

III.1. Guía de Aplicación Efectiva de la Mediación Judicial: Buenas Prácticas de la Mediación Judicial en Iberoamérica.

1. Antecedentes, consideraciones generales y líneas de actuación

1.1 Antecedentes

En el marco de los trabajos preparatorios para la XVIII Cumbre Judicial Iberoamericana y de acuerdo a los compromisos establecidos durante la Segunda Ronda de Talleres en Bogotá, Colombia, del 27 a 29 de mayo de 2015, se desarrolla una Guía de Aplicación Efectiva de la Mediación a través de las buenas prácticas identificadas en la región de Iberoamérica en el "Diagnóstico sobre el estado de la mediación judicial en Iberoamérica".

Esta identificación de buenas prácticas busca promover el uso de la mediación en Iberoamérica con la certeza de que se trata de un mecanismo idóneo para garantizar el acceso a la justicia ya que permite la solución de conflictos transigibles en un término razonable, y con un acuerdo que ambas partes acogen.

Si bien la mediación ha sido adoptada en las legislaciones de la mayoría de países de la región, identificar aquellos elementos que han provocado en ciertos países un uso más amplio, es el objetivo de este documento.

Esta guía retoma entonces la experiencia de los países de Iberoamérica y los traduce en temas concretos a ser fortalecidos.

1.2 Consideraciones Generales

Al tenor de las experiencias en materia de mediación llevadas a cabo por los distintos Poderes Judiciales iberoamericanos y del trabajo llevado a cabo pueden considerarse tres objetivos a implementar:

- La consolidación de la mediación como sistema de resolución de conflictos complementario a la jurisdicción y su inclusión dentro de la carta de servicios de la Administración de Justicia para el/la ciudadano/a.
- La visualización de la labor que los Poderes Judiciales, en general, viene realizando en materia de mediación, tanto ante los miembros de la carrera judicial como para el resto de profesionales vinculados a la mediación y a la ciudadanía en general.
- Velar por la calidad de la mediación que se lleva a cabo en los órganos jurisdiccionales.

1.3 Estrategias de actuación

Para alcanzar estos objetivos se llevan a cabo las siguientes actuaciones:

1.3.1 Diseño de un modelo de gestión de esta materia que permita que los Poderes Judiciales dispongan de datos fiables sobre el desarrollo de la mediación en cada país.

(a) El primer paso, incuestionablemente es tener un conocimiento - lo más exacto posible- de los órganos judiciales que derivan a mediación.

Se ha considerado fundamental, tanto para el logro de esta tarea como de todas las restantes que competen a los Poderes Judiciales, la colaboración institucional, tanto con los propios órganos de representación de la carrera judicial - coordinación interna- como con las restantes instituciones vinculadas a este trabajo- coordinación externa-.

Los órganos judiciales deben informar sobre la mediación que se está realizando en sus respectivos territorios para poder complementar ese "mapa" de la mediación tan necesario. Respecto a la coordinación externa debe trabajarse en la firma de Acuerdos Marco de Mediación con las Administraciones Públicas competentes en esa área.

(b) Difusión de los datos conocidos en materia de mediación a través de las páginas web de los Poderes Judiciales.

En la página web deben figurar - y actualizarse-, entre otros, contenidos los relativos a los datos de la mediación de que dispone el Poder Judicial. Se centran en dos aspectos fundamentales:

- Juzgados que hacen mediación y servicios que prestan mediación en los juzgados. Así se podrá lograr que cada vez sean más y más variados los colectivos profesionales que se interesan por la mediación, lo que indudablemente por un lado revela que la mediación es ahora más conocida y, por otro, que ello contribuye a la difusión de este instrumento de resolución de conflictos.

- Datos numéricos de los resultados de la mediación que se lleva a cabo en cada país. Al respecto deberá: (a) elaborarse unas fichas que deben ser remitidas por los órganos en que se hace mediación; (b) avanzar en la mejora informática de la aplicación de recogida de los datos. Deben publicarse en "abierto" - con las debidas garantías de protección de datos-porque el interés de estos datos es indudable. Por ello, deben facilitar el acceso a ellos desde la "extranet".

(c) Partiendo de los datos conocidos hasta ahora, los Poderes Judiciales deben intentar potenciar la mediación en aquellas jurisdicciones y territorios donde aparece menos desarrollada.

Debe tenerse en cuenta que la divulgación de la mediación en algunos países por parte de los Poderes Judiciales es una labor casi artesanal. La tradicional ausencia de regulación legal en algunos países ha hecho que el poder judicial no haya destinado medios personales ni materiales a la mediación, siendo excepciones las administraciones con competencia en justicia que lo han hecho.

Para lograr la implicación de todas estas administraciones, en esa línea de colaboración institucional imprescindible deben impulsarse convenios o acuerdos-marco interinstitucionales en materia de mediación.

Las reuniones y conversaciones para la formalización de convenios, protocolos y colaboraciones con organismos e instituciones públicas (colegios profesionales, Universidades) o privadas (Universidades Privadas, fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro) para impulsar los procesos de mediación en todas las jurisdicciones, así como la mediación en general y visualizar el esfuerzo de los Poderes Judiciales en esta materia.

Las actuaciones realizadas por los Poderes Judiciales, deben guiarse bien por la demanda de órganos judiciales de apoyo institucional y asesoramiento experto para poner en marcha un servicio o para potenciar el existente o por la apreciación de la necesidad de tener una presencia más intensa en territorios y jurisdicciones donde la mediación aparece poco o nada desarrollada.

1.3.2 Difusión de la labor realizada hasta ahora

Para ello se abren tres posibilidades:

(a) Mejora de la calidad de los datos manejados: proponiéndose dos líneas de actuación:

-Incluir en esos convenios marco de colaboración interinstitucional una cláusula que prevé expresamente el compromiso de intercambio de datos.

-Mejorar el reflejo de la actividad de mediación en la estadística judicial. La estadística judicial deberá recoger al menos los datos básicos de la mediación que se realice en el órgano.

(b) Visualización de la labor realizada

- Difusión a través de la web, abierta al público en general, haciéndola más atractiva y dinámica, con foros de consulta y enlaces de interés.

- Los Poderes Judiciales deben mantener una comunicación directa y bidireccional con los órganos jurisdiccionales y entidades mediadoras.

- Establecer protocolos de canalización de demandas de la Universidades e Instituciones de formación de mediadores para hacer prácticas de mediación en los equipos de los juzgados y trabajos de investigación (estudios de campo, etc.)

(c) Compartir las experiencias de los Poderes Judiciales en materia de mediación en el ámbito internacional.

Conscientes de que los Poderes Judiciales llevan años involucrados en la promoción de la mediación, consideramos que debemos compartir nuestra experiencia y conocer qué se está haciendo en ellos. La Comisión MARC-TTD es un escenario oportuno al efecto.

1.3.3 Calidad de la mediación y formación

Evidentemente la calidad ha de abarcar tanto la labor que se hace desde los Tribunales e instituciones que desarrollan los equipos de mediación.

(a) Evaluación. Mantener el seguimiento de la actividad que en este campo se desarrolla por juzgados y Tribunales, atendiendo consultas, intentando corregir disfunciones, incluyéndolo en la actividad de la inspección o auditoría de los Juzgados y tribunales en esta materia.

(b) Plan de mejora. Conforme al resultado de esa evaluación interesa diseñar un plan de mejora, consolidando y avanzando en las buenas prácticas y erradicando disfunciones. En el convencimiento de que la formación de los/as jueces/zas en mediación es un presupuesto previo imprescindible para lograr una adecuada implantación deben impulsarse las siguientes actividades:

-Formativas en general. Interesa trabajar en proyecto formativos que permita llevar la "información" básica sobre mediación que deben conocer los jueces a la práctica totalidad de órganos y tribunales - algo imposible con la actividad formativa tradicional-.

- Potenciar los encuentros formativos con otros colectivos o sectores implicados en la mediación.

2. Definición de "buenas prácticas"¹

En general, el concepto de *buenas prácticas* se refiere a toda experiencia que ha arrojado resultados positivos, demostrando su eficacia y utilidad en un contexto concreto.

Las buenas prácticas permiten aprender de las experiencias y aprendizajes de otros, y aplicarlos de manera más amplia y/o en otros contextos (scaling-up)². Pueden promover nuevas ideas o sugerir adaptaciones y proporcionar una orientación sobre la manera más efectiva de visibilizar los diversos impactos de una intervención en las comunidades.

La búsqueda de buenas prácticas se relaciona directamente con los actuales planteamientos sobre los criterios de calidad y eficiencia de las intervenciones sociales, que abarcan no sólo la gestión y los procedimientos, sino fundamentalmente la satisfacción de las necesidades de las personas afectadas y la superación de su problemática.³

A partir de la sistematización de diversos criterios una *buen práctica* tiene al menos algunas de las siguientes características:

1. Responde a una necesidad identificada y por tanto tiene objetivo definido, relevante y realista;
2. Desarrolla estrategias basadas en la evidencia y es innovadora en su aplicación, demostrando capacidad de cuestionamiento y creatividad;
3. Propone un sistema riguroso de seguimiento a los procesos y los resultados de las acciones emprendidas a la vez que permite la retroalimentación y reorientación de las acciones;
4. Provoca una mejora sustantiva de la situación que le dio origen; y,
5. Puede incorporar estrategias de sostenibilidad de la iniciativa, propiciando su institucionalización.

Es frecuente que puedan existir dificultades para la detección de buenas prácticas. Estos problemas pueden deberse a la falta de sistematización del saber. Para vencer estos obstáculos, es necesario contar con un vocabulario común y coherente para todos, que permita expresar y compartir los procesos experimentados; pero, fundamentalmente, las prácticas tienen que poder demostrarse. Para ello es necesario, como se ha hecho en este estudio, que se reúna la información en formatos adecuados, comparables y transferibles de manera que facilite su utilización e interpretación.

3. Buenas Prácticas en Mediación

En función del "*Diagnóstico sobre el estado de la mediación judicial en la Comunidad*

¹ Definición basada en el Manual de Buenas Prácticas del Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial del Ecuador.

² Ampliación del marco conceptual en función de la práctica validada.

³ Diversas instituciones han desarrollado este concepto de identificación, selección de buenas prácticas en contextos y con perspectivas muy diferentes: inclusión social, perspectiva de género, trabajo con jóvenes, urbanismo social, superación de conflictos, etc. Y cada una de estas propuestas utiliza perspectivas y criterios diferentes para la identificación y selección de las buenas prácticas.

Iberoamericana", se han identificado las siguientes buenas prácticas en materia de mediación:

3.1 Diseño y ejecución de estrategias de difusión de la mediación, sus pasos y beneficios

En cuanto a la promoción de los métodos de solución de conflictos, se ha identificado la buena práctica que consiste en desarrollar e implementar programas de difusión de la mediación a través de medios de comunicación masivos, con el objeto de favorecer en la opinión pública la confianza en someter a mediación los diferendos transigibles y, por otra parte, estrategias de difusión a grupos objetivo con una explicación de los pasos que conlleva una mediación y sus beneficios.

En el primer caso, se ha visto la necesidad de difundir la mediación como una vía de acceso a la justicia y garantía de derechos, alternativa al proceso judicial y con el mismo valor que esta última. En Ecuador, por ejemplo, durante el 2014 se desarrolló la campaña "Mediación: acuerdos con justicia", que buscó posicionar a este mecanismo de resolución de conflictos como la vía idónea para encontrar justicia en un conflicto.

Este tipo de campañas de difusión masiva pretenden llegar al potencial usuario o usuaria de la administración de justicia y convencerlos que su conflicto transigible puede ser solucionado de una forma efectiva y rápida a través de la mediación.

Diferente es el caso de las estrategias de promoción de la mediación dirigida a grupos objetivos como los operadores y operadoras de justicia (jueces, juezas, fiscales, defensoras y defensores públicos, etc) profesionales del derecho, actores sociales, miembros de instituciones públicas y privadas, miembros de gremios o asociaciones, estudiantes y ciudadanía en general. De acuerdo al grupo objetivo con el cual se pretende la promoción de la mediación, se eligen los medios para hacerlo, los mismos que pueden ser medios alternativos, casas abiertas, mesas informativas, stands itinerantes, la utilización de material gráfico y visual, volanteo, entre otros; o bien medios interpersonales como charlas, conversatorios, talleres, reuniones. Estos últimos permiten una interacción con el receptor del mensaje y procura una mayor apertura a través de un contenido más profundo que una simple propaganda, lo que supone un ejercicio de reflexión sobre los derechos y la forma de ejercicio de los mismos. Se identifica en Ecuador la experiencia en el uso de la metodología denominada "Los 4 pasos de la mediación":

1. Para y escucha: Implica reconocer la percepción del conflicto que tiene la otra persona, para reconocer nuevas alternativas y ver el problema de una manera distinta.
2. Dialoga: Implica comunicar y expresar con claridad nuestras necesidades, manteniendo el respeto hacia el otro en vía de resolver un conflicto y en la búsqueda de la construcción de acuerdos.
3. Decide: Implica definir lo que se desea o necesita para construir opciones de solución.
4. Acuerda: Implica una opción para resolver el problema de mutuo acuerdo, de manera rápida y efectiva, siendo las partes sus propios jueces.

Estos pasos están presentes en todo proceso de mediación y son fundamentales para la consecución de acuerdos de beneficio mutuo que ponga fin al conflicto.

Con la evolución de la promoción de la mediación se han introducido otras dinámicas y metodologías de promoción, por ejemplo: alianzas para la promoción con grupos de artistas alternativos que promueven la cultura de paz y que en una actividad itinerante, preceden a la actividad de apertura del servicio en una localidad determinada.

Otra forma de promoción que ha resultado efectiva es el trabajo con socios estratégicos públicos y privados que trabajan o se relacionan alrededor de conflictos que pueden mediar, por ejemplo, Secretarías de Estado que manejan proyectos de promoción de los derechos de grupos de atención prioritaria (mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas con discapacidad, adultos mayores, consumidores y usuarios, personas en situación de movilidad, entre otros).

Por otro lado, se ha profundizado el trabajo con operadores de justicia, como los jueces y juezas, en el proceso de sensibilización respecto de los beneficios que tiene para el sistema judicial la derivación y ejecución de actas de mediación, logrando muy buenos resultados en el incremento de casos derivados a mediación.

Bajo el principio “no se puede reclamar por un derecho que no se conoce”, en Ecuador se le asigna igual importancia a la prestación del servicio de mediación como a la promoción del mismo. En una actitud proactiva, se trata de acercar el servicio a la población superando la vieja realidad de que la población debe ir hacia el servicio.

En Paraguay, con el compromiso de mejorar el acceso a la justicia, se desarrolló una campaña educativa desde el 2007, entendiendo que la educación y la información son herramientas determinadas para mejorar el acceso a la justicia. La campaña de *Mediación Escolar* estimula la mediación para resolver conflictos entre alumnos, profesores y directores de centros educativos, como grupo objetivo. Además consigue atraer el interés de los jóvenes que empiezan a desempeñar la función de mediadores en el entorno escolar extendiendo este conocimiento hacia sus familias.

3.2 Códigos de ética para la aplicación de la mediación

Se ha identificado como una buena práctica, la existencia de códigos deontológicos o de ética para la práctica de la mediación, como documentos de gran valor práctico que permiten encontrar solución a los principales cuestionamientos de índole ético-práctico a los que se pueden enfrentar las y los mediadores en el desarrollo de sus funciones.

El Código de Ética de los Mediadores de Argentina⁴ contiene los deberes de las y los mediadores que permiten garantizar los principios rectores de la mediación. En primer lugar, la o el mediador tiene la obligación de informar sobre la naturaleza, características, reglas, alcances y excepciones de la mediación, de tal manera que las partes estén completamente instruidas sobre el proceso, permitiendo así tomar las mejores decisiones respecto a su intervención en la mediación, como elemento fundamental del principio de voluntariedad. Asimismo, el principio de confidencialidad determina el deber de la o el mediador de guardar absoluta reserva total o parcialmente sobre las actuaciones, documentos de trabajo, anotaciones, comunicaciones, información proporcionada por las partes, datos personales, entre otros elementos aportados durante el proceso.

⁴ Anexo a la Ley de Mediación (Ley 4.498)

Siendo la o el mediador un *tercero neutral*, debe mantener una conducta imparcial y equilibrada, despojada de prejuicios o favoritismos. Debe evitar la presencia de actitudes discriminatorias basadas en cualquier consideración y generar confianza en su imparcialidad. Ello además se articula con el deber de abstenerse de recibir o intercambiar obsequios, favores o información de una de las partes. En ese sentido, además se contemplan las razones por las cuales la o el mediador debe excusarse de intervenir en un caso⁵. Se consideran otros deberes, tales como: la debida diligencia, capacitación permanente, búsqueda de la excelencia profesional y el manejo apropiado de las formas de divulgación, publicidad y ofrecimiento del servicio de mediación. Finalmente, se crea la figura del Tribunal de Ética, responsable de aplicar las disposiciones contenidas en el Código de Ética, imponer sanciones y garantizar el derecho a la defensa de las y los mediadores.

3.3 Existencia de un protocolo de actuación para la mediación de casos relacionados con personas en condición de vulnerabilidad

Se ha identificado como buena práctica el diseño de protocolos de actuación específicos para la mediación de aquellos casos relacionados con personas en condición de vulnerabilidad. La importancia de estos protocolos radica en la necesidad de garantizar un equilibrio en las relaciones de poder que puedan estar en juego durante la mediación. En ese sentido, a través de estos protocolos, la o el mediador debe propiciar un ambiente cómodo con un lenguaje verbal y kinésico apropiado, adaptando el proceso de mediación a cada caso particular y creando un sistema de comunicación entre el mediador y cada una de las partes y las partes entre sí. La condición particular de las personas con discapacidad, mujeres, niñas, niños y adolescentes, personas víctimas de violencia, adultos mayores, migrantes o pertenecientes a minorías étnicas y otros grupos que se puedan identificar hace imperativa la adopción de protocolos adecuados que garanticen un tratamiento adaptado a cada realidad asegurando así la integridad, acceso y participación óptima en un proceso de mediación.

Desde una perspectiva de derechos humanos, los Estados tienen obligaciones de carácter prioritario dirigidas a las personas en situación de vulnerabilidad, que aseguren un acceso equitativo a los servicios de justicia; particularmente la mediación como un método alternativo,

⁵ Se establecen los siguientes casos: a) Si tuviese relación de parentesco con algunos de los participantes, mandatarios o abogados; b) si el mediador o sus consanguíneos o afines tuviesen interés en el conflicto, sociedad o comunidad con algunos de los participantes, sus mandatarios o abogados; c) si tuviese pleito pendiente con algunas de las partes; d) si fuese acreedor, deudor o fiador de algunas de las partes; e) si hubiese sido autor de denuncia o querrela, o hubiese sido denunciado o querrellado por algunos de los participantes; f) si hubiese sido denunciado por algunas de las partes ante el funcionario a cargo del Registro de Mediadores o el Tribunal de Ética creado por la ley; g) si hubiese sido defensor, brindando servicio profesional o asesoramiento o emitido dictamen u opinión, o dado recomendaciones respecto del conflicto; h) si hubiere recibido beneficio de importancia de algunos de los participantes; i) si tuviese relación de amistad íntima o que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato con alguno de los participantes; j) si tuviese relación de enemistad o de odio o resentimiento con alguna de las partes; y, k) si se diese cualquier otra causal que a su juicio le impusiera abstenerse de participar en la mediación por motivos de decoro o delicadeza.

permitiéndoles de esa manera participar libres de cualquier tipo de presión, ser escuchados y escuchadas, entender con claridad lo que está sucediendo en cada etapa del proceso de mediación, conocer adecuadamente las consecuencias de sus decisiones, contar con asesoría profesional de forma directa y oportuna, tener facilidades para el acceso al medio físico, tener apoyo y contención psicológica de ser necesario, entre otros. Estas y otras condiciones constituyen un catálogo amplio de medidas afirmativas cuya garantía es responsabilidad de los estados, los cuales deben asegurar su correcta implementación en los ámbitos público y privado.

Entre otros casos, encontramos que en Paraguay se expidió el *Protocolo de Atención para Acceso a la Justicia de Personas con Discapacidad Sicosocial*⁶, el cual contiene disposiciones referentes a la Oficina de Mediación. Este documento indica la manera en que los funcionarios en un contacto inicial deben identificar a una persona con discapacidad sicosocial, mediante las características comunes que exponen, y aplicar las pautas de actuación pertinentes.

En Costa Rica se cuenta con un *Protocolo de atención a víctimas en los juzgados de violencia doméstica*⁷ y un *Protocolo de atención a víctimas de violencia sexual y/o doméstica en el Departamento de Ciencias Forenses*⁸, los cuales contienen una referencia a los procesos de conciliación y mediación. Según la Circular de Consejo Superior N° 135-2014 publicada el 23 de julio de 2014 es improcedente de conciliar en asuntos donde exista violencia doméstica de fondo. Por su parte, en la República de Chile se aplica el *Protocolo de asistencia jurídica para la atención de niños, niñas y adolescentes involucrados en conflictos jurídicos de familia*⁹, el mismo que cuenta con referencias sobre mediación en este ámbito.

En Ecuador se ha desarrollado un protocolo para la mediación en materia de adolescentes infractores¹⁰ el mismo que se dirige a garantizar los derechos de los adolescentes, consagrados en la normativa jurídica vigente; motivar la asistencia de las partes en los casos que proceda; aplicar técnicas para generar diálogo y facilitar la construcción de acuerdos en los procedimientos de mediación; mantener registros de las actas de mediación y las constancias de imposibilidad de mediación; mantener la reserva del procedimiento de mediación. Es importante indicar que para la mediación en materia de adolescentes infractores debe contarse con el consentimiento libre, informado y exento de vicios por parte de la víctima y la aceptación expresa, libre y voluntaria del adolescente procesado;

⁶ Disponible en: <http://www.pj.gov.py/contenido/1219-protocolo-de-atencion-para-acceso-a-la-justicia-de-personas-con-discapacidad-sicosocial/> 1219

⁷ Disponible en: <http://www.poder-judicial.go.cr/adultomayor/index.php/normativa-institucional?download=72:protocolo-vd>

⁸ Disponible en: <http://www.poder-judicial.go.cr/violenciaintrafamiliar/index.php/de-su-interes/download=380:forense-fin&start=10>

⁹ Disponible en: http://www.sia.eurosocial-ii.eu/files/docs/1415189128-protocolo_Chile_web.pdf

¹⁰ Reglamento de mediación en asuntos relacionados con el adolescente infractor, Resolución del Pleno del Consejo de la Judicatura N°. 138-2014, disponible en: <http://www.funcionjudicial.gob.ec/index.php/es/resoluciones-del-pleno.html>

3.4 Existencia de indicadores para evaluar la calidad en la prestación del servicio de mediación

En el ámbito iberoamericano se ha identificado como buena práctica la existencia de instrumentos de evaluación de la prestación del servicio de mediación en forma de indicadores de calidad, que permiten a las y los operadores y personas usuarias el acceso a datos contrastados y validados por los organismos encargados de supervisar los sistemas nacionales de mediación.

Por tanto, es importante una efectiva recopilación de la información que dé cuenta del desarrollo de la mediación y su impacto en la sociedad y en el sistema judicial, para ello, cada país mantiene y utiliza mecanismos de procesamiento de la información y realización de estadísticas que le permiten realizar la evaluación y planificación necesaria para el fortalecimiento de este servicio.

3.5 Establecimiento de un Perfil para la Persona Mediadora

Debe considerarse inicialmente la diferencia conceptual entre los términos "requisito" y "perfil". Por lo general, los requisitos para el ejercicio de la mediación son circunstancias o condiciones establecidas por las legislaciones locales, cuya verificación corresponde al organismo público encargado del registro nacional de mediadores. En ese sentido, se trata de condiciones jurídicas tales como la mayoría de edad, el goce de determinados derechos, títulos académicos, entre otros.

Por su parte, el término "perfil" es definido de la siguiente manera:

El perfil es el conjunto de características generales y específicas que debe tener alguien para desempeñar de buena forma el cargo. [...] el perfil es producto de un trabajo de análisis, en donde se examina qué requisitos, características, rasgos o competencias deben tener las personas para poder desempeñar bien el cargo; es decir, qué rasgos subyacen detrás de las funciones propias de un cargo específico¹¹.

Partiendo de la diferenciación de términos realizada, esta sección se concentra en el perfil de la persona mediadora. Así, se han identificado dos elementos: los actitudinales y los de competencias.

a) Elementos actitudinales: Son componentes cognoscitivos o perceptivos (lo que cree), afectivos (lo que siente) y conativos (respuesta conductual) que influyen en el comportamiento de la persona mediadora:

- Actitud de escucha activa y uso de un lenguaje neutral y claro;
- Actitud empática y autocontrol emocional;
- Sensibilidad hacia los valores que tienen las partes y a las diferencias personales y culturales; y
- Compromiso con la construcción de la cultura de paz.

¹¹ PRAXIS Consultores Cia. Ltda. "Perfil de un cargo." septiembre de 2007. <http://praxis.chile.Blogspot.com/2007/09/perfil-de-un-cargo.html> (último acceso 27 de agosto de 2015)

b) Elementos de competencias: Son conocimientos, habilidades y destrezas que le permitirán a la persona mediadora ser eficaz (cumplimiento de objetivos) y eficiente (uso adecuado de recursos) en el ejercicio de su labor:

- Carácter profesional, debiendo tener una formación determinada en técnicas de mediación;
- Manejo de los principios de la mediación;
- Habilidad propia para tratar de forma imparcial que las partes resuelvan su conflicto (manejo de conflictos, técnicas de negociación y desarrollo analítico de controversias);
- Conocer los límites de su ejercicio como mediador (conocimiento en el ámbito legal); y,
- Capacidad para gestionar procedimientos de mediación, derivaciones procesales, para mantener de forma ordenada registros de actas de mediación y para presentar informes sobre las actividades de mediación.

3.6 Formación de los mediadores

A fin de que la o el mediador pueda cumplir con el perfil antes señalado, sobre todo en lo relativo a los "elementos de competencia", la formación a mediadores es fundamental. En la región existen experiencias exitosas en este sentido, como por ejemplo en Argentina, donde el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos cuenta con una Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos, desarrolla capacitaciones en tres áreas temáticas :

- Formación básica en mediación prejudicial y formación continua;
- Mediación comunitaria; y,
- Mediación escolar.

Entre tales requisitos se encuentra la aprobación del "Seminario Obligatorio", cuyo objetivo fundamental es:

“[...] debatir acerca de las distintas concepciones y alcances de la noción de “acceso a la justicia” a la luz de las políticas públicas impulsadas por el Estado Nacional. Específicamente, desde un enfoque multidisciplinario, se plantea abordar la relación entre el acceso a la justicia y la mediación como práctica social de reciente formación e instrumento de cambio, participación e inclusión.- Se pretende, asimismo, nutrir a los asistentes de herramientas conceptuales e instrumentales para perfeccionar su formación y ejercicio profesional. A tales efectos se analizarán las innovaciones introducidas por la Ley N° 26.589 y su Decreto Reglamentario N° 1467/11, y se reflexionará sobre los dilemas y desafíos de la práctica del rol de mediador prejudicial y sus implicancias éticas¹²”.

También se establece un "Plan de Estudios de Formación inicial para aspirantes a mediadores, el cual cuenta con tres instancias: a) Curso introductorio a la mediación; b)

¹² Resolución N°. 1689/2012, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de Argentina. Disponible en: <http://infoleg.mecon.gov.ar/infoleginternet/anexos/200000-204999/201715/norma.htm>

Entrenamiento en mediación, y, c) Pasantía en mediación. Cada instancia contiene contenidos teóricos y prácticos tales como: concepto de la mediación, pertinencia de su utilización, teoría del conflicto, teoría de la negociación, teoría de la comunicación, características de la mediación, técnicas requeridas para cada etapa, aspectos legales de la mediación, información previa, el parafraseo, la escucha activa y la neutralidad, legitimación racional, contenido y forma del acuerdo, entre otros.

Igualmente, en Colombia se encuentra vigente la Ley 640 de 2001, la cual establece las normas relativas a la conciliación (mediación) en dicho país. El artículo 7 de esta Ley establece que para actuar como conciliadores (mediadores), los abogados deben acreditar capacitación en mecanismos alternativos de solución de conflictos avalada por el Ministerio de Justicia y del Derecho.

Por su parte, en Perú, el Reglamento a la Ley de Conciliación¹³ establece la obligación de los centros de formación y capacitación y la Escuela Nacional de Conciliación Extrajudicial de evaluar la vocación, habilidades y actitudes de las personas que aspiren a ser parte de los cursos de formación y capacitación de conciliadores. Este Reglamento establece dos fases de formación: la fase lectiva y la fase de afianzamiento de habilidades conciliatorias. La fase lectiva comprende los siguientes contenidos:

- Teoría del conflicto social;
- Teoría de la negociación y técnicas de negociación;
- Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos;
- Modelos conciliatorios;
- Técnicas de comunicación;
- Conciliación extrajudicial, procedimiento y técnicas de conciliación extrajudicial;
- Marco legal de la conciliación extrajudicial;
- Ética aplicada a la conciliación extrajudicial.

Por su parte, la fase de afianzamiento de habilidades: *"consiste en la práctica simulada de conducción de audiencias conciliatorias, que concluye con una evaluación. Esta fase, se desarrolla de forma individual, con un mínimo de tres audiencias simuladas por alumno, cada una, con una duración mínima de una hora lectiva"*.

Finalmente, en Ecuador se ha dado un fuerte impulso a la formación de los mediadores que forman parte del Centro de Mediación de la Función Judicial. Para este efecto, se ha diseñado una malla curricular de formación a mediadores y mediadoras a partir de una metodología basada en la práctica, que contempla el abordaje de los siguientes temas:

- La mediación: base conceptual principios generales y aproximaciones metodológicas;
- Principios jurídicos de la mediación;
- La persona mediadora;
- Teoría y manejo del conflicto;

¹³ Disponible en: http://www.justiciaviva.org.pe/acceso_justicia/conciliacion/2.pdf

- Comunicación;
- Negociación;
- Manejo estratégico de la mediación;
- Actas de mediación;
- Ejercicios prácticos y simulación;
- Profundización por materias;
- Manejo de incidentes críticos y dilemas éticos observación de audiencias reales de mediación; y,
- Co-mediación.

3.7 Establecimiento de un procedimiento para la derivación de causas desde la justicia ordinaria

Se entiende por derivación el acto procesal dirigido a solucionar una causa judicial a través del procedimiento de mediación, que haya sido previamente sometida a conocimiento de las juezas y jueces, y que verse sobre materia transigible.

La derivación de causas desde la justicia ordinaria hacia la mediación es una figura relativamente nueva en los sistemas de justicia de la comunidad Iberoamericana. Su establecimiento está encaminado a lograr diversos objetivos, desde una perspectiva de derechos (v. gr., garantizar el acceso a una justicia ágil, económica y eficiente); operativa (v. gr., descongestión del sistema de justicia ordinaria); y, estratégica (v. gr., promoción de la mediación). En ese sentido, se ha considerado como una buena práctica el contar con un procedimiento para la derivación judicial que, principalmente, garantice los principios informadores de la mediación, tales como la voluntariedad, confidencialidad, flexibilidad, entre otros.

Para la práctica de la derivación judicial es importante aplicar los principios de mínima intervención judicial, debido proceso, celeridad procesal, gratuidad, inmediación y voluntariedad.

A continuación, se explica un procedimiento de derivación a partir de la práctica en varios países de la región:

a) Procedencia: La derivación procede de oficio o a petición de parte, preferentemente desde el momento en que han sido citadas las partes hasta antes de dictar sentencia o resolución o en cualquier fase procesal.

Puede solicitarse la derivación después de emitida la sentencia o resolución con el fin de resolver las formas de pago o el cumplimiento de las mismas. El operador de justicia, previamente, debe haber establecido los montos que, por liquidación o indemnización, se deban.

Emitido el auto de derivación por parte del operador u operadora de justicia, y dentro de un término establecido, las partes pueden aceptar, negarse a la mediación o solicitar cambio

del centro de mediación. El silencio de las partes se entiende como aceptación tácita para iniciar el proceso de mediación.

Con la aceptación expresa o tácita, la o el operador de justicia remite al centro de mediación respectivo las copias simples de los documentos necesarios para tomar pleno conocimiento del proceso y las particularidades del caso.

Finalizado el proceso de mediación, el centro de mediación respectivo devuelve al juzgado competente el original del acta o constancia correspondiente y la copia certificada del registro de comparecencia debidamente firmada.

El centro de mediación, previo admitir una causa derivada para ser atendida a través del procedimiento de la mediación, deberá analizar los siguientes elementos:

- a) Que la materia sea transigible;
- b) Que la causa derivada no sea de aquellas que podría ser declarada en abandono;
- c) Que la causa contenga los siguientes datos de la parte actora y demandada :

- Nombres y apellidos completos;
- Números del documento de identidad;
- Dirección del domicilio, lo más exacta posible;
- Correo electrónico;
- Teléfono fijo y/o celular; y,
- Casillero judicial y/o electrónico.

En caso de que el centro de mediación reciba el expediente de derivación sin datos de contacto de las partes, o la causa no cumpla con los parámetros de derivación judicial previstos, devolverá a la o al operador de justicia que conoce la causa, mediante oficio motivado, con el fin de aplicar el principio de debida diligencia.

Si dentro del término establecido desde la recepción de la derivación, el centro de mediación no remitiere el resultado del acta, la o el operador de justicia continuará la tramitación de la causa, sin perjuicio de que las partes puedan comunicar por escrito su decisión de ampliar dicho término.

En caso de que las partes lleguen a un acuerdo total, el operador de justicia que derivó la causa adjuntará el acta de mediación al expediente y archivará la causa, excepto en las materias que de acuerdo a la legislación vigente sean susceptibles de revisión.

Si las partes hubieren llegado a un acuerdo parcial podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no hayan sido parte del acuerdo.

Mientras una causa estuviere derivada a mediación se suspenderá la sustanciación de la misma, por lo que no podrá demandarse nuevamente el asunto reclamado en otra judicatura.

3.8 Seguimiento y ejecución de los acuerdos

A través del diagnóstico se logró determinar que los acuerdos de la mediación presentan algunas dificultades en su seguimiento y ejecución, este hallazgo lleva a establecer que existe la necesidad del efectivo seguimiento y ejecución de los acuerdos para lograr la efectividad en la ejecución mediación.

El acceso a la justicia de las personas usuarias puede garantizarse de forma ágil y efectiva, evitando malas prácticas de utilización de los MARC, para retrasar los procesos.

En ese sentido, es esencial que se brinde el seguimiento de los planes reparadores o acuerdos que surgen de los procesos de mediación a través de un alto control, pero al mismo tiempo un alto apoyo como lo hace el modelo restaurativo que se implementa en Costa Rica.

3.9 La mediación dentro del concepto de justicia restaurativa.

Naciones Unidas define justicia restaurativa como: "...una respuesta evolutiva al delito que respeta la dignidad y la igualdad de todas las personas, favorece el entendimiento y promueve la armonía social mediante la recuperación de las víctimas, los delincuentes y las comunidades..."¹⁵

De esta forma se convierte en un mecanismo destinado a garantizar el acceso a la justicia, estimulando un mayor uso de medios alternativos de resolución de conflictos, soluciones y de sanciones alternativas distintas a la sanción privativa de libertad.

En Costa Rica, el Programa de Justicia Restaurativa ha logrado resultados positivos con alta incidencia en el sector social, destacando aportes en salud, seguridad ciudadana, educación y en la promoción y desarrollo humano, lo que ha permitido un verdadero acceso a la justicia de las personas usuarias, a las poblaciones en condición de vulnerabilidad, con alta efectividad y eficiencia reduciendo el retraso judicial con un costo menor.

Se ha trabajado con la persona víctima, la persona imputada, las familias y la comunidad, estableciéndose con su participación la reparación integral de los daños

¹⁵ Naciones Unidas (Viena, abril de 2002).

causados. El alto contenido social y comunitario, acorde con las ideas de la democracia participativa ha permitido que la comunidad y las personas involucradas sean incentivadas a participar y ser parte de la solución del conflicto penal y social, contribuyendo con ello a la paz social.

3.9.1 Justicia Restaurativa en materia penal.

Como parte de la labor del equipo interdisciplinario en los programas de Justicia Restaurativa se ha trabajado con la persona víctima, la persona imputada, las familias y la comunidad, estableciéndose con su participación la reparación integral de los daños causados. El alto contenido social y comunitario, acorde con las ideas de la democracia participativa ha permitido que la comunidad y las personas involucradas sean incentivadas a participar y ser parte de la solución del conflicto penal y social, contribuyendo con ello a la paz social.

La persona víctima. Dentro del programa ha mantenido una participación activa. Esa participación de la persona víctima (individual y social) ha sido fundamental, para lograr la apertura a la restauración del daño. A través de la Justicia Restaurativa a las personas víctimas se les está devolviendo paulatinamente el conflicto y se le satisfacen necesidades como el derecho a la información; el empoderamiento dentro del conflicto y la restitución del daño ocasionado o reparación de éste en sus propios términos. A través del proceso restaurativo se le ha garantizado el acceso a la justicia y a la efectiva solución del conflicto.

A las personas víctimas se les brinda una atención personalizada a través de entrevistas informales, las cuales llevan a comprender los alcances de su participación en el proceso restaurativo.

La persona imputada. En la visión restaurativa, la persona imputada ha logrado asumir la responsabilidad por el resultado de sus actos, al mismo tiempo fortalece la empatía y la responsabilidad transformando su conducta recibiendo el apoyo para la reintegración a la comunidad.

Los compromisos del plan reparador suponen el servicio comunal que brindan las personas imputadas, lo que ha representado un alto impacto en horas de servicio a la comunidad.

Es fundamental, cuando procede la intervención terapéutica que debe ser coordinada con diferentes organizaciones estatales relacionadas con la prevención de la violencia, fármaco dependencia y o consumo del alcohol.

La comunidad. La constitución de la Red de Apoyo Institucional es uno de los componentes a través del cual se ha brindado un abordaje integral al conflicto con visión humanista del proceso penal, a través de la participación de instituciones gubernamentales y organismos no gubernamentales, lo que le ha permitido a la persona imputada la

posibilidad de una efectiva reinserción social articulada con la comunidad en el cumplimiento de planes reparadores que involucran servicio comunitario o tratamiento.

A la víctima le brinda la restitución y reparación del daño sufrido, el acceso a la información; el empoderamiento ante el hecho delictivo y la atención necesaria dentro del conflicto.

Con la aplicación de la justicia restaurativa se puede tener la certeza de que se superarán las soluciones parciales entre persona ofensora y persona víctima, a través de una estructura institucional que busca por medio de la aplicación transversal de los mecanismos idóneos, reparar el daño, lograr soluciones más humanas, incluyentes e integrales y contribuir a la disminución de la reincidencia.

3.9.2 Justicia Restaurativa en materia Penal Juvenil.

El Programa ha permitido introducir los componentes de la Justicia Restaurativa y consolidar sus técnicas en forma transversal en la solución de conflictos de personas menores de edad en conflicto con la ley a partir de la capacitación que se ha dado en los diferentes circuitos judiciales del país.

Desde el punto de vista de la política criminal el trabajo conjunto entre los equipos en materia Penal Juvenil y la Justicia Restaurativa han sido exitosos al brindar respuesta pronta y cumplida a las personas usuarias del sistema penal juvenil que como población vulnerable requiere de un trato equilibrado y eficiente, cumpliendo los estándares internacionales de garantía de los derechos de la niñez y adolescencia.

3.10 Mediación en materia penal

La figura de la Mediación en materia penal en Paraguay tiene fuerza legal. Las normas del Código Procesal Penal en Paraguay permiten el uso de la Mediación en el contexto de la conciliación penal. La conciliación se halla prevista tanto para los delitos de acción penal pública, como para los delitos de acción penal privada. Los jueces vienen logrando garantizar la vigencia de la Ley a través de esta novedosa institución incorporada por el Código Procesal Penal. La función jurisdiccional puede verse beneficiada con un adecuado apoyo que extienda el funcionamiento del Servicio de los Mediadores del Poder Judicial al área penal.

Se ha puesto en vigencia un Plan Piloto que inicia el apoyo a la gestión jurisdiccional con los Tribunales de Sentencia en los trámites de delitos de acción penal privada.

3.9.3 Descripción

La mediación penal es un proceso por el cual dos partes, llamadas víctima y ofensor, intentan con la ayuda de un tercero imparcial denominado mediador, resolver un conflicto surgido por la presunta comisión de un ilícito penal.

La mediación pueden ser judicial o *extrajudicial*, según se haya o no iniciado un Proceso con ocasión del conflicto penal subyacente.

Es un proceso de solución de conflictos penales guiado por un tercero imparcial, en el que las partes participan voluntariamente, buscando en forma colaborativa el *restablecimiento del equilibrio roto por la transgresión* ocasionada por un delito o falta, mediante la restauración de sus consecuencias y la reconciliación de las personas *afectadas*.

En lo que respecta al proceso de acción penal privada el artículo 424 del Código Procesal Penal permite delegar la audiencia de conciliación que es obligatoria como instancia procesal, en un tercero, cuando exista conformidad de las partes.

El Servicio de Mediación puede ser de extraordinaria utilidad en el descongestionamiento del volumen de audiencias de los Tribunales de Sentencia hoy sobrepasados por la demanda de los juicios orales y públicos en el que la actuación y presencia del juez es indelegable.

3.10.1 Características

La Mediación Penal se caracteriza por ser:

Voluntaria: El proceso de mediación requiere del libre consentimiento de víctima y ofensor, el cual podrá ser retirado en cualquier etapa del mismo previa al eventual acuerdo.

Oficial: La decisión de derivar el proceso penal corresponde a la Autoridad Judicial. En los delitos de acción privada y en los perseguibles a instancia de la víctima.

Gratuita: El proceso de mediación será gratuito, sin perjuicio de la obligación de cada parte de abonar a su abogado los honorarios que correspondan.

Flexible: El proceso de mediación no tendrá más formalidades que aquéllas que se exijan en las normas correspondientes. No se trata de desorden pues se trata de un proceso, más bien lo que vemos es la ausencia de plazos específicos para este proceso.

Los actos de comunicación se realizarán por cualquier medio que permita dejar constancia de su recepción, quedando convalidados en cualquier caso por la efectiva comparecencia del citado o requerido en la sede Judicial o en la Dirección de Mediación.

Principio de economía procesal: guarda relación con la concentración de las actuaciones y con el de celeridad del proceso.

Confidencial: Las manifestaciones durante las Audiencias de Mediación, así como los documentos y registros de casos, tendrán de carácter confidencial para el mediador, las partes y terceros intervinientes.

La transgresión del deber de confidencialidad dará lugar a las responsabilidades penales o disciplinarias que correspondan.

El mediador deberá de informar a las partes del deber de confidencialidad.

El mediador estará inhabilitado para deponer como testigo, perito o asesor en cualquier proceso relativo al conflicto objeto de mediación.

El mediador, las partes o terceros intervinientes quedarán exonerados del deber de confidencialidad en los siguientes supuestos:

- a) Por acuerdo previo.
- b) Cuando en el curso de la mediación se obtenga información de la inminente comisión de un delito o se evidencie un riesgo potencial de daño físico o psíquico a una de las partes o un tercero.
- c) En otros supuestos legalmente previstos.

Queda exceptuado del deber de confidencialidad el acuerdo final alcanzado tras el proceso de mediación, el cual podrá ser utilizado por las partes tanto en el proceso penal del que trae causa, como en cualquier otro proceso posterior.

Neutral: El mediador actuará en el proceso bajo el principio de imparcialidad. Deberá excusarse o abstenerse de intervenir si entiende que concurre alguna causa que pueda comprometer su independencia, tal como amistad o enemistad, parentesco, relación profesional previa o actual con alguna de las partes, interés directo o indirecto en el objeto de mediación o análogas circunstancias.

Cualquiera de las partes podrá recusar al mediador si tiene conocimiento de concurrencia de cualquier causa de abstención.

La recusación será resuelta por escrito por la oficina de Mediación. Será objeto de sanción la aceptación por parte del mediador de cualquier dádiva u obsequio con ocasión del ejercicio de sus funciones.

Eficacia del proceso: concurren los presupuestos de: accesibilidad y mediadores capacitados y con un perfil determinado.

3.9.4 Objetivos:

- Crear un espacio de dialogo en el que las partes participen de forma activa y voluntaria, para resolver en forma pacífica el conflicto de un hecho delictivo.
- Contribuir al acceso de justicia de las personas en estado de vulnerabilidad y ayuda al descongestionamiento de los despachos judiciales.
- Mejorar la imagen de la Justicia ante la comunidad.
- Fortalecer la impartición de justicia, transformando los conflictos en áreas de oportunidad.

3.10.2 Ventajas de la mediación penal

- La importante disminución del tiempo que generalmente requiere procesar las querellas penales dentro del sistema judicial tradicional.
- El incremento de la comprensión y sentido de pertenencia de la comunidad respecto de sus sistemas de justicia penal como resultado del compromiso y participación en el proceso de víctimas y victimarios.
- Es un medio efectivo de alcanzar de un modo concluyente mayor paz social.

3.10.3 Beneficios que genera su práctica

- Descongestión del ámbito jurisdiccional.
- Mejora la calidad del servicio de justicia.
- Reduce costos económicos y sociales y de tiempo de duración de los procesos judiciales.
- Optimiza el tiempo y los recursos económicos y humanos.
- Recíproca satisfacción de las partes a través de un procedimiento voluntario y confidencial.
- Promueve el mejoramiento de la relación entre las partes.
- Disminuye en el ámbito penal la re victimización tanto de las víctimas como del victimario.
- Facilita la justicia restaurativa.
- Celeridad en la tramitación.

3.10.4 Metas de gestión, desempeño e impacto

- Aplicación efectiva de las herramientas de resolución de conflictos.
- Monitoreo permanente de todos los aspectos de la mediación.
- Relevamiento y evaluación de datos estadísticos.