

La Mediación, procedimiento de solución de conflictos

Luis Valencia Rodríguez*

CONCEPTO DE MEDIACIÓN

La primera cuestión que surge se refiere a determinar el concepto de mediación. Juan Carlos Torrego¹ sostiene, con toda razón, que la mediación «es un método de resolución de conflictos en el que las dos partes enfrentadas recurren voluntariamente a una tercera persona, el mediador, para llegar a un acuerdo satisfactorio», de lo cual deduce que «se trata de un método alternativo, ya que es extra-judicial o diferente a los canales legales o convencionales de resolución de disputas, y es creativo porque promueve la búsqueda de soluciones que satisfagan las necesidades de las partes, e implica no restringirse

a lo que dice la ley». Además, la solución no es impuesta por terceras personas, como en el caso de los jueces o árbitros, sino que es «creada» por las partes. Otra de sus principales características es que se trata de una negociación cooperativa, en la medida en que promueve la solución mediante la cual las partes implicadas ganan u obtienen un beneficio, y no solo una de ellas, por lo que se la considera como una vía no adversarial, ya que evita la postura antagónica de ganador-perdedor. Por este motivo, también se considera que la mediación es un método ideal para arreglar el tipo de conflicto en que las partes enfrentadas deben después continuar manteniendo la relación.

* Luis Valencia Rodríguez es embajador de carrera del Servicio Exterior Ecuatoriano y ex Canciller de la República. Actualmente se encuentra en Servicio Pasivo.

¹ Torrego, Juan Carlos, *Mediación de conflictos en instituciones educativas*, Narcea S.A. ediciones, p. 11. (Bibliografía electrónica).

De esto se desprende que la mediación es un proceso en que una tercera parte, ya sea un mediador o más de uno, actúa como un facilitador para asistir a las partes en la resolución de la controversia. Es un enfoque no contencioso en que las partes, con la ayuda del mediador, se comunican por lo general de manera directa. Por tanto, el papel del mediador es el de facilitar las comunicación entre las partes, asistirles para que se concentren en los verdaderos problemas de la disputa y en la búsqueda de opciones viables que conduzcan a un arreglo.

Baruch Bush y J.P. Folger² sostienen que la mediación ayuda a las partes a través de dos aspectos fundamentales: la revalorización y el reconocimiento. Mediante la revalorización, los individuos que afrontan una controversia sienten la devolución de cierto sentido de su propio valor, de su fuerza emotiva y de su propia capacidad para afrontar los problemas de la vida. El reconocimiento implica que se produce en los individuos la aceptación y la empatía con respecto a la situación controvertida, lo que a su vez les lleva a apreciar mejor los problemas de terceros. De este modo, ayuda a las partes a utilizar los conflictos como oportunidades de crecimiento moral.

Los antecedentes de la mediación se remontan a tiempos remotos, pues se pueden encontrar prácticas de esta naturaleza en grupos religiosos y principalmente en las religiones judeo-cristianas. En efecto, sacerdotes, predicadores, rabinos, jefes espirituales de distintos credos o religiones han actuado como mediadores. Varios grupos étnicos o tribales de África o América han recurrido tradicionalmente a este procedimiento de arreglo de conflictos. Dentro de este esquema, el conflicto no ha sido visto como algo negativo o violento, sino como una expresión consubstancial de la naturaleza del ser humano, como una de sus formas de la vida social, por lo cual su solución debe también merecer un tratamiento condigno.

En muchas sociedades, la mediación se ha practicado principalmente en relación con conflictos laborales, pero en las últimas décadas se ha extendido a otros tipos de controversias, y bien puede sostenerse ahora que la mediación se utiliza con éxito en el arreglo de todos los conflictos humanos.

Y esa extensa aplicación se explica si se recuerda que la mediación se caracteriza porque crea un contexto más flexible para la conducción de

2 Baruch Bush, R.A., y Folger, J. P., *La Promesa de la Mediación*, Granica S.A., p. 21-2. (Bibliografía electrónica).

disputas. Generalmente se formaliza mediante varias etapas que varían según las escuelas de mediación, las cuales se sustentan en diferentes fundamentaciones teóricas y establecen sus propios modelos.

En la mediación se tienen en cuenta dos aspectos del conflicto: el tema en sí por el que se discute y la relación entre las partes. Estos aspectos están íntimamente ligados. Las consecuencias de la forma como se soluciona la disputa tienen indudables consecuencias para las partes en cuanto al mantenimiento de sus futuras relaciones, pues ellas quedan desligadas del campo de la confrontación que muchas veces puede llegar a ser destructiva. Esto no solo tiene aplicación en el caso de las relaciones familiares, sino que rinde también importantes frutos en el campo de las relaciones comerciales, porque permite que las partes, después de terminada la mediación, puedan continuar teniendo un flujo de relaciones productivas entre ellas.

Estos beneficios que se han observado en el campo de las relaciones personales pueden también deberse en gran medida al hecho de que en el sistema de mediación no hay ganadores ni perdedores, a diferencia de lo que ocurre en el sistema formal judicial, en el cual una de las partes pierde el juicio

y carga con todas las costas de este (en la mayoría de los casos).

EL MEDIADOR

De esto se desprende la importancia que tiene la personalidad del mediador. A este respecto, se puede indicar que se ha llegado a considerar que existen tres tipos básicos de mediadores:

1. En primer lugar, los que actúan como promotores públicos y constructores de área. Se trata de quienes son públicamente conocidos por la promoción de la mediación como sistema para resolver conflictos. Estos mediadores son voceros del método. Promueven a la mediación como alternativa legítima y creíble, por ser menos costosa, más eficiente, equilibradora de poder, transformadora de las relaciones personales y solucionadora de problemas.
2. En segundo lugar, se hallan quienes practican y ejercen la mediación como forma de actividad de tiempo completo. Se trata de profesionales con una práctica pública o privada. Su preocupación se centra principalmente en cuestiones relativas al campo laboral.
3. El tercer lugar ocupan quienes offician de mediadores pero sin considerarse como profesionales de este sistema. Son personas adiestradas que

median desde afuera. Son abogados, funcionarios políticos o diplomáticos que utilizan y practican nuevas formas de facilitación. Utilizan ciertas técnicas y dan cierto lustre a la profesión, al servir propósitos nobles como la paz mundial y la armonía social.

CAMPOS DE LA MEDIACIÓN

La mediación se presenta en dos campos distintos: en el interno de los Estados y en el internacional. Los conceptos básicos se aplican en ambos campos, aunque existen ciertos matices, especialmente en cuanto a los mecanismos de aplicación, que los diferencian. En los párrafos que siguen nos referiremos a estos aspectos.

EN EL CAMPO INTERNO

Se inicia la mediación por solicitud de las partes o por propia iniciativa del mediador. Por lo general, la solicitud de mediación se dirigirá por escrito a los Centros de Mediación o a mediadores independientes legalmente autorizados. La solicitud contendrá una explicación de la clase de diferencia o controversia de que se trata y los aspectos en que las partes afirman sus reclamos. La solicitud podrá ser presentada por una o varias partes o por

sus representantes debidamente autorizados. En todo caso, la mediación es un procedimiento que se inicia por la voluntad de las partes. Ellas también deciden libremente si continúan o no dentro de este proceso.

La gran ventaja de la mediación consiste en que los acuerdos que se logran permiten prevenir un litigio eventual o terminar un pleito pendiente, sin los trámites, costos y formalismos procesales. Es un mecanismo ágil, pues la mediación se desarrolla, por regla general, en una única audiencia. Es eficaz, ya que en la mayoría de los casos el proceso termina en un buen resultado satisfactorio para las partes. Tiene los rigorismos de la ley, pues el acuerdo logrado es obligatorio según las leyes vigentes y tiene efecto de cosa juzgada, es decir, es definitivo. Es un procedimiento económico, ya que los servicios que prestan algunas instituciones públicas o privadas son gratuitos o demandan la erogación de pocos recursos económicos. En la mediación las partes resuelven directamente sus discrepancias, convirtiéndose en los mejores voceros de sus intereses y en los mejores jueces de sus causas.

Se pueden señalar otras ventajas o beneficios del sistema de mediación,³

³ La Mediación-Monografías.com (Bibliografía electrónica).

principalmente en el campo interno de los Estados, entre ellas:

a. Produce un sensible alivio a los tribunales, pues muchos casos se solucionan sin haber siquiera entrado dentro del mecanismo judicial ordinario.

Es bien sabido además que los juzgados y tribunales atraviesan un estado de máxima saturación, lo cual causa graves demoras en la resolución de los casos y produce perjuicios a las partes.

b. Hay ahorro de tiempo para lograr la solución del conflicto, ya que mientras en el mundo todo se ha acelerado, en el caso de la justicia se ha producido un proceso inverso. La cantidad de causas que todos los años ingresan a los tribunales es cada vez mayor, y a menudo pasan varios años antes de que algunas de ellas se resuelvan. Hay casos en que, por la necesidad de tomar una decisión urgente, no se puede esperar los tiempos que tarda la justicia.

c. Ahorro de dinero, pues la mediación es mucho más económica que los procesos formales, porque generalmente los honorarios se abonan por consulta y no están en relación con los montos de los capitales en discusión. Este tema ha sido muy importante en el área de los negocios y del comercio.

d. En la mediación se trata de evitar que haya ganadores y perdedores, lo cual redundaría en beneficios en cuanto

al mantenimiento de las relaciones futuras entre las partes. Si alguna de ellas se siente perdedora y considera que la solución prevista no es equitativa puede retirarse del proceso y recurrir a la vía judicial.

e. Aumenta el sentido de creatividad. Al ser más flexible, utiliza capacidades alternativas que no están previstas dentro del sistema judicial formal. No debe basarse en leyes previas y en precedentes, al mismo tiempo que tampoco puede sentar precedentes para otros casos. Solo tendrá este valor para las partes involucradas y el mediador utilizará esta experiencia para sus futuras intervenciones, en la medida en que le produce un aprendizaje. La mayor ventaja individual que produce la mediación es un aumento sensible del protagonismo de las partes, lo que aumenta la responsabilidad de estas.

En relación con este asunto, se debe añadir que la mediación produce un importante aprendizaje. Al solucionar un conflicto, como subproducto se puede adquirir capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de «transferencia de aprendizaje» o «conocimiento tácito». A veces las partes no son coincidentes en la importancia

de este aprendizaje en el momento en que lo adquieren, aunque se ven las consecuencias a posteriori, cuando enfrentan otro conflicto.

No han faltado, sin embargo, comentarios sobre desventajas de la mediación.

Al respecto, conviene recordar que algunas dirigentes feministas sostienen que las mujeres no logran acuerdos convenientes cuando concurren al sistema de mediación. En materia de compensaciones en dinero, por ejemplo, los montos que obtienen las mujeres son menores que sus contrapartes masculinos, a más de que no se resuelven por mediación los casos de violencia doméstica. Una de dichas dirigentes piensa que esto obedece a que en los encuentros de mediación se mantiene la misma pauta de relación que existía en la pareja y, por lo tanto, si lo que predomina es el temor de las mujeres hacia sus maridos, esa situación persiste también en la mediación. Es posible —sostiene dicha pensadora— que esto lleva a que se evite hablar del tema violencia, pues los hombres no llevan a mediación este tema porque presumen que el acuerdo será negativo a sus intereses.

También se ha criticado que en determinadas mediaciones se negocian

derechos humanos, principalmente civiles, que por su misma índole son inalienables.

En el campo interno, se destacan y aprecian las cualidades del mediador. La principal cualidad que se le exige es la neutralidad, es decir su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de la controversia. En efecto, este es uno de los temas conflictivos en cuanto al proceder de los mediadores, pues no han faltado iniciativas encaminadas a establecer con precisión el significado de ser neutro, lo que ha llevado a determinar si la neutralidad es algo consubstancial con ciertos seres humanos, como característica inherente a ciertas personalidades, o si puede ser aprendida o adquirida con el tiempo. En este sentido, son interesantes las conceptualizaciones que se han establecido entre neutralidad, imparcialidad y equidistancia.

Otras características que las partes esperan de un mediador eficiente pueden resumirse así:

- Capacidad para abstenerse de proyectar su propio juicio: el rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o la justicia de la solución.

- **Flexibilidad:** lo cual implica que el mediador debe estimular la fluidez de la comunicación entre las partes.
 - **Inteligencia:** las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.
 - **Paciencia:** es importante que el mediador sepa esperar y dejar transcurrir los tiempos necesarios según lo requieran las partes.
 - **Empatía:** el mediador debe ser capaz de valorar percepciones, medios e historia que cada parte revele durante la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.
 - **Sensibilidad y respeto:** el mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo aspectos de sexo, raza y diferencias culturales.
 - **Oyente activo:** las partes deben sentir que el mediador sabe escuchar las respectivas presentaciones de las partes.
 - **Imaginativo y hábil en recursos:** es importante que el mediador tenga capacidad de generar y aportar ideas o iniciativas novedosas.
 - **Enérgico y persuasivo:** a través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr la flexibilidad entre las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario. No debe demostrar un carácter fuerte o dominante, pues ello puede desnaturalizar la mediación y hacerla fracasar.
 - **Objetivo:** el mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.
 - **Digno de confianza para guardar confidencias:** debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas que ello es así.
 - **Tener sentido del humor:** es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable.
 - **Perseverante:** cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar los tiempos de espera y la ansiedad que esto provoca.
- De lo anterior se puede deducir la existencia de diferentes estilos de mediación. En efecto, el mediador puede tender a definir los problemas en forma amplia o restringida, adoptando un rol evaluativo o facilitador del conflicto. Por tanto, la intervención del mediador puede ser evaluativa-limitada, facilitadora-amplia o evaluativa-amplia.

Si el mediador adopta una aproximación amplia puede llegar a examinar intereses personales de las partes en conflicto y hasta puede llegar a usar la mediación para modificar las reacciones de las partes.

Los mediadores pueden llegar a usar técnicas evaluativas y facilitadoras; algunos especialistas aconsejan empezar con técnicas limitativas y luego ampliarlas.

Para elegir un mediador, el solicitante deberá expresar cuáles son sus objetivos, es decir cuáles son sus aspiraciones en la solución de la disputa. Esta explicación hará comprender al mediador cuál es el papel que se espera de él.

Durante el curso de la mediación, el mediador desempeña varios roles, en los que debe: facilitar la discusión; abrir los canales de comunicación; traducir y transmitir información; distinguir posiciones e intereses verdaderos de las partes; crear opciones y alternativas de solución; ser agente de la realidad a fin de que las partes puedan apreciar hasta donde pueden ellas llegar.

PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

El procedimiento de mediación se lleva a cabo de manera reservada, y nada de lo que se discuta durante la audiencia de mediación puede trascender o conocerse fuera de su ámbito. Por lo tanto, cabe esperar que las partes confíen en el desempeño de los mediadores, pues deben reunir las condiciones antes descritas y ser profesionales que han recibido capacitación en técnicas de mediación.

El Dr. José Luis Pérez⁴ afirma que «quien actúe como mediador en un conflicto, queda totalmente inhabilitado para poder intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral, además, no podrá ser llamado a declarar sobre asuntos que se relacionen con el conflicto objeto de la mediación. La mediación tendrá el carácter de confidencial, y las personas que intervenga deberán mantener la debida reserva. De común acuerdo, se podrá renunciar a la confidencialidad».

El procedimiento de mediación termina con la firma del acta en la que se hace constar el acuerdo total o parcial o, según sea el caso, la falta de acuerdo. El acta debe contener en forma detallada la relación de los hechos que originaron el conflicto, una

⁴ Pérez, José Luis, *La Mediación*. (Bibliografía electrónica).

descripción clara de las obligaciones de cada una de las partes y las firmas correspondientes, incluida la del mediador. El acuerdo descrito en el acta tiene efecto de sentencia ejecutoriada, o sea cosa juzgada. Se deberá entender a la mediación y la conciliación extrajudicial como sinónimos.

LOS ABOGADOS Y LA MEDIACIÓN

Se ha considerado que no es necesaria la presencia de abogados durante el proceso de mediación. Sin embargo, no cabe duda de que la función que cumplen los letrados durante este proceso es de vital importancia para la seguridad y funcionamiento del mismo sistema, debido a que corresponde a los abogados informar y asesorar a sus clientes acerca de las ventajas y desventajas de participar en un proceso de mediación.

Como primer paso, el abogado deberá informar de manera detallada a su cliente, en qué consiste el proceso de mediación, ya que tratándose de un método alternativo de conflictos relativamente novedoso, son muchas las personas que hasta el día de hoy conocen poco o nada acerca de este sistema de resolución de disputas.

Con relación a la mediación es esencial que las partes tomen conocimiento de que el mediador en ninguna opor-

tunidad podrá suplir el rol del abogado de la parte, asesorando a las mismas, ya que uno de los pilares básicos del instituto de la mediación es que el mediador tenga durante todo el procedimiento una conducta de imparcialidad y de neutralidad hacia las partes.

Luego de que las partes hayan tomado conocimiento acerca de qué es y cómo funciona el proceso de mediación, sus letrados tendrán que analizar el caso en particular para saber realmente si es aconsejable o no que sus clientes participen de la mediación o bien si resulta más apropiado recurrir a otros métodos para resolver definitivamente el conflicto. Lo importante es que el cliente esté siempre informado y sobre todo que sea él quien decida el camino que desea para resolver la controversia. Asimismo, cuando los abogados comprendan adecuadamente el instituto de la mediación podrán facilitar el proceso y en consecuencia aumentar la probabilidad de lograr un acuerdo beneficioso para todas las partes intervinientes, evitando problemas o malentendidos para ellas.

LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La vigente Constitución de 2008, en su artículo 190, reconoce «el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de con-

flictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir»

La Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación⁵ (art.44) dispone que podrán someterse a mediación, «sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces de transigir». Luego señala (art.46) que la mediación podrá proceder «cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación». Además, faculta al juez ordinario a disponer, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación, «siempre que las partes lo acepten».

El art. 47 de la misma Ley dispone que el procedimiento concluye con la firma del acta en que conste el acuerdo total o parcial o, en su defecto, la imposibilidad de lograrlo. Esta conclusión tiene el efecto de cosa juzgada. Añade que si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio

únicamente las diferencias que no han sido materia del acuerdo. Si no ha habido acuerdo, el acta de imposibilidad podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y esto suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en tales procesos.

Según el art. 49, quien actúe como mediador queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado o asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

El art. 52 faculta a los gobiernos locales, municipales o provinciales, cámaras de producción, fundaciones, asociaciones sin fines de lucro, en general organizaciones comunitarias, a organizar centros de mediación. El art. 54 establece las normas reglamentarias a que deben sujetarse tales centros.

En virtud del art. 55, la conciliación extra-judicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Se entenderán a la mediación y la conciliación extra-judicial como sinónimos.

Los arts. 58 y 59 facultan la mediación comunitaria, principalmente a cargo de comunidades indígenas y ne-

⁵ Ley N° 2006-014 – Codificación de la Comisión de Legislación y Codificación, 20 de octubre de 2006.

gras o afroecuatorianas. Los acuerdos que pongan fin a conflictos en virtud del procedimiento de mediación comunitaria tendrán valor legal.

Como se aprecia, la legislación ecuatoriana guarda conformidad con las normas universales más avanzadas en materia de mediación. Presenta una amplia apertura a favor de este sistema de solución de conflictos.

EN EL CAMPO INTERNACIONAL

El párrafo 3 del artículo 2 de la Carta de las Naciones Unidas dice que «los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia». Esta obligación constituye un principio básico del derecho internacional contemporáneo, que tiene alcance universal. Oppenheim⁶ dice que esta obligación, junto con la de no recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza y la de prestar apoyo a las Naciones Unidas en cualquier acción que emprenda conforme a la Carta, «constituyen quizá los más fundamentales de todos los de-

beres legales que son obligatorios para los miembros de las Naciones Unidas». Kelsen⁷ distingue entre la función de las Naciones Unidas y la obligación de los Estados. La función es la señalada en el párrafo 1 del artículo 1, donde se señala que a la Organización le corresponde «lograr, por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz». La obligación de los Estados es la de arreglar «sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia». De esta manera, existe una diferencia entre la función que abarca a las controversias y situaciones, mientras que la obligación se refiere solo a controversias. A este respecto, Sereni⁸ afirma que «situación es un estado de cosas que implica la mera existencia de determinados factores de perturbación». Por tanto, habría que concluir que los Estados no tienen la obligación jurídica de arreglar las «situaciones» que puedan existir o surgir entre ellos.

6 Oppenheim, L., *International Law*, 8th. Edition, edited by H. Lauterpacht, Longmans, Green and Co. Ltd., London, 1963, p. 405.

7 Kelsen, *The Law of the United Nations*, Stevens and Sons Ltd., London, 1950, p. 359 y sigts.

8 Sereni, Angelo Piero, *Diritto Internazionale*, IV, Conflitti Internazionali, Milano, Dott A. Giuffrè, Editore, 1965, p. 1584.

Según Kelsen, es incorrecto oponer, como hace reiteradamente la Carta de las Naciones Unidas, el término *situación* al de *controversia*. Para el antiguo profesor de Viena, «el concepto de situación cubre también el de controversia, pues una controversia es una situación, mientras que una situación no es necesariamente una controversia», por cuya razón —sostiene Adolfo Miaja de la Muela—⁹ más correcto que oponer las situaciones a las controversias, sería hablar de «controversias y otras situaciones».

Se debe, por consiguiente, definir lo que se entiende por «controversia». Con frecuencia se recuerda la definición dada por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Mavrommatis* en el sentido de que «una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, un conflicto de criterios legales o de intereses entre dos personas»¹⁰. Este concepto contiene tres elementos: a) la controversia debe ser entre Estados; b) la controversia debe producir alguna acción por parte del Estado que se siente afectado, como una protesta diplomática, el recurso ante una organización internacional o cualquiera

otra que demuestre su inconformidad con los hechos ocurridos; y d) la materia de la controversia debe ser clara y precisa.

El párrafo 1 del artículo 33 de la Carta expresa: «Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales tratarán de buscar solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección». Se ha sostenido que existe una relación entre la naturaleza de la controversia y el medio apropiado para su arreglo. Los elementos substanciales de una controversia se hallan en la forma en que esta aparece, y estos elementos constitutivos pueden determinar el mecanismo de solución que convenga utilizar. Cuando los elementos políticos priman en la índole de la controversia, se diría que son más apropiadas la negociación, la conciliación o la mediación, mientras que cuanto su carácter está determinado por elementos esencialmente jurídicos, es más aconsejable el recurso al

⁹ Miaja de la Muela, Adolfo, *Solución de diferencias internacionales*, en Escuela de Funcionarios Internacionales, Cursos y Conferencias, 1953-1956, Madrid 1957, p. 194.

¹⁰ P. C.I.J. Series A, N° 2, pp. 10-21.

arbitraje o el arreglo judicial. De todas maneras, es principio esencial la libertad que el derecho internacional deja a los Estados de resolver sus diferencias por el medio pacífico que de común acuerdo elijan los interesados en uno específico, salvo estipulación contractual que restrinja esta libertad.

RELACIÓN DEL PRINCIPIO CON EL CONCEPTO DE JUSTICIA

La Carta establece que en el arreglo de las controversias internacionales no debe ponerse en peligro la justicia. No cabe duda de que el concepto de justicia está más bien relacionado con la filosofía del derecho antes que con la elaboración de normas positivas. Kelsen¹¹ se ha ocupado cuidadosamente de esta materia. Parte de la base de que la justicia es un elemento subjetivo y, entre otras cosas, señala que, si bien la obligación de ajustarse a la justicia según el párrafo 3 del artículo 2 es de carácter general, ella no puede aplicarse a los casos de arreglo directo, pues en tales situaciones es de suponer que ambas partes deben considerar que la solución acordada es justa. Por ello, Kelsen opina que la aplicación de la

justicia tiene lugar en los casos en que la solución deba ser dada por un tercer órgano.

No hay duda de que es difícil precisar el alcance del término «justicia» dentro del contexto del párrafo 3 del artículo 2. Stone¹² ofrece una apreciación que parece la más aceptable. Dice:

«El artículo 2 (3) que requiere que los Miembros arreglen determinadas controversias 'de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia', significa simplemente que las situaciones que han llegado a tratarse mediante estos arreglos deben ser aquellas que los hombres puedan apreciar como 'justas'. La medida de la 'justicia' en este sentido se refiere a lo que los hombres consideran como situaciones 'justas' y no es importante si la 'justicia', en cuanto conjunto de normas, es sencillamente una cuestión de sentimiento subjetivo, como piensa el profesor Kelsen, o aun 'no existe' por completo, como piensa el profesor Lundstedt. Estas referencias a la justicia equivalen a un llamamiento político dirigido a los Estados para que ejerzan sus prerrogativas a favor o en contra de un problema, de acuerdo con la apreciación de lo que la humanidad considera que es 'justo', al igual que (o todavía mejor 'antes que') de acuerdo con los factores determinantes de sus propias situaciones. Tal exhortación es apropiada en el preámbulo, y no hay obstáculo en estimar que el artículo 2 (3) es

11 Kelsen, *The Law of the United Nations*, ob. cit., pp. 368-9.

12 Stone, Julius, *Legal controls of international conflict*, Sydney-Maitland Publications, Pty. Ltd, 1959, p. 52.

solamente, en este sentido, una parte del preámbulo fuera de lugar».

Admitido este criterio como el alcance de la referencia a la justicia, tiene todo fundamento la apreciación de que las soluciones logradas en contra de la justicia tenderían a aumentar el peligro de la violencia y no podrían ser duraderas. Por obvias razones, los países grandes y poderosos siempre dispondrán de mayores medios para conseguir soluciones eminentemente políticas, mientras que para los pequeños la referencia a la justicia puede constituir la barrera para evitar cualquiera arbitrariedad.

CONCEPTO DE MEDIACIÓN

La mediación es el procedimiento por el cual uno o más Estados se hacen intermediarios oficiales de una negociación para lograr la solución pacífica de una controversia entre otros Estados. Hoijer¹³ la define como «un acto por el cual uno o más Estados, ya sea a petición de partes en conflicto, ya por propia iniciativa libremente aceptada, ya de conformidad con estipulaciones anteriores, se convierten en intermediarios oficiales de una negociación con el fin de resolver pacíficamente un

litigio, que se ha producido entre dos o más países. Es una tentativa de ajuste, por intermedio de un amigo común, que busca o propone una fórmula de acuerdo». El mediador o mediadores no solo que pueden ser los Estados, sino que también pueden ejercer dicha función altas personalidades como Jefes de Estado (emperadores, reyes, príncipes, primeros ministros) o altos jefes religiosos (papas, príncipes o primados de la iglesia, patriarcas u otras autoridades de distintos credos de esas categorías). En estos casos, el mediador dispone siempre de un selecto y competente equipo de consejeros, constituidos por los integrantes de sus gabinetes ministeriales o sus consejos de Estado o de religión.

La mediación puede aplicarse en cualquier clase de controversias entre los Estados, aunque —como se ha dicho— de preferencia en aquellas en que predominan los elementos políticos. Por su misma naturaleza, puede adaptarse a cualquiera circunstancia y revestir múltiples formas. Gracias a su carácter de delicadeza y flexibilidad, pueden evitarse mediante ella peligrosas susceptibilidades que generalmente tienden a agravar el problema.

¹³ Hoijer, Olof, *La solution pacifique des litiges internationaux*, Editions Spes, París, 1925, p. 31.

Adolfo Miaja de la Muela¹⁴ manifiesta que «constituye la mediación un procedimiento de muy delicado manejo. Entre los múltiples casos que ha tenido lugar, aconteció a veces que el mediador —y más frecuentemente los mediadores cuando este procedimiento pacífico se ha puesto en práctica colectivamente por las grandes potencias— más que el interés de evitar una guerra, llevaba el de imponer a los Estados partes en la diferencia una determinada solución a esta, generalmente para dar satisfacción a las exigencias del equilibrio político. De ahí la desconfianza con que los pequeños Estados han mirado siempre a la mediación, en caso de no ser solicitada por ellos». El mismo autor analiza luego el desarrollo de la mediación a partir sobre todo de la Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, y cómo este procedimiento ha evolucionado a fin de otorgar las garantías necesarias a las partes, evitando cualquier tendencia impositiva por parte del mediador o mediadores.

OFRECIMIENTO DE LA MEDIACIÓN

Se discutía antes si se podía o no ofrecer la mediación. Así, Hoijer¹⁵ creía que, al igual que los buenos oficios, la mediación puede rendir importantes servicios. Añadía que los países en litigio, deseosos de mantener la paz, no quieren muchas veces solicitar la mediación de un tercero por temor de que este deseo sea interpretado por la otra parte o por elementos interesados como demostración de debilidad, inferioridad o carencia de fundamentos en la tesis que sostienen. Accioly¹⁶ creía que la mediación no solo podía ser ofrecida, sino también solicitada.

A fin de precisar el alcance del ofrecimiento o la solicitud, no debe olvidarse que la mediación, por lo regular, se desarrolla en una atmósfera cargada de temores y susceptibilidades nacionales. De ahí que la persona del mediador tiene especial importancia porque debe revestir y demostrar prendas de imparcialidad y desinterés. Se debe esperar que actúe con mucha prudencia y tino, ya que a veces su misma conducta, o incluso sus palabras, pueden agravar la situación.

14 Miaja de la Muela, Adolfo, *Solución Pacífica de Diferencias Internacionales*, en Escuela de Funcionarios Internacionales, Cursos y Conferencias, 1956-1957, Madrid, 1962, pp. 181-2.

15 Hoijer, Olof, ob. cit., p. 39.

16 Hildebrando, Accioly, *Tratado de Derecho Internacional Público*, Tomo III, Imprensa Nacional, Río de Janeiro, 1946, p.14.

Estas mismas consideraciones deben tenerse en cuenta cuando se desea ofrecer la mediación, a fin de que el ofrecimiento se produzca en el momento más oportuno y pueda ser aceptado. Es natural también que las partes en conflicto no siempre estarán dispuestas a aceptar la oferta, pues es posible que, por múltiples razones, no estén en condiciones de confiar al Estado oferente —y con mayor razón tratándose de una persona aunque esté rodeada de altas cualidades— secretos de Estado o políticos que tal vez podrían servir luego en contra suya, en caso de que, por cualquier razón, llegara a producirse una controversia entre el Estado mediador y el actual litigante.

El hecho de ofrecer la mediación, como el de solicitarla, constituyen derechos propios de los Estados. Pero esto no quiere decir que todo Estado estará siempre obligado a intervenir como mediador en cualquier conflicto que se produzca entre otros Estados. Sin embargo, hay autores¹⁷ que piensan que se debe proclamar como norma internacional que todos los Estados tienen el deber moral de ofrecer su mediación y, con mayor razón de aceptar ser mediadores, porque siem-

pre existen grandes probabilidades de que su intervención puede evitar el flagelo de la guerra, posibilidades que serían débiles o vagas en caso contrario. Todos los Estados tienen el deber de contribuir, en la medida a su alcance, a la defensa y el imperio de la justicia y la paz.

El tratadista argentino Calvo¹⁸ ha sostenido una doctrina ecléctica en esta materia, pues ha indicado que ciertas mediaciones, cuando las circunstancias en que ellas se producen no son favorables, pueden asumir un carácter de injerencia prepotente, de hostilidad disfrazada, hiriendo de esa manera a las partes a quienes se les ofrece; en tanto que otras, al contrario, se justifican por sí solas por la gravedad de las complicaciones que podrían surgir de la controversia, en el evento de no ofrecerse la mediación en el momento oportuno.

Por tanto, aun considerando que ofrecer la mediación constituye un deber moral para todos los Estados, puesto que todos se hallan obligados a luchar en defensa de la paz, hay que manifestar que dicho deber debe estar sujeto a la discreción de cada país, que debe juzgar la oportunidad y conveniencia de cumplirlo. En todo caso, es

17 Pradier-Fodère, citado por Hoijer, ob. cit., p. 43.

18 Citado por Hoijer, ob. cit., p.43.

necesario tener en cuenta que el ofrecimiento o el rechazo de la mediación no pueden considerarse como actos inamistosos. Tanto es así que la mediación puede ser ofrecida aun durante el período de hostilidades en que se hallen involucradas las partes.

CLASES DE MEDIACIÓN:

OBLIGATORIA O FACULTATIVA

De lo expuesto se desprende que la mediación puede ser obligatoria o facultativa (según exista o no algún compromiso previo internacional). También puede ser ofrecida o solicitada, individual o colectiva.

Se dice que existe mediación obligatoria general cuando el compromiso internacional se limita a fijar la obligación de resolver las controversias mediante el procedimiento de mediación, sin determinar el mediador, asunto que queda librado a la voluntad de las partes. Se denomina, en cambio, mediación obligatoria especial cuando el tratado contiene una doble obligación: recurso a la mediación como medio de solución pacífica y determinación del mediador.

Para que la mediación tenga el éxito esperado, es preciso que las partes otorguen al mediador poderes suficientes a fin de que procure llegar a

una solución, que eventualmente puede ser aceptada o no por los litigantes. El consentimiento de las partes otorga a la mediación el carácter de un contrato y constituye a su vez su base psicológica y jurídica. Si bien la mediación es un procedimiento flexible, lo ideal es que las partes, al prestar su consentimiento, determinen con la mayor precisión posible el objeto y contenido de la controversia.

La acción del mediador no debe confundirse, por tanto, con la «intervención» ni con la «injerencia», pues aquel no debe en ningún caso atribuirse funciones y facultades propias de otras autoridades, sino que su función esencial consiste en intentar, con el consentimiento de las partes, una solución adecuada a un problema internacional. Mientras la acción mediadora recae en beneficio directo de las partes interesadas, la intervención y la injerencia tienden primordialmente a producir beneficios a los mismos interventores, aun con perjuicio de las partes.

ELEMENTOS DE LA MEDIACIÓN

La mediación tiene un elemento común con todos los otros medios de conciliación y dos elementos específicos. El primero está representado por la tentativa de resolver la controversia

internacional. Los dos elementos específicos son uno de carácter positivo y otro negativo. Aquel constituye la exigencia, por parte del mediador, de conocer previamente el problema en sus múltiples aspectos. En efecto, si el mediador tiene que proponer una fórmula de arreglo, esta no puede ser presentada sobre bases abstractas, ya que debe fundarse en los hechos producidos y en los derechos e intereses de las partes. El elemento negativo está constituido por la ausencia de poderes por parte del mediador para imponer la aceptación de la fórmula, tanto que si la acción del mediador llegara a imponerse contra la voluntad de las partes o de una de ellas, la mediación dejaría de ser tal para convertirse automáticamente en intervención.

Recogiendo las opiniones anteriores y las experiencias recogidas con la aplicación de la mediación, H. G. Darwin¹⁹ señala los siguientes elementos esenciales de la mediación: a) la mediación constituye una ayuda solo cuando las partes desean fundamentalmente arreglar las controversias; en tal caso, puede contribuir de manera efectiva hacia el arreglo; b) puesto que la flexibilidad es un elemento esencial del procedimiento, solo en una medida

limitada podría ser útil intentar establecer instituciones o procedimientos fijos para la mediación; c) sin embargo de que los Estados continuarán ofreciendo su mediación, el nombramiento de individuos como mediadores constituye una alternativa posible y útil; d) si bien la selección del mediador depende de la naturaleza de la controversia y de numerosos otros factores, incluyendo la nacionalidad, es importante que exista un amplio margen dentro del cual se puedan escoger a los mediadores; e) en vista de que las cualidades personales y la experiencia son factores que deben considerarse al elegir una persona como mediador, tal selección convendría más que se hiciese entre personas experimentadas en derecho internacional, en asuntos de las Naciones Unidas u otras organizaciones internacionales, ya sea por su calidad de representantes nacionales o de altos funcionarios de la Secretaría.

LA ACCIÓN DEL MEDIADOR

El mediador tiene el deber esencial de apreciar con imparcialidad y buena fe las razones invocadas por las partes, sin pretender imponer un juicio intransigente, aunque sea basado en la aplicación estricta del derecho. El me-

¹⁹ *Report of a Study Group on the Peaceful Settlement of International Disputes*, David Davies Memorial Institute of International Studies, London, 1966, pp. 80-1.

diador en la esfera internacional debe ser un amigo imparcial, que procure un arreglo equitativo.

La acción del mediador, en consecuencia, tiende a basarse en argumentos políticos o de conveniencia para las partes y procurar por vías persuasivas llegar a la transacción. Stone²⁰ aclara así este concepto: «Por la naturaleza de la mediación, encaminada como está a conseguir un acuerdo, los méritos de la controversia sobre los hechos o el derecho se hallan casi necesariamente subordinados. ‘Para lograr éxito, el mediador se inclina, por lo tanto, a provocar la transacción, antes que aconsejar la adhesión a un principio legal’ (Hyde, ‘International Law: the collected papers of Sir Cecil Hurts, 1950)’. El mediador tiende, en definitiva, a seguir la línea de la menor resistencia, y no necesita provocar un juicio objetivo —o por lo menos no está obligado a hacerlo— sobre los puntos puestos a su consideración. Por otra parte, la mediación tiene un valor que contrabalancea este inconveniente, es decir que un arreglo logrado a través de este procedimiento tiene mejores perspectivas de solucionar no solamente los méritos de la controversia, sino las mutuas relaciones de los contendientes».

INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Múltiples son los instrumentos internacionales que establecen la mediación como el procedimiento apropiado para arreglar las diferencias o controversias entre Estados. Bajo el régimen de la Sociedad de las Naciones, pueden recordarse los siguientes instrumentos en que de una manera directa o indirecta se reconocía a la mediación como procedimiento de solución de controversias: a) el Pacto Briand-Kellog (27 de agosto de 1928) que, además de condenar la guerra, estableció para las partes contratantes la obligación de recurrir a los medios pacíficos para conciliar las divergencias internacionales; y b) el Reglamento Pacífico de los Conflictos Internacionales, adoptado por el Asamblea de la Sociedad el 28 de septiembre de 1928.

Conviene igualmente recordar que en el Continente Americano se suscribió el Tratado Interamericano sobre Buenos Oficios y Mediación, durante la Conferencia de Consolidación de la Paz (Buenos Aires, 23 de diciembre de 1936). Allí se dispuso que los Estados americanos, en casos de controversias internacionales, debían recurrir a los buenos oficios y a la mediación de un

20 Stone, Julius, *Legal controls of international conflict*, ob. cit., pp. 71-2.

ciudadano eminente, de preferencia americano, escogido de una lista a cargo de la Unión Panamericana. Asimismo, se determinaba el procedimiento que debía seguirse en la mediación. Según las Cartas de San Francisco y de Bogotá, las partes en controversia deben recurrir a la mediación como uno de los medios de solución pacífica. El artículo XI del Pacto de Bogotá establece: «El procedimiento de mediación consiste en someter la controversia a uno o más Gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado americano extraños a la controversia. En uno y otro caso el mediador o mediadores serán escogidos de común acuerdo por las partes». Este es un ejemplo de mediación obligatoria especial. El artículo XII del Pacto agrega: «Las funciones del mediador o mediadores consistirán en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable. El mediador se abstendrá de hacer informe alguno y, en lo que a él atañe, los procedimientos serán absolutamente confidenciales».

El Pacto de Bogotá, por lo demás, entraña un claro compromiso jurídico. Los buenos oficios y la mediación, en cierta medida, son procedimientos inherentes en la consideración de una

controversia mediante la diplomacia multilateral de una organización internacional. En estos casos se comprende el valor de introducir un tercer elemento «neutral» en las negociaciones entre los Estados, que a veces se hallan en una situación difícil de llegar a un acuerdo por sí solos. Esta es una de las ventajas que existe al referir la controversia a una organización internacional, pero en cambio se pierde cierto sentido de eficacia al colocar el problema a la luz del día, despojándolo del procedimiento íntimo, objetivo e imparcial que entraña la mediación. En estos casos, la controversia es objeto de comentarios o juicios de propios y extraños, que pueden complicar la labor propia del mediador. 