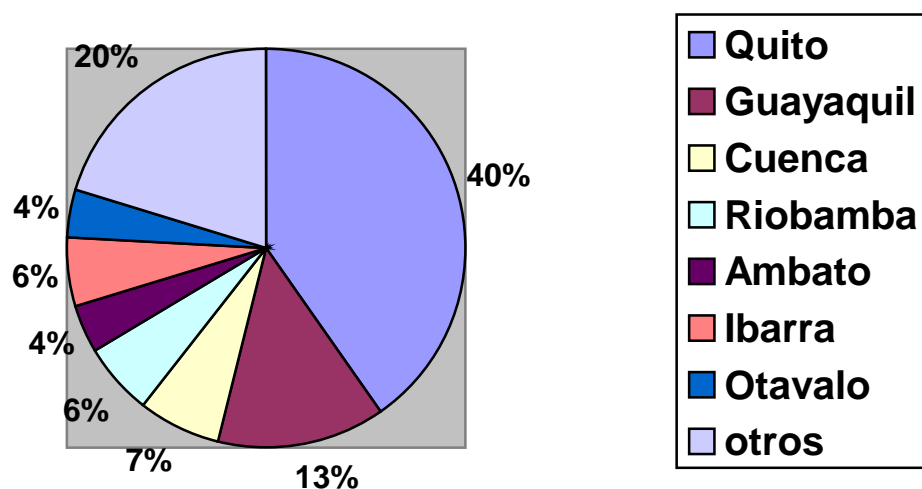
“Fundación Fabián Ponce”.	Dr. Roberth Puertas Ruiz.	Av. 10 de Agosto y Jorge Washington. Ed. Botar.	Sí contestaron.
Centro De Mediación “CECIM”.	Dra. Brenda Vanegas.	Jorge Washington y Amazonas.	Sí contestaron.
“CEMACO Arbitraje y Mediación de la Cámara de la Construcción”.	Dr. Santiago Terán y la Dra. Jenny Veintimilla.	Pasaje Juan Pablo Sanz e Ñaquito.	Sí contestaron.
Consultorios Jurídicos de la PUCE de Quito.		Universidad Católica.	Sí contestaron.
Cámara de la Pequeña Industria de Pichincha.	Dr. Juan Chavéz.	Av. Amazonas N34-332 y Atahualpa.	Sí contestaron.
Centro de Mediación Laboral.	Dra. María Fernanda Salazar.	Calle Clemente Ponce y Piedrahita.	No contestaron.
“Fundación Antonio Quevedo”.	Dr. Milton Castillo.	Valladolid N°12-44 Y Coruña.	No contestaron. Existe el lugar pero no hay atención.
Centro de Mediación “YAPARINA”.	Dra. Berta Moreira de Álava.	Juan Montalvo y Av. 6 de Diciembre.	No está en funcionamiento y

		Edif. Ponce Larrea.	no se cuenta con información de nueva dirección.
“MEDIAR” Fundación Nuevos Rumbos Iberoamericanos.	Dr. Universi Zambrano.	Calle Río de Janeiro 130 y Av. 10 de Agosto. Edif. Previsora.	No contestaron.
“Fundación Mediación y Justicia”.	Dr. Ramiro Parra León.	Calle Río de Janeiro y 10 de Agosto. Edif. La Previsora.	No contestaron.
Fundación María Antonieta Muñoz Cárdenas.	Dr. Mario Andrade.	Av. Colón 1468 y 9 de Octubre. Ed. Solomar.	No contestaron.
Centro de Mediación de la Superintendencia de Compañías.	Dr. Oscar Terán.	Roca 660 y Amazonas. 2 piso.	No contestaron.
Centro de Mediación “EJUS”.	Dr. Esteban Escorza.	Calle Clemente Ponce. Edif. Acuarius. 8 piso. Oficina 103.	No contestaron.

<p>“Centro Especializado de Arbitraje y Mediación en Materia de Seguros y Afines, Adscrito a la Fundación para la Investigación, Tecnificación y Desarrollo del Seguro ecuatoriano. “FITSE”.</p>	<p>Dr. Luis Larrea Benalcazar.</p>	<p>Av. Colón N°113 y Av. Amazonas. Edif. ARISTA. 8 piso.</p>	<p>El centro no se encuentra en operaciones al momento.</p>
--	------------------------------------	--	---

### 6.3 GRÁFICOS

#### UNIVERSO DE LOS CENTROS DE MEDIACIÓN INSCRITOS EN EL CONSEJO NACIONAL DE LA JUDICATURA.



En la ciudad de Quito se encuentran 40 Centros de Mediación.

En la ciudad de Guayaquil se encuentran 13 Centros de Mediación.

En la ciudad de Cuenca se encuentran 7 Centros de Mediación.

En la ciudad de Riobamba se encuentran 6 Centros de Mediación.

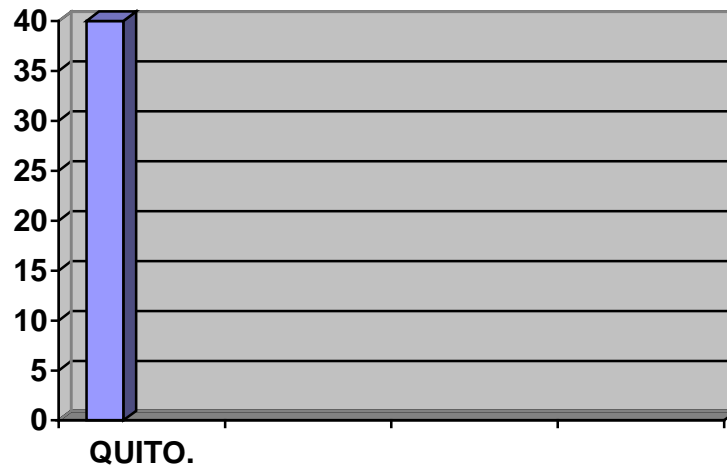
En la ciudad de Ambato se encuentran 4 Centros de Mediación.

En la ciudad de Ibarra se encuentran 6 Centros de Mediación.

En la ciudad de Otavalo se encuentran 4 Centros de Mediación.

20 Centros de Mediación se encuentran distribuidos en las demás ciudades del país.

### **CENTROS DE MEDIACIÓN EN QUITO.**



## **6.4 ANÁLISIS**

Es penoso señalar que de un total de 40 Centros de Mediación que existen en la ciudad de Quito, se logró la respuesta solamente de 8. En cuanto a los demás, se negaron a contestar o tienen direcciones simuladas.

Frente a esta realidad, y al alto costo que su instauración significó al Estado y al Banco Mundial, que también tuvo participación en este financiamiento; es necesaria la intervención del Ministerio de Justicia para poner en marcha este Sistema Alternativo de Justicia, aún más si consideramos que el actual Ministro de Justicia fue quien implantó este sistema en el país.

### **LOS CENTROS DE MEDIACIÓN JUDICIAL SON SUBUTILIZADOS.**

En lo que va del presente año, el centro de Mediación de Pichincha ha recibido 300 casos.

En el ámbito judicial se dice que: “es mejor un mal arreglo que un buen juicio”. Pero este refrán no es tan cierto, porque también puede haber un buen acuerdo y en un tiempo mínimo, siempre y cuando exista voluntad de las partes que tienen un conflicto legal.

El centro de Mediación de Pichincha, ubicado en el Palacio de Justicia de Quito, le da al usuario esa alternativa para llegar a un acuerdo en un tiempo record, en todas las materias, desde lo civil, inquilinato, tránsito, alimentos, tenencia de menores, hasta la pena, siempre que sean delitos menores.

Si el usuario tiene ya un juicio, de igual manera puede solicitar la mediación y llegar a un acuerdo, solamente se le pide al juez que archive la causa.

## **A CONVERSAR CON ALTURA**

Este Centro funciona desde hace 7 años y se creó con el objetivo de que las partes o personas que tienen un conflicto de tipo legal, puedan tener un medio que les permita sentarse a conversar con altura y con respeto. Pese a que sus servicios son gratuitos, sin importar la materia y la cuantía, muy pocos abogados y ciudadanos lo utilizan.

Desde que se aprobó la Ley de Arbitraje y Mediación, dejando de lado el tema familiar, apenas 128 actas se han cumplido en los 118 centros que existen en todo el país. La cifra sigue siendo mínima, tomando en cuenta la carga judicial que existe, pero comparado con los 20 casos del primer año, ya es un éxito.

Sin embargo, entre el 65% y 70% de los casos presentados llegan a acuerdos satisfactorios, es decir que las dos partes salen satisfechas, a diferencia de lo que ocurre en un juicio, que deja un ganador y otro perdedor.

## **“LA GALLINA DE LOS HUEVOS DE ORO”**

A la directora del Centro de Mediación de Pichincha, Margarita Estrella Silva, se le preguntó ¿Por qué no existe acogida de la gente y de los abogados con respecto a la mediación? Y ella contestó que lamentablemente, sigue primando el criterio “gallinita de los huevos de oro” en ciertos abogados que ven en los clientes la oportunidad de conseguir dinero continuamente, aduciendo una serie de pretextos, ya sea para copias, movilización, etc.

Tal es así, que en ocasiones el dinero entregado al abogado supera la cuantía que estaba reclamando. También afirmó que existen abogados que tampoco saben los beneficios de la mediación y cómo asesorar al cliente para sacar el mejor provecho a esta instancia.

Agregó que, un juicio en el mejor de los casos puede durar dos o tres años, y en el peor a 25 y 30 años, no así la mediación, que es cuestión de dos o tres días en sesiones de una hora.

## **MEDIAR NO ES MUY USUAL EN EL ECUADOR**

Para el Presidente del Colegio de Abogados de Pichincha, Víctor Hugo Cevallos, algunos profesionales del derecho no entienden lo que es la práctica de la justicia alternativa, conocida también como centros de mediación.

La subutilización de estos centros la atribuye al temor que tienen los ciudadanos a ser perjudicados por la otra parte, en el momento que se firme el acta de mediación. Pero dice también que hay personas a las que lo único que les importa es conseguir una sanción para su contradictor y si pueden mandarlo a la cárcel, hacen hasta lo imposible.



Por otro lado, existe desconocimiento de las leyes, porque en lugar de acudir a los Juzgados de la Niñez y Adolescencia, en busca de fijar una pensión alimenticia, debería concurrir a un Centro de Mediación y en cuestión de pocos días el problema deberá estar subsanado”<sup>45</sup>

---

<sup>45</sup> Diario la Hora “Los centros de mediación judicial son subutilizados” Lunes 16 de junio de 2008. Pág. B6.

## **CAPÍTULO VII**

### **CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

#### **7.1 CONCLUSIONES**

1. El siguiente concepto de Mediación, que aplica la Cámara de Comercio de Quito, es a mi juicio, el que debería ser más utilizado por la gente en general, por su fácil entendimiento: “La Mediación es un procedimiento alternativo de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo extra judicial y definitivo que ponga fin a un conflicto sobre materia transigible”.
2. La aplicación de la Mediación es exitosa en varios campos, ya sea comerciales o empresariales, familiares, institucionales o comunales, entre otras, al generar interacciones entre las partes que promueven la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables. En algunas controversias es más adecuada y eficaz que en otras, sin embargo a través de este procedimiento la mayoría de conflictos pueden encontrar una solución satisfactoria.
3. Factores como: confidencialidad, neutralidad, rapidez, ahorro de tiempo, dinero y energía, deben tomarse en cuenta como ventajas que otorga la Mediación, como proceso alternativo de resolución de conflictos.
4. La mediación constituye un espacio dentro del cual las partes pueden discutir sus diferencias, procurar soluciones lícitas y de mutuo beneficio, con la ayuda de mediadores experimentados.

5. Los beneficios derivados del empleo de esta modalidad de solución de controversias son los más próximos a la justicia con la voluntad de las partes.
6. En la mediación, la aplicación de criterios objetivos se constituye en una manera para que las personas miren la realidad. Las partes inmersas en un conflicto, y sus abogados siempre están buscando la manera de sacar ventaja de la situación y hacerlas parecer exigencias razonables. El mediador es la persona que escucha atentamente y encamina a las partes a tomar esa resolución.
7. La mediación ha logrado resultados positivos por cuanto se descongestiona el trabajo de los juzgados y tribunales del país, y se resuelven con brevedad y justicia los conflictos, con privacidad y confidencialidad de los asuntos tratados.
8. La mediación permite articular soluciones que atiendan los intereses, las posibilidades y las conveniencias de las partes, el desarrollo de la autonomía de la voluntad privada y con arreglo al estado de derecho, en el marco de un trámite ágil y amable que contribuye a reducir los costos de transacción del proceso y tiende a aumentar la satisfacción de las partes con el proceso mismo y con sus resultados.
9. Todas las personas naturales y jurídicas pueden utilizar las ventajas de la mediación y ponerlas a su servicio para el tratamiento de problemas concretos de derecho privado, evitando con ello el costo, y el desgaste normalmente asociado con el trámite de los procesos judiciales.
10. La mediación ofrece a las partes niveles adecuados de seguridad jurídica, en la medida en que los acuerdos conciliados válidamente celebrados y debidamente documentados en actas de mediación, tienen fuerza de cosa juzgada y prestan mérito ejecutivo, equiparándose por este aspecto a las decisiones ejecutoriadas de jueces y árbitros.

11. El uso más generalizado de la Mediación puede contribuir a la formación de una cultura de paz en nuestra sociedad, donde los acuerdos se logren a través del diálogo directo entre las partes en conflicto, lo que implica la racionalización de los problemas por los propios ciudadanos.
12. El mediador no hace recomendaciones ni da opiniones personales y mucho menos influye sobre la decisión de las partes, simplemente facilita el diálogo de los involucrados.

## **7.2 RECOMENDACIONES**

1. Se debe establecer qué parte del proceso es confidencial en la mediación.
2. Los Métodos de Resolución de Conflictos son muy variados, por lo cual la Ley en el país es limitada al Arbitraje y Mediación. Se deben incorporar otros métodos.
3. Se debe capacitar a los profesionales en los métodos de resolución de conflictos para que ellos puedan asesorar adecuadamente a las partes interesadas
4. Con este objetivo, se debe crear en todas las Escuelas de Derecho la Cátedra de Mediación y consecuentemente una Licenciatura en Mediación.
5. Motivar la creación de consultorios jurídicos gratuitos pertenecientes a las facultades de jurisprudencia, en los cuales se presten servicios de mediación, como lo está realizando la Universidad Católica.

6. En algunas leyes se ha establecido que se recurrirá en caso de controversia a la Ley de Arbitraje y Mediación, se debe ir implementando en nuestras normas jurídicas.
7. El mediador debe tener la capacidad de distinguir los intereses de todas las posiciones. Sin lugar a dudas, los intereses son los que ellos quieren lograr y las posiciones en general demuestran la situación solo desde el punto de vista de la una parte.
8. En nuestra época, que afrontamos la falta de solidaridad, el marcado espíritu individualista, la intolerancia y las expresiones de violencia no favorecen al florecimiento de una cultura ciudadana de diálogo y concertación, cual es deseable para fomentar los beneficios que ofrece la mediación.
9. El abogado actual, no está preparado para ser mediador, su mentalidad es de litigante, no de componedor, por esto debería existir cursos de Mediación en las Escuelas de Derecho de las Universidades, hasta que la Licenciatura en Mediación se haga una realidad y tengamos mediadores profesionales.
10. Considerando las características de la Mediación, el papel del mediador es fundamental. Por ello es importante que tenga conocimiento del manejo de las emociones de las partes; por tanto debe ejercer habilidades de empatía, saber escuchar y manejar herramientas de comunicación adecuadas.
11. Utilizar el mecanismo alternativo en cuestión, puede ser útil para disminuir considerablemente el número de procesos judiciales que requieran una sentencia o resolución. Con ello se elevaría el grado de satisfacción de los ciudadanos respecto a la acción de la justicia, y se mejora la calidad del trabajo de los juzgados o tribunales, puesto que se sacaría del sistema un gran número de litigios, respecto a los cuales la respuesta judicial ha demostrado no ser la vía más adecuada.

12. Es necesario que para el desarrollo de la mediación y su promoción activa se instaure en nuestro país un observatorio de la mediación, que establezca normas de actuación y guías de buenas prácticas. De esta manera se garantizarán aún más la calidad y los resultados de este medio alternativo.
13. En todos los centros de mediación deben crearse áreas especializadas como: corporativa o gerencial, escolar y comunitaria, familiar, penal entre otras.
14. Con la Mediación también se pretende cambiar la actitud combativa de las personas, para que sean ellas, y no el mediador, quienes controlan el proceso, contando con la presencia facilitadora de este tercero imparcial.

## BIBLIOGRAFÍA

### BIBLIOGRAFÍA PRINCIPAL

1. BAUDRIT CARRILLO, Diego. "Bases Teóricas y Prácticas, para un sistema de resolución alternativa de conflictos de Derecho Privado, en Costa Rica".  
Edición 1era.  
Buenos Aires.  
1979.
2. CHIOVENDA, José. "Principios de Derecho Procesal Civil"  
Editorial Bosch.  
Barcelona.  
1979.
3. CAIVANO, Roque-Gobbi,  
Marcelo PADILLA, Roberto "Negociación y mediación".  
Buenos Aires - Argentina.
4. COELLO COLON, Eugenio. "Derecho Penal".  
Parte General.  
Barcelona.  
1940.
5. COELLO, Enrique y otros. "Medios Alternativos en la solución de conflictos legales".  
Cidres Editor.  
Quito - Ecuador.  
1994

6. COELLO, Enrique "Sistema Procesal Civil".  
Editorial U.C. del Ecuador.  
Quito.  
1993
7. DANA, Daniel. Como pasar del conflicto al acuerdo".  
Grupo Editorial norma.  
Bogotá - Colombia. 1992.
8. GARCÍA FALCONI, José. "78 años de Jurisprudencia Penal Ecuatoriana.  
Definiciones Jurídicas en materia penal"  
Ecuador-Quito.  
1981.
9. GOZANI, Oswaldo Alfredo. "Formas alternativas para resolución de conflictos".  
Ediciones Depalma.  
Buenos Aires- Argentina.  
1995.
10. GUASP, Jaime. "Derecho Procesal Civil".  
Editorial El Coloquio.  
Buenos Aires – Argentina.  
1979.
11. H. LEVY, Bruhl. "Sociología del Derecho".  
Editorial Universitaria de Buenos Aires.  
1964.



12. MANRESA Y NAVARRO, José María. “Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil”.  
Editorial Jurídica de Chile.  
1990.
  
13. MNOOKIN, R-KOLD, D-RUBIN, "Mediación.-  
J-BENJAMIN, R-HOROWITZ, S-LÓPEZ, Una respuesta interdisciplinaria”.  
FAURA-GARAT, S. Editorial Universitaria.  
Buenos Aires- Argentina.
  
14. MORELLI, Cayetano. “Derecho Procesal Civil Internacional”.  
Editorial Nascimento.  
Barcelona – España.  
1990.
  
15. PARDO, Antonio. “Tratado de Derecho Procesal Civil”.  
Editorial Marte.  
Bogotá.  
1992.
  
16. PRIETO CASTRO, Leonardo. “Manual de Derecho Procesal Chileno”.  
Editorial Nacimiento.  
Santiago de Chile.  
1990.
  
17. POLITOFF, Sergio. “Derecho Penal Chileno”.  
Editorial Jurídico de Chile.  
1971.
  
18. REDETI, Enrico. “Derecho Procesal Civil”.  
Editorial Egeo.  
Barcelona – España.  
1966.

19. ROSEMBERG, Leo. "Tratado de Derecho Procesal Civil".  
Editorial Egeo.  
Barcelona – España.  
1966.
20. REGULO, Augusto. "Los Plazos en el Procedimiento Civil".  
Editorial Nueva Ley.  
Caracas.  
1978.
21. RUBLANES, Carlos. "Manual de Derecho Procesal Penal".  
Buenos- Aires.  
Ediciones Depalma.  
1978.
22. ZULEMA, Wilde-GAIBROIS, Luis. "Qué es la Mediación".  
Editorial Abeledoperrot.  
Buenos Aires-Argentina.
23. CABANELLAS, Guillermo. "Diccionario de Derecho Jurídico Elemental".  
Editorial Heliasta S.R.L.  
Buenos Aires.  
1979.
24. RUXADE, José. "Enciclopedia Jurídica Española".  
Editorial Posch.  
1964.

## **BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA**

1. DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO ESPASA CALPE.- Octava Edición, Impreso en España, Madrid – España, 1978.
2. CÓDIGO CIVIL.- Corporación de Estudios y Publicaciones, Séptima Edición, Quito – Ecuador, 1997.
3. LEY DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN.- Registro oficial No. 145, del jueves 4 de septiembre de 1997.
4. ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.- Editorial Driskill S.A., Buenos Aires – Argentina, 1977
5. PROGRAMA DE FORMACIÓN DE MEDIADORES.- Editor Cámara de Comercio de Quito, Quito-Ecuador.
6. SERVICIO DE INTERNET.- Páginas WEB.

## **ANEXOS**