

CONSIDERACIONES SOBRE LA MEDIACIÓN EN VENEZUELA: COMENTARIOS DESDE EL DERECHO COMPARADO



SEBASTIAN ZABALETA*

Resumen: La mediación es un método autocompositivo emergente, de vasta trascendencia jurídica y social que contribuye a alcanzar la paz social. Es por ello que este artículo pretende analizar el uso de la mediación como un medio no adversarial en la resolución de controversias, partiendo de su génesis legal en el foro, en antagonismo con la arraigada cultura litigiosa venezolana, mientras cavilamos respecto a sus avances en la doctrina comparada.

Palabras clave: Mediación, Sistema Judicial, Derecho Comparado, Justicia Alternativa.

CONSIDERATIONS ON MEDIATION IN VENEZUELA: COMMENTS FROM COMPARATIVE LAW

Abstract: Mediation is an emerging self-compositive method of vast legal and social transcendence that contributes to achieve social peace. Therefore, this article intends to analyze the use of mediation as a non-adversarial method of dispute resolution, starting from its legal genesis in the forum, in antagonism with the deep-rooted Venezuelan litigious culture, while we reflect on its advances in comparative doctrine.

Keywords: Mediation, Judiciary System, Compared Law, Alternative Justice.

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo entero la mediación se ha venido desarrollando, en distintas épocas y momentos clave, su impulso ha sido justificado por la

* Sebastian Zabaleta es abogado egresado de la Universidad Central de Venezuela, Abogado en Consultores Jurídicos: Ayala, Dillon, Fernández & Chavero y Asistente de Investigación del Centro para la Integración y el Derecho Público.

naturaleza humana y por la necesidad de generar un desahogo en la justicia tradicional. Aunque el futuro de la mediación sigue siendo incierto, no es menos cierto que, tal como expondremos a lo largo de este artículo, ha resultado ser un medio alternativo con un impacto significativo.

Las líneas que siguen son el fruto de un trabajo de reflexión que consistió en analizar las razones por las que la mediación funciona en otros países y que tal vez puedan ser un marco de referencia para su aplicación a nivel nacional. Ciertamente es que aún existen muchos debates por resolver, no obstante, en el presente trabajo se podrán apreciar las razones principales que permiten que la mediación sea eficaz en otros países.

De esa manera, serán recorridos algunos de los antecedentes históricos que acompañan a este medio alternativo, para adentrarnos en un somero análisis, con el propósito de observar la regulación venezolana y las regulaciones internacionales en la materia, lo cual pondrá de manifiesto las diferencias más significativas que distancian la mediación en Venezuela de la de otros países.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MEDIACIÓN COMO UN MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

a. Antecedentes Históricos de la Mediación como Ápice de su Naturaleza Jurídica

El origen histórico de la mediación se remonta al inicio de la historia de la humanidad, ya que resulta tan de vieja data como lo es el conflicto, inherente al ser humano debido a su complejidad; una simbiosis propia del hombre como ser gregario, por supuesto, siempre buscando responder ante el conflicto bajo la premisa: "...el uso de la razón por encima del uso de la fuerza..."¹.

Así, desde sus inicios, la mediación se erige como el arte de promover puntos de consenso entre dos partes en conflicto, donde esas dos partes deciden confiar en la asistencia de un tercero para encontrar los puntos en los que sea posible lograr un acuerdo y poner fin a la

¹ María Boqué, *Cultura de mediación y cambio social*, (Gedisa: Barcelona, 2003), 19.

controversia. Generando entonces un método de resolución de conflictos que sustentado en el mutuo acuerdo, puede generar una solución sin necesidad de emplear una representación adversarial.

La historia de la mediación puede ser rastreada a la antigua Roma, cuando un gobernador sumerio pudo evitar una guerra por el litigio de unos territorios al emplear la mediación², así como en la cultura china, específicamente en la doctrina confucionista, lo cual perdura hasta la actualidad³.

La mediación continuó manifestándose en la cultura occidental, lo cual puede verse reflejado en las tradiciones de los primeros cristianos, la iglesia católica, los cuáqueros y otros⁴. Tal es el caso de los Estados Unidos, pues los primeros cuáqueros promovieron tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales, sin recurrir al litigio⁵. Pero los más conocidos en el país americano provienen de los procedimientos de resolución de conflictos originados durante la revolución industrial; de manera que, para finales de la década de los sesenta la sociedad estadounidense consolidó un gran interés por las formas alternativas de resolución de conflictos, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales⁶.

Ahora bien, para Martínez de Murguía⁷, la mediación tiene una presencia muy importante en el sistema legal de los Estados Unidos y sus tribunales de justicia, tanto en el plano local como estatal, recurriendo cotidianamente a la mediación o al arbitraje como paso previo al juicio. En ese sentido, *The Civil Justice Reform Act*, aprobada por el Congreso en 1990, instó a cada juzgado de distrito a que diseñara planes para

² Gema Vallejo Pérez, *Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos En Derecho Romano: Especial Referencia a La Mediación*, (Dykinson: Madrid, 2018), 16.

³ Mauricio Rios Lagos, “La Mediación en China Continental: Orígenes y Regulación Actual”, *Ars Boni Et Aequi*, No. 2, (2018): 87-111.

⁴ María Isabel Viana, “La mediación en el ámbito educativo en España. Estudio comparado entre Comunidades Autónomas”, (trabajo de grado, Universidad de Valencia, 2011) 23-49, disponible en: <https://roderic.uv.es/handle/10550/24577>.

⁵ Los cuáqueros son un movimiento protestante a la iglesia católica que promueven y defienden la justicia, la vida sencilla y el pacifismo.

⁶ Mauro Cappelletti, “Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, en *The Modern Law Review*, Vol. 56 (1993): 282–296.

⁷ B. Martínez de Murguía, *Mediación y Resolución de Conflictos. Una guía introductoria*, (Paidós: México, 1999), 160-161.

introducir los medios alternativos con el fin de promoverlos, hecho que incluso influyó en otros ámbitos como el Derecho Administrativo mediante la aprobación de la *Administrative Dispute Resolution Act* de 1990⁸. Es así como las prenombradas normas constituyeron un estímulo para que se insertaran en el sistema judicial americano hasta la actualidad, puesto que mediante la promulgación de la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1996 los tribunales federales de distrito se encontraban obligados a incluir un programa de medios alternativos de resolución de conflictos, al servicio de los ciudadanos.

Por su lado, en Europa la proliferación de un movimiento semejante al estadounidense resultaba, en su momento, compleja por diversas razones⁹: (i) el peso de la tradición a favor de la justicia ordinaria, (ii) el mito de la unidad de jurisdicción, que puede verse erosionada por la existencia de otros medios que atentan contra el monopolio de los jueces de la República, y (iii) la arraigada cultura adversarial en los sistemas de *civil law*. Con la excepción de la experiencia inglesa, que por su afinidad cultural y jurídica con los Estados Unidos¹⁰ ha acogido con mayor intensidad los medios alternativos de resolución de conflictos.

Es así como la mediación no ha dejado de penetrar en los sistemas de justicia alrededor del mundo, llegando cada vez a un mayor número de países y expandiendo sus ámbitos de aplicación, cubriendo en la actualidad todos aquellos ámbitos de interrelación humana donde exista espacio para el conflicto, como en aspectos familiares, laborales, empresariales, educativos, organizacionales, comunitarios, políticos, judiciales, extrajudiciales, internacionales y sanitarios.

En consecuencia, la naturaleza de la mediación se sustenta en el mutuo acuerdo de las partes que deciden resolver su disputa con la asistencia de un tercero. Si bien podría decirse que su consagración en textos positivos, junto con la promoción de la mediación por medio de instancias obligatorias en sede judicial, implica una suerte de manifestación

⁸ Administrative Dispute Resolution Act de 1990, de 15 de noviembre de 1990.

⁹ Para ahondar más al respecto sugerimos a: Blankenburg y Taniguchi, “Informal Alternatives to and within Formal Procedures”, en *Justice and Efficiency: General Reports and Discussions*, (Boston: Kluwer Law and Taxation, 1989).

¹⁰ Carolina Macho, “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”, en *Anuario de Derecho Civil, Tomo LXVII* (Ministerio de Justicia de España: 2014), 963.

de la jurisdicción estatal, aunque al ser un medio autocompositivo nunca debe desconocerse su origen consensual¹¹.

b. Aproximación conceptual

Habida cuenta del desarrollo histórico de la mediación y su naturaleza jurídica nos corresponde ahora analizar su concepción teórica, características y sus elementos distintivos como medio alternativo de resolución de conflictos.

Para ello, es importante mencionar la definición de la mediación de John Haynes, según la cual:

...la mediación es un proceso en el cual una tercera persona ayuda a los participantes a manejar el conflicto. El acuerdo de estas resuelve el problema con una solución mutuamente aceptada y se estructura de un modo que ayuda a mantener la relación entre las partes implicadas...¹²

De esta manera, la mediación se distingue de los medios adversariales por su búsqueda de la preservación de la relación entre las partes, así como por crear un foro para la toma de decisiones resolutorias donde no se superponen los intereses de una parte sobre la otra.

La mediación sustituye el tradicional “gana-perder” en las disputas por un “ganar-ganar”¹³, presentando como ventajas la celeridad y una reducción sustancial de los costos en la resolución del conflicto¹⁴. Es por esto que la mediación se perfila en la actualidad como un medio de resolución de conflictos que permite no solo ponerle fin a una determinada disputa mediante el consenso de las partes involucradas, sino también precluir el mecanismo jurisdiccional, bien sea en su fase de

¹¹ María Cristina Di Prieto, *Autocomposición. Modos y Métodos de Superación de Conflictos. Conciliación*, Anuario del CIJS (Córdoba: Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, 2023). La autora entiende por autocomposición a la pacífica y directa solución de las controversias que consiste en la subordinación, recíproca o unilateral del interés de cada una o una sola de las partes del litigio, al de la otra que está en conflicto y, no a la imposición de una decisión de un tercero frente a ellas.

¹² John M. Haynes, *Fundamentos de la Mediación Familiar*, (Madrid: Gaia, 1995), 29.

¹³ Manuel de Armas Hernández, “La mediación en la resolución de conflictos”, *Educación*, No. 32 (2003): 127.

¹⁴ José Alberto Ramírez León, “La mediación en Venezuela: Una mirada al presente y futuro”, *Anuario de la Asociación Venezolana de Arbitraje*, No. 1, (2020): 120-121.

inicio o de ejecución¹⁵, o bien para prevenir una posible disputa pudiendo anticipar tensiones, identificar conflictos subyacentes y despejar malentendidos, preservando así la relación de los involucrados.

Es oportuno mencionar que, no existe uniformidad en la doctrina sobre las diferencias entre la Mediación y la Conciliación, llevando a que en la práctica nacional¹⁶ e internacional¹⁷ se utilicen ambos términos de manera indistinta. Tal como lo sostiene, Gil Echeverry en el foro nacional de la simple lectura de la Constitución, en efecto, se puede inferir que se han concebido instituciones distintas, sin embargo, el legislador y el operador judicial utiliza los vocablos de manera sinónima¹⁸.

No obstante, podemos identificar del sector de la doctrina que afirma que son dos figuras divergentes que la principal diferencia radica en el rol que asume el tercero imparcial frente a la controversia, si este promueve e insta a las partes al uso de las fórmulas de arreglo creadas por él, o si, por el contrario, no lo hace¹⁹. Ahora bien, debido a la falta

¹⁵ Susana San Cristóbal, *Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil...*, 48.

¹⁶ José Alberto Ramírez León, “La mediación en Venezuela: Una mirada al presente y futuro...”, 119. Afirma, muy acertadamente que en el caso venezolano marcar una distinción entre los términos resulta innecesario ya que, lo cierto es que en análisis de nuestro ordenamiento jurídico no se desprende que existan diferencias entre ellos y, asimismo, los reglamentos de los dos principales centros de arbitraje de Venezuela usan los vocablos de manera alternativa para referirse al mismo medio de resolución.

¹⁷ *Convención sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación*, Singapur, 18 de diciembre de 2018, disponible en: https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/es/mediation_convention_s.pdf, cuyo artículo 2.3 reza: “Se entenderá por “mediación”, cualquiera sea la expresión utilizada o la razón por la que se haya enablado, un procedimiento mediante el cual las partes traten de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución.”, así como también expresó, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) reconociendo que los términos conciliación y mediación como intercambiables tal como se desprende de las Notas Explicativas de Mediación y en los textos de trabajo del proyecto de redacción de la Convención. En este mismo sentido, las Notas orientativas sobre la mediación publicadas por la Comisión de Arbitraje y ADR de la Cámara de Comercio Internacional, refieren que los términos “conciliación” y “mediación” designan en algunos casos procesos fundamentalmente idénticos y, en otros, procesos similares pero que presentan ligeras diferencias.

¹⁸ Jorge Gil, “La conciliación en Venezuela, una deuda pendiente”, *Principia: Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Montevideo* (2022): 65.

¹⁹ Adriana Arboleda, “Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia”, *Civilizar*, Vo.17, No.33 (2017): 85-86.

consenso es claro que en virtud de que ambos términos tienen la misma naturaleza y consecuencias jurídicas resulta inoficioso establecer una diferenciación.

En tal sentido, se evidencia que la mediación se caracteriza²⁰ por: (i) la voluntariedad de las partes en someterse a la guía de un tercero imparcial a los fines de llegar a un acuerdo común que las beneficie respecto a la controversia acaecida; (ii) la imparcialidad y neutralidad del mediador quien no debe tener interés sobre alguna de las partes o el objeto del conflicto, así como también, debe garantizar el equilibrio y la igualdad de las partes durante el proceso; (iii) la flexibilidad, ya que se adapta a las necesidades de las partes y a las peculiaridades de las controversias; (iv) la confidencialidad, lo que permite generar un espacio de confianza entre las partes para que definan sus necesidades y puedan llegar a un acuerdo para solucionar la controversia; y (v) la buena fe, que supone una colaboración honesta y leal entre las partes, exteriorizada en comportamientos razonables y coherentes entre sí, cuyo objetivo es la búsqueda de un acuerdo mutuamente satisfactorio.

En definitiva, la mediación es un proceso que se rige por la voluntad de las partes, donde la posibilidad de atender su conflicto reside únicamente en ellas, ya sea para evitarlo o dirimirlo, teniendo como objetivo la solución pacífica de la controversia a través de un proceso colaborativo y constructivo, en el cual gozan de la asistencia de un mediador, quien no impone la resolución a las partes, tal como sucede en la vía jurisdiccional, con el fin último de alcanzar un acuerdo.

c. El resultado de los procesos de mediación

Como ya hemos comentado, los procesos de mediación usualmente concluyen con la emisión de un acuerdo que satisface los intereses de las partes, en aras de prevenir o concluir una controversia, siendo este el escenario deseable que comprueba el éxito de la mediación²¹.

El acuerdo resultante toma la forma de un negocio jurídico (contrato o acta) o de un título ejecutivo (sentencia, laudo arbitral o título

²⁰ Leticia García Villaluenga, “La mediación a través de sus principios. Reflexiones a la luz del Anteproyecto de Ley de Mediación en Asuntos Cíviles y Mercantiles”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, No. 4 2010): 723-733.

²¹ Miguel Virgós Soriano y Cristián Gual Grau, “La mediación como alternativa”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, No. 20 (2008).

autónomo)²², donde las partes solventan sus desavenencias y establecen sus derechos y obligaciones con el propósito de regular su relación a futuro. Cabe resaltar que la forma que toma el producto de la mediación depende, en gran medida, de la regulación normativa²³; que a su vez responde a la gran interrogante vinculada a la mediación: ¿Los acuerdos producto de la mediación son vinculantes y pueden ser ejecutados?

La cristalización del acuerdo al que han llegado las partes, como hemos reiterado a lo largo de este trabajo, es un producto de la voluntad libre, consciente y espontánea expresada por ellas; por cuanto dicho acuerdo tiende a garantizar una resolución de la controversia con el objetivo de restablecer el equilibrio jurídico entre las partes²⁴.

Es por ello que el resultado de la mediación tiene una estructura bifronte²⁵: (i) en el contractual, debido a que el producto de la mediación

²² Esta afirmación responde a los desarrollos expansivos de la mediación y a la proyección de sus efectos jurídicos que depende de la existencia de un marco regulatorio que, en mayor o menor medida, producen las siguientes vertientes, por un lado, en aquellos supuestos que el producto de la mediación tome forma de un negocio jurídico puede denotar que la solución al conflicto se originó fuera del andamiaje jurisdiccional en sentido amplio y; por el otro, en relación a que este tome forma de un título ejecutivo, se evidencia que: (i) el proceso de mediación se dio en el marco de un proceso judicial o arbitral bien sea como una etapa inicial, previa y obligatoria o alternativa a la contienda propiamente dicha o bien para ponerle fin a la misma, dicho acuerdo de mediación termina tomando forma de una sentencia o un laudo y, (ii) en el caso que el acuerdo de mediación tome forma de un título autónomo este tiende a presentarse como un acto jurídico propio y característico pudiendo ser homologado o dotado de fe pública para dotarlo de fuerza ejecutiva.

²³ La realidad es que la regulación distintiva dota de fisonomía jurídica a la mediación en vista de que se establecen los principios rectores del proceso, y se esclarecen cuestiones tales como: controles éticos, la obligación o no de acudir a la mediación como paso previo de la vía jurisdiccional, los efectos de la suspensión, caducidad o prescripción en los procesos de mediación y su relación con los procesos judiciales, la naturaleza de del producto de la mediación y sus requisitos, así como si estos gozarán de fuerza vinculante propia o si requieren homologación judicial o ser elevados a escritura pública para ello y la posibilidad de recurrir dichos acuerdos. En su defecto, la ausencia de la misma reduce su naturaleza como un medio alternativo a la administración de justicia ya que, el proceso de la mediación sería reflejo pálido de su génesis, sin mayor trascendencia jurídica, el producto de la mediación y sus efectos quedarían supeditados a la materialización de actos jurídicos variables o análogos como la transacción judicial o extrajudicial, para ahondar al respecto sugerimos: Silvia Barona, *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*, (Tirant lo Blanch: Valencia, 2013)

²⁴ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Casación Social, Sentencia No. 584, de 17 de octubre de 2002.

²⁵ Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. IV, Las Particulares Relaciones Obligatorias* (Madrid: Civitas, 2010), 711-712.

es un negocio jurídico que tiene fuerza de ley entre las partes; y (ii) en el procesal, en razón de que el acuerdo de mediación podrá hacerse valer en un eventual litigio que tuviera por objeto las cuestiones resueltas en el acuerdo, mediante la formulación de la cuestión previa pertinente.

Visto lo anterior, puede concluirse que el producto de la mediación constituye una expresión de la posibilidad de autocomponer los conflictos surgidos, trascendiendo la concepción clásica del monopolio del Estado en la administración de justicia²⁶ y disipando los problemas clásicos de la justicia tradicional, por supuesto, limitado por la disponibilidad de la materia, el orden público y las leyes imperativas, presentándose así como una manifestación de voluntad de las partes que crea derechos y obligaciones.

3. UNA PERSPECTIVA DE LA MEDIACIÓN EN VENEZUELA HACIA EL DERECHO COMPARADO

a. La mediación en Venezuela

En la actualidad, no existe en Venezuela una ley especial que sirva de marco para el desarrollo de la mediación como un medio alternativo de resolución de conflictos²⁷, empero, nuestra Carta Magna²⁸ en su artículo 253 establece que el sistema de justicia venezolano está compuesto por los medios alternativos de justicia, mientras que en su artículo 258 consagra un mandato constitucional al Poder Público, que consiste en promover dichos medios.

Como consecuencia de lo anterior, se evidencia del análisis de nuestro ordenamiento jurídico la existencia de diversas leyes que consagran la complementariedad de los procesos de mediación en sede judicial, así como también normas que establecen la promoción de los medios alternativos, de las cuales se destacan las siguientes: la Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal²⁹, la Ley para

²⁶ Edgar Ardilla, “Hacia un nuevo contexto en la administración de justicia”, en *¿A dónde va la Justicia en Equidad en Colombia?*, (Medellín: Corporación Región, 2006), 50.

²⁷ María Alejandra González Y., “Entrevista a James-Otis Rodner”, *Revista de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos* (2021): 41.

²⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, Gaceta Oficial No. 36.680, de 30 de diciembre de 1999.

²⁹ Ley Orgánica de la Jurisdicción Especial de la Justicia de Paz Comunal, Gaceta Oficial No. 39.913, de 02 de mayo de 2012, ver artículos: 2, 3, 31 y ss.

la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda³⁰, la Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas³¹, la Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras³², la Ley Orgánica Procesal del Trabajo³³, la Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes³⁴, la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia³⁵, la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa³⁶ y el Código de Procedimiento Civil³⁷.

Del análisis de las prenombradas normas, se evidencia que solo se limitan a crear instancias de mediación o conciliación en vía judicial para una solución temprana del conflicto, además de coadyuvar y cumplir con el mandato constitucional de promoción de los medios alternativos, instando a los operadores judiciales a su implementación en cualquier estado y grado de la causa. Sin embargo, ninguna de esas normas, dotan a la institución de fisonomía propia, disminuyendo así su autonomía como medio alternativo particular y característico al supeditarse a las contiendas judiciales.

Si bien es posible señalar diversas decisiones del máximo tribunal en las que, en cumplimiento del mandato de la Carta Magna, se ha decretado la creación de instancias de mediación y conciliación en distintas etapas y grados del proceso, es necesario destacar los casos que se han suscitado en la Sala de Casación Social³⁸ y en la Sala

³⁰ Ley para la Regularización y Control de los Arrendamientos de Vivienda, Gaceta Oficial No. 6.053, de 12 de noviembre 2011, ver artículos: 101 y ss.

³¹ Ley contra el Desalojo y la Desocupación Arbitraria de Viviendas, Gaceta Oficial No. 39.668, de 06 de mayo de 2011, ver artículos: 7, 8 y 9.

³² Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y Trabajadoras, Gaceta Oficial No. 6.076, de 07 de mayo de 2012, ver artículos: 464 y 473.

³³ Ley Orgánica Procesal del Trabajo, Gaceta Oficial No. 37.504, de 13 de agosto de 2002, ver artículos: 6, 15, 17, 18 y ss.

³⁴ Ley Orgánica para la Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, Gaceta Oficial No. 5.859, de 10 de diciembre de 2007, ver artículos: 450, 454 y ss.

³⁵ Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, Gaceta Oficial No. 6.684, de 19 de enero de 2022, ver artículo: 88.

³⁶ Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, Gaceta Oficial No. 39.451, de 22 de junio de 2010, ver artículo: 6.

³⁷ Código de Procedimiento Civil, Gaceta Oficial No. 4.209, de 18 de septiembre de 1990, ver artículos: 257, 258, 261 y 262.

³⁸ Véase por ejemplo: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Casación Social, Sentencia No. 584, de 17 de octubre de 2002; Sentencia No. 802, de 09 de junio de 2008; Sentencia No. 113, de 28 de marzo de 2023; y Sentencia No. 250, de 22 de junio de 2023.

Político-Administrativa³⁹, los cuales se han celebrado mediaciones bajo la dirección de la propia Sala y su Magistrado ponente o bajo la dirección de un Mediador *ad hoc*, donde únicamente se han fijado parámetros para el desarrollo del proceso y acordado la homologación de los resultados de los procesos en cuestión.

No cabe duda que en Venezuela existe un interés fundamental en los medios alternativos de resolución de conflictos, lo que ha quedado asentado por el máximo intérprete de la constitución, la Sala Constitucional⁴⁰, que ha reconocido la existencia de un derecho fundamental⁴¹ consistente en la posibilidad de emplear los medios alternativos de resolución de conflictos debido a su relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a la justicia y, en ese orden, cualquier acto que menoscabe dicho derecho es inconstitucional⁴².

Ciertamente, se evidencia de un cúmulo de decisiones que el cumplimiento de la obligación constitucional impone el desarrollo, promoción y sana operatividad de los medios alternativos en el foro venezolano, pero se observa que, el desarrollo del derecho fundamental se ha concentrado en la promoción del arbitraje, dejando a los demás medios alternativos relegados, lo cual se aleja de las tendencias en el derecho comparado.

No obstante, los reglamentos de los principales Centros de Arbitraje del país, como el Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Caracas⁴³ y el Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje⁴⁴, consagran disposiciones sobre el desarrollo del proceso de mediación o conciliación que

³⁹ Véase por ejemplo: Tribunal Supremo de Justicia, Sala Político-Administrativa, Auto para Mejor Proveer No. 140, de 13 agosto de 2015; Auto para Mejor Proveer No. 162 del 08 de octubre de 2015; Sentencia No. 813, de 8 de diciembre de 2022; y Sentencia No. 470, de 1 de junio de 2023.

⁴⁰ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1541, de 17 de octubre de 2008; y Sentencia No. 1784, de 30 de noviembre de 2011.

⁴¹ Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 1136, de 13 de julio de 2011.

⁴² Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, Sentencia No. 702, de 18 de octubre de 2018 y; Sentencia No. 1067, de 31 de noviembre de 2010.

⁴³ Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas, *Reglamento General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Caracas (CACC)* (2022), ver artículos: 104 al 112.

⁴⁴ Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje, *Reglamento de Conciliación y Arbitraje del Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA)* (2020), ver artículos: 5 al 11.

dotan de caracteres propios a la institución, entre ellas destacan las referidas a: la cláusula modelo de mediación, la solicitud de mediación y sus requisitos, los deberes de imparcialidad del mediador, el proceso de designación del mediador, el producto de la mediación y sobre todo, la posibilidad de convertirlo en un laudo a los fines de dotarlo de fuerza ejecutiva. En concreto, la mediación no es una figura distante ni lejana al foro venezolano, pero está limitada al marco de los procesos judiciales, usualmente, como un paso previo y obligatorio, rara vez como una alternativa y salida a la típica contienda adversarial en nuestro sistema judicial. Pues, no ha sido desarrollada, ni dotada de autonomía propia mediante una normativa especial, sistemática y marco en contraste con otros foros, tal como lo apreciaremos en las próximas líneas.

b. La mediación en el Derecho Comparado

i. Unión Europea

En las dos últimas décadas, la Unión Europea ha provisto a la mediación de un marco regulatorio común, fomentando el empleo de esta institución que busca la solución amistosa de los conflictos interpersonales; sin embargo, la mediación no se ha desarrollado por igual en los Estados miembros, algunos han dotado de un sistema legislativo completo, mientras que otros han mostrado escaso interés en su desarrollo legislativo. A pesar de sus divergencias existentes entre los países que conforman la Unión respecto de los ámbitos de aplicación, la mediación sigue despertando cada vez más interés como alternativa a los métodos de la justicia ordinaria.

De esta manera, los esfuerzos que ha emprendido la Unión Europea por ofrecer una mediación que ayude a subsanar los problemas clásicos de la justicia ordinaria se han materializado en los siguientes textos: el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil⁴⁵, el Código de Conducta

⁴⁵ *Libro verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, Comisión Europea, de 19 de abril de 2002. Su objetivo se basó en una amplia consulta de los medios alternativos sobre una serie de cuestiones jurídicas que se plantean en lo referente a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Tras analizar el panorama global, el Libro Verde hizo notar la desigual implantación de los ADR en Europa, además de la diversidad de los modelos que se están empezando a utilizar en los distintos sectores profundiza en el

Europeo para Mediadores⁴⁶ y la Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles⁴⁷; esta última provocó un *boom* legislativo para el desarrollo y regulación de la mediación en los países de la Unión.

Ahora bien, podemos resaltar que hay países de la Unión, por ejemplo, Italia, donde el legislador con el fin de reducir el número de expedientes judiciales, ha apostado por la mediación obligatoria, ampliando considerablemente la tipología de controversias que deben pasar por un intento de mediación. En el caso italiano se emplea en materia de copropiedad, derechos reales, sucesión hereditaria, arrendamiento, comodato, indemnización por daños y perjuicios derivados de responsabilidad médica o de injuria a través de la prensa u otros medios de publicidad, contratos de seguros, bancarios y financieros, *so pena* de la inadmisibilidad de la demanda⁴⁸. En Italia la mediación tiene carácter institucional, es decir, solo puede ser realizada a través de instituciones especializadas públicas o privadas⁴⁹ y cuenta con un régimen legal especializado⁵⁰.

desarrollo de estas formas de solución a los litigios, que no debe considerarse como un remedio de las dificultades de funcionamiento de los tribunales de justicia, sino como otra forma más consensual de pacificación social y solución de conflictos y litigios que, en muchos casos, será más conveniente que el hecho de recurrir a un tercero como es el caso del juez o del arbitraje, tendiente a encontrar respuestas al delicado equilibrio entre la necesidad de mantener la flexibilidad de estos procesos garantizando al mismo tiempo su calidad, y su articulación armoniosa con los procedimientos judiciales.

⁴⁶ *Código de Conducta Europeo para Mediadores*, Comisión Europea, de 06 de abril de 2004. A efectos del Código, este viene a establecer de manera breve, varios principios que son aplicables a todo tipo de mediación en asuntos civiles y mercantiles, cuyo cumplimiento se deja al arbitrio de los mediadores individuales o de las organizaciones de mediación.

⁴⁷ *Directiva 2008/52/CE sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Parlamento Europeo y Consejo de Europa de 21 de mayo de 2008. Esta Directiva guió el punto de partida para que los legisladores de los Estados miembros iniciarán el desarrollo legislativo de la mediación y su implementación para la solución amistosa de litigios, concibiendo una serie de disposiciones normativas orientadas a caracterizar de autonomía a la institución, al respecto de: su aplicación en los ámbitos civiles y mercantiles en litigios transfronterizos, el carácter facultativo u obligatorio de la mediación previa al proceso; la admisibilidad en procesos de las pruebas que tengan su origen en la mediación, la incidencia que el recurso a la mediación ha de tener respecto de los plazos de caducidad y prescripción y el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación.

⁴⁸ Lidia Domínguez, “La mediación civil y mercantil en Europa: estudio comparado del Derecho italiano y español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, No. 11 (2012): 139-157.

⁴⁹ Debidamente inscritas ante el Registro del Ministerio de Justicia.

⁵⁰ Senado de la República Italiana, Ley No. 162, de 10 noviembre de 2014; Decreto Legislativo No. 130, de 6 de agosto de 2015; y otras.

Por su lado, en el caso de España, la institución es regulada por la Ley 5/2012⁵¹, consolidando una regulación general sobre la misma que vino a incorporar en el derecho español la Directiva 2008/52/CE, dicha Ley fue complementada por el Real Decreto 980/2013⁵², así como por diversos preceptos de la norma adjetiva civil. La regulación española, permite que el proceso de mediación se desarrolle al margen de un litigio o durante el mismo, inclusive pudiendo suspender un proceso en curso para que las partes se sometan a mediación, extendiéndose al ámbito penal⁵³ y laboral.

Sea cual sea el país de la comunidad europea, la mediación se ha institucionalizado como un complemento a la realización de la justicia en la consolidación de la paz social, denotando así la cooperación que debe existir entre la justicia alternativa y ordinaria. En los países de la Unión, existen peculiaridades claras en cuanto a la regulación de la institución; de igual forma, la tendencia apunta a la estructuración de un marco regulatorio que impregna a los procesos de mediación con preceptos independientes y eficaces para que los particulares tengan la posibilidad de acudir a un medio por el cual materialicen una solución amistosa, rápida y definitiva al conflicto que enfrentan⁵⁴.

ii. Países Anglosajones

Como comentamos *supra*, los medios alternativos de resolución de conflicto están arraigados en los sistemas anglosajones, teniendo un gran desarrollo y aceptación respecto a ellos en sus jurisdicciones.

En ese sentido, debe mencionarse la experiencia de Estados Unidos, en dicho país, la mediación, junto con otros medios de resolución

⁵¹ Jefatura de Estado, Ley 5/2012 de mediación en asuntos civiles y mercantiles, de 6 de julio de 2012; y Ley Orgánica 1/2004 de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, de 28 de diciembre de 2004.

⁵² Ministerio de Justicia de España, Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre de 2013.

⁵³ Jefatura de Estado, Ley 7/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito, de 27 de abril de 2015. En el mismo sentido, vale la pena mencionar los esfuerzos legislativos en comunidades autónomas para promover la mediación de disputas familiares: Véase por ejemplo: Ley 1/2009 de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma de Andalucía, de 27 de febrero 2009; Ley 9/2011 de Mediación Familiar de la Comunidad Autónoma Aragón, de 24 de marzo de 2011; y Ley 1/2007 de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid, de 21 de febrero de 2007; entre otras.

⁵⁴ Para ahondar en los regímenes de regulación sobre la mediación dentro de la comunidad europea ver: Portal Europeo de e-Justicia recomendamos, acceso el 26 de agosto de 2023, disponible en: https://e-justice.europa.eu/64/ES/mediation_in_eu_countries .

alternativa, gozan de una importante presencia en lo civil, comercial y laboral, desde el Movimiento de las ADR⁵⁵, siendo el avance más notorio en la materia la *Uniform Mediation Act* de 2001⁵⁶, luego de las controversias que trajo consigo la *Alternative Dispute Resolution Act* de 1998⁵⁷.

La *Uniform Mediation Act* intentó proponer un marco uniforme para el desarrollo de la mediación, comportando formas muy variadas de composición e incluso mixtas, generalmente llevadas a cabo en el ámbito extrajudicial. Esta ley tuvo como principal finalidad uniformar determinadas cuestiones referentes a la mediación, que han sido tratadas de formas distintas en cada estado, bien sea, porque muchos legisladores estatales no han comprendido del todo cómo era exactamente un proceso de mediación, o porque incluso hay estados que aún no tienen una regulación propia en torno a esta institución⁵⁸.

Por ello, se normativizaron aspectos fundamentales de la mediación, definiendo cada uno de los elementos básicos que la componen y estableciendo estándares en torno al funcionamiento de la institución, dotando de uniformidad a la mediación para que ésta sea íntegra, procurando las garantías mínimas que deben hacerse efectivas en su desarrollo, ya que sin ellas no sería una buena alternativa a la justicia tradicional, todo ello, sin afectar las características que han hecho de la mediación una herramienta tan ventajosa, como su flexibilidad y facilidad para adaptarse a la variedad de disputas interpersonales que surgen día a día.

⁵⁵ Luego de una explosión en las contiendas judiciales en el último siglo que colapsó el sistema judicial y generó un retardo excesivo en los tribunales; frente a ello, surgió en los Estados Unidos, el llamado Movimiento de las ADR con el fin de mejorar la calidad del derecho de acceso a la justicia, y de convertir a la tutela judicial en una protección realmente eficaz, dando prioridad a los ciudadanos, para que sean ellos mismos quienes resuelvan sus problemas, y configurando así a los tribunales, como una auténtica última instancia. Para ahondar más al respecto: Carolina Macho, “Origen y evolución de la mediación: el nacimiento del movimiento ADR en Estados Unidos y su expansión a Europa”..., 935.

⁵⁶ Uniform Law Commission, *Uniform Mediation Act*, de 17 de agosto de 2001.

⁵⁷ En concreto, no contenía ninguna norma relativa a la forma de aplicar los programas de ADR por parte de los tribunales, dejando plena discrecionalidad a los jueces en lo referente al desarrollo de estos métodos alternativos esta falta de regulación, por un lado, se vio por algunos como parte de la desjudicialización de procesos que son flexibles y alternativos a la justicia ordinaria, y por otro lado, otros entendían que existían determinadas garantías que, efectivamente, debían ser reguladas.

⁵⁸ Carolina Macho, “Origen y Evolución de la Mediación: El Nacimiento del Movimiento ADR en Estados Unidos y su Expansión a Europa”...,959.

Por su parte, Inglaterra no ha promulgado una ley sobre mediación, ni tampoco se ha considera la mediación como un paso previo obligatorio a la jurisdicción civil, ya que su regulación medianamente se suscribe a las *Civil Procedure Rules*⁵⁹, siendo así que existe el *Civil Mediation Council* como organismo regulador y punto de contacto para el gobierno, el Poder Judicial, la profesión jurídica y la industria en la materia junto al Ministerio de Justicia que es responsable de fomentar la política de mediación civil y familiar⁶⁰. Principalmente, los ámbitos de la mediación inglesa se extienden a las disputas familiares, civiles, comerciales y de consumo, pudiendo ocurrir en cualquier etapa de una disputa, incluso antes de que se inicie el procedimiento⁶¹.

En los países anglosajones, no cabe duda que la resolución por acuerdo entre las partes conforma la cultura jurídica existente e incluso es natural. En ese sentido, existen más formas de resolución alternativa que en los países del *Civil Law*, así, además de los ya tradicionales medios como el arbitraje, la mediación o la conciliación, otras formas de resolución son la evaluación imparcial, la encuesta neutra, la determinación por un experto y la mediación-arbitraje (Med-arb)⁶².

iii. Países Latinoamericanos

En los países de tradición civilista siempre se ha hecho más patente la renuencia a los medios autocompositivos de resolución de conflictos por tener un mayor apego a lo establecido en las leyes, al formalismo y a la codificación. No obstante, el movimiento expansionista de los medios alternativos ha penetrado los sistemas de la región, logrando un gran impacto en los sectores legales, políticos y financieros.

Podemos observar que, en países como Ecuador, la mediación tiene un reconocimiento constitucional⁶³; siendo conveniente mencionar que

⁵⁹ A los efectos procesales, estas incluyen una especie de código procesal, cuyo objetivo es que los tribunales gestionen activamente las causas de manera justa, tal labor implica la necesidad de fomentar la implementación de medios alternativos de resolución de conflictos, si así lo considera apropiado el operador judicial, así como también a los abogados de las partes.

⁶⁰ Para ahondar más al respecto ver: Portal Europeo de e-Justicia recomendamos, acceso el 26 de agosto de 2023, disponible en: https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-ew-es.do?member=1

⁶¹ Helena Soletó, “La mediación en la Unión Europea”, en *Mediación y solución de conflictos: habilidades para una necesidad emergente*, (Madrid: Tecnos, 2007), 191

⁶² *Ibidem*.

⁶³ Asamblea Nacional Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, de 20 de octubre de 2008, artículo 190.

la Ley de Arbitraje y Mediación⁶⁴, se encarga de regular la mediación institucional e independiente pudiendo tomar lugar en el marco o no de un proceso adversarial y asimismo, esta normativa se ha encargado de regular los estándares de los procesos de mediación, en lo referido al registro de los centros de mediación para su operatividad, el efecto de sentencia ejecutoria y cosa juzgada del acta de mediación y sobre la capacitación que requieren los mediadores en su cargos.

Además, se destaca del texto de la norma, la consagración de la mediación comunitaria en referencia específica a una serie de comunidades, concretamente a las indígenas, a las afroecuatorianas y a las organizaciones barriales a los fines de atender sus desavenencias cotidianas.

Por su lado, en el caso de Argentina, la Ley No. 26.589 de Mediación y Conciliación⁶⁵ establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, salvo en las acciones penales, acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción; causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte; procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; amparos, hábeas corpus, hábeas data, interdictos y medidas cautelares, entre otras.

Ahora bien, teniendo Argentina un sistema de gobierno republicano y federal, existen 15 jurisdicciones en la que se ha establecido la mediación obligatoria, previa al inicio del proceso judicial en materia civil y de familia; en las demás jurisdicciones de sus provincias, la mediación como paso previo a la jurisdicción constituye una alternativa voluntaria de las partes. El sistema de mediación argentino está dotado de una amplia regulación en la materia⁶⁶, abarcando el ámbito penal, familiar y laboral, encontrándose conectada con los operadores de justicia, es decir, que el Poder Judicial participa pero no administra en razón de que la administración y el control de gestión de la institución está a cargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

⁶⁴ Congreso Nacional de Ecuador, Ley de Arbitraje y Mediación, de 14 de diciembre de 2006, artículos 44 al 59.

⁶⁵ Congreso de la Nación de Argentina, Ley No. 26.589 de Mediación y Conciliación, de 14 de abril de 2010.

⁶⁶ Para ver la regulación referente ver: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, Mediación y métodos participativos de resolución de conflictos, acceso el 26 de agosto de 2023, disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/mediacion/normativa>

En general, los medios alternativos de resolución de conflictos han penetrado la realidad de modernización que requiere la justicia en Latinoamérica; pese a ello, su desarrollo y autonomía aún se encuentra en auge en la región, especialmente en el caso de la mediación⁶⁷. Cabe recordar que el poder de los particulares para autocomponer sus conflictos constituye una manifestación de la sociedad democrática, ya que a través de ello se consolida uno de sus pilares fundamentales: la libertad individual.

4. EL CÓMO DE LA MEDIACIÓN

a. La fisonomía propia de la mediación

La mediación ha sido vista desde distintos lentes, y por tanto ha operado bajo metodologías variadas en numerosos países, sin embargo, un punto que parece relevante para lograr la eficiencia de la mediación en una estructura social compleja es la fisonomía propia que pueda alcanzar la práctica en virtud de las normas que la regulan; o lo que es lo mismo, la autonomía de la mediación desde la norma.

Es preciso mencionar a Jequier Lehedé, para quien en muchas ocasiones el conflicto entre los hombres es percibido como uno más grande de lo que realmente es⁶⁸, y precisamente al fomentar e implementar el uso de la mediación es necesario dotar de un carácter propio, claro y seguro a la práctica.

Así, por ejemplo, en los Estados Unidos el *Uniform Mediation Act* del 2001⁶⁹ que recoge las prácticas más relevantes en materia de mediación en el país⁷⁰, prevé líneas claras para el manejo ético de la

⁶⁷ Para un análisis más extenso: Gladys Álvarez y Elena Highton, “La mediación en el panorama Latinoamericano”, en Biblioteca Virtual del Centro de Estudios de Justicia de las Américas, disponible en: <https://www.google.com/url?q=https://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/837/gladys-alvarez.pdf?sequence%3D1%26isAllowed%3Dy&sa=D&source=docs&ust=1695690338708823&usg=AOvVaw3XLMeOIsEh9CT9tt2SoHNk>.

⁶⁸ Eduardo Jequier Lehedé, “La ejecución del acuerdo de mediación en asuntos civiles y comerciales. Una revisión impostergable” *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. 31, No. 2 (2018).

⁶⁹ Ver supra nota 63.

⁷⁰ Hemos tomado como referencia para el país norteamericano el Uniform Mediation Act, pero deseamos hacer la nota al pie de que tan solo 13 países han adoptado esta ley de acuerdo con: Uniform Law Commission, “2001 Mediation Act. Enactment History”, acceso el 26 de agosto de 2023, disponible en: <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=45565a5f-0c57-4bba-bbab-fc7de9a59110#LegBillTrackingAnchor>

mediación (§9), la separabilidad de la cláusula compromisoria para la mediación (§14), e incluso refiere directamente a la Ley Modelo en mediación como marco aplicable a las mediaciones internacionales (§11).

Por su parte, la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador⁷¹, establece la tipología de la mediación, dividiéndola en la práctica institucional y la independiente, de conformidad con el artículo 44; además, la ley ecuatoriana hace énfasis en la posibilidad de que el Estado sea parte en los procesos de mediación, mientras que el artículo 46 prevé una línea de acciones bajo las cuales las partes pueden comprometerse en mediación. Curiosamente este artículo enuncia la vía convencional, pero la ley otorga la facultad al juez en los procedimientos ordinarios de llamar a la mediación, ora porque lo requiriera alguna de las partes, ora porque así decide decretar de oficio.

Finalmente, en España la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles⁷² establece la suspensión de los lapsos de caducidad de cualquier acción al momento de ser presentada la solicitud de mediación, de conformidad con su artículo 4; y en la misma línea de ideas, concluido el procedimiento de mediación, el acuerdo resultante podrá ser ejecutado bajo ciertos presupuestos, entre los cuales se incluye la publicidad del acuerdo, ello según lo dispone el artículo 25.

Al observar, sin exhaustividad, todos estos ejemplos de legislación comparada, se observa que la mediación es vista de una forma distinta en venezolana. Para empezar, en Venezuela la mediación se promueve en el contexto de una disputa conocida en sede judicial y no desde lo extrajudicial⁷³, de manera que las disposiciones en la legislación venezolana hacen una breve mención de la opción de mediación, más no ahondan ni permiten el desarrollo de una cultura institucional, como por ejemplo sí sucede con el arbitraje.

Con lo anterior puesto de manifiesto, lo que realmente queremos señalar es que en Venezuela hay un vacío legal que promueva, en forma segura y eficiente, la mediación que tanto bien pensamos puede hacer a nuestro sistema. Pues si bien es cierto que nuestro aparato normati-

⁷¹ Ver supra nota 71.

⁷² Ver supra nota 58.

⁷³ Jorge Gil, “La conciliación en Venezuela, una deuda pendiente”, *Principia: Revista del Centro de Investigación y Estudios para la Resolución de Controversias de la Universidad Montevilla*, No. 6, (2022): 69-71.

vo impulsa la mediación, no es menos cierto que la forma en la que funciona hoy en día termina siendo una opción, en ocasiones, un tanto forzada.

De lo anterior se puede concluir que , un acertado paso hacia la implementación y promoción de la mediación en el entorno legal venezolano puede ser la creación de marco legal que otorgue líneas claras sobre (i) los lineamientos éticos que deben ser respetados durante la mediación, (ii) un procedimiento estandarizado para la designación de mediadores, (iii) disposiciones en relación con la formación del acuerdo de mediación y (iv) el reconocimiento y ejecución de los acuerdos resultantes de esos procedimiento de mediación⁷⁴.

b. La promoción activa de la mediación: ¿Un problema o una solución?

Al pensar en la expresión promoción activa de la mediación sólo podemos pensar en dos cosas: (i) la mediación obligatoria para ciertas demandas o controversias y (ii) la inclusión de la mediación como opción expresa en determinadas leyes o mecanismos. Este apartado estará dedicado al análisis y repercusión de ambos métodos de fomento de este medio alternativo.

La mediación obligatoria o el *compulsory mediation* ha sido una cuestión que ha cobrado relevancia con el paso del tiempo, pues la motivación más grande ha sido intentar la vía de la mediación en controversias que tengan un valor determinado, de manera que el objetivo es la descongestión del sistema judicial mediante un método relativamente más rápido y eficaz que el litigio ordinario.

No obstante, la mediación obligatoria supone una contradicción lógica: ¿qué sentido tiene forzar a dos partes en conflicto a intentar dirimir su controversia a través de un medio que requiere el consenso? De hecho, un famoso caso en Reino Unido observa este predicamento y dice textualmente que si el tribunal intenta forzar a las partes para que vayan a una mediación a la que ya se opusieron, tal intento no rendiría ningún

⁷⁴ Cfr. Destacamos el siguiente trabajo en el que se mencionan los múltiples problemas de la mediación: Dina Primera Robertis, “Influencia de la mediación como medio alternativo de solución de conflictos laborales y en especial las mediaciones de los trabajadores, incoadas en el circuito judicial laboral de Puerto Cabello, Estado Carabobo” (trabajo de grado, Universidad de Carabobo, 2014): 64-65.

fruto distinto al de producir más costos para las partes y posiblemente posponer una solución de la disputa⁷⁵. Es instintivo concluir que forzar la mediación sólo nos llevaría a un escenario contraproducente como en ocasiones ocurre en el caso venezolano.

En ese sentido parte de la doctrina internacional ha afirmado que la mediación obligatoria violaría el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁷⁶, que es equivalente a los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷⁷ y al artículo 26 de la Constitución venezolana⁷⁸. No obstante, según Feehily, ya hay varios fallos de altos tribunales que confirman la procedencia de la mediación obligatoria sin necesidad de que ello sea una conducta incompatible con el artículo 6 de la Convención Europea⁷⁹. Sin embargo, existe un número de circunstancias en las que forzar la mediación pudiera llegar a ser un enfoque valioso al conflicto que permita ahorrar tiempo y dinero.

De lo antes expuesto se evidencian las diferencias de ambas posturas respecto de la obligatoriedad de la mediación, por un lado la implementación de mediación obligatoria plantea dudas respecto a su compatibilidad con el derecho de acceso a la justicia e incluso sobre la eficiencia de dicha mediación; mientras que la mediación obligatoria cada día se coloca como una propuesta más atractiva para hacer más eficiente la resolución de conflictos interpersonales e incluso como medio para garantizar el acceso a la justicia.

Para determinar si es viable la obligatoriedad de la mediación, es necesario analizar los siguientes factores, (i) existen foros que han reportado que la mediación obligatoria no necesariamente reduce los índices de éxito en los procesos de mediación⁸⁰; (ii) forzar la mediación es una

⁷⁵ *Halsey v. Milton Keynes* [2004] 1 WLR 3002, disponible en: <https://www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2004/576.html>.

⁷⁶ *Convención Europea de Derechos Humanos*, Consejo de Europa, 3 de septiembre de 1953, disponible en: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_spa.

⁷⁷ *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, San José, 18 de julio de 1978, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenc%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

⁷⁸ Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, 30 de diciembre de 1999.

⁷⁹ Ronán Feehily, “Creeping compulsion to mediate, the Constitution and the Convention” *Northern Ireland Legal Quarterly*, Vol. 69, No. 2 (2018): 133.

⁸⁰ Ver por ejemplo: Ministero della giustizia, *Mediazione Civile. Statistiche del 2021*. Disponible en: <https://webstat.giustizia.it/Analisi%20e%20ricerche/Mediazione%20Civile%20-%20Anno%202021.pdf>; también: Civil Justice Council, *Compulsory ADR report* (Junio

afirmación que implica grises y detalles que pueden pasar por desapercibidos⁸¹; y,(iii) existen casos comprobados en los que la mediación obligatoria ha rendido frutos⁸².

En consecuencia, parece que en la experiencia comparada ha existido un fomento activo -y hasta agresivo- de los medios alternativos de resolución de conflictos, siendo que tal acercamiento se ha traducido en un alivio para los sistemas judiciales.

En el caso venezolano puede que la mediación obligatoria no sea el remedio apropiado, o al menos no el más adecuado de los disponibles. Sin embargo, lo que sí es una realidad es que desde los tribunales venezolanos y desde el poder legislativo se pueden hacer mayores esfuerzos para promover la mediación e incluso otros medios alternativos de cara a facilitar la resolución de conflictos.

c. Comentarios sobre la cultura del litigio

La educación que recibe el abogado promedio se encuentra altamente enfocada en la resolución de conflictos por medio del litigio⁸³, si bien en Venezuela existe muy poca información o estudios serios al respecto, es posible, por medio de un somero análisis al pensum de las distintas Universidades nacionales, determinar que en nuestro país no existe un enfoque dirigido al entendimiento del conflicto en la educación legal.

Lo anterior es algo perfectamente entendible, pues desde el primer año o semestre de la educación de los futuros abogados se les explica con minucioso detalle la complejidad del sistema judicial y de la resolución ordinaria de conflictos, lo que implica el manejo de normas sumamente amplias, una gran cantidad de procedimientos especializados y el

2021), disponible en: <https://judiciary.uk/wp-content/uploads/2021/07/Civil-Justice-Council-Compulsory-ADR-report.pdf>.

⁸¹ *Ibid.* En Reino Unido, por ejemplo, la promoción de la mediación se engloba en la de los medios alternativos en general, de manera que junto con la mediación se han promovido una variedad de mecanismos alternativos como (i) Early Neutral Evaluation, (ii) Financial Dispute Resolution appointments, (iii) el Small Claims Protocol, entre otros.

⁸² Por mencionar un ejemplo, el *Ontario Mandatory Mediation Program* ha sido acogido de manera positiva, mostrando buenos resultados: Ontario Bar Association, *Expanding Mandatory Mediation in Ontario*, disponible en: <https://www.oba.org/CMSPages/GetFile.aspx?guid=4f756ca7-2962-417b-aec6-18e1ae760d12>

⁸³ John S. Murray, Alan Scott Rau y Edward F. Sherman, *Processes of Dispute Resolution. The Role of Lawyers*, (s/l.: Foundation Press, 1989), 35 y ss.

entendimiento de problemas cotidianos que vienen revestidos en varias capas del grosor jurídico.

El enfoque tradicional en la educación jurídica lleva a un resultado, que más allá de ser una suerte de predisposición al litigio, es el desconocimiento de los medios alternativos de resolución de conflictos, tales como la mediación o la conciliación. Resultando pues, en un escepticismo sobre la eficacia de la resolución alternativa, en una falta de fe en lo beneficiosa que puede ser la mediación.

La idea mencionada en el párrafo anterior, encuentra fundamento en la percepción del conflicto que es inculcada desde los inicios de la educación jurídica, tal como se señaló al inicio de esta sección. Puesto de otra forma, la percepción subjetiva que tenga el abogado, como profesional en ejercicio que cumple una función en la sociedad, representa un elemento fundamental para la viabilidad de la mediación como método de resolución de conflictos.

Cómo consecuencia de esa afirmación, algunos autores han afirmado con concienzuda certeza que los abogados son los porteros de la mediación (*gatekeepers*)⁸⁴, pues es una verdad para toda la comunidad jurídica que el ir a un proceso de mediación depende en gran medida de la disposición del abogado sobre el tema, así como de la voluntad de cliente, claro está. El constante reconocimiento en el rol de los abogados en la promoción, desarrollo y paso de la mediación como un mecanismo eficiente de resolución alternativa de conflictos, ha sido reconocido en una variedad de circunstancias.

En particular, existen tres teorías que han justificado la aparente falta de fe en la mediación que se pudo o puede seguir apreciando en la comunidad del derecho, entre ellas: (i) la renuencia del cliente, por cuanto existe la posibilidad de que en el contexto el cliente sea reacio a acudir a la mediación; (ii) la conducta motivada por el dinero, como elemento relevante en la facturación que realiza el profesional del derecho contrastado con el litigio; y (iii) el escepticismo sobre la mediación⁸⁵.

Por un lado y en un primer sentido, es posible explicar los problemas por los cuales la mediación no es utilizada con más frecuencia desde la

⁸⁴ Bobbi McAdoo y Nancy A. Welsh, “Does ADR really have a place on the lawyers’ Philosophical Map?” *Journal of Public Law & Policy*, No. 18 (1997): 391-392.

⁸⁵ Bryan Clark, *Lawyers and Mediation* (Springer, 2012) Edición en PDF, 29-64.

perspectiva del cliente, pues como explica Clark, existen una variedad de escenarios en los que clientes han rechazado la viabilidad de la mediación, ora por preferencia, ora por ignorancia⁸⁶. En cualquiera de los casos, el cliente es el que juega el papel preponderante en el rechazo de la mediación⁸⁷.

En el segundo de los sentidos abordados, algunos han puesto de manifiesto que el prospecto financiero de cara al uso de medios alternativos como la mediación puede influir negativamente en los honorarios del abogado, provocando que no recomiende a su cliente que opte por el medio alternativo⁸⁸. Aunque en la otra cara de la moneda, se encuentre la afirmación de que en la mediación existe un potencial inexplorado para la producción de dinero⁸⁹.

En el tercero y último de los sentidos, el principal obstáculo de la mediación se manifiesta en el escepticismo que rodea a la práctica. Pues existen comentarios sobre los miedos que rodean a la mediación, sobre la eficiencia, sobre el tiempo, sobre la imparcialidad del mediador, entre otras ideas que no pueden estar mas alejadas de la realidad; en los países de la comunidad europea, por ejemplo, es posible apreciar como la promoción realizada desde las políticas públicas han fomentado el uso y la eficiencia de la mediación⁹⁰.

Lo que tienen en común las tres teorías que intentan explicar por qué en algunas ocasiones se ha perjudicado la opción de la mediación frente a otros medios de resolución de conflictos, es que de una forma u otra

⁸⁶ *Ibid*, 35-37.

⁸⁷ Aunque en la misma línea de ideas, algunos autores afirman que otro problema que podría obstaculizar el paso de la mediación es una visión abogado-céntrica, que de una forma u otra termina por afectar la autonomía o la capacidad del cliente en la posibilidad de involucrarse genuinamente en el procedimiento de mediación, ver: Jacqueline Nolan-Haley, "Lawyers, clients, and Mediation" *Notre Dame Law Review*, Vol. 73, No. 5 (1998): 1377-1379.

⁸⁸ Bryan Clark, *Lawyers and Mediation*...40.

⁸⁹ Aachman Shekhar, "Mediation in the Modern Legal Practice: An Overlooked Money-Maker?" *LSE Law Review Blog*, 5 de octubre de 2021, consultado el 9 de noviembre de 2023, disponible en: <https://blog.lselawreview.com/2021/10/mediation-modern-legal-practice-overlooked-money-maker>.

⁹⁰ Marco Giacalone y Seyedeh Sajedeh Salehi, "An empirical study on mediation in civil and commercial disputes in Europe: the mediation service providers perspective" *Revista Ítalo-Española de Derecho Procesal*, No. 2 (2022). Ver también comentarios en este sentido: Stephan Prayer, "Why is mediation not used more often as means of alternative dispute resolution" *European Parliament's Committee on Legal Affairs* (2012).

encuentran fundamento en la educación tradicional que los profesionales de hoy, y en especial el profesional en derecho, reciben respecto del conflicto, impactando directamente en su percepción sobre la conveniencia, el prospecto financiero y la confianza en la mediación.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

De este breve estudio es posible subrayar algunas conclusiones relevantes para la consideración nacional. No cabe duda que la mediación ha ganado popularidad con el paso del tiempo, tampoco existe desacuerdo respecto al auge que ha tenido, pues definitivamente ha logrado descongestionar el sistema judicial de aquellos países que han logrado implementar un verdadero sistema de mediación, o de medios alternativos en general.

El caso venezolano es particular, pues nuestro país no tiene un marco normativo que otorgue robustez a un medio alternativo distinto al arbitraje; lo que sí posee es, como fue destacado a lo largo de este trabajo, una serie de normas que permiten impulsar la mediación en sede judicial.

Para países como Italia, Canadá, España, Irlanda e Inglaterra imponer una etapa previa de mediación a las partes no contradice de manera alguna el acceso a la justicia, este argumento reposa en dos verdades, a saber: (i) está en el mejor interés de las partes en conflicto y de la sociedad resolver la controversia en una etapa primeriza del litigio y (ii) las partes siempre pueden optar por alejarse del medio alternativo.

Distinto es el caso de Venezuela, donde la realidad judicial se ha vuelto difícil de manejar y sin duda necesita de una suerte de desahogo, Siendo la implementación de la mediación el mecanismo más adecuado para este fin. No obstante, si se desea que la mediación tenga éxito, es necesario que se despejen algunas dudas sobre su funcionamiento jurídico, solo con un funcionamiento certero y claro se podrá implementar a gran escala la panacea que ha servido a otros sistemas. De ahí que sea necesario otorgar fisonomía propia a la mediación, de definir los contornos del medio alternativo, pues de lo contrario solo se fomentaría un escepticismo sobre la eficacia del medio que jamás llevaría a su inclusión.

Es importante destacar que el mandato constitucional que descansa en nuestro texto fundamental no puede traducirse en una mediación forzada. Se puede considerar que el legislador puede aprovechar las bondades de la mediación si genera verdaderos espacios de promoción, de la mano de un marco lo suficientemente robusto para generar un impacto en la justicia venezolana.

Finalmente, es importante mencionar que el cambio requerido para la implementación de la mediación no solo debe ser emprendido desde los tribunales, sino también desde las casas de estudios del país. Aunque claro está que ya existen esfuerzos por promover los medios alternativos de resolución de conflictos desde los pupitres nacionales, es evidente que aún queda mucho por hacer sobre un fenómeno que bien podría ser sistemático.

No obstante, no es la intención de este trabajo sugerir que se prescindiera de la educación tradicional, pero sí es importante que el abogado venezolano comprenda el conflicto a través de las distintas oportunidades en las que sea posible ahorrar tiempo, dinero y esfuerzo. Esta es una realidad que se ha venido presentando en Venezuela, sin embargo, la evasión del litigio que es instintiva para el jurista venezolano no consiste en una preferencia o aprovechamiento de los medios alternativos como la mediación, sino en la alternativa más favorable que resulta ser la negociación.