



UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA



Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.
Secretaría de Gobierno

DIRECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS Y ACCESO A LA JUSTICIA

**CAPACITACIÓN A FUNCIONARIOS Y FORMACIÓN DE
CIUDADANOS DE BOGOTÁ COMO MEDIADORES
COMUNITARIOS PARA EL DISTRITO CAPITAL**

**MÓDULO 6
LOS MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN
DE CONFLICTOS Y EL MEDIADOR COMUNITARIO**

Bogotá, noviembre de 2001

Tabla de contenido

Pág.

Identificación del programa	1
Objetivos.....	1
Justificación.....	1
Metodología.....	1
Seminario de Casos.....	2
Resultados esperados	2
Sistema de evaluación.....	2
Programa del área	3
Parcelación por sesiones	4
Sesión 1.- NORMATIVIDAD JURIDICA Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS. LA MEDIACION Y LA JUSTICIA ORDINARIA.....	5
Sesión 2.- ACCESO A LA MEDIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE CONFLICTO. MEDIACION Y TRANSACCION.....	15
Sesiones 3 y 4.- EL PROCEDIMIENTO.....	22
Sesión 5.- EFFECTOS DE LA EXTRALIMITACION DE FUNCIONES. PREGUNTAS Y CONCLUSIONES.....	35
Bibliografía.....	37

1. Identificación del programa

Area:	Los mecanismos alternativos de solución de conflictos y el mediador comunitario
Docentes:	Dr. Jaime Ballesteros Beltrán Dr. Mario Germán Iguarán Arana Dra. María Eugenia Gómez Chiquiza Dr. Carlos Enrique Gutiérrez Sarmiento
Campo de formación:	Específico.
Intensidad horaria:	20 horas. 10 Conceptuales y 10 prácticas
Módulo:	Seis

2. Objetivo

Desarrollar la comprensión básica sobre la naturaleza, procedimientos, práctica y alcances de la mediación. Aunque los mediadores comunitarios no se formarán como conciliadores en sentido estricto, por su cercanía, el conocimiento de esta práctica, aporta elementos pertinentes para fortalecer la figura del mediador comunitario.

3. Justificación

En todos los procesos de acercamiento entre miembros del género humano, se requerirá siempre de la presencia de elementos comunes que los identifiquen. En efecto, para acceder al concepto de “acuerdo”, cualquiera sea su connotación y medio social, será fundamental que tales elementos actúen a manera de guías, de criterios orientadores; que sirvan de rieles o canales para conducir el proceso. Son elementos formales a través de los cuales deberá transitar la materia que conformará la solución y resolverá el conflicto.

En nuestro ámbito social y jurídico ésta vía, este elemento de identificación no es otro que la mediación como eje de resolución de todos los conflictos. Por ello constituye núcleo de la solución. La mediación entendida como un canal, como una vía necesaria para llegar al fin del conflicto, se halla presente en todas las formas de resolución amigable cualquiera sea el nombre que ellas adopten. Por

eso su estudio es fundamental y su presencia insustituible en nuestro medio social.

4. Metodología

Inducción, exposición, discusión e intercambio de experiencias.

5. Seminario de Casos

La práctica en los módulos de sociología jurídica y mecanismos alternativos de solución de conflictos se desarrollará a través de seminarios de casos.

Este es el recurso pedagógico, de carácter complementario a las nociones impartidas en la parte teórica, para obtener una aplicación experimental.

Aquí, el participante interviene directamente en el planteamiento, desarrollo y solución de casos, guiado por el profesor.

6. Resultados esperados

Los mediadores comunitarios deben estar en capacidad de:

- Reconocer los alcances y limitaciones de la mediación
- Establecer las diferencias con otros mecanismos alternativos de solución de conflictos
- Desarrollar habilidades básicas para el manejo del proceso de mediación que pueden aplicarse a su labor de mediadores comunitarios

7. Sistema de evaluación

- Registro de asistencia al 80% de las horas programadas
- Test mínimo de apropiación del contenido
- Participación en los grupos de discusión

8. Programa del área

1. NORMATIVIDAD JURIDICA Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS. (1 hora)

1.1 NOCIONES

- 1.1.1 Mediación
- 1.1.2 Conciliación
- 1.1.3 Amigable composición
- 1.1.4 Transacción
- 1.1.5 Arbitramento
- 1.1.6 Mediador comunitario
- 1.1.7 Promotor de convivencia

1.2 ORIGEN Y NATURALEZA DE LA MEDIACION

- 1.2.1 Teoría de la satisfacción
- 1.2.2 Teoría de la justicia social
- 1.2.3 Teoría de la transformación

2. LA MEDIACION Y LA JUSTICIA ORDINARIA. (1 hora)

- 2.1. DIFERENCIAS.
- 2.2. LIMITES Y COMPETENCIAS.
- 2.2.1. LA JUSTICIA ORDINARIA
- 2.2.2. LA MEDIACION.
- 2.2.3. OBLIGACIONES DEL MEDIADOR.

3. ACCESO A LA MEDIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE CONFLICTOS. (1 hora)

- 3.1. CONDICIONES DE ACCESO.
- 3.2. VENTAJAS DE LA MEDIACION

4. MEDIACION Y TRANSACCION (1 hora)

- 4.1. REQUISITOS
- 4.1.1. Capacidad.
- 4.1.2 Consentimiento
- 4.1.3. Objeto Lícito
- 4.1.4. Causa lícita
- 4.2. EFECTOS DE LA MEDIACION

EL PROCEDIMIENTO (5 horas)

- 5.1 LA CITACION.
- 5.2 LA AUDIENCIA.

- 5.2.1. Identificación de las partes.
- 5.2.2. Presentación y descripción de objetivos.
- 5.2.3. Advertencias y descripción de procedimientos.
- 5.2.4. Intervenciones y dirección de la audiencia.
- 5.2.5. Determinación y sustanciación del conflicto.
- 5.2.6. Propuestas y control de legalidad.

5.3 EL ACTA DE MEDIACION

- 5.3.1 Encabezamiento.
- 5.3.2 Antecedentes.
- 5.3.3 Conflicto.
- 5.3.4 Acuerdo.

6. EFECTOS DE LA EXTRALIMITACION DE FUNCIONES (1 hora)

- 6.1. EN EL JUEZ.
 - 6.1.1. SU ACTUACION JUDICIAL.
 - 6.1.2. SU RESPONSABILIDAD PERSONAL.
- 6.2. EN EL MEDIADOR.

9. Parcelación por sesiones:

El programa se desarrollará en 5 sesiones de 4 horas cada una, de acuerdo con la siguiente parcelación:

Sesión 1.

NORMATIVIDAD JURIDICA Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS. LA MEDIACION Y LA JUSTICIA ORDINARIA

Sumario.- 1. NORMATIVIDAD JURIDICA Y MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS. 1.1. NOCIONES. 1.1.1 Mediación. 1.1.2 Conciliación. 1.1.3 Amigable composición. 1.1.4 Transacción. 1.1.5 Arbitramento. 1.1.6 Mediador comunitario. 1.1.7 Promotor de convivencia. 1.2 ORIGEN Y NATURALEZA DE LA MEDIACION. 1.2.1 Teoría de la satisfacción. 1.2.2 Teoría de la justicia social. 1.2.3 Teoría de la transformación. 2. LA MEDIACION Y LA JUSTICIA ORDINARIA. 2.1. DIFERENCIAS. 2.2. LIMITES Y COMPETENCIAS. 2.2.1. LA JUSTICIA ORDINARIA 2.2.2. LA MEDIACION. 2.2.3. OBLIGACIONES DEL MEDIADOR.

1.1. NOCIONES

En Colombia la gran mayoría de métodos alternos de solución de conflictos se han generado a partir de 1991 cuando se expide la Ley 23 de dicho año, sin perjuicio que algunas figuras como el arbitramento, hubiesen sido recogidas por la legislación desde años atrás, o incluso la misma conciliación.

1.1.1 Mediación. Sin existir definición exacta de la figura, podemos afirmar que es un mecanismo en el cual dos o más partes resuelven sus diferencias por sí mismas, de manera autónoma y amigable, con la ayuda de un tercero imparcial aceptado por ambas partes. Por tratarse de una solución cuya fuerza proviene de las partes mismas, es un sistema de **autocomposición de conflictos.**

1.1.2 Conciliación. Como ya se afirmó, pese a haber sido utilizada en Colombia desde 1825, la conciliación adquiere identidad a partir de la ley 23 de 1991. Es también un sistema de autocomposición de conflictos y puede surtirse ante las autoridades judiciales, las administrativas y los Centros de Conciliación debidamente autorizados. Los efectos que le da la ley son los de una sentencia, aspecto que ubica a Colombia como uno de los países que ha logrado mayores avances a nivel mundial.

1.1.3 Amigable composición. Aunque por definición se asimila a la mediación, se diferencia de aquella en que en este caso los particulares delegan en un tercero las facultades de precisar con fuerza vinculante, la solución de un conflicto específico. No está reconocida legalmente y su decisión obliga a las partes de la misma manera que una transacción. En Colombia no ha tenido mayor desarrollo.

1.1.4 Transacción. Ha sido este por excelencia el concepto más arraigado para indicar un arreglo amigable, eso sí, proveniente de las partes. Claro está que tal proveniencia no indica rigidez en el sentido de impedir que un tercero pueda proponer una fórmula que luego sea acogida, pero su fuerza es tal, que no solamente se ubica como mecanismo alternativo de solución de conflictos, sino que también ha sido acogido por la administración de justicia como “forma anormal de terminación del proceso judicial”. Debe entenderse, por supuesto, que cualquiera de estos mecanismos podrán ser utilizados para resolver conflictos, pero sólo aquellos que la ley no prohíba o que por su naturaleza impliquen derechos renunciables y no atenten contra el orden público.

1.1.5 Arbitramento. Aquí las partes involucradas en un conflicto transigible, determinan que cualquier diferencia surgida de una relación contractual entre ellas, sea resuelta por particulares a quienes se les denomina árbitros. Su pronunciamiento equivale a una sentencia y se llama Laudo Arbitral. Si desde el contrato se acuerda esta solución de las diferencias, estamos en presencia de la “cláusula arbitral”; pero si el acuerdo para dirimirlo de esta forma surge al presentarse el conflicto, se

llamará simplemente “Compromiso”. Puede ser en derecho, en equidad o técnico.

1.1.6 Mediación comunitaria. Podemos afirmar en principio que su estructura es similar a la de la mediación general ya vista. Lo que hace especial es circunscribirse a un marco específico de un conglomerado social donde el mediador tiene un reconocimiento general que le imprime validez a la decisión que ante él, o gracias a él tomen las partes para dirimir el conflicto. El mediador comunitario es entonces un miembro de esa comunidad que voluntariamente y de forma gratuita presta sus servicios a esa comunidad. Su legitimidad deriva del reconocimiento social, de la eficacia de sus servicios, de los valores que practica y promueve, de la confianza que genera y de la que su colectivo le asigna.

1.1.7 Promotor de convivencia. Esta figura que legalmente no ha sido reconocida, representa más la finalidad de la mediación comunitaria. Es la razón de ser de cualquier gestión de resolución de conflictos al interior de una comunidad.

1.2 ORIGEN Y NATURALEZA DE LA MEDIACION

La mediación ha sido un mecanismo utilizado para resolver conflictos en todas las épocas y regiones del mundo. Por ello la solución de problemas y situaciones críticas a través de figuras como la juntas de vecinos, comités populares y jefes de familia patriarcales y matriarcales, han sido recursos empleados en muchos países, entre ellos Colombia. En efecto, la figura de la mediación en nuestro medio llegó mediante Ley de 13 de mayo de 1834 cuando se crearon por vez primera los llamados “Jueces de Paz”, personas que sin pertenecer a la rama judicial, actuaban como mediadores para resolver todo tipo de litigios. El agotamiento de esta etapa operaba como requisito de procedibilidad para acceder a la justicia ordinaria y el acuerdo logrado constituía una obligación pública para las partes. La exigibilidad y su cumplimiento eran avalados por la comunidad y la sociedad mismas.

Como ejemplos encontramos en los Estados Unidos 350 centros de mediación, en la China la existencia de mas personas mediadores que abogados, en Sri Lanka existieron los Consejeros del pueblo como órgano que llevaban a cabo la justicia entre vecinos, en Nueva Zelanda existen los *maori o marae*, en Filipinas los *Consejos de*

Líderes, en Arabia Saudita los *brokers*, e incluso los indígenas en América Latina utilizaron sistemas de solución de conflictos ante personas designadas por ellos.

La tendencia nos muestra que la mediación toma auge debido a la celeridad de la figura frente a los mecanismos jurisdiccionales para la resolución de conflictos y ello, entre otras razones, por tratarse de un sistema de autocomposición, donde las partes conocen a fondo su propia situación y su deseo mutuo de resolverla agiliza la fijación de los hechos en litigio. Por ello la mediación es entendida como un mecanismo "Alternativo" para la resolución de conflictos, sin que ello signifique que deba descartarse el mecanismo jurisdiccional.

Sin embargo, mas allá de la resolución de conflictos propiamente dicha, está la actitud de prevención y manejo, es decir, se pretende crear una cultura que evite que todos los asuntos lleguen a conocimiento del juez, lo que implica un mayor desgaste para las partes y para el estado mismo. Su funcionamiento se compara con una central de urgencias en salud, donde las grandes cirugías cada vez son menos porque la atención básica es cada vez mayor.

En torno a la mediación, existen diversas teorías que pretenden explicarla a partir de los objetivos que ella persigue. Veamos:

1.2.1 Teoría de la satisfacción. La mediación actúa para dar satisfacción a las verdaderas necesidades de las partes en disputas individuales. Por su reflexividad, informalidad y consensualidad, sirve para recaudar una disputa contenciosa como un problema mutuo; además los mediadores logran manejar aquellos desequilibrios de poder, y todas aquellas maniobras y engaños que una de las partes pretende hacer valer. Adicionalmente la mediación produce soluciones de mejor calidad en términos de satisfacción de las necesidades definidas por ellas mismas, reduce los costos económicos y emocionales de la resolución de disputas, baja el gasto público en justicia, liberando a los tribunales para los litigantes que los necesiten realmente, reduciendo así el problema de la demora en el acceso a la justicia.

1.2.2 Teoría de la Justicia Social: se entiende que la mediación tiene como origen y efecto la organización de individuos en

torno a sus intereses comunes. Así ha ocurrido en los casos de mediaciones vecinales, de consumidores y en cuestiones del medio ambiente. La mediación fortalece a los más débiles al establecer lazos entre ellos.

1.2.3 Teoría de la Transformación La mediación contiene en sí misma una capacidad de transformar tanto el carácter de las personas en disputa con el desarrollo moral individual, como a la sociedad como un todo. El enfoque no judicial brinda a las personas en disputa una oportunidad de explicarse sin amenazas y humanizarse frente al otro.

Cualquiera sea el origen y la justificación de la mediación, es claro que se trata de un mecanismo benéfico si se adquiere como disciplina personal y social, sin importar si se presenta sola o inmersa en otra figura.

La mediación se constituye en una actitud más que en un procedimiento. Y por ello la encontramos usualmente dentro de la figura de la conciliación y esta a su turno, dentro o fuera de un proceso judicial. No podemos creer entonces que la mediación sea una figura antagónica al sistema ordinario de administración de justicia; es más, se trata de un complemento al mismo. La labor del mediador es fundamental cuando busca el arreglo directo de las partes y ello es posible en un proceso judicial, en una conciliación, o simplemente en una audiencia de mediación.

2. LA MEDIACION Y LA JUSTICIA ORDINARIA.

Los sistemas jurídicos tradicionales han creado la Rama Jurisdiccional del Poder Público como el aparato del estado encargado de administrar justicia, investido de poder y autoridad para resolver los conflictos entre los particulares y entre éstos y el Estado mismo. A diferencia de la mediación, como puede apreciarse, acá quien dirige el conflicto es un tercero llamado Juez y su decisión una vez en firme será de obligatorio cumplimiento.

La Justicia Ordinaria, tiene como objetivo ventilar y resolver los conflictos de orden legal, que surjan entre las personas que hacen parte de una sociedad dentro de un País civilizado. Dicha justicia es impartida por un funcionario público, denominado Juez, que es

abogado titulado, capacitado por el Estado e investido de la función pública de Administrar Justicia y en dicha calidad, tiene la facultad de resolver el conflicto planteado, una vez, haya garantizado el derecho de defensa al demandado, adelantado un proceso de acuerdo con la ley, donde las partes deben probar los supuestos de hecho alegados en la demanda o en la contestación. Finaliza a través de una sentencia que produce los efectos de cosa juzgada y obliga a las partes a acatar la decisión tomada, sin posibilidad de volver a ventilar el mismo conflicto posteriormente. Aquí no opera la figura de la **delegación** de los particulares al juez para que este resuelva el conflicto, sino que es el propio Estado quien lo impone a través de la ley.

Debido a morosidad de los trámites judiciales y en cierta forma a la incapacidad del Estado en impartir pronta y cumplida justicia, los sistemas judiciales modernos, han creado y estructurado los mecanismos alternativos de solución de conflictos como una opción para que los particulares voluntariamente puedan resolver sus conflictos sin necesidad de acudir al aparato jurisdiccional del Estado. Dentro de éstos encontramos la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, institucionalizada, normada y reconocida directamente por ciertos países del mundo como España, Argentina, Puerto Rico, México e indirectamente como sucede en Colombia, pues aquí no se le reconoce legalmente como mecanismo autónomo de solución de conflictos, sino como un medio para que las partes lleguen a solucionar su conflicto a través de un acuerdo privado. La mediación está comprendida dentro de una figura más amplia denominada conciliación, donde la función del tercero neutral es igualmente esencial.

La Legislación Argentina define la Mediación como un procedimiento de resolución de disputas, donde un tercero neutral- el mediador- conduce un proceso de negociación, asistiendo a las partes para que puedan poner de manifiesto sus verdaderos intereses y necesidades y así lograr un acuerdo que favorezca a ambas, o que resulte lo menos nocivo posible, sin llegar al ámbito de los tribunales.

La mediación se presenta entonces como un mecanismo de negociación de las partes con la intervención de un tercero, idóneo, imparcial, confidencial y capacitado para mediar. Persigue solucionar por sí mismos el conflicto de una manera definitiva con efectos vinculantes para ellos. Si bien es cierto en Colombia la Mediación no

ha sido consagrada expresamente como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, si se le reconoce como un medio que las partes pueden utilizar para llegar a celebrar un acuerdo que solucione en forma definitiva el conflicto y que produzca los efectos de un contrato que de acuerdo con la normatividad es ley para las partes contratantes..

2.1. .DIFERENCIAS.

Las principales diferencias entre una y otra figura son las siguientes:

2.1.1. La justicia ordinaria es un mecanismo de heterocomposición, es decir, que un tercero llamado Juez, impone la solución a través de una sentencia.

2.1.2. La justicia ordinaria es impartida por un funcionario público investido de autoridad para administrar justicia, mientras el mediador es un particular que no está investido de esta función.

2.1.3. El Juez no es un negociador, es un tercero que resuelve los conflictos que le someten a su conocimiento basado en unos hechos, unas pruebas , unas peticiones de las partes y unos presupuestos de derecho, el mediador es un tercero que colabora con las partes para que ellas mismas solucionen el conflicto.

2.1.4 El Juez siempre tiene que ser abogado titulado, el mediador puede ser cualquier persona, que sea honorable y confiable.

2.1.5 La decisión que tome el juez hace tránsito a cosa juzgada y se llama sentencia, en tanto la decisión que tomen las partes con la colaboración del mediador produce los efectos de un contrato.

2.1.6 Las decisiones que tome el Juez, son susceptibles de revisión por el superior jerárquico. mientras los acuerdos celebrados con la colaboración del mediador no.

2.1.7 La mediación termina con la suscripción de un documento privado, el proceso judicial termina con sentencia que es un documento público.

2.2. LIMITES Y COMPETENCIAS.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de cada una de las figuras, la Justicia Ordinaria es ejercida por el Estado a través de la Rama jurisdiccional del poder Público, quien se encarga de determinar la jurisdicción y la competencia de cada uno de los funcionarios autorizados para administrar justicia. La misma ley fija sus funciones y delimita su radio de acción según la naturaleza del conflicto, la cuantía, la calidad de las partes y la ubicación de los bienes objeto de la controversia.

2.2.1. LA JUSTICIA ORDINARIA

La jurisdicción ordinaria, se encuentra organizada en forma vertical de mayor a menor, determinando una jerarquización de acuerdo con la importancia de cada uno de los organismos encargados de administrar justicia. Con ello se garantiza que las decisiones tomadas por cada uno de los funcionarios sean susceptibles de revisión por parte del superior mediante un recurso llamado “apelación” y se evita la toma de decisiones arbitrarias o contrarias a derecho.

Cada uno de los funcionarios encargados de administrar justicia está limitado en cuanto a sus funciones por la Constitución Política, ley Estatutaria de la Administración de Justicia y la ley Procesal, disposiciones que le determinan las condiciones para ocupar el cargo, el período para ejercerlo, los organismos de control a su gestión, las faltas disciplinarias, las sanciones y y demás aspectos relativos a su actividad.

En cuanto a la competencia es fijada directamente por el Estado, teniendo en cuenta, la jerarquía del Juez, la calidad de las partes, la naturaleza del asunto, el territorio y la cuantía de las pretensiones. En ningún momento podrá extralimitarse en sus funciones, so pena de incurrir en faltas disciplinarias y aún de transgredir normas penales.

Como se puede apreciar, el Juez esta limitado en su campo de acción a las funciones que le determina la Ley y no tiene opción alguna para apartarse de ella. Lo único que debe hacer es aplicarla al caso concreto, sin posibilidad de interpretarla cuando es clara y haciéndolo

si tiene pasajes oscuros. Pero nunca apartarse de ella y tomar sus propias consideraciones. No existe por tanto la posibilidad de tomar otra alternativa y de ahí que cuando se acude a este mecanismo para solucionar el conflicto, las partes están advertidas que quien pierda el pleito sufrirá los rigores de la norma, por cuanto, no existirá la posibilidad de empate, ni de compartir los riesgos del proceso.

2.2.2. LA MEDIACION.

En la mediación el efecto es totalmente diferente, los límites y la competencia para el mediador los fijan las partes en conflicto, son ellos quienes determinan quien puede ser el mediador, qué labores va a desempeñar en la negociación, cuales son sus atribuciones, hasta donde puede actuar, cuales sus derechos y obligaciones, tanto que las partes pueden en cualquier momento desistir de la ayuda del mediador y afrontar directamente la solución del conflicto o reemplazarlo cuantas veces quieran.

Como las partes son en cierta forma las dueñas del conflicto, las recomendaciones del mediador no son de obligatorio cumplimiento. Por el contrario, son opciones que pueden tomar o no para solucionar el conflicto, además, porque quienes se benefician o perjudican con la mediación son las partes directamente y el mediador no asume ningún tipo de responsabilidad ni con las partes ni con el Estado.

Mientras no se estructure en nuestro país la mediación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, el mediador no tendrá ninguna responsabilidad civil o penal por su gestión dentro del conflicto y su ayuda será voluntaria y generosa, sin esperar ningún tipo de retribución de manos de las partes y mucho menos de parte del Estado. Su colaboración será solamente para facilitar la comunicación y la discusión de los motivos que generaron el conflicto a fin de que las partes puedan tener claridad respecto de sus intereses y así lograr el acuerdo que solucione definitivamente la controversia. Recordemos además, que el mediador no administra justicia, busca por todos los medios que las partes en conflicto por sí mismas solucionen pacífica, voluntaria y civilizadamente sus diferencias.

2.2.3. OBLIGACIONES DEL MEDIADOR.

Aunque no existe un manual de funciones aprobado legal o reglamentariamente para el mediador, como sí para el juez o el conciliador, podemos decir que las principales obligaciones del mediador se sintetizan en los siguientes puntos:

2.2.3.1. Aceptar la designación realizada por las partes;

2.2.3.2 Estar dispuesto a prestar su colaboración en el proceso de negociación y actuar en forma imparcial ante las partes, determinando los alcances de su intervención de acuerdo a sus conocimientos y presentar las formulas de arreglo que considere necesarias para que las partes las discutan y las acepten o rechacen.

2.2.3.3. Fijar las reglas y condiciones para adelantar el proceso de negociación, respetando siempre la voluntad de las partes.

2.2.3.4. Facilitar y garantizar la comunicación entre las partes, permitiendo de esta forma, el diálogo y la proposición de fórmulas por las partes, tendientes a solucionar el conflicto.

2.2.3.5 Mantener absoluta reserva respecto de la información recibida por las partes.

2.2.3.6. Elaborar el documento que contenga el acuerdo celebrado por las partes y ponerlo a disposición de éstas para que lo firmen.

2.2.3.7. En caso de fracaso de la mediación indicar a las partes el procedimiento que han de seguir para la solución de su conflicto.

Sesión 2

ACCESO A LA MEDIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE CONFLICTOS. MEDIACION Y TRANSACCION.

Sumario.- 3. ACCESO A LA MEDIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE CONFLICTOS. 3.1. CONDICIONES DE ACCESO. 3.2. VENTAJAS DE LA MEDIACION 4. MEDIACION Y TRANSACCION 4.1. REQUISITOS 4.1.1. Capacidad. 4.1.2 Consentimiento 4.1.3. Objeto Lícito 4.1.4. Causa lícita 3.2. EFECTOS DE LA MEDIACION.

2. ACCESO A LA MEDIACION COMO MECANISMO ALTERNATIVO DE SOLUCION DE CONFLICTOS.

Sin estar expresamente regulada por la ley colombiana, la mediación sí hace parte del proceso de conciliación, como forma mediadora propia de la figura. Y es que no se puede concebir la conciliación sin su núcleo fundamental como es la mediación.

Dados los efectos reconocidos por la Constitución y la ley a la conciliación, la mediación quedó como un instrumento con el que cuentan las partes para solucionar su conflicto por sí mismos y con la colaboración de un tercero que interviene en forma voluntaria para lograr un acercamiento entre las partes. El acuerdo logrado es Ley para las partes y presta mérito ejecutivo.

La mediación implica necesariamente que los particulares tengan conciencia , voluntad, confianza y credibilidad suficiente para que por si mismos, así sea con la colaboración de otro particular, solucionen pacíficamente su controversia y eviten acudir a otro mecanismo de solución de conflictos que les pueda implicar perdida de tiempo y dinero.

3.1. CONDICIONES DE ACCESO. Para acudir a la mediación como mecanismo de solución de conflictos, se requiere:

- 3.1.1.** Que exista un determinado conflicto de intereses jurídica o socialmente relevante para las partes enfrentadas.
- 3.1.2.** Que dicho conflicto sea susceptible de solucionar mediante transacción, desistimiento o conciliación, es decir, que se trate de derechos renunciables o que no esté prohibida a los particulares su disposición.
- 3.1.3.** Que las partes en conflicto sean plenamente capaces y hábiles para negociar o que estén debidamente representadas.
- 3.1.4.** Que las partes de mutuo acuerdo se sometan al trámite de la mediación, designen o acepten al mediador y le fijen sus atribuciones.
- 3.1.5.** Que el mediador sea una persona hábil y debidamente capacitada para asumir la función de facilitador de la negociación y que no se encuentre impedido para desempeñar su función.
- 3.1.6.** Que las partes no hayan acudido a otro medio de solución de conflictos, es decir, que no se esté ventilando en otro sitio el mismo conflicto.

Para que exista mediación como instrumento de solución de conflictos, se requiere la intervención de un tercero que se denomina mediador; persona natural quien por sus condiciones es reconocida por la comunidad como un líder y por la confianza que inspira es designado como mediador de los conflictos esa localidad. Este mediador merece todo el reconocimiento por parte de la comunidad, de tal suerte que existe la confianza necesaria para delegar en él la función de mediar ante las partes en conflicto.

3.2. VENTAJAS DE LA MEDIACION

La mediación comunitaria persigue que los integrantes de la comunidad, por sus propios medios y contando con la colaboración de sus vecinos y miembros, solucionen sus conflictos sin

intervención del Estado y así garantizar una convivencia pacífica y confiable entre ellos. Renuncian en forma voluntaria a la intervención de la autoridad judicial para la solución de sus conflictos. Entre sus múltiples ventajas podemos destacar:

3.2.1. Permite a los particulares solucionar por sí mismos el conflicto.

3.2.2. El acuerdo a que llegan las partes produce los efectos de una transacción y por ello obliga a las partes a cumplirlo y a no volver a discutir sobre el mismo objeto.

3.2.3. El mediador es un facilitador y actúa dentro del conflicto y no fuera de él, lo que garantiza un arreglo justo y equitativo.

3.2.4. El mediador no administra justicia, como sucede en la justicia ordinaria o en el arbitramento. Son las partes mismas las que lo hacen.

3.2.5. La mediación no está sometida a un procedimiento largo ni costoso y por el contrario es muy rápida y gratuita.

3.2.6. El mediador no puede imponer su voluntad a las partes como si lo hace el Juez o el árbitro.

4. MEDIACION Y TRANSACCION

Una vez que las partes y el mediador suscriben el acta respectiva, se entenderá que el acuerdo debe ser cumplido por las partes y si ello es así, se restablecerá el orden social o jurídico quebrantado. Pero si se presenta el incumplimiento se indagará entonces por las posibilidades que tiene la parte cumplida frente a la renuente y entonces habrá que mirar los efectos que genera la suscripción del acta. Digamos en principio que el arreglo directo ante un tercero neutral equivale a una transacción, que el Diccionario de la Real Academia define como "*Acción y efecto de transigir.- trato, convenio, negocio*". Así las cosas, centraremos nuestro estudio en la figura de la transacción para comprender sus alcances.

Las partes a quienes las vincula un conflicto tienen en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad la capacidad para reglar sus derechos mediante un acuerdo de voluntades, convención o contrato,

para resolver ellas mismas el conflicto que las vincula. Este principio les permite constituir, transferir o extinguir derechos, eso sí, sin vulnerar el orden público y las buenas costumbres. En otras palabras, las partes podrán pactar todo con las limitaciones propias de estos elementos.

La transacción es una figura utilizada desde el antiguo Derecho Romano, aunque para entonces revestía otras modalidades; implicó siempre una relativa renuncia a las pretensiones. Más adelante su aplicación se generalizó en Europa y con una u otra denominación ha representado siempre un acuerdo de voluntades entre los particulares, que es respaldado por el Estado y que generalmente se plasma en un vehículo llamado contrato o convención.

Actualmente en el derecho colombiano es además una forma de terminación de un proceso judicial, esto es, que cuando las partes ventilan sus diferencias ante la justicia ordinaria y en determinado momento llegan a un acuerdo, el mismo será llevado ante el juez respectivo quien previo examen de su legalidad le dará aprobación para terminar así el proceso judicial. Es por ello una “forma anormal de terminación del proceso”.

4.1. REQUISITOS

La transacción equivale a un contrato y como tal representa un acto jurídico generador de derechos y de obligaciones, cuya eficacia de conformidad con lo establecido en el Código Civil Colombiano depende de que sea celebrado por personas legalmente capaces, mediante la expresión de su consentimiento exento de vicios como error, fuerza o dolo y debe tener una causa lícita y recaer sobre un objeto lícito. Por ello aplicamos idénticos conceptos para referirnos a la mediación como fuente de la transacción. Veamos:

4.1.1. Capacidad.

La capacidad legal de una persona natural consiste en la facultad de poderse obligar por si misma sin la autorización de otra persona. En nuestro régimen legal toda persona es legalmente capaz excepto aquellas que la ley declara incapaces, es decir, que por definición todos nacemos capaces, aunque la plena capacidad se adquiere al llegar a la edad de 18 años.

El Código Civil nos dice que son incapaces en forma absoluta las personas dementes, los impúberes y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito; incapaces relativos los disipadores que se encuentren bajo interdicción la cual debe ser determinada mediante sentencia judicial y trae además otra serie de incapacidades especiales como la establecida por la ley a los funcionarios públicos para realizar determinados actos en ejercicio de sus funciones. Lo importante para destacar es que **todos somos capaces mientras no se demuestre lo contrario mediante sentencia judicial**. Por más que conozcamos que una persona padece trastornos mentales o que creamos que se trata de un demente, sólo la sentencia podrá servir como elemento de prueba para afirmar que esa persona es incapaz.

En materia de capacidad para celebrar el contrato de transacción la ley consagra que solo puede transigir la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, es decir, el titular o propietario de los mismos, salvo que actúe con representación legalmente conferida para tal efecto. Pero aún así, existen derechos que son personalísimos cuya disposición difícilmente la podrá hacer un tercero, como los relativos al acuerdo de alimentos para los hijos.

Si bien la ley afirma que los menores son incapaces por regla general, es claro que la incapacidad de un niño de 6 años no puede ser la misma del joven de 17. Para este efecto el artículo 34 del Código Civil Colombiano hace la diferencia al llamar infantes a los menores de 7 años; impúberes a los que están entre los 7 y 12, si se trata de niñas o 7 y 14 si se trata de niños, púberes o menores adultos a los hombres entre 14 y 18 años y a las mujeres entre 12 y 18. Aquí radica la relatividad de la incapacidad respecto de los menores. cada caso en especial requiere ser examinado con detenimiento para graduar la capacidad de las partes.

4.1.2. Consentimiento

La validez de todo acto o declaración de voluntad requiere que se produzca a través de la manifestación del consentimiento libre de vicio tales como error fuerza y dolo. El error consiste en el falso o equivocado concepto que una persona tiene sobre el objeto en el cual recae ese acto, o sobre la persona con la cual lo celebra, o sobre cualquier otra circunstancia determinante para la negociación. Es el caso de quien cree estar comprando una obra de arte original, cuando en realidad le están vendiendo una reproducción.

La fuerza como elemento que vicia el consentimiento se considera cuando está representada en un acto que infunda en una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o de sus descendientes a un mal irreparable ya grave, cuando, además ella es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Es el caso de quien contrae matrimonio bajo amenaza de muerte si no lo hace.

El dolo es el tercer vicio del consentimiento que consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o la propiedad de otro y vicia el consentimiento sólo cuando es obra de una de las partes intervinientes en un contrato y cuando además aparece claro sin su presencia no se hubiere celebrado el mismo. Ejemplo de ello es la venta que se hace de un bien que se encuentra embargado ya que quien lo vende, lo hace a sabiendas de la prohibición para hacerlo y aún así nada le dice al comprador.

4.1.3. Objeto Lícito

El objeto lo constituye la materia misma susceptible de disponerse en la mediación y por ende en la transacción. En la mediación como en la transacción, son disponibles todos los derechos susceptibles de renuncia de sus titulares, es decir, aquellos que sólo a él le competen y cuya disposición no altere el orden público o social general. Así mismo aquellos cuya renuncia o disposición no esté prohibida expresamente por la ley, como es el caso de la madre que por orgullo decide renunciar a los alimentos que por ley el padre le debe dar a sus hijos, o el de quien decide renunciar a su estado civil de casado en este tipo de diligencias.

En general todos los asuntos referentes al estado civil de las personas no son por definición susceptibles de transacción o renuncia. Ni la condición de casado, ni la de mayor de edad, la de hombre, mujer, nacionalidad etc. Tampoco los derechos relativos a alimentos que se deban por ley, excepto entre cónyuges. Las acciones penales tampoco pueden ser objeto de mediación o transacción, como cuando se pretende acordar que si una parte realiza determinada conducta, la otra se abstendrá de poner en conocimiento de la autoridad competente la comisión de un delito por parte de aquella etc.

En general, si se tiene alguna duda sobre la viabilidad de una mediación dada la naturaleza de los objetos sobre los cuales se negocia, es preferible suspender la mediación hasta aclarar el punto y si no es posible transigir sobre ellos, así deberá informársele a las partes.

4.1.4. Causa lícita

Finalmente el otro elemento necesario para la validez de la transacción es la causa lícita. La causa es el motivo que induce a alguien a realizar el acto o contrato y que no puede ser contrario a la ley al orden público o las buenas costumbres. La ilicitud de la causa es un vicio del acuerdo o contrato. Si yo contrato un servicio de celaduría para que vigile a una persona que tengo secuestrada, ese contrato estará viciado por ilicitud de la causa. En una transacción o en una mediación no se podrá entonces asumir ninguna obligación si se advierte que la causa generadora no es lícita.

4.2. EFECTOS DE LA MEDIACION

Como ya se dijo, la transacción pone fin al conflicto: El efecto normal de su celebración ya sea para precaver un litigio o para terminar uno ya instaurado, es terminar por voluntad de las partes el conflicto.

Debe entenderse que las obligaciones que surgen del documento que la contiene, en nuestro caso el acta de mediación, producen efectos vinculantes entre las partes que la firman y que aún judicialmente se puede exigir su cumplimiento. Así mismo el propio documento presta mérito ejecutivo, es decir, que al contener obligaciones claras, expresas y exigibles se asimila a un título ejecutivo como un cheque o una letra de cambio. De allí la importancia en la determinación precisa de las obligaciones en el acta de mediación.

Sesiones 3 y 4

EL PROCEDIMIENTO

Sumario.- 5. EL PROCEDIMIENTO. 5.1. LA CITACION. 5.2. LA AUDIENCIA 5.2.1. Identificación de las partes. 5.2.2. Presentación y descripción de objetivos. 5.2.3. Advertencias y descripción de procedimientos. 5.2.4. Intervenciones y dirección de la audiencia. 5.2.5. Determinación y sustanciación del conflicto. 5.2.6. Propuestas y control de legalidad. 5.3 EL ACTA DE MEDIACION. 5.3.1 Encabezamiento. 5.3.2 Antecedentes. 5.3.3 Conflicto. 5.3.4 Acuerdo.

5. EL PROCEDIMIENTO.

En materia de mediación es claro que en Colombia no existe un procedimiento reglado, es decir, que por la misma naturaleza de la figura, esta no requiere de un rito específico que le otorgue eficacia para el cumplimiento de sus fines: Lo importante es el acuerdo de las partes. El acercamiento que se logra gracias a la labor del mediador constituye eje del éxito en el manejo del conflicto y por ello el procedimiento utilizado, si bien es importante, no constituye su elemento fundamental.

No pretendemos significar con lo anterior que debamos aplicar la teoría finalista según la cual “El fin justifica los medios” y que por ende en materia de mediación todo resulte válido y admisible. No. La ausencia de un ritual propio para la figura, lejos de constituir una puerta abierta a la arbitrariedad y menos aún a la ilegalidad, significa un reconocimiento a la autonomía de la voluntad de las partes, al sentido común y al mutuo deseo de resolver un conflicto por las vías pacíficas. Nada más nocivo que una actuación arbitraria o ilegal ejercida por quien reviste la condición de tercero neutral. Menos aún podremos pensar que en materia de mediación “todo lo que no está prohibido, está permitido”, pues ello sería tanto como legitimar caprichosas situaciones de hecho cuya presencia podría por el contrario, precipitar el conflicto a una situación más aguda.

El sólo hecho de acudir a una cita que tenga por fin buscar una solución concertada a un problema determinado, exige ya del

mediador un manejo prudente que elimine los obstáculos que impiden el acuerdo y más aún, que imposibilite el agotamiento del ánimo conciliatorio con el que las partes acudieron a la reunión. En efecto, la sola presencia de las partes constituye casi medio acuerdo y no es temerario afirmar que en tales circunstancias el fracaso del mismo sea atribuible a una desafortunada actuación del mediador. Si cada uno de los comparecientes conoce previamente el objeto de la reunión; si su sola presencia implica aceptación de las condiciones de diálogo y abordaje del tema a discutir y si concedores del objeto se someten a las reglas de un tercero, aún implicando ello un relativo grado de sacrificio del derecho que cada uno cree tener, ¿qué falta? La respuesta no ha de ser otra, que la de UN MEDIADOR CALIFICADO.

Es indudable que un tercero competente, un mediador verdaderamente ecuánime y neutral, habrá de obtener el acuerdo pretendido sin lesionar los intereses de las partes así estas hayan renunciado a ciertos derechos o garantías. Su habilidad conducirá a resaltar el valor del acuerdo por encima de aquel que pueda tener el interés individualmente sacrificado y desde ese punto de vista, las dos partes verán satisfechas sus expectativas, con el valor agregado de haber mantenido a salvo, o rescatado, una relación personal o de amistad que estaba condenada a desaparecer. Es sumar al valor mismo de la prestación, la satisfacción y el placer propios de la reconciliación interpersonal.

Resulta claro entonces que el papel del mediador es fundamental para el éxito de la figura; pero tal aseveración no nos permite descuidar otro factor igualmente importante como lo es la adopción de una forma y procedimiento adecuados.

No se trata de procesalizar la figura, es decir, de someterla a una camisa de fuerza que la prive de sus espontáneas manifestaciones o que recorte la iniciativa del mediador o las partes para el logro de las metas propuestas. Simplemente se pretende darle una identidad social; un ropaje o categorización que permita imprimirle un reconocimiento general en el ámbito comunitario al que pertenecen los sujetos del conflicto y en el cual se van a cumplir las estipulaciones del acuerdo. Si bien se trata de un aspecto formal, su unificación se torna esencial como garantía desde el punto de vista probatorio. El acuerdo debe ser no solo suscrito por las partes, sino reconocido por el ámbito social general para hacerlo exigible si ello

fuese necesario. Y de la homogeneidad de su forma se deriva la de su exigencia y cumplimiento.

Si dos partes llegan a un acuerdo sobre un punto del conflicto y deciden que su palabra será suficiente prenda de garantía, la exigibilidad pasa entonces a un segundo plano, ya que al cumplirse con las prestaciones acordadas se extinguirá la obligación y se restablecerá el orden social, comunitario o jurídico alterado por el conflicto. En otras palabras, en tanto se cumpla el acuerdo no surgirá ningún problema; y este planteamiento ha superado el mundo del deber ser para convertirse en una utopía. Eran otros los tiempos en que la palabra empeñada era sinónimo de cumplimiento, de rectitud y de inmejorable comportamiento negocial. Y entonces, para qué las formas y los procedimientos?

Lamentablemente hoy la realidad es distinta y la misma sociedad plantea e impone nuevos condicionamientos a los contratantes o a quienes celebran un acuerdo. Y aunque se dirá que esta es una observación netamente jurídica, no podemos perder de vista que el derecho también es equidad, es lógica y como tal, no puede ser excluido en ningún proceso de mediación. Ni la mediación puede ser ilegal ni la norma jurídica se opone a la equidad, es decir, que no por no tratarse de una mediación en equidad, podemos creer que pueda ir contra derecho. Es el sano equilibrio que plantea la utilización de los métodos alternos de solución de conflictos.

Es en este marco donde aparece el acta como elemento fundamental de verificación de un acuerdo, de un contrato o de una transacción. Si como ya se dijo, este factor puede resultar innecesario ante el cabal cumplimiento de las partes, en nuestro medio la costumbre ha llevado a establecer que lo que no se encuentre escrito, no existe. Y tal afirmación responde al hecho cierto de que para todas las culturas ha sido siempre más fácil cumplir sus deberes si estos se hallan objetivados en un escrito, ojalá una ley, que no si quedan solamente en el campo de la obligación moral. Es precisamente lo que sucede en el presente caso: la mediación requiere de acta porque constituye la prueba del compromiso; y solo con la prueba se puede exigir su cumplimiento forzado.

Para llegar al acta como elemento representativo del acuerdo, las mismas condiciones imponen la unificación de criterios en torno a la manera de solicitar el servicio del mediador, las circunstancias de

modo, tiempo y lugar para llevar a cabo la audiencia y la forma de notificarlo a las partes y por supuesto, el contenido mismo del documento y sus efectos. Hemos tomado para ello la experiencia obtenida con otra figura análoga como lo es la conciliación, para establecer unos principios lógicos cuyo acatamiento lejos de implicar reglamentación rigurosa, constituyen etapas lógicas en este tipo de situaciones. Veamos:

5.1. LA CITACION.

Consideramos que así como previo a la celebración un contrato, la cita que las partes acuerdan para hablar de las situaciones relativas al mismo puede no cumplirse, sin que ello represente nada más allá que la pérdida de una oportunidad o la deducción de indicios sobre la seriedad de la parte incumplida, en la mediación la forma de citación no será tampoco elemento esencial de la figura. Digamos en principio que si la parte a citar desea solucionar su conflicto, bastará enterarla por el medio más idóneo sobre el objeto de la audiencia, su fecha y hora y ello será suficiente. A diferencia de la conciliación, el no acudir a la audiencia no genera efectos en eventuales procesos judiciales, ni se requiere certificación como requisito de procedibilidad en actuaciones posteriores. Esto descarta de plano una excesiva ritualidad en el documento de invitación, pero no por ello podemos afirmar que sea innecesario.

En efecto, en amplios sectores sociales del país la carta o boleta de citación parece ser muy significativa, como quiera que es muestra inequívoca de la intervención de un tercero normalmente investido de autoridad, quien presumiblemente ya se encuentra enterado del conflicto. Ello representa un desbordamiento del mismo así sea solo en apariencia. En otras palabras: si una persona cree tener controlado el entorno del conflicto y la indefinición que ello genera le brinda una relativa seguridad, el hecho de que la otra parte lo lleve ante un tercero, máxime si es una autoridad reconocida socialmente, le transmite inseguridad y le plantea el reto de hacer valer la justicia de su posición ante la nueva instancia. La citación suscrita por un tercero investido de autoridad, o entregada por un representante de autoridad como puede ser la Policía, garantiza en gran medida la comparecencia del citado.

La citación deberá indicar la fecha de expedición, el nombre preciso del citado, si es posible con su identificación; el nombre del citante y genéricamente el asunto de que se trata, indicando simplemente la naturaleza del mismo (familiar, laboral, civil, etc); y la fecha y hora prevista para la audiencia o reunión. Pese a que como antes se dijo, la no comparecencia no tendrá efectos legales, este hecho no es necesario describirlo en la citación. (anexo #), documento que debe proteger derechos fundamentales como el derecho a la intimidad o al libre desarrollo de la personalidad.

5.2. LA AUDIENCIA.

Sin pretender abarcar temas de otras disciplinas como la psicología, ni buscando formular teorías sobre la técnicas de abordaje en la entrevista, nos interesa dejar muy en claro aspectos que necesariamente deberán estar presentes en la audiencia. Veamos:

5.2.1. Identificación de las partes.

Este aspecto resulta de especial interés para el éxito de la figura ya que los acuerdos frecuentemente tienen efectos sobre terceras personas, cuyos derechos no pueden ser vulnerados con una actuación fingida de quienes aparentemente tienen la condición de partes que resuelven su conflicto. Pero para comprender mejor este punto, debemos analizar previamente otro aspecto: No siempre se requiere que las partes lleguen ante el mediador con el conflicto en su estado más agudo, pues puede suceder que el conflicto haya superado su etapa más crítica y las partes determinen acudir al mediador para buscar fórmulas de avenimiento; o bien que lleguen ante él, incluso con una fórmula factible, buscando sólo acogerse al mecanismo de la mediación para darle efectos.

Con lo anterior no es descartable entonces que dos personas acudan ante el mediador, haciéndose pasar una o ambas por persona distinta, para que con el acta se produzcan los efectos que puedan beneficiar a terceros, perjudicando a una de las verdaderas partes. Supongamos que en el acta uno de los firmantes asume un compromiso en nombre de quien suplanta, o renuncia a un derecho sin que su verdadero titular se entere. Al producirse el lógico incumplimiento de quien habiendo sido suplantado ignora la obligación adquirida, los efectos nocivos sí los recibirá este o el

tercero, ajenos por completo a la maniobra. Es el caso de quien afirma ser quien no es y en tal calidad celebra un “acuerdo” que puede tener efectos ante terceros.

Por ello se impone la identificación previa de las partes con el documento idóneo y un factor adicional cual es el de verificar de la mejor manera posible, que el portador de ese documento coincida con su titular.¹

5.2.2. Presentación y descripción de objetivos.

Una vez reunidos las partes en conflicto y el mediador, se requiere que este asuma la dirección de la audiencia para lo cual deberá iniciar haciendo una breve pero clara y concreta presentación suya, de su condición y de los objetivos perseguidos. Normalmente la parte que ha sido citada y que desconoce el mecanismo, acude con desconfianza al considerar que el mediador se encuentra parcializado. Considera que hasta este punto él no ha sido escuchado y que “la citación ha sido injusta”. No olvidemos, como ya se dijo, que ese solo acto es considerado por muchas personas como una evidente muestra de autoridad, casi como una sentencia socialmente considerada.

De allí la importancia de dejar en claro que cualquiera de las dos partes hubiese podido acudir al mecanismo de la mediación, que la actuación del mediador es absolutamente imparcial y que las “reglas del juego” le pertenecen a él exclusivamente.

De este primer contacto dependerá en gran medida el éxito de la audiencia: Partes y roles definidos.

5.2.3. Advertencias y descripción de procedimientos.

Agotada la etapa anterior, conviene hacer un rápido esbozo del desarrollo de la reunión, aclarando que cada parte tendrá su oportunidad para exponer su punto de vista; que las frases ofensivas o alusiones desobligantes no serán de recibo; que se respetarán recíprocamente el uso de la palabra y que de todas maneras se requerirá la mutua disposición de sacrificio o renunciaciones parciales en

¹ Nada impide que se anexen al acta las copias de los documentos de identidad como prueba, pero la **verificación** de las identidades es fundamental, máxime en comunidades grandes donde el mediador y las partes pueden no tener un conocimiento previo.

aras de lograr un acuerdo satisfactorio para las dos partes. Es conveniente además distensionar el ambiente luego de las advertencias y resaltar permanentemente la importancia de cada uno para el éxito de la reunión. Si se establece de entrada una buena relación con las partes, cada una intentará no ser obstáculo para el acuerdo tratando de descargar en el otro esa responsabilidad. Y es ahí cuando internamente los ánimos se disponen verdaderamente para el arreglo y cuando el conciliador debe iniciar verdaderamente su labor.

5.2.4. Intervenciones y dirección de la audiencia.

Siguiendo los lineamientos anteriores y dado que el mediador debe haber conocido previamente el caso puesto que para citar a la audiencia una de las partes debió narrarlo, la audiencia se iniciará con una síntesis que hará este de lo expuesto por el citante. Esta intervención del mediador va dirigida preferentemente al citado quien la recibe como una “merecida explicación” ya que hasta el momento se siente como víctima de una maniobra de la otra parte. El citante a su turno cree en tal momento tener como su vocero al mediador y se siente representado por este. Hay que tener sumo cuidado en este momento para no hacer afirmaciones o acusaciones categóricas o en primera persona, dado que el mediador lo que está presentando es una síntesis de lo dicho por el citante y a él no le constan los hechos que este presenta. De allí la importancia de iniciar con afirmaciones como “según el señor X...” o “de acuerdo con lo manifestado por la señora Y...”, expresiones que denotan neutralidad del tercero.

A continuación y una vez obtenido por lo menos el consentimiento gestual del citante sobre la “vocería” que acaba de terminar, le concederá el uso de la palabra al citado, con lo cual, igualmente pensará que al ser el primero en hablar y al haber sido el primero en recibir explicaciones, el respaldo del mediador es evidente. Conviene en todo el desarrollo de la audiencia resaltar la importancia de aspectos fundamentales para cada parte y disminuir el de otros que estén generando fricción y que resulten fácilmente superables. A todo momento las partes deben sentir que cada una de ellas es la persona más importante en esta reunión y si a ello se agrega el hecho de comenzar a lograr los primeros acuerdos, así sean pequeños, su protagonismo se exaltará y casi tendrá la sensación de que el éxito se obtendrá gracias a él. El logro del acuerdo se convierte en objeto de competencia y meta propia para cada uno y frente a esta posibilidad se hace viable la mutua cesión de derechos.

El mediador deberá graduar el tiempo para cada uno de ellos y exigir la mayor síntesis posible en sus intervenciones, pero tomando nota de aspectos que parezcan secundarios pero que son los que en últimas determinan el núcleo del conflicto. La verdadera dirección de la audiencia se deriva de la oportunidad y pertinencia de los temas tratados.

5.2.5. Determinación y sustanciación del conflicto.

Una vez escuchadas las posiciones de las partes corresponderá al mediador poner a prueba su capacidad de síntesis para recoger las principales ideas, ensamblar un solo discurso y plasmarlo en un breve planteamiento, o a lo sumo dos, que a manera de resumen se convertirá en el fundamento de hecho a resolver.

Esta síntesis estará ya desprovista de todos los elementos ajenos o accesorios al conflicto y de aquellos que él considere no sean de mayor trascendencia en ese momento; y una sencilla forma de verificación es exponiéndola ante las partes, quienes asentirán o reclamarán la no inclusión de algo que consideran vital. No olvidemos que para este momento ya existe un mutuo interés en la solución y ninguno quiere ser el obstáculo, así que si algo falta, según ellos, es porque realmente es importante.

El diseño de este modelo implica algo así como la elaboración, preferiblemente escrita, de un listado de los distintos tópicos de discusión para luego ordenarlos según su importancia y comenzar a evacuarlos. Lo ideal sería que al resolver inicialmente la dificultad mayor se pudiesen resolver las accesorias; pero la experiencia indica que los arreglos a los grandes conflictos se frustran por detalles de poca significación y por ello el agotamiento previo y fluido de los problemas menores, imprime la dinámica que habrá de conducir a la superación del escollo mayor. Si a ello agregamos que los inconvenientes menores van quedando solucionados, comprobaremos entonces que ya, así sea parcialmente, la mediación ha dado resultados.

En una disputa entre padres por malos tratos del hombre hacia la esposa y los hijos, pueden evidenciarse diversos problemas como el alcoholismo del marido, sus presuntas infidelidades o las de su esposa, la influencia de otros familiares, o simplemente el no haber

pedido perdón por una ofensa anterior, situaciones todas ellas de distinta significación. La habilidad del mediador consistirá en determinar de manera precisa cuál de estos puntos es el que afecta a cada parte y orientar su labor hacia su solución en un orden de menor a mayor importancia que por supuesto, tiene su origen en la lista que ya se mencionó y que se halla condensado en su propia síntesis. Así tendremos ya definido el conflicto como primer paso para buscar sus soluciones, porque de lo contrario, ¿ qué vamos a solucionar?

5.2.6. Propuestas y control de legalidad.

Con los anteriores elementos ya podemos afirmar que tenemos suficiente ilustración sobre el caso concreto y debemos verificar si hasta este punto las partes han ideado algún tipo de propuesta viable ya que de no ser así, corresponderá al mediador formular alternativas. Para esto bastará simplemente indagar si una vez de acuerdo sobre el enunciado del conflicto, alguno desea plantear una propuesta de solución concertada, independientemente si se trata del citante o del citado. No es frecuente que un inicial planteamiento de parte se acoja íntegramente como solución definitiva. En tales casos la parte que no lo propuso comenzará a formular algunos reparos que poco a poco deberán ser superados con la labor del mediador sobre el proponente, al punto que la fórmula inicial resulta modificada con el concurso de los otros intervinientes. Es el momento en que el mediador debe hacer acopio de todas sus habilidades para forzar el acuerdo. Y decimos forzar porque entre más próximo esté el consenso total, mayor dificultad generará su culminación. En efecto, es allí en este instante crítico de máxima tensión cuando las partes prácticamente quedan carentes de argumentos para defender sus antagónicas posiciones del comienzo y el perder sus últimas defensas les genera una sensación de inseguridad tal, que puede incluso hacer brotar el orgullo por encima de los argumentos. De allí la importancia de insistir en este instante sobre la importancia del acuerdo logrado, sobre sus beneficios, sobre la manera inteligente como han actuado y ante todo, sobre el ejemplo que brindan con su proceder a la comunidad y a la sociedad en general.

Una vez acordados los términos de la mediación, el mediador deberá plasmarlos en un documento específico de naturaleza probatoria, denominado “Acta de Mediación”.

5.3. EL ACTA DE MEDIACION

Como antes se afirmó, no existen imposiciones legales para la audiencia ni para la redacción del acta. No obstante y en aras de la eficacia del mecanismo, se requiere la aportación de unas memorias de lo acordado que constituyan base probatoria para hacerlo cumplir si alguna de las partes decide ignorarlo. No olvidemos que la mediación no es un fin sino simplemente el inicio del cumplimiento de unos acuerdos. La suscripción del acta es solo su punto de ignición, pero su verdadera efectividad radica en el acatamiento al compromiso suscrito, lo que resalta la importancia de la suscripción del acta como elemento esencial de la figura.

5.3.1. Encabezamiento.

Como toda memoria deberá contener el lugar, fecha y hora de celebración de la audiencia; el nombre de las partes comparecientes, sin importar quién citó a quién; la identificación del mediador designado y una descripción sucinta del objeto de la audiencia, para lo cual bastará indicar la naturaleza del asunto, según se trate de un conflicto de naturaleza familiar, civil, comercial, policiva, comunal etc. No se requiere una descripción detallada del mismo, no sólo por no ser esta la parte pertinente sino en acatamiento de derechos constitucionales como la honra, el buen nombre, el derecho a la intimidad, al libre desarrollo de la personalidad y tantos otros que podrían vulnerarse con la publicación de aspectos de la vida privada que usualmente sólo competen a las partes.

Dentro del encabezamiento debe dejarse constancia de la explicación introductoria dada a las partes sobre la naturaleza, importancia y alcances de la figura, sobre la neutralidad del mediador y sobre la intrascendencia de ser cualquiera de ellos quien aparezca como citante. Así mismo sobre la plena identificación de las partes y las condiciones en que actúan como tales.

5.3.2. Antecedentes.

El acta debe ser un documento claro, conciso y sencillo que permita a quien la lea entender perfectamente lo que las partes firmantes acordaron. Por ello debe tener un acápite de antecedentes ya que el sólo texto del acuerdo nada puede indicar si no se conoce cuál fue el

origen del conflicto. Así pues, en esta parte se deben describir los elementos de hecho en cuyo desarrollo se originaron las diferencias. Si seguimos con nuestro ejemplo de la pareja desavenida, en los antecedentes debemos describir si se trata de esposos, compañeros, o simplemente padres de sus hijos comunes y en todos los casos desde cuando se encuentran en tal situación.

Luego de la breve descripción anterior, que consideramos debe ir individualizada o numerada, se anotarán los hechos concretos que dieron origen al conflicto y que son diferentes a los anteriores ya que aquellos sólo describían las circunstancias de hecho sobre las cuales se originó el mismo. Así por ejemplo en nuestro caso ya no diremos si son o no casados o si conviven, sino que haremos referencia a los malos tratos inferidos y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar en que sucedieron. Al igual que los anteriores son hechos antecedentes, pero próximos o inmediatos al origen del conflicto.

Debe destacarse que si las partes lo solicitan, debe accederse a omitir detalles y circunstancias propios de los hechos determinantes, por las razones de protección constitucional antes expuestas. En tal caso sólo se mencionará genéricamente la situación, o se aclarará que *“por hechos que las partes solicitan no incluir en la presente acta...”*

5.3.3. Conflicto.

En este acápite deberá contenerse la síntesis; el resumen que en su momento elaboró el mediador y que sirvió como base para la proposición de fórmulas. No se trata de transcribir todo cuanto dijeron las partes en defensa de sus posiciones, o todo cuanto propusieron en aquel momento antes de darse el acuerdo. Los distintos calificativos, adjetivos y expresiones que en algún momento pudieron ser utilizados en la audiencia, no revisten ya ninguna importancia. En el ejemplo de nuestra pareja desavenida diremos que *<<Las continuas agresiones del señor “X” contra su esposa “Y”, determinaron el alejamiento de esta y sus hijos del hogar conyugal>>*, o bien que, *“Las constantes desaveniencias de la pareja X-Y determinaron la suspensión de su vida en común”*.

Obsérvese que en el primer caso se menciona la causa y su autor, en tanto en el segundo evento sólo se describen hechos sin mencionar el agresor ni quién abandonó el domicilio común. El conflicto está entonces claramente determinado y sobre él se proyectará el acuerdo.

5.3.4. Acuerdo.

El acuerdo iniciará siempre con el reconocimiento del conflicto en los términos antes expuestos; es decir, que el primer punto del acuerdo será el reconocimiento del problema planteado, sin establecer ningún tipo de responsabilidades a uno u otro de sus protagonistas. Es simplemente una situación irregular que va a ser solucionada. Para ello puede redactarse una cláusula que diga por ejemplo, *“Los comparecientes entienden y aceptan la existencia de un conflicto de orden familiar surgido por acciones u omisiones de ellos mismos y en tal virtud manifiestan su plena disposición para superarlo en los términos siguientes:”*

Acá se describirán las obligaciones de uno y otro, estipulando claramente a lo que se compromete cada uno, tanto en acciones como en omisiones. Las estipulaciones deberán ser tan claras que puedan hacerse exigibles directamente en caso de incumplimiento. Si en nuestro ejemplo las partes han acordado vivir un tiempo separados, deberá consignarse su duración, su inicio y el mecanismo para rehacer su vida en común. Así mismo las obligaciones que asume el padre y su forma de cumplimiento, procurando la mayor claridad en lo referente a cuantías, fechas o cantidades, su forma de pago y los plazos respectivos. No deben estipularse obligaciones cuyo cumplimiento no dependa de las partes en conflicto. Así por ejemplo, establecer que el padre asumirá los gastos a que se obliga, una vez el banco le apruebe un préstamo, o estipular que cuando la madre consiga trabajo, el padre disminuirá en un 50% el aporte para sus hijos, son cláusulas cuyo cumplimiento depende de otros factores y por ende no pueden tomarse sino como meras expectativas de las cuales no podrá derivarse derecho alguno.

Seguidamente se describirán los mutuos compromisos y prestaciones que deberán cumplirse para solucionar sus diferencias. Esta descripción comprenderá los compromisos comunes, que normalmente serán intenciones o cambios de actitud en las dos partes para evitar que se repitan situaciones como la que convoca este procedimiento. Así por ejemplo podría decirse: *“Por mutuo consenso, el señor “X” y la señora “Y” determinan mantener el absoluto respeto por la vida privada de cada uno y se comprometen a no realizar ante sus hijos cualquier tipo de comentarios que puedan afectar el cariño que profesan por el otro padre”*.

Finalmente conviene poner de relieve la absoluta libertad y plena conciencia con que las partes han suscrito el acuerdo de mediación, haciendo énfasis en la libertad del consentimiento y cerrando cualquier posibilidad para que posteriormente se trate de desvirtuar atacando estos aspectos. Así mismo es importante que las partes se comprometan mutuamente a no iniciar ningún proceso judicial o administrativo con base en los mismos hechos, o si alguno se halla en curso, a renunciar a él inmediatamente. Que en caso de presentarse diferencias sobre el cumplimiento del acuerdo a suscribir, estas se ventilarán por el mecanismo de la mediación o por cualquier otro que implique la autocomposición del conflicto.

El acta será suscrita por las partes y por el mediador, anexando copia de las autorizaciones respectivas e indicando claramente que sus efectos serán los de una transacción. Del original se expedirán las copias para las partes y este quedará en poder del mediador o del centro respectivo.

Sesión 5

EFECTOS DE LA EXTRALIMITACION DE FUNCIONES. PREGUNTAS Y CONCLUSIONES

Sumario.- 6. EFECTOS DE LA EXTRALIMITACION DE FUNCIONES
6.1. EN EL JUEZ. 6.1.1. SU ACTUACION JUDICIAL. 6.1.2. SU RESPONSABILIDAD PERSONAL. 6.2. EN EL MEDIADOR.

6. EFECTOS DE LA EXTRALIMITACION DE FUNCIONES

6.1. EN EL JUEZ. Cuando un Juez, se extralimita en sus funciones, ya por acción o por omisión, su actuación genera dos tipos de consecuencias: una respecto de su actuación profesional y otra respecto del funcionario.

6.1.1. SU ACTUACION JUDICIAL. Frente a este evento su actuación estará viciada de nulidad y por lo tanto dejará de producir efectos jurídicos una vez sea declarada. Ello genera desconfianza en la administración de justicia y pérdida de tiempo y dinero para las partes.

6.1.2. SU RESPONSABILIDAD PERSONAL. Respecto de la segunda, el funcionario deberá responder penal, disciplinaria y civilmente por su actuación, lo que implicaría un mayor desgaste de la administración de justicia porque se tendría que promover un proceso disciplinario, penal y civil contra el funcionario con el fin de buscar el resarcimiento del daño causado con su conducta.

6.2. EN EL MEDIADOR. Si el mediador se extralimita en las funciones asignadas por las partes, esta actuación podrá afectarlas en la medida que adopten las recomendaciones sin formular reparo alguno. En este evento el mediador no asumirá ninguna responsabilidad, ya que como se afirmó previamente, la

actuación de éste es meramente facilitadora y en ningún momento impositiva ni decisoria. Son las partes las que en últimas acogen o no las recomendaciones del mediador y se someten a asumir las consecuencias de sus decisiones. Si las partes no aceptan las recomendaciones del mediador simplemente no se verán afectadas en caso que éstas sean contrarias a sus intereses. Por no ser el mediador un funcionario público y no estar investido de la función de administrar justicia, no existirá la posibilidad de adelantar en su contra acciones disciplinarias y penales, salvo que en este último caso, la intervención del mediador trascienda los límites del derecho penal. Tampoco habría lugar a responsabilidad civil debido a que el acuerdo lo realizan directamente las partes y bajo su exclusiva responsabilidad.

B I B L I O G R A F I A

- JARAMILLO, Mario. “JUSTICIA POR CONSENSO”. Institución Universitaria Sergio Arboleda, Serie Investigaciones 1, 1. Ed, Bogotá,1996.
- GIRALDO ANGEL, Jaime. “MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS”. Ed. Coyuntura Social, Bogotá, mayo de 1995.
- MARTINEZ NEIRA, Nestor Humberto. “JUSTICIA PARA LA GREENTE”. Ministerio de justicia y del Derecho, Bogotá, 1995.
- AGENDA WMF ITALIA 2000. III Congresso del Foro Mondiale di Mediazione. Edizione Istituto Carlo Amore, Ed Graphic Design, Modica, Italia, 2000.
- MARRERO Juan Luis. “PSICOLOGIA JURIDICA DE LA FAMILIA”. Colección “Retos Jurídicos en las Ciencias Sociales” # 5. Ed. Fundación Universidad Empresa, Madrid 1998.
- MINISTERIO DE JUSTICIA. “Eficiencia y Acceso en la Justicia”. Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1993.
- QUIROZ MONSALVO, Aroldo. “MANUAL DE CIVIL”. 2 edición, tomo 1, Ed Gustavo Ibañez, Bogotá, 2.000.