



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO

Trabajo Especial de Grado, presentado
como requisito parcial para optar al Grado
de Especialista en Derecho Procesal.

Autor: Abog. María Castillo Jiménez

Asesor: Dr. Israel Argüello Landaeta

Caracas, Abril 2010



UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO

Autor: Abog. María Castillo Jiménez

Asesor: Dr. Israel Argüello Landaeta

Caracas, Abril 2010

UNIVERSIDAD CATOLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana Abogada: MARIA ADAHIS CASTILLO JIMENEZ, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los ocho (08) días del mes de abril de 2010.

ISRAEL ARGÜELLO LANDAETA
C.I. N° 1.666.726

**UNIVERSIDAD CATOLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO

Por: María Adahis Castillo Jiménez

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal,
Aprobado en nombre de la Universidad Católica “Andrés Bello”, por el jurado
abajo firmante. En la Ciudad de Caracas, a los _____ () días del mes
de _____ de 2010.

C.I. N°

C.I. N°

INDICE GENERAL

	pp.
APROBACION DEL ASESOR	ii
APROBACION DEL JURADO	iii
INDICE GENERAL	iv
RESUMEN	vii
CAPITULO	
I. NOCIONES FUNDAMENTALES DE LA MEDIACION	8
Conceptualización	8
Consideraciones Previas	8
Naturaleza Jurídica	14
Características	15
Principios	17
Efectos	21
II. DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y SUBLEGALES QUE INSTITUCIONALIZAN LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO	23
Normativa constitucional que regula la Mediación en Venezuela	23
Normativas legales que regulan la Mediación en el Sistema de Justicia venezolano	27
La mediación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo	27
La mediación en la Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes	33

Normativas sublegales que regulan la Mediación en el Sistema de Justicia venezolano	42
III. OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO	47
La Conciliación	47
Conceptualización	47
Naturaleza Jurídica	
Características	52
La Conciliación en Venezuela	
La Conciliación en el Código de Procedimiento Civil	54
La Conciliación en la Ley Orgánica del Trabajo	55
La Conciliación en el Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo	58
La Conciliación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo	58
La Conciliación en la Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes	59
La Conciliación en el Código Orgánico Procesal Penal	61
La Conciliación en el Código de Comercio	62
La Conciliación en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz	64
La Conciliación en la Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de	

las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios	66
El Arbitraje	67
Conceptualización	67
Naturaleza Jurídica	68
Características	79
El Arbitraje en Venezuela	82
El Arbitraje en el Código de Procedimiento Civil	83
El Arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial	87
IV. EFICACIA DE LA MEDIACION RESPECTO DE OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONTROVERSIAS	96
Ventajas de la aplicación de la Mediación respecto de la aplicación de la Conciliación	96
Ventajas de la aplicación de la Mediación respecto de la aplicación del Arbitraje	99
V. FUNCIONAMIENTO DE LA FIGURA DE LA MEDIACIÓN EN OTROS PAISES	102
En Estados Unidos	102
En España	106
En Francia	108
En Argentina	109
En Colombia	110
CONCLUSIONES	114
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	121

**UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO

Autor: María Castillo
Asesor: Dr. Israel Argüello Landaeta
Fecha: Abril de 2008

RESUMEN

La mediación, entendida como comunicación de intercambio tendiente a lograr un acuerdo, o dicho de otro modo, como un procedimiento modelo de comportamiento interactivo dirigido a la resolución de una controversia, constituye una de las especies de la negociación, en la que interviene un tercero, quien no aporta soluciones sino que trabaja sobre los intereses de los sujetos para que éstos lleguen consensuada y voluntariamente a un acuerdo. La finalidad de esta investigación será analizar la institucionalización de la mediación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en el sistema de justicia venezolano, se partirá de métodos cualitativos, por cuanto será de tipo documental monográfico con un nivel descriptivo, basado en un gran apoyo bibliográfico. Se analizarán las disposiciones constitucionales, legales y sublegales, que regulan dicha figura dentro de nuestro ordenamiento jurídico. De igual manera, se determinará la naturaleza jurídica de la mediación, los aspectos fundamentales que la caracterizan, sus principios y efectos, así como las nociones fundamentales que permiten el conocimiento de otros medios alternativos tales como la Conciliación y el Arbitraje. De especial relevancia, será establecer la eficacia de la mediación respecto de la conciliación y el arbitraje y su aporte para aminorar la crisis judicial, afrontar la litigiosidad, la morosidad, haciendo más rápidos y económicos los procesos judiciales regidos por la Ley Orgánica Procesal del Trabajo y por Ley Orgánica para la protección de los niños, niñas y adolescentes, recientemente reformada. Finalmente, se determinará la incorporación y funcionamiento de la figura de la mediación en otros países.

Descriptores: Medios Alternativos para la Resolución de Controversias, Mediación Judicial, Mediación Extrajudicial, Conciliación, Arbitraje.

CAPITULO I

NOCIONES FUNDAMENTALES DE LA MEDIACION

Conceptualización

Consideraciones Previas

Lieberman y Henry (citados por Del Rey Guanter, 1991, 31), explican que la resolución alternativa de conflictos consisten en un conjunto de prácticas dirigidas a posibilitar la solución de conflictos al margen de los tribunales, que permiten reducir el costo y dilación con relación al proceso judicial y contribuyen a la prevención de conflictos jurídicos destinados a ser ventilados ante los tribunales. No obstante, dichas consideraciones, debe tenerse presente que en un principio, el significado de los Métodos Alternos para la Resolución de Controversias (MARC) era más restrictivo que en la actualidad, de manera que después de la década de los años ochenta se produjo un cambio en la concepción de este movimiento, y la voluntad como nota especial que le caracterizaba, dejó de ser tal para convertirse en parte del propio sistema de justicia, con su incorporación en procedimientos intrajudiciales y extrajudiciales con carácter de obligatorio.

Es por ello, que esencialmente se trata de una aparición de métodos (la conciliación, la mediación y el arbitraje) que se produce, tanto dentro como fuera de los tribunales, que buscan alcanzar una solución a los conflictos que se suscitan dentro del seno de organizaciones y en las comunidades, "... y si bien se trata de medios o mecanismos diversos tanto en su procedimiento, como en cuanto a los sujetos que intervienen, como también en cuanto a la expansión y efectividad, que a través de ellos se alcanza y la virtualidad del conflicto planteado, tienen en común una serie de características" Barona (1999, p. 54), entre las cuales la referida autora menciona las siguientes:

- Todos intentan mantener una posición intermedia entre los dos polos existentes hasta la fecha: o mantener una actitud pasiva sin hacer nada o permitir una situación de escalada al conflicto.
- Se trata de vías menos formales que el proceso judicial y que en la mayoría de los supuestos se asienta en una concepción privatista e individualista del conflicto planteado.
- Implican una mayor participación en la misma configuración y desarrollo del método utilizado para alcanzar la solución, de manera que los interesados tienen la sensación de tomar parte en la solución del conflicto, lo que les obliga más a aceptar el resultado a través de

esta vía (p.54).

En ese sentido, los métodos alternativos para la resolución de controversias permiten obtener resultados más satisfactorios para las partes y a su vez, ayudan a descongestionar los tribunales y a ubicarlos en su verdadero rol. Pues, los medios autocompositivos actúan como filtros para retener todas aquellas situaciones litigiosas en las que pueda lograrse una solución acordada por voluntad de las partes, y de ellos la mediación resulta ser un medio que permite realizar ese ideal, pues constituye un medio alternativo que permite alcanzar una solución mutuamente acordada (Caivano et. al. 2006,39).

Ahora bien, una vez analizados los antecedentes y fundamentos de la aparición de los MARC, resulta preciso señalar que la mediación constituye un instrumento útil, para contribuir con la promoción del diálogo y la concertación en la sociedad, lo que eventualmente se traduciría en una disminución de la exacerbada conflictividad social, y supone de suyo, que no solo al Estado a través de sus tribunales corresponde resolver los conflictos impartiendo justicia mediante el dictado de sus sentencias, sino que con la incorporación de la figura de la mediación en los diferentes procesos judiciales, a través de los respectivos textos normativos, se estimula la creación de reglas que favorecen la posibilidad de llegar a acuerdos, de

estimular la tolerancia y engendrar moderación, todo lo cual se convierte en una excelente herramienta para lograr la convergencia de esfuerzos hacia la paz social.

En ese orden de ideas, Perdomo (2006), señala que la “mediación es un proceso en el que las partes involucradas en una controversia, confían a un tercero la posibilidad de resolver la misma” (p.42). Así, la mediación implica un proceso de negociación que conlleva a la posibilidad de arribar a un acuerdo en el menor tiempo posible, permite a los involucrados exponer sus tensiones, sus aspiraciones, la versión de los hechos que según su parecer los han conllevado a la situación de conflicto, en ese sentido, la mediación, en manos del mediador y de las partes, contribuye a deslindar todas las diferencias y a encontrar similitudes, para arribar a las conclusiones deseadas (Perdomo, 2006, 43).

Asimismo, la mediación se presenta como un nuevo paradigma y una herramienta estratégica que permite cambiar la forma de abordar, procesar y resolver las diferencias por parte de los ciudadanos, quienes pueden llegar a administrar positivamente el conflicto para llegar a acuerdos mutuamente satisfactorios, sin acudir al juicio o a la violencia como instancias resolutorias. (Rodríguez, 2006, 23)

Según Mähler (1989, citado por Barona, 1999, 99), la mediación puede considerarse:

“...como la más rápida de las intervenciones dirigida a la obtención de una solución al conflicto planteado, y establece la diferencia con el arbitraje y el proceso judicial, en cuanto al mediador, a diferencia del árbitro y del juez, no dicta una solución al conflicto, de necesario cumplimiento, sino que su función consiste en proteger a las partes y colocarlas en la condición de alcanzar o desarrollar un acuerdo”.

Para Colerio (1998), la mediación “es una de las especies de la negociación, en la que interviene un tercero, quien no aporta soluciones sino que trabaja sobre los intereses de los sujetos para que éstos lleguen consensuada y voluntariamente a un acuerdo. Es un tipo de negociación asistida” (p. 10). A través de la mediación las partes consiguen poner fin a un conflicto mediante un acuerdo adoptado tras una etapa de negociación, de manera que el mediador intentará aproximar las posiciones o incluso proponer el acuerdo, sin que en ningún supuesto se pretenda la imposición de la solución al conflicto. De ahí, que se pueda definir según Mejías (1997, citado por Barona, 1999, p. 176), como:

“...una forma pacífica de resolución de los conflictos, en la que las partes enfrentadas,

ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes”.

Por otra parte, Castillejo (2003, 127) señala que el proceso de mediación el mediador es el responsable del proceso y por ello debe explicar a las partes sus reglas en la primera reunión. Debe aclarar su función de tercero imparcial que no resolverá el conflicto, sino que facilitará el proceso para que las partes puedan resolverlo, pues, cada parte será invitada a expresar abiertamente su perspectiva del conflicto, sin ser interrumpida por la otra parte, quien a su tiempo podrá responder para explicar su visión personal o perspectiva del conflicto.

En tal sentido, el mediador puede realizar preguntas sobre los temas discutidos y puede realizar reuniones con cada parte en privado, dichas reuniones se denominan “*caucus*” y resultan muy positivas, porque les permite a las partes expresar ideas u opiniones que no desean exponer en las reuniones conjuntas frente a la otra parte. De igual manera, corresponde al mediador escuchar a las partes, para comprender sus intereses, y a partir de allí, establecer cuales son los intereses compartidos y los distintos pero no necesariamente incompatibles, debido a que las partes siempre se

concentran en sus diferencias sin apreciar los posibles intereses en común. La exposición de los intereses de cada parte, permite determinar cuales son los temas o puntos que deberían resolverse en el proceso de mediación.

A partir de ese momento, corresponde al mediador alentar a las partes para que generen posibles opciones de acuerdo, que provengan de las propias partes, aunque en ocasiones puede ocurrir que ellas no vean opciones, las cuales pueden ser advertidas por el tercero ajeno al conflicto, es decir, por el mediador, en dicho supuesto el mediador puede colaborar con las partes presentándoles opciones. Esas opciones, deberán ser sometidas a análisis crítico y las partes pueden elegir la(s) que según su criterio sea(n) más aceptable(s), y si encuentran una opción que contemple sus intereses y sea mutuamente aceptable para ellas, es probable que se llegue a un acuerdo, en caso contrario, el mediador puede establecer los puntos en conflicto y las posibles acciones futuras de las partes.

Naturaleza Jurídica

Caivano et al. (2006) señalan que “el objetivo principal de los métodos no adversariales de resolución de disputas (la negociación, la mediación y en general aquellos que están diseñados para asistir, facilitar o inducir una

negociación) es lograr que las partes arriben a un acuerdo que evite la decisión de un tercero” (p. 43). Así, estas fórmulas responden a una forma autocompositiva de solución del conflicto planteado que no supone la imposición sino el acuerdo, con intervención de las partes por sí mismas o mediante la participación de un tercero, que nunca impone sino que aconseja, intenta, exhorta y ayuda a las partes para que lleguen a la solución del conflicto.

En otro orden de ideas, aún cuando, en algunas legislaciones se regula la mediación como una instancia obligatoria, se debe entender que lo es sólo en cuanto a acudir o asistir a la reunión o reuniones de mediación y participar en ellas para buscar solución a una controversia. En ningún caso, se debe entender que la obligatoriedad es para llegar a un acuerdo.

Características

Al establecer las notas distintivas de la mediación Caivano et al. (2006, p.200), refieren como sus características generales las siguientes:

- *Disputa existente*: Aunque puede utilizarse como una técnica enderezada a prevenir conflictos en estado latente, lo normal es que el asunto llegue al

mediador cuando ya se haya exteriorizado y se encuentre en una situación de impasse, en tanto las partes no encuentran la forma de resolverlo mediante negociaciones directas.

- *Designación o aceptación del mediador*: Las partes elegirán de común acuerdo a la persona que las ayudará a negociar. No obstante, hay sistemas legales que implementan programas de mediación obligatoria, en los que las partes no pueden escoger la persona del mediador. En este último caso, las partes deben al menos aceptarlo para que el proceso sea efectivamente utilizado. La persona del mediador es clave en el proceso. Sobre él descansa la responsabilidad de encauzar el conflicto hacia una solución mutuamente satisfactoria. Únicamente si se genera en las partes un grado suficiente de confianza podrá ejercer una intermediación útil. Esa confianza estará en definitiva apuntalada en el prestigio, experiencia, conocimientos y formación del mediador y, fundamentalmente, en la imparcialidad que demuestre.

– *Autodeterminación de las partes*: La mediación es el resultado de la autodeterminación de las partes: el trabajo conjunto de ellas será en definitiva el que permite arribar a un acuerdo, que depende sólo de su voluntad. No obstante, no puede dejar de anotarse que habitualmente existe una cierta delegación espontánea de las partes en la dirección y conducción del proceso hacia el mediador. Éste no puede imponer ninguna solución, pero

coordina y ordena la actividad de las partes durante el curso de la mediación. En otro sentido, la autodeterminación y la disponibilidad de las partes sobre el proceso es tal que basta que una de ellas manifieste su deseo de no continuar para que la mediación termine.

-Informalidad: Todo el proceso es informal, flexible y voluntario. No existen pautas rígidas a seguir, ni plazos estrictos que cumplir. Las pocas reglas son las que marcan la necesidad de estructurar un diálogo positivo y civilizado entre las partes y las que derivan de las técnicas que despliegue el mediador.

Principios

González (2004, p. 58) al establecer los principios de la mediación menciona los siguientes:

a) *Voluntariedad*; conforme a dicho principio la mediación no puede ser impuesta a persona alguna, es decir, la participación de las partes en el procedimiento de mediación debe ser por su propia decisión y no por obligación. Si se observa la Mediación desde este principio, se confirma su naturaleza como procedimiento autocompositivo, porque responde a la determinación de la partes para acudir, permanecer o retirarse del procedimiento, sin presiones, asimismo, las partes manejan libremente la

información que revelan y finalmente, deciden si llegan o no a un acuerdo.

b) *Neutralidad*; el mediador no puede ceder a sus propias inclinaciones o preferencias durante el procedimiento de la mediación, con lo cual sustrae sus puntos de vista relacionados con el conflicto, con el fin de evitar inducir a las partes a las conclusiones a que deban llegar; por sobre todo, se abstiene de emitir juicios de formación profesional o personal sobre los asuntos debatidos respetando las decisiones tomen las partes.

c) *Confidencialidad*; es una de las notas más apreciada de la mediación, lo tratado no puede ser divulgado por el mediador, con la excepción de los casos en los que la información esté vinculada a un ilícito tipificado por la legislación correspondiente.

Por su parte, Caivano et al. (2006, 205), al establecer las ventajas de la mediación, refieren que la confidencialidad se predica en varios sentidos, en primer término señalan que es confidencial la existencia misma del proceso y todo lo que en él suceda, salvo que las partes hayan acordado lo contrario, pues, no se elaboran actas ni se llevan registros, no se guardan documentos o borradores de trabajo que hayan sido utilizados en las sesiones. En segundo término, el mediador debe guardar el secreto profesional de los hechos conocidos a través de la mediación, dicha obligación también

constituye un derecho que lo ampara en caso de ser citado como testigo en un juicio posterior que inicien las partes; en tercer término, también es confidencial, el resultado de la mediación, que busca impedir una publicidad dañosa o la divulgación de un precedente que pueda resultar negativa para una de las partes, y finalmente, exponen, que otro orden de confidencialidad rigen durante los *caucus* o sesiones que el mediador mantiene con una sola de las partes, quien puede suministrarle información que no desea revelar a la otra parte.

d) *Imparcialidad*; para Caivano et al. (2006), "... este el requisito *sine qua non* para poder intervenir como tercero en una mediación..." (p. 217). El mediador debe situarse en condición de equidistancia respecto de las partes para ver con objetividad el problema. La imparcialidad, constituye otra de las condiciones indispensables para que las partes encuentren confiable la participación del mediador. El mediador debe actuar libre de favoritismos o prejuicios, conduciendo el procedimiento con absoluta objetividad, sin inclinación hacia alguna de las partes, para que éstas puedan percibir que el mediador asume el compromiso de apoyarlos en igualdad de condiciones, sin propiciar ventajas para alguno.

Adicionalmente, este principio tiene estrecha vinculación con los valores de

honestidad y ética profesional, en efecto, el mediador debe reconocer sus capacidades, limitaciones e intereses personales, así como institucionales, con lo cual tiene el deber de excusarse si existen determinados vínculos entre él y una de las partes, como puede ser parentesco, amistad, trabajo, etc., y tiene la responsabilidad ética de analizar la información suministrada, antes de aceptar cualquier caso, para determinar si es o no apropiada su participación en la misma. Algunas legislaciones admiten la recusación ante el no desistimiento oportuno del mediador, con el fin de proteger los intereses de las partes.

e) *Celeridad*; se promueve este principio con el fin de implantar nuevos y eficaces instrumentos que permitan una justicia breve y rápida, lo que conllevaría evitar los tradicionales litigios lentos y onerosos. La característica principal es la solución de la controversia, en la mayor brevedad posible, con menor esfuerzo y gasto de tiempo y dinero, cabe agregar que la mediación se puede medir en horas, o en días, en comparación con los juicios que por lo general tardan años y los arbitrajes algunos meses.

Efectos

El uso de este sistema obedece al interés que se implementen mecanismos que permitan la solución no contenciosa de los conflictos que puedan surgir en un momento determinado entre los particulares y/o entre instituciones, con el fin último de garantizar de una manera efectiva la tutela de dichos intereses y la participación ciudadana en el marco de la resolución de los conflictos, cabe decir, que la mediación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos, regido como se encuentra por el principio de autodeterminación de las partes, que se define como el derecho de los ciudadanos de solucionar sus conflictos ya sea judicial, extrajudicialmente, en familia, en sus comunidades, es decir, en cualquier ámbito o aspecto de su vida, en este sentido, sólo se admite su uso si existe una expresa voluntad de concurrir a ella.

A manera de colofón, la mediación es un procedimiento de carácter voluntario, confidencial y flexible, cuyo objeto es ayudar a que dos o más persona o instituciones, encuentren la solución a un conflicto en forma no adversarial, regido por los principios de equidad y honestidad, en el que interviene un tercero imparcial y neutral llamado mediador. El mediador no toma decisiones, sino que tiene como función facilitar la comunicación entre las partes involucradas, a través de un procedimiento metodológico, centrado

en las necesidades e intereses de los involucrados, para solucionar su controversia en forma pacífica y satisfactoria.

No obstante, el carácter voluntario que se atribuye a la mediación como una de sus notas distintivas, resulta conveniente señalar, que de igual manera, puede ser obligatoria, bajo los términos de las leyes tal y como se ha expresado con anterioridad, pues, algunos países, establecen reglas que requieren la mediación en conflictos en cierta fase de un proceso judicial, con lo cual la dicha figura se encuentra revestida de un carácter obligatorio.

CAPITULO II

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES, LEGALES Y SUBLEGALES QUE INSTITUCIONALIZAN LA MEDIACION EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO

Normativa constitucional que regula la Mediación en Venezuela

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, ha dado un paso importante y progresivo al consagrar los procedimientos alternativos para la resolución de conflictos como parte integrante del sistema de justicia, no como "mecanismos excepcionales de terminación de causas", sino al comienzo o inicio de todo proceso judicial, con la finalidad de lograr que las partes puedan resolver su controversia planteado en sede judicial, y con ello lograr una mejor, oportuna y eficaz administración de justicia, que garantice el derecho fundamental de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva.

En este propósito nuestra Constitución, en su artículo 253 (último aparte), regula las instituciones que integran el sistema de justicia venezolano, y dentro de ellas incorpora a los Medios Alternativos para la Resolución de Controversias, así el referido artículo señala lo siguiente:

“... El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, **los medios alternativos de justicia**, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”. (Resaltado añadido)

De igual manera, el artículo 258 (último aparte) institucionaliza los MARC e impone la obligación de promover y utilizar dichos medios a los abogados, operadores jurídicos y entes encargados de administrar justicia, en los términos siguientes:

“...La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”. (Resaltado añadido)

Sobre el particular la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia mediante fallo N° 192 de fecha 28 de febrero de 2008, en el Recurso nulidad por razones de inconstitucionalidad, de la norma contenida en el artículo 87, ordinal 4º de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, ejercido por Bernardo Weininger y otros, referente a la nulidad de pleno de pleno de las cláusulas o estipulaciones establecidas en el contrato de adhesión que

Impongan la utilización obligatoria de arbitraje –instrumento normativo derogado por el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, de fecha 27 de mayo de 2008, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.889 de fecha 31 de julio de 2009, recientemente reformada tal y como se verá en el Capítulo III de este Trabajo-, en ese sentido, la Sala señaló lo siguiente:

**“...En efecto, como ha establecido esta Sala en anteriores oportunidades (especialmente, en la sentencia n.º 1139 de 5-10-00), los medios alternativos de solución de conflictos tienen como finalidad dirimir conflictos de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; a través de ellos se producen sentencias que se convierten en cosa juzgada, -en el caso del arbitraje, el laudo arbitral- y, por tanto, es parte de la actividad jurisdiccional y del sistema de justicia, “pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual carece, por ahora, la justicia alternativa”. En consecuencia, en tanto implican el ejercicio de actividad jurisdiccional, los medios alternativos de justicia atañen al derecho a la tutela jurisdiccional eficaz, por lo que, si en un caso concreto, el mecanismo más eficaz para la tutela de una situación jurídica es el arbitraje, a él tendrá derecho el titular de esa situación, siempre, claro está, que se cumpla, además, con las condiciones de procedencia de esos medios alternos.
.... se incorporan al sistema de justicia, los**

medios alternativos para la resolución de controversias, tales como el arbitraje, la mediación y la conciliación, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general...”
(Subrayado añadido).

La consagración constitucional de estos métodos permite concluir que los mismos complementan el sistema judicial y no lo sustituyen. Dicho criterio, sobre el carácter complementario de los medios alternativos como parte integrante del sistema judicial venezolano también ha sido acogido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante decisión de fecha 20 de junio de 2007, caso: Distribuidora Punto Fuerte, en el citado fallo la Sala expresó lo siguiente:

“... La jurisprudencia y la doctrina han sido pacíficas en cuanto a la incorporación al sistema de justicia del arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios para la solución de conflictos y al deber que tiene el legislador de promoverlos, como alternativas, ante las típicas disputas o querellas en sede judicial, esto es, no otra cosa sino la constitucionalización de los medios alternativos para la resolución de conflictos, desarrollo que proviene del artículo 258 de de de Venezuela (sic)...”. (Resaltado añadido)

De acuerdo con los razonamientos que se han venido realizando, se concluye que el marco constitucional y jurisprudencial citado, que sirve de

base para la institucionalización de los MARC dentro del sistema justicia venezolano, sirve lógicamente para fundamentar la constitucionalización de la mediación en Venezuela.

Normativas legales que regulan la Mediación en el Sistema de Justicia venezolano

En Venezuela actualmente la institucionalización de mediación ha tenido lugar mediante su incorporación en dos campos como lo son: en materia laboral y en materia del sistema de protección de la infancia y las adolescencia, pues, los respectivos textos normativos incorporan la mediación con carácter intrajudicial, es decir, dentro del propio proceso judicial, por contraposición al criterio tradicional, que concebía a dicha institución como un mecanismo extrajudicial, y dicha condición representaba su esencia.

- **La mediación en la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT)**

En materia laboral la mediación fue incorporada al Sistema de Justicia venezolano con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (LOPT), en fecha 13 de agosto de 2002, lo cual se realizó con la finalidad de hacer mucho más rápido y efectivo el proceso y menos oneroso, cambiando de manera significativa el procedimiento laboral que con anterioridad se celebraba y que se había caracterizado por ser un proceso

escrito, excesivamente lento, mediato y oneroso, lo cual traía como consecuencia la pérdida de la confianza de los ciudadanos en el sistema de administración de justicia. Es evidente entonces, que dicho instrumento normativo procuró la adecuación entre la justicia laboral y los principios, valores y normas consagrados en la Constitución, cuyos principios (autonomía, contradicción, inmediación, concentración, uniformidad procesal entre otros) constituyen las garantías para una Tutela Judicial efectiva en materia laboral.

Con respecto al principio constitucional de la oralidad, la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, lo desarrolla en su artículo 3, al establecer que “el proceso será oral, breve y contradictorio”, es decir, la oralidad como principio básico, rige y condiciona todas las actuaciones procedimentales, cuya expresión más evidente, es la existencia misma de un proceso oral, conforme al cual, todas las actuaciones de las partes se exponen en forma verbal, pues, la oralidad como un principio fundamental en el proceso judicial del trabajo, permite la efectiva realización de la justicia.

En los marcos de las observaciones anteriores, es especialmente significativo, que el sistema establecido en la Ley, desarrolló el principio de la oralidad a través de la audiencia, en este orden de ideas, el proceso por audiencia se desarrolla en dos audiencias fundamentales:

a) *La audiencia preliminar*; y

b) *La audiencia de juicio*.

Con respecto a la *audiencia preliminar*, ésta constituye uno de los momentos fundamentales y estelares del juicio del trabajo y su realización y conducción se materializa en la fase de sustanciación del proceso, estando a cargo del Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución; la preside el Juez y las partes deben comparecer de manera obligatoria, personalmente o mediante apoderados en el día y hora que determine el Tribunal, previa notificación del demandado. El carácter obligatorio persigue como fin, garantizar y facilitar un primer encuentro ante el Juez de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución, el cual estimule los medios alternos de resolución de conflictos con el fin de solucionar la controversia, evitando así el litigio o limitar su objeto.

En ese mismo sentido, la LOPT consagra que el Juez como rector del proceso, debe impulsarlo personalmente, a petición de parte o de oficio, hasta su conclusión, a tal efecto, debe tomar en cuenta a lo largo del proceso, la posibilidad de promover la utilización de medios alternativos de solución de conflictos, tales como la conciliación, mediación y arbitraje. Así, dicho texto normativo en su artículo 133, al regular la mediación en la

primera fase del juicio o Primera Instancia, durante la denominada “Audiencia Preliminar”, expresamente señala lo siguiente:

“En la audiencia preliminar el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución deberá, personalmente, mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal. Si esta mediación es positiva, el Juez dará por concluido el proceso, mediante sentencia en forma oral, que dictará de inmediato, homologando el acuerdo de las partes, la cual reducirá en acta y tendrá efecto de cosa juzgada (Resaltado añadido).

De acuerdo con el artículo antes transcrito, la LOPT concibe la mediación como un proceso que tiene por finalidad la solución de los conflictos individuales o colectivos del trabajo, mediante el principio procedimental de la oralidad, que envuelve la inmediación, la concentración y la publicidad, en un marco flexible, voluntario, proclive a encontrar colectivamente la solución del problema y que las partes queden satisfechas y por lo tanto, a pesar de no definirse lo que debe entenderse por mediación –en los términos del contenido de la ley-, se deduce de su articulado que la finalidad es el uso de este medio alternativo de justicia para resolver la controversia laboral (Perdomo, 2006, 51).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se concluye que la mediación judicial tal y como ha sido concebida en materia laboral como medio alternativo de solución de controversias, en el cual un tercero neutral e imparcial “juez” trata de avocar a las partes que tienen un conflicto, a efectos de que lleguen a un acuerdo que es producto de sus voluntades y que resuelva la disputa, ha tenido una importancia significativa e inmensa en la nueva forma de llevar los juicios laborales en el país.

En efecto, la mediación concebida como una etapa obligatoria del proceso en la Ley adjetiva laboral, a diferencia de otras legislaciones del mundo en donde la mediación se realiza antes de que comience el juicio y como un requisito preprocesal, dicha condición de obligatoriedad permite afirmar que comparativamente con los actos conciliatorios previstos en la antigua ley que regulaba los procedimientos laborales (Ley de Tribunales y Procedimientos del Trabajo) los cuales eran voluntarios y sin sanciones, como resultado de ello, en la práctica tuvieron poca efectividad, por el contrario la experiencia judicial indica que la mediación dentro de la primera etapa del juicio laboral, permite que las partes concierten la solución para poner a su conflicto, evitando que un tercero les imponga la solución, situación que contribuye a mantener un mejor clima de armonía en las relaciones de trabajo, al mismo tiempo, la mediación redujo notablemente la duración de los juicios laborales en nuestro país, cabe decir que, antes de la entrada en vigencia de la Ley los

juicios laborales duraban en promedio de 4 a 6 años y con la mediación como mecanismo efectivo, existe la posibilidad cierta de que el conflicto laboral se resuelva hasta un máximo de 4 meses, y como consecuencia de ello, se garantiza la Tutela Judicial efectiva en materia laboral.

Finalmente, en la LOPT el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, tiene un doble papel como mediador y conciliador, utiliza un modelo mixto de intervención, en momentos tendrá que ser más activo –como mediador- y menos activos en otros –como conciliador-, dependiendo de las particularidades de cada caso en concreto, así, su función como mediador se ubica dentro de la concepción más actualizada del proceso, que es consustancial con la idea de un Juez moderno, proactivo, protagonista, consciente de la labor de dirección del proceso, y si fuere nugatorio su intento conciliador, no correría el riesgo que ocurre con legislaciones de otros países en adelantar opinión, o que pronunciase o asumiera posición sobre el fondo del problema judicial planteado, que le hiciera perder su imparcialidad, por ser el Juez de Juicio quien va a decidir la causa, siendo una de las grandes ventajas que presenta nuestra Ley. (Daher et al., 2005, 551).

- **La mediación en la Ley Orgánica para la Protección de los niños, niñas y adolescentes (LOPNNA)**

Tal como se ha visto, los nuevos principios constitucionales imponen cambios y transformaciones radicales a las leyes que tradicionalmente han regulado el proceso en nuestro país, caracterizadas por el principio de la escritura, la multiplicidad de procedimientos especiales, por la sobrevaloración de muchas formalidades innecesarias y por modelos procesales y de gestión que generan procedimientos lentos y decisiones tardías, en tal sentido, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente no es ajena a esta realidad y visión de lo procesal. Por estos motivos, resultaba imprescindible adecuar los aspectos adjetivos de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente a los nuevos principios del proceso y del Sistema de Justicia contemplados en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en igual forma que sucedió con la adaptación de la LOPT.

La incorporación de la mediación como un MARC, en la Reforma a la LOPNNA de fecha 10 de diciembre de 2007, deviene entonces del cumplimiento de las exigencias de la nuestro Texto Constitucional. En este sentido, la Ley introduce una innovación importante a los procesos en

materia de protección integral de niños, niñas y adolescentes e instituciones familiares, el cual es el fortalecimiento de los MARC: ordenando al juez o jueza su promoción y creando una oportunidad procesal dirigida exclusivamente a la mediación, de comparecencia obligatoria y previa a la fase de juicio, salvo en los casos en los cuales por la naturaleza de la pretensión no es posible la mediación, dicha consagración se encuentra en su artículo 450, el cual prevé lo siguiente:

“... Principios. La normativa procesal en materia de protección de niños, niñas y adolescentes tiene como principios rectores, entre otros, los siguientes:

... e.- **Medios alternativos de solución de conflictos. El juez o jueza debe promover, a lo largo del proceso, la posibilidad de utilizar los medios alternativos de solución de conflictos, tales como la mediación,** salvo en aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la ley....
(Resaltado añadido).

Como puede observarse, esta ley da preeminencia a la mediación, en consecuencia, el procedimiento en primera instancia se desarrolla en dos audiencias, la audiencia preliminar y la audiencia de juicio. A su vez, la audiencia preliminar tiene dos fases: la fase de mediación y la fase de sustanciación, de ellas la fase de mediación sucede antes que la de sustanciación.

Con relación a la *audiencia preliminar*, la LOPNNA en su artículo 468, señala lo siguiente

“... Audiencia preliminar. A la hora y día señalados por el Tribunal de Protección debe tener lugar la audiencia preliminar, previo anuncio de la misma. La audiencia preliminar consta de la fase de mediación y la fase de sustanciación”.

En cuanto a la fase de mediación la Ley en su artículo 469, expresamente prevé lo que a continuación se transcribe:

“... De la fase de mediación. La fase de mediación de la audiencia preliminar es privada, con la asistencia obligatoria de las partes o sus apoderados y apoderadas. En los procedimientos relativos a Responsabilidad de Crianza, Obligación de Manutención y Régimen de Convivencia Familiar será obligatoria la presencia personal de las partes.

En esta fase las partes podrán acudir sin la asistencia o representación de abogados o abogadas. Si una de ellas cuenta con asistencia o representación de abogado o abogada y la otra no, se le informará a esta última de su derecho a contar con asistencia o representación jurídica gratuita y, en caso de ser solicitada se suspenderá la audiencia preliminar y el juez o jueza debe designar un profesional que asuma la defensa técnica a los fines de continuar el proceso.

En todos los casos, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe oír la opinión del niño, niña o adolescente, pudiendo hacerlo en privado de resultar más conveniente a su situación personal y desarrollo.

La fase de mediación de la audiencia preliminar no puede exceder de un mes, salvo acuerdo expreso de las partes. Las partes no quedan afectadas en el proceso de modo alguno por su conducta o señalamientos realizados durante la mediación”(Resaltado Añadido).

Sobre el carácter obligatorio de la mediación en la audiencia preliminar, el mismo se orienta hacia la promoción del encuentro entre las partes, para lograr una conciliación, en otras palabras, su razón fundamental tiene que ver con la necesidad de entablar en estas materias un diálogo, un puente de comunicación entre los padres de los niños, que redundará en beneficio del niño o adolescente, pues, mal podría llegarse a un acuerdo sobre los días de visita o sobre quién debe ejercer la guarda, si las personas involucradas no definen mediante diálogo, los términos de la relación (Carillo, 2007, 118).

En igual forma, el artículo 470 señala expresamente, todos los puntos relativos a la tramitación de la fase de mediación, en los términos siguientes:

... Al inicio de la audiencia preliminar, el juez o jueza de mediación y sustanciación debe explicar a las partes en que consiste la mediación, su finalidad y conveniencia. La fase de mediación puede desarrollarse en sesiones previamente fijadas de común acuerdo entre las partes o, cuando ello fuere imposible, por el juez o jueza.

El juez o jueza tiene la mayor autonomía en la dirección y desarrollo de la mediación, debiendo

actuar con imparcialidad y confidencialidad. En tal sentido, podrá entrevistarse de forma conjunta o separada con las partes o sus apoderados y apoderadas, con o sin la presencia de sus abogados o abogadas. Asimismo, podrá solicitar los servicios auxiliares del equipo multidisciplinario del Tribunal para el mejor desarrollo de la mediación... (Resaltado añadido).

Por otra parte, la Reforma a la Ley prevé en que circunstancias resulta improcedente la fase de mediación y señala aquellas materias cuya naturaleza no la permita o se encuentre expresamente prohibida por la Ley, tales como, la adopción, la colocación familiar o en entidad de atención e infracciones a la protección debida.

Cabe agregar que la Ley prevé que la mediación puede concluir con un acuerdo total o parcial que homologará el juez o jueza de mediación y sustanciación, el cual se debe reducir en un acta y tendrá efecto de sentencia firme ejecutoriada. En caso de acuerdo total se pone fin al proceso. En caso de acuerdo parcial, se debe dejar constancia de tal hecho en un acta, especificando los asuntos en los cuales no hubo acuerdo y continuar el proceso en relación con éstos, y en interés de los niños, niñas o adolescentes, el acuerdo puede versar sobre asuntos distintos a los contenidos en la demanda.

Por otra parte, en esta fase la mediación también puede concluir por haber transcurrido el tiempo máximo para ella o antes, si a criterio del juez o jueza resulta imposible, así, se debe dejar constancia en auto expreso de los hechos y continuará el proceso y tendrá inicio la *fase de sustanciación*.

Resulta oportuno destacar, que siendo la mediación y la sustanciación actividades de naturaleza disímil, entonces la distinción entre fase de mediación y sustanciación en los términos de la Ley resulta ventajosa, puesto que la mediación es un proceso informal y flexible, que se basa en la comunicación entre las partes, a través de la facilitación de un tercero, para llegar a una solución mutuamente acordada, por el contrario, el fin de la sustanciación es el debate oral sobre todas y cada una de las cuestiones formales, referidas o no a los presupuestos del proceso, que tengan vinculación con la existencia y validez de la relación jurídica procesal, especialmente para evitar quebrantamientos de orden público y violaciones a garantías constitucionales como el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, con lo cual esta fase está revestida de un carácter de confrontación jurídica que impide la consecución de acuerdos, como fin de la mediación. (Carillo, 2007, 116)

En lo que se refiere a la *audiencia de juicio*, se trata de un acto público, salvo las excepciones previstas en la ley, y la presidirá y dirigirá el juez o jueza de

juicio, quien explicará a las partes la finalidad de la misma. Las partes vuelven a intervenir en la misma exponiendo sus alegatos en forma verbal, ceñidos a lo que señalaron en la etapa preparatoria del juicio y frente al Juez que dictará el fallo, luego proceden a la incorporación de la prueba, rinden sus conclusiones y esperan que se dicte el fallo. Sobre el particular, Carillo (2007, 121), señala que esa separación entre las dos audiencias (Audiencia Preliminar y Audiencia de Juicio) tiene radical importancia, así en el año 2000, con la entrada en vigencia de la LOPNNA, se advirtió sobre la necesidad de separar las funciones de juez de las de mediador, que responde a lógicas, entrenamientos y expectativas de las partes.

Esa misma posición fue adoptada por la LOPT –tal y como se explicó con anterioridad-, que fue el primer texto normativo en la historia legislativa venezolana en separar ambas funciones en sede jurisdiccional, hecho que junto a otras características, ha sido fundamental para el éxito que ha tenido la dicho cuerpo normativo, ya que la separación de esas funciones promueve el diálogo entre las partes y potencia la actividad del mediador, en otras palabras, sino se logra un acuerdo, el juez de juicio, al momento de decidir, no estará influenciado por la información a la que haya tenido acceso durante el proceso de mediación, igualmente, las partes no tienen la presión de que la información y debate de opciones propios de la mediación puedan condicionar la decisión, con lo cual concluye el autor, que es atinado haber

separado las actividades de mediación de la de adjudicación, no sólo desde la perspectiva de las audiencias, sino, más importante aún, por el hecho de que cada una de esas audiencias sea llevada por personas distintas.

Por otra parte, la mediación como mecanismo alternativo para la solución de controversias en materia de niños y adolescentes, en conflictos considerados como “mediables” tales como los relacionados con guarda, visitas y alimentos, para ilustrar este último caso, la fijación de la pensión de alimentos, resulta ser un asunto típicamente mediable, a tal efecto, la Ley consagra que “para la determinación de la Obligación de Manutención, el juez o jueza debe tomar en cuenta la necesidad e interés del niño, niña y adolescente que la requiera, la capacidad económica del obligado u obligada, el principio de unidad de filiación, la equidad de género en las relaciones familiares y el reconocimiento del trabajo de hogar como actividad económica que genera valor agregado y produce riqueza y bienestar social”,

A tal efecto, la ley otorga un amplio margen de negociación al establecer que el parámetro para su fijación de la capacidad económica de los padres en armonía (no en contraposición) con las necesidades de los hijos, es decir, la mediación es capaz de convertir una pretensión mezquina, en un asunto que contemple las verdaderas necesidades de los hijos o del beneficiario de la

pensión (hermanos, padres, abuelos) y tome en consideración la verdadera capacidad económica del obligado, con las variantes de buenos y malos tiempos, desempleo, necesidades propias del obligado, compromisos previamente adquiridos y todas las variables posibles en estos casos.

Cabe agregar, que un proceso de mediación efectiva, constituye un gran avance hacia el desarrollo de un procedimiento judicial más expedito, transparente, en el cual se incrementan los poderes de dirección del Juez y, aunque pareciera contradictorio, también los poderes de las partes de encontrar soluciones a sus controversias, según visión personal del conflicto y contar con la anuencia del juez, por medio de la homologación, cuando esa solución, además de ser compatible con los derechos e intereses de las partes, resguarde adecuadamente el interés superior de los niños y adolescentes.

En fin, la LOPNNA contempla la figura de la mediación familiar dando cabida a la experiencia de otros países que ya han experimentado sus bondades, al considerarla como una fórmula idónea para resolver conflictos familiares, en efecto la mediación ayuda a reconstruir el diálogo y la comunicación perdida entre los protagonistas del conflicto familiar, que reduce o rebaja tensiones entre ellos, que desprende a las partes del diálogo centrado en las eternas disputas, ayudándolas a visualizar el futuro y aprendiendo a negociar, lo que

permite el descubrimiento de intereses comunes, genera decisiones más flexibles y adaptadas al caso concreto, así, la mediación familiar intrajudicial, bajo la conducción de un juez mediador lleva a las partes a la búsqueda de acuerdos satisfactorios para todos y en especial para los niños, niñas y adolescentes dentro de un espíritu de responsabilidad compartida y de coparentalidad (Morales, 2009, 98).

Normativas sublegales que regulan la Mediación en el Sistema de Justicia venezolano

A partir de la entrada en vigencia del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo, publicado en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 5.292 de fecha 25 de enero de 1999, cuya Reforma fue publicada en Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.246 de fecha 28 de Abril de 2006, la mediación se prevé como figura autónoma e independiente de la conciliación. Con respecto a este punto, Hoet- Linares, (2005, 2005, p. 42) señala:

“En Venezuela los términos de Conciliación y Mediación han sido utilizados de manera indistinta en nuestra legislación y no existe argumento doctrinal que en Venezuela distinga claramente los dos conceptos.
El término conciliación ha sido tradicional y

frecuentemente utilizado por el legislador venezolano en las leyes, códigos y reglamentos en los que la conciliación es orientada por un funcionario público (i.e., Jueces, Superintendentes, Inspectores del Trabajo, etc.).

Por su parte el término Mediación ha sido utilizado más frecuentemente por las instituciones privadas destinadas a la solución alternativa de disputas (i.e. Cámara de Comercio de Caracas) en las que la Mediación es orientada por un particular entrenado en técnicas de negociación y Mediación).

...Es importante destacar que el Reglamento a esta Ley –LOT- define claramente a la Conciliación y a la Mediación por lo que toda confusión terminológica que pudiese existir en el pasado, debe ser resuelta conforme a los criterios que establece el Reglamento”.

En tal sentido, el RLOT expresamente señala que “los modos de autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo, salvo disposición en contrario de la Ley o de este Reglamento, se preferirán a los de heterocomposición”, dicha disposición estuvo regulada en el artículo 194, ahora se encuentra prevista en el artículo 166 (según derogatorias de artículos Publicada en Gaceta Oficial N° 38.426 de fecha 28 de Abril de 2006).

Así, el referido artículo prevé lo siguiente:

...Son modos de autocomposición:

- a.- La negociación directa entre las partes.
- b.- La conciliación, donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo.

c.- La mediación, donde el tercero interviene en la negociación y somete a consideración de las partes, fórmulas específicas de arreglo; y

d.- La consulta directa a los trabajadores y trabajadoras y patronos o patronas involucrados en el conflicto, mediante la instalación de una comisión de encuesta, la celebración de un referéndum o cualquier otra modalidad que se estime apropiada.

Son modos de heterocomposición:

a.- El arbitraje; y

b.- La decisión judicial. (Resaltado añadido).

De la norma transcrita, se puede observar que la mediación tal y como fue prevista en el RLOT adquiere estructura propia, máxime si se toma en consideración que aún cuando ya la Ley Orgánica del Trabajo (1997), en sus artículos 396 y 471 favorecía las relaciones armónicas colectivas y la solución pacífica de los problemas de las diferencias surgidas entre trabajador y patronos, principio de “solución pacífica de los conflictos” ratificado en su artículo 503 Literal c), referente a la Huelga de Solidaridad y su Tramitación Administrativa, cuando prevé que la Junta de Conciliación limitará su actuación a mediar en el conflicto principal coadyuvando en la solución del mismo, en consecuencia se observa que en los términos de la LOT expuestos, mediar y conciliar tenían similar significado.

De lo afirmado Carballo, C., y Villasmil, H. (1999, p.10), se interpreta que la doctrina que inspiró al Reglamentista a propósito del ámbito o alcance del poder reglamentario, se corresponde con la jurisprudencia que al respecto sentó la extinta Corte Suprema de Justicia –ahora Tribunal Supremo de Justicia- mediante decisión emanada de la Sala Plena del 1 de junio de 1994, *in re* Recurso de Nulidad por Inconstitucionalidad del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo sobre el cuidado de los Hijos de los Trabajadores, fallo que estableció que “aún los reglamentos denominados vinculados por la doctrina, es decir, relacionados por una norma legal antecedente, no deben ser una expresión a escala de la Ley que le sirve de base, pues ellos tienen por objeto complementarla y desarrollarla, teniendo en cuenta siempre su espíritu, propósito y razón” .

Finalmente, el artículo 202 del RLOT prevé la creación del Servicio Nacional de Arbitraje y Mediación (SENAMED), “con el objeto de propiciar la autocomposición de los conflictos colectivos de trabajo, con adscripción al Ministerio del Trabajo en cuyo Reglamento Orgánico se determinará, entre otros, su régimen de funcionamiento”. No obstante esa previsión legal, hoy día no se ha creado ese Servicio ni el Reglamento que determine su régimen de funcionamiento, de manera que “salvo la Mediación natural realizada diariamente por la Inspectoría del Trabajo, en los actos conciliatorios; la realizada en la negociación de un convenio colectivo y la establecida en los

propios contratos colectivos y acuerdos, no hay mediación laboral formal en cuanto al método y funcionamiento. Por tanto, no hay estadísticas” (Marisol Rodríguez citada por Hoet- Linares, 2005, p.79).

A manera de resumen final, se observa como en el caso venezolano sucede como en muchos ordenamientos jurídicos de otros países, la mediación como medio alternativo forma parte integrante del sistema de justicia, como consecuencia de la proliferación de los asuntos judiciales y la exigencia del respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, abriendo un camino o cauce complementario a la vía jurisdiccional, método incorporado a los procesos judiciales que se suscitan en materia laboral y de protección integral para la infancia y la adolescencia, y que se emplea con la finalidad de que las partes resuelvan su disputa judicial, con cierta celeridad y con ello se busca descongestionar los tribunales, que adolecen de capacidad y mecanismo de coordinación para dar una oportuna respuesta a los problemas planteados

CAPITULO III

OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONTROVERSIAS EN EL SISTEMA DE JUSTICIA VENEZOLANO

La Conciliación

Conceptualización

Carnelutti (1944, p. 203) ubica a la conciliación entre la mediación y la decisión, al sostener que la conciliación tiene la estructura de la mediación, por cuanto se traduce en la intervención de un tercero entre las partes con la finalidad de inducirlos a un acuerdo, sin embargo se diferencia de esta por cuanto mientras la mediación busca una solución contractual cualquiera, la conciliación busca una solución composición justa. En este sentido, la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda.

Para Caivano et al. (2006), la conciliación “es un método idóneo, económico, rápido y eficaz para solucionar conflictos de intereses” (p. 417), así su objetivo primordial es acercar a las partes, en la búsqueda de acuerdos exitosos, y cuando ello no resulte posible, servirá para facilitar, mejorar o despejar las condiciones del proceso.

La conciliación en general “es un intento por llegar a un entendimiento entre las partes que tienen un litigio, que signifique un acuerdo razonable y que excluya el conflicto por una transacción en, como este contrato lo indica, los contrayentes realicen recíprocas concesiones. Según esta idea la conciliación es el marco, la transacción su contenido” (Vescovi, citado por Hoet-Linares, 2005, p.40).

Lo cierto es que la conciliación busca una solución al conflicto, pero no una solución impuesta, sino una solución construida por las partes, en virtud de la cual se logre la satisfacción de ambas. Asimismo, la conciliación puede ser voluntaria u obligatoria y convencional o reglamentada. Es voluntaria cuando las partes lo emplean como un mecanismo alternativo para solucionar un conflicto y por el contrario la obligatoriedad deviene de su previsión en Leyes o Convenciones Colectivas, como una instancia previa cuyo agotamiento es resulta impretermitible para el empleo de otros medios de solución de conflictos.

Henríquez La Roche (2004), señala que “la Convención es el acuerdo o arreglo al que llegan las partes en el proceso, por causa de la procura y mediación del juez” y que ésta puede o no coincidir con la transacción, en el ámbito sustancial, según haya o no concesiones recíprocas de la partes. (p.

320).

En ese sentido, Fornaciari (citado por Henriquez La Roche, 2004, 328) refiere que el acuerdo conciliatorio presenta diferencias con los otros modos anormales de conclusión procesal, a tal efecto señala:

“... La mayor confusión suele presentarse con la transacción, pero como enseña Couture, siempre que se transige se concilia; más no siempre que se concilia se transige. Entre conciliación y transacción existe una relación de género a especie; relación que puede aplicarse a las otras formas extintivas del conflicto. La conciliación puede tener cualquier contenido con la limitación ya apuntada; así, el acuerdo conciliatorio será el continente, su forma de concreción el contenido. Avanzado sobre esta distinción, se ha dicho certeramente que la transacción está referida siempre a intereses pecuniarios, en cambio la conciliación puede comprender todo tipo de pretensiones.”

Flórez (2004, 1) afirma que en Colombia la doctrina y las legislaciones en los últimos años se han preocupado por la conciliación, como actividad desplegada ante un tercero, por las partes, dirigido a encontrar una solución justa frente a un conflicto de intereses, y puede adelantarse ante un órgano público o ante un órgano privado, en ambos casos, con carácter obligatorio, y dando origen a la denominada conciliación preventiva o preprocesal

(extrajudicial) y a la intraprocesal (judicial), cuya distinción deviene de la relación con la litispendencia, de tal forma que si se realiza antes de ésta será preventiva, y se realiza después, con su término será intraprocesal.

De manera semejante Caivano et al. (2006, 412), simplifican la clasificación de la conciliación en dos: la conciliación prejudicial y la intrajudicial, con base en el factor tiempo (en que momento del proceso se intenta). Estas dos categorías tienen objetivos diferentes: la primera busca evitar el litigio solucionando el conflicto; la otra procura evitar el dictado de la sentencia que debería recaer para dilucidar la controversia.

Morello (1990, citador por Caivano et al, 2006, 413) explica las diferencias entre la conciliación prejudicial y conciliación intrajudicial, en tal sentido, entre otras señalan las siguientes:

-Conciliación Prejudicial:

- La operan los colegios de abogados
- El objeto es solucionar el conflicto
- La finalidad es pacificar una situación de enfrentamiento atentatorio –actual o potencialmente- de la paz social.
- El método es la mediación y la negociación asistida por un

experto

- Las bases de solución son más flexibles, desaparecen los criterios jurídicos de justicia y las barreras procesales (el objeto del proceso, la traba de la litis).

-Conciliación intrajudicial:

- La opera el juez
- El objeto es componer la litis y terminar el proceso
- La finalidad es hacer privar la justicia
- El método es la persuasión, menos activa para evitar perder la imparcialidad
- Las bases de solución están atadas al marco del objeto procesal y se encuentran más próximas a la que brindaría la sentencia que idealmente recaería en ese proceso.

Naturaleza Jurídica

Según lo señalado por Carnelutti (1944, p. 203), la conciliación se traduce en la intervención de un tercero entre las partes con la finalidad de inducirlos a un acuerdo, que busca una composición justa. Así, la conciliación es un mecanismo de autocomposición procesal, un sistema no adversarial, que

reconoce a las personas implicadas en el conflicto como las más capacitadas para encontrar la solución más satisfactoria, en ese sentido, el conciliador -Autoridad Administrativa o Juez- "sólo" ayuda a que las partes puedan alcanzar los acuerdos que darán satisfacción a sus intereses sin utilizar la coacción y facilitando el entendimiento.

Características

1- Es un proceso voluntario, donde la negociación asistida es el elemento preponderante, y en donde el conciliador no emite ninguna decisión.

2- Tiene un procedimiento rápido, poco formal y que supone el contacto y la participación de las partes.

3- Es de estricta confidencialidad. En consecuencia todo aquello actuado dentro del proceso de conciliación, no puede ser utilizado como prueba para un proceso judicial subsiguiente. La conciliación niega el principio de publicidad en sus actuaciones.

4- La conciliación es un proceso de negociación entre dos partes en el que el tercero es imparcial. Evidentemente esta característica otorga al conciliador

un mayor margen de accionar, pudiendo éste reunirse indistintamente por separado con los actores del conflicto.

5- Los acuerdos adoptados en el proceso de conciliación carecen de mérito ejecutivo. A esta característica escapan como excepción los casos que puedan constituir transacción. Estos acuerdos solamente tendrán mérito ejecutivo cuando la ley expresamente así lo reconozca.

La Conciliación en Venezuela

En lo tocante a la normativa que regula la conciliación en Venezuela, resulta conveniente señalar, que como tal y como se expresó con anterioridad, de conformidad con lo establecido en el Artículo 253 de la CRBV los medios alternativos de justicia forman parte integrante del Sistema de Justicia y se insta al legislador conforme a lo previsto en el artículo 258 (último aparte) a promover la utilización de la conciliación. De igual manera, dicha figura se encuentra instaurada en diferentes cuerpos legales, los cuales se mencionan a continuación: Código de Procedimiento Civil (publicado en Gaceta Oficial N° 3.970, Extraordinaria de fecha 13 de marzo de 1987), Ley Orgánica de Trabajo y su Reglamento, Ley Orgánica Procesal del Trabajo, La Ley Orgánica para la protección de niños, niñas y adolescentes, Código Orgánico Procesal Penal (cuya última reforma fue publicada en Gaceta Oficial N° 5.930

de fecha 04 de septiembre de 2009), Código de Comercio (publicado en Gaceta Oficial N° 475 Extraordinaria del 21 de diciembre de 1955), Ley Orgánica de la Justicia de Paz (publicada en Gaceta Oficial N° 4.817 Extraordinaria de fecha 21 de diciembre de 1994) y en la Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (publicada en Gaceta Oficial N° 39.358 de fecha 1 de febrero de 2010).

- La Conciliación en el Código de Procedimiento Civil (CPC)

Como ya se mencionó la conciliación está incluida en el CPC, según el cual los jueces en cualquier estado del juicio, antes de la sentencia, pueden llamar a las partes para conciliar, actuando el juez como conciliador. No obstante ello, se observa, que dicha figura se ha sido muy poco usada, tal vez por la visión adversarial que se tiene sobre el proceso, en donde los jueces están educados para sentenciar y los abogados están formados para litigar, en virtud de lo cual las posibilidades de llegar a un acuerdo satisfactorio se reducen. Así, el CPC, en su artículo 257, prevé lo siguiente:

“En cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, el Juez podrá excitar a las partes a la conciliación, tanto sobre lo principal como sobre alguna incidencia, aunque ésta sea de procedimiento exponiéndoles las razones de conveniencia”.

En cuanto a su eficacia, señala el referido instrumento normativo que la conciliación pone fin al juicio y tiene entre las partes los mismos efectos que la sentencia definitivamente firme que hubiere recaído sobre la materia que ha sido objeto de avenimiento entre las partes, de igual manera, dicho instrumento prohíbe la conciliación cuando se trate de materias en las cuales estén prohibidas las transacciones, pues, se entiende que existen materias que interesan al orden público, siendo indisponibles por las partes.

- La Conciliación en la LOT

Por su parte, la LOT en su artículo 3 previó la conciliación como mecanismo para resolver los conflictos individuales y colectivos laborales, en tal sentido, el referido artículo al atribuirle “carácter de irrenunciables a las normas y disposiciones que favorezcan a los trabajadores”, sin embargo, en su Parágrafo Único, menciona que dicha irrenunciabilidad “no excluye la posibilidad de conciliación o transacción siempre que se haga por escrito y contenga una relación circunstanciada de los hechos que la motiven y de los derechos en ella comprendidos”, y que esa transacción celebrada por ante el funcionario competente del trabajo “tendrá efecto de cosa juzgada”.

De igual manera, la LOT al regular en su artículo 117 el Juicio de Estabilidad consagró la conciliación en los siguientes términos:

“Una vez recibida la demanda del trabajador, el Juez citará al patrono para que dé su contestación a la demanda, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes; y al día siguiente del vencimiento del lapso del emplazamiento para la contestación, **sin haberse logrado la conciliación ni el convenimiento del demandado**, el procedimiento quedará abierto a pruebas, sin necesidad de providencia del Juez, a menos que el asunto deba decidirse sin pruebas, caso en el cual el Juez lo declarará así en el día siguiente a dicho lapso...” (Resaltado añadido).

En lo que se refiere al tema del Derecho Colectivo del Trabajo en Venezuela, como bien se ha explicado con anterioridad, la ley establece la figura de la conciliación como un procedimiento autocompositivo para la resolución de los conflictos colectivos. En ese sentido, la LOT regula la negociación colectiva y la conciliación con carácter obligatorio, tal y como se evidencia del artículo 469 y siguientes del referido instrumento legal. En dicho procedimiento la autoridad administrativa tiene a su cargo el deber de procurar la solución armónica y pacífica de las divergencias, aun antes de que revistan carácter conflictivo, es decir, antes de que se presente el pliego de peticiones conflictivo, sin perjuicio de que las partes acuerden

procedimientos previos para la solución de las diferencias.

Una vez agotados estos procedimientos previos y cuando la autoridad administrativa tenga conocimiento de que hay una diferencia de carácter colectivo, abrirá una etapa de negociación colectiva entre las partes, con la potestad de participar en ella si lo estima conveniente, a fin de armonizar los intereses enfrentados. Así, agotados los procedimientos previos, los trabajadores pueden dar inicio al procedimiento conflictivo mediante la presentación de un pliego de peticiones conflictivo ante la autoridad administrativa.

Con posterioridad al inicio del conflicto la autoridad administrativa, en ejercicio de su atribución de facilitar una solución armónica al mismo, diligenciará lo conducente para constituir una Junta de Conciliación, a fin de concertar una solución satisfactoria para las partes. Alcanzada la conciliación o declarada imposible de lograr concluirá esta etapa del procedimiento, y la recomendación de la Junta de Conciliación puede dar lugar a un arreglo con carácter definitivo o sugerir que el conflicto sea sometido a arbitraje.

- La Conciliación en el RLOT

Según se ha citado, el RLOT establece dos clases de procedimientos de solución de conflictos colectivos: la autocomposición y la heterocomposición. En la primera categoría se encuentran: la negociación, la conciliación, la mediación y la consulta. En tanto que en la segunda se encuentran: el arbitraje y la decisión judicial, asimismo, define la conciliación como un modo de autocomposición “donde un tercero interviene en la negociación para coadyuvar a las partes a alcanzar un acuerdo”.

- La Conciliación en la LOPT

Tal como se ha visto, la nueva Ley adjetiva del Trabajo en su Artículo 133, atribuye al Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución funciones para mediar y conciliar las posiciones de las partes, tratando con la mayor diligencia que éstas pongan fin a la controversia, a través de los medios de autocomposición procesal. Como puede observarse, la novedad consiste en la incorporación de la conciliación en el citado instrumento normativo, por lo tanto adquiere el carácter de “intrajudicial”, cuya finalidad es propiciar extinguir la litis frente a una segunda fase contenciosa.

Según se ha visto, nuestro ordenamiento legal en materia laboral, contempla la conciliación dentro de un proceso judicial y fuera de éste, pues, la conciliación prejudicial o extrajudicial prevista en la LOT y en el RLOT se lleva a cabo ante la Autoridad Administrativa del Trabajo (Inspectorías del Trabajo) y la conciliación judicial o intrajudicial ante un Juez.

- La Conciliación en la LOPNNA

La LOPNNA establece en sus artículos 308 y siguientes un Procedimiento para la Conciliación ante las Defensorías de Niños, Niñas y Adolescentes. En ese sentido, la Ley señala que el procedimiento conciliatorio tiene carácter voluntario y se inicia a petición de parte o a instancia de la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes ante la cual se tramite un asunto de naturaleza disponible que pueda ser materia de conciliación. En este último caso, la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes, en su condición de conciliadora, instará a las partes involucradas a iniciar tal procedimiento, mediante notificación personal escrita u oral.

Una vez aceptado el procedimiento conciliatorio por las partes involucradas, mediante comparecencia personal ante la Defensoría de Niños, Niñas y Adolescentes, se establecerá la naturaleza del conflicto y los extremos sobre los que versará el acuerdo conciliatorio.

En lo tocante al procedimiento la Ley establece dos fases la primera denominada *fase preliminar*. En dicha fase, la conciliación se inicia con una entrevista a las partes en la cual el conciliador o conciliadora les informa sobre los elementos que caracterizan el procedimiento conciliatorio y la conveniencia de llegar a un acuerdo de naturaleza extrajudicial. Si lo estima necesario, el conciliador o conciliadora puede entrevistarse por separado con cada una de las partes, reuniéndolas luego para establecer los extremos del conflicto y las posibles soluciones.

En cuanto a la *fase final*, ésta se refiere al Acuerdo conciliatorio, el cual se consigna en un acta que debe contener:

- a.- Indicación de los datos necesarios para identificar a las partes y al proceso.
- b.- Naturaleza del asunto sobre el cual versa el acuerdo.
- c.- Relación sucinta de lo acontecido en el proceso.
- d.- Acuerdos a que llegaron las partes.
- e.- Lugar y fecha del acuerdo.
- f.- Firma de las partes y del conciliador o conciliadora.

El acuerdo así celebrado surtirá, de inmediato, efecto entre las partes.

Por otra parte, si el acuerdo conciliatorio es de carácter parcial, se debe dejar

constancia de tal hecho en el acta conciliatoria en la cual deben indicarse, además, los puntos sobre los que no hubo acuerdo. En este último caso, las partes conservan la posibilidad de acudir a las instancias judiciales correspondientes o continuar con los litigios pendientes, a los efectos de ventilar los extremos sobre los que no hubo acuerdo.

Finalmente, lograda la conciliación total o parcial, el Defensor o Defensora enviará al Tribunal de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes, dentro de los cinco días siguientes el acta respectiva para su homologación. El juez o jueza debe tomar la decisión dentro de los tres días siguientes a la recepción del acuerdo conciliatorio. El acuerdo conciliatorio tiene los efectos de sentencia definitivamente firme y ejecutoria, una vez homologado ante la autoridad judicial competente.

- La Conciliación en el Código Orgánico Procesal Penal (COPP)

La conciliación en COPP se encuentra regulada en el Procedimiento de Delitos de Acción Dependiente de la Instancia de Parte, una vez abierta la audiencia el juez llamará a un acto de conciliación, y si ésta no prospera, continuará el juicio oral y público de conformidad con lo establecido en el Artículo 409.

Del mismo modo, el Código prevé en su Artículo 428 la conciliación en el Procedimiento para la Reparación del daño y la indemnización de perjuicios, que es el ejercicio de la acción civil, que se puede iniciar cuando quede firme la sentencia condenatoria, la acción se interpone ante el Juez Unipersonal o el Juez Presidente que dictó la sentencia, el Juez actúa como conciliador entre las partes; y en caso de no que no se llegue a un acuerdo conciliatorio el Juez ordenará la continuación del procedimiento y fijará la audiencia.

- La Conciliación en el Código de Comercio (CC)

El Código de Comercio consagra la figura de la conciliación en el Juicio de Quiebra, dentro del procedimiento de liquidación por parte de los acreedores, en dos supuestos, el primero está contemplado en el artículo 962, el cual consagra lo siguiente:

“El Tribunal convocará a los acreedores por la prensa y por carteles, donde no hubiere periódicos, para que se impongan del cuadro de calificación y hagan sus observaciones en pro o en contra, dentro de los términos fijados en el artículo 959.

Vencidos los lapsos para los acreedores domiciliados en la República, quedará firme respecto de ellos la calificación que les concierne, si no hubiere habido objeción. **Si la hubiere habido respecto de algunos créditos, el tribunal convocará a los respectivos interesados para conciliación**, el tercer día, a la

hora que señale. Si no hubiere conciliación se sustanciarán y decidirán las controversias en juicio verbal, al cual se dará el curso legal...”

El segundo supuesto, se encuentra regulado en el artículo 1005, en los siguientes términos:

“Terminada la calificación de los créditos reclamados **el juez señalará uno de los tres días siguientes para tratar sobre conciliación respecto de los tachados**; y si las partes no concurrieren o no pudieren lograrse la conciliación, se abrirá la causa a pruebas para todas las tachas opuestas; y seguirá el juicio en la forma ordinaria del procedimiento mercantil”.
(Resaltado añadido)

De igual manera, el Código cuando regula el procedimiento mercantil hace referencia a la conciliación, cuando le otorga la facultad al Juez de acordar, aun de oficio, la comparecencia personal de la partes para promover su conciliación, de conformidad con lo establecido en el artículo 1004, y en caso de examen de cuentas, libros, piezas de autos, documentos o registros, podrá el juez, en cualquier estado de la causa, evitar las partes ante uno o tres expertos, los que procurarán la conciliación, y si no la lograren darán su informe sobre los puntos que se les hayan sometido.

Con relación a la contestación de la demanda y acto conciliatorio en las cuestiones entre socios o entre accionistas y los gerentes de la compañía por acciones, o entre el liquidador de la compañía y los antiguos socios y accionistas de la misma, el referido Código prevé que cada parte deberá comparecer acompañada de un amigo que contribuya a la conciliación, tal y como lo establece el artículo 1010.

- La Conciliación en la Ley Orgánica de la Justicia de Paz

Con referencia a dicha Ley, resulta preciso señalar que tiene por objeto regular todo lo relativo a la Justicia de Paz. A estos efectos, en cada división territorial que se establezca en los Municipios habrá una persona, que se denominará Juez de Paz, que tendrá por función solucionar los conflictos y controversias que se susciten en las comunidades vecinales. El propósito fundamental del Juez de Paz será lograr la justicia del caso concreto y garantizar la convivencia pacífica de los miembros de la comunidad vecinal.

Así, la conciliación es el mecanismo por medio del cual los Jueces de Paz procurarán la solución de los conflictos y controversias y cuando ello no fuere posible, dichos conflictos y controversias se resolverán con arreglo a la equidad, salvo que la Ley imponga una solución de derecho. Los Jueces de Paz también resolverán conforme a la equidad cuando así lo soliciten

expresamente las partes.

En ese orden de ideas, prevé el Artículo 7 del referido instrumento normativo, que “los Jueces de Paz serán competentes para conocer por vía de conciliación de todos aquellos conflictos y controversias que los interesados le presenten, sin más limitaciones que las derivadas del orden público y las que emanen de esta Ley”, con fundamento en lo cual, el Juez de Paz debe procurar por todas las vías posibles y de manera obligatoria la conciliación entre los interesados, de modo que los mismos resuelvan consensualmente sus problemas.

En lo que se refiere, a la culminación del procedimiento conciliatorio, la Ley señala que la conciliación culminará con la firma de un acuerdo, el cual tendrá valor de sentencia y deberá ser firmado por los interesados y por el Juez de Paz. Este acuerdo establecerá los derechos y obligaciones de cada interesado y los medios y plazos para ser cumplidos, y que el mismo no será revisable.

- La Conciliación en la Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios

Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios prevé la conciliación como mecanismo alternativo para la resolución de conflictos en su artículo 114 y siguientes, en tal sentido, señala que el Instituto para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (INDEPABIS), podrá practicar conciliaciones de oficio o a solicitud del denunciante en la sede del denunciado o en su propia sede, y una vez lograda la conciliación el funcionario actuante levantará un acta suscrita por las partes, donde conste los términos de la misma, pone fin al procedimiento una vez homologada por la Sala de Sustanciación.

De igual manera, la Ley prevé que el incumplimiento del acuerdo conciliatorio y la falta de acuerdo conciliatorio, dan lugar al inicio del procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el Capítulo IV del citado instrumento normativo.

El Arbitraje

Conceptualización

El arbitraje es la institución jurídica por la cual una jurisdicción privada conoce, en forma exclusiva y excluyente, de las controversias transigibles sometidas a ella mediante acuerdo de arbitraje, cuya decisión tiene la autoridad de cosa juzgada. En ese sentido, señala Henríquez La Roche, 2000, p.37), que la institución arbitral es una institución jurídica compuesta, integrada por el acuerdo de arbitraje y por el proceso arbitral, elementos que se confunden en una única realidad jurídica, sin que haya preponderancia de uno sobre el otro.

Por su parte, Rengel- Romberg (2004, 204), señala que la institución del arbitraje es una de las más controvertidas en el Derecho Procesal, con la cual se sustraen las resoluciones de las controversias, o en general, los conflictos de intereses, de los jueces naturales, que son los órganos del Estado, para entregarlos a uno o más terceros designados por las partes interesadas, a los cuales se encomienda la decisión.

De lo afirmado por Barona (1999, 207), se interpreta que el arbitraje es una fórmula heterocompositiva de solución de conflictos en la que interviene un tercero imponiendo la solución, que las partes acogen.

Para Bonnemaïson (2006, 14) el arbitraje es un medio alternativo de solución de conflictos convenido por las partes, que les permite dirimir sus diferencias o disputas sin acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado, en ese sentido, señala que el compromiso previo de los interesados determina el sometimiento de sus controversias –actuales o eventuales- a la decisión de terceros particulares (árbitros) con exclusión de la jurisdicción del Estado.

El arbitraje “es una institución mediante la cual las partes en conflicto pueden pactar que sus diferencias surgidas, en materia de su libre disposición, sean resueltas por árbitros”, mediante un laudo con eficacia de cosa, con la exclusión del asunto de los órganos jurisdiccionales, Córdón Moreno (citado por Bonnemaïson 2006, 14),

Naturaleza Jurídica

La naturaleza jurídica del arbitraje resulta muy controvertida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, en tal sentido, señala Mezgravis (1999, 257) que el arbitraje es una institución que presenta simultáneamente rasgos

contractuales y jurisdiccionales, situación que -según refiere- explica por qué la doctrina al analizar la naturaleza del arbitraje se divide en tres sectores: i) los que sostienen la Tesis Contractualista, ii) los que defienden la Tesis Jurisdiccional y iii) los que asumen una Posición Ecléctica o Tesis Intermedia..

En cuanto a la *Tesis o Teoría Contractualista*, sigue la tradición civilista del Derecho Romano e Intermedio y la doctrina de los Pandectistas, así, para Glück, la constitución de un árbitro tiene lugar por medio un doble contrato: uno entre las partes que se ponen de acuerdo en deferir la decisión de su controversia jurídica a un tercero y someterse a su decisión, y el otro contrato es el concluido entre las partes de un lado y el árbitro del otro, por el cual éste se obliga a decidir la cuestión que le ha sido deferida y tiene la naturaleza de un mandato o de una procura, esta forma de compromiso tiene la naturaleza y la fuerza de un acuerdo, y que por tanto se aplican los principios generales de la transacción (Rengel- Romberg, 2004, 207).

De igual manera, señala el citado autor que en la posición contractualista se colocan entre otros, Wach en Alemania y Chiovenda en Italia. Para Wach el procedimiento arbitral no es un proceso, no es un ordenamiento coactivo ni de tutela jurídica, su fundamento está en el arbitrio de las partes y el árbitro no tiene jurisdicción ni imperium, con lo cual concluye que el laudo no es una

sentencia judicial pasada en autoridad de cosa juzgada, carece de ejecutabilidad, que sólo puede obtenerla mediante una sentencia ejecutiva.

Por su parte, Chiovenda al tratar el compromiso arbitral dice que éste implica una renuncia al conocimiento de una controversia por obra de la autoridad judicial, las partes sustituyen al proceso, lo que es afín al proceso en su figura lógica, es una definición de controversia mediante un juicio de otros, pero el árbitro no es funcionario del Estado ni tiene jurisdicción, sus facultades derivan de la voluntad de las partes, y su decisión es irrevocable por voluntad de las partes, pero no es ejecutiva, se hace ejecutiva mediante un acto propio del órgano jurisdiccional, con lo cual el laudo hecho ejecutivo es elevado a nivel de acto jurisdiccional. Esa posición contractualista es compartida sustancialmente por Redenti, Calamandrei, Betti, Rocco y otros juristas italianos (Rengel- Romberg, 2004, 210).

En lo que se refiere a *Teoría Jurisdiccionalista* el autor comentado, señala que en esta posición se coloca Mortara, para quien el tema debe examinarse en relación con el concepto de Estado Moderno, de los fines de su actividad y en particular, de la tutela jurisdiccional de los derechos que ejercita, así, para Mortara el oficio jurisdiccional es una función de soberanía, ejercido por un poder legítimamente constituido en el Estado, sus actos poseen fuerza imperativa y obligatoria respecto de los actos jurídicos de la comunidad

social, por tanto la magistratura o jurisdicción ordinaria es tal órgano de soberanía, al contrario, los árbitros libremente elegidos por los particulares y los jueces de otro Estado no lo son.

No obstante ello, según Mortara el legislador considera oportuno que pueda sustituirse para la declaración del derecho controvertido, la obra de los árbitros privados o de los jueces extranjeros a aquella de los magistrados del Estado, pero no considera, que éstos órganos decisorios fuesen al mismo tiempo órganos de soberanía, por lo cual, tanto los tribunales arbitrales como los extranjeros, deben ser considerados “*órganos impropios de la jurisdicción civil ordinaria*”, si bien la función que cumplen, por el contenido y por los efectos, da vida a actos de jurisdicción en los confines dentro de los cuales el ejercicio de esta función es atribuida a ellos. En tal sentido, según esta teoría, aún cuando el Estado moderno garantiza la facultad de someter la resolución de controversias a la decisión de terceros, ésta no adquiere la forma de un juicio, porque no tiene fuerza coactiva, por lo que se trata de “*órganos impropios de la jurisdicción ordinaria*”.

Sobre la *Teoría Intermedia*, Carnelutti señala que la cuestión de la naturaleza del arbitraje y del laudo arbitral, supone aclarar las nociones de potestad jurisdiccional y del conferimiento de ésta a los árbitros, asimismo, expresa que el árbitro es un particular cualquiera, al cual las partes no pueden

atribuirle potestad alguna, por lo que su decisión de por sí, no tiene ninguna eficacia imperativa e igualmente el juez extranjero, quien si tiene jurisdicción frente al Estado al cual pertenece más no está provisto de ella en un Estado diverso, pero en ambos casos, sus decisiones pueden adquirir la misma eficacia que la decisión de los jueces dotados de potestad jurisdiccional cuando uno de éstos, en los modos prescritos por la ley, la haya sometido a un cierto examen y se haya pronunciado respecto de ella cierta providencia.

En ese mismo sentido, Carnelutti (1955, citado por Rengel-Romberg, 2004, 212), refiere lo que a continuación se transcribe:

“...tanto la decisión del árbitro como la del juez extranjero no pueden dejar de proceder de una potestad jurisdiccional cuando despliegan la misma eficacia que las decisiones pronunciadas por un juez provisto de tal potestad, pues la eficacia jurídica del acto supone la existencia del poder o del deber; por otra parte, la identidad de los efectos supone la identidad de las causas; así pues, si estos jueces no tenían la potestad antes, deben haberla adquirido después por virtud del acto que ha conferido eficacia a su decisión; conferir tal eficacia sin reconocerles a ellos la potestad, sería una contradicción en los términos; y ningún obstáculo se opone a tal deducción, puesto que, naturalmente, al conferimiento de la potestad se le puede atribuir efecto retroactivo, ya que el reconocimiento se define como una condicione iuris de la eficacia de la decisión y con ella de la potestad del juez que la ha pronunciado”.

Según se ha visto, esta *teoría intermedia* considera que la decisión del árbitro no puede dejar de emerger de una potestad jurisdiccional, cuando tiene la misma eficacia que las decisiones de los jueces, y se refiere a una suerte de potestad jurisdiccional sobrevenida, que adquieren los árbitros por virtud del acto que le confiere eficacia a su decisión, es decir, que el otorgamiento de tal potestad tiene efecto retroactivo y como consecuencia de ello, esta posición sigue considerando el requisito de la existencia de la potestad jurisdiccional y la entiende presente en el árbitro por el hecho del dictado del laudo arbitral.

En referencia a la naturaleza jurídica del Arbitraje según la doctrina venezolana, resulta preciso señalar que Rengel-Romberg (2004), comenta que la función jurisdiccional requiere el ejercicio de una actividad continuativa que se manifiesta en dos momentos: el conocimiento y la ejecución, y que si bien se entiende que la jurisdicción es manifestación de la soberanía en relación a la justicia, y por tanto corresponde *ab initio* al Estado, no existe en nuestro derecho disposición alguna, ni constitucional ni legal, que le impida al Estado Delegar u otorgar la potestad jurisdiccional, como lo hace efectivamente para el arbitramento.

De igual manera, señala que en materia de arbitraje se cumplen las dos fases de la función jurisdiccional, antes mencionadas: *la de conocimiento por el Tribunal Arbitral y la de ejecución forzosa mediante el Juez Natural*, así,

concluye que el laudo es de naturaleza jurisdiccional. En tal sentido, expresa que en el arbitramento no se pueden separar las dimensiones de lo contractual y lo jurisdiccional, porque si se atiende a su origen es un contrato, pero si se atiende a su función y a sus efectos es un proceso jurisdiccional.

Por otra parte, Borjas (citado por Rengel- Romberg, 2004, 221) menciona lo siguiente:

“El Estado conoce la validez y la legitimidad del contratote comprometer, pero como los particulares no podrían, sin peligro del orden social, ejercer por sí mismo la función soberana, delegada en los Poderes Públicos, de investir a los árbitros de la autoridad pública indispensable para ejecutar sus funciones, ha reservado la jurisdicción ejecutiva a los Jueces y Tribunales ordinarios, limitando la de los árbitros al mero conocimiento y decisión de los litigios. En tal virtud y en fuerza de las facultades que les confiere el compromiso, los árbitros sentencian; pero únicamente los jueces, conforme al poder que ejercen por ministerio de la Ley, pueden ejecutar esas sentencias”.

En igual forma, Cuenca (citado por Rengel- Romberg, 2004, 222), sostiene que el laudo es una manifestación de voluntad del Estado, y sus efectos jurídicos en nada se diferencian del fallo pronunciado por los jueces oficiales, “es una prolongación de la actividad de la actividad jurisdiccional y alcanza como toda sentencia autoridad de cosa juzgada”.

En atención a lo expuesto, se observa que la doctrina mayoritaria ha preferido siempre la naturaleza jurisdiccional del arbitraje y la jurisprudencia ha apoyado constantemente tal posición, reafirmandola en términos muy concluyentes mediante decisiones del Tribunal Supremo de Justicia.

En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, mediante Sentencia N° 1.121 de fecha 20 de junio de 2007, caso: Distribuidora Punto Fuerte – fallo antes comentado-, expresó lo siguiente:

“...De suerte tal, que el arbitraje constituye una excepción a la competencia constitucional que tienen los tribunales ordinarios del país de resolver, por imperio de la ley, todas las querellas que les sean sometidas por los ciudadanos a su conocimiento en uso del derecho constitucional de la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses y la garantía de acceso a la justicia, previsto en el artículo 26 de de de Venezuela (sic)...”

En este sentido, la doctrina comparada y nacional es conteste, en considerar al arbitraje como un medio de autocomposición extrajudicial entre las partes, quienes, mediante una voluntad expresa, convienen de forma anticipada en sustraer del conocimiento del Poder Judicial (acuerdo éste que también podría ser posterior, para el único caso en que, aun cuando ya iniciada una causa judicial, acuerden someterse al arbitraje) las diferencias, controversias o desavenencias que por la ejecución, desarrollo, interpretación o terminación de un negocio jurídico puedan sobrevenir entre ellas...

.... En cuanto a la constitucionalización del arbitraje, resulta pertinente citar la doctrina

sentada por esta Sala en su sentencia del 5 de noviembre de 2000 (Caso: Héctor Luis Quintero Toledo), en la cual se analizó el concepto de jurisdicción a la luz de los medios alternativos de resolución de conflictos previstos en el artículo 258 constitucional...

.... Ahora bien, los jueces de paz pertenecen al sistema judicial, son órganos jurisdiccionales, como lo son los árbitros y otras figuras que pueda crear la justicia alternativa, y son jueces de equidad, según el artículo 3 de de de Paz, siendo excepcionalmente jueces de derecho, conforme al mismo artículo que reza:

(...omissis...)

No puede considerarse que esta forma (la alternativa) de ejercicio de la jurisdicción, esté supeditada a la jurisdicción ejercida por el poder judicial, por lo que a pesar de su naturaleza jurisdiccional, estos Tribunales actúan fuera del poder judicial, sin que ello signifique que este último poder no pueda conocer de las apelaciones de sus fallos, cuando ello sea posible, o de los amparos contra sus sentencias .

La justicia alternativa (arbitramentos, justicia por conciliadores, etc.), es ejercida por personas cuya finalidad es dirimir conflictos , de una manera imparcial, autónoma e independiente, mediante un proceso contradictorio; produce sentencias (artículos 45 y 46 de de de Paz) (sic) que se convierten en cosa juzgada, ejecutables (lo que es atributo jurisdiccional, y que aparece recogido en el numeral 1 del artículo 9, y en los artículos 49 y 50 de de de Paz (sic), así como en las normas sobre ejecución del laudo arbitral de de Arbitraje Comercial, y en el artículo 523 del Código de Procedimiento Civil), y por tanto es parte de la actividad jurisdiccional, pero no por ello pertenece al poder judicial, que representa otra cara de la jurisdicción, la cual atiende a una organización piramidal en cuya cúspide se encuentra el Tribunal Supremo de Justicia, y donde impera un régimen disciplinario y organizativo del cual

carece, por ahora, la justicia alternativa”
(Resaltado añadido).

Con respecto a este punto sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, Mezgravis (1999, 257), sostiene que no obstante los rasgos contractuales o los jurisdiccionales que se atribuyen al arbitraje, lo esencial es que se comprenda que el principio que rige el Derecho de Arbitraje es “la autonomía de la voluntad de la partes”, en tal sentido señala lo siguiente:

“...Por nuestra parte, ya en otro trabajo hemos manifestado nuestra inclinación por la tesis contractualista...No es este el momento para justificar nuestra postura, y por ello nos conformamos aquí con sugerir que dicha polémica sea abordada desde una perspectiva pragmática como lo hace Pantaleón Prieto, al preguntarse: ¿Qué conviene más a aquellos que se benefician del apogeo del arbitraje, un arbitraje contractual-civil o un arbitraje jurisdiccional-procesal? La respuesta me parece obvia; un arbitraje lo más contractual civil posible (esto es, lo más informal y dispositivo posible), por lo que respecta al convenio arbitral, la designación de árbitros y el procedimiento arbitral en general; y lo más jurisdiccional- procesal posible en materia de ejecutoriedad y eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, pero sin un sistema de recursos contra éste propio de una sentencia judicial.

Poco importa en realidad determinar si son los rasgos contractuales o los jurisdiccionales los que más destacan en la exposición pragmática antes expuesta, lo indispensable es que se comprenda con toda claridad que el principio rector del Derecho de Arbitraje es “la autonomía de la voluntad de las partes”, y que

las normas de procedimiento de arbitraje pueden ser libremente pactadas o relajadas por las partes, lo cual supone obviamente que esas normas no son de orden público, y por ende su inobservancia podría ser subsanada o consentida por las partes, bien de manera expresa o bien de manera tácita. **No debe olvidarse que el sistema arbitral deviene de la voluntad de las partes sobre materia necesariamente disponible o en la que cabe transacción, y por ello el alcance que se atribuye a los árbitros queda determinada en primer término por lo acordado por las partes...**(p. 257). (Resaltado añadido)

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se concluye que la naturaleza jurídica del arbitraje depende de la visión contractualista o jurisdiccional que se tenga, si embargo, la noción que se debe tener presente es el arbitraje es un mecanismo de resolución de controversias que tiene su origen en un acuerdo de voluntades de las partes involucradas, mediante el cual convienen en someter al conocimiento de terceras personas, la resolución de sus conflictos de intereses, lo que quiere decir que, sólo compete al legislador regular el ejercicio de una facultad que ostentan las personas en mérito de la autonomía de la voluntad.

Características

Señala Mezgravis (2006, 334), al referirse a los mecanismos adjudicativos o adversariales, que el arbitraje y el sistema judicial comparten las características de ser adversariales y adjudicativos, y que el rol fundamental del tercero que interviene en estos procesos, bien se llame árbitro o juez, no es el de contribuir con las partes para que estas logren un acuerdo que termine con el conflicto, sino que su principal función es imponerles la solución a las partes, mediante un laudo arbitral o sentencia judicial.

En ese orden de ideas, el autor establece algunas pautas que orientan a la selección del arbitraje como mecanismo apropiado para resolver una determinada controversia, a tal efecto señala lo siguiente:

1.- *Materias complejas o técnicas*, indica que una de las grandes ventajas del arbitraje, es que permite que las partes escojan y designen al tercero o terceros que resolverán la controversia, en virtud de lo cual, si se trata de una materia técnica, especializada o compleja las partes tendrán la oportunidad de seleccionar a un tribunal arbitral experto en la materia respectiva.

2.- *Celeridad*, los árbitros están comprometidos a dictar el laudo dentro de la oportunidad pautada, como resultado de ello, el procedimiento es más rápido comparativamente con el proceso judicial en el que un juez debe admitir y tramitar todas las acciones judiciales que sean presentadas ante su tribunal.

3.- *Confidencialidad*, Salvo acuerdo contraído de las partes los árbitros tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral, de conformidad con lo establecido en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje.

4.- *Buena fe en las posiciones*, aunque no es un requisito indispensable en las actuaciones de las partes para que pueda conducir con éxito un arbitraje, si es en cambio la verdadera razón por la cual las partes que no han suscrito un acuerdo de arbitraje con anterioridad a la controversia lo hagan. Cuando las partes actúan de buena fe y confían en tener la razón, demuestran interés en que un tercero neutral y experto les resuelva la disputa, en ese tipo de proceso existe cooperación, cortesía, lealtad y probidad, por el contrario cuando existe mala fe, el tribunal debe velar y procurar no brindarle a dicha parte una excusa con que intentar atacar de nulidad el laudo al final del proceso.

5.- *Interés en la relación*, si bien es cierto que el arbitraje es un proceso adversarial, no es menos cierto que se desarrolla en un clima mucho menos hostil que el judicial, pues, el simple hecho de que sea confidencial y que las partes estén en contacto permanente y directo con los árbitros, hace que por sí solas moderen sus conductas y agresividad, y como consecuencia de la visión tradicional que se tiene del arbitraje, como un proceso amistoso de resolución de controversias, quienes no pueden resolver una disputa a través de una negociación o mediación y mantienen interés en conservar una relación les resulta aconsejable el arbitraje.

En cuanto a las características asignadas al arbitraje por la doctrina especializada, y que recoge Monroy Cabra (1982, citado por Bonnemaïson, 2006, 17), se pueden sintetizar en las siguientes:

a) Es un verdadero proceso, en virtud de que las partes someten su controversia a la resolución de un tribunal arbitral.

b) Tiene origen contractual, supone la existencia de un convenio entre las partes para sustraer la controversia a la competencia de los tribunales ordinarios y someterla al conocimiento y decisión de los árbitros.

c) Supone la creación de un tribunal arbitral para cada caso

controvertido, a diferencia de lo que ocurre con el trámite de las cuestiones ordinarias, del cual conocen los tribunales permanentes que tienen competencias específicas.

El arbitraje en Venezuela

En Venezuela el arbitraje se encontraba regulado desde el Código de Procedimiento Civil de 1916, aunque la cláusula arbitral tenía un valor limitado, pues, en caso de negativa de la parte emplazada para formalizar el compromiso, se ordenaba el cese del proceso arbitral, esa situación fue resuelta por el Código de Procedimiento Civil de 1987, el cual atribuyó efectos vinculantes a la cláusula arbitral. Sin embargo, conforme a lo previsto por el CPC las partes tienen que acudir ante los tribunales judiciales para lograr, la formalización del compromiso arbitral, es decir, antes de que los árbitros puedan conocer la controversia, las partes tienen que acudir a los tribunales que precisamente quieren evitar. Asimismo, el arbitraje ha tenido un acelerado desarrollo en la última década, puesto que todos los defectos de la regulación contenida en el CPC en material arbitral fueron corregidos por la Ley de Arbitraje Comercial de 1998, normativa que coloca a Venezuela dentro de la moderna corriente mundial.

En este orden de ideas, la exposición de motivos del Proyecto de Ley de Arbitraje Comercial, señala que éste se inspira en la reconocida Ley Modelo elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) el 21 de junio de 1985, con el fin de aportar una guía a los distintos países a la hora de que estos se planteasen la reforma de sus respectivos sistemas de arbitraje comercial internacional; como su propio nombre lo indica se trata de una Ley Modelo susceptible de modificaciones por parte de los Estados, dicha Ley se articula sobre el principio pleno de autonomía de las partes que son, en última instancia, las que deciden acudir al arbitraje, organizándolo de la forma que estimen más conveniente a sus intereses (Barona, 1999, p.115).

- El Arbitraje en el CPC

Establece el artículo 608 del CPC que “Las controversias pueden comprometerse en uno o más árbitros en número impar, antes o durante el juicio, con tal de que no sean cuestiones sobre estado, sobre divorcio o separación de los cónyuges, ni sobre los demás asuntos en los cuales no cabe transacción”.

Asimismo, el Código reguló dos aspectos relevantes en cuanto al arbitraje, por una parte, el referido al *compromiso arbitral*, con relación al cual expresa

que si las partes estuvieren ya en juicio, se formalizará en el expediente de la causa, y en él deberán expresar las partes las cuestiones que cada uno someta al arbitramento, si no constaren ya en el juicio; el número y nombre de los árbitros, el carácter de éstos, las facultades que les confieran y lo demás que acordaren respecto del procedimiento, en caso contrario -fuera de juicio- las partes establecerán el compromiso arbitral por instrumento auténtico, en el cual conste todo cuanto expresa este artículo. Atendiendo a lo expuesto, se observa que el compromiso arbitral contiene en si la formalización, y que ésta consiste en establecer los términos con base en los cuales se celebrará el arbitraje.

Por la otra, en su artículo 609 hace mención a la *Cláusula Compromisoria*, en referencia a la cual establece lo siguiente:

“Si existiere cláusula compromisoria, las partes formalizarán el compromiso siguiendo en un todo las exigencias establecidas en el Artículo anterior; pero si alguna de las partes se negare a formalizarlo, la otra podrá presentar el instrumento público o privado en el cual conste la obligación de comprometer al Tribunal que deba conocer o esté conociendo de la controversia, expresando las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento. Presentado dicho instrumento, el Tribunal ordenará la citación de la parte renuente para que conteste acerca del compromiso en el quinto día siguiente, en cualquier hora de las fijadas en la tablilla a que se refiere el Artículo 192. La citación se practicará

mediante boleta, a la cual se anexará copia de la respectiva solicitud y del documento que contenga la cláusula compromisoria. (Resaltado añadido)

Ahora bien, la norma transcrita prevé que en el caso de la existencia de una cláusula compromisoria, las partes tienen la carga de formalizarla, con lo cual se puede abrir un procedimiento para establecer su validez. En consecuencia, las partes tienen la obligación de acudir los tribunales judiciales para lograr, la formalización del compromiso arbitral, en tal sentido expresa Henriquez La Roche (2004, 10), que el Código partiendo del principio *pacta sunt Servanda*, implementa un incidente previo para establecer la obligación de comprometer y su alcance y le otorga facultades a los árbitros para dilucidar las discrepancias sobre los términos del compromiso. En mejores circunstancias la Ley de Arbitraje Comercial, unifica los términos de compromiso y cláusula compromisoria a que hacía referencia el Código cuando establece “el acuerdo de arbitraje”, entendido como un documento compromisorio que contiene en sí la formalización del compromiso.

Así, establecida la validez de la cláusula compromisoria, el citado procederá a expresar las cuestiones que por su parte quiera someter al arbitramento, y cumplido este requisito, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo 610, pero si el citado no compareciere, se tendrá por válida la cláusula

compromisoria, y los árbitros resolverán la controversia ateniéndose a las cuestiones sometidas al arbitraje por el solicitante y los árbitros se atenderán también a esta regla, si en los casos previstos en el artículo 613 el citado no expresare las cuestiones que quiera someter al arbitramento en las oportunidades allí fijadas.

Por otra parte, el Código en su artículo 618 señala que los *árbitros son de derecho o arbitradores*. Los primeros deben observar el procedimiento legal, y en las sentencias, las disposiciones del Derecho y el Código exige que sean abogados en ejercicio. Los segundos procederán con entera libertad, según les parezca más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad.

Las partes pueden indicar a los árbitros de derecho, las formas y reglas de procedimiento que deban seguir y someter a los arbitradores a algunas reglas de procedimiento. A falta de esta indicación los árbitros de derecho observarán el procedimiento legal correspondiente, y si en el compromiso no se indica de alguna manera el carácter de los árbitros, se entiende que son arbitradores.

- El Arbitraje en la Ley de Arbitraje Comercial

La Ley de Arbitraje Comercial publicada en Gaceta Oficial N° 36.430 de fecha 7 de abril de 1998, establece que se aplica al arbitraje comercial “*sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente*”, conforme a lo dispuesto en su artículo 1, regulación que supone de suyo que, frente a una situación de discrepancia entre las normas contenidas en dicha Ley y un tratado multilateral o bilateral vigente, se aplicarán con preferencia las contenidas en tales tratados.

Con respecto a la conceptualización del "acuerdo de arbitraje", la Ley expresamente señala en su artículo 5 que “es un acuerdo por el cual las partes deciden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una relación jurídica contractual o no contractual” y que puede consistir en una cláusula incluida en un contrato, o en un acuerdo independiente.

Ahora bien, con ocasión del acuerdo de arbitraje las partes se obligan a someter sus controversias a la decisión de árbitros y renuncian a hacer valer sus pretensiones ante los jueces, con lo cual el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria.

En ese sentido, Barona (1999,221), señala que es comúnmente aceptado por la doctrina que el convenio arbitral produce un doble efecto: el *efecto positivo* -exclusivo-, que implica la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que puedan surgir entre ellas al arbitraje, y un *efecto negativo* -excluyente-, que consiste en la sustracción de la controversia del conocimiento de los órganos jurisdiccionales.

- Clasificación del Arbitraje

En referencia a su clasificación la Ley establece que el arbitraje puede ser *institucional* o *independiente*. Es *arbitraje institucional* el que se realiza a través de los centros de arbitraje a los cuales se refiere esta Ley, o los que fueren creados por otras leyes. Es *arbitraje independiente* aquel regulado por las partes sin intervención de los centros de arbitraje.

Cabe agregar, que en cuanto a las reglas aplicables en el arbitraje independiente la ley señala, que cuando las partes no establezcan sus propias reglas se aplican las reglas contenidas en dicho texto normativo, de igual manera, consagra que esas reglas podrán aplicarse a un arbitraje institucional, si así lo estipulan las partes.

En lo que se refiere al arbitraje institucional, la Ley prevé que las cámaras de comercio y cualesquiera otras asociaciones de comerciantes, así como las asociaciones internacionales existentes, las organizaciones vinculadas a actividades económicas e industriales, las organizaciones cuyo objeto esté relacionado con la promoción de la resolución alternativa de conflictos, las universidades e instituciones superiores académicas y las demás asociaciones y organizaciones creadas con posterioridad a su entrada en vigencia y que establezcan el arbitraje como uno de los medios de solución de las controversias, podrán organizar sus propios centros de arbitraje.

Asimismo, establece dicho texto normativo que en el arbitraje institucional todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo las notificaciones, la constitución del tribunal, la recusación y reemplazo de árbitros y la tramitación del proceso, se regirá de conformidad con lo dispuesto en el reglamento de arbitraje del centro de arbitraje al cual las partes se hayan sometido.

- Materia objeto de Arbitraje

Sobre la materia susceptible de ser sometida a arbitraje, la Ley señala que “Podrán someterse a arbitraje las controversias susceptibles de transacción

que surjan entre personas capaces de transigir“, y exceptúa las siguientes controversias:

a) Que sean contrarias al orden público o versen sobre delitos o faltas, salvo sobre la cuantía de la responsabilidad civil, en tanto ésta no hubiere sido fijada por sentencia definitivamente firme;

b) Directamente concernientes a las atribuciones o funciones de imperio del Estado o de personas o entes de derecho público;

c) Que versan sobre el estado o la capacidad civil de las personas;

d) Relativas a bienes o derechos de incapaces, sin previa autorización judicial; y

e) Sobre las que haya recaído sentencia definitivamente firme, salvo las consecuencias patrimoniales que surjan de su ejecución en cuanto conciernan exclusivamente a las partes del proceso y no hayan sido determinadas por sentencia definitivamente firme.

- Clasificación de los árbitros.

Se observa que la Ley los clasifica en igual forma que el CPC, en efecto prevé su artículo 8 que los árbitros pueden ser de *derecho* o de *equidad*. Los primeros deberán observar las disposiciones de derecho en la fundamentación de los laudos. Los segundos procederán con entera libertad, según sea más conveniente al interés de las partes, atendiendo principalmente a la equidad. Si no hubiere indicación de las partes sobre al carácter de los árbitros se entenderá que decidirán como árbitros de derecho, asimismo, la Ley señala que los árbitros tendrán siempre en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos y costumbres mercantiles.

- Procedimiento Arbitral

En la primera audiencia se leerá el documento que contenga el acuerdo de arbitraje y las cuestiones sometidas a decisión arbitral, y se expresarán las pretensiones de las partes, estimando razonablemente su cuantía. Las partes podrán aportar, al formular sus alegatos, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.

Posteriormente, el tribunal arbitral realizará las audiencias que considere necesarias, con o sin la participación de las partes, y decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas presentadas, en igual forma, no se admiten incidencias. Los árbitros deberán resolver sobre impedimentos y recusaciones, tacha de testigos y objeciones a dictámenes periciales y cualquier otra cuestión de naturaleza semejante que pueda llegar a presentarse.

El procedimiento arbitral culmina con un laudo, el cual será dictado por escrito y firmado por el árbitro o los árbitros miembros del tribunal arbitral, éste deberá ser motivado, excepto que se haya pactado lo contrario, el mismo será de obligatorio cumplimiento y tiene carácter vinculante desde el mismo momento de su notificación a las partes, pues, para el ordenamiento jurídico venezolano, el laudo arbitral debe ser reconocido y cumplido como si se tratara de una sentencia judicial venezolana, independientemente del país en que haya sido dictado.

Por otra parte, resulta oportuno mencionar que el tribunal arbitral carece de atribuciones para hacer cumplir coactivamente su propio laudo arbitral, con lo

cual si la parte vencida no cumple voluntariamente el laudo, el vencedor debe solicitar la ejecución forzosa ante el Tribunal Judicial de Primera Instancia que hubiere sido competente para conocer la controversia sometida a arbitraje. En consecuencia, de las dos fases que comprende la jurisdicción, los árbitros tienen atribuida la de conocimiento pero no la de ejecución forzosa que es privativa de los tribunales judiciales (Mezgravis, 1999, 269).

Sobre la base de las consideraciones anteriores, se concluye que la conciliación y el arbitraje al igual que la mediación, como mecanismos alternos para la resolución de controversias, forman parte del Sistema de Justicia venezolano, de conformidad con lo establecido en el artículo 253 de nuestro Texto Constitucional, y corresponde al legislador en ejecución del mandato contenido en el artículo 258, promover su utilización.

En ese sentido, las normas citadas revelan la importancia que el constituyente de 1999 dio a los medios alternativos para la solución de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia; con lo cual el legislador tiene que ejercer su iniciativa legislativa en esta materia y ha de procurar, a través de dicha iniciativa, el desarrollo y eficacia del arbitraje, la conciliación, la mediación y demás medios alternativos de solución de conflictos, todo ello con el objeto de que el Estado los fomente y los

promueva sin perjuicio de las actividades que en tal sentido puedan desarrollar las academias, universidades, cámaras de comercio y la sociedad civil en general.

Asimismo, siendo que la administración de justicia no es monopolio exclusivo del Estado, aunque solo éste puede ejercer la tutela coactiva de los derechos, es decir, la ejecución forzosa de las sentencias, incorpora al sistema de justicia a los ciudadanos que participan en el ejercicio de la función jurisdiccional integrando jurados o cualquier otro mecanismo que la ley prevea.

De esta manera, nuestra Constitución amplió el sistema de justicia con la inclusión de métodos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, y dicha ampliación implica, un desahogo de la justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias. Pues, a través de mecanismos alternos al del proceso judicial, se logra el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia.

A esa visión objetiva de los medios alternativos de solución de conflicto, se puede agregar una visión subjetiva, en el sentido de que dichos medios, en tanto integran el sistema de justicia, se encuentran vinculados con el derecho a la tutela jurisdiccional eficaz que recoge el artículo 26 cuando expresamente señala lo siguiente: *“toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, a la tutela judicial y a obtener con prontitud la decisión correspondiente”*, y corresponde al Estado garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles, así, se puede afirmar que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la mediación, la conciliación y el arbitraje.

CAPITULO IV

EFICACIA DE LA MEDIACION RESPECTO DE OTROS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA RESOLUCION DE CONTROVERSIAS

- **Ventajas de la aplicación de la Mediación respecto de la aplicación de la Conciliación**

Según se ha visto, si bien es cierto, que la mediación y la conciliación tienen características que las asemeja profundamente puesto que son sistemas no adversariales, confidenciales, rápidos y económicos de resolver conflictos, no es menos cierto, que son en verdad diferente. Con relación a este punto, resulta preciso señalar que Barona (1999, 79), al explicar las bondades de la mediación comparativamente con la conciliación, refiere que en la actualidad la conciliación no goza de las simpatías de los americanos, quienes -según comenta la autora- prefieren someterse a un mediador antes que pretender que un tercero les concilie, así, frente a los mediadores que tratan de aunar esfuerzos por conseguir que las partes lleguen a un acuerdo, en la conciliación el tercero interviene, más no incita activamente a animar a las partes a alcanzar el acuerdo al conflicto suscitado, puesto que su función

está dirigida a reunir a las partes o en transmitir entre ellas los mensajes o las informaciones. En efecto, la utilización de la mediación respecto de la conciliación, presenta las siguientes ventajas:

- En la conciliación el tercero pretende que las partes alcancen el acuerdo entre ellas pero no se adoptan medidas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias que tiendan a concretar y, en su caso, posibilitar una solución de consenso entre ellas, por su parte la mediación implica la utilización de éstas técnicas expuestas y la facultad de persuasión con el fin de proyectar en un procedimiento en muchos casos más lento la participación activa de las partes en la búsqueda de la solución que, desde la cesión de intereses contrapuestos, lleve a una posición común que, en todo caso, implique una desaparición, o cuanto menos suavización, del conflicto existente. (Barona, 1999, 81).

En este sentido, la participación activa que ejerce el mediador en el proceso de mediación le permite presentar a las partes posibles fórmulas de arreglo, que sean mutuamente favorables y que conlleven a la resolución del conflicto.

- La mediación permite encontrar soluciones basadas en sentido común, produce acuerdos creativos, asimismo, se argumenta en su favor, que

genera decisiones más flexibles y adaptadas al caso concreto, por el contrario la conciliación se configura por la aceptación total de una parte a las pretensiones de la otra, lo cual en el fondo produce allanamiento; bien una renuncia igualmente total, supuesto que, en esencia, entrañará un desistimiento.

- Señala Hoet (2005, 73) que la mediación puede resolver una diversidad mayor de conflictos, aun aquellos que no entran dentro de la competencia del poder judicial.
- La mediación puede ser voluntaria y en ese sentido amistosa para las partes, quienes confían a un tercero la posibilidad de resolver sus controversias, por su parte, la conciliación por lo general se presenta como un modo de resolver controversias en procedimientos judiciales o administrativos pero generalmente está prevista en un texto normativo o es una facultad del juez.
- El tercero en la mediación, es decir, el mediador no tiene que ser necesariamente un experto en derecho, por el contrario el conciliador debería tener conocimientos jurídicos.

- **Ventajas de la aplicación de la Mediación respecto de la aplicación del Arbitraje**

- La mediación es un mecanismo de autocomposición procesal, en el cual un tercero neutral e imparcial trata de avocar a las partes que tienen un conflicto, a efectos de que lleguen a un acuerdo que es producto de sus voluntades y que resuelva la disputa, por otra parte, el arbitraje es un mecanismo adversarial y adjudicativo, en el cual el rol fundamental del tercero es imponerle la solución a las partes a través de un laudo arbitral.
- Como consecuencia de ello, las partes en el proceso de mediación conservan la responsabilidad y el control respecto de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones.
- En el arbitraje, el resultado se determina de conformidad con una norma objetiva, la ley aplicable, mientras que en la mediación cualquier resultado se determina por voluntad de las partes, con lo cual, al decidir acerca de un resultado, las partes pueden tomar en cuenta una serie más amplia de normas, y en particular, sus intereses respectivos. Por ello, se dice que la mediación es un procedimiento basado en intereses, mientras que el arbitraje es un procedimiento basado en derechos. El hecho de tener en

cuenta sus intereses también significa que las partes pueden decidir del resultado por referencia a su futura relación más bien que únicamente por referencia a su conducta pasada.

- Asimismo, en la mediación, una parte debe convencer a la otra negociar con ella, puesto que el resultado debe ser aceptado por ambas partes y no decidido por el mediador, y en el arbitraje una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al tribunal y no a la otra parte.
- La mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje.
- Con la mediación busca precaver un litigio y el arbitraje tiene por objeto resolver un litigio.
- La experiencia en procesos de mediación tiene un alto índice de éxito, habida cuenta de su naturaleza no vinculante y aun cuando las partes no logren llegar a una solución, no obstante ello, al terminar el procedimiento han obtenido una mayor comprensión de la controversia o, por lo menos, han logrado circunscribir la controversia a su verdadera dimensión, en tal sentido, iniciar un procedimiento de mediación supone pocos riesgos,

porque las partes siempre tienen el control de la controversia. Cada parte puede poner término a la mediación en cualquier momento, cuando estime que no avanza el procedimiento, que el procedimiento es muy oneroso o que la otra parte no actúa de buena fe. Por lo tanto, el compromiso de las partes con la mediación es revocable en cualquier momento, por el contrario el Arbitraje siempre concluye con un laudo arbitral.

CAPITULO V

FUNCIONAMIENTO DE LA FIGURA DE LA MEDIACIÓN EN OTROS PAISES

- **En Estados Unidos**

El origen y evolución de la Mediación, se encuentra estrechamente vinculado al origen moderno de los métodos alternativos para la resolución de controversias, el cual se ubica en los Estados Unidos de América, país que ha liderado el denominado movimiento de ADR (*Alternative Dispute Resolution*) en todo el mundo seguido por Canadá y Australia. (Castillejo, 2003, 73). Según la referida autora, en los Estados Unidos pueden seguirse tres etapas en su evolución, las cuales se mencionan a continuación:

a) *Aparición del Movimiento*: En Estados Unidos, desde 1970 este movimiento se presentó como una alternativa al proceso judicial, no tenía un contenido preciso y respondió a la lucha por los derechos civiles de las décadas de 1960 y 1970. En 1972, el Servicio de Relaciones de la Comunidad del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, recurrió a la utilización de mediadores para asistir a las partes en conflictos civiles en la comunidad. En ese momento la preocupación por el aumento del costo y la

demora del sistema judicial estaba ya instalada en la sociedad. Un grupo de abogados y juristas creó una comisión, en el sentido de establecer un centro de resolución de conflictos al que debían ser dirigidas las partes según la naturaleza del conflicto, y dicha comisión recomendó la realización de un programa piloto con fondos públicos utilizando la mediación y el arbitraje.

En 1976 se creó el Programa *San Francisco Community Boards*, era un programa de Mediación con mediadores voluntarios, entrenados de forma especial, para posibilitar las soluciones más ajustadas a las necesidades de las partes, el renacimiento de comunidades locales y el favorecimiento de relaciones a largo plazo; sin embargo, el programa no tuvo éxito y estuvo seguido por programas *ad honorem* mediante la creación de centros vecinales que prestaban servicios de mediación en pequeñas causas civiles.

b) *Crecimiento de los Nuevos Métodos*: Así, en los años 80 las ventajas justificadas del empleo de los métodos alternativos para la resolución de conflictos, tales como: la reducción del número de casos en los tribunales, la reducción del tiempo y dinero para las partes, lograr acuerdos rápidos en conflictos que afectaban a la comunidad o a la familia y el aprendizaje sobre como solucionar conflictos sin el uso de la violencia o la justicia, entres otros, impulsaron acciones a favor del conocimiento y divulgación de estos métodos. Resulta importante señalar, entre tales acciones el apoyo

económico a la Mediación como proceso preferido para la resolución de conflictos, y el establecimiento de programas conducidos por los tribunales y servicios de mediación en forma gratuita.

c) *Institucionalización*: Los años 90 marcaron el paso de la etapa experimental a la institucionalización de estos métodos, debido a que el Congreso de los Estados Unidos de América impuso a todas las Cortes Federales la implementación y uso de los procedimientos de resolución de conflictos, y se extendió a casos de familia, mala praxis, laborales y ambientales, así como también, en materia contractual, con la inclusión de cláusulas que preveían la Mediación o el Arbitraje para los conflictos que pudieran surgir en la interpretación o incumplimiento. De igual manera, comenzaron a ser estimulados también por parte de los tribunales, así, por ejemplo la Corte Suprema de Columbia estableció los tribunales multipuertas, donde el personal recomendaba -según el caso- diferentes procedimientos para la resolución de conflictos. En muchos Estados se convirtió en la etapa previa para los casos de familia como tenencia o visitas.

Por otra parte, estos procedimientos llegaron a la Administración pública, pues, en 1990 el Congreso de los Estados Unidos aprobó dos leyes que determinaban el aumento de los métodos alternativos por agencias federales, y en 1991, el presidente Bush resolvió mediante la orden ejecutiva

12.278, dirigida a todos los consejeros de litigios federales, que bajo circunstancias apropiadas deberían sugerir métodos alternativos para la resolución de controversias a las partes privadas y también para resolver reclamos contra los Estados Unidos. Asimismo, fuera del sistema legal, estos métodos también recibieron especial atención, pues, en muchas escuelas existen programas de mediación para entrenar a los alumnos a resolver los conflictos con sus pares y la resolución de conflictos es parte del currículo escolar obligatorio en muchos Estados.

Finalmente, Cueto Rúa (1991, citado por Castillejo, 2003, 77), explica que en los Estados Unidos existe una gama amplia de métodos alternativos, además de los ya conocidos, como la negociación, la mediación y el arbitraje, los cuales resultan llamativos por la creatividad puesta en ellos, en tal sentido señala al *Minijuicio*, y lo define como un proceso híbrido entre la mediación y el arbitraje, que consiste en un debate privado y confidencial donde, frente a un panel integrado por representantes de las partes con capacidad de decidir y un tercero neutral que actúa como moderador, los abogados de las partes exponen su visión del conflicto. Una vez concluido el debate, los representantes se retiran y deciden conciliar o continuar con la controversia, resulta eficaz por cuanto, en ese momento, las partes toman conocimiento de los argumentos que favorecen a la otra parte directamente desde los interesados y no sólo por medios de sus propios abogados.

- **En España**

España a pesar de no poseer una cultura o tradición de Mediación, en los últimos años se han desarrollado iniciativas para fomentar y difundir la Mediación, como práctica para la resolución de conflictos, se crea así, la Asociación para la Promoción de la Mediación en España (APME), cuyo objetivo es difundir la práctica de la Mediación, como conjunto de conocimientos y técnicas específicas desarrolladas a través de una actividad profesional, siendo significativa la labor que se ha desarrollado en el sector familia (Barona, 1999, 177).

Sobre al particular, señala Conforti (2009), que en Europa el respaldo a la mediación se encuentra en la Recomendación Nº R (98) 1 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, por la cual se aconseja, o recomienda a los estados miembros la implementación de este método alternativo de resolución de conflictos de forma colaborativa y amistosa de modo tal, que se garanticen o aseguren las futuras relaciones interpersonales con miras o expresa mención a la relaciones personales entre padres e hijos. Como consecuencia de ello, se han dictado distintas leyes en España en las distintas comunidades autónomas, las cuales recogen la idea de que la vida familiar no se termina, no se disuelve con la separación o el divorcio, sino

que evoluciona o cambia hacia nuevas formas de inter-relación entre todos los integrantes de la familia y no solo de los cónyuges.

En tal sentido, el citado autor menciona las distintas leyes autonómicas sobre Mediación Familiar existentes en España, cuyo objeto en común es fijar el marco inicial a fin de prevenir o minimizar los conflictos intrafamiliares, a evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y además de promover, administrar, y facilitar el acceso de la ciudadanía a la Mediación Familiar, es decir, que otras ramas de la mediación no están comprendidas dentro de las mismas. Así, señala las siguientes Leyes:

- Ley de Mediación de Cataluña, Ley 1/2001, de 15 de marzo
- Ley de Mediación de Valencia: Ley 7/2001, de 26 de noviembre
- Ley de Mediación de Galicia: Ley 4/2001, de 31 de mayo
- Ley de Mediación de Canarias: Ley 15/2003, de 8 de abril
- Ley de Mediación de Castilla La Mancha: Ley 4/2005, de 24 de mayo
- Ley de Mediación de Castilla y León: Ley 1/2006, de 6 de abril
- Ley de Mediación de Islas Baleares: Ley 18/2006, de 22 de noviembre
- Ley de Mediación de Madrid: Ley 1/2007, de 21 de febrero
- Ley de Mediación de Asturias: Ley 3/2007, de 23 de marzo
- Ley de Mediación de Euskadi: Ley 1/2008, de 8 de febrero

- Ley de Mediación de Andalucía: Ley 1/2009, de 1 de febrero

- **En Francia**

En Francia, El Código de Procedimientos Civiles tiene prevista la Mediación. Conforme a su normativa el juez puede enviar la causa a mediación , para lo cual si las partes están de acuerdo se les otorga un plazo, sino se llega a un acuerdo el mediador lo informa al juez y la causa continua. El Colegio Profesional de Abogados de París ha realizado su propia contribución al establecer un regulación para la mediación que combina las ventajas de la mediación con la seguridad que otorga el seguimiento por el poder judicial. También en el ámbito comercial, la Cámara de Comercio e Industrias de París ha creado el Centro de Mediación y Arbitraje de París y las partes pueden elegir el método para resolver sus conflictos dentro de ese centro. (Castillejo, 2003, 83)

Por otra parte, en el año 1995 entró en vigencia la Ley de Mediación Procesal, que modifica el artículo 131 del Código de Procedimiento Civil e introduce expresamente la Mediación, figura que al igual que la Conciliación constituyen un proceso previo y obligatorio antes de iniciar el juicio. Al

respecto, Hoet- Linares (2005, 68) señala que la figura del mediador, instaurada en Francia mediante la ley antes citada, está inspirada en el *ombudsman* sueco, cuya función es hacer recomendaciones a la administración sobre cómo habría de resolverse la disputa, sin facultades para obligarla, siendo creada la figura del mediador en Francia desde la Ley del 3 de enero de 1973, y sin darle el título de Defensor de los Derechos del Hombre, actuaba como intercesor gracioso entre el ciudadano y la Administración

- **En Argentina**

En América Latina, la utilización de los métodos alternativos para la resolución de controversias, también se ha tenido lugar en desde hace algunos años, siendo significativo el caso de Argentina, cuyo legislador promulgó la Ley 24.573 sobre Mediación y Conciliación, en fecha 25 de octubre de 1995 y su Reglamento aprobado por Decreto 1021 del 28 de diciembre de 1995, y cuya última modificación se hizo mediante Decreto 91/98 de fecha 29 de enero de 1998. En la mencionada ley se instituyó el régimen de Mediación obligatoria como requisito previo, a la iniciación de todo juicio, con la finalidad de promover la comunicación directa entre las partes para lograr la solución extrajudicial de la controversia.

Al respecto, Caivano et al. (2006, 290) refieren que la Ley 24.573 es la consecuencia de la política diseñada por el gobierno para solucionar la crisis judicial y que su antecedente normativo es el decreto 1480/92, mediante el cual se declaró de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la mediación se encomendó al Ministerio de Justicia la formulación de Proyectos legislativos, así como dictar normas reglamentarias para el funcionamiento de la institución; de igual manera, dicho decreto creó un Cuerpo de Mediadores, consagró los principios básicos de la mediación, encomendó al Ministerio de Justicia la formulación de un Programa Nacional de Mediadores y creó una comisión a efectos de formular el proyecto nacional de mediación.

- **En Colombia**

De especial significación, ha sido también la labor que en Colombia se ha llevado a cabo en materia de métodos alternativos, tan es así, que en el Texto Constitucional Colombiano de 1991, se incorpora la figura de los árbitros y conciliadores en derecho y en equidad, se creó la institución del Juez de Paz, esta filosofía sobre la utilización de Métodos Alternativos, fue desarrollada mediante la promulgación de la Ley 23, que estableció entre otros aspectos importantes, la obligación para que las Facultades de Derecho crearan Centros de Conciliación gratuitos, el establecimiento como

requisito de procedibilidad para demandar ante la justicia laboral, la Conciliación ante los Inspectores del Trabajo y la ampliación de las facultades de conciliación de los defensores de familia.

De igual manera, en el año 2001, se promulgó la Ley 640, que estableció la Conciliación -extrajudicial- como requisito de Procedibilidad para acudir a la justicia ordinaria, mecanismo que comenzó a regir en enero de 2002 para las demandas contencioso- administrativas, civiles, laborales y de familia. (Giraldo, 2004, 27).

Ahora bien, resulta preciso mencionar que la conciliación en los términos de la referida Ley se usa como sinónimo de “mediación”, tal apreciación se desprende del análisis del artículo 8 del referido texto normativo, que prevé como obligaciones del conciliador las siguientes:

“Artículo 8º. Obligaciones del conciliador. El conciliador tendrá las siguientes obligaciones:

1. Citar a las partes de conformidad con lo dispuesto en esta ley.
2. Hacer concurrir a quienes, en su criterio, deban asistir a la audiencia.
3. Ilustrar a los comparecientes sobre el objeto, alcance y límites de la conciliación.
- 4. Motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo con base en los hechos tratados en la audiencia.**
- 5. Formular propuestas de arreglo.**
6. Levantar el acta de la audiencia de conciliación.
7. Registrar el acta de la audiencia de conciliación

de conformidad con lo previsto en esta ley.

Parágrafo. Es deber del conciliador velar porque no se menoscaben los derechos ciertos e indiscutibles, así como los derechos mínimos e intransigibles." (Resaltado añadido)

Como puede observarse, la Ley atribuye al conciliador la obligación de *"motivar a las partes para que presenten fórmulas de arreglo"*, así como también la obligación de *"formular propuestas de arreglo"*, siendo ésta última actividad la nota característica o distintiva que corresponde a la figura del "mediador", en efecto, la diferencia entre la conciliación y la mediación, radica básicamente en el grado de intensidad en la participación del tercero (conciliador o mediador), por lo tanto, en la mediación el tercero -mediador- puede utilizar técnicas persuasivas, integradoras e incluso disuasorias y puede formular propuestas de arreglos si las partes lo piden, ideando soluciones creativas que cubran sus respectivas necesidades, por esta razón se concluye que la conciliación tal y como ha sido consagrada en la legislación colombiana se usa como sinónimo de mediación.

Del análisis del funcionamiento de la figura de la mediación en derecho comparado, se observa que el problema del sistema estatal de administración de justicia no es nuevo, ni tampoco es exclusivo de Venezuela ni de los países antes referidos, pues, la demora ocasionada por el exceso de causas pendientes, la complejidad de las materias sometidas a

los magistrados, la rigidez de las normas procesales, y en ocasiones el abuso de éstas por parte de los abogados, reflejan una dificultad que es común en la mayoría de los tribunales del mundo entero, por ello, resulta necesario generar modelos alternativos que permitan descomprimir los tribunales de justicia, sin tener que recurrir necesariamente a ellos, en tal sentido la mayoría de los países han emprendido ese camino hacia la utilización de sistemas más económicos, rápidos y eficaces de resolución de conflictos tales como la mediación.

En conclusión, la mediación como mecanismo alterno de resolución de controversias en la que un tercero imparcial asiste a las partes para que éstas acepten un acuerdo recíprocamente aceptable, ha sido considerado por los Gobiernos como un mecanismo útil para responder a las realidades del colapso de sus sistemas judiciales, y por ello, la han institucionalizado mediante su incorporación en Leyes, sin perjuicio de su utilización voluntaria cuando las partes lo consideren apropiado, y Venezuela no ha quedado al margen de esta tendencia al incorporarla en materias de gran importancia como lo son la materia laboral y en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes, y vistos los innumerables beneficios que se obtienen con su utilización es el motivo por el cual, se estima conveniente y oportuno su incorporación en otras áreas.

CONCLUSIONES

Con base en lo expuesto en los Capítulos que anteceden, se concluye lo siguiente:

1) La resolución alternativa de conflictos en sus orígenes fue concebida como conjunto de prácticas que posibilitaban la solución de conflictos al margen de los tribunales, permitiendo reducir el costo y dilación con relación al proceso judicial contribuyendo a la prevención de conflictos jurídicos, sin embargo, en la actualidad se producen tanto dentro como fuera de los tribunales.

2) La mediación como mecanismo alternativo para la resolución de controversias, es un proceso en el que las partes involucradas en una controversia, confían a un tercero la posibilidad de resolver la misma, ayuda a prevenir situaciones litigiosas en las que puede lograrse una solución mutuamente acordada por las partes, y se caracteriza por ser voluntaria, confidencial y flexible y se presenta como un nuevo paradigma y una herramienta estratégica que permite cambiar la forma de abordar, procesar y resolver las diferencias por parte de los ciudadanos, quienes pueden llegar a resolver sus diferencias o disputas mediante acuerdos, sin acudir al juicio o a

la violencia como instancias.

3) Resulta oportuna señalar, que nuestra Constitución ha dado un paso importante y progresivo al consagrar los procedimientos alternativos para la resolución de controversias como parte integrante del Sistema de Justicia, entre ellos la mediación, no como mecanismos excepcionales de terminación de causas sino al comienzo o inicio de todo proceso judicial, con el fin de que las partes puedan lograr resolver sus diferencias planteadas en sede judicial, para lograr una mejor, oportuna y eficaz administración de justicia que garantice el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y asimismo, corresponde al legislador en ejecución del mandato contenido en el artículo 258, promover su utilización

5) En tal sentido, la mediación en materia laboral fue incorporada en Ley Orgánica Procesal del Trabajo, con la finalidad de hacer mucho más rápido y efectivo el proceso y menos oneroso, cambiando de manera significativa el procedimiento laboral que con anterioridad se celebraba y que se había caracterizado por ser un proceso escrito, excesivamente lento, mediato y oneroso, lo cual traía como consecuencia la pérdida de la confianza de los ciudadanos en el sistema de administración de justicia, así con dicho instrumento normativo se produjo una adecuación entre la justicia laboral y los principios, valores y normas consagrados en la Constitución, cuyos

principios (autonomía, contradicción, inmediación, concentración, uniformidad procesal entre otros) constituyen las garantías para una Tutela Judicial efectiva en materia laboral.

En orden de ideas, la mediación concebida como una etapa obligatoria del proceso en la Ley adjetiva laboral, permite afirmar que comparativamente con los actos conciliatorios previstos en la antigua ley que regulaba los procedimientos laborales (Ley de Tribunales y Procedimientos del Trabajo) los cuales eran voluntarios y sin sanciones, como resultado de ello, en la practica tuvieron poca efectividad, por el contrario la experiencia judicial indica que la mediación dentro de la primera etapa del juicio laboral, permite que las partes concierten la solución para poner a su conflicto, de igual manera, la mediación redujo notablemente la duración de los juicios laborales en nuestro país, pues, antes de la entrada en vigencia de la Ley los juicios laborales duraban en promedio de 4 a 6 años y con la mediación como mecanismo efectivo, existe la posibilidad cierta de que el conflicto laboral se resuelva hasta un máximo de 4 meses, y como consecuencia de ello, se garantiza la Tutela Judicial efectiva en materia laboral.

6) De igual manera, en ejecución del mandato constitucional que consagra los MARC como parte integrante del Sistema de Justicia venezolano, y que ordena promover su utilización, es el motivo por el cual el legislador en la

reforma de la LOPNNA, introdujo una innovación importante en los procesos en materia de protección integral de niños, niñas y adolescentes e instituciones familiares, el cual es el fortalecimiento de los MARC: ordenando al juez o jueza su promoción y creando una oportunidad procesal dirigida exclusivamente a la mediación, de comparecencia obligatoria y previa a la fase de juicio, dicho carácter obligatorio de la mediación en la audiencia preliminar, se orienta hacia la promoción del encuentro entre las partes, para lograr una conciliación, en otras palabras, su razón fundamental tiene que ver con la necesidad de entablar en estas materias un diálogo, un puente de comunicación entre los padres de los niños, que redundará en beneficio del niño o adolescente, por esto se trata entonces de una mediación familiar intrajudicial, bajo la conducción de un juez mediador que lleva a las partes a la búsqueda de acuerdos satisfactorios para todos y en especial, para los niños, niñas y adolescentes dentro de un espíritu de responsabilidad compartida y de coparentalidad.

7) Por otra parte, se observa como la conciliación y el arbitraje al igual que la mediación, como mecanismos alternos para la resolución de controversias, forman parte del Sistema de Justicia venezolano, de conformidad con lo establecido en el artículo 253 de nuestro Texto Constitucional, y corresponde al legislador en ejecución del mandato contenido en el artículo 258, promover su utilización. Resulta oportuno señalar, la importancia que el constituyente

de 1999 dio a los medios alternativos para la solución de conflictos, como parte integrante del sistema de justicia; así, se amplió el sistema de justicia con la inclusión de estos métodos alternos al de la justicia ordinaria que ejerce el poder judicial, lo que conlleva a un desahogo de la justicia ordinaria que está sobrecargada de asuntos pendientes de decisión, y propende al logro de una tutela jurisdiccional verdaderamente eficaz, célere y ajena a formalidades innecesarias.

En efecto, los mecanismos alternos permiten que se logre el fin del Derecho, como lo es la paz social, en perfecta conjunción con el Poder Judicial, que es el que mantiene el monopolio de la tutela coactiva de los derechos y, por ende, de la ejecución forzosa de la sentencia. Cabe agregar, que el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional eficaz entraña un derecho fundamental a la posibilidad de empleo de los medios alternativos de resolución de conflictos, entre ellos la mediación, la conciliación y el arbitraje.

8) La mediación y la conciliación tienen características que las asemeja profundamente, pues, son sistemas no adversariales, confidenciales, rápidos y económicos de resolver conflictos, pero en verdad son diferentes, y la aplicación de la mediación resulta más ventajosa, puesto que en el proceso de mediación los mediadores tratan de aunar esfuerzos por conseguir que las partes lleguen a un acuerdo, en la conciliación el tercero interviene, más

no incita activamente a animar a las partes a alcanzar el acuerdo al conflicto suscitado y en la mediación el tercero puede presentar a las partes fórmulas para llegar a un acuerdo que sea mutuamente satisfactorio, asimismo, se argumenta a favor de la mediación, que permite generar decisiones más flexibles y adaptadas al caso concreto.

9) La mediación como medio de autocomposición judicial frente al arbitraje presente una serie de ventajas que se pueden resumir de la siguiente manera: es un mecanismo en el cual un tercero neutral e imparcial trata de avocar a las partes que tienen un conflicto, a efectos de que lleguen a un acuerdo que es producto de sus voluntades y que resuelva la disputa, por su parte, el arbitraje es un mecanismo adversarial y adjudicativo, en el cual el rol fundamental del tercero es imponerle la solución a las partes a través de un laudo arbitral. Así, las partes en el proceso de mediación conservan la responsabilidad y el control respecto de la controversia y no transfieren el poder de toma de decisiones.

Del mismo modo, la mediación es un procedimiento más informal que el arbitraje y la mediación busca precaver un litigio, mientras que el arbitraje tiene por objeto resolver un litigio.

10) Finalmente, del análisis del funcionamiento de la figura de la mediación en derecho comparado, se concluye que el problema del sistema estatal de administración de justicia no es nuevo, ni tampoco es exclusivo de Venezuela ni muchos países, en virtud de lo cual, se han generado modelos alternativos que permitan descomprimir los tribunales de justicia y la mayoría de los países han emprendido ese camino hacia la utilización de sistemas más económicos, rápidos y eficaces de resolución de conflictos tales como la mediación, la cual ha sido considerada por muchos Gobiernos como un mecanismo útil para responder a las realidades del colapso de sus sistemas judiciales, y por ello, la han institucionalizado mediante su incorporación en Leyes, tal y como ha sucedido en el caso venezolano, con su inclusión en dos materias de gran importancia como lo son la materia laboral y en materia de protección de los niños, niñas y adolescentes, y siendo que su implementación conlleva a la obtención de innumerables beneficios, es la razón por la cual se estima conveniente que tanto la mediación intrajudicial como la extrajudicial sean promovidas y utilizadas en otras áreas.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Alfonso, I. (1999). *Técnicas de investigación bibliográfica* (8va ed.). Caracas: Contexto.

Barona, S. (1991). *Solución Extrajudicial de Conflictos*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Bonnemaison J. (2006). *Aspectos Fundamentales del Arbitraje Comercial*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Caivano R., Gobbi M. y Padilla R. (2006). *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna* (2da ed.). Buenos Aires: AD- HOC.

Carnelutti, F. (1944). *Sistema de Derecho Procesal Civil*. Tomo I. Buenos Aires: Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana (UTEHA).

Castillejo, Olga (2003). *Resolución de Conflictos Laborales por métodos alternativos*. Buenos Aires: Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.

Código de Comercio (1955). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 475 (Extraordinaria), diciembre 21 de 1955.

Código de Procedimiento Civil (1987). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*. N° 3.970 (Extraordinaria), Marzo 13 de 1987.

Código Orgánico Procesal Penal (2009). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela* N° 5.930, septiembre 04 de 2009.

Colerio J. y Rojas J. (1998). *Mediación Obligatoria y Audiencia Preliminar*. Buenos Aires: Rubinzal- Culzoni.

Conforti, F. (2009). La Mediación en España. *Revista e-Mediacion* (ISSN 1988-8821).

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*. Nº. 36.860, 30 de Diciembre de 1999.

Daher H. (2005). La Conciliación y La Mediación. *I Convención Nacional de Jueces del Trabajo*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

De Gracia, M. (1999). *La Negociación. Una capacidad práctica del abogado moderno*. La Plata: Platense.

Eco, U. (1991). *Cómo se hace una tesis*. México: Gedisa.

Fisher, R., Patton B. y Ury W. (2006). *Sí...¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder* (Traducido por De Hassan A. y Vasco E.). Colombia: Norma. (Original publicado en 1991.)

Flames, A. (2003). *Cómo elaborar un Trabajo de Grado de enfoque cuantitativo*. Caracas: Fondo Editorial IPASME.

Flórez, J. (2004). *La Eficacia de la Conciliación*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Giraldo, A. (2004). *Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos. La Justicia Comunitaria*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional LTDA.

Gozainí, O. (1996). *Mediación y Reforma Procesal*. Buenos Aires: EDIAR.

Henríquez, R. (2004). *Código de Procedimiento Civil* (2da. ed.). Caracas: Ediciones Liber.

Hoet-Linares, F. (2005). *La Mediación. Administración y Negociación de Justicia Alterna*. Bogotá: LEGIS.

Ley de Arbitraje Comercial (1994). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 36.430, Abril 7 de 1998

Ley de Reforma Parcial de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios. (2010). *Gaceta oficial de la República de Venezuela*, 39.358, Febrero 1 de 2010.

Ley Orgánica de la Justicia de Paz (1994). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 4.817 (Extraordinaria), Diciembre 21 de 1994

Ley Orgánica del Trabajo. (1997). *Gaceta Oficial de la República de Venezuela*, 5.152 (Extraordinaria), Junio 19 de 1997.

Ley Orgánica para la Protección de niños, niñas y adolescentes. (2007). *Gaceta oficial de la República de Venezuela*, 5.859 (Extraordinaria), Diciembre 10 de 2007.

Ley Orgánica Procesal del Trabajo. (2002). *Gaceta oficial de la República de Venezuela*, 37.504, Agosto 13 de 2002.

Longo, P. (2007). La Fase de Mediación en la Audiencia Preliminar según el Proyecto de Reforma de Parcial de la LOPNA (2007). *Proyecto de Reforma de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente* (última versión). Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Mezgravis, A.(1999). *El Amparo Constitucional y el Arbitraje*. Revista de

Derecho Administrativo N° 6, mayo- agosto.

Mezgravis, A. (2006). Elección de Métodos Autocompositivos y Adversariales. *Tendencias Actuales del Derecho Procesal. Constitución y Proceso*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello (UCAB).

Morales, G. (2009). Audiencia Preliminar: Fase de Mediación. *Sistema de Protección de Niños, Niñas y Adolescentes en la Reforma de la LOPNNA*. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

Perdomo, J. (2006). *La Mediación en Venezuela*. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.

Real Academia española. (2001). *Diccionario de la lengua española* (22°ed., tomo II). Madrid; Espasa Calpe, S.A.

Reforma del Reglamento de la Ley Orgánica del Trabajo. *Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, 38.246, Abril 28 de 2006.

Rengel- Romberg, A. (2004). *Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano*. Caracas: Atolito, C.A.

Santalla, Z. (2003). *Guía para la elaboración formal de reportes de investigación*. Caracas: Publicaciones UCAB.

Universidad Católica Andrés Bello (UCAB). (1997). *Manual para la elaboración del trabajo especial de grado en el área de derecho para optar al título de especialista*. Caracas.

Universidad Pedagógica Experimental Libertador. (1998). *Manual de trabajo de grado de especialización y maestría, y tesis doctorales*. Caracas FEDEUPEL.

Valladares, L. (1993). *Tesis de grado, bases teóricas y apoyos metodológicos*. Caracas: Academia Nacional de Ciencias Económicas.

Veliz, A. (2005). *¿Cómo hacer y defender una tesis?*. Caracas: Texto, C.A.

