

OBLIGATORIEDAD DE LA MEDIACIÓN PREVIA EN LOS PROCESOS JUDICIALES

LEGALLY BINDING CONDITION OF THE PREVIOUS MEDIATION IN THE TRIALS

Artigo recebido em 20/12/2016

Revisado em 02/02/2017

Aceito para publicação em 05/04/2017

Edison Napoleón Fuentes Yáñez

Abogado. Profesor de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, provincia Los Ríos, País Ecuador. efuentes@uteq.edu.ec

Eliceo Ramírez Chávez

Abogado. Profesor de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, provincia Los Ríos, País Ecuador. eramirez@uteq.edu.ec

Teddy De La Cruz Valdiviezo

Master. Profesora de la Universidad Técnica Estatal de Quevedo, provincia Los Ríos, País Ecuador. tdelacruz@uteq.edu.ec

RESUMEN: Varias son las causas y los efectos que se generan en la sociedad por no contar con una normativa jurídica coherente con la legislación constitucional, la cual por su jerarquía garantiza la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas. Alcanzar el bien común, promover una cultura de paz, el arreglo amistoso de las controversias y posibilitar el libre acceso a la justicia, requiere no solo de voluntad y buenas intenciones de los gobiernos, sino de un orden jurídico idóneo que responda a tales requerimientos. Si bien en la legislación legal se prescribe el ámbito de aplicación de la mediación, no establece la obligación de los jueces de derivar a un arreglo amistoso a través de este medio ni tampoco, con algunas excepciones, prescribe la mediación previa obligatoria en los procesos judiciales. En ese sentido, el artículo hace un breve análisis de la mediación en la solución de conflictos, un enfoque de su aplicación en el derecho comparado y la importancia de contar con otras vías de acceso a la justicia. Los métodos empleados fueron el inductivo-deductivo, histórico lógico, análisis y síntesis, derecho comparado. La investigación doctrinaria determinó la necesidad de establecer la mediación previa obligatoria en los procesos judiciales en materias transigibles, cuyo objetivo es abrir el debate jurídico en torno a un tema que posibilite mayor acceso a la justicia.

PALABRAS-CLAVES: Medios alternativos. Mediación previa. Procesos judiciales. Materia transigible.

ABSTRACT: There are several causes and effects that are generated in society because they do not have legal norms consistent with constitutional legislation, which by their hierarchy guarantees effective judicial protection of the rights and interests of individuals. Achieving the common good, promoting a culture of peace, friendly settlement of disputes and enabling free access to justice requires not only the will and good intentions of governments, but also a legal order that responds to such requirements. Although the scope of application of mediation is prescribed by law, it does not establish the obligation of judges to refer to an amicable settlement through this medium, nor does it, with some exceptions, prescribe compulsory prior mediation in judicial proceedings. In this sense, the article makes a brief analysis of mediation in conflict resolution, an approach to its application in comparative law and the importance of having other access to justice. The methods used were inductive, deductive, descriptive and extrapolation. The doctrinal investigation determined the need to establish compulsory prior mediation in judicial proceedings in matters that can be dealt with, the purpose of which is to open the legal debate on a topic that allows greater access to justice.

KEY WORDS: Alternative. After mediation. Legal proceedings. Transigible matter

SUMARIO: Introducción. 1. Los medios alternativos de solución de conflictos 2. La cultura de litigio 3. La cultura de paz 4. La mediación previa obligatoria en los procesos judiciales 5. Conclusiones 6. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

El acceso a la justicia y la búsqueda de solución a los problemas cotidianos, son temas de permanente preocupación en la vida de las personas, las instituciones y la sociedad en general, cuanto más si se analizan en el contexto de los efectos que generan los procesos de cambio y los avances científico-tecnológicos, donde se precisa contar con un ordenamiento legal y constitucional que responda a estos intereses y necesidades, a efecto de generar condiciones favorables que promuevan el desarrollo social en un marco de equidad y justicia; por lo que urge contar con una Administración de justicia ágil y eficiente que garantice el respeto a los derechos fundamentales de las personas. (Monroy, 2007)

Los hechos y circunstancias que a veces dificultan la solución de algo, no deja de ser un problema que, sin originarlo muchas veces, está presente en la vida de las personas e instituciones, por lo que siempre habrá opiniones diferentes para interpretarlos y resolverlos. Esto resalta la importancia de tener una lectura objetiva de la realidad en su complejidad y dinamismo y así evitar que las apariencias y formas de vida descontextualizadas sean manifestaciones de un tipo de cultura que nos estigmatice. Desde esa perspectiva, la solución de conflictos y controversias no pueden resolverse únicamente por la vía judicial, sino además por otros medios que la ley contemple, si el fin es lograr que las partes lleguen a conciliar acuerdos sin renunciar a sus derechos, lo cual responde a un nuevo paradigma que procura el cambio cultural en materia de justicia. (Peñaranda, 2012)

En una sociedad donde los conflictos por lo general se resuelven a través de la vía judicial, termina generando un tipo de cultura inmersa en el litigio y por ende limitando la búsqueda y aplicación de otros medios de solución fuera del ámbito judicial, cuando lo que interesa es garantizar el pleno ejercicio de los derechos y el libre acceso a la justicia. En ese contexto, la mediación es un mecanismo idóneo que promueve formas de arreglo amistoso al conflicto en materia transigible. (Suárez, 2008)

Las falencias del sistema de justicia no pueden limitar la búsqueda de otros medios de solución, en circunstancias en que urge promover en la sociedad una cultura de paz, del diálogo directo y la participación. (López, 2002). En ese sentido, el objetivo del presente artículo es abrir el debate en la población, los profesionales de derecho y los operadores de justicia respecto a la mediación previa obligatoria en los procesos judiciales, como herramienta básica de resolución de conflictos.

1 LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC)

Los medios alternativos son mecanismos no formales que facilitan la búsqueda de soluciones que benefician por igual a las partes, pues son procedimientos que pueden realizarse de manera directa o con la intervención de agentes negociadores, como en el caso de la negociación; o mediante la intervención de un tercero imparcial, como en la mediación, la conciliación y el arbitraje. Están basados en principios de libertad e igualdad y tienen como características la flexibilidad, la comunicación horizontal, la economía procesal, rapidez y eficacia. Entre ellos tenemos:

Negociación. Es un medio a través del cual las partes involucradas en el conflicto, sin la intervención de una tercera persona, llegan a un acuerdo amistoso y resolución pacífica, en

un ambiente distendido de comunicación y respeto; pues se neutralizan intereses opuestos y concilian diferencias a través de pactos y acuerdos a los que se comprometen cumplir. Este medio lleva implícitos procesos de aprendizaje que fortalecen la cultura democrática y la participación libre de los actores en la solución de conflictos. (Paz, 2004)

Mediación. Es un proceso en el que una persona imparcial, conocida como mediador, coopera con los interesados para encontrar una solución que convenga a las partes en conflicto, por lo que su rol es escuchar, brindar orientación cooperativa, generar un ambiente flexible de participación democrática y reducir la conflictividad, a fin de facilitar las condiciones que permitan encontrar soluciones equitativas. No propone fórmulas específicas de arreglo, excepto en cuestiones laborales, donde el acuerdo alcanzado se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio en caso de incumplimiento. Aquí puede haber o no acuerdo; no obstante, la mediación es posible en toda materia transigible. Cuando hay Acuerdo, por ejemplo, en casos de delitos penales, éste consistirá en el pago en dinero a la víctima, trabajo efectuado por el infractor a su favor, trabajo para una institución de caridad, inscripción del infractor en un programa de tratamiento, por lo que se tendrá en cuenta la situación de la víctima y las posibilidades reparatorias del victimario (Márquez, 2012)

Conciliación. Es un medio a través del cual las personas involucradas en un conflicto, buscan resolverlo mediante un acuerdo satisfactorio con la intervención de un tercero o conciliador que actúa con el consentimiento de las partes o por mandato de la ley para proponer soluciones, las mismas que tendrán efecto vinculante. Es un procedimiento breve en el que las partes arreglan sus diferencias mediante acuerdos recíprocos y satisfactorios, donde prevalece la voluntad de negociar y concertar acuerdos. El proceso se desarrolla a través de las siguientes fases: a) la inicial, donde se define el contexto de la conciliación; b) el intercambio de historias, son los puntos de vista de los actores; c) la situación del conflicto, aquí se concretan los puntos a tratar y se enfatiza en lo conciliable; d) las soluciones que se plantean; y e) los acuerdos que se especifican en un acta. (Fuquen, 2003)

Arbitraje. Es un proceso mediante el cual un tercero decide sobre el caso y las partes acatan. La decisión del tribunal de arbitraje se asimila al de una sentencia judicial y es denominada laudo arbitral por tener el carácter de cosa juzgada. El árbitro actúa como auxiliar de la justicia, y para el efecto debe considerar los hechos y argumentos que presenten las partes y sus abogados. Lo más frecuente es que acudan al arbitraje voluntariamente, pues el árbitro tiene como función escuchar lo que deseen exponer para defender sus puntos de vista y, con base en ello, tomar una decisión vinculante. (Cornelio, 2014)

Luego de conceptualizados los cuatro medios alternativos, se constata que presentan como común denominador **la no intervención** de un juez público, o al menos, su intervención no con facultades decisorias en el caso de la mediación y la conciliación intraprocesales. Para los efectos de este ensayo jurídico se centrará en la mediación previa en los procesos judiciales.

Hay que tener en cuenta que el aparato administrativo necesario y suficiente para el servicio público, que es la actividad técnica prestada por el ente público, de manera constante, permanente, ininterrumpida para la satisfacción de las necesidades de los intereses colectivos (Estado-administrador).

Por ello, se considera que la mediación como procedimiento **no adversarial**, en el que un tercero neutral, quien no tiene ningún poder o autoridad sobre las partes, ayuda a que armonicen sus intereses con fórmulas de arreglo. Para esto, no existen normas fijas en el modo de proceder, el intermediario ofrece colaboración, asistencia y servicio para una colaboración adecuada. Sin imponerse, sino en un mismo plano entre las partes en el conflicto.

Se valora también, que para aplicar este procedimiento se requiere forzosamente de **requerir de conocimientos** para quien lo ejecute, las Escuelas Judiciales se ocupan de la preparación a través de programas diseñados en este sentido a través de la psicología. Ello asegura la idoneidad del mediador, para que obtenga resultados en la negociación, concertación, arreglos, en la búsqueda de puntos de contacto, etc.

2 LA CULTURA DE LITIGIO EN LOS PROCESOS EN LA VÍA JUDICIAL

La sustanciación de los procesos por la vía judicial no ha logrado alcanzar un nivel de eficiencia que garantice el acceso a la justicia y el pleno ejercicio de los derechos ni superar la cultura del litigio, toda vez que la fuerza que mueve a las partes en conflicto es la beligerancia y la confrontación, una situación tensa que exagera las diferencias y los antagonismos. En un proceso así, sabemos cuándo se inicia y no cuándo terminará ni la forma; por lo que la administración de justicia debe perfeccionar los instrumentos jurídicos y los procesos, a fin de garantizar eficiencia y credibilidad, y que además la vía judicial no sea la única opción para la solución de conflictos, pues a nombre de la igualdad de derechos y oportunidades no puede seguir manteniéndose estructuras caducas que limitan el accionar de la justicia como entidad jurídica y promueve una forma de cultura que no acepta otros medios. (Laca, 2006)

Cierto es que los medios alternativos permiten resolver los conflictos de manera efectiva, sin tener que someterse a las rigideces de proceso judicial y con ello alcanzar uno de los fines del derecho, como es el bien común, a más de la justicia, igualdad, libertad y paz; pero ello será posible en la medida en que se supere la tradición jurídica signada por el positivismo que defiende los postulados de la validez del derecho en las estructuras políticas y de poder, donde las élites dominantes imponen una ideología centrada en la supuesta coherencia, racionalidad y neutralidad de la interpretación jurídica. Por tanto, al tener un sistema procesal rígido y normativo que no evoluciona a la par del orden social, a las personas no les queda más que recurrir a los procedimientos judiciales como única vía para resolver los conflictos. (Lunelli, 2014)

En sí, se cree oportuno que haya la disponibilidad de otros escenarios destinados a la protección de derechos y resolución de conflictos que aseguren a las partes un arreglo satisfactorio, sin renunciamiento de derechos; pues si solo existe la intención de ganar por ganar y hacer perder a la otra parte, difícilmente lograremos salir de la cultura del litigio. Esto solo será posible si hay voluntad para transigir y concertar acuerdos, si hay la fuerza para superar la mera conflictualidad de posiciones y así evitar encerrarse en la visión negativa del conflicto, que limita el acceso a la justicia. (Valencia, 2006)

En el ámbito mundial la reforma al Poder Judicial ha buscado aligerar la carga de trabajo en los juzgados. Para conseguirlo se aprecia cómo se ha intentado, primordialmente, reformar los códigos de procedimientos, buscando instaurar el proceso oral y aumentar el número de juzgadores; sin embargo, un campo complementario que se empieza a explorar es el de los medios alternativos, principalmente aplicando la mediación y la conciliación. Ambos resultan métodos flexibles y adaptables, que se prestan lo mismo para resolver conflictos de gran monto económico (por la necesidad de las partes de resolverlos rápidamente para evitar o reducir pérdidas), como en litigios donde las partes pertenezcan a sectores marginados con pocas probabilidades de acceso a la justicia formal o tradicional.

3 LA CULTURA DE PAZ EN LOS DERECHOS HUMANOS

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Art. 1, establece que “Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros” Se consignan aquí las condiciones para promover una cultura de paz en la sociedad, donde las diferencias individuales y colectivas se resuelvan mediante el diálogo y cediendo posiciones,

a fin de abrir paso a una cultura de amistad y confraternidad, donde la diversidad de criterios y aspiraciones no sea obstáculo para llegar a consensos y superar divergencias.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el Art. 32, núm. 2, dice: "Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común", en una sociedad democrática los derechos humanos constituyen uno de los pilares fundamentales del discurso de la cultura de paz, cuyo respeto es la máxima garantía de que los valores mínimos que la humanidad decida compartir, se traduzcan en normas de comportamiento e instrumentos jurídicos de protección para las personas y los pueblos. (Casal, 2005)

La finalidad de acudir a los medios alternativos como primera opción, es contar con un mayor campo de posibilidades de arreglo amistoso, eficiente y rápido, propio de una forma de vida que antepone la práctica de valores éticos y morales, a las posiciones antagónicas; el respeto a los derechos y libertades fundamentales, a las posiciones irracionales que obstaculizan la generación de condiciones flexibles donde se pueda concretar acuerdos. En ese marco, la mediación juega un rol trascendental por cuanto contribuye al fortalecimiento de la cultura de paz, mejora el sistema de relaciones sociales, el cumplimiento de compromisos y acuerdos, el ejercicio de los derechos, la empatía, la confianza y la solidaridad (Fisas, 2006).

Precisa por tanto resaltar que el conflicto es inevitable por ser parte de la vida personal, familiar e institucional, responde a las maneras de entender las circunstancias y determina en buena medida la forma en que se manejen las diferencias y las resuelvan. De ahí la necesidad de contar con medios alternativos que ayuden a descongestionar los procesos judiciales, pues no hay otra opción si el conflicto está presente en la sociedad, es propio de la naturaleza del ser humano, forma parte de su existencia y por tanto de su proceso de maduración como persona. (Suárez, 2008)

Por ello, es de esperar que el sistema procesal sea un medio de realización de la justicia que asegure el ejercicio de las garantías básicas del derecho al debido proceso, donde el acceso a la justicia se materialice en la praxis, en la cotidianidad. A propósito de la cultura de paz, el 6 de octubre de 1999, la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 53/243, aprobó la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz, donde propuso a los gobiernos, a las organizaciones internacionales y a la sociedad civil orientar sus actividades en torno al fomento y promoción de un tipo cultura en beneficio de los pueblos del mundo. En ella se reconoce a la paz, no sólo como la ausencia de conflictos, sino que además requiere de un proceso positivo, dinámico y participativo que promueva el diálogo y la solución pacífica de los conflictos. Dicha declaración la consideró como un

conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en el respeto a la vida, la práctica de la no violencia, el compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos; un entorno donde la mediación se halla en estrecha relación con la cultura de paz. (Pérez, 2015)

4 LA MEDIACIÓN PREVIA OBLIGATORIA EN LOS PROCESOS JUDICIALES

A medida que progresa sociedad y los conflictos se incrementan por efecto de dicho proceso de cambio, obliga a las personas e instituciones a desenvolverse en situaciones y circunstancias mucho más dinámicas y exigentes, las mismas que requieren de condiciones de interacción e interrelación que no siempre se producen; donde la posición de uno o su modo de pensar, puede ser visto por el otro como un obstáculo para la realización de sus deseos y aspiraciones. Son situaciones conflictivas que se presentan en algunos casos por la percepción lineal de la realidad y que ocasiona diferencias y antagonismos en las relaciones sociales e incompatibilidad entre conductas, objetivos y metas. Es un fenómeno que requiere de otras opciones y alternativas de resolver los conflictos y de nuevas maneras de satisfacer las necesidades e intereses, por lo que el desarrollo social necesita de un orden jurídico coherente y flexible con dicha realidad. (Aguirrézabal, 2013)

Los autores justiprecian, que una de las razones por las que el hombre acepta vivir en sociedad y otorgar a un grupo de personas el gobierno común, es el obtener la protección de sus derechos mediante un adecuado sistema de impartición de justicia. Esta función estatal no puede ser soslayada, y ningún Estado moderno aceptaría renunciar a dicha obligación. Siendo la impartición de justicia un servicio público de suma importancia, se ha establecido como una garantía individual el acceso a la misma, así como todo un cuerpo especializado, cuya función se considera tan importante que ha dado lugar al nacimiento de un auténtico "poder" en la clásica división tripartita: el Poder Judicial.

Hay que considerar también, que el que una sociedad cree y utilice adecuadamente la mediación como alternativa a la resolución de sus conflictos, con sus características de privacidad, rapidez, equilibrio inter-partes, satisfacción de expectativas de todas las partes del conflicto y el restablecimiento de la comunicación entre ellas, posibilita indefectiblemente que ésta cuente con un mecanismo efectivo de autorregulación, que pueda defenderse de acciones u omisiones que la dañen sin necesidad de utilizar métodos coactivos y que asegure de manera objetiva un "saludable desarrollo social".

Se parte de que el acto de mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. Esta base superficial tomada de un dato etimológico nos permite ingresar en el modismo prometido por el instituto de la mediación. Precisamente, el acuerdo, la concertación amistosa, el encuentro entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos. Esta negociación facilitada, conocida como la mediación, resulta la herramienta imprescindible de la sociedad en su batalla por la regulación de la gran industria de producción de conflictos o disputas, que amenaza ser el síndrome social que se fortalece para atacar al siglo XXI, dado el incremento de la tecnificación y por ende, deshumanización de las relaciones sociales y personales.

La mediación, es una estrategia hábilmente utilizada por quien conoce sus técnicas: el mediador, quien transmite a la sociedad donde se desarrolla el proceso el mensaje subliminal de que “es mil veces mejor un mal arreglo, que una victoriosa pelea”. El mediador, intermediario o facilitador, lejos de dirigir el proceso, lo regula, lo orienta, lo sacude de inconsistencias, extrae de él la esencia del conflicto y lo ataca constantemente hasta que finalmente logre su distensión.

La mediación significa que usted adquiere la responsabilidad de la solución de su conflicto. Es un proceso mediante el cual un mediador le ayuda, facilitándole un método privado e informal, para reflexionar acerca del conflicto o disputa interpersonal (“discutir el asunto”) y tratar de resolverlo. El mediador no es un juez y no decide quien es culpable o inocente. El proceso de mediación es flexible y permite encontrar con el mediador sus necesidades más importantes. Una de las características que diferencian a la Mediación de otros procesos alternativos de resolución de disputas es la intervención neutral de su facilitador, el mediador como regla de oro. Es altamente valorada por su énfasis en el consenso, por la persuasión moral y el mantenimiento de la armonía en las relaciones humanas. La Biblia, es un ejemplo, al señalar a Cristo como el mediador entre la especie humana y su Dios. Su aparición en América se aprecia en 1926, con la American Arbitration Association (AAA), la que comenzó a ofrecer servicios de mediación a quienes preferían lograr un acuerdo privado para su conflicto, a quienes querían que su entendimiento fuera facilitado y resuelta su disputa. Por lo que se asevera por los autores de este ensayo, que el proceso de mediación toma auge en el siglo XX y no al margen de las nuevas tesis acerca de los mecanismos de autorregulación social. Los autores coinciden en ponderar que el abogado es uno de los profesionales que mejor preparado está para entrenarse en técnicas de mediación

y esto es así ya que es quien conoce a profundidad aquello a lo que la mediación le representa una alternativa: el sistema de adversarios en la *litis* judicial. (Castanedo Abay, 2009)

Para conocer el avance en las legislaciones de la mediación previa obligatoria en los procesos judiciales, se realiza un breve estudio comparado por diferentes países, en atención al origen idiomático, los rasgos culturales, y la normativa de referencia como modelo:

En la **Unión Europea**, con el Libro Verde, sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil de 2002, se regulan una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. En beneficio de los ciudadanos.

En **España**, Ley No. 5 de 2012, sobre Mediación en asuntos civiles y mercantiles, el Artículo 1, dice.- “La mediación es **voluntaria**”

En **México**, [Ley de Mediación, Conciliación y Promoción de la Paz Social para el Estado de México](#) de 2013, en el artículo 3, dice.- “todos los habitantes del Estado de México tienen derecho de recurrir al **diálogo, negociación, mediación, conciliación y justicia restaurativa** para la solución de sus conflictos. Tratándose de pueblos indígenas, las instancias competentes deberán proveer lo necesario para garantizar a este sector de la población, dichos medios y derechos, en respeto a sus usos y costumbres”

En **Costa Rica**, Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley No. 7727 de 1997), el Artículo 5, establece. “La **mediación y la conciliación extrajudiciales** podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley. Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores”

En **Panamá**, Ley de Mediación de 1999, el Artículo 52, dice. “Se instituye la **mediación** como método alternativo de solución de conflictos de manera no adversarial, cuyo objetivo es facilitar la comunicación entre las partes mediante la intervención de un tercero idóneo, llamado mediador, con miras al logro de un acuerdo proveniente de estas, que ponga fin al conflicto o controversia”.

En **Nicaragua**, Ley de Mediación y Arbitraje de 2005, el artículo 1.- Del derecho a la utilización de métodos alternos de solución de controversias, dice. “Toda persona natural o jurídica incluyendo el Estado, en sus relaciones contractuales, tiene el derecho a recurrir a la **mediación y al arbitraje**, así como otros procesos alternos similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales y no patrimoniales, con las excepciones que establece la presente ley”.

El **Salvador**, Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de 2009, el Artículo 1, dice: “Esta Ley establece el régimen jurídico aplicable al **arbitraje**, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados o convenios internacionales vigentes. Asimismo, reconoce la eficacia de otros medios alternativos de solución de diferencias, que facultativamente pueden adoptar las personas naturales o jurídicas capaces, en asuntos civiles o comerciales, sobre los cuales tengan la libre disposición de sus bienes y que sean susceptibles de transacción o desistimiento”

En **Cuba**, el Reglamento de Mediación de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, en el Capítulo I, De las Disposiciones Generales, el artículo 1, dice.- “Habilitación del servicio de **mediación comercial**, a) Se establecen, con carácter voluntario, los servicios de mediación comercial, como forma autocompositiva de resolución de conflictos en la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional, ...”

En **Venezuela**, el Artículo 258 de la Constitución Nacional de 2009, establece. “La ley organizará la justicia de paz en las comunidades. Los jueces o juezas de paz serán elegidos o elegidas por votación universal, directa y secreta, conforme a la ley. La ley promoverá el **arbitraje, la conciliación, la mediación** y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”

Cabe resaltar que desde 1999 los MASC están previstos en diversos textos legales, como: El Código de Procedimiento Civil, que prevé la conciliación y el arbitraje; la Ley Orgánica del Trabajo, que regula la Conciliación y Arbitraje como mecanismo para solucionar los conflictos colectivos; entre otros; sin embargo, la mediación es un procedimiento poco conocido.

En **Colombia**, la Ley No. 640 de 2001, del nuevo Proceso Penal Acusatorio, establece la obligatoriedad de la **conciliación** antes de acudir a otras instancias judiciales ordinarias. En el caso de la mediación, el artículo 524, (i), dice: “Que se trate de delitos perseguibles de oficio cuyo mínimo de pena no exceda de cinco años. Si se excede de este número de años se puede seguir con la mediación, pero cambia la competencia del fiscal para el trámite”; es decir, la **mediación** como mecanismo de justicia restaurativa es posible aplicarla para delitos graves como el homicidio, secuestro, extorsión, lesiones graves, etc., y para hechos que no exceden de este mínimo, está la conciliación. (Márquez 2012)

En **Ecuador**, La Constitución del 2008, en el Artículo 190 prescribe: “Se reconoce el **arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos** para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir [...]”

La Ley de Arbitraje y Mediación de 2009, en el Artículo 43, prescribe.- “La **mediación** es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”

En **Perú**, la Ley N° 7844, **Mediación** Obligatoria Previa a la Iniciación de Juicios de 2012, el artículo 1° dice. “Institúyase con carácter obligatorio la Mediación previa a todo juicio, como método alternativo de solución de controversias, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley”.

En el artículo 3° se determinan que causas quedan excluidas de la **mediación** prejudicial obligatoria.

En **Chile**, la mediación previa a los procesos judiciales tiene sus particularidades, pues según la Ley de mediación de 2010, el artículo 106, dice. “**Mediación** previa, voluntaria y prohibida. Las causas relativas al derecho de alimentos, cuidado personal y al derecho de los padres e hijos e hijas que vivan separados a mantener una relación directa y regular, aun cuando se deban tratar en el marco de una acción de divorcio o separación judicial, deberán someterse a un procedimiento de mediación previo a la interposición de la demanda, el que se regirá por las normas de esta ley y su reglamento...”

Es voluntaria la mediación, en las materias de competencia de los juzgados de familia, exceptuadas las señaladas en el Artículo 54 de la Ley N° 19.947 referentes a delitos penales previstos en el Libro II, Títulos VII y VIII, del Código Penal. Y tiene prohibición en asuntos relativos al estado civil de las personas, salvo los casos contemplados por la Ley de Matrimonio Civil; la declaración de interdicción; las causas sobre maltrato de niños, niñas o adolescentes, y los procedimientos regulados en la Ley N° 19.620 sobre adopción.

En **Bolivia**, la Ley N° 708 de 2015, Ley de Conciliación y Arbitraje, el Artículo 102.- Conciliación, transacción, **mediación**, negociación o amigable composición. I.-, dice.- “Si antes de dictarse el Laudo Arbitral las partes acordaren una conciliación, transacción, mediación, negociación o amigable composición que resuelva la controversia, la o el Árbitro Único y el Tribunal Arbitral hará constar dicho acuerdo en forma de Laudo Arbitral y en los términos convenidos por las partes”.

En **Paraguay**, la Ley N° 26.876, regula la Conciliación Prejudicial Obligatoria. Según la Ley N° 1.879 de Arbitraje y Mediación de 2002, el Artículo 53, dice. “La mediación es un mecanismo voluntario orientado a la resolución de conflictos, a través del cual dos o más personas gestionan por sí mismas la solución amistosa de sus diferencias, con la asistencia de un tercero neutral y calificado, denominado mediador”

En **Uruguay**, el Código General del Proceso de 2013, en el Artículo 293.1, establece. “Antes de iniciar cualquier proceso deberá pedirse audiencia para intentar la conciliación con el futuro demandado el que será citado”. La mediación en Uruguay no tiene un marco normativo específico y es de carácter libre y voluntario. Los acuerdos logrados por mediación son ejecutables ante el Poder Judicial dentro de las condiciones de la Ley.

En **Argentina**, la Ley 26.589 (2010), el Artículo 1º dice. Objeto.- “Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia”

El artículo 22, establece: “En materia penal podrá hacerse uso de la justicia restaurativa en delitos culposos, en los que proceda el perdón del ofendido, en los de contenido patrimonial sin violencia sobre las personas y en aquellos que tengan señalada pena cuyo término medio aritmético no exceda de cinco años de prisión, así como al aplicarse criterios de oportunidad o suspensión del procedimiento a prueba”.

Como se puede advertir, la mediación previa obligatoria en los procesos judiciales apenas se encuentra establecida en las legislaciones de Argentina, Chile, Perú, no así la conciliación obligatoria que está incorporada en algunas legislaciones de las analizadas. Es menester entonces, que la mediación, siendo un medio alternativo que promueve una cultura de paz y arreglo amistoso de controversias, sea valorada en su real dimensión en la realización de la justicia en esta región de América Latina.

Los autores valoran las ventajas que la mediación ofrece a las partes, estas se aprecian: hace más autónomo y flexible el proceso, dinamiza el mismo evitando se dilate la tramitación, las partes gozan de libertad para utilizar la vía judicial, y se ven menos afectadas las relaciones entre los litigantes. Claro esto será posible siempre que impere el principio de Buena Fe, para ello interviene un tercero de manera espontánea.

Se consta como la Comunidad Europea es una de las más avanzadas en esta práctica, el número de clientes virtuales es significativo con el uso de las tecnologías de la información, se observa la existencia de un código de ética para los mediadores.

CONCLUSIÓN

La mediación es un medio alternativo que posibilita el acceso a la justicia, debido a que conjuga distintas corrientes de pensamiento y voluntades para solventar en un plano de igualdad las crisis personales y las diferencias.

Es una herramienta extrajudicial que ayuda a promover condiciones idóneas para el fortalecimiento de una cultura de paz, del diálogo directo y la participación libre de las partes en la búsqueda de soluciones satisfactorias a sus conflictos.

Si bien no existen panaceas ni recetas mágicas en la solución de conflictos, el acceso a justicia requiere de otras vías y procedimientos, donde las personas elijan libremente la que mejor convenga a sus intereses; pues nadie mejor que los involucrados en el conflicto para decidir la forma de resolverlos y mediante qué procesos.

La obligación de la mediación previa en los procesos judiciales, es una alternativa impostergable a considerarlo, pues la administración de justicia necesita de medios alternativos que ayuden a la solución de conflictos y así descongestionar los procesos judiciales.

REFERENCIAS

AA. VV. **Técnica jurídica del proceso civil**, Biblioteca jurídica, Argentina, 2007.

AGUIRRÉZABAL GRÜSTEIN, Maite. **Mediación previa obligatoria y acceso a la justicia en el proceso de familia**. En Revista Chilena de Derecho Privado, número 20, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2013, p. 297.

ACOSTA LEÓN, Amelia. **Conflicto, medios alternos de solución y pensamiento complejo en México**. Editorial UNAM, México, 2010.

CASAL, Jesús María. **Derechos humanos, equidad y acceso a la justicia**. Instituto Latinoamericano de Investigaciones Sociales (ILDIS). Venezuela, 2005, p.18.

CASTANEDO ABAY, Armando. **La mediación**. Editorial ONBC, La Habana,

CORNELIO LANDERO, Eglá. **Los mecanismos alternativos de solución de controversias como derecho humano**. En Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales, número 17, España, 2014, p. 89.

FISAS, Vicen. **Cultura de paz y gestión de conflictos**. Editorial UNESCO, Barcelona, 2006.

FENOCHIETTO, Carlos. **Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires**. Editorial Astrea, Buenos Aires, 2008.

FUQUEN ALVARADO, María Elina. **Los conflictos y las formas alternativas de resolución**. En Revista Tabula Rasa, Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca, Bogotá, 2003, p. 265.

GOZAÍNI, Osvaldo. **La mediación. Una nueva metodología para la resolución de controversias**. Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Argentina, [s.a].

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. **Derecho Procesal Civil**. Editorial Tecnos, Madrid, 1984.

LACA AROCENA, Francisco Augusto. **Cultura de paz y psicología del conflicto. Estudio sobre culturas contemporáneas**. En Revista De Jure, número 24, Universidad de Colima, México, 2006.

LÓPEZ PIZARRO, Claudia. **Mediación: Métodos de resolución de conflictos**. En Revista Límite, Universidad de Tarapacá, Chile, 2002.

LUNELLI, Carlos Alberto y MERAZ CASTILLO, Armando. **Jurisdicción y medios alternativos de resolución de conflictos: Una opción para las cuestiones ambientales**. En Revista Opinión Jurídica, número 26, Universidad de Medellín, Colombia, 2014.

LIBRO VERDE. **Sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil**. Bruselas, 2002.

MÁRQUEZ CÁRDENAS, Álvaro. **La mediación como mecanismo de justicia restaurativa**. En Revista Prolegómenos, Universidad Militar Nueva Granada, número 29, Colombia, 2012.

MONROY CABRA, Marco Gerardo. **Ensayo de Teoría Constitucional y Derecho Internacional**. Colección de Textos de Jurisprudencia, Editorial Universitaria del Rosario, Colombia, 2007.

MENDOZA DIAZ, Juan. **Derecho Procesal**, parte general, Editorial Félix Varela, La Habana, 2014.

MENDOZA DÍAZ, Juan. **Lecciones de Derecho Procesal Civil**. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.

PAZ, Jorge Ignacio. **Negociación: Competencia Gerencial por antonomasia**. En Revista EIA, número 1, Escuela de Ingeniería de Antioquía, Colombia, 2004, p. 85.

PEÑARANDA QUINTERO, Héctor Ramón. **Nociones Generales sobre los Medios Alternativos de Gestión de Conflictos en Venezuela**. En Revista Nomadas, Universidad Complutense de Madrid, España, 2012, p. 70.

PÉREZ SAUCEDA, José Benito. **Cultura de paz y resolución de conflictos: la importancia de la mediación en la construcción de un Estado de paz**. En Revista Ra Ximhai, número 1, Universidad Autónoma Indígena de México El Fuerte, México, 2015, p. 109.

SAN MIGUEL, GIRALT, Johanes. **Adopción de medidas cautelares en apoyo al arbitraje comercial internacional en Cuba**. Tesis doctoral en Ciencias Jurídicas, Universidad de La Habana, 2011.

SUÁREZ BASTO, Olga Elena. **La medición y la visión positiva del conflicto en el aula, marco para una pedagogía de convivencia**. En Revista Diversitas, Perspectivas en Psicología, número 1, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2008, p. 192.

VALENCIA HERNÁNDEZ, Gonzaga Javier; ZULUAGA VILLEGAS, Beatriz; PERALTA DUQUE, Beatriz. **El Acceso a la Justicia en el Departamento de Caldas**. En Revista Jurídicas, número 1, Universidad de Caldas Manizales, Colombia, 2006.

VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS, Fernando. **Los programas españoles de mediación y su inserción en la Justicia penal de adultos**. Universidad de Santiago de Compostela, España, 2010.