

**UNIVERSIDAD INTERNACIONAL DE LAS AMÉRICAS**

**CARRERA DERECHO**

**ANÁLISIS DE LA NECESIDAD DE ESPECIALIZACIÓN  
TÉCNICA-ACADÉMICA DEL MEDIADOR EN EL MARCO DE  
LAS DISPOSICIONES GENERALES DE LA LEY DE  
RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS Y PROMOCIÓN  
DE LA PAZ SOCIAL (7727) Y LOS PRINCIPIOS GENERALES  
DE LA DE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS**

**MODALIDAD DE TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO DE LICENCIATURA EN DERECHO**

**NOELIA CALVO FALLAS**

**SAN JOSÉ, COSTA RICA, ABRIL 2020**

**FICHA BIBLIOGRÁFICA**

Calvo. F. Noelia. *Análisis de la necesidad de especialización técnica-académica del mediador en el marco de las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social (7727) y los principios generales de la de resolución alternativa de conflictos*. Tesis para optar por el grado de Licenciatura en Derecho. Universidad Internacional de las Américas. San José, Costa Rica, 2020.

## DEDICATORIA

*A mi madre en el cielo, Virgen María, por la fe, el amor y la fuerza en los tiempos difíciles.*

*A mi madre en la tierra, Lilliana, por ser el pilar de mi vida, por ser mi ejemplo de amor, fortaleza e incondicionalidad, por motivarme desde pequeña a seguir mis sueños, esto es por y para vos mamita.*

*A mi papá, Ramón, a quien admiro por no rendirse y ser tan entregado.*

## **AGRADECIMIENTOS**

*A Dios por esta promesa, a mi familia y amigos, a mis papás quienes han estado presente en este proceso y con amor me han acompañado en todo momento.*

*Al gran compañero que estuvo conmigo desde el primer día de clases hasta el último, por el apoyo y principalmente por ser incondicional, gracias por tanto.*

## RESUMEN

La Resolución Alternativa de Conflictos es un conjunto de metodologías de solución de controversias sin enfrentamiento judicial. Dentro de esta se encuentra la mediación, un mecanismo autocompositivo en el que hay un proceso de negociación consensual y voluntario donde el poder de decisión está en manos de las partes involucradas, quienes buscan mediante el diálogo alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable y satisfactorio con asistencia de un tercero neutral e imparcial llamado mediador.

Las partes exponen el conflicto al mediador para que les asista facilitando el diálogo en la negociación; el mediador no es un simple espectador, es un oyente, formado para resaltar las alternativas que presenten las partes, su rol se limita a ayudar a los intermediados, mejorar la comunicación, destensar el ambiente e incentivar confianza, es un vehículo de asistencia a las partes para que el proceso les resulte más natural.

El mediador debe garantizar a las partes un proceso seguro, justo y equitativo no solo con una debida formación en mediación, sino en la vigilancia de la negociación y la consecución del acuerdo, en observancia de los principios y disposiciones normativas que regulan derechos y deberes de las partes; no obstante en Costa Rica ninguna norma dispone el deber del mediador de conocer el fondo de la materia a intervenir para dar a las partes una mayor seguridad jurídica en el reparo de sus intereses.

En razón de lo anterior tiene lugar la presente investigación, que plantea como objetivo principal analizar la necesidad de especialización técnica-académica del mediador en el marco de las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social y los principios generales de la Resolución Alternativa de Conflictos, la cual se abordará según el enfoque cualitativo que permite llegar a conclusiones mediante la aplicación del instrumento de la entrevista.

En la recolección de datos participaron expertos en la materia, lo cual fue sumamente relevante debido a que no existen antecedentes en el país con respecto a la necesidad de especialización del mediador en el fondo de la materia de Derecho a mediar cuando se traten de materias complejas o cuando haya derechos de por medio.

## ABREVIATURAS

AID: Agencia Internacional de Desarrollo

DAL: Dirección de Asuntos Laborales

DINARAC: Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos

Ed.: Edición

Ed. (Eds.): Editor (es)

MTSS: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de Costa Rica

p. (pp.): página (páginas)

RAC: Resolución Alternativa de Conflictos

Reglamento: Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

S.f.: sin fecha

Ley: Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727

## CONTENIDO

DEDICATORIA.....	2
AGRADECIMIENTOS.....	3
RESUMEN .....	4
ABREVIATURAS .....	5
CONTENIDO .....	6
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN .....	11
Planteamiento del Problema .....	11
Objetivos.....	21
Objetivo General .....	21
Objetivos Específicos .....	21
Justificación .....	22
Conveniencia.....	22
Relevancia Social .....	23
Implicaciones Prácticas.....	24
Valor Teórico .....	25
Utilidad Metodológica .....	26
Antecedentes .....	27
Antecedentes Históricos.....	27
Origen del RAC a Nivel Internacional.....	28
Origen y Evolución del RAC en Costa Rica. ....	29
Antecedentes Internacionales.....	32
Antecedentes Nacionales .....	34
Proyecciones .....	37
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO.....	39

Modelos Teóricos de la Mediación .....	39
Modelo Tradicional (Harvard) .....	40
Modelo Transformativo (Bush y Folger) .....	41
Modelo Circular-Narrativo (Sara Cobb) .....	43
Elección de Teoría .....	44
Sección I: Figura del mediador en la aparente crisis que atraviesa el Poder Judicial .....	46
Mediación.....	50
Naturaleza Jurídica. ....	53
Características.....	57
Tipos. ....	60
Etapas.....	61
Diferencias entre mediación y conciliación. ....	64
El Mediador.....	67
Perfil.....	68
Emociones. ....	70
Obligaciones.....	71
Requisitos.....	72
Aparente crisis del Poder Judicial .....	74
Acceso a la justicia. ....	78
Sección II: Preceptos Generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.....	85
Disposiciones generales .....	86
Educación para la paz. ....	86
Solución de diferencias patrimoniales. ....	88
Diálogo.....	90

Negociación.....	91
Conciliación.....	92
Arbitraje.....	94
Otras técnicas.....	97
Derechos patrimoniales de naturaleza disponible.....	97
Convenios para solucionar conflictos.....	99
Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social.....	100
Conciliación y mediación.....	102
Arbitraje.....	108
Mediación, conciliación y arbitraje institucionales.....	110
Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social.....	112
Sección III: Principios de la Resolución Alterna de Conflictos en la consecución de los propósitos de la mediación.....	116
Importancia.....	116
Funciones.....	117
Función creativa.....	118
Función interpretativa.....	118
Función integradora.....	118
Función explicativa.....	119
Principios de la Resolución Alterna de Conflictos.....	119
Principio de voluntariedad.....	120
Principio de confidencialidad.....	121
Principio de imparcialidad.....	122
Principio de información.....	123
Principio de celeridad.....	124

Principio de oralidad.....	125
Principio de buena fe.....	126
Principio de equidad.....	127
Principio de justicia pronta y cumplida.....	128
Propósitos de la mediación.....	130
<b>CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO.....</b>	<b>144</b>
Enfoque de Investigación.....	144
Diseño de Investigación.....	144
Fuentes de Información.....	144
Instrumentos.....	145
Unidades de Análisis.....	146
Procedimiento de Recolección y Análisis de Datos.....	146
Procedimiento de Recolección de Datos.....	146
Procedimiento de Análisis de Datos.....	147
Método de Análisis.....	147
<b>CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS.....</b>	<b>148</b>
Primera Unidad de Análisis: Figura del Mediador en la Aparente Crisis que Atraviesa el Poder Judicial.....	148
Primera categoría. El mediador.....	148
Segunda categoría. Aparente Crisis del Poder Judicial.....	150
Segunda Unidad de Análisis: Preceptos Generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.....	153
Primera categoría. Disposiciones generales.....	153
Segunda categoría. Ley 7727.....	155
Tercera Unidad de Análisis: Principios de la Resolución Alternativa de Conflictos en la Consecución de los Propósitos de la Mediación.....	159

Primera categoría. Principios RAC .....	159
Segunda categoría. Propósitos de la mediación .....	162
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES .....	166
REFERENCIAS .....	176
APÉNDICE .....	181

## CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

### Planteamiento del Problema

Históricamente la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC) ha sido un mecanismo tan antiguo como el origen del hombre; al ser el conflicto un elemento intrínseco de la vida en sociedad y las relaciones interpersonales, familiares, laborales y comerciales, ha surgido la necesidad de encontrar formas alternativas de solucionarlos; y es un conjunto de metodologías de solución de controversias sin enfrentamiento judicial.

En los diferentes textos legales de la historia de la humanidad se encuentran referencias a la intervención de un tercero para la solución de controversias. Desde la Biblia hasta los Códigos más antiguos como Hammurabi es posible encontrar regulaciones en cada cultura: los romanos, los griegos, así como en Asia, África y especialmente en los Estados Unidos de América, país que se reconoce como promotor de los métodos RAC en las últimas décadas.

Los países de América Latina no se quedan atrás, como es bien sabido, es una región que se ha enfrentado a luchas contra la violencia, pobreza y desigualdad social debido a la realidad política que ha vivido, por lo que los mecanismos alternos de resolución de conflictos han permitido que se reconstruya el sistema de acceso a la justicia, potenciando los métodos autocompositivos (mediación y conciliación) principales promotores de la paz social.

Los estados latinoamericanos tienen su propia regulación RAC, donde las figuras de mediación y conciliación son semejantes en cuanto a sus elementos: se tiene en primer lugar la voluntad de las partes que es el elemento fundamental, en segundo lugar, la existencia de un tercero neutral e independiente que asiste a los implicados, en tercer lugar, la inducción al diálogo y negociación y principalmente la búsqueda de un acuerdo que ponga término a las diferencias.

Sobre el perfil de los mediadores, Costa Rica, Panamá, Bolivia, Ecuador, Nicaragua y Perú no señalan los requisitos y condiciones mínimas para desempeñarse como tal; no obstante, solamente Colombia y Honduras establecen la obligación de que el mediador sea profesional en Derecho.

En Costa Rica la Resolución Alternativa de Conflictos también ha tenido su historia, se encuentran referencias al arbitraje en el Código General de Carrillo de 1841, que fue el primer

código del país como república independiente, el Código de Procedimientos Civiles de 1888, el Código Procesal Civil, hasta la regulación actual que rige la materia promulgada en el año 1997, la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción que ha buscado el impulso y construcción de la paz social, el diálogo y la negociación a través de congresos, programas de promoción de los mecanismos RAC, creación de centros de mediación, conciliación y arbitraje y la especialización de los jueces para llevar a cabo conciliaciones judiciales.

Es por esto, que cuando se origina un conflicto, lo idóneo es que las partes acudan a un método amigable para solucionar el problema, lo que evidentemente requiere el compromiso de colaborar y dialogar, especialmente si la relación debe ser preservada en los mejores términos, en estos casos lo recomendable es acudir a los métodos alternos de resolución de conflictos.

Los procesos de Resolución Alternativa de Conflictos son dirigidos por terceros neutrales, imparciales e independientes, quienes asisten a las partes que tienen posiciones contrapuestas, para ayudarlas a resolver sus diferencias a través de mecanismos participativos como el estímulo del diálogo, la negociación y la transacción para así alcanzar un acuerdo real, posible y satisfactorio dentro del marco del ordenamiento jurídico.

El RAC se compone de dos sistemas para solución de controversias: los métodos autocompositivos y los métodos heterocompositivos.

El sistema autocompositivo es aquel en que las partes por sí mismas buscan una solución a la disputa, generalmente con la asistencia de un tercero que tiene un papel de colaborador, pero no de decisor. La dinámica se da entre las partes, quienes tienen una participación totalmente activa en la que exponen sus posiciones e intereses, escuchan al otro, dialogan y a través de la negociación, buscan alcanzar una solución satisfactoria. En este sistema se encuentra la negociación, mediación y conciliación, métodos que se desarrollarán más adelante.

Por el contrario, el sistema heterocompositivo se caracteriza por la participación de un tribunal (unipersonal o colegiado), integrado por árbitros, quienes deciden e imponen a las partes la solución de la controversia. El árbitro también es un tercero imparcial e independiente elegido por las partes, su competencia se debe a la voluntad pura de los sujetos que disponen someter el asunto a arbitraje, mediante la suscripción de un acuerdo arbitral que disponga las formalidades, etapas y elementos procesales que regirán el arbitraje.

El arbitraje es uno de los mecanismos RAC, pues depende totalmente de la voluntad de las partes, sin embargo, hay una importante diferencia en comparación con los métodos autocompositivos, y es que en el arbitraje la solución es impuesta por el árbitro de forma definitiva, irrevocable y de ejecución forzosa. En la mediación y conciliación las partes por sí mismas buscan la solución.

La figura del árbitro se asemeja a la del juez en cuanto el conflicto es sometido a su conocimiento para dar solución; pues ambos decisores llevan a cabo todo el proceso, evacúan prueba, celebran audiencias y emiten un criterio final conocido como sentencia en la vía judicial y laudo en la vía arbitral. Sin embargo, hay un elemento importante que los diferencia, el árbitro no tiene potestad de imperio, que es la capacidad que tiene el Estado a través de sus instituciones de crear obligaciones y suprimir derechos a los particulares.

Por su parte, los árbitros tienen una jurisdicción delegada por el Estado para la resolución de conflictos, pero limitada, es por esto que para ciertos actos el arbitraje requiere de la intervención del juez, como en el caso de la imposición de medidas cautelares, impugnación y ejecución del laudo.

De esta manera, es posible determinar la diferencia entre los métodos autocompositivos y los heterocompositivos.

Los mecanismos autocompositivos buscan un acuerdo ganar-ganar, evitando resultados binarios donde uno gana y el otro pierde, también las partes tienen una participación más activa donde dirigen el proceso y ellos mismos buscan la solución, hay mayor flexibilidad procesal porque la transacción se basa en una negociación amigable, no se busca un culpable si no satisfacer los intereses de las partes y es más accesible económicamente.

Por el contrario, los mecanismos heterocompositivos son adversariales y adjudicativos, no hay una participación activa de las partes porque no hay mesa de negociación, hay un enfrentamiento donde se busca un culpable y la solución la impone el tribunal arbitral de forma definitiva e irrevocable mediante el laudo que tiene efecto de cosa juzgada material, es decir, no se puede volver a debatir una controversia que tenga el mismo objeto, sujeto y causa.

El efecto de cosa juzgada material tiene una consecuencia negativa y excluyente que rechaza la posibilidad de un segundo proceso sobre los mismos temas, pero también tiene un efecto positivo que es la facultad de hacer efectiva esa decisión.

Ahora que se tiene clara la diferencia entre los dos sistemas que conforman los mecanismos alternos de resolución de conflictos, se procede a mencionar las figuras de la negociación, mediación y conciliación, todos regulados en la Ley RAC y que forman parte del método autocompositivo.

A pesar de las diferencias existentes entre estos métodos, hay un elemento en común, la voluntad de las partes que es la piedra angular de los mecanismos RAC, porque sin esta ninguno de estos métodos se podría ejecutar, ya que, se requiere de una mínima disposición de participación, buena fe e intención de cooperación para solucionar las diferencias.

La mediación es una técnica en la que las partes en conflicto son asistidas por un tercero imparcial llamado mediador, elegido por ellos mismos y ayuda a resolver sus diferencias para alcanzar un acuerdo voluntario.

La figura del mediador tiene una gran relevancia pues canaliza la comunicación entre las partes, busca crear un espacio de diálogo y comunicación constructiva que acerque a los intervinientes para fijar los puntos contrapuestos, exponer sus intereses y expresar sus opiniones y necesidades, de manera que, de la voluntad de los mismos nazca una negociación que lleve a un acuerdo.

El mediador tiene una participación activa en la negociación, acerca a las partes y trata de superar situaciones de bloqueo, además, resalta propuestas y sugerencias de acuerdos, una vez estudiadas sus posiciones, sin embargo, no impone la solución ni participa en la ejecución de la misma, su función es estrictamente de asistencia y vigilancia.

El procedimiento es informal, ya que, el mediador y las partes conjuntamente fijan las reglas de la mediación, la cual es totalmente confidencial, rige el absoluto secreto profesional del mediador y las partes.

Por su parte, en la conciliación, al igual que en la mediación hay un tercero imparcial e independiente elegido por las partes, que ayuda en la búsqueda de la solución. En este caso el

tercero se conoce como conciliador, sin embargo, se diferencia del mediador, ya que, el conciliador no tiene una participación tan activa; asiste a las partes facilitando la comunicación y el diálogo, motiva y sostiene un ambiente agradable de negociación, mas no propone, sugiere o plantea posibles soluciones; su labor es exclusivamente facilitar la relación entre las partes y vigilar el cumplimiento de los principios y disposiciones de la Resolución Alternativa de Conflictos para que el acuerdo no sea contrario al ordenamiento jurídico.

Algunos puntos en común entre la negociación y conciliación son: el neutral no impone la solución, el proceso no es formalista al contrario es confidencial y equitativo, se busca el ganar-ganar de manera que todos se sientan satisfechos. Ambos procesos pueden ser de manera total o parcial, tienen carácter de cosa juzgada, proceden únicamente cuando se trate de derechos disponibles y ambos procesos pueden ser judiciales o extrajudiciales.

Cuando la mediación o conciliación tienen lugar dentro de un proceso judicial ya iniciado, en este caso el tercero es un juez y se le conoce como mediación o conciliación judicial. Por su parte, la mediación o conciliación extrajudicial se dan fuera de los tribunales de justicia, es posible que exista y haya iniciado un proceso judicial, sin embargo, es celebrado bajo la asistencia de un tercero que no es juez, generalmente en alguno de los centros de mediación y conciliación privados.

A pesar de lo expuesto, la Ley RAC en Costa Rica no diferencia entre la figura de la mediación y conciliación, el artículo 4 señala: “Los principios y las reglas establecidas para la conciliación judicial o extrajudicial se aplicarán, igualmente, a la mediación judicial o extrajudicial.” Por lo que para efectos de la presente investigación se tomarán como iguales.

Así lo señala la jurisprudencia nacional:

Efectivamente en la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social los términos conciliación y mediación, mediador y conciliador fueron utilizados como sinónimos, por ello cuando se habla de conciliación o mediación, realmente se hace referencia al mismo tipo de acuerdo. No desconoce este Tribunal la distinta connotación que le ha dado la doctrina a cada uno de los términos referidos, sin embargo, de acuerdo a la redacción que se le dio a ley costarricense, esa diferencia es irrelevante en nuestro medio, de manera tal que

pueden utilizarse indistintamente. (Tribunal Primero Civil de San José, N° 00370 – 2005, de las 08:15 horas del 27 de abril de 2005).

Finalmente, el último método es la negociación, en este no participa ningún tercero, son las partes por su propia voluntad quienes deciden acercarse y transar un acuerdo. En este caso donde no hay asistencia de por medio, la clave es la comunicación y cooperación para una negociación exitosa.

La mediación y conciliación se encuentran reguladas en el capítulo segundo de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley número 7727, publicada en La Gaceta No. 9 del 14 de enero de 1998.

En lo relativo a la materia la Ley señala los principios aplicables a la mediación y conciliación como sinónimos, la posibilidad de acudir a los mecanismos RAC aunque haya proceso pendiente, la posibilidad de que el acuerdo sea parcial o total, el carácter de cosa juzgada de los acuerdos judiciales y extrajudiciales una vez homologados por el juez, el deber de información del abogado asesor, el deber de inhibición y recusación, los requisitos de los acuerdos conciliatorios, el deber del conciliador, el secreto profesional, el carácter de documento público de los acuerdos y los daños y perjuicios si fuere procedente, así como lo relativo a la conciliación judicial.

En el área de la reglamentación del RAC, también se encuentra el Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el cual establece todo lo relacionado con la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos como Dirección del Ministerio de Justicia (DINARAC), que es la institución encargada de la regulación, dirección, fiscalización y debido funcionamiento de los centros de conciliación y arbitraje del país.

Sin embargo, en ninguno de los dos cuerpos normativos de la materia se señala el perfil exigido para los mediadores y conciliadores extrajudiciales, mucho menos se regula el requisito de que los neutrales en Derecho tengan especialización académica o capacitación técnica jurídica, y detenten plena capacidad para ostentar esta labor. No se encuentra una especificación de cualidades que los mediadores y conciliadores han de tener cuando medien asuntos jurídicos.

Un mediador debe tener capacidad intelectual y emocional, facilidad de interpretación e improvisación, ser un canal de comunicación, ser paciente y flexible, ser empático y honesto, tener credibilidad, sembrar confianza en las partes y ser asertivo en su trato; sin embargo, las capacidades para mediar no son suficientes, un perfil apropiado demanda conocimiento mínimo y básico en el marco jurídico de los casos sometidos a su intervención.

El mediador ha de reunir unos requisitos tan exigentes como los de un abogado, juez, psicólogo, pedagogo, trabajador social, etc., porque de él depende una justicia de calidad, una protección de los derechos y deberes de todos los ciudadanos y una convivencia pacífica. Es a él a quien se le encomienda, en primera instancia, la tarea de ayudar a resolver los conflictos en el ámbito civil y mercantil. Y solo un profesional competente, con una formación oficial y especializada, acreditada por la Administración Pública con títulos oficiales para asegurar unos conocimientos teóricos y prácticos suficientes, como se exigen a las demás profesiones, puede conseguir que la Mediación se convierta en una profesión eficaz para resolver y prevenir conflictos que hasta el momento eran competencia de Jueces y Magistrados. (García, 2013).

Por eso la idoneidad en el perfil del mediador exige no solo su capacidad psicológica, sino al detentar conocimiento jurídico mínimo exigido por ley para tal labor, pues ante la carencia de este requisito se resta seguridad al desarrollo del proceso y su resultado, pone en peligro los intereses jurídicos de las partes y las garantías procesales.

También puede violentar las garantías constitucionales y disposiciones generales del RAC, crear incertidumbre y desventaja, aumentar la desconfianza elevando la tensión y bloqueando la comunicación impidiendo alcanzar un acuerdo, o bien se llega a una solución no ejecutable por ser contraria al ordenamiento jurídico.

Existe una problemática en la legislación actual de Costa Rica, para mediaciones y conciliaciones extrajudiciales, donde no se exige la formación académica o conocimiento técnico jurídico de los mediadores y conciliadores; o como mínimo la presencia obligatoria de un abogado asesor, como sí ocurre en la conciliación laboral donde se establece la intervención obligatoria de un abogado o representante sindical que asista al trabajador en las conciliaciones

del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (MTSS) o de un Centro de Resolución Alternativa de Conflictos.

En el caso del Derecho Laboral, lo anterior sí se encuentra regulado en el Código de Trabajo, Ley No. 2 del 27 de agosto de 1943 y sus reformas, en su artículo 456 párrafo segundo, modificado por la Ley que aprueba la Reforma Procesal Laboral, No.9343 del 25 de enero de 2016, indica:

Artículo 456.- La conciliación, la mediación y el arbitraje serán utilizados prioritariamente como instrumentos de paz entre las partes y para la sociedad. En los procesos judiciales, los órganos jurisdiccionales tienen el deber de promover una solución conciliada del conflicto, por encima de la imposición que implica la sentencia. Extrajudicialmente, con la intervención de mediadores del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o de un centro de resolución alternativa de conflictos, en este último caso con la presencia de una persona abogada o de un representante sindical que asista a la parte trabajadora, podrán transigirse entre las partes los derechos en litigio, salvo los derechos indicados en el artículo siguiente.

El artículo 457 establece las limitaciones para la transacción cuando se trate de derechos irrenunciables, indisponibles e indiscutibles de las personas trabajadoras, como ya se ha dicho y se estudiará más adelante, no todas las materias ni todos los derechos son disponibles de negociación.

En la misma línea de las conciliaciones laborales se encuentra el Reglamento para la Solución de Conflictos Jurídicos Laborales, N° 40875 - MTSS – JP, que regula el procedimiento arbitral y conciliatorio de solución de conflictos, administra las Unidades RAC del MTSS, la integración de la lista de neutrales que estará a cargo del MTSS y la autorización para el funcionamiento y fiscalización de los Centros RAC en materia laboral, que es competencia tanto de la DINARAC como del MTSS.

Dicho Reglamento dispone expresamente el deber de los conciliadores en derecho laboral que presten sus servicios en Centros RAC de demostrar ante el MTSS que goza de conocimiento o especialización en derecho laboral para el ser debidamente autorizados para intervenir conciliaciones laborales.

Artículo 50.- Autorización. Para que un Centro RAC pueda contar con la autorización del MTSS para administrar procesos de conciliación y arbitraje laboral, deberá presentar la solicitud respectiva ante la DINARAC y cumplir con lo siguiente [...]

c) Si va a brindar servicios de conciliación laboral, presentará la lista de conciliadores, quienes deberán contar con autorización de la DINARAC y, adicionalmente, demostrar ante el MTSS que cuentan con amplios conocimientos en derecho laboral, los cuales se acreditarán por medio de los títulos o certificados de estudios de posgrado a nivel de especialidad, maestría o doctorado en derecho laboral o bien al menos 80 horas de capacitación o experiencia en la materia.

Se desprende, de conformidad con ambas normas laborales, así como con la Constitución Política, que en dicha materia es indispensable la presencia de un abogado asesor o que el neutral se haya capacitado o especializado en Derecho laboral, velando por la seguridad de los derechos de las partes, el cumplimiento de las garantías procesales mínimas, la justicia de calidad pronta y cumplida y el buen resultado del proceso, especialmente en esta rama del Derecho que se ha caracterizado por la posición de desventaja y vulnerabilidad en la que se encuentra el trabajador, lo que sin una orientación e intervención debida puede culminar en un acuerdo abusivo.

De conformidad con todo lo anterior, se desarrollará la presente investigación en el marco de las disposiciones de la legislación RAC y los principios del RAC, analizando documentación y sintetizando la información sobre el tema, de manera que permita encontrar respuesta y realizar una propuesta real y posible.

El vacío normativo en Costa Rica con respecto al requisito de la especialización técnica-académica del mediador para quienes se desempeñen como mediadores en Derecho, es un grave riesgo para las partes, tomando en consideración que estas someten sus asuntos a la dirección de un sujeto que desconoce las ciencias jurídicas, el estudio, interpretación e integración del ordenamiento jurídico para su debida aplicación.

Entre las deficiencias del fenómeno de estudio se encuentra actualmente la falta de estudios, doctrina o jurisprudencia principalmente en Costa Rica que desarrolle propiamente la necesidad de exigir al tercero neutral conocimientos técnicos jurídicos o especialización

profesional en Derecho, para la celebración y dirección de mediaciones o conciliaciones en las que haya contraposición de intereses jurídicos.

Lo anterior dirige a la siguiente interrogante: ¿Es necesaria la especialización técnica-académica del mediador según la materia de Derecho, en la aplicación de las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, y principios de la Resolución Alternativa de Conflictos, para garantizar la seguridad jurídica del proceso?

## **Objetivos**

### **Objetivo General**

Analizar la necesidad de especialización técnica-académica del mediador en el marco de las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social y los principios generales de la Resolución Alternativa de Conflictos.

### **Objetivos Específicos**

Definir la importancia de la figura del mediador en la aparente crisis que atraviesa el Poder Judicial.

Determinar la importancia de las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Registrar la necesidad del conocimiento de los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos en la consecución de los propósitos de la mediación.

## Justificación

### Conveniencia

La utilidad de estudiar el presente tema de investigación es determinar si se cumple la máxima de seguridad jurídica que se debe garantizar en el aprovechamiento de los métodos RAC, en el caso concreto el método de la mediación, ante la ausencia del requisito de especialización profesional o técnica en Derecho del mediador que intervenga en casos donde haya asuntos jurídicos de por medio.

La seguridad jurídica es un principio general del Derecho, que tiene como premisa la garantía de los derechos, desde la publicidad, así como la aplicación de estos y que puede entenderse como el conocimiento de las normas imperativas obligatorias, prohibitivas o permisivas del ordenamiento jurídico.

La Real Academia Española, define la seguridad jurídica como la “cualidad del ordenamiento jurídico que implica la certeza de sus normas y, consiguientemente, la previsibilidad de su aplicación.”

Se puede decir entonces, que la seguridad jurídica es la certeza del derecho que genera confianza al ciudadano, permitiéndole desarrollar sus relaciones en el mundo jurídico teniendo conocimiento de que a cada supuesto de hecho le asiste una calificación jurídica que lo determina como prohibido o permitido.

El Estado de Derecho en las sociedades democráticas como máximo órgano ejecutor del poder en la administración pública, debe establecer las disposiciones de ley que garanticen a los individuos la seguridad jurídica mínima.

Se tiene claro, por lo tanto, que la seguridad jurídica es un resguardo que debe dar el Estado a los ciudadanos, de que sus intereses jurídicos no serán transgredidos y en caso de que llegara a suceder le ampara una protección y reparación de los mismos.

En el caso de la Resolución Alternativa de Conflictos la seguridad jurídica debe ser entendida como la protección del Derecho en el desarrollo de los procesos de mediación, conciliación y

arbitraje, el respeto de los derechos procesales y constitucionales inmersos en los mecanismos RAC, el resultado del proceso y la posibilidad de ejecutar un acuerdo sólido y real.

También será útil este proyecto para sentar un marco teórico sobre la necesidad de la especialización del mediador en el área del Derecho a intervenir, de conformidad con las disposiciones generales de la Ley RAC y los principios aplicables a la materia.

### **Relevancia Social**

Incentivar la Resolución Alternativa de Conflictos que es un mecanismo promotor de la paz social, la cual se puede definir como el bienestar de la sociedad garantizado por el Estado, lo que a su vez estimula el desarrollo comunitario, respetando los derechos y deberes impuestos por el ordenamiento jurídico, de manera que, ante el surgimiento de un conflicto, la sociedad sea capaz de solucionarlo a través de la paz y no de la fuerza.

Fomentar la paz social a través del debido cumplimiento de los métodos alternos de resolución de conflictos, para hacer sostenible el cambio de mentalidad frente al sistema tradicional de justicia, por una actitud pacífica, negociadora y cooperativa.

En los últimos años se ha potenciado la utilización de métodos RAC en Costa Rica. Como lo demuestra el Apéndice C Tabla 1. Estadísticas Centros RAC 2018 y Tabla 2. Estadísticas Centros RAC 2010 del Ministerio de Justicia y Paz, durante el año 2018 en los diferentes Centros RAC del país, se realizaron 3781 mediaciones y 86 arbitrajes, frente al año 2010 donde se realizaron 119 mediaciones y 202 arbitrajes.

Comparando la información anterior con los indicadores de asuntos resueltos por primera y segunda instancia del Poder Judicial, se demuestra cierto retraso en la administración de justicia y la necesidad de acudir a métodos RAC. En el año 2013 se resolvieron en primera instancia únicamente 542 asuntos, mientras que en segunda instancia se finiquitaron 141 procesos. Obsérvese el Apéndice C Tabla 3. Estadísticas casos resueltos Poder Judicial 2009-2013.

Lo anterior permite determinar la trascendencia de la promoción y utilización de los métodos RAC, propiamente la mediación, que ha tenido un mayor aprovechamiento en los últimos años por sus beneficios y ventajas frente a los métodos tradicionales, especialmente la celeridad. De aquí la importancia y necesidad de que el neutral sea una persona totalmente

competente en habilidades para mediar y conocimientos básicos en ciencias jurídicas para asegurar el buen desarrollo y resultado del proceso.

Es por esto que, la relevancia social del presente tema es buscar una solución a la problemática de falta de especialización de los mediadores en Derecho, para un debido aprovechamiento de los métodos RAC, que beneficien la paz social, determinando la importancia de las disposiciones de la Ley RAC en concordancia con los principios de la materia.

Esta preocupación de la competencia del mediador para el buen hacer del proceso, también ha sido expresada por los mismos formadores de mediadores.

Sin embargo, en la Directiva no se establece qué cualificación específica han de tener, a pesar de que esta es una cuestión de capital importancia, dado que se trata de materias civiles y mercantiles, técnicas, por lo que parece lógico entender que para ser mediador en estas materias se han de acreditar los conocimientos de Derecho Civil y Mercantil, bien sea por titulación académica o por pruebas de capacitación [...]

El mediador debe dominar nociones básicas de esos diferentes campos de conocimiento para que pueda comprender las muchas situaciones que se presentan en el conflicto, es decir, todo lo que esté en juego, tanto desde el punto de vista jurídico, psicológico y social como desde el punto de vista religioso, emocional, cultural y otros [...]. (Belloso, 2010, p.124).

### **Implicaciones Prácticas**

La presente indagación ayudará a resolver el problema de la necesidad de especialización académica o capacitación jurídica del mediador en Derecho, en la aplicación de normas y disposiciones generales de la Resolución Alternativa de Conflictos y principios generales del RAC.

Teniendo claras las ventajas de los métodos RAC ante el sistema tradicional de justicia y como mecanismo promotor de la paz social, se pretende incentivar su uso, buscando aumentar la confianza que se les tiene a nivel social, investigando la problemática de la falta de titulación académica o capacitación jurídica del neutral para mediar.

La información que se desarrollará, se confía llegue a ser considerada como fundamento teórico para una posible propuesta de reforma de la normativa RAC, sea la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, o el Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

### **Valor Teórico**

La contribución de este proyecto es dar a conocer si realmente en Costa Rica existe un vacío legal en la legislación de Resolución Alternativa de Conflictos, en el marco de la seguridad jurídica que el Estado debe garantizar, de conformidad con los requisitos y condiciones del perfil del mediador en Derecho.

La contribución será un aporte académico sobre el tema, ya que, actualmente no se encuentran estudios, doctrina, jurisprudencia o teorías, que desarrollen propiamente la necesidad de la existencia de una figura de tercero neutral, sea mediador o conciliador, con conocimientos técnicos jurídicos o especialización profesional en Derecho, para la celebración y dirección de audiencias, asambleas, reuniones de mediación o conciliación en las que haya contraposición de intereses jurídicos.

Los resultados ayudarían no solo a impulsar los métodos autocompositivos, lo que sería un logro realmente significativo, si no a procurar que en su ejercicio sean realmente eficaces, respetando el principio de justicia pronta y cumplida, de manera que haya una mayor satisfacción con los acuerdos obtenidos y así se recurra a los modelos de conciliación y mediación antes que los modelos adversariales como los juicios tradicionales.

Entre mayor seguridad jurídica haya en los acuerdos alcanzados mediante modelos RAC, mayor será su viabilidad en la búsqueda de la paz y por ende tendrá una mayor utilización a nivel social lo que sería una posible ayuda en la descongestión del sistema judicial.

La información obtenida puede servir eventualmente para desarrollar una teoría, ante la inexistencia de la misma, con respecto a las condiciones y requerimientos en Costa Rica para el desempeño de los mediadores en Derecho a la luz de las disposiciones de la Ley RAC y principios de la materia.

## **Utilidad Metodológica**

Como utilidad metodológica este proyecto desarrollará ampliamente la Resolución Alternativa de Conflictos como medio alternativo de acceso a la justicia y mecanismo de promoción de la paz social, según el aprovechamiento y regulación que se le ha dado en el país, mediante distintos cuerpos normativos.

La utilidad metodológica para determinar la veracidad de la investigación será principalmente la recolección de datos de doctrina, jurisprudencia, teorías y antecedentes referentes al tema. Además, se realizarán entrevistas que permitan analizar los resultados arrojados por la investigación.

Entre los temas de interés se estudiará la Resolución Alternativa de Conflictos y cada uno de sus métodos, haciendo énfasis en la mediación y conciliación tomados como sinónimos, el mediador, los cuerpos normativos que regulan la materia, las disposiciones de la Ley RAC y los principios del RAC.

La investigación contribuye a la conceptualización de la Resolución Alternativa de Conflictos, la definición del mediador y su perfil y su relación con la paz y seguridad jurídica, garantizadas por los mecanismos RAC.

## **Antecedentes**

Hay que remontarse en primer lugar al origen del hombre, para determinar los antecedentes de la Resolución Alternativa de Conflictos, ya que, de la existencia humana nace el conflicto, hecho generador de los mecanismos RAC.

El conflicto suele ser visto como un elemento negativo, sin embargo, en este siempre hay una oportunidad para explotar situaciones de aprendizaje donde cada parte puede eventualmente sacar provecho y alcanzar una experiencia positiva de cambio, mejora, conciencia y crecimiento personal.

Es por esto que el ser humano como la especie con mayor capacidad de análisis y entendimiento, ha tenido la idoneidad para desarrollar estrategias que no solo fomenten la paz social, si no que permitan alcanzar acuerdos satisfactorios y accesibles para los participantes; por lo que ha sido necesario la creación de herramientas alternativas de cooperación, por ejemplo, las tradicionales como mediación, conciliación y arbitraje y las no convencionales como mini juicio, evaluación temprana, jueces privados, combinaciones entre arbitraje y mediación y tribunales multipuertas, entre otros.

### **Antecedentes Históricos**

El tema del RAC no es una novedad, al contrario, ha estado presente en todas las generaciones, culturas y tiempos, buscando soluciones pacíficas y reales a los conflictos en la convivencia humana que evidentemente son inevitables, pero manejables.

La intervención de un tercero neutral e imparcial que ayude a las partes en desacuerdo a comunicarse y negociar para llegar a una solución amigable ha sido una técnica utilizada desde las culturas más antiguas.

A continuación, una breve reseña histórica de los mecanismos RAC a nivel internacional y nacional.

### **Origen del RAC a Nivel Internacional.**

Desde el más antiguo de los textos en la historia de la humanidad, la Biblia, se encuentra referencias a métodos amigables de solución de conflictos, a lo largo de los años la iglesia ha desempeñado un papel interventor y neutral entre sus miembros e incluso a nivel político y social.

Por otra parte, el pueblo judío ejercía también la Resolución Alterna de Conflictos entre miembros de la misma congregación, donde el Bet Din (“casa del juicio”) actuaba como Consejo de Rabinos y designaba un tribunal religioso; estos pueblos tenían sus propios tribunales rabínicos, especialmente para la protección cultural, ya que, en muchos otros tribunales, por motivos religiosos, no eran admitidos para someter sus controversias a métodos RAC.

En la cultura asiática, específicamente China y Japón la mediación y la conciliación se llevan a cabo a menudo, a través de Comisiones Populares de Conciliación, por cuanto la religión y filosofía son factores determinantes para la aprobación social.

En otro sentido, en el continente africano donde el Derecho no es solo poco desarrollado si no poco eficiente, la asamblea de vecinos es un órgano mediador en las controversias comunitarias o del pueblo. Del mismo modo en la antigua Roma, el Pater Familia venía a ser una figura semejante al mediador, al ser quien ostentaba la potestad y dominio de los miembros del hogar.

En América, Estados Unidos se considera la cuna de los métodos de Resolución Alterna de Conflictos, donde empezó a utilizarse en la solución de controversias laborales, por ejemplo, entre trabajadores y compañías navieras; extendiéndose posteriormente al área comunal y familiar, finalmente en materias civiles y comerciales.

Son tres los modelos de mediación y negociación que predominan en los Estados Unidos de América y se han extendido a nivel mundial: primeramente, el Modelo Tradicional o Modelo de la Escuela de Harvard, el cual se caracteriza por cuatro elementos o premisas fundamentales: no mezclar el problema con aspectos personales, concentrarse en intereses y no en posiciones, procurar el beneficio mutuo y parámetros objetivos de negociación, donde la posición del mediador es alcanzar un acuerdo.

Por el contrario, el Modelo Circular Narrativo de Sara Cobb, tiene estrategias como transformar posturas e intenciones, planificar posibles escenarios, desarrollar el conflicto para analizar el acuerdo y la función del mediador es inducir a las partes al caos para flexibilizar posiciones.

Finalmente, el Modelo Transformativo de Bush y Folger, se diferencia de los anteriores porque busca mejorar la relación de las partes, aunque no se llegue a transar, pese a que el acuerdo no es el objetivo principal, es una consecuencia positiva de esta situación. Tiene también una esencia terapéutica en la cual se busca que cada parte pueda identificar y reconocer su culpabilidad en el conflicto, procurando generar conciencia.

En general la mediación y conciliación han sido practicadas por terceros con rol de interventores, para así a lo largo de los años dar paso a la regulación de estas figuras y del arbitraje en las sociedades actuales.

### **Origen y Evolución del RAC en Costa Rica.**

Los primeros textos procesales en regular los mecanismos alternos de resolución de controversias en Costa Rica, se encuentran a partir el siglo XIX, con el logro de la independencia en 1821, es decir estas leyes fueron promulgadas por nuestros propios legisladores siendo una república independiente.

El primer texto que se encuentra es el Código General de Carillo de 1841, que fue el primer código del país, aprobado por el Jefe de Estado Braulio Carrillo Colina; el cuerpo normativo constaba de tres partes: la civil, la penal, y la de procedimientos, es en esta última donde se regulaban estos procesos y se les conocía como “juicios por arbitramento”. En el libro primero se encontraba la regulación de la conciliación, la cual según esta normativa en la mayoría de juicios civiles era obligatoria.

En este texto legal se podían encontrar varios aspectos importantes con respecto a los procesos alternos de solución de conflictos, por ejemplo, era claro en cuanto a la libertad de forma que disponían las partes para llevar a cabo un arbitraje, características se mantienen hoy en la regulación actual de conciliación y arbitraje.

El segundo cuerpo legal que regulaba la materia fue el Código de Procedimientos Civiles de 1888, esta fue la primera ley en materia procesal, promulgada durante la administración del quinceavo presidente del país, Ramón Bernardo Soto Alfaro. Esta codificación se basó en la Ley de Enjuiciamientos española de 1855 y vale mencionar que no se encuentra gran diferencia entre ambas leyes.

A diferencia del Código de Carrillo, el Código de Procedimientos Civiles era mucho más amplio, e incorporaba una serie de modificaciones y avances, la más considerable fue el cambio del nombre de la figura “juicios por arbitramento” a “juicio arbitral”.

La tercera etapa, se da con la designación que hace la Corte Suprema de Justicia de una Comisión de Magistrados, para llevar a cabo Reformas al Código de Procedimientos Civiles, en 1933 y 1937, mediante la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1937. Los Señores Magistrados hicieron un análisis de la promoción y aprovechamiento que se le estaba dando al “juicio arbitral” en esos años, sin embargo, detectaron falta de utilización del mismo por el poco impulso que había tenido.

La siguiente etapa se da con la promulgación del Código Procesal Civil, el cual también reglamentaba la Resolución Alternativa de Conflictos, en el capítulo noveno, sección cuarta artículo 219 se refería a la transacción y su procedimiento; del mismo modo en la sección quinta del mismo capítulo en el artículo 220, disponía las formas anormales de terminar los procesos judiciales, mediante la conciliación y sus efectos.

Este Código sufrió algunas reformas, la más significativa fue la que eliminó la obligación del Estado, sus instituciones y las municipalidades, de ser previamente autorizados por el Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, para someter sus asuntos patrimoniales a mediación, conciliación o arbitraje.

La última etapa en el país se dio gracias a la iniciativa e impulso del Poder Judicial de promover los métodos alternos de resolución de conflictos, lo que tuvo lugar durante tres fases:

Primeramente, en el año 1993 cuando Costa Rica suscribió un Convenio con la Agencia Internacional de Desarrollo (AID) de los Estados Unidos de América, que financió un proceso de modernización de la Corte Suprema de Justicia.

Para esto Costa Rica ha intentado trabajar en el fomento y regulación de los métodos alternos de resolución de conflictos, realizando varias actividades para sentar bases de lo que hoy es la aplicación de los métodos RAC, iniciando con el Programa de Resolución Alterna de Conflictos, donde participaron instituciones como la Escuela Judicial de la Corte Suprema de Justicia, el Patronato Nacional de la Infancia, y el Ministerio de Educación Pública; así como la celebración del Primer Congreso Nacional de Administración de Justicia en 1995, cuyo principal tema fue el RAC.

Lo que se pretendía era informar y sensibilizar a la sociedad, jueces y abogados sobre los métodos RAC; concientizar y dar a conocer a toda la población los grandes beneficios y ventajas de estos mecanismos, ante un sistema judicial congestionado, moroso y desgastado.

Al suscribir Costa Rica el Convenio con la AID, se llevaron a cabo actividades de capacitación, adaptación y formación en los mecanismos alternos de solución conflictos y se realizó un proyecto de Ley que más adelante se convirtió en la actual Ley que regula la materia.

Esto da paso a la segunda fase y la más importante, en 1998, cuando entra en vigencia la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley número 7727, publicada en La Gaceta número 9 del 14 de enero de 1998. Esta importante Ley específica en la materia, regula todo lo relativo a la negociación, conciliación, mediación y arbitraje. Esta Ley como su nombre lo dice, busca promover la paz social y prevenir la violencia a través de la solución de conflictos de manera pacífica, así como el respeto a los derechos humanos, impulsándolo desde las escuelas y colegios.

Este cuerpo normativo regula la mediación y conciliación total o parcial, judicial y extrajudicial, permite la posibilidad de aplicar en cualquier momento los mecanismos RAC, incluso cuando haya juicio pendiente o haya finalizado con sentencia firme.

Desde la promulgación de la Ley 7727 hace más de 20 años, se ha dado un auge a nivel nacional en la elección de los métodos RAC frente a la vía judicial, esto dio lugar a la tercera fase, que es la creación de Centros de Conciliación, Mediación y Arbitraje en el país a nivel privado y a nivel Estatal la creación del Centro de Conciliación del Poder Judicial.

Costa Rica como país democrático ha buscado garantizar la protección de los derechos e intereses de los particulares, especialmente con la administración de justicia y solución alternativa de conflictos, desde su primera codificación en el año 1841, hasta 1998 con la promulgación de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, y hoy con la promoción y fomento del uso de los mismos, incluso dentro de los procesos judiciales.

### **Antecedentes Internacionales**

Se ha llevado a cabo una recopilación bibliográfica de antecedentes relacionados con el tema sujeto de análisis, para desarrollar la presente investigación tales como doctrina, compilaciones, artículos de revistas, trabajos finales de graduación, tanto a nivel nacional como internacional, que han permitido dar inicio al proceso de investigación y son fuentes de información en concordancia con la materia estudiada.

A nivel internacional se han encontrado los siguientes escritos relevantes para esta investigación.

Moore (1995), en su obra *“El proceso de mediación: métodos prácticos para la resolución de conflictos”* traducida por la editorial Argentina Ediciones Granica S.A., expone a lo largo del libro, de manera extendida la mediación, dando un panorama completo de todo el proceso, desarrolla profundamente la técnica, desde su definición, escenarios, iniciativas, etapas, factores influyentes en el proceso; también estudia las bases para una mediación efectiva, estrategias, antecedentes, planeación, cooperación; del mismo modo estudia la conducción productiva de la mediación, detalla las labores del mediador para auxiliar a las partes en conflicto; concluye exponiendo las alternativas para llegar al acuerdo definitivo y su ejecución, así como los procedimientos para incrementar el acatamiento obligatorio y la supervisión.

En Argentina, Etcheverry (dir.) y Highton (dir.) (2010) en la compilación de artículos de diferentes autores denominada *“Resolución alternativa de conflictos”*, exponen amplia y detalladamente la figura de la mediación, en sus múltiples áreas de estudio, naturaleza jurídica, concepto, tipos de mediación, casos en los que se recomienda y en los que no, entre otros elementos de estudio. Se plantea esta técnica como un procedimiento no adversarial donde un tercero imparcial asiste a las partes. Se señalan las ventajas, la figura del mediador eficiente, el ejercicio del poder, estilos y tácticas de mediación, calidad de la mediación en la formación del

neutral y la importancia de la participación de los abogados en los métodos de resolución alterna de conflictos.

Otro de los factores relevantes en materia de Resolución Alternativa de Conflictos es el rol del tercero neutral, por lo tanto, se encuentra en España, García (Ed.) (2010) con la compilación “*Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I*” la cual es una obra que recoge las ponencias, comunicaciones y conclusiones expuestas en el “Congreso Internacional de Resolución Alternativa de Disputas Civiles y Mercantiles”, celebrado en Santander, España en el año 2009, con la participación de varios autores avezados en sus áreas, quienes buscan dar a conocer las carencias de la mediación, conciliación y el arbitraje, a pesar del éxito que han tenido en la solución de conflictos. Especial énfasis hacen los autores en las debilidades de la mediación y conciliación en cuanto no se regula qué cualificación han de tener los mediadores y conciliadores, principalmente en materia comercial y civil donde es estrictamente necesario el conocimiento en Derecho, condición que no es exigida por los Centros de Mediación y Conciliación de dicho país, así como las debilidades existentes en la formación de mediadores y conciliadores. Concluyen con aportaciones de mucho valor intelectual para la consolidación de estos mecanismos a nivel nacional e internacional, que la sociedad actual del Siglo XXI necesita como herramientas, ante el creciente uso de los métodos alternos de solución de disputas.

Del mismo modo en Argentina, Álvarez (2003) en su libro “*La mediación y el acceso a justicia*”, sostiene que el acceso a justicia no debe ser enmarcado únicamente al sistema tradicional, ya que, el acceso efectivo a una garantía eficiente de justicia no es necesariamente mediante la justicia jurisdiccional, es por esto que dirige el enfoque de la obra al “acceso a justicia” y no “acceso a la justicia”. Desarrolla y muestra con estadísticas la crisis que sufre el Poder Judicial en Argentina y Latinoamérica, expone los resultados arrojados por encuestas realizadas en Argentina, Chile y Costa Rica donde se demuestra que la población no encuentra trazas positivas en la administración de justicia estatal, principalmente por las dificultades para acceder a esta, la mora judicial, desigualdad, altos costos económicos, sentencias a las que llama “suma cero”, es decir, aquellas donde hay un ganar-perder. Es por lo anterior que la autora busca fortalecer la utilización de los métodos RAC, como mecanismos alternos al acceso a justicia eficaz, pronta y cumplida, menos costos en tiempo, dinero, manejo de relaciones y del conflicto;

especialmente en la zona latinoamericana que se ha caracterizado por atravesar periodos de pobreza, violencia y lucha entre clases. Concluye con la necesidad de reformar el acceso efectivo a justicia, pues es imposible para muchas personas y finalmente señala que el funcionamiento obsoleto del Poder Judicial es contradictorio al acceso a justicia.

Finalmente, en su artículo “*La mediación y la conciliación como medios extrajudiciales de solución de conflictos*”, publicado en la Revista Boliviana de Derecho, Castillejo (2007), inicialmente hace referencia a la actual crisis que sufren los sistemas judiciales para impartir justicia, la desconfianza y descontento social que esta ineficacia, entorpecimiento e inoperancia generan a los usuarios, a largo plazo ha dado paso a la potenciación de los mecanismos alternos de resolución de conflictos a nivel nacional e internacional; con respecto a estos, la autora hace hincapié en que más allá de ser métodos “alternativos” son “adecuados” o “complementarios” a la realidad y condiciones del conflicto, es decir, la capacidad que tienen estas figuras de ajustarse a las necesidades de las partes involucradas y circunstancias del caso concreto.

### **Antecedentes Nacionales**

Delimitando los antecedentes en el espacio nacional, con respecto a las generalidades de la Ley RAC, se encuentra Artavia (2003), en su libro “*Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley Rac) y jurisprudencia arbitral*”, explica cada artículo de la Ley RAC, además, de citar doctrina y jurisprudencia en cada uno. Con respecto a las disposiciones generales de la Ley, señala la importancia de la utilización de los métodos alternos, la trayectoria y propulsión del movimiento de los últimos años; establece el cambio de mentalidad que debe tener el ciudadano, la sociedad y los abogados en el aprovechamiento de estas técnicas con la promulgación de la Ley, que busca una cultura de paz y no confrontación. Por otra parte, explica y conceptualiza cada una de las técnicas de solución de diferencias y sus modalidades incorporadas en la Ley, e incluso hace referencias a otros procedimientos alternos, como la mediación-arbitraje, evaluación previa, juicios sumarios, entre otros, empleados en otros ordenamientos jurídicos. Seguidamente, entre otra de las disposiciones generales (e importante) de la Ley, destaca la disponibilidad de la materia y derechos transigibles, la posibilidad de conciliar en cualquier momento, aun cuando haya juicio pendiente. Desarrolla también todo lo relativo a la mediación y conciliación establecido en la Ley RAC.

Seguidamente, Madrigal y Rodríguez (2010), en su tesis de grado para optar por el título de Licenciatura en Derecho “*El fortalecimiento de los mecanismo de resolución alterna de conflictos para la solución de conflictos individuales de trabajo e implementación del modelo “conciliación prejudicial obligatoria”*”, desarrollan cada uno de los diversos medios de Resolución Alternativa de Conflictos aplicables en nuestro ordenamiento jurídico, describen los diferentes métodos RAC, aspectos generales, características, ventajas y desventajas; exponen los modelos de negociación, tradicional, transformador y narrativo, así como los principios intrínsecos en estas modalidades; también estudian los diferentes centros RAC que promueven el uso de las técnicas. Concluyen con la importancia de la utilización de la Resolución alternativa de Conflictos y la implementación de instancias para su promoción.

Otro aspecto importante son los principios generales del Derecho, sobre esto Barth (1997), en su tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho “*Los principios generales del Derecho y la jurisprudencia costarricense*” como objetivo general se plantea exponer ideas de diversos autores con perspectivas diferentes, para esclarecer algunos aspectos sobre la utilización de la frase “principios generales del Derecho.” El autor muestra las características, enfoques e interpretaciones doctrinales dominantes en relación con los principios. Además, realiza de conformidad con lo anterior un análisis de la posición de los tribunales costarricenses con respecto a algunos principios generales del Derecho como la economía procesal, preclusión, celeridad, congruencia, primero en tiempo primer en derecho, entre otros; para así determinar el uso que se les ha dado dentro de la jurisprudencia nacional. Concluye señalando que existen diversas teorías de muchos doctrinarios sobre los principios generales dentro de la Teoría General del Derecho; y expone que el concepto y utilización de principios generales en la jurisprudencia es totalmente dependiente del criterio y percepción de los jueces.

Finalmente, con respecto a la máxima de seguridad jurídica, el Centro de Investigación Jurídica en línea (CIJUL), (s.f.) en el “*Informe de investigación CIJUL, Tema la Seguridad Jurídica*” hace una recopilación doctrinaria de principales postulantes acerca del tema en general, Pedro Haba, Carlos José Gutiérrez y Aleksander Peczenik. El informe desarrolla la seguridad jurídica desde su concepto, características generales, aspectos, exigencias y manifestaciones en el Derecho, como la presunción del conocimiento de la Ley, cosa juzgada, irretroactividad,

prescripción, legislación procesal, predominio del derecho escrito; además, estudia la visión del Estado de Derecho y legitimidad del Derecho.

Existen esfuerzos académicos y doctrinarios previos en cuanto a los mecanismos RAC en general, su naturaleza jurídica, clasificación, conceptualización y regulación, generalidades, pero no se encuentran estudios, doctrina o jurisprudencia principalmente en Costa Rica, que desarrolle propiamente la necesidad de la existencia de una figura de tercero neutral, ya sea mediador o conciliador con conocimientos técnicos jurídicos o especialización profesional en Derecho, para la celebración y sustento de audiencias, asambleas, reuniones de mediación o conciliación en las que hayan intereses jurídicos de por medio.

Esto confirma que es menester estudiar la necesidad de garantizar la seguridad jurídica a quienes someten sus diferencias a métodos autocompositivos, a través de neutrales especializados en el área que desean mediar o conciliar, para plantear una propuesta a esta problemática.

## Proyecciones

1. Analizar la necesidad de la formación académica o capacitación en ciencias jurídicas del neutral en mediaciones de Derecho, en el marco de las disposiciones de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social y los principios de la materia;
2. Analizar la necesidad de especialización académica o capacitación técnico-jurídica del mediador en el área del Derecho a intervenir en relación con la máxima de seguridad jurídica;
3. Determinar si debería ser una imposición legal, a través de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, o Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, la formación, capacitación y conocimiento académico del mediador en el fondo de la materia de Derecho a tratar;
4. Evaluar si a todas las ramas disponibles y conciliables del Derecho debería trasladarse el mismo requisito exigido actualmente en la conciliación laboral por el Código de Trabajo vigente y el Reglamento para la Solución de Conflictos Jurídicos Laborales, N° 40875 - MTSS – JP, de que en los centros de conciliación el neutral tenga especialización en Derecho laboral;
5. También se espera diagnosticar qué tan conveniente sería implementar la figura de la mediación interdisciplinaria, donde el mediador especialista en sus labores sea asistido por un profesional en Derecho, de manera que la mediación sea celebrada por dos personas competentes para estos fines: un mediador experto en la dirección del conflicto, empático, con facilidad de palabra, capacidad de generar un espacio de diálogo y cooperación, analista y reductor de la tensión. Y por otra parte el abogado que por su formación profesional busca la garantía de los intereses de las partes, conoce las ciencias jurídicas, su estudio, interpretación e integración del ordenamiento jurídico para su debida aplicación;
6. Definir la figura del mediador, por ser un elemento fundamental en la mediación y sin su presencia sería una simple negociación entre las partes; sin embargo, de la competencia del neutral dependerá mucho la conducción y los resultados del proceso, pudiendo ser beneficioso o desventajoso para alguna de las partes, especialmente en casos complejos;

7. Estudiar como los mecanismos alternos pueden tener cierto beneficio para el Poder Judicial;
8. Estudiar la importancia de la necesidad del conocimiento de los principios de la Resolución Alterna de Conflictos en la consecución de los propósitos de la mediación;
9. Incentivar la Resolución Alterna de Conflictos que es un sistema promotor de la paz social, entendida como el bienestar de la sociedad garantizado por el Estado, de manera que, ante el surgimiento de un conflicto, la sociedad sea capaz de solucionarlo a través de la paz y no de la fuerza;
10. Fomentar la paz social a través del debido cumplimiento de los métodos alternos de resolución de conflictos, para hacer sostenible el cambio de mentalidad frente al sistema tradicional de justicia, por una actitud pacífica, negociadora y cooperativa;
11. Se procurará aumentar la confianza que se le tiene a los mecanismos RAC nivel social, investigando la problemática de la falta de titulación académica o capacitación jurídica del neutral para mediar; teniendo claras las ventajas de los métodos RAC ante el sistema tradicional de justicia y como mecanismos promotores de la paz social;
12. Se espera el proyecto sea un aporte académico sobre el tema, ya que, actualmente no se encuentran estudios, doctrina, jurisprudencia principalmente en Costa Rica o teorías, que desarrollen propiamente la necesidad de la existencia de una figura de tercero neutral, sea mediador o conciliador, con conocimientos técnicos jurídicos o especialización profesional en Derecho;
13. Finalmente se busca encontrar y proponer una solución real al problema planteado para garantizar la seguridad jurídica del proceso de mediación ya sea reformando la normativa RAC o implementando la mediación interdisciplinaria.

## **CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO**

### **Modelos Teóricos de la Mediación**

La Resolución Alternativa de Conflictos ha sido siempre un tema de gran interés a nivel sociológico, psicológico, antropológico y filosófico y cómo no serlo, si ha acarreado un avance para la sociedad en la resolución de conflictos y búsqueda de la paz, por las ventajas que conlleva frente al sistema tradicional de administración de justicia.

Como se expuso en el apartado de historia los métodos alternos han estado presentes en la vida en sociedad desde la existencia del hombre, esto ha dado paso a su estudio y al surgimiento de teorías, escuelas o modelos aplicables que se han perfeccionado según criterios profesionales desde el estudio que les dio origen.

La voluntad es la piedra angular de los mecanismos RAC, porque sin esta ninguno se podría ejecutar, ya que, se requiere de una mínima disposición de buena fe y cooperación. Por otra parte, la comunicación y la importancia atribuida al acuerdo alcanzado son los otros elementos fundamentales en los modelos de mediación.

Con respecto a la comunicación es importante señalar que, por ser el medio de transmisión de información entre dos partes, conocidas como emisor y receptor, el contenido, forma y contexto que se le atribuya, son aspectos elementales a tomar en cuenta en la comunicación entre los participantes en una mediación, es por esto que la comunicación es uno de los enfoques que da lugar a las varias escuelas existentes hoy.

En relación con la importancia atribuida al acuerdo, se sobreentiende que este es el objetivo principal en las técnicas de Resolución Alternativa de Conflictos y que es la razón de su existencia; sin embargo, hay líneas de pensamiento que se plantean como objetivo principal recuperar la capacidad de comunicación y mejorar la relación entre las partes, independientemente de la consecución del acuerdo, el cual en caso de darse es considerado un efecto positivo de la situación.

Actualmente se encuentran tres líneas de pensamiento sobre la mediación, cada una con distintos enfoques: Modelo Tradicional, Modelo Transformativo y Modelo Circular-Narrativo.

### **Modelo Tradicional (Harvard)**

Este método fue desarrollado por Roger Fisher y William Ury, profesores de la Universidad Harvard, quienes toman como base experiencias propias y recopilaciones de diferentes técnicas de negociación de otros mediadores, instituyen este modelo que actualmente es uno de los más usados en mesas de negociación. “El modelo de Harvard define básicamente la mediación como una negociación colaborativa asistida por un tercero, y su enfoque teórico se conoce como la orientación a la “resolución de problemas”. (Salas, 2007, p.77, citando a Diez 2000).

El objetivo principal es encontrar una solución, mediante una negociación colaborativa asistida por un tercero, de manera que el acuerdo alcanzado satisfaga los intereses de todas las partes y para esto el mediador debe controlar la interacción entre los participantes. Este modelo tiene cuatro premisas para el éxito de la negociación.

Personas: los participantes en la mesa de negociación son humanos por lo que naturalmente entremezclarán la relación interpersonal con el problema, es por esto que esta escuela recomienda que el mediador dirija el proceso de manera que logre separar a las personas del objetivo de negociación, para que los negociadores no se ataquen el uno al otro, si no al problema propiamente.

Intereses: los intereses en juego permiten delimitar la realidad y gravedad del problema, por esta razón es necesario enfocarse en los intereses y no en las posiciones de los involucrados. Para satisfacer las necesidades de las partes, es importante que el mediador sea capaz de identificar los intereses en común, compatibles e incompatibles, de cada una, para así darles lugar por encima de la postura de cada involucrado.

Criterios: desarrollar las bases de la negociación en criterios objetivos y no subjetivos, para así resaltar las opciones de beneficio mutuo que satisfagan los deseos, intereses y necesidades de las partes y alcanzar un acuerdo ganar-ganar.

Opciones: el mediador imparcial, independiente y debidamente capacitado para su labor, tomando una posición de “duro con el problema y suave con las personas” debe ser capaz de resaltar las opciones reales, posibles, creativas y legales, a través de la escucha a las partes e

identificación de los intereses, partiendo de una visión donde se alcance un acuerdo de beneficio mutuo.

Además, este reconocido método propone siete pasos para su ejecución:

- Proponer alternativas para mejorar la opción inicial que se plantea
- Comunicación de intereses, buscar que todas las partes estén satisfechas
- Generar opciones concretas
- Criterio, las partes analizan si las opciones son viables
- Adquisición de compromisos sobre lo acordado
- Comunicación y transmisión clara de los intereses
- Proteger la relación de las partes

El modelo Harvard es un proceso con una estructura específica mas no rígida, la función del mediador es facilitar la comunicación para reducir la tensión y encontrar un acuerdo agradable, que es donde se considera exitosa la mediación, por eso es importante que se respeten las cuatro premisas fundamentales, además, de una debida capacitación del mediador que le permita dirigir correctamente la negociación.

En esta escuela la clave es la comunicación, la cual se centra en contenidos verbales asertivos y lineales, enfocada en la interacción entre los sujetos y promoviendo una actitud amigable y flexible, escuchando y negociando. La función del mediador es intervenir en esta dinámica para lograr una comunicación bilateral efectiva.

### **Modelo Transformativo (Bush y Folger)**

Este modelo creado por Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, propone una nueva estrategia para la Resolución Alterna de Conflictos, basada en la revalorización y el auto reconocimiento de responsabilidades.

El objetivo principal de este modelo no es el acuerdo, si no mejorar la relación de las partes, mediante el diálogo y la comunicación, por lo que en estos casos el conflicto es visto desde la perspectiva positiva que lo considera como una oportunidad de crecimiento, retroalimentación y aprendizaje.

Esta escuela no se enfoca en encontrar una solución, si no en cambiar la relación entre los intervinientes, aunque en caso de alcanzarse un acuerdo este hecho es visto como una consecuencia positiva de los nuevos términos entre las partes, como resultado de la revalorización que se ha logrado entre cada uno. Por esto, según este modelo el éxito de la mediación no se logra con la obtención del acuerdo, si no cuando las partes se transmutan.

Busch y Folger hacen una crítica constructiva al enfoque de resolución de problemas. Parten de la conceptualización del conflicto como una oportunidad de crecimiento, más concretamente de una oportunidad para el crecimiento moral [...] el objetivo de este modelo no es resolver un conflicto mediante el logro de un acuerdo, sino la transformación o mejora de la relación, quiere ir más allá del acuerdo. No es que se desestime o subvalore los acuerdos, pero lo central y primordial es la mejora de la relación. Sin además hay acuerdo mejor que mejor, este va a llegar como consecuencia o derivación del cambio de la relación. (Díaz, 2016, p.53).

El mediador en este caso debe penetrar terapéuticamente a cada sujeto, tratando de buscar una mutación positiva de la situación que dio origen al conflicto, esta evolución es personal en cada parte y tiene lugar desde lo interno hacia lo externo, es decir, procura un cambio a nivel interno para así exteriorizarlo en un cambio en la relación con la contraparte. El neutral asiste a las partes en este proceso de “metamorfosis” guiándolas paso a paso para que cada una individualmente pueda reconocer su responsabilidad en el surgimiento del conflicto.

Se considera que las partes han cambiado cuando comprenden la magnitud del inconveniente, reconocen su responsabilidad en la situación, escuchan, actúan con conciencia y se comunican asertivamente.

Como se observa, esta teoría busca que en la negociación los sujetos sean protagonistas de sus propias transformaciones, haciéndose responsables de sus actuaciones, reconociendo empáticamente la posición del otro y respetando sus intereses, lo que el modelo llama co-protagonismo.

### **Modelo Circular-Narrativo (Sara Cobb)**

Este modelo fue propuesto por la profesora Sara Cobb y el objetivo principal son las narraciones de las partes sobre el conflicto en función de identificar los elementos más importantes y en común de cada historia.

Como en otros modelos, pero muy particularmente en éste caso nos encontramos ante una síntesis de diversos marcos teóricos. Marinés Suares indica que el modelo circular narrativo se ha nutrido con las conceptualizaciones, las investigaciones y las técnicas provenientes de otras áreas de las ciencias sociales.

Se orienta a la utilización de la narración de las personas en la Mediación, teniendo como objetivo llegar a un acuerdo mediante la comunicación e interacción de las personas. (Díaz, 2016, p.56).

El objetivo principal de esta escuela es que las partes recuperen su comunicación, lo que eventualmente podría traer como consecuencia la solución de la disputa, sin embargo, este no es el eje central, al igual que ocurre en el modelo transformativo.

La premisa de este modelo es lograr transformar las historias narradas por cada parte, con las que llegan a la mediación, por una historia alternativa consensuada que permita alcanzar un acuerdo. La importancia de las narraciones es conocer el significado que cada persona le atribuye a los hechos.

Con respecto a la comunicación, esta se centra en el contenido, la forma y el contexto, promoviendo una comunicación circular que toma en consideración los elementos verbales y no verbales, lo que conlleva a que la comunicación se tome como un todo, impidiendo a las partes no comunicarse. Además, busca una causalidad circular, en la cual todos los factores y hechos influyen uno sobre el otro, con retroalimentación permanente.

El mediador debe escuchar atentamente a las partes para identificar intereses y posiciones y ser capaz de transformar las narraciones en una historia modificada que permita ver la situación desde otra perspectiva para así mejorar la relación de las partes.

Este modelo tiene cuatro etapas:

**Preliminar:** es una sesión individual o conjunta donde se explican las reglas de la mediación y se suscribe el acuerdo de mediación que establece los términos procesales y técnicos.

**Encuentro:** es una etapa introductoria donde cada parte expone al mediador su posición, intereses, objetivos, pretensiones, posibilidades de negociación y principalmente la narración de la historia/hechos.

**Mediación:** el mediador o equipo de mediadores se reúnen para analizar y construir una historia alternativa- positiva, la cual exponen a las partes.

**Acuerdo:** en esta fase el mediador procede a exponer la historia alternativa a las partes, quienes escuchan y expresan sus observaciones, discuten ventajas y desventajas, plantean aspectos negociables y en conjunto reconstruyen una nueva historia alternativa por una con elementos en común, para finalmente redactar el acuerdo de mediación.

### **Elección de Teoría**

De los tres modelos estudiados es importante mencionar que todos son convenientes según las circunstancias del caso, por lo que no se debe considerar uno superior que el otro, si no cual se ajusta mejor a las necesidades de las partes. El Modelo Tradicional suele ser aplicado en relaciones comerciales y empresariales, el Modelo Transformativo tiene mayor uso en relaciones familiares y el Modelo Narrativo tiene la capacidad de ser empleado en ambos escenarios.

La escuela en la cual se ubica el objeto de estudio del presente proyecto es el Modelo Tradicional o de Harvard, en virtud de que este es el único que tiene como objetivo principal la consecución del acuerdo, mediante una negociación colaborativa asistida por un tercero, donde la comunicación es un elemento fundamental, que busca posiciones objetivas ante las subjetivas, enfocándose en intereses y no en posturas.

Esta teoría se vincula con el propósito de la investigación en razón de que si el objetivo general del modelo Harvard es llegar a una solución, esta debe ser real, posible y ajustada al Derecho; por lo que someter la mediación a dirección de un neutral que no goza de especialización técnico-jurídica en el área del Derecho a intervenir puede significar un grave

riesgo en la toma de acuerdos inobservantes al ordenamiento jurídico que transgreda la seguridad jurídica de las partes que Costa Rica como Estado de Derecho debe garantizar.

## **Sección I: Figura del mediador en la aparente crisis que atraviesa el Poder Judicial**

La Resolución Alternativa de Conflictos en los últimos años ha despertado un gran interés en los particulares por varias razones, una de esas es que es una forma alternativa de acceso a la justicia ante la percepción de una aparente crisis del Poder Judicial en la solución de controversias que tiene la sociedad, los elevados costos de los procesos y el prolongado tiempo de espera en un juicio; lo cierto es que el RAC viene a ser una opción viable en la solución de conflictos.

Para abordar el estudio de la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, primeramente, se debe determinar su hecho generador, el conflicto. El conflicto existe desde el origen mismo del hombre y su interacción con otros iguales, por lo que, desde los primeros hombres en habitar la Tierra hasta hoy, la necesidad de regular estas relaciones ha promovido el nacimiento de los mecanismos alternos.

Dando un concepto general, el conflicto es una situación contradictoria entre dos o más personas o grupos sociales, étnicos y culturales, que tienen intereses contrapuestos, opiniones divergentes o que realizan acciones antagónicas, por lo que la posición del adversario suele ser vista como un impedimento para la realización de los intereses propios, dando paso para que el conflicto se convierta en un enfrentamiento verbal, físico y psicológico, que puede incluso llegar a la violencia.

También se puede ver como un efecto de las diferencias entre conductas, conceptos, percepciones, principios y juicios entre diferentes partes.

Igualmente es visto por otros como un elemento natural de la sociedad donde la interacción entre sujetos tiene un inicio, un desarrollo, una transformación y eventualmente un final, sea porque se resolvió o porque cesaron las causas del conflicto.

El conflicto puede ser visto desde una posición positiva o una posición negativa, esto depende de varios factores, tales como la naturaleza de la controversia, la relación y dinámica entre las partes, la intervención e influencia de terceros sobre las posiciones y percepciones de las partes y factores de caso fortuito que puedan interferir en el curso de los hechos.

La tesis positiva del conflicto lo ve como una oportunidad potencial de mejora, un motor de cambio, crecimiento y retroalimentación; esto se traduce en todo un progreso en la

convivencia colectiva, desde las relaciones interpersonales, familiares, laborales, comunales, nacionales hasta internacionales, contribuyendo a determinar una identidad personal y colectiva.

Por el contrario, para la corriente negativa, el conflicto es una desgracia, es caos, una patología social conducente a un hecho aberrante y desafortunado para las partes intervinientes. Es un factor negativo donde predominan problemas de comunicación insuficiente y se ve la solución como un hecho forzado.

Para comprender el conflicto como hecho generador de la Resolución Alternativa de Conflictos en las relaciones humanas, es importante determinar las causas y orígenes del mismo, entre las que se puede mencionar:

- La subjetividad en la apreciación que tienen las personas sobre las cosas, esto influye directamente en el surgimiento de un conflicto, ya que, lo que percibe una parte no es lo mismo que percibe la otra
- Faltas o errores en la comunicación que generan ambigüedades o malas interpretaciones
- Desigualdad entre clases sociales, las cuales a pesar de los años de lucha no han logrado aun hoy encontrar el equilibrio justo, causando esto inevitablemente a nivel social, resentimiento y frustración
- Desbalance de poder entre partes, por la posición de necesidad y sometimiento de una y abuso de dominio de la otra
- Intención de los adversarios de dañar al otro para hacer valer sus intereses

Por otra parte, es relevante examinar los **componentes** generales y comunes en los conflictos, ya que, en la Resolución Alternativa de Conflictos es necesario el análisis de cada uno de estos elementos para el debido abordaje y manejo de la situación.

En primer lugar, están las **partes** afectadas, estas son las personas, grupos, comunidades, entidades, involucradas en el conflicto, son los actores de los hechos que dieron origen a la disputa, por lo que evidentemente tienen sus propios intereses, pretensiones, necesidades, aspiraciones o expectativas frente a la controversia.

Las partes pueden ser principales quienes en este caso tienen un interés directo; secundarias quienes tienen una participación menos activa; e intermediarios quienes intervienen en el conflicto asistiendo a las partes, tal es el caso del mediador.

En segundo lugar, están las **condiciones** del conflicto abordadas en la dinámica de la negociación, sin embargo, esto depende de la actitud, capacidad de diálogo y estrategias de juego empleadas por las partes.

En tercer lugar, se encuentra el **objeto** del conflicto, es decir, lo que causa el problema, son los asuntos, hechos, intereses o necesidades, que produjeron el enfrentamiento y discrepancias entre las partes.

Finalmente, el cuarto punto son los **objetivos**, estos son los puntos de ataque para solucionar el problema, a través de una evaluación de la situación y la asistencia del tercero para la negociación.

En otro orden de ideas, otro tema estimable de analizar son los **niveles** de clasificación del conflicto; por el hecho de que no todas las controversias son iguales, hay distintos factores que influyen en cada una. Determinar un nivel depende de la naturaleza del problema, la relación de las partes y las circunstancias. Se encuentran tres niveles: gestos visuales, discordias y crisis.

Los **gestos visuales** son parte del lenguaje corporal humano y transmiten un mensaje a través de sentimientos, emociones y reacciones, generalmente de manera hostil y despectiva cuando hay un problema de por medio.

La **discordia** tiene lugar con la acumulación de los gestos visuales cuando ya no son suficientes para expresar la disconformidad, en esta fase las argumentaciones sobre el problema son frecuentes y se cuestiona el vínculo entre las partes.

La **crisis** ocurre cuando la tensión entre las partes sobrepasa las conductas y reacciones que estas son capaces de manejar, provocando el estallido del problema, lo que puede finalizar en violencia de cualquier tipo.

Igualmente, en cuanto al conflicto, otro contenido relevante es la **clasificación** que se le ha dado. Se encuentra los siguientes tipos de conflictos: innecesarios, genuinos, según veracidad y según los participantes.

Los conflictos *innecesarios* tienen raíz en problemas de comunicación y apreciación de los hechos, estos son comunes en relaciones donde cada parte desea algo diferente sobre un mismo objeto; también son naturales en procesos de información cuando sobre un mismo hecho se tienen versiones diferidas.

Por su parte los conflictos *genuinos* se dan por incompatibilidades en intereses, posiciones, opiniones, acciones, necesidades y deseos; estos se dividen en conflictos de intereses que son aquellos donde las partes disputan lo que cada uno quiere, la manera de hacerlo y la satisfacción de sus propias disposiciones; y en estructurales los cuales se dan a nivel grupal o colectivo.

En relación con la *veracidad* los conflictos se clasifican en reales, imaginarios o inventados. Los conflictos reales son aquellos que existen material y sustantivamente, hubo un hecho que les dio origen; los imaginarios son a causa de las percepciones de las partes en diferentes situaciones, malos entendidos, interpretaciones erróneas o ambigüedades en la comunicación entre los intervinientes; los conflictos inventados al igual que los imaginarios no existen, pero se diferencian en que hay una mala intención de alguna parte para beneficiarse del supuesto conflicto, esto quiere decir que en los conflictos inventados una parte manipula a la otra haciéndole creer que ha ocurrido una controversia, generalmente culpándolo, para obtener provecho de esa situación.

Los conflictos según los *participantes* se clasifican en intrapersonales, interpersonales, intragrupal e intergrupales. Los intrapersonales son los que ocurren internamente en la conciencia y mente del sujeto, se da una desavenencia consigo mismo por sentimientos, pensamientos, ideas o valores contrapuestos. Por su parte los conflictos interpersonales se dan en un ámbito externo, en las relaciones con otras personas, son los más comunes en la sociedad, pueden tener lugar desde el seno familiar con los padres o hermanos, las relaciones laborales con compañeros, hasta las relaciones entre países.

Con respecto a los grupales, las controversias intragrupalas se dan entre partes de un mismo equipo o grupo, estos problemas suelen interferir en la dinámica y desarrollo del trabajo en equipo. Por su parte los intergrupales son lo más severos porque se dan entre grupos, desde equipos laborales o de clases, hasta sociales, nacionales, étnicos y religiosos y en casos extremos pueden desembocar en violencia.

Es posible apreciar que las relaciones humanas son parte de la vida comunitaria, nadie puede vivir en aislamiento y sin interacción; sin embargo, cuando no hay orden ni equilibrio todas las acciones en el sistema son discordantes, esto produce colisiones, daños, enfrentamientos e inevitablemente conflictos.

Las diferencias conflictivas son parte de la vida cotidiana, inevitables e incluso necesarias para la evolución social y personal. Los problemas se encuentran presentes en todos los aspectos de la vida de las personas, grupos, comunidades y entidades; su impacto en el bienestar y seguridad de los sujetos involucrados es importante, pero lo es aún más el manejo y solución que se alcance.

Es imposible decir que hay una forma específica y correcta de responder a las controversias porque hay factores influyentes y determinantes como las condiciones y naturaleza del enfrentamiento, personalidades, aspiraciones, necesidades y convicciones de las partes, pero vale la pena señalar entonces que el problema no es la presencia del conflicto, porque este es una consecuencia natural e inherente de la existencia humana, si no el abordaje que se le dé y la respuesta que sobrevenga.

Sin embargo, es a partir de esto donde se adoptan medidas para dar solución a los problemas y aparece la Resolución Alternativa de Conflictos como un mecanismo no adversarial, pacífico, consensual y voluntario para el arreglo de diferencias.

Teniendo claro el conflicto como hecho generador de la Resolución Alternativa de Conflictos, se procederá a estudiar la mediación y la figura del tercero neutral mediador.

## **Mediación**

La mediación como mecanismo alternativo de solución de controversias existe desde la población de la Tierra, por lo que se puede decir que no es una novedad para la regulación de la

vida en sociedad, al contrario, es una adaptación de los sistemas utilizados en otras épocas, conforme evoluciona la sociedad y las necesidades de la misma, pero manteniendo el objetivo principal: un intermediario que asista a las partes en conflicto.

Como concepción general la mediación es un mecanismo autocompositivo de solución de controversias, que se da a través de un proceso de negociación consensual y voluntaria donde el poder de decisión está en manos de las partes involucradas, quienes por sí mismas buscan mediante el diálogo alcanzar un acuerdo mutuamente aceptable y satisfactorio con asistencia de un tercero neutral e imparcial llamado mediador, quien no tiene poder decisivo, solamente guía a las partes en la negociación, canaliza la comunicación, dirige el proceso, las escucha determinando puntos en común y puntos controversiales para realzar las posibles soluciones.

La mediación es una técnica de resolución alternativa de conflictos gestada por un tercero neutral llamado mediador. Se caracteriza por ser un método no adversarial, además, es cooperativa y facilita la comunicación entre las personas que están inmersas en un conflicto, esto con miras a resolver el mismo de manera tal que ambas partes obtengan beneficio de la solución. (Salas, 2007, pp.56-57, citando a Wilde y Gaibrois 1995).

En su forma más simple, la mediación es un procedimiento a través del cual **un tercero ayuda a dos o más partes a encontrar su propia solución a un conflicto**. El valor de este procedimiento está en que permite a dos o más adversarios examinar un problema tanto en privado como en reuniones conjuntas, con el objetivo de crear una solución en la que todos ganen, y que responda suficientemente a los intereses individuales (comunes). Y les permite descartar otras salidas, como juicios o el recurso a la fuerza... (Bustelo, 2009, p.67, citando a Slaikou 1996).

El fundamento constitucional del acceso a la Resolución Alterna de Conflicto se encuentra consagrado en la Carta Magna de Costa Rica, artículo 43 que señala “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.” A pesar de que el numeral solo hace referencia al arbitraje, una interpretación

extensiva de la norma permite determinar que también faculta constitucionalmente el uso de los otros métodos, negociación, mediación, conciliación, entre otros. Así lo indica la jurisprudencia.

[...] El contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir un conflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolución alterna de conflictos [...] (Sala Constitucional, N° 2999-2005, de las 14:45 horas del 16 de marzo de 2005).

Por otra parte, más puntualmente, la mediación se encuentra regulada en el capítulo segundo de la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley número 7727, publicada en La Gaceta No. 9 del 14 de enero de 1998.

En lo relativo a la materia, la Ley señala los principios aplicables a los procesos de mediación y conciliación siendo ambos términos considerados sinónimos, la posibilidad de acudir a los mecanismos RAC aunque haya proceso pendiente, la posibilidad de que el acuerdo sea parcial o total, el carácter de cosa juzgada de los acuerdos judiciales y extrajudiciales una vez homologados por el juez, el deber de información del abogado asesor, el deber de inhibición y recusación, los requisitos de los acuerdos conciliatorios, el deber del conciliador, el secreto profesional, el carácter de documento público de los acuerdos y los daños y perjuicios si fuere procedente, así como lo relativo a la conciliación judicial.

Como se mencionó la Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social y la jurisprudencia no hacen diferenciación alguna entre la mediación y conciliación, por lo que se emplean indistintamente. Acogiéndose a lo anterior en el presente trabajo serán utilizados ambos términos como iguales.

Para que haya mediación debe haber negociación. La mediación es en su esencia una negociación asistida por un tercero, quien tiene conocimiento en las técnicas y procedimientos necesarios y efectivos de negociación, por lo que su trabajo es ayudar a las partes facilitando el proceso, aportando dinámicas de interacción favorable y comunicación asertiva.

Generalmente los procesos de mediación tienen lugar cuando las partes no pueden resolver el conflicto por sí mismas y consideran buscar la asistencia de un tercero orientador y guía de la mesa de diálogo, con la facultad de reservarse el derecho de decisión, lo que es bastante conveniente pues les da la posibilidad de ajustar la solución a sus necesidades, aspiraciones y condiciones.

La intervención del tercero, es considerada como la participación en una relación preexistente con el propósito de apoyar a los interesados, sin embargo, esta relación previa es totalmente independiente del intermediario. El objetivo de la incorporación del tercero es que sus habilidades y competencias son herramientas útiles para cambiar la relación conflictiva entre las partes, influyendo positivamente en sus comportamientos, actitudes, conocimientos y por lo consiguiente guiándolos en el proceso de concreción del acuerdo, que se pretende sea real, posible y satisfactorio.

Por esto es importante el conocimiento del neutral en mediación y en el fondo de la materia, pues debe garantizar a las partes una mediación segura, equitativa y confiable donde se resguarden sus derechos, a través de la seguridad de que sus intereses son protegidos por el Derecho y que se abordará la situación según las disposiciones del ordenamiento jurídico para cada caso y eso solo se puede lograr si quien preside la mediación es una persona conocedora de los alcances jurídicos de los aspectos que se están desarrollando en mesa.

Otro aspecto merecedor de análisis es la voluntad de las partes de someter sus intereses al conocimiento de un tercero e incorporarlo a la controversia para que les ayude a encontrar una solución. Esta aceptabilidad de incorporación del mediador no significa que las partes permitan que este las obligue a tomar una decisión o aun peor, decida por ellas, significa que aprueban, acceden y consienten que las oriente, manteniendo una actitud positiva y receptiva con su intervención.

### **Naturaleza Jurídica.**

La naturaleza jurídica de la mediación es la consensualidad y autodeterminación de las partes de someter el conflicto a esta metodología, por lo tanto, no se le considera un acto jurisdiccional porque no hay proceso ni sentencia judicial pues la jurisdicción es una facultad exclusiva del Estado.

De ahí que se afirme que la Conciliación es una institución consensual, porque los acuerdos, o el reconocimiento de que no es posible ningún acuerdo, obedecen única y exclusivamente a la voluntad de las partes. Pero aun cuando la Conciliación no constituye un órgano jurisdiccional, es decir, no administra justicia, ella se realiza siguiendo determinados principios éticos entre los que destaca la equidad. La Conciliación sitúa y convoca en un horizonte de igualdad a las partes que acuden a un Centro de Conciliación en la búsqueda de una solución consensual a su conflicto. Las partes apelando a un diálogo racional y voluntario, guiados, antes que por la lógica judicial propia del litigio, por principios éticos integradores, establecen, en igualdad de condiciones, lo que es justo para ellos.

La Conciliación Extrajudicial está inspirada en principios éticos orientados hacia el logro de una Cultura de Paz, una cultura que deja a tras el conflicto auspiciando, en su reemplazo, un diálogo racional e integrador entre las partes. En realidad, la conciliación es una práctica ética forjadora de una cultura de paz. (Castillo, 2012).

La jurisdicción es la facultad propia de un Estado de aplicar su Derecho en la solución de conflictos de intereses, de forma definitiva e irrevocable a través de los tribunales y juzgados integrados por jueces imparciales e independientes y que resulta de la soberanía del Estado. “[...] la jurisdicción es inicialmente una facultad estatal: la de administrar justicia por parte del Estado a través de sus respectivos órganos jurisdiccionales.” (Centro de Investigación Jurídica en Línea [CIJUL], (s.f.), p.2, en el Informe de investigación CIJUL, Tema Jurisdicción Civil).

En otras palabras, es la potestad de un Estado en el ejercicio de la función pública, de administrar justicia dentro de los límites de su territorio, por medio de los jueces quienes la ejercen utilizando las normas procesales y sustantivas dentro de su competencia según materia y territorio.

Sin embargo, el hecho de que en los procesos judiciales se celebren conciliaciones, bajo la supervisión de jueces capacitados para el acto, erróneamente podría dar lugar para clasificar la mediación como una ostentación de jurisdicción del Estado. Por el contrario, ni la mediación como método alternativo de solución de conflictos ni la actuación de los mediadores son considerados procesos judiciales por lo que no se le debe atribuir la naturaleza jurisdiccional, ya

que, la jurisdicción es una potestad exclusiva del Estado para el amparo de los derechos de los particulares.

La naturaleza jurídica de la mediación compete al orden privado y al interés personal, proveniente de la autodeterminación de las partes, entendida esta como la capacidad que tiene un sujeto de tomar sus propias decisiones de conformidad con sus intereses, necesidades y de acuerdo con su voluntad, sin embargo, esto no solo implica una noción de libertad si no de responsabilidad con respecto las decisiones que le convienen.

El principio de autonomía de la voluntad es la base fundamental en la determinación de la naturaleza jurídica de la mediación, por ser el poder y libertad que tienen los particulares de realizar todas aquellas acciones y conductas que deseen, siempre y cuando no sean prohibidas por ley, entre estas decidir cómo resolver sus diferencias. Con respecto a este principio la Sala Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

[...] En términos muy generales, la doctrina española enseña que del principio de la personalidad que contempla el Derecho privado, deriva el principio general de la autonomía (*pacta sunt servanda*) que se define como el poder de autodeterminación que se le reconoce a la persona para que pueda ejercer sus facultades, sea dentro del ámbito de la libertad que le pertenece como sujeto de derechos, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación con los demás en la vida en sociedad. La doctrina nacional se refiere a ella como "el principio en virtud del cual el particular tiene potestades para regular jurídicamente con su propia voluntad y en la medida del contenido de la misma, su esfera de acción. En uso de esa capacidad de autoregulación, el particular puede no sólo fijar los fines de su conducta sino también los medios para cumplirlos. Caso opuesto, se estaría colocando al particular en la eventualidad de no poder alcanzarlos, por la normal incompatibilidad entre fines libres y medios impuestos." [...] (Sala Constitucional, Nº 6291-2002, de las 15:33 horas del 25 de junio de 2002).

En cuanto a la normativa, la autonomía de la voluntad encuentra amparo en la Constitución Política, artículo 28 párrafo segundo que señala:

Nadie puede ser inquietado ni perseguido por la manifestación de sus opiniones ni por acto alguno que no infrinja la ley.

Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley.

No se podrá, sin embargo, hacer en forma alguna propaganda política por clérigos o seculares invocando motivos de religión o valiéndose, como medio, de creencias religiosas.

Como se observa esta disposición constitucional faculta a los particulares a elegir libremente la vía que mejor les resulte para la solución de conflictos, sean métodos alternos o un proceso judicial.

Es importante mencionar que el principio de autonomía de la voluntad si bien es cierto faculta a los particulares para realizar todo aquello que deseen, también tiene una limitación y es que todas esas actuaciones deber ser con apego al ordenamiento jurídico.

Por su parte, el derecho a acudir a medios alternos de solución de conflictos también se encuentra regulado en la Ley de la materia, la Ley 7727 en su artículo 2 señala “Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.”

Con respecto a los derechos patrimoniales y disponibles, este es un criterio de admisibilidad que significa una restricción a la libertad de negociación que impone la norma. Los derechos patrimoniales son aquellos que tienen carácter económico y corresponden al capital de un sujeto, es decir sus bienes, derechos y créditos, siempre que tengan valor económico; por su parte los derechos disponibles son todos los derechos que por ley no han sido vetados para negociarlos o renunciar a ellos; resulta sumamente importante que el neutral conozca este criterio para garantizar a las partes la seguridad jurídica del proceso.

Es viable determinar entonces, que acudir a la Resolución Alternativa de Conflictos es un acto plenamente facultativo y consensual de las partes y que, al no encontrarse ninguna imposición o prohibición de participar en una mediación, es imposible obligar a las partes

someterse o abstenerse de participar en un proceso conciliatorio. Esto violentaría completamente el principio de voluntariedad del RAC.

La libertad de elección de la mediación como medio de solución de controversias, la confidencialidad, voluntariedad, consentimiento, imparcialidad e independencia del mediador y principalmente el poder de decisión que ostentan las partes, son características que permiten asegurar que la naturaleza jurídica de la mediación corresponde al orden privado.

### **Características.**

Se identifican ciertas características importantes inmersas en la mediación como método alternativo de solución de controversias a través de los estudios realizados; en estos procesos se determina la comodidad, versatilidad, simplicidad, viabilidad y eso hace la técnica mayormente atractiva para muchos porque significan verdaderos beneficios con respecto a los sistemas contenciosos.

El mediador debidamente formado en mediación debe tener conocimiento sobre estas particularidades de la mediación para velar y promover su cumplimiento además de garantizar a las partes un proceso seguro y confiable. Algunas de las características de la mediación son las siguientes.

La característica más importante es que es un *método autocompositivo*, es decir, las partes tienen el control del proceso y ellas mismas llegan a la solución del problema, esto garantiza su satisfacción y a la vez se disminuyen las posibilidades de incumplimiento del acuerdo conciliatorio.

También es una técnica totalmente *voluntaria*, nadie está obligado a negociar. Las partes tienen el derecho de permanecer en el proceso el tiempo que deseen, de retirarse cuando lo deseen e incluso de no transar. Esto es resultado del principio de autonomía de la voluntad.

Entre los mayores atractivos que tiene la mediación es que es considerablemente más *económica* en tiempo, dinero y esfuerzos que el sistema tradicional de justicia. El conflicto puede ser resuelto en varias sesiones al contrario del proceso judicial que normalmente es más oneroso y prolongado.

**Consensualidad**, esto quiere decir que todas las partes deben estar de acuerdo tanto con la transacción en su forma, contenido y efectos, como con el mediador elegido, manifestando expresamente su aceptación con respecto a lo anterior.

Por otra parte, los acuerdos según la Ley 7727 tienen carácter de **cosa juzgada material**, o sea gozan de la misma autoridad y eficacia que una sentencia judicial contra la que no cabe medio de impugnación alguno, por lo que el mismo caso, por la misma causa, entre las mismas partes y con el mismo objeto, no podrá ser conocido ni resuelto en otro proceso RAC ni proceso judicial.

Del mismo modo la mediación es un proceso completamente **confidencial**, todo lo ventilado y discutido en las sesiones está cubierto por el secreto profesional, al dar inicio al proceso las partes suscriben un acuerdo de confidencialidad y el mediador debe velar por el cumplimiento de esta obligación.

Es **informal**, pero con estructura, predomina la flexibilidad en cuanto a reglas procedimentales, las partes tienen esta facultad al contrario de los juicios donde el respeto al debido proceso los convierte en procesos rígidos y estrictos limitándolas a lo permitido por ley. La informalidad y versatilidad de la mediación da a los mediados una participación más activa en cuanto a la dinámica y desarrollo.

Otro punto importante es que es **flexible**, esto significa que se adapta a las necesidades, condiciones, intereses y expectativas de los sujetos participantes, así como a todos los conflictos, derechos y materias siempre y cuando sean disponibles, pues la libertad de transacción está limitada a derechos patrimoniales y de naturaleza disponible.

La **creatividad** en la síntesis de soluciones que tienen las partes y el mediador cambia las reglas del juego comparado con el tradicional sistema judicial que impone la solución sin tomar en cuenta la opinión de las partes. El tercero desempeña un papel importantísimo en este aspecto, su trabajo además, de acercar a los mediados es resaltar todas las soluciones posibles, poniendo en práctica su capacidad de creatividad, innovación y perspicacia, para presentar a los mediados alternativas diferentes a las que poseen desde sus perspectivas, lo que les da la posibilidad de escoger la que les parezca más conveniente e incluso modificarla y ajustarla a sus intereses y necesidades donde todos los participantes se sientan seguros y satisfechos. Importante hacer

énfasis en que el mediador no impone la solución, sino que puede eventualmente sugerir ideas para posibles acuerdos.

Otra característica es que procura ser un proceso *amigable* con las partes, de manera que además, de solucionar el problema también se logre renovar la relación entre estas mediante la reconciliación, para proceder a la fase más importante que es la negociación, ya que, si las partes llegan a esta etapa con actitudes pesimistas, prepotentes y poco comunicativas, la negociación será más difícil e incluso imposible de alcanzar.

También se caracteriza porque se fundamenta en el *diálogo* y la comunicación, si el objetivo principal de la mediación es resolver el problema el primer punto en que debe enfocarse el mediador es determinar la raíz del conflicto, las causas y detonantes, para lo cual deberá escuchar las narraciones de las partes e inducir a una comunicación natural para que ellas mismas intercambien posiciones, intereses, necesidades o recelos, encaminándose a la búsqueda de la solución. Se deben evitar interrogantes y espacios antagónicos, el tercero debe generar un espacio de comunicación lineal, directa, clara y expresiva, además, de sembrar confianza.

Otra particularidad es que es un *proceso cooperativo*, se presume que si las partes deciden iniciar un proceso conciliatorio es porque están dispuestas a colaborar y participar de buena fe en lo que se requiera para encontrar una solución mutuamente beneficiosa.

Obligatoriamente el mediador debe ser un *tercero neutral*, imparcial e independiente y las partes deben ser cuidadosas al momento de su elección. Esto significa que no debe tener posiciones favorables con ninguna parte, no debe emitir criterios subjetivos, ni dejarse influenciar por su relación con los mediados, de hecho, no debería existir ninguna relación previa.

Finalmente, el acuerdo conciliatorio *rompe la preclusión* debido a que puede darse en cualquier momento, antes, durante o después del proceso judicial, incluso cuando haya sido emitida la sentencia, el motivo de lo dicho es que la voluntad de las partes tiene prioridad frente a lo que pueda ser o haya sido decidido por otro, porque se procura velar por su interés y necesidades, no solo buscar un culpable.

## **Tipos.**

La mediación se puede clasificar según la participación de las partes, el enfoque del proceso y las formalidades del mismo. Esta clasificación es importante porque permite determinar la dinámica del proceso en cuanto a la participación de las partes y del mediador, los elementos subjetivos y objetivos tratados y las formalidades a seguir.

***Mediación activa.*** El mediador tiene una mayor participación en el proceso, realiza las sugerencias, propuestas y desarrolla una estrategia de negociación según las circunstancias del caso, esto hace que su intervención sea más dinámica. En estos casos el tercero no solo cumple la función de vigilancia, si no que también es un canal de comunicación entre los mediados, facilita las negociaciones promoviendo la confianza y cooperación para que las partes por sí mismas lleguen a un acuerdo.

***Mediación pasiva.*** Por el contrario, en estos casos la intervención del mediador es menos activa, su trabajo, además, de fiscalizar el desarrollo del proceso en cuanto al cumplimiento de los principios rectores, garantías mínimas y los derechos de las partes, es asegurarse que estas aún sin su asistencia deliberen una posible solución, de la cual debe verificar que sea legal y refleje la plena voluntad de las partes.

***Mediación de proceso.*** En estos casos lo que se busca es desarrollar las habilidades de negociación en las partes y establecer las mejores condiciones posibles del caso, para facilitar el proceso y que eventualmente esto conlleve a un acuerdo.

***Mediación de contenido.*** Como se dijo inicialmente las mediaciones generalmente buscan, además, de resolver el conflicto, mejorar las condiciones de la relación entre las partes; sin embargo, la mediación de contenido son los casos en los que solo se trabaja el nudo conflictivo, el único objetivo es solucionar la controversia sin entrar en aspectos interpersonales de los involucrados.

***Mediación formal.*** El proceso es estructurado, se exigen ciertas reglas y normas, generalmente de algún centro especializado en mediación, por lo que el mediador suele ser un representante oficial. En estos casos los centros de mediación o conciliación tienen

procedimientos y reglamentos definidos a los cuales las partes deben ajustarse para someter su conflicto a intervención de un tercero.

***Mediación informal.*** En estos casos se siguen mínimas formalidades y requisitos, se plantean algunas reglas procesales y de comportamiento básicas para el debido desarrollo del proceso, no obstante, es menos estricto que la mediación formal.

### **Etapas.**

A pesar de que la mediación es un método de solución de conflictos conocido por su flexibilidad y versatilidad, se requiere una serie de formalidades mínimas y etapas generales para asegurar el debido desarrollo del proceso y el respeto a las garantías y derechos de las partes. Los requisitos y reglas generales cambian según el mediador y según el centro de mediación si fuera mediación institucional, pero de manera general, las etapas comunes son las siguientes.

***Observaciones preliminares.*** Primeramente, es importante tener presente que el proceso de mediación, así como la mayoría de métodos RAC, se gestiona a solicitud de parte y por mutuo acuerdo. De forma voluntaria las partes deben hacer la solicitud de inicio del proceso, para esto es necesario suscribir un convenio de sometimiento a la mediación entre las partes y el mediador, donde se fijarán todos los elementos importantes del proceso.

En esta fase se da el primer contacto entre las partes y el tercero intermediario, quien inicialmente determinará los criterios de admisibilidad y mediabilidad de la controversia. La admisibilidad son las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico para la libertad de transacción con respecto a la patrimonialidad y disponibilidad de los derechos; la mediabilidad son los aspectos psicosociales que el mediador valorará según las condiciones de la controversia, analizando la voluntad de las partes, la ausencia de coacción o violencia, igualdad de condiciones y balance del poder. Si el asunto es admisible y mediable se procede a la siguiente etapa.

Esta se considera una etapa de filtración, aquí se recopila información básica sobre las partes que envuelve la situación conflictiva. También se fijan los lineamientos y reglas del proceso, se pone en conocimiento de las partes la dinámica del proceso, informándolas sobre aspectos generales como cantidad y duración de las sesiones, honorarios, costas procesales y normas de conducta.

Del mismo modo se anuncia a las partes sus derechos, deberes y las características del proceso, principalmente la voluntariedad y consensualidad como principios básicos, la confidencialidad con respecto a lo ventilado en las sesiones, el carácter de cosa juzgada del acuerdo y el deber de imparcialidad del tercero, además, de la limitación a la disponibilidad de derechos.

Asimismo, se advierte a los mediados sobre el rol del mediador, su participación y métodos de intervención; así como consecuencias, efectos, ventajas y desventajas de la mediación. La idea de informar debidamente a las partes sobre todos los alcances de la mediación, además, de ser una obligación del mediador, es también transmitirles seguridad y confianza, tanto en el proceso como en el tercero.

Finalmente, el mediador prepara la estrategia del procedimiento según las particularidades de cada caso.

***Circunstancias del caso.*** En esta segunda fase se exponen los hechos al mediador, las partes deben narrar los acontecimientos y la relación con el conflicto, así como aportar pruebas necesarias. Aquí es fundamental que el mediador determine la naturaleza de la controversia, esto le permitirá plantear la mejor estrategia de negociación.

En esta etapa se celebran reuniones entre el mediador y las partes donde se van a definir los nudos conflictivos, cuándo y cómo inició el problema, qué han hecho las partes al respecto, que están dispuestos a negociar y cuáles son sus intereses. Ciertamente el conocimiento y capacitación del tercero le permitirá realizar la exploración del caso sin que parezca un interrogatorio, porque la idea del proceso es establecer una comunicación clara y directa. La escucha y demostración de interés son aspectos importantes para sembrar confianza en las partes y se favorezca la receptividad hacia el proceso, al mediador y a las posibles alternativas.

Las reuniones pueden ser conjuntas o individuales según el caso, la tensión entre las partes y las condiciones del conflicto.

***Determinar intereses.*** Esta es la tercera etapa y es donde se fijan los objetivos, fines, intereses y expectativas de las partes. El mediador es quien determina cuáles son los intereses en común y discordantes entre los mediados, a partir de esto se podrá trabajar en la negociación.

Es importante que el mediador logre en esta fase separar intereses de posiciones. Las posiciones son las actitudes positivas o negativas de las partes, que influyen en su disposición de negociar. Los intereses son las expectativas del proceso y lo que realmente desean; por eso el mediador debe asegurarse que no haya posiciones rígidas e inflexibles que afecten la voluntad de las partes o el resultado del proceso.

Aquí también el mediador con base en lo anterior podrá distinguir entre los verdaderos intereses e intenciones de las partes, precisando si realmente actúan de buena fe o no.

**Propuestas y alternativas.** Llegado este punto se procede a la exposición de posibles soluciones, las partes por sí mismas realizan propuestas y contrapropuestas, inician el proceso de negociación, discusión de alternativas, con la expectativa de que la otra parte acepte total o parcialmente su proposición. En caso de que la otra parte esté de acuerdo parcialmente, conjuntamente pueden trabajar en cambios o mejoras hasta alcanzar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

El trabajo del tercero es resaltar las posibles soluciones, para que puedan reflexionar sobre ellas y ajustarlas a sus necesidades y expectativas de ser necesario y que ambas partes se sientan complacidas con la solución.

El mediador es el vehículo para llegar al acuerdo por eso es tan importante su participación, porque asiste a las partes en el diálogo durante la negociación, es un canal de comunicación, promueve un ambiente amigable para los involucrados donde se sientan cómodos, seguros y receptivos a las sugerencias entre sí mismos.

Las posibles soluciones planteadas por las partes deben ser reales, posibles y legales, respetuosas a las limitaciones establecidas por ley, pero principalmente deben reflejar la voluntad de las partes. Nunca se deben tomar acuerdos por coacción o prefiriendo posiciones sobre intereses, la vigilancia de esto le corresponde al mediador.

**Negociación y resultados.** Esta es la última etapa, aquí se dan las negociaciones finales donde es posible que las partes se pongan o no de acuerdo en las discusiones del punto anterior.

Lo ideal es que alcancen un acuerdo, pero existe la posibilidad de que no se dé. En cualquiera de los dos escenarios se suscribe un “acuerdo” o “no acuerdo” sobre los resultados del proceso.

En caso de haber acuerdo este es plasmado por escrito, el cual las partes analizarán, corregirán y firmarán como expresión de su voluntad y consentimiento de lo convenido. Este documento es firmado por las partes y por el mediador y tiene efectos de cosa juzgada y título ejecutorio en caso de incumplimiento.

El artículo 12 de la Ley RAC señala los requisitos del acuerdo, entre estos: calidades de las partes, mención del objeto del conflicto, mención del nombre de los mediadores y del centro, detalle del acuerdo, si hubiera proceso judicial o administrativo pendiente indicar la información básica, constancia de que el mediador dio a conocer a las partes sus derechos.

### **Diferencias entre mediación y conciliación.**

La mediación y la conciliación forman parte de los métodos RAC y son procesos autocompositivos en los cuales las partes se ponen de acuerdo para buscar solución a la disputa siendo asistidas por un tercero imparcial y neutral, llamados mediador y conciliador respectivamente.

Ambas figuras comparten el elemento subjetivo (partes en disputa y tercero neutral), el elemento objetivo (el conflicto con todos sus alcances) y el elemento metodológico (la participación de un tercero que asiste a las partes en la búsqueda de una solución que ponga fin a la controversia); no obstante la diferencia radica en la capacidad de intervención del tercero, el mediador tiene una participación activa donde no solo conduce el proceso sino que está facultado para resaltar y presentar propuestas y sugerencias; por su parte el conciliador se limita a facilitar la comunicación y vigilar el cumplimiento de las disposiciones generales del RAC.

Al respecto la doctrina internacional ha señalado lo siguiente.

La conciliación y la mediación comparten un elemento en común: el tercero no decide; y se diferencian en la capacidad del tercero en proponer o no soluciones. Si las funciones de este tercero se limitan a garantizar un flujo de información entre las partes, contribuyendo a aclarar sus recíprocos argumentos, a aproximar sus

dispareas posiciones o a destacar las ventajas de una solución negociada, la actividad desempeñada entra en el ámbito de la conciliación. Si ese tercero, por el contrario, además de esos cometidos, ofrece a las partes en conflicto propuestas de solución, la actividad puede ser calificada como mediadora. En la práctica, sin embargo, la frontera de la conciliación y mediación es tenue y movediza; tan tenue y movediza que, en algunos sistemas (Alemania, Inglaterra o Bélgica), conciliación y mediación tienden a confundirse, utilizándose como actividades funcionalmente sinónimas. (Bustelo, 2009, pp.54-55, citando a Valdés 2003).

A diferencia de las modalidades estadounidenses, en Francia *conciliation* e *médiation* indican dos modelos diferentes de gestión de los conflictos: ambos (sic) pueden ser extrajudiciales o judiciales, ambos (sic) pueden tener el mismo ámbito de competencia (desde las controversias mercantiles a las familiares), pero son las modalidades de su desarrollo y el diferente marco institucional a trazar, el límite entre estas dos instituciones.

En cuanto a las modalidades, Jacques Faget escribe que mientras la conciliación se define principalmente por su objetivo, que es el de «unir» las pretensiones de las partes en un acuerdo, la mediación se define en base a su método, centrado en el rol de «el que está en el medio», el mediador. «Mientras en la *conciliation* la posición del tercer en la búsqueda de una solución amistosa es secundaria, ésta deviene esencial en la *médiation* para instaurar la comunicación entre las personas» (Foddai, 2010, pp.51-52).

A pesar de la diferencia conceptual y doctrinaria entre ambos métodos, en la jurisprudencia costarricense son utilizados como sinónimos. Además, la Ley RAC tampoco hace diferenciación alguna, por el contrario, dispone que los principios y reglas de la conciliación judicial y extrajudicial aplicarán de igual manera para la mediación judicial y extrajudicial. Y la jurisprudencia nacional sostiene lo anterior al señalar lo siguiente.

[...] Debemos recordar que la ley de la materia establece un paralelismo entre la conciliación y la mediación: "Los principios y las reglas establecidas para la conciliación judicial o extrajudicial se aplicarán, igualmente, a

la mediación judicial o extrajudicial." Las reglas de los artículos 13 y 14 no establecen deberes de los conciliadores y por ende de los mismos mediadores, y el convenio debe reunir los requisitos del artículo 12 de la Ley [...] (Tribunal de Familia I Circuito Judicial de San José, N° 385-2015, de las 11:06 horas del 27 de abril 2015).

Por su parte los centros RAC en el país, en el cumplimiento de las disposiciones de la Ley RAC y el Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, se han sumado a esta línea de pensamiento por lo que también se refieren a ambos procesos autocompositivos como homólogos.

Se eligieron 3 de los centros RAC más utilizados en el país para comparar la utilización de ambos términos en sus reglamentos.

En el caso del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje CICA de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio AMCHAM, su regulación interna que se denomina Reglamento de Conciliación, deja claro cuál es el término elegido y utilizado, por lo que el reglamento menciona expresiones como acuerdo conciliatorio, conciliador, proceso de conciliación, entre otros.

Del mismo modo, en la sección de funciones del conciliador establece la facultad del tercero de plantear a las partes propuestas y soluciones de los procedimientos o medios que considere más apropiados para la solución de la controversia.

Asimismo, el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica, regula los procesos de asistencia de terceros a las partes para la solución de conflictos, a través del Reglamento de Conciliación, en el cual también se utiliza únicamente el término conciliación para referirse a este método y su procedimiento; e igualmente en las disposiciones sobre los deberes y facultades del conciliador, determina la capacidad del neutral de formular propuestas y sugerencias destinadas a solucionar el conflicto.

Por otra parte, el Centro de Arbitraje y Mediación, CAM-CR del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, a diferencia de los dos centros anteriores (y de muchos otros en el país) emplea la expresión mediación para referirse a este método del RAC y toda su tramitación. Del

mismo modo en su Reglamento de Mediación puntualiza en la sección relativa a los deberes del mediador el deber de colaborar a las partes, promoviendo el principio de autodeterminación, sin embargo, no excluye la posibilidad del neutral de exponer ideas, propuestas y recomendaciones para resolver la controversia.

De la anterior comparativa de dichos centros y sus reglamentos se desprende que efectivamente los conceptos de mediación y conciliación son considerados sinónimos y que la diferenciación entre ambos es irrelevante, ya que, en cualquiera de los procesos se cumple el mismo propósito, la intervención de un tercero que asiste a las partes en la solución de sus diferencias, el cual tiene una participación activa en el proceso.

En razón de lo anterior los centros tienen la posibilidad de optar por la administración y prestación de servicios de mediación o conciliación, sería inútil adoptar ambos métodos por ser considerados semejantes. Y al optar por uno de los términos no se menciona el otro en ninguna sección de ninguno de los reglamentos, como sí ocurre en la Ley RAC donde se emplean ambos términos.

Se observa también que, a pesar de la diferencia doctrinaria entre ambos procesos, los centros de conciliación y el centro de mediación establecen las mismas funciones, deberes y facultades del tercero de formular sugerencias y propuestas de soluciones de conflictos; potestad que según la doctrina es única del mediador, no obstante, en Costa Rica el neutral bajo el rol de mediador o conciliador goza de dicha capacidad.

## **El Mediador**

Se desarrollará en este apartado el perfil del mediador como pieza fundamental en el proceso de mediación, para más adelante determinar la importancia de su función en la Resolución Alternativa de Conflictos y el acceso a la justicia.

También se estudiará sus obligaciones, la formación para ejercer su rol, su trabajo en el manejo de las emociones de las partes y los requisitos mínimos en Costa Rica para ser mediador.

El mediador es el tercero imparcial y neutral a quien las partes exponen el conflicto que atraviesan para que las asista en la negociación donde intentarán encontrar una solución. No es un simple espectador de la situación que envuelve a los mediados, más bien es un oyente, formado

para resaltar las alternativas que presenten las partes según la realidad de la controversia, de manera que logren alcanzar el acuerdo que les resulte más conveniente. El mediador procurará lograr los objetivos del proceso a través de estrategias y técnicas de negociación que generen una actitud positiva, receptiva y colaborativa entre las partes.

El mediador es aquel profesional capacitado en diversas técnicas de mediación y facilitador de la comunicación, que logra que entre diversos sujetos implicados dentro de un conflicto o controversia, se dé un acercamiento que se encuentra orientado a la realización de una negociación, que tiene como fin último la elaboración de un acuerdo que contenga una solución que sea aceptada y la cual beneficie a ambas partes que se encuentran en conflicto. (Gómez y Ruiz, 2011, pp.102-103, citando a Araujo 2005).

La principal función del mediador es lograr un clima constructivo para que se pueda desarrollar la discusión. Para lograr esto debe conocer los intereses de las partes, las limitaciones que estas puedan tener y debe involucrarse en la dinámica del conflicto, de manera que actúe como intérprete de lo que cada una de las partes quiere hacer saber a la otra cuando la comunicación no sea efectiva. (Abarca y Cortés, 1999, p.31).

El rol del mediador se limita únicamente a ayudar a los intermediados en la negociación, mejorar la comunicación, destensar el ambiente e incentivar confianza en las partes; no debe nunca juzgar, tampoco imponer soluciones, ni obligar a conciliar, sancionar, o buscar un culpable, porque no es un juez, es un vehículo de asistencia a las partes para que el proceso les resulte más natural.

### **Perfil.**

El perfil idóneo del mediador lo constituyen ciertas cualidades relevantes que le permitan ejercer su función correctamente, tomando en cuenta algunas actitudes, aptitudes y habilidades necesarias que debe demostrar para la consecución del mejor resultado posible en la mediación.

Para ser mediador, de acuerdo a Caivano, Gobbi y Padilla, se debe cumplir con algunas características. Entre las más importantes, se destaca una capacidad de

análisis que le permita entender las circunstancias que llevaron al conflicto; saber escuchar y practicar la escucha activa; tener habilidad para expresarse; ser creativo y flexible; ser sensible; disfrutar de estabilidad emocional; demostrar paciencia; ser respetuoso; gozar de credibilidad frente a las partes y poseer una capacidad de organización. (Bustamante, 2007, pp.9-10, citando a Caivano, Gobbi y Padilla 1997).

**Neutralidad.** Esta es la característica y requisito más importante en el perfil de un buen mediador, mantener una posición imparcial, objetiva e independiente en medio del problema sin tomar preferencias ni prejuicios hacia ninguna de las partes, principalmente porque su trabajo no es solucionar la controversia, si no acercarlas y ayudarlas a encontrar una solución por sí mismas.

**Confidente.** Una de las obligaciones del mediador es guardar secreto profesional de lo ventilado en la mediación. Esto no solo es una imposición de la Ley 7727 si no que es una característica que genera confianza y las partes deben estar convencidas y seguras de que así será.

**Equitativo.** El mediador debe asegurar y promover una solución equitativa para todos los involucrados, teniendo presente que no impone la solución, al contrario, su función es fiscalizar el proceso y facilitar la negociación a través de la comunicación.

**Estructurador.** Esta habilidad permite que el mediador realice una adecuada conducción del proceso, manteniendo el orden y la dirección para alcanzar los objetivos en cada una de las etapas de la mediación.

**Inteligencia.** El mediador no solamente debe tener la formación y conocimiento intelectual para celebrar una intervención de este tipo, también debe ser emocionalmente inteligente para manejar a las partes y sus emociones, reacciones y posiciones; además, de no involucrarse en el conflicto de otra manera que no sea profesionalmente.

**Empatía.** Esta es la capacidad que debe tener el mediador de comprender los sentimientos, emociones y posiciones de las partes, de manera objetiva y racional, para un mejor análisis de la situación que conlleve a la proposición de posibles soluciones. Esto genera confianza a las partes para abrirse al tercero.

***Manejo de emociones.*** Es una de las habilidades más buscadas en los mediadores y para lo cual se preparan durante en su formación. Lograr manejar las emociones de las partes no es una tarea fácil para el tercero quien debe lograr que estas controlen sus deseos, sentimientos y posiciones sin afectar la decisión que tomen.

***Paciencia.*** El mediador debe ser tolerante y paciente con las partes, no solo con sus reacciones emocionales si no con el avance del proceso.

***Oyente.*** La capacidad de escucha y comprensión del mediador es una cualidad que siembra confianza en las partes.

***Flexibilidad.*** Debe promover la flexibilidad y versatilidad no solo en el proceso, si no en la dinámica y la comunicación entre las partes.

### **Emociones.**

Esta es una de las cualidades esperadas del mediador, “Ante todo, el mediador debe contar con inteligencia emocional. La cualidad más importante del mediador "es la capacidad para reconocer sentimientos en sí mismo y en los demás, siendo hábil para manejarlos al trabajar con otros [...]” (Díaz, 2016, p.113, citando a Goodman, 2004).

El papel de las emociones en una mesa de negociación es sumamente importante, porque estas determinan las acciones, reacciones y actitudes de los sujetos participantes y esto conlleva la toma de decisiones de manera irracional. Esto inevitablemente conducirá a determinaciones absurdas, por eso es vital reconocer y analizar tanto las emociones propias como las de la otra parte, para resolverlas y llegar al acuerdo más satisfactorio para todos los involucrados en el conflicto.

Generalmente cuando la mediación da inicio la posición de las partes es antagónica y se sienten amenazadas por la otra, por lo que suelen tener una actitud defensiva y poco colaborativa inducida por el temor y la ira, sin una estrategia inteligente para hacer el otro ver su punto de vista, necesidades e intereses, esto entorpece evidentemente los intentos de negociación, estancándola o impidiendo llegar a un punto en común.

Situaciones como falta de autocontrol, comunicación poco asertiva, falta de colaboración, dificultad para manejar reacciones y emociones intensas, insuficiente inteligencia emocional, inconvenientes para entablar un diálogo constructivo, entre otros, obstaculizan la mediación y, por lo tanto, la consecución del acuerdo, podrían incluso agravar el conflicto si las partes no tienen la asistencia debida, adecuada y necesaria.

Es en esta situación donde el mediador como tercero neutralizador juega su función más importante, la debida formación y capacitación en el manejo de emociones le permitirá prevenir y gestionar el conflicto que envuelve a los mediados, promover inteligencia emocional en las partes, para alcanzar la mejor comunicación y colaboración posible que los acerque a un acuerdo satisfactorio, real y posible.

Entre las gestiones del mediador en el manejo de emociones se encuentra incentivar el autoconocimiento y motivación al cambio, estimular a las partes a comunicarse asertivamente, enfrentar los problemas de manera positiva, incrementar las relaciones interpersonales de manera pacífica y resolutiva, determinar límites, motivar empatía a las partes, expresar emociones de manera respetuosa, clara y saludable, evitar reacciones nocivas y entorpecedoras de la negociación.

### **Obligaciones.**

La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, dispone los deberes y obligaciones del mediador en el artículo 13. El tercero neutral debe tener estas responsabilidades muy presentes y acatarlas debidamente de lo contrario la mediación y el acuerdo suscrito podrían encontrarse viciados o ser contrarios al ordenamiento jurídico.

Algunas de las obligaciones del mediador según la ley, la jurisprudencia y la doctrina que se pueden mencionar son las siguientes.

- Mantener la neutralidad e imparcialidad durante todo el proceso y respecto a todas las partes involucradas
- Cuando considere que existe un conflicto de intereses que obstaculice su imparcialidad deberá excusarse de intervenir en la mediación

- Informar debidamente a las partes sobre todos los alcances, efectos y procedimientos de la mediación, así como las consecuencias del incumplimiento de los acuerdos conciliatorios
- Guardar el secreto confidencial sobre lo evacuado en las sesiones y sobre los términos del acuerdo conciliatorio
- Analizar, estudiar e identificar el caso que será sometido a su conocimiento para una mayor comprensión y enfoque del mismo
- Suspender o terminar el proceso cuando considere que este pueda perjudicar de cualquier manera a alguna de las partes
- Finalmente está en la obligación de revisar detalladamente el acuerdo conciliatorio para velar por el cumplimiento de los requisitos mínimos y la sujeción del mismo al ordenamiento jurídico.

Es en razón de este último deber que se considera necesaria la exigencia de una especialización técnica-académica en el área de Derecho a intervenir para garantizar a las partes la seguridad jurídica del proceso y del acuerdo pues es difícil que un neutral desconocedor del fondo, contenido y disposiciones de las situaciones jurídicas de la materia a tratar, pueda cumplir satisfactoriamente este deber.

### **Requisitos.**

Se estudiará en este apartado únicamente los requisitos y exigencias para el ejercicio de la mediación.

Las formalidades exigidas en Costa Rica para incorporarse y ejercer como neutral en los Centros de Mediación y Conciliación son definidas por el Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 32152, así como por el centro en particular que señale sus propios requerimientos.

Propiamente el Reglamento al Capítulo IV de la Ley RAC, en su artículo 6, inciso h), establece como parte de los requisitos para que un Centro dirija métodos RAC, llevar una lista de neutrales que ejercerán funciones en el centro, en la cual se detalle expresamente su formación y experiencia en la Resolución Alternativa de Conflictos.

Artículo 6°- Requisitos. Para que un Centro administre institucionalmente métodos RAC, deberá cumplir con los siguientes requisitos [...] h) Lista de neutrales que en forma permanente o ad hoc ejercerán labores en el Centro, con indicación expresa de su formación y experiencia en el área de Resolución Alternativa de Conflictos. El Centro deberá remitir la documentación con base en la cual constató dicha formación y experiencia. En el caso de árbitros de derecho, se deberá presentar fotocopia certificada del título de incorporación al Colegio de Abogados de Costa Rica, a efecto de verificar lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley [...].

El Reglamento no establece expresamente los requisitos para ser neutral ni mucho menos exige un grado de especialización del neutral en el área de Derecho a intervenir, comprobada por títulos, certificaciones, especialidades, maestrías, doctorados o mínimo determinada cantidad horas de capacitación en la materia, como sí ocurre en Derecho laboral donde la Dirección de Asuntos Laborales exige a los conciliadores de centros la especialización mínima garantizada por alguno de estos títulos.

Los requerimientos para ser mediador, quedan delegados entonces en los centros que prestan dichos servicios, no obstante, estos tampoco exigen tal especialización pues si ni el Reglamento ni la DINARAC establecen esta obligación para la inscripción de neutrales dentro de las listas que cada centro, mucho menos cada una de estas entidades limitará la incorporación de mediadores a su lista imponiendo un requisito que no está regulado por Ley.

En términos generales, los centros establecen como principal requisito la capacitación teórica y experiencia práctica comprobable en los métodos RAC, con al menos 120 de horas de capacitación. Además, en los casos de centros de conciliación adscritos a los colegios profesionales se exige de 5 a 10 años como mínimo de incorporación en el colegio y estar activo y al día en el pago de cuotas y demás responsabilidades financieras.

Por otra parte, se requiere que los neutrales cumplan ciertas condiciones personales como solvencia moral, buenas costumbres, confianza, capacidad de manejo de emociones, responsabilidad, empatía, e inteligencia intelectual y emocional.

No son mayores los requisitos en Costa Rica para ejercer la labor de neutral en procesos de mediación, tanto a nivel reglamentario de la DINARAC como de cada centro. Esto conlleva a

plantear la existencia de un vacío normativo en Costa Rica con respecto al requisito de la especialización técnica-académica para quienes se desempeñen como mediadores en Derecho, además, del grave riesgo que esto significa para las partes, tomando en consideración que estas someten sus asuntos a la dirección de un sujeto que desconoce las ciencias jurídicas, el estudio, interpretación e integración del ordenamiento jurídico para su debida aplicación.

La falta de delimitación de un perfil específico exigido para los mediadores y conciliadores en el Reglamento y en la normativa que regula el RAC en general, así como la concesión de incorporaciones de neutrales sin exigírseles especialización académica o capacitación técnica jurídica en Derecho, para ostentar esta labor cuando medien asuntos jurídicos, conlleva a cuestionar si realmente se garantiza la seguridad jurídica que el Estado debe a los participantes de un proceso intervenido por un tercero desconocedor del Derecho.

La seguridad jurídica es la garantía que tienen los particulares de que sus intereses son protegidos por el ordenamiento jurídico y en caso de que sean transgredidos se abordará la situación según las disposiciones de ese marco jurídico, “[...] En efecto, la seguridad por el derecho presupone que el derecho mismo sea una certeza. Así, nuestra segunda definición entiende por seguridad la certidumbre del derecho que exige la perceptibilidad cierta de la norma de derecho [...]” (CIJUL, (s.f.), p.3, en el Informe de investigación CIJUL, Tema La Seguridad Jurídica).

En este sentido, se espera del mediador el conocimiento en el contenido y disposiciones según la materia a tratar, pero no para resolver el conflicto porque no es su competencia, sino para vigilar que los principios y disposiciones normativas que regulan intereses de las partes no sean transgredidos en la negociación ni con el acuerdo y garantizar dicha seguridad. La capacitación jurídica del mediador es una formalidad que debería ser exigida para tales efectos por parte del Estado como garante de seguridad jurídica a los particulares, en virtud de que la falta de conocimiento mínimo y básico en Derecho del mediador puede conllevar a las partes a incurrir en graves errores.

### **Aparente crisis del Poder Judicial**

Un Poder Judicial garante de justicia pronta, cumplida y equitativa es esencial en un país democrático, sin embargo, al parecer la sociedad considera que ni en las naciones más destacadas

hoy se encuentra total eficacia por parte del Poder Judicial en la tutela de los derechos y garantías de los particulares.

La aparente crisis que los particulares consideran que sufre la administración de justicia en Costa Rica no es una novedad y eso ha conllevado a que el Poder Judicial sea percibido como ineficiente, incompetente y lento, por lo que quienes tienen esta percepción han cuestionado que la observancia del principio de justicia pronta y cumplida es un serio reto para los jueces, señalando que con saturados despachos y apretadas agendas no dan a abasto ante la alta demanda de casos que entran a su conocimiento diariamente.

Con respecto al principio de justicia pronta y cumplida la Sala Constitucional ha manifestado:

Interesa hacer algunas reflexiones previas en torno al contenido del artículo 41 de la Constitución Política, por el principio que éste consagra, denominado "de la efectiva tutela de la justicia", y que, generalmente ha sido circunscrito al ejercicio de la función jurisdiccional (tutela judicial efectiva), pero que en modo alguno puede reducirse a éste, en atención a la literalidad de la misma, en tanto dispone textualmente:

"Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta u cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes"; con lo cual, también debemos entenderle de aplicación al ámbito de la justicia administrativa. En cuanto a su contenido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que en esta norma se establece un conjunto de principios básicos a los cuáles los individuos y el Estado deben ajustar sus actuaciones y conductas para hacer realidad el valor justicia (en sentido genérico); en tanto en este numeral se deriva el derecho de las personas, por igual -esto es, sin discriminación alguna-, ha encontrar reparación de las injurias o daños sufridos, a través de mecanismos procesales adecuados y apropiados que garanticen el acceso a la justicia -en un sentido amplio-, por lo que las leyes que los regulan deben

orientarse a procurar la tutela efectiva de los derechos quebrantados[...].(Sala Constitucional, N° 11421-2017, de las 09:15 horas del 21 de julio de 2017).

Pareciera ser que no solo en Costa Rica la población percibe el sistema judicial obstaculizado, a nivel latinoamericano la mayoría de países posiblemente sufren el mismo problema y el grado de insatisfacción de los usuarios demuestra una aparente crisis tanto en la inviabilidad en el acceso a la justicia, como en el impacto económico que esto tiene en la región por un tema de seguridad, ya que, al considerarse que un país no ofrece seguridad jurídica hay un desestímulo en la inversión nacional así como extranjera.

A pesar de que el Poder Judicial en Costa Rica en los últimos años, ha sido considerado como uno de los más sólidos a nivel regional, también muchos cuestionan si realmente el acceso a la justicia es eficiente pues la población costarricense tiene una percepción de un sistema judicial obstaculizado por la saturación y lentitud en la atención de casos.

El Primer Informe Estado de la Justicia (2015) señaló que el Poder Judicial costarricense enfrenta una paradoja. Por un lado, es uno de los sistemas más consolidados de América Latina, como resultado de un proceso de desarrollo y modernización que le ha permitido fortalecer sus capacidades financieras y técnicas, al igual que su dotación de recursos humanos y su presencia territorial. En los últimos años ha recibido una creciente cantidad de casos y en la actualidad atiende un número superior al medio millón anual, mucho más que otras naciones latinoamericanas, lo que en principio denota un amplio acceso a la justicia y la confianza de la ciudadanía en su rol como árbitro de las disputas sociales. Por otro lado, sin embargo, la administración de justicia es objeto de cuestionamientos sobre la eficacia y eficiencia de sus servicios y la manera en que se gobierna. (Consejo Nacional de Rectores (Costa Rica), 2017, p.27).

Estas percepciones y críticas deberían ser tomadas en cuenta por parte del Estado como herramientas retroalimentadoras sobre la observancia de la impartición de justicia y la satisfacción de la población, para delimitar un marco de acción al respecto.

Por otra parte, la cultura litigiosa de la sociedad producto de la excesiva judicialización de las relaciones socio-jurídicas, el hiper-garantismo del sistema judicial y la escasa educación en el

fomento de la cultura de paz, han sido uno de los principales factores en la saturación de los tribunales de justicia y una de las causas de la sobrecarga del mismo.

Aferrarse a estas ideas adversariales y confrontativas conlleva la consecuencia de ser parte de un proceso judicial costoso en tiempo y dinero, que incluso en algunas ocasiones por la naturaleza del conflicto podría agravarse y en algunos otros casos no llegar a nada por inexistencia del objeto de la controversia y hasta la muerte de alguna de las partes involucradas, además, del agotamiento emocional que esto produce.

Por esto es no solo importante si no necesario incentivar una cultura de paz a la ciudadanía en general, particulares, operadores jurídicos, abogados y jueces. Esto se logra desde el ámbito educativo a corta edad en escuelas y colegios, mediante la prevención e intervención temprana de la violencia, inculcando una cultura de paz en la formación de niños y jóvenes.

Para fomentar la paz se debe tener un plan acción no solo a nivel educativo, también en el seno familiar, colectivo e incluso en las relaciones laborales, el cual se enfoque y desarrolle tres áreas básicas: información, sensibilización sobre la paz y los métodos RAC y prevención de violencia en todas sus manifestaciones. Para esto se debe realizar campañas de promoción, estudiar las necesidades y acceso a la información de la población meta y ejecutar planes piloto para analizar el impacto en la sociedad del RAC y consecuentemente la cultura de paz.

En una sociedad donde prevalezca la incapacidad cultural se encuentran pensamientos rígidos que conllevan a actitudes litigiosas y al abuso de poder de una parte frente a la otra; por el contrario, una sociedad culturalmente educada busca la paz a través de la construcción de espacios de diálogo que fomenten una actitud conciliadora en los participantes; consiguiendo transformar la cultura de paz en una realidad y no una aspiración.

Lograr un cambio de mentalidad con respecto a la cultura litigiosa que predomina en el país y la creencia de que es el único medio de solución de conflictos, significará para nuestro Poder Judicial una baja en el circulante judicial, mayor eficiencia de los tribunales, mejor atención y mayor satisfacción de los usuarios.

### **Acceso a la justicia.**

Ahora bien, refiriéndonos propiamente al acceso a la justicia, algunos autores consideran que la referencia más apropiada sería “acceso a justicia”, de manera que implique no solo la impartición de justicia a través del sistema judicial formal, sino también por medio de todas las otras posibles formas de solucionar conflictos.

Como se ha mencionado en consideración de la población el Poder Judicial aparentemente sufre de una deficiencia en la solución de disputas, por eso se plantea el acceso a justicia desde una perspectiva que abarque más allá de la jurisdicción estatal, a través de los diferentes métodos que integran la Resolución Alternativa de Conflictos.

El acceso a justicia es un derecho humano regulado en cuerpos normativos como la Constitución Política de Costa Rica, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, entre otros y es aquel derecho que tutela todos los otros derechos que hayan sido transgredidos o bien, que no estén siendo reconocidos.

El acceso a la justicia es un derecho que permite hacer efectivos otros derechos que han sido vulnerados o que deben ser reconocidos a quienes acuden ante el sistema de justicia para solucionar sus conflictos jurídicos. Asimismo, el derecho de acceso a la justicia se configura como una garantía del derecho de igualdad en la medida que supone que los Estados deben asegurar que todos los ciudadanos tengan igualdad de oportunidades, y hagan efectivo su derecho sin sufrir discriminación alguna de por medio.

Así, el derecho de acceso a la justicia se configura como una garantía fundamental con reconocimiento nacional e internacional en el ámbito regional y universal. Este ha sido reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 8 y 25 y en el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. Asimismo, conviene señalar que en otras sentencias y Opiniones Consultivas, la CoIDH ha hecho referencia a las obligaciones del Estado en relación a la efectividad del derecho de acceso a la justicia; aspectos que las partes de la CADH deben tomar en cuenta para cumplir

con las obligaciones generales del artículo 1 y 2 del tratado en mención y garantizar este derecho reconocido en la Convención. (Instituto de Defensa Legal [IDL] de Perú y la Fundación Debido Proceso Legal [DPLF], s.f., p.5).

El acceso a justicia significa no solo que los particulares puedan ejercer el amparo de sus derechos y garantías, si no tener la posibilidad de encontrar una solución apropiada y oportuna a sus controversias. Esto conllevaría dos opciones: en primer lugar, dispensar a los particulares la posibilidad de acceder a una tutela judicial efectiva de sus derechos y en segundo lugar, otorgar la posibilidad de acceder a un procedimiento efectivo y al menor costo posible, a través de diferentes alternativas de solución de conflictos.

Para el tema que nos ocupa, se tomará como premisa la segunda opción, ya que, con los métodos RAC se demuestra que es posible implementar procedimientos más prácticos, disminuir costos, promover el diálogo y motivar una cultura de paz mediante la participación activa en la búsqueda de soluciones posibles y reales.

La utilización de alternativas autocompositivas para la solución de conflictos, diferentes al sistema judicial, trae consigo resultados positivos como solución plena del conflicto, posible descongestionamiento de los tribunales de justicia, disminución de costos, reducción en la duración del plazo de solución del conflicto, disposición de más tiempo para el juez, mejor calidad en el servicio judicial y principalmente la posibilidad que tienen las partes de acordar ellas mismas la solución.

Por otra parte, es importante mencionar los factores que obstaculizan el acceso a justicia, entre los cuales se encuentra los escasos recursos económicos, falta de educación, prejuicios, la aparente crisis del Poder Judicial y la corrupción. En el caso de la falta de recursos económicos, las personas en condiciones de pobreza tienen menos posibilidades de participar en un proceso judicial, sea como parte actora o parte demandada, ya que, no pueden asumir los honorarios de un abogado o los costos procesales; esta situación lamentablemente los pone en una posición de desigualdad en cuanto al acceso a justicia.

Aunque existen alternativas de asistencia judicial gratuita, estas son destinadas principalmente a causas penales y laborales, sin embargo, pareciera ser que los resultados obtenidos son limitados porque las instituciones aparentemente no cuentan con los fondos

suficientes para brindar el servicio a toda la población; al igual que ocurre en los centros de atención a usuarios de universidades, donde los recursos de la institución son bastantes limitados y no alcanzan para atender la demanda de la población que acude a estas en busca de apoyo.

Otro de los factores influyentes es el desconocimiento de la población con respecto a la información legal, el desconocimiento de muchas personas sobre los derechos y garantías que los protege es una realidad, si bien es cierto se realizan esfuerzos por parte del Estado para difundir información, esta no tiene mayor alcance si la población afectada no la comprende debidamente. De mano con lo anterior es posible identificar también un grado de desconocimiento de la población con respecto a la existencia y aplicación de métodos RAC, que por sus ventajas económicas y según la naturaleza del conflicto les podría ser más beneficioso.

En lo que respecta al factor de los prejuicios contra el sistema judicial, es necesario decir que estos son muy frecuentes entre la población y se dan debido a malas experiencias que muchas personas han tenido al acudir a los tribunales. Para muchas personas nuestra administración de justicia es aparentemente desgastada, lenta, congestionada y cara, lo que trae como consecuencia la desconfianza y escepticismo de los particulares cuando se trata de acceder a justicia.

Lo anterior conduce a otro de los factores que obstaculizan el acceso a justicia y es el de mayor peso, la aparente crisis del Poder Judicial. En primer lugar, es importante mencionar que este sistema sigue la postura del ganar-perder en las sentencias donde el objetivo principal es buscar un culpable a quien responsabilizar por los perjuicios ocasionados. Además, las partes suelen tomar una posición competitiva buscando ganarle al adversario de cualquier manera, lo que eventualmente podría alejarlas del verdadero objetivo.

A esto se debe añadir la rigidez procesal respecto a procedimientos, requisitos y actuaciones dentro del proceso, que lo entorpece especialmente a quienes están en una posición vulnerable y se pueden ver afectados por los formalismos excesivos, además, del desestimulo en el seguimiento del proceso que esto provoca, lo que al final significa un gasto inútil tanto para las partes como para el Estado.

Asimismo, la aparente burocratización del sistema judicial es otro impedimento que está presente en el exceso de formalismos, como la exigencia de presentar documentos escritos para cada acto, el cumplimiento de plazos e incluso estrategias de deslealtad procesal de algunos

abogados para retrasar el proceso. Aunado a esto se encuentra también la problemática de la falta de administración interna en los tribunales, la lentitud en el flujo de trabajo, la insuficiencia para guiar a los usuarios y la desconfianza general de la población, la falta de recursos económicos y capital humano.

Por otra parte, como último tema está la problemática de la corrupción que obstruye el acceso a justicia y debilita la democracia del país, esto conlleva a un gran esfuerzo para lograr una administración de justicia eficiente y esta situación no ha favorecido la lucha contra la actitud evasiva de los particulares ante la solución pacífica de conflictos o bien el abordaje de los mismos a través de la violencia.

Conforme se han experimentado avances económicos y sociales, así han surgido nuevos conflictos, los cuales a su vez son sometidos al sistema judicial para su resolución, contribuyendo en la congestión de los despachos. En su momento esto llevó a muchos a considerar que el único remedio era fortalecer el sistema tradicional de justicia, lo cual es necesario para su debido funcionamiento, sin embargo, no es la única ni la mejor solución.

Esta “solución” solamente traería más del mismo problema, ya que, entre más jueces se nombren y más despachos se establezcan para enfrentar la problemática de la saturación, mayor será la entrada de casos nuevos, porque entre más consideren los particulares que hay una posible disminución en la demora para conocer su problema, mayor será la demanda, llegando al punto en que a los pocos meses el nuevo despacho y los nuevos jueces posiblemente estarán igual de saturados que los demás.

Otro punto importante que se debe tomar muy en cuenta con respecto al aumento de tribunales es el alto costo que un proceso judicial y su debida resolución significan para el Estado y para las partes, aumentando esto significativamente el gasto público, situación que definitivamente no es una opción para Costa Rica.

Con respecto al tema de la administración de justicia, lo mencionado previamente permite determinar dos posiciones: primeramente, dispensar a los particulares la posibilidad de acceder a una tutela judicial efectiva de sus derechos y en segundo lugar otorgar la posibilidad de acceder a un procedimiento efectivo y al menor costo posible para la solución del conflicto, entiéndase por costo no solo económico, si no social, psicológico, emocional. La diferencia entre ambas

posiciones radica en que la primera es un objetivo de la política pública a través de la creación de nuevos tribunales para mejorar las funciones del Poder Judicial y aumentar la posibilidad de acceso a justicia; por el contrario, la segunda posición se enfoca en la diversificación y desjudicialización de la administración de justicia a través de los métodos no tradicionales.

Esto conlleva a plantear ciertas medidas para mejorar el acceso a la justicia desde la perspectiva del empleo de métodos no tradicionales, por ejemplo, fomentar procedimientos más prácticos, promover el uso del RAC, disminuir costos, incentivar el diálogo, motivar la paz y la institucionalización del RAC.

Por esto es posible considerar que, ante tal problemática, un país como Estado democrático donde se regule la convivencia social y política sistematizada, debe ser capaz de ofrecer a los particulares servicios de impartición de justicia a través de la Resolución Alternativa de Conflictos. Para la sociedad tiene más provecho la práctica de métodos que busquen la paz social y que las partes resuelvan por sí mismas los conflictos, que someterlos al conocimiento judicial, ya que, en ciertos casos la solución puede ser más adecuada si es tratada a través de los métodos RAC.

Recordemos que la Resolución Alternativa de Conflictos comprende una serie de mecanismos que permite a las partes resolver sus diferencias sin acudir al sistema judicial donde las partes las que por sí mismas llegan a la solución como ocurre en el caso de los métodos autocompositivos y en el caso de los heterocompositivos las partes someten sus diferencias al conocimiento del árbitro.

Desde la década de 1990, nuestro país se preocupó por trabajar en el fomento y regulación de los métodos alternos de resolución de conflictos, realizando varias actividades para sentar bases de lo que hoy es la aplicación de los métodos RAC. Y desde la promulgación de la Ley 7727 hace más de 20 años, se ha trabajado en la promoción de los métodos RAC frente a la vía judicial, esto dio lugar a la creación de Centros de Conciliación, Mediación y Arbitraje en el país a nivel privado y a nivel estatal.

Costa Rica ha intentado garantizar la protección de los derechos e intereses a los particulares, especialmente con la administración de justicia y solución alternativa de conflictos; la institucionalización de los métodos RAC ha promovido su uso dentro de los tribunales, incluso

incentivando en los despachos a las partes a utilizarlos antes de iniciar el juicio o en cualquier etapa del mismo, sin embargo, los esfuerzos de promoción no han sido suficientes para romper con la cultura litigiosa del país.

La función de sistema tradicional es ayudar a las partes a resolver sus diferencias y para esto debe ser capaz de ofrecer el método que mejor se ajuste al caso. En palabras de Álvarez (2003):

Se sostiene que es obligación de un Estado democrático y moderno, preocupado por el bienestar social, proveer a la sociedad de un servicio de justicia heterogéneo. El deber que tiene el Estado de tutelar los derechos amenazados de sus ciudadanos no se satisface con la organización de un Poder Judicial eficiente, probo, transparente, sino que exige que se ofrezcan y apoyen otras formas de solución de conflictos que pueden resultar, de acuerdo con la naturaleza del conflicto, más efectivos y menos costosos en términos económicos, rápidos en relación con el tiempo empleado en su solución, convenientes en cuanto pueden impedir la recurrencia del conflicto y socialmente más valiosos, ya que posibilitan y mejoran la relación futura de las partes. Ello implica el reconocimiento de que el sistema forma y tradicional de la justicia no siempre es el más adecuado para resolver los conflictos jurídicos y que el concepto de “*administración de la justicia*” debe ser redefinido con criterios más amplios y abarcativos. Así por ejemplo, cuando se sostiene que “solo a través del pronunciamiento de los jueces los ciudadanos pueden acceder a la justicia”, se está operando sobre el concepto de “justicia legal”, desconociendo que las partes pueden solucionar sus conflictos realizando otros valores tales como la satisfacción o el bienestar, sin requerir la decisión de un juez, cuando no está de por medio el orden público u otras razones superiores al interés individual.

Este enfoque de la RAD pone en evidencia que no estamos en presencia de una *privatización de la justicia* sino que el apoyo, la institucionalización y el ofrecimiento de estos mecanismos alternativos a la decisión judicial, forman parte de las obligaciones del Estado para con la sociedad y deben estar incluidos dentro de los servicios de administración de justicia del país. (pp. 27-28).

En razón de lo anteriormente dicho en este apartado, vale la pena mencionar la importancia de la promoción y práctica del RAC; primeramente, es necesario aclarar que la utilización del RAC no pretende sustituir el sistema tradicional de justicia, al contrario, procura integrarse y complementarse, con el objetivo de satisfacer las necesidades de los jueces, litigantes y principalmente de las partes, a través de la elección del método indicado según las condiciones del caso.

A manera de conclusión, los métodos RAC deben ser vistos como complementos de la impartición de justicia y no como un reemplazo del sistema público de justicia ni un obstáculo a los esfuerzos por mejorarlo. Además, las políticas de justicia deben promover variedad de alternativas en la solución de disputas.

Los mecanismos RAC se han vuelto una herramienta útil en la solución de disputas, por lo que el Estado moderno debe ser capaz no solo de integrarlas en su ordenamiento jurídico, si no promoverlas y protegerlas. Un Estado de Derecho en las sociedades democráticas como máximo órgano ejecutor del poder en la administración pública, debe establecer las disposiciones de ley que garanticen a los individuos una seguridad jurídica mínima.

No obstante, en Costa Rica predomina una cultura litigiosa, la paz es la excepción y la regla la confrontación y el recorrido que falta para ser una sociedad practicante de la paz y el diálogo requiere de un mayor esfuerzo y compromiso por parte del Estado y de los particulares.

## **Sección II: Preceptos Generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social**

La cultura de paz es la base de la Resolución Alternativa de Conflictos, la paz se puede definir como el bienestar de la sociedad garantizado por el Estado, que trae consigo el desarrollo social, a través del respeto de los derechos y deberes impuestos por el ordenamiento jurídico, de manera que, ante el surgimiento de un conflicto, la sociedad sea capaz de solucionarlo a través de la paz y no de la fuerza.

La Real Academia Española define la paz como “relación de armonía entre las personas, sin enfrentamientos ni conflictos”. La construcción de la paz se da internamente, a nivel de relaciones intrapersonales, para así poder exteriorizarlo a nivel de relaciones interpersonales. Este proceso involucra diferentes participantes, escenarios, visiones, corrientes y estructuras sociales, por lo tanto, esta construcción no solo debe irse cultivando conforme evoluciona la sociedad, también se debe trabajar en métodos de conservación y promoción de la misma, así como prevención de la violencia.

Hemos convenido también que la paz es algo más que la ausencia de guerra, y tiene que ver con la superación, reducción o evitación de todo tipo de violencias, y con nuestra capacidad y habilidad para transformar los conflictos, para que en vez de tener una expresión violenta y destructiva, las situaciones de conflicto puedan ser oportunidades creativas, de encuentro, comunicación, cambio, adaptación e intercambio. Este nuevo enfoque es el que persigue la “cultura de paz”, o “cultura para la paz”, si la entendemos como un proceso que, en primera instancia, habrá de transformar la actual “cultura de la violencia”. (Fisas, 1998, p.1).

A partir de esta cultura de paz y propósito de transformar el conflicto resolviéndolo de la forma más serena posible es que se abre camino la Resolución Alternativa de Conflictos, como medio de solución de controversias sin confrontación litigiosa, a través de técnicas de negociación, comunicación y cooperación. .

Los mecanismos RAC facilitan el acceso a la justicia, aumentan y promueven la participación ciudadana en la resolución de controversias, esto genera una mayor satisfacción por tener los particulares la posibilidad de llegar entre ellos al acuerdo; también fomenta el diálogo y

la paz social, es una alternativa más celer, eficaz y económica; igualmente ayuda a descongestionar el sistema tradicional de justicia y mejora la actitud de las personas frente a este al tener diferentes opciones a su disposición para terminar sus diferencias.

### **Disposiciones generales**

La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, se compone de cinco capítulos, no obstante, en el presente apartado se estudiará únicamente el capítulo primero que consta de tres artículos y establece las disposiciones generales de la Resolución Alternativa de Conflictos.

#### **Educación para la paz.**

ARTÍCULO 1.- Educación para la paz. Toda persona tiene derecho a una adecuada educación sobre la paz, en las escuelas y los colegios, los cuales tienen el deber de hacerles comprender a sus alumnos la naturaleza y las exigencias de la construcción permanente de la paz.

El Consejo Superior de Educación procurará incluir, en los programas educativos oficiales, elementos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares, como métodos idóneos para la solución de conflictos.

La educación debe formar para la paz y el respeto a los derechos humanos.

Este primer artículo introduce a uno de los objetivos más importantes de la Ley, fomentar la cultura de paz en la conclusión de controversias a través de la educación en escuelas y colegios. Lejos de la confrontación se persiguen soluciones amigables, reales y posibles, mediante técnicas de negociación, la comunicación asertiva y efectiva, el diálogo y la cooperación.

La educación ha de fomentar la capacidad de apreciar el valor de la libertad y las aptitudes que permitan responder a sus retos. Ello supone que se prepare a los ciudadanos para que sepan manejar situaciones difíciles e inciertas, prepararlos para la autonomía y la responsabilidad individuales. Esta última ha de estar ligada

al reconocimiento del valor del compromiso cívico, de la asociación con los demás para resolver los problemas y trabajar por una comunidad justa, pacífica y democrática. (Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [UNESCO], 1995, p.8).

La educación juega un papel importante en la enseñanza de la cultura de paz y diálogo, por eso se impulsan programas de formación de paz y respeto a los derechos humanos desde las escuelas y colegios. La enseñanza temprana sobre la paz y la lucha contra la violencia en todo sentido, es un elemento que no solo es necesario, sino obligatorio trabajarlo desde temprana edad para inculcar valores, culturas, conocimientos, actitudes y conductas pacíficas en los niños y adolescentes.

Asimismo, como se ha venido mencionando la búsqueda de otras alternativas para la solución de diferencias es un proceso que ha tenido lugar desde hace un par de décadas como un método alternativo de acceso a la justicia. El año 2000 fue declarado como el “Año Internacional de la Cultura de la Paz” por las Naciones Unidas, época en la que empezaba a darse a conocer el RAC.

Los ciudadanos, los profesionales en Derecho y la sociedad en general han sido parte del cambio de cultura y mentalidad sobre los métodos RAC y han sido invitados a asumir una posición conciliadora ante los conflictos. Para muchos abogados también ha sido todo un reto romper con el estereotipo del litigio y confrontación, algunos incluso hoy se mantienen resistentes al cambio por considerar el RAC como un impedimento para el cobro de honorarios exorbitantes en los procesos judiciales o simplemente porque están acostumbrados a la posición controversial y adversarial.

El Estado costarricense ha trabajado en la prevención de conflictos y violencia, a través de la promoción y estímulo en el uso de los métodos autocompositivos, para que sean las mismas partes quienes mediante la negociación arreglen sus diferencias sin acudir al litigio, el cual si bien es cierto cumple su función en la solución de controversias, dependiendo de las condiciones y naturaleza del caso, no siempre es la opción más conveniente ni favorable.

Se puede decir que el impulso de la cultura de paz y el acceso a la justicia son el principal objetivo de la mediación, no solo en la solución del conflicto sino en la transformación

intrapersonal de las partes, pues la mediación es diálogo, cooperación y comunicación, conductas que incentivan la paz en el abordaje de conflictos.

Es en razón de lo anterior que se considera necesaria la especialización técnica-académica del mediador en el área de Derecho a intervenir, pues su tarea es vigilar la consecución del impulso y protección de la cultura de paz y el acceso a la justicia a través de la negociación de las partes, para lo cual requiere un conocimiento mínimo en el contenido, fondo y disposiciones de la materia a tratar para garantizar a las partes una mediación segura y equitativa.

### **Solución de diferencias patrimoniales.**

ARTÍCULO 2.- Solución de diferencias patrimoniales. Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

Este artículo dispone dos aspectos importantes, por un lado garantiza el derecho de los particulares de resolver sus conflictos por medios alternos según su voluntad y autodeterminación que son dos de los elementos fundamentales de la Resolución Alternativa de Conflictos; por otra parte menciona varios de los métodos RAC, sin embargo, la Ley es flexible en cuanto a la utilización de otras técnicas similares, es decir, no limita las posibilidades de soluciones pacíficas a las que expresamente regula.

No obstante, para la presente sección de estudio se desarrollará únicamente el diálogo, negociación, conciliación y arbitraje, ya que, lo correspondiente a la mediación fue estudiado en la sección primera.

La Resolución Alternativa de Conflictos se divide en dos grandes sistemas dependiendo de la dinámica y procedimiento de cada uno de los mecanismos: los métodos autocompositivos y los métodos heterocompositivos.

La **autocomposición** como su nombre lo dice, es la composición del conflicto que las partes pueden realizar una vez iniciado el juicio o fuera de este, incluso cuando exista sentencia judicial firme. “[...] La autocomposición es aquella figura a través de la cual los particulares, de forma conjunta, pero sin la intervención de terceros, buscan la forma de solucionar sus

diferencias a través de los acuerdos [...]”. (Alfaro y Barahona, 2017, p. 48, citando a García 2002).

La autocomposición es una función cívica en la solución de disputas y permite gestionar mejor los intereses de las partes, ya que, se les da la posibilidad y facultad de resolver por sí mismos sus diferencias de forma privada y pacífica. El sistema autocompositivo entonces, es aquel en que las partes se ponen de acuerdo para buscar solución a la disputa, sea por sí mismas sin ninguna asistencia o bien con el apoyo de un tercero que tiene un papel de colaborador mas no de decisor. La dinámica se da entre las partes, quienes tienen una participación totalmente activa en la que exponen sus posiciones, necesidades e intereses, escuchan al otro y dialogan. Por tanto, a través de la negociación buscan alcanzar el acuerdo más conveniente y beneficioso, con el cual todos los involucrados se sientan satisfechos.

La autocomposición de conflictos requiere la voluntad y cooperación de las partes, de manera que ambas ganen y pierdan algo, no obstante, se busca la solución mayormente satisfactoria para todas las partes, esto significa una mejoría en la relación preexistente entre las partes y una mayor seguridad con respecto al cumplimiento del acuerdo, ya que, ellas mismas llegaron a esa solución.

La característica de este sistema es identificar el conflicto para esbozar soluciones, las partes contribuyen dirigiendo la controversia de manera que se generen espacios de diálogo bajo los principios de tolerancia, respeto y equidad. En este sistema se encuentra los métodos de diálogo, negociación, mediación y conciliación.

En otro orden de ideas, el sistema **heterocompositivo** se caracteriza porque la solución a la controversia que vincula a las partes es impuesta por un tercero independiente y ajeno a estas. A pesar de esto en estos métodos la autonomía de la voluntad de las partes sigue siendo un elemento fundamental aunque de manera indirecta, por el hecho de que son los sujetos participantes quienes delegan al tercero la potestad de decidir sobre sus conflictos e imponer una solución. [...] Se da la heterocomposición cuando los interesados acuden a una tercera persona, denominada “desinteresada” o jurídicamente designada como “imparcial”. Será ella quien resuelva el conflicto, por lo que la heterocomposición se presentará

como una forma evolucionada e institucional de solución de la conflictiva social. (Alfaro y Barahona, 2017, p. 48, citando a García 2002).

Los mecanismos heterocompositivos son adversariales y adjudicativos, no hay una participación activa de las partes porque no hay mesa de negociación, hay un enfrentamiento donde se busca un culpable y la solución la impone el tribunal de forma definitiva e irrevocable mediante la sentencia o laudo.

Dentro de estos métodos heterocompositivos se encuentra la vía judicial ordinaria y el arbitraje. En ambos casos el proceso consiste en una serie de actos orientados a la aplicación de las leyes sustantivas y leyes adjetivas, para la solución de conflictos, ejecutados por un tercero imparcial y neutral a quien las partes delegaron dicha competencia. Para efectos del presente estudio se desarrollará únicamente la figura del arbitraje porque es la que interesa en el estudio de los métodos RAC.

Teniendo clara la diferencia entre el sistema autocompositivo y el sistema heterocompositivo que conforman la Resolución Alternativa de Conflictos y cuáles son los métodos que integran cada sistema, se procederá a estudiar el diálogo, negociación, conciliación y arbitraje, por separado.

### ***Diálogo.***

El diálogo es un encuentro entre las partes en conflicto donde exponen sus ideas, posiciones e intereses de forma alternativa, intentando encontrar respuesta a sus diferencias, por iniciativa y directamente entre ellas, sin necesidad de intervención de un tercero que los guíe o imponga la solución.

En palabras de Salas (2007) “El diálogo es la plataforma para la consolidación de la paz y la democracia, ya que permite las condiciones tanto objetivas como subjetivas necesarias y oportunas para tomar decisiones de manera democrática.” (p.32).

Para que exista el diálogo debe haber un intercambio de información entre los participantes en un espacio abierto de comunicación en el cual a través de los turnos de palabra se

logre evacuar el problema, para esto es necesario que las partes asuman una actitud respetuosa, receptiva, comunicativa y colaborativa.

En la solución de controversias el diálogo en la mayoría de los casos es oral por la facilidad de palabra para la comunicación, sin embargo, no hay ningún impedimento para que sea de manera escrita. El diálogo es el elemento fundamental en todos los métodos RAC, ya que, para una negociación exitosa es necesaria una comunicación transparente y asertiva, la cual se logra únicamente mediante el diálogo.

### *Negociación.*

La negociación como método RAC se da cuando dos o más partes en conflicto transan un compromiso que ponga término a sus diferencias de manera directa y sin la asistencia de un tercero, a través de la comunicación y cooperación. La negociación puede ocurrir cuando no existe ninguna situación conflictiva, también se da como método preventivo de futuras controversias en los casos que se logra prever, simplemente negociar la fijación de reglas, acuerdos, posiciones, conductas, entre otros.

Es aquel mecanismo de resolución de conflictos por el cual dos o más partes interdependientes que se encuentran involucradas por una situación determinada y la cual ha ocasionado una discordia, deciden intentar un acuerdo, en el cual únicamente actúan las partes sin que se dé la intervención de terceros. Se procura de esta manera resolver diferencias a través del diálogo, que traerá como consecuencia la formulación de un arreglo que satisfaga sus intereses y que, como se indica dentro de las características del RAC, procura ser imparcial, logrando de esta forma que no exista una desventaja entre las partes.

Desde todo punto de vista, la negociación es el medio más recomendado para resolver los conflictos de intereses, debido a que es considerado un fenómeno social. Es decir, es aquel mecanismo que se manifiesta constantemente en cualquier tipo de interacción humana y el cual es identificado a través del concepto de diálogo, debido a que es solo a través de este último que podemos alcanzar una comunicación efectiva entre las partes. (Gómez y Ruiz, 2011, pp.67).

Este es un método en el que no interviene ningún tercero, son las partes por su propia voluntad quienes deciden acercarse y transar un acuerdo. En este caso donde no hay asistencia de por medio, el componente esencial es la comunicación para alcanzar un espacio de diálogo efectivo y agradable, esto influye significativamente para una negociación saludable y favorable.

La negociación no es un resultado, es un procedimiento de cooperación y trato a partir de una secuencia de pasos y técnicas de comunicación, donde las partes interesadas son las protagonistas en la búsqueda de la solución; por esto todos los actos que cualquiera de las partes realice sin premeditar, más adelante podría jugarle en contra o incluso entorpecer futuras negociaciones.

La negociación, indistintamente del entorno en el que tenga lugar, tiene algunas características básicas: existencia de mínimo dos partes, utilización de estrategias de negociación, dinámica de comunicación y escucha, búsqueda de intereses sobre posiciones, cooperación y es una estrategia que busca el ganar-ganar.

En conclusión, la negociación es uno de los mecanismos RAC más importante porque se encuentra presente en todos los otros métodos, sin la negociación no existe acuerdo y esto la convierte en el elemento fundamental para el alcance del mismo. Una buena negociación puede traer grandes resultados para las partes y es importante que se logre aprovechar en el momento indicado.

### ***Conciliación.***

La conciliación es un proceso autocompositivo mediante el cual las partes por autonomía propia y siendo asistidos por un tercero imparcial e independiente, buscan una solución que ponga término a la controversia mediante un acuerdo conciliatorio, siempre y cuando haya voluntad de transigir y disponibilidad de derechos para conciliar.

[...] Por conciliación se entiende en doctrina. "...Avenencia de las partes en un acto judicial, previo a la iniciación de un pleito... El acto de conciliación...procura la transigencia de las partes, con objeto de evitar el pleito que una de ellas quiere entablar. No es en realidad un juicio sino un acto, y el resultado puede ser positivo o negativo. En el primer caso las partes se avienen; en el segundo cada una de ellas

queda en libertad para iniciar las acciones que le correspondan. Sus efectos son, en caso de avenirse las partes, los mismos de una sentencia, y en este sentido puede pedirse judicialmente la ejecución de lo convenido [...] (Tribunal Agrario Goicoechea, N° 00293-2001, de las 08:40 horas del 17 de mayo 2001, citando a Cabanellas, s.f).

En la conciliación el tercero se conoce como conciliador, sin embargo, se diferencia del mediador, ya que, el conciliador no tiene una participación tan activa; asiste a las partes facilitando la comunicación y el diálogo, motiva y sostiene un ambiente agradable de negociación y cooperación, mas no propone, sugiere o plantea posibles soluciones; su labor es exclusivamente facilitar la relación entre las partes y vigilar el cumplimiento de los principios y disposiciones de la Resolución Alternativa de Conflictos. Esta diferencia fue desarrollada en la sección de mediación.

El procedimiento es informal, ya que, el tercero y las partes conjuntamente fijan las reglas de la conciliación, la cual es totalmente confidencial, rige el absoluto secreto profesional del conciliador y las partes, por esto el conciliador está imposibilitado para actuar posteriormente en algún eventual proceso judicial o arbitral entre las partes, ni como testigo ni como perito.

La expectativa de estos procesos es una situación de ganar-ganar, donde se busca gestionar los recursos existentes para mayores beneficios. Las partes pueden acudir a la conciliación en cualquier momento, aun cuando haya iniciado el proceso judicial o el arbitraje.

Las características de la conciliación la convierten en uno de los mecanismos RAC más utilizados a nivel nacional y es un procedimiento utilizado en la administración de justicia que tiene como objetivo principal que las partes avengan un arreglo que satisfaga sus intereses y ponga fin al conflicto equitativamente; por eso la conciliación puede ser judicial o extrajudicial.

La conciliación judicial tiene lugar antes de iniciar el proceso o en cualquier estado del procedimiento, ante el tercero conciliador. El conciliador puede ser un conciliador judicial del tribunal, un centro de conciliación judicial con especialidad en la materia, o ante un juez del tribunal que conoce del proceso.

En el caso de los tribunales unipersonales la audiencia conciliatoria la realiza el juez correspondiente y en los casos de tribunales colegiados solo uno de sus miembros, generalmente

es el juez director por ser quien ha tenido mayor participación en el juicio. Por otra parte, en el caso del conciliador judicial este es llamado a la audiencia y asume su función dirigiendo el proceso únicamente para esta actividad.

Los acuerdos conciliatorios son revisados y homologados por el juez que conoció la conciliación o uno del tribunal colegiado que haya conocido todo el proceso judicial.

Los jueces están en la obligación de promover las formas alternas de solución de conflictos y finalización de procesos durante las etapas del proceso judicial, para tal efecto se realizan convocatorias a las partes y sus abogados a audiencias conciliatorias, y por otra parte las partes tienen la facultad de conciliar en cualquier etapa del proceso haciendo la solicitud respectiva al juez, para lo cual se suspenderá el proceso por no más de tres meses y procede una prórroga por el mismo tiempo para que lleguen a un acuerdo, lo expongan al juez y este lo homologue.

Por su parte, la conciliación extrajudicial se da fuera de los tribunales de justicia, antes o durante el proceso judicial, las sesiones son celebradas bajo la asistencia del conciliador, generalmente en alguno de los centros de mediación y conciliación privados. Este tipo de conciliación tiene naturaleza de acto de jurisdicción voluntaria.

En conclusión, la conciliación como método RAC es una forma autocompositiva de solucionar controversias, donde la solución y el control lo mantienen las partes en conflicto, sin embargo, cuentan con la asistencia del tercero llamado conciliador, quien desempeña un rol menos activo que el mediador. Se repite que la distinción entre mediación y conciliación se hace según doctrina internacional, pero en Costa Rica ambos términos se emplean como sinónimos.

### ***Arbitraje.***

El arbitraje es otro de los mecanismos de la Resolución Alternativa de Conflictos, el cual también depende totalmente de la voluntad de las partes, sin embargo, hay una importante diferencia en comparación con los métodos autocompositivos y es que en el arbitraje la solución es impuesta por el tercero de forma definitiva, irrevocable y de ejecución forzosa.

Se puede decir entonces que el arbitraje es un proceso en el cual dos o más partes en conflicto someten su disputa al conocimiento de un tercero llamado árbitro, a quien le delegan la potestad de resolver el conflicto y este le pone fin a través de una resolución arbitral llamada laudo, la cual tiene efectos de cosa juzgada material, es decir, no se puede volver a debatir una controversia que tenga el mismo objeto, sujeto y causa.

Algunas nociones de distintos autores.

Procedimiento jurisdiccional sui génesis, mediante el cual, por expresa voluntad de las partes, se difiere la solución de los conflictos privados transigibles, a un cuerpo igualmente colegiado integrado por árbitros. Estos, transitoriamente, quedan investidos de jurisdicción para proferir un laudo con la misma categoría jurídica y los mismos efectos de una sentencia judicial. (Gómez y Ruiz, 2011, p.109, citando a Gil 1993).

El proceso de carácter jurisdiccional –no judicial– mediante el cual las partes eligen, en forma privada, a unos sujetos que fungirán como árbitros para solucionar una controversia, cuya decisión la ley impone como obligatoria y le confiere los efectos de cosa juzgada. El mismo autor agrega que el arbitraje es un efecto de la autonomía de la voluntad con rasgos propios en relación con la jurisdicción estatal y desde un punto de vista institucional, esa fuerza emana de la suprema manifestación del poder de las partes para dictar la solución a un conflicto planteado. Así, el arbitraje recibe un carácter finalista, determinante y público del proceso. (Amador, 2011, p.10, citando a Artavia 2000).

El arbitraje es la institución que permite a las personas dirimir sus conflictos ante tercero imparciales, llamados árbitros, a quienes eligen libremente, con el objeto de que den solución definitiva a sus diferendos. (Salas, 2007, p.107, citando a Cárdenas y De Herbón 1998).

El arbitraje se encuentra regulado en el capítulo tercero de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos, donde se detallan las disposiciones generales, la composición del tribunal arbitral, la competencia del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral, el laudo, recursos contra el laudo y honorarios.

Además, constitucionalmente es amparado por el artículo 43, el cual establece “Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aun habiendo litigio pendiente.” De esta manera se les faculta a los particulares y se les da el derecho de elegir libremente la forma en qué deseen arreglar sus diferencias y controversias.

En el arbitraje al igual que en la vía judicial se da la participación de un tribunal (unipersonal o colegiado), integrado por árbitros o jueces respectivamente, quienes deciden e imponen a las partes la solución de la controversia. El árbitro también es un tercero imparcial e independiente elegido por las partes, su competencia se debe a la voluntad pura de los sujetos que disponen someter el asunto a arbitraje, mediante la suscripción de un acuerdo arbitral que disponga las formalidades, etapas y elementos procesales que regirán el arbitraje. En el caso de los jueces su jurisdicción es otorgada por el Estado.

La figura del árbitro y la del juez comparten ciertas similitudes debido a que el conflicto es sometido a su conocimiento para dar solución; pues ambos decisores llevan a cabo todo el proceso, evacúan prueba, celebran audiencias y emiten un criterio final conocido como sentencia en la vía judicial y laudo en la vía arbitral. Sin embargo, hay un elemento importante que los diferencia, el árbitro no tiene potestad de imperio, que es la capacidad que tiene el Estado a través de sus Poderes de crear obligaciones y suprimir derechos a los particulares.

Por su parte, los árbitros tienen una jurisdicción delegada por el Estado para la resolución de conflictos, pero limitada, es por esto que para ciertos actos el arbitraje requiere de la intervención del juez, como en el caso de la imposición de medidas cautelares, impugnación y ejecución del laudo.

Pese a lo anterior ambas figuras se diferencian en que el arbitraje es un proceso totalmente voluntario donde las partes acuden con plena disposición de comunicarse y dialogar; además, el arbitraje es un proceso más costoso, pero más celerante que el proceso judicial; otra diferencia es que en el arbitraje son las partes quienes eligen al tercero y acuerdan voluntariamente aspectos procesales del mismo, lo que no ocurre en un juicio.

En resumen, el arbitraje como forma alterna de solución de disputas ha tenido auge en los últimos años, principalmente por ser una solución celerante y eficiente sin acudir a la vía judicial. La esencia de esta figura proviene de la libertad constitucional que tienen los particulares para elegir

el medio por el cual resolver sus conflictos, pero también tiene un fundamento contractual porque depende de la voluntad de las partes al suscribir el convenio arbitral mediante el cual acuerdan someter al arbitraje cualquier disputa o diferencia que se derive de su relación jurídica.

### ***Otras técnicas.***

El artículo segundo de la Ley RAC, además, de establecer como métodos RAC la negociación, mediación, conciliación y arbitraje, señala la posibilidad de recurrir a “otras técnicas similares”. Esta frase hace referencia a otros métodos de solución de controversias, utilizados en otros países, tales como el mini juicio, evaluación temprana neutral, juicio por jurados abreviado, jueces privados, combinaciones y variantes de arbitraje o mediación, tribunales multipuertas, entre otros.

En América Latina, todavía se mantiene la identificación de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos solamente con el arbitraje, la mediación y la conciliación. A pesar de ello, en el último tiempo, producto de las importantes innovaciones en el ámbito de los Alternative Dispute Resolutions, se ha profundizado en mecanismos más sofisticados para la resolución de los conflictos como la negociación, la amigable composición, los mini juicios (mini-trial), los tribunales multipuertas (Multi-door Courthouse) y la ley colaborativa, por poner algunos ejemplos. Además, también se está innovando a través de procesos híbridos en los que se combinan diversas técnicas, lo que puede generar extraordinarios resultados en la resolución de conflictos [...]. (Fandiño, s.f., p.59).

Todas estas modalidades pueden ser libremente ejercidas gracias al principio de autonomía de la voluntad, que es la piedra angular en los métodos RAC, ya que, constituye el poder y libertad de los particulares para realizar todas aquellas acciones y conductas que deseen, siempre y cuando no sean prohibidas por ley, entre estas decidir cómo resolver sus diferencias.

### ***Derechos patrimoniales de naturaleza disponible.***

El segundo numeral de la Ley RAC puntualiza un factor de suma relevancia en la Resolución Alterna de Conflictos, es el último punto objeto de estudio de dicho artículo y es el

criterio de admisibilidad a los métodos RAC según la disponibilidad de derechos para negociar, al respecto la norma establece que todos los particulares tienen derecho de solucionar sus controversias a través de los métodos RAC, siempre y cuando se trate de diferencias patrimoniales de naturaleza disponible.

Los requisitos de admisibilidad son aquellos que hacen referencia a los “presupuestos jurídico-procesales para que un asunto sea susceptible de negociación o mediación, y la disponibilidad de los derechos involucrados en el proceso”. (Escalante, 2001, p.8). Es decir, los requisitos de admisibilidad responden a limitaciones que la normativa legal ha impuesto a la mediación [...]. (Goñi, 2018, p.84, citando a Escalante 2001).

Los derechos patrimoniales son aquellos que tienen naturaleza, relevancia, valoración y carácter económico y corresponden al capital de un sujeto, es decir sus bienes, derechos y créditos, siempre que tengan valor económico. Esta apreciación patrimonial puede ser dineraria o incluso de índole jurídica; por el contrario, no se considera patrimonial cuando es intangible, no tiene ningún tipo de valor, especialmente económico y el Estado tampoco busca asignarle un valor dinerario.

Por su parte, disponibilidad en cuanto a las materias y derechos sujetos a los métodos alternos, se da cuando estos formen parte del comercio de los hombres, en otras palabras, cuando las personas gocen la facultad de disponer, decidir, negociar, transar o renunciar libremente a estos. La indisponibilidad tiene dos formas de exteriorizarse en las relaciones jurídicas, primeramente, cuando el legislador designa puntualmente por ley las reservas a la libertad de disposición de derechos; en segundo lugar, cuando en el ejercicio de los derechos el sujeto no tiene facultad para tal acto.

Las materias no sujetas de negociación son aquellas que no son de libre disposición de las partes, por la existencia de derechos indisponibles o por no tener un contenido patrimonial, por lo que no resultan conciliables, por ejemplo, hay limitaciones en derecho laboral en cuanto a las vacaciones y aguinaldo que son derechos irrenunciables, en materia penal respecto a delitos de carácter sexual y violencia doméstica; y en materia de familia la patria potestad y filiación.

Además, de la Ley RAC, las reservas y limitaciones a la disponibilidad de transacción se encuentran en el Código Civil en su artículo 631, el cual establece la ineficacia de aquellos actos o contratos física o legalmente imposibles, sea porque por ley expresamente están fuera del comercio de los hombres o bien por ser actos ilícitos contrarios a la ley, la moral y las buenas costumbres.

En consecuencia, cuando las partes interesadas ejercitan su autonomía de la voluntad y actúan de conformidad con las limitaciones respectivas a la patrimonialidad y disponibilidad de derechos y materias, se admiten los métodos RAC como procesos idóneos para la solución de conflictos; sin embargo, en casos de interés social o interés público el Estado impone restricciones para que las controversias sean resueltas únicamente a través del Poder Judicial.

Esta es una de las disposiciones más importantes de la Ley RAC y que ciertamente es necesario que el mediador conozca pues su deber es vigilar que en la negociación no se infrinja la restricción con respecto a derechos patrimoniales y de naturaleza disponible, ya que, esto conllevaría a un acuerdo total o parcialmente nulo; por lo tanto, un mediador no especializado en la materia a tratar desconoce los extremos y derechos negociables en esa materia y esto podría poner la seguridad jurídica de las partes en riesgo.

### **Convenios para solucionar conflictos.**

Retomando el estudio del capítulo primero de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el artículo tercero de la norma señala lo relativo a la ocasión en que las partes pueden suscribir el acuerdo que ponga fin a sus diferencias, por lo que dispone lo siguiente.

ARTÍCULO 3.- El acuerdo que solucione un conflicto entre particulares puede tener lugar en cualquier momento, aun cuando haya proceso judicial pendiente.

Incluso en el caso de que se haya dictado sentencia en el proceso y esta se encuentre firme, los particulares pueden arreglar sus intereses en conflicto por medio de convenios celebrados libremente.

De conformidad con la libertad de transacción y negociación que dispone la Constitución Política en su artículo 43 y la disponibilidad de derechos y materias, los particulares tienen la

facultad de celebrar en cualquier momento un acuerdo que solucione la controversia entre ellos, aun habiendo litigio pendiente. El acuerdo puede ser mediante conciliación judicial o extrajudicial, mediación, acuerdo arbitral, transacción, finiquito o cualquiera de los otros métodos que permite la Ley RAC.

Para dar por terminado el litigio pendiente, las partes deberán aportar al expediente dicho acuerdo para la respectiva aprobación y homologación del juez o tribunal que conoce el proceso, siempre y cuando el convenio cumpla con los requisitos mínimos de fondo y forma que dispone la Ley RAC, además, de que se cumplan los preceptos de disponibilidad del objeto de la controversia.

Este tercer artículo en el párrafo segundo, de manera aún más amplia determina la posibilidad de convenir el arreglo a las diferencias entre las partes aunque en el proceso judicial entre estas se haya emitido sentencia y esta haya adquirido firmeza, sea porque no se ha notificado, no ha transcurrido el plazo para tal efecto o no se ha resuelto la impugnación de la misma. El motivo de lo dicho es que la voluntad de las partes tiene prioridad frente a lo que pueda ser o haya sido decidido por otro, porque se procura velar por su interés y necesidades, no solo buscar un culpable.

Del mismo modo, aun cuando la sentencia o laudo se encuentren en firme las partes tienen la libertad para negociar la determinación patrimonial o proceso de ejecución de los mismos. Este acuerdo puede adoptarse por cualquiera de los métodos RAC en armonía con el principio de autonomía de la voluntad y libertad contractual, respetando los límites a la disponibilidad que establece el ordenamiento jurídico.

### **Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social**

Es necesario para iniciar con el estudio de la Ley RAC, examinar una de las situaciones mundiales que le dieron origen, la globalización, la cual es un fenómeno que ha transformado las relaciones internacionales, este movimiento promueve la integración mundial económica, social, cultural, tecnológica y política entre naciones y ha tenido lugar en razón del incremento en las relaciones comerciales internacionales en cuanto a bienes y servicios, además, de la evolución de las tecnologías de información y comunicaciones.

En los últimos 30 años la globalización ha tenido una influencia significativa en la organización social, entre el grupo de personas con opiniones, valores, inquietudes, intereses y objetivos en común que buscan satisfacer y garantizar sus necesidades y derechos humanos.

Frente a situaciones como la globalización, especialmente en cuanto a relaciones comerciales, es relevante mencionar que como sociedad y Estado democrático ha sido necesario realizar transformaciones en el ordenamiento jurídico que se adapten a los avances sociales tanto nacionales como internacionales.

Las relaciones sociales, laborales, comerciales y familiares, así como las relaciones entre particulares y el Estado han variado, esto ha demandado en los últimos años nuevas formas de regulación y abordaje de conflictos por parte del Estado costarricense, a través de reformas a las normas existentes o creación de nuevos marcos jurídicos que permitan hacer frente a las realidades sociales contemporáneas.

Como se expuso anteriormente, la saturación de los despachos judiciales, la morosidad en la tramitación y solución de procesos, la limitación de recursos de infraestructura, tecnología y humana, los altos costos procesales y de honorarios, la rigidez procesal y la corrupción, son algunas de las causas que han motivado la desconfianza y descontento de los particulares para buscar el acceso a la justicia y solución a sus diferencias a través del sistema judicial tradicional, esto llevó obligatoriamente a buscar cambios en la legislación nacional para colaborar a mejorar esa percepción.

En razón de lo anterior y con el objetivo de contribuir a mejorar y desarrollar la administración de justicia, nuestro país promulgó en 1997 un cuerpo normativo que regula el movimiento que tomó auge en esa época, la Resolución Alternativa de Conflictos como medio de solución de controversias sin confrontación litigiosa, a través de técnicas de negociación, comunicación y cooperación, donde las partes involucradas alcanzan por sí mismas la solución, en algunos casos con ayuda de un tercero neutral e imparcial.

La Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727 como su nombre lo dice, busca el impulso, fomento y enseñanza de la paz social a través de técnicas de negociación y abordaje pacífico de los conflictos.

La Ley nació a la vida jurídica con un espíritu componedor, promueve el diálogo, la comunicación, cooperación, negociación, como herramientas sociales para el acceso a la justicia y solución alterna de conflictos.

A través de los diferentes métodos, esta Ley persigue propósitos como la función dual en la composición del conflicto y de los términos entre las partes, ayudar a las partes a identificar intereses sobre posiciones, conseguir en los involucrados una transformación interpersonal de la controversia, promover la cultura de paz y prevención de la violencia, garantizar un acceso a la justicia pronta y cumplida y la estrategia del ganar-ganar. La Ley se compone de los siguientes cinco capítulos: disposiciones generales, la conciliación y mediación, el arbitraje, la administración de mediación, conciliación y arbitraje institucionales, y disposiciones finales. El capítulo de disposiciones generales ya fue debidamente abordado en la sección anterior.

### **Conciliación y mediación.**

El segundo capítulo regula la mediación y conciliación y señala la aplicación de los mismos principios y reglas para ambas figuras, a pesar de que conceptualmente en la doctrina hay una diferencia entre ambos procesos, en Costa Rica es irrelevante, ya que, tanto la Ley como la jurisprudencia se refieren a la mediación y conciliación como sinónimos, línea de pensamiento que se ha seguido en el desarrollo del presente proyecto.

El artículo quinto de la Ley dispone la práctica de la mediación y conciliación, en este apartado se establece, salvo las restricciones por Ley, la libertad de los particulares de someter sus diferencias a un proceso autocompositivo y de elegir libremente y de mutuo acuerdo al neutral al que expondrán el conflicto. A través de este artículo lo que se pretendía era promover la cultura de paz, sin embargo, no establece ninguna condición para mediar, permitiendo así que cualquier persona no formada en mediación o en el fondo de la materia asista a las partes y vigile una negociación de la cual desconoce el contenido, disposiciones y regulaciones jurídicas de las situaciones conflictivas.

En un sentido diferente, la posibilidad de conciliar parcialmente es otro de los aspectos que determina la Ley. Con respecto a los extremos negociados el acuerdo tendrá los mismos efectos que una conciliación total, pondrá fin al proceso, será ejecutable de manera inmediata y producirá efectos de cosa juzgada; por otra parte, el proceso judicial continuará con las

pretensiones de la disputa que no hayan sido negociadas. El acuerdo parcial deberá igualmente ser revisado y homologado por el juez que conoce el proceso.

En relación con los efectos del acuerdo conciliatorio, la Ley señala que tendrá carácter de cosa juzgada material, es decir, no existe posibilidad alguna de impugnación del mismo una vez sea homologado por el juez, por lo que, en un futuro mediato o inmediato, el mismo caso, con la misma causal, entre las mismas partes y con el mismo objeto, no podrá ser conocido ni resuelto en otro proceso RAC ni proceso judicial.

También se refiere a la exoneración de responsabilidad del juez conciliador o conciliador judicial respecto a las propuestas o sugerencias que realice en las audiencias conciliatorias, señalando que no podrá ser recusado ni atribuírsele ningún tipo de responsabilidad penal ni civil por las opiniones aportadas. No obstante, es importante mencionar que tanto para el juez como para el conciliador judicial procederán las causales de recusación e inhabilitación si la situación así lo amerita, a pesar de lo anteriormente expuesto.

Del mismo modo se encuentra regulado en esta segunda sección de la Ley los requisitos de los acuerdos alcanzados en procesos de mediación o conciliación, judicial o extrajudicial, que pongan término a las controversias entre las partes contratantes. El artículo 12 establece lo siguiente.

#### ARTÍCULO 12.- Requisitos de los acuerdos

Los acuerdos adoptados con motivo de un proceso de mediación o conciliación, judicial o extrajudicial, deberán cumplir los siguientes requisitos:

- a) Indicación de los nombres de las partes y sus calidades.
- b) Mención clara del objeto del conflicto y de sus alcances.
- c) Indicación del nombre de los mediadores, los conciliadores y, si se aplica, el nombre de la institución para la cual trabajan.
- d) Relación puntual de los acuerdos adoptados.

e) Si hubiere proceso judicial o administrativo iniciado o pendiente, indicar, expresamente, la institución que lo conoce, el número de expediente y su estado actual y la mención de la voluntad de las partes de concluir, parcial o totalmente, ese proceso.

f) El conciliador o mediador deberá hacer constar en el documento que ha informado a las partes de los derechos que se encuentran en juego y les ha advertido que el acuerdo puede no satisfacer todos sus intereses.

También deberá hacer constar que ha advertido a las partes sobre el derecho que las asiste de consultar, el contenido del acuerdo, con un abogado antes de firmarlo.

g) Las firmas de todas las partes involucradas, así como la del mediador o conciliador.

h) Indicación de la dirección exacta donde las partes recibirán notificaciones.

Es posible determinar entonces que los anteriores requisitos son exigencias formales que dispone la Ley para los acuerdos conciliatorios judiciales o extrajudiciales, a pesar del principio de libertad para mediación y conciliación que señala en el artículo 5. Esto encuentra fundamento en varios motivos, primeramente los efectos de cosa juzgada que adquiere el acuerdo una vez homologado por el juez, en segundo lugar el carácter de título ejecutivo y en tercer lugar para evitar inquietudes sobre el contenido y alcances del acuerdo; sin embargo, hay una evidente incongruencia con el propósito de libertad de mediación y la exigencia del cumplimiento de los anteriores requisitos en el acuerdo pues un tercero no formado en mediación difícilmente los conocerá.

En cuanto a los incisos a, b y c, son aspectos formales de identificación de las partes, del conflicto y sus alcances, así como del conciliador o del centro conciliatorio. El inciso d, se refiere al elemento más importante del convenio, el acuerdo y obligaciones que contraen las partes. Del mismo modo el inciso e, no es un aspecto esencial, sin embargo, es necesario para la ubicación del proceso judicial si este existiere. Con respecto al inciso f, este hace referencia al principio de autonomía de la voluntad y principio dispositivo en cuanto a la disponibilidad de derechos para negociar. El inciso g, es un requisito básico y obvio pues es la expresión de aceptación de las

partes de suscribir el acuerdo. Finalmente, el inciso h, no es más que una formalidad para notificar la homologación del acuerdo.

Por otra parte, la Ley establece también los deberes y obligaciones del mediador como tercero imparcial y neutral a quien las partes exponen el conflicto que atraviesan para que las asista en la negociación donde intentarán encontrar una solución que será reflejada en el acuerdo conciliatorio.

Como se ha estudiado previamente en la sección destinada a la mediación, el mediador tiene una posición neutral, no favorece ni se identifica con ninguna de las partes, tampoco decide la solución del conflicto; su función está limitada a acercar a las partes, promover un espacio de diálogo, canalizar la comunicación y analizar las posibles soluciones planteadas por las partes, pero al ser la mediación un método autocompositivo la decisión la toman las partes.

Textualmente el artículo 13 de la Ley fija los deberes del conciliador.

#### ARTÍCULO 13.- Deberes del conciliador

Son deberes del mediador o conciliador:

- a) Mantener la imparcialidad hacia todas las partes involucradas.
- b) Excusarse de intervenir, en los casos que le representen conflicto de intereses.
- c) Informar a las partes sobre el procedimiento de mediación o conciliación, así como de las implicaciones legales de los acuerdos conciliatorios.
- d) Mantener la confidencialidad sobre lo actuado por las partes en el procedimiento de mediación o conciliación y sobre los actos preparatorios del acuerdo conciliatorio.
- e) En los supuestos del artículo 369 del Código Procesal Civil.

Los incisos a y b, se refieren a la imparcialidad, la cual como se ha dicho es la independencia del tercero con respecto a las partes; libre de prejuicios el conciliador no toma posiciones a favor ni en contra de ninguna de las partes del conflicto, por esto sobre él recae el

deber de excusarse cuando considere que existen motivos que pongan en duda su imparcialidad o no se considera totalmente ajeno a la controversia o las partes.

El inciso c, se refiere a la obligación de informar a las partes intervenidas sobre sus derechos, deberes y las características del proceso, principalmente la voluntariedad y consensualidad como principios básicos, además, de los alcances e implicaciones del acuerdo como el carácter de cosa juzgada, el deber de imparcialidad del tercero y la limitación a la disponibilidad de derechos transigibles.

El inciso d, se vincula con el artículo 14, ambos señalan la obligación del conciliador y de las partes de mantener la confidencialidad de todos los actos preparatorios y actuaciones dentro del proceso, así como de los acuerdos alcanzados. Lo anterior encuentra sentido en la delicadeza de la protección a la información ventilada o expuesta en la búsqueda de una solución al conflicto. Toda la información aportada por cualquier medio es confidencial, salvo casos en los que se discuta la responsabilidad del mediador en procesos penales o civiles, o bien cuando se cuestionen los alcances del acuerdo en la vía judicial donde el proceso será público.

En el inciso e, no se comprende la referencia al Código Procesal Civil pues no se encuentra conexión entre ambos artículos.

Este artículo 13 pareciera quedarse corto, pues solo determina cinco obligaciones para el neutral en la labor tan importante como mediar, ninguno de los incisos señala el deber del mediador de garantizar un conocimiento mínimo o al menos básico en el área de intervención cuando se trate de materias complejas o haya derechos de por medio, para que su asistencia en la solución del conflicto sea completa, entera e integral.

El conocimiento del mediador en el fondo, contenido y disposiciones de la materia a tratar es necesario, para garantizar a las partes la seguridad jurídica del proceso donde ventilan sus intereses y necesidades y el mediador debe asegurarse que esta no sea quebrantada.

Las habilidades para mediar como la capacidad para manejar emociones de las partes, la creación de un ambiente agradable, lograr acercar a los mediados, son fundamentales, pero también lo es garantizar a las partes un proceso seguro, justo, equitativo y un acuerdo legal,

posible y real, lo que demanda no solo formación en mediación sino una especialización básica en la materia de intervención.

En otro orden de ideas, se encuentra en la Ley regulación con respecto al carácter de documento público del que se dotan los acuerdos conciliatorios, únicamente en 3 supuestos. El primer caso es cuando el acuerdo sea suscrito ante un juez; el segundo supuesto se da cuando haya sido otorgado ante un mediador funcionario estatal, como parte de las funciones que le han sido asignadas dentro de esa dependencia; el tercer supuesto tiene lugar cuando el acuerdo es autorizado por un mediador profesional que sea notario público o sea asistido por uno y quede constancia del acuerdo en el protocolo del profesional. El objetivo de dotar al acuerdo con el carácter de documento público es que valga como prueba y como título ejecutivo en caso de incumplimiento.

Por otra parte, también se dispone en la Ley, una causal de recusación para los neutrales, adicional a las que determina el Código Procesal Civil, ya que, imposibilita a los conciliadores judiciales o extrajudiciales, de participar en procesos judiciales o arbitrales futuros relacionados con las partes y el conflicto. Esta prohibición tiene como fundamento que el sujeto durante su labor de conciliador pudo dar sugerencias, propuestas e incluso tener una opinión o criterio anticipado con respecto a la controversia, lo que pone en duda su imparcialidad si participa como tercero neutral en cualquier proceso posterior.

Finalmente, este capítulo cierra con la responsabilidad contractual y su debida indemnización con respecto daños y perjuicios que recaen sobre quienes ejerzan la conciliación profesionalmente o no, cuando se haya violado los principios de la materia o se haya hecho a las partes incurrir en conducta dolosa.

Son importantes las habilidades del tercero para intervenir un conflicto, sin embargo, esto no es suficiente, también debe tener conocimiento y entendimiento de las disposiciones de la Ley RAC y las disposiciones de la materia de fondo cuando se trate de materias complejas o conflictos donde haya derechos de por medio; no obstante, en ninguno de los 17 artículos que regulan la mediación se encuentra la exigencia de tal conocimiento como requisito para mediar o como deber del neutral; como sí ocurre en Derecho laboral donde se exige a los conciliadores de

los centros RAC, demostrar su conocimiento en materia laboral garantizado por títulos, certificaciones, especialidades, maestrías, doctorados o mínimo 80 horas de capacitación.

### **Arbitraje.**

Desde otra perspectiva, el capítulo tercero de la Ley 7727 es dedicado a la figura del arbitraje y regula todos los aspectos esenciales de este método que ha tenido un importante posicionamiento en la Resolución Alternativa de Conflictos. En este cuerpo normativo se dispone el arbitraje como un proceso con total independencia de los métodos autocompositivos y del proceso judicial, para lo cual el legislador designó para este instrumento sus propias reglas.

En este capítulo se establecen las disposiciones generales del arbitraje, la composición del tribunal arbitral, la competencia del tribunal arbitral, el procedimiento arbitral, el laudo, recursos contra el laudo y honorarios profesionales.

Para comenzar es importante recordar que las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad acuerdan someter el conflicto al arbitraje, además, son quienes determinan las condiciones bajo las cuales se desarrollará el proceso, respetando las limitaciones establecidas por Ley. Las partes delegan la solución de la controversia al tribunal arbitral y en conjunto son los encargados de realizar el proceso.

En la Ley se señala la libertad del procedimiento y selección de árbitros. Esto se refiere a la posibilidad de elegir el tipo de arbitraje, sea institucional, ad hoc, de Derecho, de equidad, nacional o internacional. Así como la libertad en la designación del tribunal arbitral, el cual puede ser unipersonal o colegiado, la selección de los árbitros pueden hacerla las partes e incluso pueden disponer que un tercero lo haga, en el caso del tribunal colegiado cada parte escogerá un árbitro y entre estos dos elegirán al tercero.

Por otra parte, la Ley es clara en cuanto a la autonomía del convenio arbitral frente al contrato del que proviene, es decir, que es un contrato con total independencia del contrato principal, por lo que, si este contrato principal es declarado inválido o nulo por el tribunal arbitral, esta acción no afectará directa o indirectamente la validez o existencia del acuerdo arbitral.

En avenencia con lo anterior se encuentra el principio competence-competence, según el cual la Ley dispone que el tribunal arbitral tiene la capacidad de pronunciarse sobre su propia competencia y sobre las excepciones invocadas contra el acuerdo arbitral cuando la parte alegue que es inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz, sin interferencia de una objeción sobre la otra.

No obstante, este principio competence-competence puede verse aplacado si la decisión del tribunal arbitral respecto a su propia competencia es cuestionada y sometida por alguna de las partes a nulidad o revisión ante el Poder Judicial, por lo que si el recurso de nulidad es declarado con lugar, la controversia que fue objeto del arbitraje deberá ser resuelta judicialmente, en virtud de que la cláusula arbitral fue anulada y por consiguiente lo son todas las actuaciones del tribunal.

El arbitraje ha sido dotado de una fuerza y condiciones especiales, esto es reflejado en otra de las características de este método, la ejecutabilidad directa del laudo, es decir goza de validez y eficacia propias, por lo que no requiere homologación del juez para surtir sus efectos, que de conformidad con la Ley son los siguientes: es definitivo, vinculante para todas las partes, inapelable y produce todos los efectos de cosa juzgada material.

Retomando el tema de autonomía de la voluntad de las partes y la posibilidad de acondicionar el proceso de arbitraje para su mayor conveniencia, la Ley también incluye ciertas restricciones a este principio, como garantía para evitar injurias o abusos de la otra parte e incluso del tribunal arbitral, como que el proceso y sus cláusulas no pueden atentar contra los principios del debido proceso, derecho de defensa y de contradicción, por eso el tribunal puede interferir cuando considere que se ha violado alguno de estos principios.

El principio del debido proceso proviene del derecho anglosajón y es un amparo de seguridad jurídica para las partes que protege sus intereses frente a las actuaciones del Estado o en este caso del tribunal arbitral en la solución de conflictos. Las correspondientes notificaciones al interesado, el derecho a ser debidamente escuchado, el derecho a presentar argumentos y pruebas, el derecho al patrocinio letrado, acceso a todos los medios de impugnación son algunos de las garantías que busca velar el principio del debido proceso.

El principio del derecho de defensa es un derecho fundamental y es el derecho que acompaña a todo sujeto para ejercer su defensa en cualquier proceso en que se vea involucrado,

para la protección integral de sus intereses y derechos humanos, con todas las garantías procesales básicas y fundamentales.

El principio de contradicción se refiere a que cada parte interviniente en un proceso arbitral tendrá las mismas oportunidades para presentar sus argumentos, desde dos puntos de vista, primeramente, se les dará el mismo número de oportunidades para que realicen las declaraciones que consideren convenientes o bien se abstengan si así lo desean; en segundo lugar, en esas oportunidades tendrán las mismas condiciones de participación, declaración, defensa y ofrecimiento de prueba.

Finalmente, el capítulo termina con lo respectivo al pago de honorarios profesionales del tribunal arbitral, determina las disposiciones específicas, la forma de pago y la posibilidad de los árbitros de condicionar la aceptación de su nombramiento dependiendo de la remuneración.

### **Mediación, conciliación y arbitraje institucionales.**

En otro orden de ideas, el capítulo cuarto de la Ley, denominado “mediación, conciliación y arbitraje institucionales” como su nombre lo dice permite expresamente y regula la administración de estos procesos a través de instituciones especializadas para tal labor.

La Ley admite la constitución y organización de entidades dedicadas a la administración institucional de los mecanismos alternos de solución de conflictos, las cuales de manera habitual, onerosa o gratuita prestan sus servicios, esta alternativa ofrece mayores oportunidades a los particulares para convenir la forma en que deseen resolver sus diferencias. Contar con centros especializados en mediación, conciliación y arbitraje permite encontrar soluciones céleres, ágiles y flexibles con el apoyo de profesionales en la materia y los servicios administrativos de la institución.

Estas entidades podrán operar libremente siempre que hayan sido debidamente autorizadas por el Ministerio de Justicia a través de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos del Ministerio de Justicia y Paz (DINARAC), una dependencia de este Ministerio encargada de la regulación, dirección, fiscalización y organización para el debido funcionamiento de los centros de mediación, conciliación y arbitraje en el país y en la cual deberán inscribirse.

La excepción a este requisito es si el centro ha sido autorizado por alguna ley especial, o en el caso de la Resolución Alternativa de Conflictos en materia laboral la cual tiene disposiciones especiales en la normativa nacional que la regula, por lo que existen centros RAC adscritos, dirigidos, organizados y fiscalizados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y con su propio reglamento, a través de la Dirección de Asuntos Laborales.

El Ministerio de Justicia extenderá la autorización correspondiente una vez verifique el cumplimiento de todos los requisitos para la existencia y operación de un centro RAC, por lo que dispondrá las disposiciones generales sobre formalidades, autorizaciones y revocaciones de permisos de los centros mediante resolución razonada y previo cumplimiento del debido proceso.

Las disposiciones generales de cada entidad obligatoriamente contendrán la lista de neutrales, tarifas, honorarios, gastos administrativos y reglas del proceso, además, deben primeramente haber sido aprobadas por el Ministerio de Justicia al momento de la inscripción del centro, así como estar a disposición del público para facilitar a los particulares la decisión de elegir el tipo de proceso por el cual deseen resolver sus conflictos ya sean métodos autocompositivos o heterocompositivos, institucionales o ad hoc.

A la DINARAC le corresponde fomentar el conocimiento y progreso de los mecanismos RAC, incentivar el uso de los diferentes métodos según las necesidades de las partes, las ventajas y características generales del RAC; así como promover la cultura de paz, trabajar y colaborar en el fortalecimiento de los sistemas de prevención de conflictos y violencia en comunidades que se caracterizan por mayores índices de violencia y delincuencia.

Entre las funciones de esta institución se encuentra velar por el cumplimiento de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social y del Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social; mantener la vigilancia de los centros autorizados, aprobar la incorporación de mediadores, conciliadores y árbitros a la lista de los centros respectivos, llevar un registro de estadísticas del aprovechamiento del RAC en el país, promover la solución pacífica de controversias, orientar a los particulares e interesados en utilizar alguno de los métodos, recibir quejas y denuncias, tramitar sanciones, suspensiones y anulaciones de permisos de funcionamiento de los centros en

caso de incumplimiento de alguno de los deberes u obligaciones que señala el Reglamento y la Ley.

***Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.***

El Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social consta de cuatro capítulos dedicados a los siguientes temas: disposiciones de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos y de los Centros, procedimiento de autorización, principios y obligaciones, sanciones y procedimiento sancionatorio.

Con respecto a las disposiciones sobre la DINARAC, en el primer capítulo el Reglamento determina como la institución encargada de ejercer todas las facultades y atribuciones en la materia de Resolución Alternativa de Conflictos como dependencia del Ministerio de Justicia; también señala las funciones de esta entidad; así como los ordenamientos para la creación de centros.

En lo que interesa sobre la autorización de centros señala el segundo capítulo que estos no podrán operar sin la debida autorización de la DINARAC, el procedimiento de autorización, de la aprobación o rechazo de solicitudes, la vigencia de la autorización la cual es de tres años prorrogables; así como los requisitos para que un centro administre institucionalmente métodos RAC.

En relación con los requisitos de los centros para administración de métodos RAC es importante mencionar que estos están delimitados por el artículo sexto del Reglamento, el cual en el inciso h) señala lo siguiente.

Artículo 6º- Requisitos. Para que un Centro administre institucionalmente métodos RAC, deberá cumplir con los siguientes requisitos [...] h) Lista de neutrales que en forma permanente o ad hoc ejercerán labores en el Centro, con indicación expresa de su formación y experiencia en el área de Resolución Alternativa de Conflictos. El Centro deberá remitir la documentación con base en la cual constató dicha formación y experiencia. En el caso de árbitros de derecho, se deberá presentar

fotocopia certificada del título de incorporación al Colegio de Abogados de Costa Rica, a efecto de verificar lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley [...].

Este artículo del Reglamento señala únicamente el requisito de los neutrales de tener formación y experiencia en el área de Resolución Alternativa de Conflictos, pero no establece la obligación de al menos tener una especialización o curso de determinada cantidad de horas en la materia a intervenir, o ser profesionales en Derecho debidamente incorporados, únicamente se dispone este requisito para los árbitros de derecho.

La falta de delimitación de un perfil exigido para los mediadores y conciliadores en el Reglamento y en la normativa que regula el RAC en general, así como la concesión de incorporaciones de neutrales sin exigírseles especialización académica o capacitación técnica jurídica en el fondo de la materia de intervención, para ostentar esta labor cuando medien asuntos jurídicos, podría significar un riesgo para la seguridad jurídica de las partes en el reparo de sus intereses, un proceso intervenido por un tercero desconocedor de las ciencias jurídicas, su interpretación y aplicación.

Por parte de las entidades administradoras de mecanismos alternos de solución de conflictos, tampoco se encuentra en sus reglamentos internos disposición alguna sobre la formación profesional académica o técnica en Derecho de los neutrales incorporados a dicho centro, los requisitos exigidos en los reglamentos de estas instituciones se refieren al código de ética del mediador, así como haber finalizado el curso de formación de mediadores.

Lo anterior encuentra sentido en que, si ni el Reglamento ni la DINARAC establecen esta obligación para la inscripción de neutrales dentro del registro que cada centro, mucho menos cada una de estas entidades limitará la incorporación de mediadores a su lista imponiendo un requisito que no está regulado por Ley ni por otra fuente del Derecho.

No obstante, a pesar de lo anterior es necesario que los mediadores y conciliadores, al igual que los árbitros en Derecho (como sí lo exige el Reglamento) tengan conocimiento básico del Derecho de fondo cuando intervengan en conciliaciones donde se disputen controversias de carácter jurídico o que produzcan efectos jurídicos, con el objetivo de asegurar y mantener la legalidad de los acuerdos, ya que, es imposible entender las implicaciones y alcances de las normas y principios del Derecho sin tener conocimiento básico sobre estos.

En este sentido, se espera del mediador el conocimiento en el contenido y disposiciones según la materia a tratar, pero no para resolver el conflicto porque no es su competencia, sino para vigilar que los principios y disposiciones normativas que regulan intereses de las partes no sean transgredidos en la negociación ni con el acuerdo y garantizar dicha seguridad. Es evidente la problemática presente en la legislación actual de Costa Rica, para mediaciones donde no se exige la formación académica o conocimiento técnico jurídico de los mediadores y conciliadores; o como mínimo la presencia obligatoria de un abogado asesor, como sí ocurre en la conciliación laboral donde se establece la intervención obligatoria de un abogado o representante sindical que asista al trabajador en las conciliaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o de un centro de Resolución Alternativa de Conflictos, velando por la seguridad de sus derechos, el cumplimiento de las garantías procesales mínimas, la justicia de calidad pronta y cumplida y el buen resultado del proceso.

En otro sentido, el Reglamento en el capítulo tercero establece la obligación de los centros, de respetar y cumplir con los principios, deberes y obligaciones establecidos en la Ley RAC, entre los cuales se puede mencionar la celeridad, confidencialidad, voluntariedad, economía y flexibilidad.

Del mismo modo en ese capítulo establece que toda la información sobre el centro y su funcionamiento será pública y de libre acceso para los interesados; también señala el deber de confidencialidad y responsabilidad en las actuaciones dentro un proceso RAC; las obligaciones de la institución y prohibiciones.

La Ley finaliza en el capítulo quinto donde establece algunas disposiciones finales como reformas y derogaciones al Código Procesal Civil, así como dos artículos transitorios.

Retomando la importancia de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social para finalizar su análisis, resulta considerable mencionar y reiterar que desde su promulgación hace más de 20 años, se ha intentado dar un impulso a nivel nacional en la implementación de los métodos RAC tanto dentro de los procesos judiciales como fuera de estos en casas de justicia o centros especializados.

Costa Rica como país democrático protector de derechos y garantías ha buscado el impulso y mejoramiento del acceso a la justicia y solución pacífica de controversias, planteando

alternativas eficientes, prontas y flexibles a través de procesos dinámicos que buscan no solo la solución de conflictos si no la promoción de la paz como premisa principal, además, del estímulo temprano de la cultura de paz y la prevención y lucha contra la violencia.

La Ley RAC tiene un espíritu que vino a promover la cultura de paz y el abordaje pacífico de los conflictos, lo que la Ley busca es contribuir en la sociedad, a través del acceso a una justicia pronta, cumplida, pacífica, satisfactoria y a la propia medida, necesidades e intereses de las partes y través del impulso y protección de la cultura de paz.

Sin embargo, las intenciones y la realidad son muy diferentes, hay algunas incongruencias en la misma Ley como la libertad para mediar del artículo 5 y la exigencia del cumplimiento de requisitos del acuerdo conciliatorio del artículo 12, pues un tercero no formado en mediación difícilmente los conocerá. También reconoce la importancia de la enseñanza sobre la paz en escuelas y colegios, pero lo deja como una facultad, no como una obligación donde se eduque sobre la cultura de paz para romper la cultura litigiosa que es mayor en el país.

Por otra parte, ni la Ley, ni el Reglamento, ni la DINARAC, disponen el deber de los neutrales de gozar no solo de la formación en mediación sino también en el fondo de la materia de intervención para garantizar la seguridad jurídica de las partes y del proceso, lo que es realmente una problemática pues podrían incurrir las partes en acuerdos nulos, ilegales e imposibles.

La Ley tiene buenas intenciones en el abordaje de conflictos, no obstante, sigue siendo la excepción y la regla la confrontación.

### **Sección III: Principios de la Resolución Alternativa de Conflictos en la consecución de los propósitos de la mediación**

Es necesario determinar en primera instancia qué son los principios en el Derecho, para analizar la importancia de los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos en el logro de las finalidades de la mediación.

Los principios son enunciados o elementos creativos, interpretativos e integrativos de la norma y constituyen una fuente no escrita del Derecho, de manera intrínseca y abstracta engloban las bases del ordenamiento jurídico, en otras palabras, dan contenido, estructura y forma a determinadas situaciones jurídicas que deban ser atendidas.

Los principios son entendidos como ideas fundamentales o preceptos lógicos, racionales y éticos, de los cuales dimanar normas y regulaciones legales, que, así como dan origen al Derecho influyen en su cambio y mutación conforme evoluciona la sociedad y aparecen nuevas necesidades sociales que se deben satisfacer.

Los principios [...] son fuentes del derecho; pero precisamente por su naturaleza, su función no se limita a suplir la insuficiencia de la ley o de la costumbre. Si constituyen la base del ordenamiento, nada más lógico que acudir a ellos en la labor de interpretar cada una de las normas que lo integran. Ellas indicarán en cada momento la fórmula interpretativa que se debe elegir. (CIJUL, (s.f.), p.2, en el Informe de investigación CIJUL, Tema El Principio de Justicia Pronta y Cumplida en el Derecho Comparado, citando a González 1985).

Las fuentes del Derecho son todos aquellos elementos que contribuyen a la creación, transformación y extinción de normas jurídicas. Las fuentes del Derecho existen desde los tiempos antiguos y se mantienen hoy debido a las variaciones que con el paso del tiempo se van dando en la justicia, leyes, costumbres y ordenamientos.

#### **Importancia**

Los principios son elementos fundamentales en la construcción jurídica de la sociedad y el ordenamiento jurídico como aquel grupo de normas jurídicas que regulan las relaciones

humanas en determinado tiempo y espacio y por ende gozan de importancia en el estudio del Derecho.

Unas de las razones que se puede señalar es que no sería posible la comprensión ni aplicación del Derecho sin la existencia de los principios puesto que estos son ideas y valores fundamentales que engloban las bases del ordenamiento jurídico, que dan razón de ser a las normas, pero, además dan la fórmula interpretativa para su debido entendimiento y aplicación.

Expresan el orden jurídico, esto quiere decir que dan estructura dentro de un sistema jurídico permitiendo organizar las disposiciones normativas escalonadas o jerarquizadas de un área específica del ordenamiento jurídico, para garantizar el debido funcionamiento y armonía en las relaciones colectivas.

Gracias a las 3 principales funciones que cumplen dan sentido a las normas a través de la creatividad que supone el deber del legislador de fundamentarse en los principios que pueden motivar la creación de una norma que refleje su propósito; también por medio de la interpretación donde el operador jurídico traduce en razonamientos y juicios críticos el análisis de la norma para su debida aplicación; y mediante la integración, cuando se considere que existe un vacío legal se puede recurrir a los principios para la debida regulación del caso.

Otro de los motivos de su importancia es que son preceptos para invocar frente a la opresión de algún derecho, cuando algún sujeto considere que arbitrariamente sus garantías han sido privadas o transgredidas, los principios son los elementos, valores y preceptos lógicos, racionales y éticos que como fuente del Derecho disponen las bases de la norma que regula el derecho que está siendo oprimido y en razón de lo anterior, pueden ser invocados ante tales situaciones.

## **Funciones**

A los principios se les ha asignado varias funciones con el objetivo de separarlos de la ley, ya que, para muchos son considerados sinónimos y vale mencionar que los principios y las normas no son similares ni mucho menos iguales por motivo de la falta del carácter vinculante de los principios, condición que sí tiene las normas al disponer una acción y su respectiva sanción,

en el caso de los principios estos son ideas, enunciados y preceptos que contienen un valor en el cual el legislador se fundamenta para la creación o interpretación de las normas.

Es en razón de lo anterior que se les ha clasificado según su ámbito de aplicación y efectividad y según la óptica desde la cual se aprovechen dependerá el significado o fundamento de la norma. Son 4 las funciones de los principios: creativa, interpretativa e integradora son las funciones principales, sin embargo, se encuentran también la función explicativa.

### **Función creativa.**

Desde esta perspectiva los principios motivan la creación de cuerpos normativos que reflejen sus propósitos, ideales y esencia. Desde la teoría naturalista esta función tiene mucho sentido pues el ordenamiento jurídico tendrá fundamento e inspiración en los principios fundamentales provenientes de la condición humana, no de la propia norma como supone la teoría positivista.

En consecuencia, los principios generales del Derecho como elementos propios y particulares de la naturaleza de los individuos cumplen una función fundamentadora por ser el impulso en la creación de normas.

### **Función interpretativa.**

Desde la óptica de esta función, los operadores jurídicos, deben interpretar no solo el ordenamiento jurídico para su debida aplicación, sino también los actos jurídicos analizándolos para el abordaje correspondiente, apoyándose en los principios y los valores lógicos, racionales y éticos que a estos los componen.

Por esto, el intérprete debe traducir y analizar razonable y atentamente según su competencia y conocimiento el principio que considere más adecuado conforme a las condiciones y naturaleza de cada ocasión.

### **Función integradora.**

En el caso de la función integradora de vacíos legales de los principios, estos constituyen los instrumentos o herramientas jurídicas a las que se recurre cuando no existe normativa que

regule algún caso concreto o la normativa existente es insuficiente, esto encuentra razón en la naturaleza constructiva y estructuradora de los principios al englobar las bases y fundamentos del ordenamiento jurídico.

Una laguna legal se da cuando el ordenamiento existente y vigente no alcanza para la regulación de alguna situación, área o materia concreta del Derecho, lo que impide el abordaje de determinadas situaciones jurídicas y hace necesario recurrir a herramientas sustitutivas para responder ante tal evento.

### **Función explicativa.**

Al contrario de las tres funciones anteriores, esta es una función menos amplia y que ha tenido menor desarrollo teórico en el Derecho, no obstante, cumple su propósito como herramienta para identificar situaciones jurídicas en su labor explicativa del Derecho desde dos ópticas. Primero dispone que los principios tienen la capacidad de englobar y contener gran cantidad de información en un enunciado simplificado; por otra parte, los principios facilitan la comprensión del Derecho más allá del concepto general del conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas y sociales, sino también como un grupo normativo ordenado y concreto que garantiza el debido funcionamiento y armonía de las relaciones colectivas.

Teniendo claro qué son los principios, su función e importancia, es posible estudiar los principios inmersos en la Resolución Alternativa de Conflictos y sus alcances concretamente en la mediación.

### **Principios de la Resolución Alternativa de Conflictos**

El fundamento de la Resolución Alternativa de Conflictos son los principios en los cuales se consolida y su importancia radica en que permiten determinar la constitución de cada uno de los métodos, pues son el eje en torno al cual giran convirtiéndose en una base sólida para el desarrollo del proceso y la consecución de acuerdos.

Los principios le dan estructura a cada uno de los métodos e instruyen el proceso y aunque no estén literalmente inmersos en alguna norma por su carácter de universalidad, su

esencia y naturaleza son recogidas en la legislación para darle contenido a la normativa de la materia donde encuentran fundamento.

El objetivo que persiguen los principios es facilitar el acceso a la justicia a través de la consignación de ideas fundamentales y preceptos éticos que consagran la regulación de determinada situación para la construcción jurídica de la sociedad y del ordenamiento jurídico, orientando la creación de los cuerpos legales donde se plasma su razón de ser.

Es importante que tanto el operador jurídico como los neutrals conozcan debidamente los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos para su debida interpretación y aplicación en los procesos en los que participan para no transgredir ninguna de las disposiciones de la materia.

Es primordial que el mediador conozca los principios aplicables, pues el entendimiento de los principios va más allá del sentido común, se requiere un estudio y capacitación para que los neutrals sepan para qué son y cómo emplearlos adecuadamente en la mediación

A pesar de que la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social no señala expresamente sus principios, estos se encuentran en doctrina y jurisprudencia.

A continuación, se exponen algunos de los principios que regulan la Resolución Alternativa de Conflictos y consideraciones jurisprudenciales y doctrinarias sobre estos.

### **Principio de voluntariedad.**

Este principio dispone que todas las partes tengan absoluta libertad de decidir si participan o no en un proceso alternativo de solución de conflictos, asegura a los intervenidos que no habrá ninguna situación coactiva que los obligue a someterse al proceso. Este principio se refleja en tres ocasiones: al decidir someterse al proceso, en el desarrollo del proceso y al alcanzar un acuerdo conciliatorio.

La mediación es un método autocompositivo donde son las mismas partes quienes llegan por sí mismas al acuerdo teniendo un papel muy activo en el proceso. Todas las fases de la mediación tienen lugar única y exclusivamente por su voluntad, desde decidir someterse a esta técnica, la elección del mediador, las reglas del proceso, hasta lo más importante que es el acuerdo, esto significa para los participantes que pueden retirarse del proceso en cualquier

momento si no desean continuar con el mismo y está de más recordar que tampoco están obligados a negociar.

Este principio encuentra razón en el principio de autonomía de la voluntad, el cual es la autodeterminación que tienen los particulares de realizar todas aquellas acciones y conductas que deseen, siempre y cuando no sean prohibidas por ley, entre estas decidir cómo resolver sus diferencias.

El principio de autonomía de la voluntad, o libertad contractual, consiste en el poder que la ley reconoce a los particulares para reglamentar por sí mismos (libremente y sin intervención de la ley) el contenido y modalidades de las obligaciones que se imponen contractualmente [...] (CIJUL, (s.f), p.3, en el Informe de investigación CIJUL, Tema las limitaciones a la autonomía de la voluntad).

La autodeterminación es la facultad que poseen las partes de tomar sus propias decisiones de conformidad con sus intereses, necesidades y aspiraciones; la importancia de que el tercero conozca este principio fundamental es que su rol es velar y garantizar el cumplimiento del mismo, procurando que ninguna de las partes acceda a suscribir un acuerdo bajo coacción o presión.

### **Principio de confidencialidad.**

Este principio cobija todos los procesos RAC en el tanto dispone que lo discutido y ventilado en el proceso está protegido por la privacidad y secreto profesional, el principio alcanza tanto al tercero como a los intervinientes bajo cualquier posición, e incluso al acuerdo, el cual también es privado. Esta es una de las principales diferencias comparado con el sistema judicial donde algunos procesos por esencia son transparentes y públicos.

Confidencialidad es el nombre que se ha dado al deber del mediador, de las partes y de cualquier otro participante en la audiencia (por ejemplo, los abogados) de no revelar todo aquello que ocurra durante la sesión. Este deber implica para el mediador la obligación de no comunicar a ninguna de las partes aquellas cosas que le son confiadas en las reuniones privadas previas o concomitantes que haya

podido sostener con cualquiera de los involucrados (claro está, a menos que éstos lo autoricen), y a no revelarlas a ninguna otra persona. (Rodríguez, 2011, p. 153).

La privacidad se protege con el fin generar un espacio de confianza para la negociación e incentivar en las partes una comunicación franca y abierta para generar un mayor acercamiento. Las audiencias son privadas y solo asisten los sujetos convocados, por lo que las partes, neutrales y cualquier otro interventor debe guardar silencio sobre lo discutido en los debates. En los casos de reuniones separadas entre el tercero y una de las partes, este no debe revelar a la otra parte la información evacuada en esas sesiones.

Este principio de confidencialidad protege toda la información aportada y ventilada por cualquier medio, por eso resulta tan importante que el mediador lo conozca como principio y como deber, algo que por más parezca sentido común sigue siendo necesaria una formación básica en estos aspectos para una mediación segura para todas las partes.

### **Principio de imparcialidad.**

La imparcialidad significa no tomar preferencia por ninguna de las partes, no actuar en beneficio o perjuicio de ninguno y mantener una posición ecuánime sin hacer suyo el conflicto ni las emociones de las partes. Este principio implica neutralidad por parte del tercero no solo al inicio del proceso, si no mantenerlo durante el desarrollo del mismo.

Corresponde al derecho que tienen las partes y el deber del intermediario de que este actúe sin designio favorable o pernicioso hacia alguna de ellas o hacia el objeto del proceso. El tercero debe proceder sin interferencias, actuando objetivamente y evitando opiniones o juicios personales para garantizar a las partes su neutralidad y confianza como orientador en el proceso.

Esta es la característica y requisito más importante en el perfil de un buen neutral, mantener una posición imparcial, objetiva e independiente en medio del problema sin tomar preferencias ni escrúpulos hacia ninguna de las partes, principalmente porque su trabajo no es solucionar la controversia, si no que las partes se involucren personal y emocionalmente con el conflicto y su solución en el caso de los métodos autocompositivos.

Por esto el neutral tiene el deber con las partes de inhibirse si considera que existe un conflicto de intereses que pueda parcializar su intervención, o cualquier circunstancia que ponga

en duda su imparcialidad e independencia. La imparcialidad es la actitud o el estado mental transparente del tercero frente a la controversia; la independencia se refleja en la relación entre este y las partes desde un plano subjetivo.

El derecho a ser juzgado por un juez natural, independiente e imparcial, forma parte esencial del debido proceso y constituye un requisito indispensable de un Estado democrático de derecho. La imparcialidad atiende a la ajenidad del juez frente a los intereses de las partes en la causa; la independencia, a su exterioridad al sistema político y, más en general, a todo sistema de poderes; la naturalidad, a que su designación y la determinación de sus competencias sean anteriores a la comisión del hecho sometido a juicio. Si bien se trata de aspectos diversos de la naturaleza imparcial del juez, se encuentran indisolublemente ligados y tienen una misma base normativa [...] (Sala Constitucional, N° 11100-2009 de las 12:37 horas del 10 de julio 2009).

### **Principio de información.**

Es un derecho que tienen las partes de ser puestas en conocimiento de la información expresa y precisa sobre el proceso al que deciden someter su conflicto, por disposición de la Ley RAC este deber de información es una de las obligaciones de los neutrales para con las partes.

Este principio está estrechamente ligado con los principios de voluntariedad y autodeterminación, en razón de que, si las partes tienen la posibilidad de acogerse a alguno de los métodos RAC y suscribir los acuerdos que consideren convenientes, se les debe garantizar el acceso a la información mínima, básica y necesaria sobre los alcances, consecuencias y efectos de dicho proceso, así como de los efectos del acuerdo, permitiéndoles tomar una decisión informada.

Se refiere a la necesidad de informar a las partes intervenidas en las diferentes etapas de cada proceso sobre sus derechos, deberes y las características, principalmente los principios básicos, además, de los alcances e implicaciones del acuerdo como el carácter de cosa juzgada, el deber de imparcialidad del tercero y la limitación a la disponibilidad de derechos transigibles.

El principal objetivo de este principio es que las partes conozcan todos los detalles del proceso para que ejerzan plenamente su autonomía de la voluntad, pero también para que se sientan cómodas y seguras de optar por un método alternativo que, al ser desconocido aún hoy, a los particulares les genera incertidumbre.

Este principio también aplica al derecho que tienen los particulares de acceso a la información de los centros dedicados a la prestación de servicios de mediación, conciliación, arbitraje, entre otros, con respecto al proceso, reglamentos, requisitos, honorarios, entre otros, lo que por disposición de la DINARAC es una obligación de las instituciones.

El derecho de información regula la disponibilidad de información sobre determinadas situaciones jurídicas y los alcances y restricciones de estas, así como los elementos accesorios que las acompañan, en cualquier forma de contratación o acto jurídico, para que los particulares se conduzcan bajo el ejercicio de su autonomía de la voluntad y el pleno conocimiento de las implicaciones de sus actos, consolidándose así una democracia participativa; por esto es necesario que el mediador entienda este principio, pues si ni él mismo conoce todas las implicaciones jurídicas de la mediación no podría hacérselas saber a las partes, pudiendo estas negociar o contraer obligaciones nulas o imposibles.

### **Principio de celeridad.**

Este principio garantiza una solución del conflicto rápida y apropiada, se busca la efectividad del principio en cuanto a los intereses, necesidades y derechos de las partes. El debido cumplimiento de este precepto es un atractivo a la hora de elegir un proceso RAC, donde se promueve el acceso a la justicia pronta y cumplida.

La celeridad obliga a las administraciones públicas a cumplir sus objetivos y fines de satisfacción de los intereses públicos, a través de los diversos mecanismos, de la forma más expedita, rápida y acertada posible para evitar retardos indebidos. Este principio le impone exigencias, responsabilidades y deberes permanentes a todos los entes públicos que no pueden declinar de forma transitoria o singular. (Sala Constitucional, N° 6335-2011 de las 10:38 horas del 17 de mayo 2011).

Es responsabilidad del neutral atender el proceso en el menor tiempo posible que permita las condiciones del conflicto y controlar el avance del mismo para asegurarse el debido cumplimiento de este principio y, además, cerciorarse que sean satisfechos los intereses de las partes a través de un proceso económico en tiempo, normativamente, pecuniariamente y emocionalmente.

Con respecto a la duración del proceso, este principio dispone que la controversia sea abordada y resuelta lo más pronto posible, sin embargo, esto dependerá de varios factores como la naturaleza del conflicto, las condiciones y complejidad del caso, las necesidades de las partes, sus posturas, actitudes, comportamientos, entre otros.

Es importante que los terceros presten atención a la conducta de las partes para asegurarse que están comprometidas y dispuestas a negociar, pues un comportamiento rígido, arrogante, antojadizo y ajeno a la comunicación, entorpecerá el proceso y será aún más difícil lograr un acuerdo cuando alguna de las partes toma una posición adversarial, no está dispuesta a ceder, prioriza el resultado sobre los intereses de todos los involucrados, es desconfiada por lo que rechaza cualquier posible solución que no le parezca, e incluso amenazante.

A pesar de que todos los procesos y todos los conflictos son diferentes, en general en la Resolución Alternativa de Conflictos se celebran pocas sesiones, la flexibilidad permite a las partes ponerse de acuerdo en cuanto a etapas y plazos procesales, la informalidad con respecto a trámites y documentación es poca, la oralidad que impulsa una comunicación más eficaz y el contacto directo con el tercero son factores que promueven la economía procesal.

### **Principio de oralidad.**

Este principio sostiene que en la Resolución Alternativa de Conflictos el procedimiento será expresado oralmente, sin embargo, no se debe excluir la escritura o la redacción de documentos del todo, pues este es un medio de manifestación por excelencia en cualquier proceso, por el contrario lo que el principio pretende es darle prioridad a la oralidad con el objetivo de mejorar la comunicación y negociación, así como promover la celeridad y flexibilidad procesal dispensando ciertos requisitos y formalidades excesivas de los procesos escritos.

En estos métodos en la mayoría de reuniones y sesiones celebradas predomina la oralidad, principalmente en los procesos autocompositivo donde se utiliza el diálogo y la comunicación como herramientas de negociación en la búsqueda de la solución del conflicto como objetivo principal, pero también se utiliza como un método de evacuación de emociones y posiciones que permita mejorar la relación entre las partes y consecuentemente evitar la reincidencia en el conflicto.

Nuestra consideración de la oralidad como un sistema, nos lleva a adoptar el concepto de sistema procesal de la oralidad, con el cual hacemos alusión a ese conjunto de ideas, caracteres y principios inseparables que le dan una conformación especial al procedimiento. Pero, de oralidad no solo se debe hablar como sistema procesal entendido como un todo. La oralidad puede estar presente en el procedimiento en una o en varias de sus fases o sólo en una de sus actuaciones, incluso puede manifestarse parcialmente, en una sola de sus perspectivas, es decir, como expresión verbal en el principio de intermediación, en el de concentración o en el de publicidad. (CIJUL, (s.f.), p.3, en el Informe de investigación CIJUL, Tema Oralidad).

En otro sentido, en algunos de los métodos RAC como la mediación, gracias a la oralidad las partes interactúan directamente con el mediador lo que permite al tercero ponerse en contacto con los mediados y conocer su estado emocional, comportamientos y conductas para identificar el compromiso y capacidad de negociación, felicitándosele determinar actuaciones viciadas y coactivas que faltan a la voluntariedad, piedra angular de los métodos RAC.

### **Principio de buena fe.**

Este principio tiene que ver con la honestidad y lealtad en las actuaciones de las partes, sus abogados o de cualquier otro interviniente en el proceso, por lo que se presume que si los particulares deciden asistir a uno de los métodos de la Resolución Alterna de Conflictos lo hacen de buena fe y con buenas intenciones, manteniendo una actitud colaborativa en búsqueda de alcanzar un acuerdo o como mínimo el deseo de intentarlo, no de malgastar el tiempo ni los recursos propios ni de la otra parte.

Con el principio de buena fe se busca que el proceso sea efectivamente un mecanismo para conseguir la justicia, evitando las posibles inmoralidades de que puedan servirse las partes en el ámbito procesal, para obtener una victoria a toda costa. Se trata, en buenas cuentas de restringir la actuación del litigante “malicioso” o de mala fe. La buena fe busca conseguir que triunfe siempre la verdad y que todos los que participan en una relación procesal ajusten sus actuaciones a las pautas éticas más elementales, reprobando la práctica de cualquier actuaciones que configure una utilización dolosa o fraudulenta del proceso. (Romero, 2001, pp. 169-170).

La buena fe es un principio general del Derecho aplicable en la Resolución Alternativa de Conflictos y lo enfunda una gran importancia en la doctrina, jurisprudencia y normas jurídicas para su adecuada aplicación en campo.

El neutral debe ser capaz de identificar la mala fe de cualquiera de las partes en las actuaciones dentro de los procesos para tomar las medidas correspondientes bajo su tarea como orientador y guía, pues si permite conductas arbitrarias y malintencionadas el proceso fracasaría o incluso podrían las partes suscribir un acuerdo conciliatorio viciado por la manipulación de una parte sobre la otra.

### **Principio de equidad.**

Se refiere a una forma justa de interpretación y aplicación del Derecho sin diferencia de tratamiento entre las partes otorgándoles igualdad de condiciones dentro de un proceso RAC, e incluso los judiciales. Este principio busca una justicia relativa basada en la ecuanimidad y respeto mutuo, de manera que todas las partes tengan igualdad de oportunidades.

Este principio conlleva un actuar imparcial en el reconocimiento de los derechos de los participantes, principalmente en la Resolución Alternativa de Conflictos en donde la versatilidad y flexibilidad que caracterizan este sistema permiten adaptar el proceso a las conveniencias de las partes, la garantía que se les debe a estas es que no haya diferenciación en su tratamiento beneficiando o dándole mejores condiciones a una que a la otra.

La jurisprudencia basada en este principio, establece que, no cualquier diferencia puede dar pie a un trato diferenciado, sino sólo aquella que sea de tal naturaleza que imponga la necesidad de dar un trato diferente pues, de lo contrario, se cometería una injusticia y se violaría el principio de equidad. Para que se justifique el trato desigual es necesario que exista un elemento diferencial que, argüido por la parte interesada, debe ser real y contar con una trascendencia jurídica de tal naturaleza o magnitud que haga razonable y justificable ese trato diverso. (Sala Constitucional, N° 12505-11 de las 15:12 horas del 14 de septiembre 2011).

Es obligación del tercero es vigilar el cumplimiento de este principio procurando asegurar los derechos inherentes de cada sujeto como parte del proceso, por eso también debe lograr alinear la balanza de las posiciones en que las que las partes llegan al proceso, para evitar desventajas, disminuir el impacto de las brechas culturales, impedir el desbalance de poder y la sumisión de una parte frente a la otra, garantizando la seguridad jurídica.

El neutral debe vigilar que tanto el proceso como el acuerdo cumplan con el principio de equidad, que sea justo para todos y que no transgreda ningún otro principio o norma. Igualmente, el principio debe respetarlo el tercero informando debidamente a las partes sobre el proceso, su trascendencia y efectos, para asegurarles así la igualdad de condiciones.

### **Principio de justicia pronta y cumplida.**

Este principio dispone que todas las personas gozan del derecho a obtener una tutela efectiva de sus intereses a través de la resolución de sus causas dentro de un plazo razonable y con el cumplimiento de las garantías mínimas, sin prohibición y con apego al ordenamiento jurídico.

Lo anterior se encuentra consagrado en el artículo 41 de la Constitución Política que señala: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes."

Este precepto constitucional abarca tres ópticas, en primer lugar el acceso a la justicia que es un derecho que permite hacer efectivos otros derechos o intereses que hayan sido

transgredidos; en segundo lugar la prontitud en el acceso a esa justicia y la debida atención y solución de conflictos de conformidad con el principio de celeridad que garantiza una solución expedita de la controversia; y en tercer lugar el cumplimiento de las garantías procesales como el debido proceso, equidad, derecho de defensa, entre otros.

En cuanto a la justicia pronta, es evidente que la duración excesiva y no justificada de los procesos implica una clara violación a ese principio, pues los reclamos y recursos puestos a conocimiento de la Administración de Justicia deben ser resueltos, por razones de seguridad jurídica, en plazos razonablemente cortos. Sin embargo, esto no significa la constitucionalización de un derecho a los plazos, sino el derecho de toda persona a que su causa sea resuelta en un plazo razonable, lo que ha de ser establecido casuísticamente, atendiendo a la complejidad del asunto, la conducta de los litigantes y las autoridades, las consecuencias para las partes de la demora, y las pautas y márgenes ordinarios del tipo de proceso de que se trata. (Sala Constitucional, N° 5873-1998 de las 10:03 del 14 de agosto 1998).

Los métodos que son parte de la Resolución Alternativa de Conflictos persiguen la observación de este principio a través de otros principios y elementos que la caracterizan como la flexibilidad, celeridad y equidad que hacen posible la solución rápida, ágil y eficaz de las controversias.

El mediador cumple un papel muy importante en el acceso a una justicia pronta, cumplida, pacífica, satisfactoria y a la propia medida, necesidades e intereses de las partes, por eso resulta tan necesario su conocimiento y familiarización con los principios. A manera de conclusión, se puede decir que a los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos se les atribuye una gran importancia en el mundo de las ciencias jurídicas pues determinan el fundamento de esta vía de solución de disputas y las pautas a seguir para una utilización apropiada, responsable y satisfactoria que permita alcanzar los fines de cada uno de los métodos que la integran, como mediación, conciliación, arbitraje, entre otros.

Son base del ordenamiento jurídico y persiguen el acceso a la justicia eficiente a través de garantías como la imparcialidad del neutral en la intervención en cualquiera de los métodos, la debida información que es un derecho de las partes y un deber del tercero con estas, la celeridad

en la solución de diferencias, la buena fe y probidad que se deben las partes, la equidad e igualdad de condiciones dentro del proceso para todos los involucrados, estas son algunas de las premisas de la Resolución Alternativa de Conflictos que se utilizan en búsqueda no solo del acceso a la justicia si no una justicia pronta y cumplida como ordena la Constitución Política.

Los principios son aliados en la interpretación, creación, integración y explicación de normas no solo de la Resolución Alternativa de Conflictos, si no de las normas procesales y sustantivas aplicadas y tomadas en consideración en la solución de conflictos, las cuales deben conocer y entender los terceros intervinientes en los procesos RAC para garantizar a las partes un proceso justo y eficiente.

Estos preceptos buscan una construcción jurídica de la sociedad a través de la Resolución Alternativa de Conflictos que es un mecanismo promotor de la paz social y lucha contra la violencia, fomentando el cumplimiento de la justicia y no la solución pacífica, real y posible de controversias, si no el acceso a oportunidades restaurativas de las desavenencias. Los principios facilitan la comprensión del Derecho y de la Resolución Alternativa de Conflictos para lograr una mayor efectividad y seguridad jurídica en la solución de disputas.

Este conocimiento del neutral en mediación, así como en la aplicación de los principios y en el fondo de la materia es necesario no solo en la aplicación de las disposiciones generales de la Ley 7727 que impulsa la cultura de paz y la práctica de los diferentes métodos, si no para garantizar a las partes la seguridad jurídica del proceso donde ventilan sus intereses y necesidades y el mediador debe asegurarse que esta no sea quebrantada.

### **Propósitos de la mediación**

El amplio conocimiento y entendimiento de las ciencias jurídicas en el estudio, interpretación e integración del ordenamiento jurídico, así como de los principios reguladores la Resolución Alternativa de Conflictos para su debida aplicación en la solución de controversias, es no solo importante si no necesario en el perfil del mediador para officiar, intervenir y conducir el proceso adecuadamente para la consecución de los objetivos de la mediación.

En el ejercicio de sus funciones es imprescindible que el neutral goce de competencia y habilidades no solo como mediador para mejorar la comunicación, destensar el ambiente e

incentivar confianza en las partes, sino también un conocimiento sustancial del fondo, contenido y disposiciones de la materia que va a intervenir, para garantizar un proceso seguro y confiable.

A continuación, algunos de los propósitos de la mediación que se pueden identificar a la luz de los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos.

Según la teoría del Método Harvard estudiada al inicio de la investigación, el objetivo de la mediación como método RAC es poner término a las disputas suscitadas entre las partes. El conflicto es una situación contradictoria entre dos o más sujetos con intereses contrapuestos que generalmente conlleva a un enfrentamiento; por lo tanto, el propósito de la mediación es que las partes con ayuda del tercero quien las guía y conduce a la negociación alcancen por sí mismas un acuerdo que concluya sus diferencias.

A través de la canalización de la comunicación, el estímulo de un ambiente seguro y agradable para la negociación, facilidad de interpretación, capacidad de escucha, aptitud para manejar emociones y suficiente espontaneidad, el mediador debidamente formado debe asistir a las partes acercándolas a una solución cabal y plena del conflicto en armonía con las reglas y disposiciones de la materia a tratar en la cual debe haberse formado de manera que se logre garantizar una mayor seguridad jurídica a las partes.

Por otra parte, el Método Transformativo sostiene que si bien es cierto la mediación pretende acabar con el enfrentamiento existente entre dos o más partes, el propósito no siempre es llegar a un acuerdo, pues este es una consecuencia directa del objetivo principal que es la satisfacción de los intereses de las partes cubriendo sus necesidades y obteniendo resultados dinámicos y eficientes.

En estos casos el conflicto es visto desde la perspectiva positiva que lo considera como una oportunidad de crecimiento, retroalimentación y aprendizaje, lo que significa que el Modelo Transformativo es la oportunidad idónea para aprovechar esta circunstancia.

El mediador en este modelo debe penetrar terapéuticamente a cada sujeto, tratando de buscar una mutación positiva de la situación que dio origen al conflicto, esta evolución es personal en cada parte y tiene lugar desde lo interno hacia lo externo, es decir, procura un cambio a nivel interno para así exteriorizarlo en un cambio en la relación con la contraparte. El neutral

asiste a las partes en este proceso de “metamorfosis” guiándolas paso a paso para que cada una individualmente pueda reconocer su responsabilidad en el surgimiento del conflicto.

Desde otra perspectiva el Modelo Circular-Narrativo se plantea como objetivo principal que las partes recuperen la comunicación, lo que eventualmente podría traer como consecuencia la solución de la disputa, sin embargo, este no es el eje central, al igual que ocurre en el Modelo Transformativo.

La premisa es lograr transformar las historias narradas por cada parte, con las que llegan a la mediación, por una historia alternativa consensuada que permita alcanzar un acuerdo. La importancia de las narraciones es conocer el significado que cada persona le atribuye a los hechos.

El mediador debe escuchar atentamente a las partes para identificar intereses y posiciones y ser capaz de transformar las narraciones en una historia modificada que permita ver la situación desde otra perspectiva para así mejorar la relación de las partes.

Sin embargo, lo anterior es solo desde la perspectiva de los modelos aplicables que se han perfeccionado según criterios profesionales en la materia; en términos generales la mediación persigue propósitos que gozan de gran interés para su utilización en el acceso a la justicia.

Entonces, es posible decir que la mediación tiene una doble estrategia en la solución de conflictos pues por un lado trabaja en el acercamiento entre las partes y por otra parte las separa del conflicto, se materializa de esta manera uno de los intereses de este método RAC, disminuir e incluso suprimir la distancia que han tomado las partes para que en conjunto trabajen en la negociación de sus intereses y pretensiones deviniendo de esto la toma de un acuerdo que consideren mutuamente satisfactorio.

Apuntar a la solución del problema sin erradicar el alejamiento entre las partes es imposible porque al inicio de la mayoría de procesos conciliatorios las partes están en posiciones confrontativas, antagónicas, a la defensiva, desconfiadas y poco comunicativas es por esto que la mediación trabaja por etapas para que gradualmente y con ayuda del mediador las partes vayan abriéndose a la negociación y a la posibilidad de lograr un acuerdo, de lo contrario sería infructuoso e incluso inalcanzable negociar.

Para lo anterior es necesario que el mediador promueva un espacio agradable de comunicación, donde las partes se sientan confiadas y capaces de exponer sus intereses y necesidades teniendo certeza que se escuchan mutuamente y que existe una participación empática entre ellas donde hay comprensión de posturas para un mejor análisis de la situación que conlleve a posibles soluciones.

Asimismo, otro de los propósitos de la mediación es cumplir una función dual, esto se traduce en que, además, de la composición del conflicto pretende mejorar los términos entre las partes en aquellas situaciones donde la naturaleza de la relación lo amerite, como ocurre en el caso de las relaciones familiares. Es así como la mediación alivia tensiones preexistentes y esboza una solución integral del conflicto, más allá de la negociación y suscripción de acuerdos, posibilita la evacuación de emociones y sensibilidades.

Es importante dejar claro que la mediación tiene un carácter contractual en la solución de conflictos y no terapéutico, sin embargo, como es un proceso en el que se busca el acercamiento entre las partes para que por sí mismas lleguen a una solución, es necesaria la evacuación de sentimientos y emociones, por lo que es posible abrir un espacio de diálogo donde las partes puedan expresar mutuamente sus emociones y liberar esas tensiones que son producto del mismo enfrentamiento, alcanzando un estado emocional y mental armónico y pacífico.

No obstante, este acontecimiento no sobreviene en todos los procesos conciliatorios, porque son situaciones propias de aquellos casos donde las partes precisan preservar su relación debido a la naturaleza y condiciones de la misma, la cual requiere de un mínimo sostenimiento y actuar de buena fe de las partes, que podría ser alcanzado a través de la mediación y del buen oficio del mediador.

El mediador y principalmente las partes en este espacio emocional tienen que tener presente el papel de las emociones en una mesa de negociación pues estas influyen en acciones, reacciones y actitudes que inevitablemente conducirán a determinaciones absurdas, por eso es vital reconocer y analizar tanto las emociones propias como las de la otra parte, para resolverlas y llegar a una solución saludable.

Para el manejo de emociones el neutral debe procurar incentivar el autoconocimiento, estimular a las partes a comunicarse asertivamente, enfrentar los problemas de manera positiva,

incrementar las relaciones interpersonales de manera pacífica y resolutive, determinar límites, motivar empatía, expresar emociones de manera respetuosa, evitar reacciones nocivas y entorpecedoras de la negociación.

Otro de los propósitos de la mediación es que este método busca construir un proceso que posibilite a las partes examinar a nivel interno sus verdaderos intereses y necesidades más allá de las posiciones; los participantes en la mesa de negociación son humanos por lo que naturalmente querrán que el otro ceda ante sus pretensiones, sin embargo, el objetivo es que ellos mismos comprendan y prioricen sus propios intereses sobre posiciones absurdas e injustificadas.

Es normal que las partes se dejen llevar por el deseo de mantener una posición poco flexible olvidando cuáles son sus principales intereses y necesidades, principalmente porque es la mentalidad que predomina en los juicios tradiciones y a lo que la mayoría está acostumbrada, sin embargo, esto no favorecería en nada la negociación, por el contrario, la entorpecería aumentando el antagonismo ya de por sí existente.

La mediación se propone incentivar una mentalidad socioafectiva que permita una transformación interpersonal donde las partes se abran camino al discernimiento comprendiendo las implicaciones del conflicto y reconociendo responsabilidades, incluso cuando no haya acuerdo. Este bienestar socioafectivo se motiva por la inclusión, igualdad, empatía y todas aquellas actitudes y comportamientos sociales necesarios para una convivencia pacífica y una sana interacción.

Por otra parte, uno de los principales y más importantes objetivos de la mediación como método de la Resolución Alternativa de Conflictos es que promueve la cultura de paz y prevención de la violencia, este es un método transformativo del conflicto a través de la práctica de valores, actitudes y conductas apartadas de la confrontación mediante técnicas de negociación, comunicación y cooperación.

La educación juega un papel importante en el fomento de la cultura de paz, por eso la enseñanza y concientización temprana sobre la paz y la lucha contra la violencia es necesaria y obligatoria trabajarla en escuelas y colegios para formar adultos capaces de abordar sus diferencias pacíficamente a partir de la tolerancia, el diálogo y negociación.

La mediación es una herramienta en el progreso de la cultura de paz, donde se trabaja en el desarrollo de las relaciones sociales y respeto de los derechos humanos, mediante el arreglo no adversarial ni confrontativo de controversias, por lo que el hecho de que la solución descansa en la voluntad de las partes, exige el diálogo, comprensión y escucha para que logren poner término al conflicto, que es la razón que las tiene ahí reunidas.

Debido a que el mediador desempeña un papel tan importante en el impulso de la cultura de paz, su debida formación en mediación y en el fondo de la materia a intervenir es importante para garantizar el cumplimiento de este propósito y de un proceso seguro y equitativo.

Por otra parte, la mediación tiene como finalidad incentivar un cambio en la sociedad y romper con la mentalidad de optar por soluciones adversariales y confrontativas ante la presencia de conflictos, producto de una cultura litigiosa que refleja la excesiva judicialización de las controversias y la escasa educación para una cultura de paz.

Aferrarse a estas ideas adversariales y confrontativas conlleva la consecuencia de ser parte de un proceso judicial costoso en tiempo y dinero, que incluso en algunas ocasiones por la naturaleza del conflicto podría agravarse y en algunos otros casos no llegar a nada, sometiéndose los involucrados a un desgaste emocional innecesario e infructuoso.

Por esto es no solo importante si no necesario crear una cultura de paz a la ciudadanía en general, particulares y operadores jurídicos, incentivándola y trabajándola desde el ámbito educativo a corta edad, mediante la prevención e intervención temprana de la violencia, inculcando la práctica de valores, actitudes y conductas seguidoras de la paz y la buena comunicación en la solución de conflictos.

Lograr un cambio de mentalidad con respecto a la cultura litigiosa que predomina en el país y la creencia de que es el único medio de solución de conflictos, significará para nuestro Poder Judicial una posible baja en el circulante judicial, mayor eficiencia de los tribunales, mejor atención y mayor satisfacción de los usuarios.

Esto conlleva a otro de los fines de la mediación y de la Resolución Alterna de Conflictos en general, que no es el objetivo principal, pero sí podría generar un impacto positivo en el descongestionamiento del poder judicial actualmente saturado por el flujo de causas litigiosas

pendientes y el puñado que se interponen diariamente, lo que la imagen y credibilidad del sistema.

La inseguridad jurídica y la propia desconfianza de la sociedad obedece a varios factores, entre lo que se puede mencionar: complejidad y excesivas formalidades procesales, falta de especialización de jueces y funcionarios judiciales, falta de recursos humanos y tecnológicos, poca disponibilidad de información a los usuarios y defectuosa atención a los procesos por la urgencia de resolver a la mayor brevedad posible.

En relación con lo anterior, se plantea otro de los objetivos de la mediación, incentivar y promover en general el uso de la Resolución Alternativa de Conflictos, cultivando en la sociedad la confianza en estos métodos a través de la presentación de las ventajas y beneficios de la negociación, conciliación, arbitraje, la propia mediación e incluso las formas menos conocidas como el mini juicio, evaluación temprana, jueces privados, entre otros; para gradualmente alcanzar un cambio de mentalidad en los particulares y profesionales en Derecho que les permita considerar otras opciones alternativas de acceso a la justicia.

La mediación como parte de la Resolución Alternativa de Conflictos se propone aumentar la confianza y popularización de esta metodología entre los usuarios, constatando las condiciones que le favorecen como la participación activa de las partes, la economía procesal, versatilidad y flexibilidad de los procesos, la posibilidad de elegir al tercero que asistirá a las partes, la premisa ganar-ganar, la búsqueda de una solución integral del conflicto, las oportunidades de acceso a la justicia, confidencialidad, efecto de cosa juzgada material, entre otros.

Se puede decir también que la mediación busca ser un medio informativo de la presencia de la Resolución Alternativa de Conflictos y los diferentes métodos que la constituyen, pues el desconocimiento de la existencia y utilidades de esta metodología es la principal barrera para obtener una mayor utilización, por esto a través de la mediación se pretende aumentar el empleo y preferencia del RAC sobre el sistema tradicional de justicia.

En el mismo sentido, los principios inmersos en la mediación y las características que gozan de gran atracción en comparación con los juicios los cuales carecen de algunas particularidades como la voluntariedad, consensualidad, informalidad y creatividad, generan un mayor grado de comodidad y satisfacción en los usuarios, permitiéndoles probar otras

alternativas que mejor se ajusten a sus necesidades e intereses según las condiciones y naturaleza del conflicto.

Por esto es importante que el mediador conozca no solo las disposiciones generales de la Resolución Alternativa de Conflictos y los principios de la materia, sino también el fondo de la rama de Derecho que va a intervenir, para ayudar a las partes en una negociación y acuerdo seguro.

En otro orden de ideas, retomando el tema del acceso a la justicia pronta y cumplida, es posible determinarlo como uno de los principales fines de la mediación. El acceso a la justicia es aquella posibilidad de solicitar y acceder a las protecciones y garantías de la justicia y asesoramiento legal sin denegación y en estricta conformidad con las leyes.

Este mandamiento se consagra en cuerpos normativos nacionales e internacionales como la Constitución Política en el artículo 41, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en los artículos 8 y 25 y en el artículo XVIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, los cuales disponen el deber de los Estados para con los particulares de garantizarles una justicia pronta, eficiente y cumplida.

El acceso a la justicia es un principio básico del estado de derecho. Sin acceso a la justicia, las personas no pueden hacer oír su voz, ejercer sus derechos, hacer frente a la discriminación o hacer que rindan cuentas los encargados de la adopción de decisiones. La Declaración de la Reunión de Alto Nivel sobre el Estado de Derecho hizo hincapié en el derecho a la igualdad de acceso a la justicia para todos, incluidos los miembros de grupos vulnerables, y reafirmó el compromiso de los Estados Miembros de adoptar todas las medidas necesarias para prestar servicios justos, transparentes, eficaces, no discriminatorios y responsables que promovieran el acceso a la justicia para todos, entre ellos la asistencia jurídica [...] (Organización de la Naciones Unidas, s.f)

Propiamente en este objetivo es sumamente importante la debida formación del mediador en la materia a tratar, pues este acceso a la justicia se consigue a través de la negociación entre las partes y para que haya mayores posibilidades de negociación se requiere un buen desempeño del mediador, además, de garantizar a las partes la seguridad de que la negociación y el acuerdo si lo hubiere se ajusta al Derecho y a las disposiciones de la Ley RAC.

Por otra parte, en lo que respecta al bienestar, la mediación tiene un objetivo muy claro, la satisfacción de todas las partes involucradas a través de la estrategia del ganar-ganar, la cual aborda la solución del conflicto de manera que todas las partes encuentren ventaja y provecho de uno u otro modo en forma equitativa.

Muy al contrario de las tácticas empleadas en los juicios tradicionales que buscan una parte vencedora y otra vencida a la cual culpar, sancionar y obligar a resarcir daños y perjuicios, la Resolución Alternativa de Conflictos se plantea el ganar-ganar como estrategia de negociación donde todas las partes consigan el cumplimiento de sus pretensiones dentro del rango de aquellas que consideran negociables y aquellas que no; generalmente esta premisa se da cuando hay objetivos en común.

Alcanzar el ganar-ganar requiere que las partes se abran camino al entendimiento y discernimiento para romper posturas rígidas, teniendo muy presente que para ganar tienen que dar, pues ese es el objetivo de las negociaciones, analizar objetivos en común y en contra para exponer a la otra parte propuestas y sugerencias de acuerdos que les resulte mutuamente satisfactorios.

Es en razón de esto, para obtener un ganar-ganar, las partes deben tener presente que ceder no es perder, en realidad podrían ganar más cediendo para trazar una solución que manteniéndose en conflicto llegando a un nivel de tensión que entorpezca grandemente la negociación.

En estos casos, conocer el tipo de negociador al que una parte se enfrenta es sumamente importante para tener un panorama general de la posible dirección que pueda tomar el proceso y de la preparación con la que debe contar para encontrarse con la otra parte.

La versatilidad de la mediación le permite adaptarse según diferentes contextos y para diferentes funciones. Esto significa que es un proceso flexible del cual las partes pueden obtener no solo la solución del conflicto, si no una solución integral donde también logren mejorar su relación y alcancen un acercamiento interpersonal reconstructivo.

Esta es una de las características más evaluadas en la mediación propiamente y en la Resolución Alternativa de Conflictos, pues rompe con los formalismos excesivos del sistema

judicial, fastidiosos, desgastantes y algunos innecesarios, de modo que los métodos RAC permiten adecuar el proceso para la conveniencia de las partes.

Esto conlleva a que las partes se sientan más cómodas durante el proceso y principalmente a la hora de negociar, pues ajustarlo a sus necesidades, condiciones e intereses favorece las posibilidades de llegar a un acuerdo. Consecuentemente, para las partes disfrutar de la facultad de moldear su propio proceso y encontrar su propia solución es una proeza en el incremento de la confianza de los particulares en la mediación y en la Resolución Alternativa de Conflictos.

Sin embargo, el mediador debe vigilar que esta libertad procesal de la mediación no viole ninguna de las garantías de las partes o las ponga en alguna posición de desventaja, situaciones que difícilmente puede asegurar sin una debida formación en los principios y en la materia.

En la misma línea del poder de composición se encuentra otro de los objetivos de la mediación y es que, en este proceso las partes son dueñas de sus problemas y de las propias soluciones del mismo, al contrario de los juicios tradicionales donde los abogados representan a las partes en la tramitación de las gestiones y están a la merced de la decisión impuesta de manera obligatoria por el juez.

En los métodos autocompositivos como la mediación, conciliación y negociación, el poder de la resolución del conflicto descansa en manos de las mismas partes según su voluntad, antagónicamente en los métodos heterocompositivos como el arbitraje y los juicios tradicionales el poder de decisión es delegado por las partes al tribunal arbitral o judicial respectivamente para que ponga término al conflicto y esa decisión es de acatamiento obligatorio, definitiva y vinculante una vez adquiere firmeza.

El hecho de que las partes gocen de la potestad para resolver el conflicto por sí mismas es la característica principal de este método y lo que marca la diferencia con los métodos heterocompositivos, por lo tanto, es la propiedad más valorada pues cumple el objetivo principal que se plantea la Resolución Alternativa de Conflictos, la negociación como herramienta principal para acabar con las diferencias y disconformidades.

Otra de las finalidades de la mediación es contribuir en la reducción de las probabilidades de incumplimiento de alguna de las partes al conseguir acuerdos sostenibles y duraderos, pues si

las mismas partes fueron quienes llegaron a ese acuerdo, lo hicieron conscientes y voluntariamente lo que a su vez conlleva a un mayor grado de satisfacción y de cumplimiento del mismo.

Por esto es tan importante una buena negociación donde prevalezca la comunicación como elemento principal, además, del diálogo, escucha, respeto y tolerancia que permitan establecer un ambiente cómodo y agradable que motive en las partes el deseo de negociar bajo los términos del ganar-ganar, la equidad y la buena fe que en consecuencia las lleve a alcanzar un acuerdo satisfactorio.

Se proyecta que los involucrados lleguen a una solución integral y provechosa a merced del principio de autonomía de la voluntad y de la autodeterminación que gozan para conducirse libremente de conformidad con sus intereses, necesidades y aspiraciones y dar por terminado el conflicto según las condiciones que consideren convenientes.

Finalmente, el último de los propósitos de la mediación es producir efecto de cosa juzgada material, de manera que el mismo proceso, entre las mismas partes, por la misma causa no podrá ser conocido en otro proceso RAC o en otro proceso judicial una vez las partes suscriban el convenio que disponga los términos negociados, propuestos y aprobados por ellas mismas.

El efecto de cosa juzgada material tiene una consecuencia negativa y excluyente que rechaza la posibilidad de un segundo proceso sobre los mismos temas, pero también tiene un efecto positivo que es la facultad de hacer efectiva esa decisión. Al respecto la jurisprudencia nacional se ha pronunciado de la siguiente manera.

Las sentencias revestidas de cosa juzgada material, como en el sublite, en relación a su eficacia presentan tres características: **inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad**. La **inimpugnabilidad** consiste en la inoperancia de recursos ordinarios o en la inadmisibilidad de juicios posteriores tendientes a resurgir las cuestiones ya decididas. Es **inmutable** porque deviene inmodificable. Es **coercible** pues podrá ser ejecutada forzosamente. En doctrina se destacan dos efectos derivados de la cosa juzgada: **a) efecto negativo**: las partes no pueden pretender revivir la misma discusión en un nuevo proceso de lo ya decidido y, **b) efecto positivo**: la parte cuyo derecho le sido declarado en la parte dispositiva de la

sentencia puede ejecutar ese fallo sin restricción, en la medida de lo resuelto y el juez no podrá negarse al cumplimiento de la misma. (Sala Primera, N° 22-1996 de las 10:00 horas del 23 de febrero 1996).

Este término proviene del latín “non bis in idem” que significa “no dos veces por lo mismo” y su finalidad es proteger a los involucrados de un nuevo juicio o un nuevo proceso RAC, así como de una nueva solución al conflicto, procurando garantizar a las partes la seguridad jurídica con respecto al conflicto que las envolvía y la solución que a este le dieron ellas mismas o un tercero; este efecto pretende también asegurar los derechos adquiridos a través de la negociación o laudo.

En relación con todo lo anterior es posible determinar que la mediación cumple un papel importante en la resolución de conflictos, sus aportes tanto para las partes como para la sociedad en general son realmente valiosos pues abre una oportunidad alterna de acceso a la justicia con algunas condiciones propias de su naturaleza como la equidad, versatilidad, confidencialidad, funcionalidad dual y la premisa ganar-ganar que dan la posibilidad a los usuarios de atender intereses y necesidades más allá de solo poner término al conflicto.

No obstante, para alcanzar una mediación exitosa que cumpla sus propósitos tanto las partes como el mediador deben tener claro los compromisos y pautas necesarias a los que no pueden faltar pues de estos depende el resultado de su negociación.

De las partes dependerá el resultado del proceso y la solución del conflicto, por esto algunas conductas esperadas entre ellas mismas para una mediación sana y sólida son la buena voluntad y predisposición de someterse al proceso, un buen comportamiento y respeto entre sí, participación activa en la propuesta de soluciones, expectativas razonables, escucha mutua, evitar posturas inflexibles, pago de honorarios, asistencia a las audiencias.

Asimismo, se encuentran también algunas otras actuaciones provechosas y valoradas entre las partes.

- Entablar una buena interacción
- Seguir las reglas procesales
- Veracidad en cuanto a la información compartida

- Mantener la confidencialidad de lo evacuado
- Atender sus propios intereses y necesidades y los de la otra parte
- No regatear pues la mediación es un proceso trabajado en conjunto para el alcance de la solución
- Pactar acuerdos posibles y reales
- No obligarse a lo imposible
- Mantener una actitud humilde pues la arrogancia genera desconfianza y tensión y estas a su vez entorpecen la negociación
- Cuidar el lenguaje corporal
- Buena fe

Por otra parte, en relación con las actuaciones del mediador en su rol de tercero imparcial a quien las partes exponen el conflicto para que las asista en la negociación, este se limita a mejorar la comunicación, destensar el ambiente e incentivar confianza; no debe nunca juzgar, tampoco imponer soluciones, ni obligar a conciliar, sancionar, o buscar un culpable, porque no es un juez, es un vehículo de asistencia a las partes para que el proceso les resulte más natural.

El mediador debe ser neutral, confidente, equitativo, estructurador, inteligente, empático, paciente, sensible, respetuoso, oyente, flexible y creativo, estas son algunas de las conductas y deberes del neutral que favorecen el depósito de confianza de las partes en él para que las guíe en el proceso.

En conclusión, los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos son elementos fundamentales que construyen los procesos, en este caso la mediación, razón por la cual es importante que el mediador los conozca, sepa para qué sirven y cómo utilizarlos, algo que por más intuitivo que resulte también requiere cierta capacitación en la materia, lo que se logra con una debida formación en mediación.

Del mismo modo, conocer los principios y las disposiciones de la Ley RAC es importante para alcanzar los fines de la mediación, especialmente el acceso a la justicia y promoción de la paz social, sin embargo, esto no lo es todo, también es necesario el conocimiento en el fondo, contenido, y regulaciones de las situaciones jurídicas a tratar para una mayor comprensión y abordaje del conflicto, pero principalmente para garantizar a las partes una asistencia segura que

conlleve a un acuerdo real, posible y legal el cual se ajuste a las disposiciones del ordenamiento jurídico y se respeten sus derechos.

Además, el conocimiento del mediador en el fondo de la materia a tratar es importante para que dé garantía a las partes de la seguridad jurídica con respecto a la publicidad, conocimiento y aplicación del Derecho para el reparo de sus intereses, pero no en la solución del conflicto porque esto no es competencia del mediador, si no en la vigilancia de la negociación y la consecución del acuerdo, en observancia de los principios y disposiciones normativas que regulan derechos y deberes de las partes.

No obstante, como se estudió en la segunda sección, no hay ninguna normativa que exija tal formación de los mediadores de especializarse en el fondo de la rama del Derecho a intervenir, sea mediante títulos, certificaciones, especialidades, maestrías, doctorados o mínimo determinada cantidad horas de capacitación en la materia, salvo Derecho laboral donde sí existe tal requisito, lo cual podría ser tomado como precedente para las demás materias.

La mediación cumple un propósito muy importante en la sociedad, facilitar el acceso a la justicia, una justicia real, posible y a la medida de las partes, por esta razón debería tener una mayor regulación la intervención de los terceros, pues es una figura de gran relevancia para el abordaje de conflictos.

## **CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO**

### **Enfoque de Investigación**

Por ser el enfoque de la investigación un proceso estricto sobre el método de investigación, en el presente proyecto se utilizará el enfoque cualitativo porque se abarcará de lo particular que es la mediación a lo general que son las disposiciones de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, así como los principios generales de la materia. Se evaluará la necesidad de especialización técnica-académica del mediador en Derecho a partir del desarrollo de la Resolución Alternativa de Conflictos y sus principios. Se explicará el fenómeno de la mediación en Costa Rica a través del análisis de resultados obtenidos en las entrevistas. No se construirá una hipótesis, por el contrario, se perfeccionará el análisis de estudio mediante la recolección de información a través de consultas a los expertos, para encontrar respuesta a la interrogante planteada.

### **Diseño de Investigación**

La teoría fundamentada como diseño de investigación busca desarrollar el objeto de estudio analizando significados de un fenómeno a través de la interacción social que ha tenido, por esta razón será el diseño a utilizar en esta investigación. A través de la recolección y análisis de datos, se plantea el objetivo de crear una teoría que demuestre la necesidad de la especialización técnica-académica del mediador en Derecho a la luz de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social y principios de la materia, por ser un tema poco abordado en Costa Rica.

### **Fuentes de Información**

Las fuentes de información de la indagación son instrumentos para obtener información que permita analizar el fenómeno de estudio, como participantes, muestras, objetos, entre otros. En esta investigación las fuentes serán expertos en la materia de estudio, de quienes se obtendrá información a través de entrevistas con preguntas semiestructuradas, para analizar la necesidad de la especialización técnica-académica del mediador en Derecho. Los entrevistados serán abogados expertos en Mediación y Resolución Alternativa de Conflictos:

Máster Laura Ávila Bolaños: Licenciada en Derecho, Máster en Derecho Empresarial. Especialista en Resolución Alternativa de Conflictos, con más de 22 años de experiencia ha facilitado más de 3000 conciliaciones. Se desempeñó seis años como coordinadora del área de conciliación de la Comisión Nacional del Consumidor. Fue directora de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos del Ministerio de Justicia y Paz (DINARAC). Ha impartido cursos de formación y certificación de mediadores/conciliadores desde 2007. Actualmente es mediadora y árbitro de Derecho en diferentes centros RAC del país; docente universitaria de RAC; consultora nacional e internacional sobre RAC mediante su firma LAB Consultoría S.A.P; y es directora del Centro de arbitraje y Mediación CAM del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

Máster Eduardo Garro: Licenciado en Derecho, Máster en Resolución de Conflictos y Mediación, 30 años de experiencia como neutral. 27 proyectos como responsable del diseño de sistemas de capacitación en sistemas no adversariales de abordaje de conflictos, en especial la mediación/conciliación y en el diseño de sistemas o centros profesionales de Resolución Alternativa de Conflictos, para instituciones públicas y privadas de varios países, lo mismo que para Organizaciones e Instituciones Internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, la USAID, diversos Órganos de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano, La Cooperación Canadiense y el Proyecto Eurosocietal. 43 proyectos como capacitador responsable de la formación de negociadores, coach de conflicto, gestores de conflicto y mediadores/conciliadores en material como lo comercial, organizacional, familia, laboral, penal, comunal, político, ambiental y los procesos de paz de varios países, para instituciones públicas y privadas de varios países, lo mismo que para Organizaciones e Instituciones Internacionales como el Banco Interamericano de Desarrollo, el Banco Mundial, la USAID, diversos Órganos de las Naciones Unidas y el Sistema Interamericano, La Cooperación Canadiense y el Proyecto Eurosocietal.

### **Instrumentos**

Los instrumentos son las herramientas utilizadas para obtener la información y recolectar datos de las fuentes de información seleccionadas, de modo que se alcance responder el problema de la investigación. En el presente caso se realizarán preguntas semiestructuradas mediante entrevistas a los expertos.

## **Unidades de Análisis**

Las unidades de análisis son la categorización de los temas de estudio según los objetivos planteados y que se relacionan con el objeto de investigación. En la presente investigación el enfoque es cualitativo por lo cual las unidades de análisis son el qué y porqué del tema de estudio.

Las unidades de análisis son derivadas de los objetivos específicos y encuentran contenido en el marco teórico y a partir de estas se formulan las preguntas para las entrevistas a los expertos para luego hacer el análisis de resultados a partir de la recopilación de dicha información y finalmente llegar a una conclusión.

Del primer objetivo se analizará la mediación y la figura del mediador como tercero imparcial en la aparente crisis del Poder Judicial.

La segunda unidad de análisis corresponde al segundo objetivo y son las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Finalmente, la tercera unidad de análisis según el tercer objetivo son los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos en la consecución de los propósitos de la mediación.

## **Procedimiento de Recolección y Análisis de Datos**

### **Procedimiento de Recolección de Datos**

El procedimiento de recolección de datos se aborda a partir del uso de los instrumentos (entrevistas) para obtener de los expertos la información necesaria para estudiar el problema de investigación y derivar a una conclusión.

El primer contacto con las fuentes de información se dio al inicio de la investigación cuando se les consultó a los expertos su disponibilidad para colaborar con la misma por ser las personas indicadas para tales efectos.

Los datos se recolectaron una vez finalizada la investigación teórica, en la semana del 17 al 21 de febrero, en las instalaciones del Centro de arbitraje y Mediación CAM del Colegio de

Abogados y Abogadas de Costa Rica, donde trabajan los expertos quienes están estrechamente relacionados con la mediación.

Los instrumentos son seis preguntas semiestructuradas que se aplicaron directamente en las entrevistas.

### **Procedimiento de Análisis de Datos**

El procedimiento de análisis de datos es cotejar la información obtenida de las entrevistas a los expertos con la información del marco teórico para estudiar la posición de los expertos con la teoría y derivar una conclusión por cada objetivo que permita responder la interrogante del planteamiento del problema que motivó la investigación.

### **Método de Análisis**

El método de análisis utilizado es el Método de Factorización propuesto por el señor Hernández Sampieri en su libro Métodos de Investigación, el cual consiste en derivar de los objetivos específicos las unidades de análisis que tienen contenido en el marco teórico y que se categorizaron para interpretar datos y responder la pregunta de investigación.

## **CAPÍTULO IV: ANÁLISIS DE RESULTADOS**

Se realizará en el presente capítulo un análisis e interpretación de resultados con base en la teoría expuesta en el Capítulo II: Marco Teórico y los instrumentos de recolección de datos de las fuentes de información seleccionadas, de modo que se alcancen los objetivos planteados en la investigación.

Las unidades de análisis se estudian según cada objetivo específico y se divide cada una en dos categorías según el contenido correspondiente.

En el presente caso se realizaron preguntas semiestructuradas mediante entrevistas a dos expertos, según el método cualitativo elegido para la investigación.

Se entrevistó a los Licenciados Laura Ávila Bolaños (Experto 1) y Eduardo Garro (Experto 2), quienes son expertos en la materia de estudio.

### **Primera Unidad de Análisis: Figura del Mediador en la Aparente Crisis que Atraviesa el Poder Judicial**

#### **Primera categoría. El mediador**

El mediador es en el proceso conciliatorio el tercero imparcial y neutral a quien las partes exponen el conflicto para que les asista facilitando el diálogo en la negociación donde intentarán encontrar una solución a su conflicto que sea completamente satisfactoria para ambos. El mediador no es un simple espectador, más bien es un oyente, formado para resaltar las alternativas que presenten las partes sobre la realidad de la controversia, de manera que logren alcanzar el acuerdo que les resulte más conveniente. El mediador procurará lograr los objetivos del proceso a través de estrategias y técnicas de negociación que generen una actitud empática, positiva, receptiva y colaborativa entre las partes.

El rol del mediador se limita a ayudar a los intermediados en la negociación, mejorar la comunicación, destensar el ambiente, incentivar confianza y analizar la propuesta de soluciones que se hagan las partes, es un vehículo de asistencia a las partes para que el proceso les resulte más natural.

#### **Descripción**

**Experto 1.**

El mediador es un tercero imparcial, es un facilitador de la comunicación. El mediador requiere de muchísimas habilidades y muchas destrezas para poder dirigir, facilitar un diálogo horizontal entre las partes atendiendo las necesidades emocionales de las partes, las necesidades prácticas o las necesidades reales de las partes y amalgamar un proceso de negociación entre las partes. El mediador no negocia a favor de ninguna de ellas, no está a favor de ninguna de ellas entonces tiene un deber de neutralidad altísimo y tiene que generar muchísima empatía. El rol del mediador es un malabarista de un montón de cosas, es una persona que tiene que formarse como mediador porque el ser mediador no es solamente poner a hablar a la gente, es asertividad, escuchar, establecer estrategias de comunicación, es identificar los intereses que hay por detrás de las posturas y las posiciones.

Es una persona que requiere muchas herramientas, algunas personas ya las tienen de una manera innata y las perfila, canaliza o dirige hacia el ejercicio de la facilitación del diálogo y otras las van adquiriendo. El perfil del mediador depende mucho del perfil del caso entonces hay personas que se les da muy bien casos con mucha carga emocional y son más empáticas para dirigir ese tipo de procesos y otros les cuesta lidiar con las manifestaciones emocionales de las personas entonces son más pragmáticos, depende mucho del perfil del mediador y del tipo de proceso que sea más fácil o les resulte más afín poder facilitar. (2020, comunicación personal).

**Experto 2.**

Eso depende del modelo que vaya a usar, hay al menos tres grandes modelos, uno es el modelo lineal o Modelo de Harvard, hay otro que es el Modelo Transformador o Transformativo y hay otro que se llama Modelo Narrativo o Circular Narrativo, además, de esos hay un montón más; entonces dependiendo del modelo que vayas a usar eso cambia. Aquí la mayor parte de los sistemas de entrenamiento usan como base el Modelo Harvard, en ese sentido la función del mediador tiene que ver con facilitar el proceso de diálogo y crear condiciones para que los protagonistas puedan encontrar acuerdos que le sean satisfactorios y que, además, estén dentro de la Ley; es básicamente como una función de asistir a la negociación de dos personas que se encuentran en situación de conflicto. (2020, comunicación personal).

## **Análisis.**

La importancia del rol que desempeña el mediador es un punto de congruencia absoluta entre los expertos en la materia y la teoría estudiada, pues su trabajo como intermediario es fundamental en el proceso de negociación. Se revalida de la recolección de datos el alcance de las actuaciones del mediador, quien tiene un deber y obligación de neutralidad e imparcialidad para con las partes, para a través de la facilitación del diálogo, creación de un ambiente agradable y estímulo de la confianza, generar un espacio de comunicación y escucha donde se evacuen las pretensiones, intereses y necesidades, empleando estrategias y técnicas de negociación para asistir debidamente a las partes según la naturaleza y condiciones del conflicto y que estas puedan encontrar por sí mismas los acuerdos que les sean satisfactorios dentro del marco de legalidad y del ordenamiento jurídico.

Del mismo modo, se desprende de las entrevistas y del estudio del perfil del mediador en el capítulo correspondiente, que este debe gozar de ciertas habilidades y destrezas para el buen ejercicio del trabajo confiado, tales como ser imparcial, equitativo, estructurador, paciente, respetuoso, oyente, creativo, inteligente y demostrar capacidad para manejar las emociones de las partes.

La figura del mediador juega un papel sumamente importante en una mediación, pues su trabajo es facilitar y canalizar la comunicación entre las partes, para que estas a través del diálogo intercambien intereses y puntos de vista para negociar un acuerdo que ponga término a sus diferencias. Por lo tanto, la intervención del mediador en el acercamiento de las partes y manejo de las emociones y posiciones es fundamental para lograr en estas una actitud colaborativa y receptiva, que las dirija a la negociación.

## **Segunda categoría. Aparente Crisis del Poder Judicial**

A pesar de que el Poder Judicial ha sido considerado como uno de los más sólidos de Latinoamérica, gracias a los esfuerzos para el desarrollo y actualización, además, de la gran cobertura territorial, la entrada de casos ha sido imparable y esto aparentemente lo ha vuelto lento y sobrecargado. Por otra parte, la cultura litigiosa y la escasa educación en la cultura de paz, han sido importantes factores en la saturación de los tribunales y por consiguiente la insatisfacción de los usuarios.

Por esto es no solo importante si no necesario incentivar una cultura de paz en la ciudadanía en general, trabajándola desde el ámbito educativo en escuelas y colegios, mediante la prevención e intervención temprana de la violencia e inculcando una cultura de paz.

Lograr un cambio de mentalidad con respecto a la cultura litigiosa y la creencia de que es el único medio de solución de conflictos, significará para nuestro Poder Judicial un ligero desahogo en el circulante judicial, mayor eficiencia de los tribunales, mejor atención y mayor satisfacción de los usuarios.

La Resolución Alternativa de Conflictos no pretende sustituir el sistema tradicional de justicia, al contrario, procura integrarse y complementarse. Si una de las consecuencias de la democracia es el acceso a la justicia pronta y cumplida, los métodos RAC deben ser vistos como aliados en la impartición de justicia y no como un reemplazo del sistema público de justicia ni un obstáculo a los esfuerzos por mejorarlo.

## **Descripción**

### **Experto 1.**

La mediación contribuye a justicia pronta, cumplida, pacífica, satisfactoria, justicia humana, justicia a la medida, justicia más social que podría contribuir a desahogar el Poder Judicial. Primero, la mediación es un aliado a la justicia, a la gente, más que una forma de desahogar tribunales, porque la Resolución Alternativa de Conflictos y la mediación es mucho más que desahogar un tribunal, significa una educación para la paz, una cultura de paz, significa una capacidad de diálogo, de diálogo social, diálogo comunal, entonces más que desahogar es una excelente herramienta de educación. No necesariamente veo la mediación como una forma de desahogar tribunales porque parece una forma muy sencilla de verla, la mediación tiene una vocación de educación, más allá de un efecto. (2020, comunicación personal).

### **Experto 2.**

Contribuir parece una palabra útil, lo primero que hay que entender es que la Resolución Alternativa de Conflictos sigue siendo una excepción a la regla, así está establecido en nuestros códigos, antes de la reforma al Código Procesal Civil se le llamaba formas anormales de terminación del proceso y con la reforma al Código Procesal ahora se le llaman formas

extraordinarias de terminación del proceso, en ambos casos estamos hablando de la excepción a la regla, entonces si tienes un mecanismo que aunque sea útil es excepcional frente a otro, la posibilidad de que contribuya significativamente en el descongestionamiento de los tribunales no es muy fuerte. Ahora dicho esto, sí ha habido alguna contribución en descongestionar los tribunales especialmente en materias clave como materia penal que la mayor cantidad de casos que entran a la Corte van en esa línea, entonces por ahí sí puede contribuir de manera moderada. (2020, comunicación personal).

### **Análisis.**

Se desprende del análisis de la teoría y de los datos recolectados que verdaderamente la mediación es una forma efectiva de acceso a la justicia y se dice que justicia humana y a la medida por el hecho de que descansa en las partes el poder de decisión y el alcance de la solución al conflicto que les resulte mayormente satisfactoria a sus intereses y necesidades. Sin embargo, la función principal de la mediación queda claro, no es descongestionar los tribunales, al contrario, es ser una herramienta aliada en la impartición de justicia que conlleva como una consecuencia positiva cierto desahogo en el circulante del Poder Judicial.

Del mismo modo, es posible inferir que al ser tanto la mediación y la Resolución Alternativa de Conflictos una excepción a la regla, su contribución para el descongestionamiento es considerada baja, pues no es el abordaje de solución de conflictos predominante en la cultura social, por más útil y efectiva que resulte su utilización.

Hay coherencia en que, para que haya mediación se requiere de los participantes y de la sociedad una cultura de paz, diálogo, empatía, comunicación, buena fe y principalmente un cambio de mentalidad con respecto a la cultura litigiosa y la creencia de que es el único medio de solución de conflictos; no obstante el problema radica en la escasa educación para una cultura de paz y prevención de la violencia que se promueve desde la formación en primaria y secundaria donde se inculcan valores, culturas, conocimientos, actitudes y conductas pacíficas en los niños y adolescentes.

## **Segunda Unidad de Análisis: Preceptos Generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social**

### **Primera categoría. Disposiciones generales**

A partir de una cultura de paz y con el propósito de transformar el conflicto resolviéndolo de la forma más serena posible es que se abre camino la Resolución Alternativa de Conflictos y la mediación propiamente como medio de solución de controversias sin confrontación litigiosa, a través de técnicas de negociación y comunicación, donde las partes alcanzan por sí mismas la solución.

El artículo 1, de la Ley 7727, también conocida como ley RAC, introduce uno de los objetivos más importantes, fomentar la cultura de paz. Lejos de la confrontación se persiguen soluciones amigables, reales y posibles. La construcción de la paz se da internamente, a nivel de relaciones intrapersonales, para así poder exteriorizarlo a nivel de relaciones interpersonales.

La educación juega un papel importante en la enseñanza de la cultura de paz, por eso se impulsan programas de formación de paz y respeto a los derechos humanos desde las escuelas y colegios. La enseñanza temprana sobre la paz y la lucha contra la violencia, es un elemento necesario y obligatorio trabajar desde temprana edad para inculcar valores y conductas que permitan a los niños y adolescentes asumir un abordaje pacífico de los conflictos.

La Ley 7727, busca crear una cultura que abra espacios de trabajo en la prevención de conflictos y violencia a través de la promoción y estímulo en el uso de los métodos autocompositivos, para que sean las mismas partes quienes mediante la negociación arreglen sus diferencias sin acudir a la confrontación litigiosa.

### **Descripción**

#### **Experto 1.**

Fomenta, pero no en el potencial que podría tenerlo y el potencial que podría tener está en el artículo primero de la Ley RAC que dice que toda persona tiene derecho a una educación para la paz y que las escuelas y colegios tienen el deber de hacerles comprender a sus alumnos la naturaleza y las exigencias de una construcción permanente de la paz, pero seguimos teniendo

escuelas que sancionan, escuelas que hacen boletas, procesos disciplinarios y seguimos sin fomentar espacios de diálogo.

Es una excelente herramienta para una cultura de paz, pero que le falta músculo porque en el mismo artículo primero de la Ley, cuando era proyecto de Ley decía que el Ministerio de Educación “deberá” incluir en los programas educativos oficiales herramientas que tiendan al diálogo, la negociación, mediación y demás y ese fue el proyecto de Ley, pero cuando salió la Ley decía que el Consejo Superior de Educación “procurará” incluir. Este cambio de verbo es de un deber a procurar o intentar, pero no es una política pública, queda como un saludo a la bandera, no es una política integral, no es una transversalidad, ya no es una acción contundente, es un esfuerzo aislado, por eso vemos escuelas que algunas procuran, otras ni lo intenta, otras lo desconocen.

Después vino en el 2014 una ley, que son dos artículos, habla de que la paz es un derecho y como tal se debe de enseñar como derecho humano, por ahí cambió un poco el verbo de procurar a deber, pero es una ley que ha pasado desapercibida y mientras tanto se sigue con muchos esfuerzos, pero no de forma conjunta y articulada. Hay esfuerzos en el Poder Judicial, casas de justicia, escuelas, programas del Ministerio, pero no hay política pública. Entonces sí fomenta y promueve la cultura de paz, pero ahorita son esfuerzos individuales, nada articulado y podría ser mejor si hubiera una norma, política transversal, política pública que se habla en todos los países y hacer algo más ordenado, estructurado, con etapas, evolución, diferentes actores. Hay muchos esfuerzos pero, todos bastante dispersos. (2020, comunicación personal).

## **Experto 2.**

Mientras que la mayor parte de nosotros pensemos en la competencia como la estructura principal para abordar los conflictos, mientras que se trate de un asunto de ver quién tiene la verdad o la razón o la fuerza, que es lo que sucede en la mayor parte de las relaciones sociales (este no es un asunto solo de Derecho). La Resolución Alternativa de Conflictos en su parte no adversarial, excluyendo al arbitraje, puede ayudar a modificar en algunos casos el patrón de competencia por un patrón de colaboración, lo que sucede es que mientras que no sea la regla, mientras que la mayor parte de nosotros no tienda a colaborar, no van a haber cambios significativos, entonces pienso que estamos en una etapa del proceso en la que lo que estamos

tratando de hacer es instalar en las estructuras sociales estos mecanismos y tratar de promoverlos a través de las relaciones interpersonales para ver si en algún momento surten ese efecto, pero en el corto y mediano plazo pienso que van a seguir dominando mecanismos competitivos cuya representación más obvia es el litigio. (2020, comunicación personal).

### **Análisis.**

Para esta categoría el análisis que se obtiene de la línea de pensamiento que siguen ambos expertos es que, hoy en la sociedad predomina una cultura confrontativa y así seguirá mientras la cultura de paz no sea un patrón en las conductas humanas y no se impulse debidamente. Actualmente no se trabaja la educación para la paz desde escuelas, colegios e incluso universidades, hace falta un compromiso real por parte de la sociedad en general en barrios y comunidades, así como del Consejo Superior de Educación, ya que, no hay una verdadera atención de lo dispuesto en el artículo primero de la Ley RAC, el cual por un lado garantiza el derecho de toda persona a una adecuada educación sobre la paz, y por otra parte impone el deber a escuelas y colegios de instruir a los alumnos la importancia de la cultura de paz.

Es posible observar de los datos obtenidos que ciertamente la debida enseñanza de la cultura de paz rompería la actitud confrontativa en el abordaje de conflictos, pues la mediación es paz, diálogo, comunicación, colaboración y permite a las partes transformarse a sí mismas y transformar el conflicto resolviéndolo a través de una composición amigable y pacífica y no por medio de la competición.

Sin embargo, a falta de un compromiso real y de mejores proyectos por parte del Estado que convengan las necesidades de la sociedad, los esfuerzos por promover la cultura de paz son trabajados a nivel individual procurando a largo plazo convertirlos en costumbres, reglas, generalidades, no obstante, de momento hay un largo camino por recorrer.

### **Segunda categoría. Ley 7727**

Las relaciones jurídicas han variado, esto ha demandado en los últimos años nuevas formas de regulación y abordaje de conflictos por parte del Estado, a través de reformas a las normas existentes o creación de nuevos marcos jurídicos que permitan hacer frente a las realidades sociales contemporáneas.

En razón de lo anterior y con el objetivo de contribuir a mejorar y desarrollar el acceso a la justicia, nuestro país promulgó en 1997 un cuerpo normativo que regula la Resolución Alternativa de Conflictos como medio de solución de controversias. La Ley se compone de cinco capítulos: disposiciones generales, la conciliación y mediación, el arbitraje, la administración de mediación, conciliación y arbitraje institucionales, y disposiciones finales.

## **Descripción**

### **Experto 1.**

Parece haber dos momentos de la Ley, dos espíritus, uno era un espíritu más de promover el diálogo y el otro más de regularizar, estructurar y darle muchísima fuerza a lo que era la mediación, pero son dos enfoques distintos. Vemos acuerdos de conciliación con valor de sentencia llevados a cabo por un mediador que desconoce del fondo o que es ilegal porque no sabe que era ilegal, ya que, el artículo 5 no exige que sea abogado, entonces nos damos cuenta de que hay dos cosas distintas. Entonces la Ley siempre ha sido muy bien intencionada sin embargo, podría ser remozada, la comisión RAC del Colegio de Abogados cree que el artículo 5 podría ser eliminado y que no cualquiera pueda ser mediador.

Creemos en la profesionalización de la mediación en cuanto a que el mediador sea un profesional en mediación, que se vayan profundizando y especializando, así como hay especialistas en medicina en diferentes ramas, ahí es donde se han ido complementando las falencias o carencias de esta Ley. Se han ido fortaleciendo con otras, como en el tema laboral donde con la reforma procesal el tema de la conciliación es un principio rector en material laboral y como ahora se pueden acudir a diferentes instancias para resolver los conflictos extrajudicialmente o mediante conciliación en centros o en el Ministerio de Trabajo.

Lo que sí es que vino el reglamento a decir que los mediadores laboristas tienen que tener conocimiento en derecho laboral, ya no es cualquiera, ni cualquier mediador, si no que el mediador, además, tiene que tener alguna formación especial, maestría, especialidad, postgrado, o al menos dice el reglamento de la DAL 80 horas en Derecho laboral, esto es un conocimiento técnico de la materia sustantiva ya no solo es mediador, tiene que saber de eso. A eso hablamos de profesionalizar, que la persona que se va a dedicar a esa área de la mediación o a varias, que haya un proceso más profundo de conocimiento técnico cuando hay derechos.

Mucho de lo que la Ley no ha cambiado en 20 años las leyes especiales según la materia lo vienen regulando, lo que pasa es que esto se presta para que se hagan muchos tipos de mediaciones o que de alguna manera se fragmente en familia, laboral, etc.

Entonces si hablamos de una Ley especial marco, que la pudiéramos remozar, que sí lo requiere, que la haga marco, pero que sienta bases como la profesionalización del mediador, profundizar mucho más en el acuerdo de mediación, deberes para las partes que no hay, hay deberes éticos del mediador, pero no hay sanciones, entonces le ha tocado a los reglamentos de los centros tener que regular cosas que no están en la Ley, cuidando otros temas que vienen del quehacer de la mediación, la parte ética que el artículo 13 queda cortísimo, como la educación permanente, como aquí en el centro se pide que todos los años el neutral demuestre que se ha capacitado el año anterior al menos 30 horas en temas de mediación o de su especialidad. (2020, comunicación personal).

### **Experto 2.**

La Ley RAC es una ley muy flexible yo diría que más bien los tres intentos que se han hecho de reformarla han ido en la línea de detallar algunos vacíos que tenga la Ley. Ahora como que la Ley obstaculice el desarrollo, no lo vería así, me parece que lo que puede estar obstaculizando un poco más que el desarrollo es la interpretación de alguno de los artículos de la Ley, por ejemplo, cuando la Ley salió entendíamos que la práctica ad hoc o la práctica individual de la mediación era totalmente permisible mientras que el acuerdo de mediación no violara el artículo 2 que establece qué cosas son mediables y siguiera el artículo 12 que establece los requisitos formales del acuerdo de mediación, esos acuerdos iban a tener el valor del artículo 9 que es el que habla del carácter de cosa juzgada material en las materias que corresponde y debe entenderse formal en las materias que no hay opción de que sea material.

De unos diez años hacia acá, hay una interpretación de que solo los acuerdos que salen de un centro autorizado por la DINARAC tienen valor y a mi manera de ver esa interpretación no tiene base en lo que está en la Ley (eso es una interpretación que salió por buenas razones porque había gente que había falsificado acuerdos, falsificado firmas, me parece que se estaba buscando una manera de darle más garantía a los acuerdos que llegaban incumplidos para ser ejecutados en la Corte), pero eso creó que el problema de que por ejemplo si en Nicoya no hay ningún centro

autorizado, pero hay abogados y abogadas, hay psicólogos y psicólogas, trabajadores sociales, que podrían hacer mediación resulta que no lo pueden hacer porque la interpretación que anda dando vueltas por ahí es que eso acuerdos son nulos y a mí me parece que eso sí es dañino, me parece que es una de las cosas que obstaculizan más la utilización de la mediación.

La otra que tal vez sí puede tener que ver con la Ley, tiene que ver con que la regulación que tiene la Ley 7727 funciona mejor para el sector privado, funciona mejor en aplicación del principio de autonomía de la voluntad entonces las instituciones del Estado que operan con base en el derecho público han encontrado dificultades importantes para abordar la mediación sin violar el principio de legalidad.

Entonces tal vez una de las modificaciones que sí hay que hacer tiene que ir en la línea de la utilización de los mecanismos en materia de derecho público; en materia de derecho privado está lo suficientemente flexible como para que pueda tener una aplicación amplia y ahí lo que hace falta es más gente capacitada, una mayor claridad o mayor impulso en el desarrollo de centros. (2020, comunicación personal).

### **Análisis.**

De los datos recopilados se analiza que ambos profesionales identifican que efectivamente existen deficiencias en la Ley RAC; sin embargo, el experto 1 considera que las falencias son en la práctica de la mediación y el experto 2 en la interpretación de la Ley.

En cuanto a las deficiencias en la práctica de la mediación, el experto 1 señala que el artículo 5 dispone que la mediación podrá ser libremente practicada por los particulares aunque no gocen de conocimiento en el área a intervenir ni formación en mediación propiamente; sin embargo, en los artículos 9, 12 y 17 la Ley regula los efectos de cosa juzgada, los requisitos del acuerdo y la responsabilidad del mediador, respectivamente, situaciones que provocan una incongruencia en el espíritu de la Ley, pues por una parte persigue la mediación como una práctica liberal y por otra parte exige un mínimo conocimiento en la materia que garantice formalidades y responsabilidades como la cosa juzgada y responsabilidades para el neutral.

Otra insuficiencia que reconoce es que la Ley quedó corta en cuanto a visión pues no establece deberes y obligaciones para las partes quienes se deben entre sí respeto, lealtad procesal

y predisposición; así como la integración de sanciones con respecto a faltas éticas del mediador y los pocos deberes del neutral enumerados en el artículo 13.

Estas situaciones conllevan al experto a considerar que se requiere propiamente una “profesionalización de la mediación” a través de la una reforma a la Ley RAC o una nueva Ley que establezca el deber del mediador de comprobar no solo su formación en mediación si no su conocimiento en el área del Derecho a intervenir mediante títulos o capacitaciones como ocurre actualmente en conciliaciones laborales.

Por su parte, el experto 2 considera que a pesar de que la Ley RAC es muy flexible, las falencias se encuentran en su interpretación, propiamente en las mediaciones ad hoc, pues señala que algunos han entendido que solo los acuerdos provenientes de mediaciones institucionales son válidos, dejando de lado la utilización de la mediación ad hoc, situación que no encuentra congruencia con el espíritu de paz social y los principios de autonomía de la voluntad y acceso a la justicia.

Por otra parte, considera que también existen debilidades pues es una Ley orientada al Derecho Privado, dificultando las conciliaciones en Derecho Público en razón del principio de legalidad, ya que, de conformidad con la Ley General de la Administración Pública las negociaciones serán avaladas y firmada por el ministro del ramo y el presidente de la República lo que significa un trámite más formal y menos funcional para el sometimiento de conflictos potencialmente negociables a conciliación.

### **Tercera Unidad de Análisis: Principios de la Resolución Alterna de Conflictos en la Consecución de los Propósitos de la Mediación**

#### **Primera categoría. Principios RAC**

El fundamento de la Resolución Alterna de Conflictos son los principios en los cuales se consolida y su importancia radica en que permiten determinar la constitución de cada uno de los métodos, pues son el eje en torno al cual giran, convirtiéndose en una base sólida para el desarrollo del proceso y la consecución de acuerdos.

Los principios le dan estructura a cada uno de los métodos, instruyen el proceso y persiguen el objetivo de facilitar el acceso a la justicia a través de la consignación de ideas

fundamentales que consagran la regulación de determinada situación para la construcción jurídica de la sociedad y del ordenamiento jurídico.

Los principios son necesarios para la creación, interpretación, integración y explicación del Derecho y en la figura jurídica de la Resolución Alternativa de Conflictos la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, información, celeridad, oralidad, buena fe, equidad, justicia pronta y cumplida, son elementos fundamentales que orientan los procesos para garantizar su propósito en la solución integral de conflictos a través de técnicas de negociación y comunicación.

## **Descripción**

### **Experto 1.**

Sí, creo que tiene que tener formación y bases para mediar, cada mediación es única, distinta, particular, diferente a las demás, se trabaja con material humano, son experiencias muy vivas, esto exige a los mediadores estar súper atentos al cien por ciento, exige dar el cien por ciento. Entonces sí se requiere, la mediación es una cajita de herramientas, no sabes cuál tienes que usar, pero tienes que llegar con la cajita de herramientas y saber cómo se usa, para qué se usan y eso es especialización.

Saber mediar requiere formación, no es algo tan intuitivo, sí creo que requiere ser formado en mediación, sí necesita especializarse en otras cosas, por ejemplo, el tema de inteligencia emocional aplicada, la neurociencia aplica en mediación, el manejo emocional porque el componente emocional es a veces más importante en las mediaciones que el conflicto o el derecho.

Sí requiere una formación especializada y dependiendo de la materia también requiere un ejercicio adicional de capacitación especializada en el tema, puede ser de Derecho o no y ahí hay que hacer una diferencia, un mediador abogado está bien, pero igual puede ser un mediador psicólogo. Para eso existen otras formas de mediación; la co-mediación se usa mucho en materias específicas, en la co-mediación hay un mediador que, aunque no resuelve, entiende el lenguaje de lo que está ocurriendo en mesa y otro que tenga que ver con la legalidad. (2020, comunicación personal).

**Experto 2.**

Depende de la materia que vayan a intervenir, una de las cosas que nosotros quisimos aportar a través de la Ley fue la posibilidad de que si se trata de un conflicto que no es de Derecho y hay un conflicto entre vecinos en el barrio, el líder de la comunidad con esa posición natural de liderazgo formal pueda usarse para mediar efectivamente, entonces en esos casos aplica lo que nosotros llamamos el principio de “competencia sustantiva” que es que el mediador o la mediadora tiene que conocer de la materia en la que va a intervenir, en ese caso si el conflicto es de un tema, ese mediador o mediadora podría o no tener formación en la medida de que sus destrezas correspondan al contexto.

Ahora si vas a mediar un conflicto donde hay derechos envueltos en una materia compleja a mí me parece que ahí, a quienes van a mediar se les debe exigir una formación general o/y especializada en la medida de que se requiera, es más hay casos en los que se puede requerir de la intervención de profesionales de diferentes áreas en el equipo de mediación como en materia de familia, sería bueno abogado-psicólogo, abogada-trabajadora social. Ahí yo sí pienso que se pueden establecer requisitos, lo que pasa es que los requisitos formativos o de especialización tienen que ir acorde a la materia que se va a intervenir. (2020, comunicación personal).

**Análisis.**

Del análisis de datos de esta categoría se obtiene que ambos expertos concuerdan en que se requiere en el mediador una formación especializada en la materia de intervención, en palabras del experto 2 “competencia sustantiva”, es decir, que goce de conocimiento y capacidades requeridas según el contenido de las situaciones jurídicas a mediar o tratar, cuando sea una materia compleja o haya derechos de por medio.

En ese mismo sentido, los expertos consideran el método de la co-mediación como una excelente herramienta de intervención integral en la solución de conflictos, para garantizar la seguridad jurídica de los intereses de los mediados, con la participación de profesionales en diferentes áreas según la naturaleza del caso, por ejemplo, en ingeniería, medicina, poblaciones indígenas, entre otras materias que demandan una especialización o amplio conocimiento y entendimiento en el tema que ocupa la controversia para facilitar la valoración del caso y por otra parte la intervención del mediador como facilitador del diálogo y la comunicación.

Del mismo modo, se revalida de los estudios teóricos y de la entrevista del experto 1 que, aparte de habilidades y destrezas para intervenir conflictos, es necesario que el mediador tenga conocimiento pleno en los principios de la mediación. Los principios fundamentan y sientan las bases de la mediación y permiten estructurar e instruir el proceso facilitando el acceso a la justicia; en este sentido es importante que el mediador los conozca, pues el entendimiento de los principios va más allá del sentido común, se requiere un estudio y capacitación para que los neutrales sepan para qué son y cómo emplearlos adecuadamente en el ejercicio de sus funciones.

### **Segunda categoría. Propósitos de la mediación**

El conocimiento y entendimiento de las ciencias jurídicas en el estudio, interpretación e integración del ordenamiento jurídico, así como de los principios reguladores de la Resolución Alternativa de Conflictos para su debida aplicación en la solución de controversias, es importante y necesario en el perfil del mediador para officiar, intervenir y conducir el proceso adecuadamente para la consecución de los objetivos de la mediación.

En el ejercicio de sus funciones es imprescindible que el neutral goce de competencia y capacidades no solo como mediador para mejorar la comunicación, destensar el ambiente, incentivar confianza en las partes y analizar las propuestas de soluciones, sino también un conocimiento sustancial del fondo de la materia que va a intervenir.

La mediación persigue propósitos como la función dual en la composición del conflicto y de los términos entre las partes, ayudar a las partes a identificar intereses sobre posiciones, conseguir en los involucrados una transformación interpersonal de la controversia, promover la cultura de paz y prevención de la violencia, garantizar un acceso a la justicia pronta y cumplida y la estrategia del ganar-ganar, por lo tanto, la formación y capacitación del mediador es sumamente importante para la consecución de estos fines.

### **Descripción**

#### **Experto 1.**

Sí creo que sí, necesariamente tiene que especializarse más, educarse, conocer los temas de fondo, aunque no resuelva como abogado ni como juez, sí tiene que saber que lo que está planteando es al menos viable jurídicamente hablando, si no lo sabe y no necesariamente es

abogado, pues entonces viene la co-mediación o mínimo que las partes consulten con un abogado de previo. O si un mediador no es abogado, pero está en la estructura de un centro, que ese centro tenga ese acompañamiento legal del caso; pensando en que el RAC o la mediación no son exclusivos para abogados, pero que debe de conocer más del fondo en materias específicas, totalmente de acuerdo. (2020, comunicación personal).

### **Experto 2.**

Diría que no necesariamente, porque lo que no recomendaría es que un abogado pueda intervenir solo un conflicto de familia ni el psicólogo o la psicóloga pueda intervenir sola un conflicto de familia porque a los dos se les va a poner el peso de no tener experiencia en la materia del otro.

Entonces yo diría que ahí lo que tiene que haber es una co-mediación, hay que trabajarlo en equipo, ahora es cierto que hay algunos casos que han sido excepcionales, por ejemplo, el Ministerio de Trabajo durante muchos años tuvo personas que no tenían formación en Derecho en el puesto de conciliadores o conciliadoras, tengo entendido que a partir de la reforma laboral eso cambió y ahora el Ministerio está exigiendo que todos sus conciliadores fueran abogados y además, vino la exigencia posterior de que abogados y abogadas que quisieran pertenecer a una lista de un centro aprobado por la DAL (que es el único caso de excepción a lo que decía al principio de que los acuerdos que se pueden mediar de forma ad hoc) en materia laboral no se puede porque la reforma laboral sí establece expresamente que para que puedas mediar un conflicto en materia de Derecho laboral tienes que hacerlo a través de un centro autorizado por la DAL y que la DAL te haya aprobado a vos también en la lista de ese centro, si no el acuerdo es nulo, entonces se agregó que esos mediadores y mediadoras, conciliadores y conciliadoras tienen que ser abogados o abogadas y además, de eso tienen que tener una especialidad en Derecho laboral o tienen que tener formación que alcance creo que las 80 horas sobre conciliación laboral.

De todas maneras, me parece que es difícil exigirle a una persona que no tenga conocimiento especializado que intervenga una materia que tenga sus complejidades, especialmente por lo que te dice el artículo 17 de la ley RAC en el sentido de si actúas negligentemente podrías ser sujeto de responsabilidad civil sobre el daño que provoques. (2020, comunicación personal).

**Análisis.**

Con respecto a la necesidad de formación del mediador en la materia de intervención, el experto 1 considera que sí es necesaria una especialización en el fondo, contenido y sustancia de determinada situación jurídica, pues a pesar de que el mediador no resuelva el conflicto debe garantizar a las partes la seguridad jurídica de sus intereses, vigilando la dirección del proceso y en caso de haber acuerdo, asegurando que este sea legal, eficaz y no transgreda los principios que rigen la materia o incurra en conducta dolosa en daño de las partes.

Por su parte, el experto 2 considera que esta exigencia sería un requisito más en la formación de mediadores; sin embargo, reconoce el riesgo para el proceso y seguridad jurídica de las partes en casos complejos al ser asistidos por un neutral que desconozca el fondo o Derecho de la situación jurídica, por lo que expone que la falta de conocimiento en determinada materia puede ser resuelta mediante la co-mediación.

En ese sentido, ambos expertos coinciden en la utilidad de la práctica de la co-mediación como modalidad de intervención de conflictos, con la participación de especialistas tanto en la mediación propiamente como en el área de interés de las partes y sobre la cual gira el conflicto para un abordaje integral y completo del problema.

Del mismo modo, los expertos coinciden en que actualmente las conciliaciones en Derecho laboral son la excepción a la regla de la no especialización del mediador, pues en estos casos el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social exige a sus conciliadores la profesionalización en Derecho y por otra parte, exige a los centros RAC la presencia de un abogado laboralista que asista a la parte trabajadora, es decir, una co-mediación. Además, dispone que los conciliadores de los centros RAC, deberán demostrar su conocimiento en Derecho laboral garantizado por títulos, certificaciones, especialidades, maestrías, doctorados o mínimo 80 horas de capacitación en la materia.

En cualquiera de los casos, sea la “profesionalización de la mediación” como lo llama el experto 1, la “competencia sustantiva” como lo llama el experto 2, o la co-mediación, modalidad que ambos apoyan, estas encuentran fundamento en primera instancia en el seguimiento de los propósitos de la mediación y en segunda instancia en el deber de responsabilidad del mediador

con respecto a los daños y perjuicios devenidos del acuerdo conciliatorio que sufran las partes, en razón de deficiencias en su intervención.

## **CAPÍTULO V: CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES**

El presente capítulo concentra la información recabada a lo largo de la investigación mediante estudios teóricos y las fuentes de información, que arrojan conclusiones para dar respuesta a cada uno de los objetivos proyectados, así como la interrogante del planteamiento del problema que motivó la investigación; además, de las recomendaciones respectivas.

### **Conclusiones**

#### **Conclusión del objetivo: Definir la importancia de la figura del mediador en la aparente crisis que atraviesa el Poder Judicial.**

- Se comprueba que el mediador sí cumple un papel sumamente importante, sin embargo, es una tarea que va más allá de solo ayudar en la aparente crisis del Poder Judicial, es contribuir en la sociedad, a través del acceso a una justicia pronta, cumplida, pacífica, satisfactoria y a la propia medida, necesidades e intereses de las partes.
- Se comprueba que el mediador sí cumple un papel preponderante en su ejercicio de asistencia a la Resolución Alternativa de Conflictos dándole eco a los métodos auto compositivos, si bien es cierto que el mediador no es un auxiliar de la función jurisdiccional propiamente dicho, es cierto que la proliferación de centros de mediación y arbitraje, en los cuales se está resolviendo una serie de conflictos de carácter jurídico, por medio de la Resolución Alternativa de Conflictos, sí genera un impacto significativo en el descongestionamiento del caudal de procesos dentro del Poder Judicial, colaborando a la acceso a la justicia pronta y cumplida en dos vías distintas.
- Se determina que este acceso a la justicia se consigue a través de la negociación entre las partes y para que haya mayores posibilidades de negociación se requiere un buen desempeño del mediador, pues su papel neutral le permite ver desde una óptica externa el conflicto, ayudando a las partes a tener una nueva perspectiva de la situación.
- Por otra parte, se comprueba que la labor del mediador es importante porque colabora en la promoción, impulso y protección de la cultura de paz, asistiendo e interviniendo no solo en la transformación de un conflicto que en caso de ser resuelto encuentre una solución pacífica, sino también en la transformación intrapersonal de las partes

involucradas, pues la mediación es diálogo, comunicación, buena fe, colaboración y empatía, elementos que se traducen en educación para la paz.

- Entonces el mediador debe gozar de ciertos conocimientos y destrezas en mediación para el buen ejercicio del trabajo confiado y para el alcance de los propósitos de la mediación, pues para mediar se requieren habilidades y prácticas que garanticen un proceso seguro, equitativo y confiable donde se resguarden los derechos y deberes de todos los participantes.
- En relación con lo anterior, es posible inferir que el objetivo principal de la mediación y del mediador, por lo tanto, no es solo descongestionar o aligerar las tareas del Poder Judicial, es ser un aliado en el acceso a la justicia y solución amigable de controversias, situación que conlleva como una consecuencia positiva la posibilidad de un ligero desahogo en el circulante de los tribunales.
- En conclusión, a pesar de que no es la función principal del mediador, su labor sea de manera extrajudicial o judicial, sí ayuda a evitar el incremento en la saturación del Poder Judicial y a descongestionarlo mediante la terminación anticipada de procesos, sin embargo, el aporte es muy bajo o mínimo, pues la autocomposición de conflictos no es la cultura predominante en el país, por el contrario, la generalidad es la confrontación litigiosa.

**Conclusión del objetivo: Determinar la importancia de las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.**

- Se comprueba que las disposiciones generales de la Ley RAC son el fundamento de la misma, disponen la paz social como una cultura esencial en la solución de controversias y la solución de diferencias patrimoniales a través de los diferentes métodos; no obstante el espíritu y visión planteados por la Ley han quedado rezagados a falta de políticas públicas para fortalecer la promoción y enseñanza de dicha cultura de paz y por consiguiente la práctica de los métodos heterocompositivos o autocompositivos.
- Se confirma que la Ley es bastante clara en cuanto al reconocimiento de la importancia de la educación sobre la paz en las escuelas y colegios, pues es ahí donde se inculcan valores y conductas para el abordaje y solución pacífica de conflictos, sin embargo, la realidad es

otra, en los centros educativos de primaria, secundaria y universitarios la educación sobre la paz es mínima e incluso nula.

- Las escuelas y colegios corrigen a través de la práctica de sanciones, enseñando un abordaje confrontativo de los conflictos, por razones desde la falta de programas del centro, hasta el desconocimiento del RAC por parte de los docentes. Por su parte las universidades no incluyen en sus planes de estudio el RAC, incluso en la carrera de Derecho propiamente; esta situación demuestra que realmente las disposiciones de la Ley con respecto a la enseñanza de la paz, han quedado más en una intención que en un deber y no hay un compromiso suficiente para romper con esta realidad.
- Es posible comprender, en consecuencia, de lo anterior, que en Costa Rica predomina una cultura litigiosa, la paz es la excepción y la regla la confrontación y el recorrido que falta para ser una sociedad practicante de la paz y el diálogo requiere de un mayor esfuerzo y compromiso por parte del Estado y de los particulares.
- También se identifican deficiencias en el artículo 5 de la Ley RAC. Pues por un lado el artículo dispone la libertad de práctica de la mediación salvo las limitaciones que establece la propia Ley, sin embargo, la Ley no restringe de ninguna manera esta libertad para mediar en relación con la exigencia de la formación y capacitación sustantiva del mediador en el área o rama del Derecho a tratar.
- Se comprende que el espíritu flexible y componedor de la Ley persigue la mediación como una práctica liberal, sin embargo, de manera contradictoria establece formalidades y responsabilidades como el efecto de cosa juzgada y responsabilidades para el neutral cuando se hayan violado los principios RAC o se haya incurrido en conducta dolosa en daño de las partes, pues ciertamente una persona que no conozca el contenido sustantivo de la materia, los principios que rigen el RAC, las consecuencias y alcances del proceso y del acuerdo conciliatorio propiamente, no goza de la competencia y formación suficiente para intervenir en una mediación.
- En conclusión, la Ley 7727 deja clara la importancia de la cultura de paz para la Resolución Alternativa de Conflictos, pero no ha recibido el impulso suficiente para alcanzar el objetivo deseado de promoción de esta práctica. Y por otra parte la no exigencia de

especialización para el ejercicio de la mediación son elementos contradictorios con las formalidades que la propia supra-citada ley dispone. Por lo tanto, es necesario subsanar esas deficiencias para agilizarla y garantizar una mayor seguridad jurídica a las partes, no para inflexibilizarla.

**Conclusión del objetivo: Registrar la necesidad del conocimiento de los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos en la consecución de los propósitos de la mediación.**

- Se comprueba la importancia del papel que juegan los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos pues estos fundamentan y sientan las bases de los procesos, además, permiten estructurar e instruir cada proceso en la búsqueda del acceso a la justicia orientando las situaciones jurídicas sobre las cuales gira el conflicto.
- En cuanto a la mediación, se verifica que es importante que el mediador conozca los principios aplicables, pues el entendimiento de los principios va más allá del sentido común, se requiere un estudio y capacitación para que los neutrales sepan para qué son y cómo emplearlos adecuadamente en la mediación.
- La mediación persigue propósitos como la función dual en la composición del conflicto y de los términos entre las partes, ayuda a las partes a identificar intereses sobre posiciones, consigue en los involucrados una transformación interpersonal y busca la estrategia del ganar-ganar; para asistir a las partes en la negociación es necesario que el tercero goce de conocimientos no solo en mediar, sino de los fundamentos de la mediación, la razón de ser de los principios, el objetivo que cada uno busca, la forma de aplicarlos a cada caso y cuáles son los más convenientes en el proceso concreto que interviene, para dar a las partes la garantía que los principios facilitan en un proceso seguro para sus intereses.
- Sin embargo, se concluyó que el objetivo principal de la mediación es facilitar el acceso a la justicia, que es lo que buscan las partes, además, de colaborar con el impulso de una cultura de paz; teniendo en cuenta que esta metodología plantea propósitos tan importantes para la consecución de una sociedad pacífica en el abordaje y solución de conflictos, se revalida la importancia de que el tercero neutral conozca y sepa aplicar los

principios rectores de la materia, pues estos son la base del proceso que conducirán su intervención permitiéndole velar por la seguridad jurídica de las partes.

- En conclusión, es posible derivar que el conocimiento de los principios de la Resolución Alternativa de Conflictos aplicables en la mediación es necesario no solo para la consecución de los fines tan importantes que busca la mediación, sino para garantizar una mediación segura, garante y certera para los usuarios que depositan su confianza en la asistencia del neutral.

### **Conclusión general**

¿Es necesaria la especialización técnica-académica del mediador según la materia de Derecho, en la aplicación de las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social y principios de la Resolución Alternativa de Conflictos, para garantizar la seguridad jurídica del proceso?

- Se confirma la importancia del conocimiento técnico-académico del neutral según la materia de Derecho a intervenir, pues no solo debe tener habilidades y competencias para mediar, también debe tener un conocimiento sustancial del fondo, contenido, disposiciones y regulaciones de las situaciones jurídicas de la materia a tratar, cuando se trate de una materia compleja o haya derechos de por medio, para que su asistencia en la solución del conflicto sea completa, entera e integral.
- Se comprueba que este conocimiento del neutral en mediación y en el fondo de la materia es necesario no solo en la aplicación de las disposiciones generales de la Ley 7727 que impulsa la cultura de paz y la práctica de los diferentes métodos, así como en la aplicación de los principios RAC que efectivamente se comprobó que el mediador debe conocer, entender y saber aplicar, si no para garantizar a las partes la seguridad jurídica del proceso donde ventilan sus intereses y necesidades y el mediador debe asegurarse que esta no sea quebrantada.
- El neutral debe garantizar a las partes una mediación segura, equitativa y confiable donde se resguarden sus derechos, a través de la seguridad de que sus intereses son protegidos por el Derecho y que se abordará la situación según las disposiciones del ordenamiento

jurídico para cada caso y eso solo se puede lograr si quien preside la mediación es una persona conocedora de los alcances jurídicos de los aspectos que se están desarrollando en mesa y es por eso que resalta la necesidad de especialización académica en áreas técnicas jurídicas por parte del mediador, sin la necesidad de que sea abogado.

- La seguridad jurídica es la garantía de la publicidad, conocimiento y aplicación del Derecho para el reparo de los intereses de los particulares, se espera que el mediador goce de este conocimiento para entenderlo y aplicarlo, pero no en la solución del conflicto porque su trabajo no es resolverlo, sino entenderlo y aplicarlo en su intervención en la controversia para garantizar la observancia de los principios y disposiciones normativas que regulan derechos y deberes de las partes y que estos no sean transgredidos en la negociación y por lo tanto, el acuerdo sea jurídicamente viable.
- En cada materia de Derecho las necesidades y conflictos sobrevinientes son diferentes, por consiguiente, la seguridad jurídica varía según estas condiciones, por lo que se demanda una especialización o amplio conocimiento y entendimiento en el tema que ocupa la controversia que facilite la valoración y abordaje de cada caso para el buen ejercicio del trabajo confiado.
- Se comprueba que es necesaria la exigencia de una especialización técnica-académica en área jurídica del mediador garantizada por títulos, certificaciones, especialidades, maestrías, doctorados o mínimo determinada cantidad horas de capacitación en la materia como ocurre en Derecho laboral.
- En conclusión, sí es necesaria la especialización técnica-académica del mediador según la materia de Derecho, en la aplicación de las disposiciones generales de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social y principios de la Resolución Alternativa de Conflictos, para garantizar la seguridad jurídica del proceso.

### **Recomendaciones**

Se recomienda en primer lugar, a nivel general positivizar dentro la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, el deber de que los mediadores postulantes

para realizar mediaciones en temas de Derecho gozan de un conocimiento específico en el área de mediar, esto siendo atribuible tanto a abogados como a mediadores que no son abogados.

Se tiene la falsa idea de que el abogado por el solo hecho de ser esa su profesión sabe, entiende y comprende todas las ramas del Derecho, lo cual no deja de ser una simple falacia de autoridad; el hecho de que esa sea su profesión no significa que la persona esté capacitada para mediar todas las áreas que hay en sentido jurídico, eso resultaría en desdeñar al Derecho e infravalorar la dificultad que el mismo conlleva e inclusive restarle mérito a la profesión. Una persona que sea dictado profesionalmente a llevar procesos penales no tendrá el conocimiento técnico apropiado para realizar un cálculo de prestaciones laborales, al igual que la persona que se ha dedicado a derecho laboral toda su vida le resultaría complejo el abordar temas técnicos de familia y así sucesivamente.

El ser profesional en el área del Derecho únicamente genera una presunción de que la persona pueda ser apta o tener más acceso al conocimiento requerido, sin embargo, dicha situación debería de ser comprobable, es por ello que en esta investigación se propone que el postulante a mediador deberá de comprobar su experiencia si es que es un profesional del Derecho y si resulta no tener experiencia comprobable en el área mediar, sería propio que se requiriera un conocimiento técnico tanto de la persona ajena a la profesión del derecho como el profesional abogado que tampoco tiene el conocimiento técnico necesario para sobrellevar una mediación respetando los parámetros que establece la Ley.

Este instituto se ha aplicado en las mediaciones de carácter laboral, en la cual se requiere que el profesional en derecho tenga o una maestría en derecho laboral, o una especialización técnica práctica de al menos 80 horas en derecho de fondo laboral, esta imposición ha sido un acierto dentro de las mediaciones, ya que, los derechos irrenunciables de las personas que acceden a la mediación laboral son cada vez más respetados puesto que el mediador es capaz en su neutralidad vigilar que los parámetros legales se respeten como por Derecho corresponde. Es por ello que debería de aplicarse una interpretación extensiva o analógica de lo realizado en las mediaciones laborales y aplicarlos para las mediaciones de temas penales, civiles, comerciales y de familia.

En segundo lugar, se recomienda a los centros educativos, escuelas, colegios y universidades, incluir en sus planes de estudio formación en el abordaje pacífico de conflictos como promoción e impulso de una cultura de paz, de manera que desde temprana edad se logre inculcar en los alumnos conductas y valores que les permita solucionar sus diferencias por la paz y el diálogo y no por la fuerza.

Se recomienda también formar a los docentes en los métodos de la Resolución Alternativa de Conflictos, especialmente el diálogo y la negociación para que a través de la práctica de estos mecanismos resuelvan los conflictos entre estudiantes y con el ejemplo propiamente también enseñen y promuevan la cultura de paz a los mismos, que es un derecho que dispone el artículo primero de la Ley RAC, sin embargo, quedó más en una intención que en una realidad.

En el caso de universidades se recomienda incluir un curso de Resolución Alternativa de Conflictos en todas las carreras, pero principalmente en la carrera de Derecho para formar abogados con una mentalidad moderadora más allá de solamente la confrontación.

La tercera recomendación sería el fomentar el desarrollo de cursos dentro del Poder Judicial que habilite a los jueces para ser también conocedores de las técnicas profesionales en cuanto al abordaje de conflictos y la mediación, ya que, desde la perspectiva que se maneja actualmente es una mera etapa procesal con la cual deben de cumplir, sin embargo, no se está haciendo uso de la figura como se debiera, lo que genera un vaciamiento del derecho en cuanto a la conciliación, dejándolo como un instituto prácticamente muerto dentro del caudal procesal judicial, y además, exponiendo a las partes, primero que todo a un proceso adversarial en el cual habrá un vencido y un vencedor, segundo al desgaste emocional que significa todo un proceso judicial.

Y en esto hay que hacer una acotación importante en cuanto a la sensibilización en el tema, puesto que tanto los abogados como los jueces están día con día yendo a los tribunales, leyendo expedientes y en general al tanto de procesos judiciales, por lo cual se normaliza dicha situación, sin embargo, hay personas que nunca han ido a un proceso judicial y el solo hecho de la existencia del mismo ya les genera un estrés inmenso, por lo que someter una persona de manera innecesaria a un proceso judicial solo porque desde la perspectiva profesional en Derecho

es lo más normal, definitivamente puede acarrear un desgaste emocional para las partes involucradas, sobre todo cuando las mismas son bastante ajenas al sistema judicial.

Por lo que sería preponderante que el juez tuviera la capacidad de profundizar en cuanto el conflicto y determinar al menos de manera preliminar si es conciliable dicho conflicto y quizás eludir el proceso buscando que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambos. Es claro que las partes son quienes deciden al final si concilian o no, sin embargo, con el aforismo de: “¿Quieren las partes conciliar?” No se va a lograr mucho, ya que, en primera la línea, las personas no se quieren ni ver probablemente y eso genera que se desperdicie la figura.

Finalmente, una opción que es considerada en algunos centros es la co-mediación, como una forma de abordar mediaciones en la que participan dos o más profesionales, un mediador y un experto en el fondo de la materia a intervenir, sin embargo, esta no es una recomendación porque no soluciona el conflicto, ya que, no es tan fácil de encontrar varios profesionales que trabajen juntos y que además, es el doble o triple de caro con respecto a honorarios; pero es una alternativa que se emplea en algunas situaciones complejas y necesarias. La recomendación principal es reformar la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social o el Reglamento a la misma para que se exija a los mediadores en Derecho de cumplir con la formación mínima o básica en el fondo de la materia a intervenir y que sea comprobado por títulos o certificaciones.

Por otra parte, en respuesta a la solicitud del tribunal evaluador del presente proyecto de graduación modalidad tesis, se procede a desarrollar el punto que se solicitó extender, el cual es, la reforma normativa en la que se incluiría la necesidad de especialización técnica académica del mediador en Derecho según el área de intervención, como un requisito esencial dentro del ejercicio de dicha actividad.

En este punto, es importante aclarar que un aspecto trascendental, como la exigencia de especialización técnica jurídica, requeriría una reforma integral de todo el cuerpo normativo de la Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, número 7727, y a su vez el Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Es por ello que analizando el antecedente más cercano en este tema, en Derecho Laboral, el cual es la promulgación del Reglamento para la Solución de Conflictos Jurídicos Laborales, N° 40875 - MTSS – JP, que regula el procedimiento arbitral y conciliatorio de solución de conflictos, administra las Unidades RAC del MTSS, la integración de la lista de neutrales que estará a cargo del MTSS y la autorización para el funcionamiento y fiscalización de los Centros RAC en materia laboral de la DAL; el mismo se creó bajo el presupuesto de una reforma reglamentaria distinta a la DINARAC, y no se tocó el fondo de la Ley RAC, para establecer el requisito de que Reglamento dispone expresamente el deber de los conciliadores en derecho laboral que presten sus servicios en Centros RAC de demostrar ante el MTSS que goza de conocimiento o especialización en derecho laboral para el ser debidamente autorizados para intervenir conciliaciones laborales.

En relación con lo anterior se señaló en las recomendaciones hacer un símil o una interpretación analógica de esta forma administrativa en la que esta inquietud de la necesidad en especialización técnica se resolvió, al menos parcialmente en materia laboral. Por lo que se considera que sería área de estudio en otra investigación el determinar cómo se implementaría en una reforma de ley todo lo que esto acarrearía; sin embargo, el artículo que se podría modificar es el número 13 de la Ley RAC que señala los deberes del mediador.

En el cual se incorporaría un inciso más, que dispondría lo siguiente:

Artículo 13: [...] Inciso f: Demostrar ante el centro de mediación su conocimiento en el área de Derecho a intervenir, comprobándolo mediante títulos o certificados de estudios o bien al menos 80 horas de capacitación en la materia.

La materialización en cuanto al carácter administrativo para llevar a cabo lo que se está determinando en esta recomendación, quedaría a cargo o de la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos, o bien según el artículo 72 de la ley 7727, podría ser directamente el Ministerio de Justicia y Paz, quien dispusiera vía reglamentaria alguna otra reforma ya sea incorporándolo en el reglamento de la DINARAC o bien, creando una institución aparte, como fue el caso de la materia laboral, que creó a la DAL, por medio del Reglamento 40875 -MTSS - JP.

## REFERENCIAS

### Libros

- Álvarez, G. (2003). La mediación y el acceso a la justicia. Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Belloso, N. (2010). La formación en mediación: algunas perplejidades de los formadores en mediación y diversas inquietudes de los alumnos que se forman en mediación. En García, L (Ed.). Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I, pp. 121-147. España: Editorial Reus S.A.
- Bustelo, D. (2009). La mediación claves para su comprensión y práctica. España: Tritoma, S.L en coedición con Chandra Ediciones y Harapress.
- Fisas, V. (1998). Cultura de paz y gestión de conflictos. Barcelona: Icaria Editorial
- Foddai, M. (2010). Conciliación y mediación: ¿modelos diferentes de resolución de conflictos?. En García, L (Ed.). Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI, Tomo I, pp. 41-62. España: Editorial Reus S.A.

### Revistas

- Fandiño, M. (s.f). Recomendaciones para la implementación de Mecanismos Alternativos al Proceso Judicial para favorecer el Acceso a la Justicia: Revista Sistemas Judiciales, N° 20, pp.58-70. Recuperado de <https://sistemasjudiciales.org/wp-content/uploads/2018/02/Sistemas-20-web-14-marzo-2017.pdf>.
- Goñi, M. (junio 2018). Resolución alterna de conflictos de consumo, la experiencia de la plataforma de atención al consumidor: Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica, N° 123, pp.79-91. ISSN 2215-2377.
- Rodríguez, G. (septiembre 2011). Principios básicos de la mediación y resolución alternativa de conflictos penales: Revista Crítica Penal y Poder. Área resolución de conflictos y sistema penal. OSPDH. 2011, n° 1, pp.151-157.

### Tesis

Abarca, A., y Cortés, M. (1999). Análisis comparado del papel del Estado en la promoción de mecanismos de resolución alterna de conflicto en Costa Rica y Estados Unidos de América. (Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Alfaro, S. y Barahona, J.(2017). Análisis del Desarrollo de los Procedimientos para la Resolución de Conflictos en Materia de Nombres de Dominio. (Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Amador, J. (2015). El régimen del arbitraje de inversiones en relación con el tratado de libre comercio con los EE.UU. (Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Bustamante, X. (2007). La naturaleza jurídica del acta de mediación. (Tesis de grado presentada como requisito para la obtención del título de abogada). Universidad San Francisco de Quito. Ecuador.

Díaz, R. (2016). La Calidad de la Mediación en Nuevo León, México. (Tesis de la facultad de trabajo social). Universidad de Murcia. México.

Gómez, R., y Ruiz, M. (2011). La aplicación de los mecanismos legales para la participación de niños (as) y adolescentes en la resolución alterna de conflictos dentro de la legislación costarricense. (Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

Salas, S. (2007). Análisis jurídico y social de los mecanismos de resolución alterna de conflictos a través del programa casas de justicia y demás centros autorizados por el Ministerio de Justicia. (Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho). Universidad de Costa Rica. Costa Rica.

### **Recursos Electrónicos e Internet**

Castillo, C. (2012). La conciliación extrajudicial y la necesidad de su rango constitucional. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/conciliacionyarbitrajepatmos/2012/03/06/la-conciliacion-extrajudicial-y-la-necesidad-de-su-rango-constitucional/>.

García, C (2013). La importancia de la formación en el mediador profesional. Recuperado de <https://mediaciongarciavaldecasas.wordpress.com/2013/01/10/la-importancia-de-la-formacion-en-el-mediador-profesional/>.

Organización de la Naciones Unidas. (s.f). Acceso a la justicia. Recuperado de <https://www.un.org/ruleoflaw/es/thematic-areas/access-to-justice-and-rule-of-law-institutions/access-to-justice/>.

### **Informes técnicos y de investigación**

Centro de Investigación Jurídica en Línea. (s.f.). El principio de justicia pronta y cumplida en el derecho comparado. (Informe de investigación CIJUL). Costa Rica: Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica.

Centro de Investigación Jurídica en Línea. (s.f.). Jurisdicción Civil. (Informe de investigación CIJUL). Costa Rica: Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica.

Centro de Investigación Jurídica en Línea. (s.f.). Las Limitaciones a la Autonomía de la Voluntad. (Informe de investigación CIJUL). Costa Rica: Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica.

Centro de Investigación Jurídica en Línea. (s.f.). La Seguridad Jurídica. (Informe de investigación CIJUL). Costa Rica: Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica.

Centro de Investigación Jurídica en Línea. (s.f.). Oralidad. (Informe de investigación CIJUL). Costa Rica: Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica.

Consejo Nacional de Rectores (Costa Rica) (2017). Programa Estado de la Nación. (Segundo informe estado de la justicia). PEN. - 2 ed. Costa Rica: Servicios Gráficos, AC.

Instituto de Defensa Legal de Perú y la Fundación Debido Proceso Legal. (s.f). Obstáculos para el acceso a la Justicia en las Américas. Perú.

Romero, A. (2001). El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia a la luz de la doctrina de los actos propios. (Proyecto de investigación Fondecyt N° 1010712 del 2001 La jurisprudencia como fuente del derecho). Universidad de los Andes. Colombia.

### **Actas de congresos y simposios**

Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (noviembre, 1995). Plan de acción integrado sobre la educación para la paz, los derechos humanos y la democracia aprobado por la Conferencia General de la UNESCO en su 28ª reunión. París.

### **Leyes y reglamentos**

Código Civil

Código de Trabajo, Ley No. 2 del 27 de agosto de 1943, y la Reforma Procesal Laboral, No.9343 del 25 de enero de 2016.

Código Procesal Civil

Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, Ley No. 7727, del 09 de diciembre de 1997.

Reglamento al Capítulo IV de la Ley Sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social.

Reglamento de Conciliación del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Costa Rica.

Reglamento de Conciliación del Centro Internacional de Conciliación y Arbitraje CICA de la Cámara Costarricense Norteamericana de Comercio AMCHAM.

Reglamento de Mediación del Centro de Arbitraje y Mediación, CAM-CR del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica.

Reglamento para la Solución de Conflictos Jurídicos Laborales, N° 40875 - MTSS – JP.

### **Jurisprudencia**

Sala Constitucional, Resolución N° 5873-1998 de las 10:03 horas del 14 de agosto 1998.

Sala Constitucional, Resolución N° 6291 - 2002, de las 15:33 horas del 25 de junio 2002.

Sala Constitucional, Resolución N° 02999-2005, de las 14:45 horas del 16 de marzo 2005.

Sala Constitucional, Resolución N° 11100-2009 de las 12:37 horas del 10 de julio 2009.

Sala Constitucional, Resolución N° 6335-2011 de las 10:38 horas del 17 de mayo 2011.

Sala Constitucional, Resolución N° 12505-2011 de las 15:12 horas del 14 de septiembre 2011.

Sala Constitucional, Resolución N° 11421-2017, de las 09:15 horas del 21 de julio 2017.

Sala Primera, Resolución N° 22-1996 de las 10:00 horas del 23 de febrero 1996.

Tribunal Primero Civil de San José, Resolución N° 00370-2005, de las 08:15 horas del 27 de abril 2005.

Tribunal Agrario Goicoechea, Resolución N° 00293 – 2001, de las 08:40 horas del 17 de mayo 2001.

Tribunal de Familia I Circuito Judicial de San José, Resolución N° 385-2015, de las 11:06 horas del 27 de abril 2015.

## **APÉNDICE**

### **Apéndice A**

#### **Categoría de análisis: El mediador**

¿Cuál es el rol del mediador en el proceso de mediación?

#### **Categoría de análisis: Aparente Crisis del Poder Judicial**

¿Considera que la mediación podría contribuir a descongestionar el Poder Judicial y fomentar el principio de justicia pronta y cumplida?

#### **Categoría de análisis: Disposiciones generales**

¿Considera que la Resolución Alternativa de Conflictos ha logrado el objetivo de fomentar la cultura de paz?

#### **Categoría de análisis: Ley 7727**

¿Qué deficiencias considera que existen en la normativa costarricense que entorpecen el uso e incluso el impulso de la Resolución Alternativa de Conflictos?

#### **Categoría de análisis: Principios RAC**

¿Considera que a los mediadores deberían exigírseles una formación más especializada en los principios de la mediación?

#### **Categoría de análisis: Propósitos de la mediación**

¿Considera necesario que la figura del mediador no abogado se le exija una especialización en la rama del Derecho que pretende mediar como ocurre en el Derecho laboral?

### **Apéndice B**

**Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal a la Máster Laura Ávila Bolaños directora del Centro de arbitraje y Mediación CAM del Colegio de Abogados y Abogadas de Costa Rica, el día 17 de febrero de 2020.**

¿Cuál es el rol del mediador en el proceso de mediación?

El mediador es un tercero imparcial, es un facilitador de la comunicación. El mediador requiere de muchísimas habilidades y muchas destrezas para poder dirigir, facilitar un diálogo horizontal entre las partes atendiendo las necesidades emocionales de las partes, las necesidades prácticas o las necesidades reales de las partes y amalgamar un proceso de negociación entre las partes. El mediador no negocia a favor de ninguna de ellas, no está a favor de ninguna de ellas entonces tiene un deber de neutralidad altísimo y tiene que generar muchísima empatía. El rol del mediador es un malabarista de un montón de cosas. Es una persona que tiene que formarse como mediador porque el ser mediador no es solamente poner a hablar a la gente, es asertividad, escuchar, establecer estrategias de comunicación, es identificar los intereses que hay por detrás de las posturas y las posiciones, entonces tiene que tener formación como mediador. Es una persona que requiere muchas herramientas, algunas personas ya las tienen de una manera innata y las perfila, canaliza o dirige hacia el ejercicio de la facilitación del diálogo y otras las van adquiriendo. El perfil del mediador depende mucho del perfil del caso entonces hay personas que se les da muy bien casos con mucha carga emocional y son más empáticas para dirigir ese tipo de procesos y otros les cuesta lidiar con las manifestaciones emocionales de las personas entonces son más pragmáticos, depende mucho del perfil del mediador y del tipo de proceso que sea más fácil o les resulte más afín poder facilitar. La mediación es un arte.

¿Considera que la mediación podría contribuir a descongestionar el Poder Judicial y fomentar el principio de justicia pronta y cumplida?

Ordeno la respuesta al revés, la mediación contribuye a justicia pronta, cumplida, pacífica, satisfactoria, justicia humana, justicia a la medida, justicia más social que podría contribuir a desahogar el Poder Judicial. Primero, la mediación es un aliado a la justicia, a la gente, más que una forma de desahogar tribunales, porque la Resolución Alternativa de Conflictos y la mediación es mucho más que desahogar un

tribunal, significa una educación para la paz, una cultura de paz, significa una capacidad de diálogo, de diálogo social, diálogo comunal, entonces más que desahogar es una excelente herramienta de educación, entonces si yo me acostumbrara a resolver mis conflictos de forma individual, directa, por mí misma, dialogando. No necesariamente veo la mediación como una forma de desahogar tribunales porque parece una forma muy sencilla de verla, la mediación tiene una vocación de educación, más allá de un efecto.

¿Considera que la Resolución Alternativa de Conflictos ha logrado el objetivo de fomentar la cultura de paz?

Lo logra para las personas que tienen la experiencia. Fomenta, pero no en el potencial que podría tenerlo y el potencial que podría tener está en el artículo 1 de la Ley RAC que dice que toda persona tiene derecho a una educación para la paz y que las escuelas y colegios tienen el deber de hacerles comprender sus alumnos la naturaleza y las exigencias de una construcción permanente de la paz, pero seguimos teniendo escuelas que sanciona, escuelas que hacen boletas, procesos disciplinarios y seguimos sin fomentar espacios de diálogo, mediación escolar como hay en otros países, mediación entre pares donde los que resuelven los conflictos sean los mismos niños, no con visión de adulto, cuando los mismos chicos podrían hacerlo ellos con formación como mediadores entre pares. Digo que es una excelente herramienta para una cultura de paz, pero que le falta músculo es porque en el mismo artículo primero de la ley, cuando era proyecto de ley decía que el Ministerio de Educación deberá incluir en los programas educativos oficiales herramientas que tiendan al diálogo, la negociación, mediación y demás y ese fue el proyecto de ley, pero cuando salió la ley decía el Consejo Superior de Educación procurará incluir, este cambio de verbo de un deber a procurar, intentar, pero no es una política pública, queda como un saludo a la bandera, no es una política integral, no es una transversalidad ya no es una acción contundente, es un esfuerzo aislado, por eso vemos escuelas que algunas procuran, otras no lo intenta, otras lo desconocen. Los profesores a todo nivel y en

toda carrera adolecen de información sobre el RAC, los profesores de primaria y secundaria y preescolar desconocen totalmente del RAC, salvo preescolar tiene solo un curso en la UCR de RAC, las facultades de Derecho no tienen y RAC debería estar en todas las carreras porque toda profesión y todo profesional enfrenta conflictos, aunque sea un médico, como dialogar con la familia, como dialogar con el paciente, entablar un proceso de diálogo respetuoso. El conflicto es consustancial al ser humano y la forma de resolver los conflictos de manera asertiva debería ser consustancial al ser humano también, pero mientras sigamos con vernos como procurar, con intenciones, pero no somos contundentes en educar para la paz. Después vino en el 2014 una ley 9088 creo, que son dos artículos que hablan que la paz es un derecho y como tal se debe de enseñar como derecho humano, por ahí cambio un poco el verbo de procurar a deber, pero es una ley que ha pasado desapercibida y mientras tanto se sigue con muchos esfuerzos, pero no de forma conjunta y articulada. Hay esfuerzos en el poder judicial, casas de justicia, escuelas, programas del Ministerio, pero no hay política pública. Entonces si fomenta y promueve la cultura de paz, pero ahorita son esfuerzos individuales, nada articulado y podría ser mejor si hubiera una norma, política transversal, política pública que se habla en todos los países y hacer algo más ordenado, estructurado, con etapas evolución, diferentes actores. Hay muchos esfuerzos, pero todos bastante dispersos.

¿Qué deficiencias considera que existen en la normativa costarricense que entorpecen el uso e incluso el impulso de la Resolución Alternativa de Conflictos?

No solo la ley RAC se quedó un poco corta, esta es una ley que tenía un espíritu y una coyuntura política del momento en que se promulgó, en un momento de una Centroamérica en guerra cuando sale la Ley con ese llamado a la bandera de la paz. Es una ley que promovió el RAC imaginándose así como en cualquier lado, todo el mundo promoviendo el dialogo, por eso dice el artículo cinco que cualquier persona puede ser mediadora que ya no es tan así porque ese era el espíritu promover el dialogo y la mediación por cualquier persona entonces uno se

imaginaba que los líderes comunales y las personas en la sociedad con algún papel de convocación que podía ser un vecino que ni siquiera escolaridad tuviera y promoviera el diálogo y demás, pero después la ley dice que el acuerdo tiene cosa juzgada material entonces ya no cualquiera puede ser mediador, después dice los requisitos del acuerdo, que el mediador profesional o no puede ser responsable de los daños y perjuicios, entonces ya no parece ser cualquier persona. Parece haber dos momentos de la ley, dos espíritus, uno era un espíritu más de promover el dialogo y el otro más de regularizar, estructurar y darle muchísima fuerza a lo que era la mediación, pero son dos enfoque distintos, cuando el devenir o ejercicio de la mediación se ha dado que cualquier persona es mediador y vemos acuerdos de conciliación con valor de sentencia llevados a cabo por un mediador que desconoce del fondo o que es ilegal porque no sabe que era ilegal, ya que, el artículo 5 no exige que sea abogado, entonces nos damos cuenta de que hay dos cosas distintas. Entonces la ley siempre ha sido muy bien intencionada, sin embargo, podría ser remozada, la comisión RAC del Colegio cree que el artículo 5 podría ser eliminado y que no cualquiera pueda ser mediador. Creemos en la profesionalización de la mediación en cuanto a que el mediador sea un profesional en mediación. Es muy difícil verlo a veces aplicar instrumentos psicológicos para saber si tienes vocación o no, como previo a un curso de formación de mediadores. Sin embargo, sí que se vayan profundizando y especializando, así como hay especialistas en medicina en diferentes ramas, ahí es donde se han ido complementan las falencias o carencias de esta ley, se han ido fortaleciendo con otras como en el tema laboral donde con la reforma procesal el tema de la conciliación es un principio rector en material laboral y como ahora se pueden acudir a diferentes instancias para resolver los conflictos extrajudicialmente o mediante conciliación en centros en el Ministerio de Trabajo, intraprocesos, en fin. Lo que sí es que vino el reglamento a decir que los mediadores laboristas tienen que tener conocimiento en derecho laboral, ya no es cualquiera, ni cualquier mediador, si no que el mediador, además, tiene que tener alguna formación especial, maestría, especialidad, postgrado, o al menos dice el reglamento de la DAL 80 horas en Derecho laboral, esto es un conocimiento técnico de la materia

sustantiva ya no solo es mediador, tiene que saber de eso. A eso hablamos de profesionalizar, que la persona que se va a dedicar a esa área de la mediación o a varias, que haya un proceso más profundo de conocimiento técnico cuando hay derechos, por ej. en materia laboral con los derechos indisponibles, saber calcular una liquidación, que el mediador, aunque no la hace debe saber que lo que está en mesa es lo correcto, lo que exige la ley. Agrega el reglamento de la DAL que el mediador en casos laborales es responsable civil, penal y administrativamente, el mediador y el centro ya no se pueden hacer mediaciones laborales fuera de un centro. Ese tipo de cosas lo regula la reforma procesal laboral de una forma general y de una forma específica el reglamento de la DAL. Mucho de lo que la ley no ha cambiado en 20 años las leyes especiales según materia vienen regulando, lo que pasa es que esto se presta para que se hagan muchos tipos de mediaciones o que, de alguna manera se fragmente en familia, laboral, etc. Termina siendo una mediación a la medida da la materia y uno no sabe si hubo gente especialista en mediación en esas reformas. Entonces si hablamos de una ley especial, marco que la pudiéramos remozar que si lo requiere, que la haga marco, pero que sienta bases como la profesionalización del mediador, profundizar mucho más en el acuerdo de mediación, deberes para las partes que no hay, hay deberes éticos del mediador, pero no hay sanciones entonces le ha tocado a los reglamentos de los centros tener que venir a regular cosas que no están en la ley, cuidando otros temas que vienen del quehacer de la mediación, la parte ética que el artículo 13 queda cortísimo, como la educación permanente, como aquí en el centro se pide que todos los años el neutral demuestre que sea capacitado el año anterior al menos 30 horas en temas de mediación o de su especialidad. Hay gente que no está actualizándose, en cualquier materia cambian las cosas, ese tipo de exigencia o actualización anual lo hemos hecho vía reglamento y no vía ley. Yo creo que la ley podría estar mejorar.

¿Considera que a los mediadores deberían exigírseles una formación más especializada en los principios de la mediación?

Sí, creo que tiene que tener formación y bases para mediar, cada mediación es única, distinta, particular, diferente a las demás, se trabaja con materia humano, son experiencias muy vivas, esto exige a los mediadores estar súper atentos 100%, exige dar el 100%. Entonces sí se requiere y lo digo cuando formo mediadores una cajita de herramientas, no sabes cuál tienes que usar, pero tienes que llegar con la cajita de herramientas y saber cómo se usa, para qué se usan y eso es especialización. Saber mediar requiere formación no es algo tan intuitivo, sí creo que requiere ser formado en mediación, sí necesita especializarse en otras cosas, por ej. el tema de inteligencia emocional aplicada, la neurociencia aplica en mediación, el tema del manejo emocional porque el componente emocional es a veces más importante en las mediaciones que el conflicto o el derecho. Muchas veces uno ve en la mesa que el tema del derecho es laboral, familia, etc., pero el componente emocional está por encima de eso y si un mediador no sabe y no lee eso, no lo trabaja ni lo canaliza no está ocurriendo una verdadera transformación del conflicto y un mediador es eso, un gestor del conflicto, ayuda a las partes a las partes a que se transformen a través del conflicto, entonces sí requiere una formación especializada en formación y depende de la materia también requiere un ejercicio adicional de capacitación especializada en el tema, puede ser de Derecho o no y ahí hay que hacer una diferencia, un mediador abogado está bien, pero igual puede ser un mediador psicólogo. Para eso existen otras formas de mediación. La comediación se usa mucho en materias específicas, por ej. qué hace un mediador abogado mediando un tema de construcción si no sabe de construcción ni materiales, no sabe de ingeniería, las partes van a estar hablando de un tema ingenieril, estructural, de materiales, composición y demás y el mediador puede ser muy buen mediador, pero está completamente desubicado en el tema de fondo. En la comediación hay un mediador que, aunque no resuelve entiende el lenguaje de lo que está ocurriendo en mesa y otro que tenga que ver con la legalidad. La comediación se usa mucho en ese tipo de ejercicios. Por qué no mediar en temas médicos o de dentista donde el mediador está desentendido si es abogado, pero sí tenemos dos mediadores donde hay uno especializado en la materia y otro en el cuidado de la legalidad del acuerdo. Entonces yo creo que sí bien el mediador no

necesariamente tiene que saber de todas las materias si tiene que tener el deber ético de decir si está capacitado para eso o no, o qué tipo de mediación requiere ese caso y ser responsable, pero; ¿dónde se sanciona si el mediador no hace eso? ¿Tiene que haber una formación muy sólida en la formación ética del mediador porque algunos solo preguntan cuánto pagan? ¿Pagan por audiencia o por hora? En lugar de preguntar cuál es el reglamento o los deberes como mediador. Entonces la mediación está por encima de un costo, es el efecto social que tiene, puede significar la diferencia al conflicto, yo lo veo desde la parte filosófica y la parte holística y la parte del efecto social de la mediación más allá de un ingreso. Entonces además, que la DINARAC lo único que tiene es la posibilidad de sancionar centros no mediadores y no hay un perfil ni registro de mediadores independientes, entonces como se llega a esos que hacen mediaciones sin estar en un centro, como hacer cuando dicen que según el artículo 5 pueden mediar y están mediando sin hacerlo y sin que lo sepa la DINARAC, me parece que esta debe tener mayor musculo y yo siempre he creído en un registro de mediadores individuales, una mayor estructura, un sistema como pasa en otros países donde todos los que son mediadores están inscritos y si quiere formar además, parte de un centro el centro está inscrito, igual como los notarios que tienen una dirección y tienen que pagar póliza, aquí se les exige pagar una póliza de responsabilidad civil profesional, hay quienes no quiere ser neutrales de este centro porque tienen que pagar la póliza que son 21 mil colones al año para protegerse de cinco millones de colones que no es nada cuando tenemos casos de mediaciones de 600 mil dólares y hay quienes no quieren pagar para poner a responder una póliza que proteja sus recursos. Entonces creo que falta formación en la parte de los deberes porque la mediación no es solamente para un ingreso adicional, algunos lo ven como un trabajo, pero hay que verle otro sentido, ¿qué está ganando la sociedad? ¿Qué estoy aportando para esta cultura de paz? Yo siempre digo cuando empezamos cursos de mediación que si no media consigo mismo entonces el curso tal vez no sea para él. Si una persona se llama mediadora, pero tiene conflictos con todo el mundo y con la familia y no sabe mediar sus propios conflictos, como va a sentarse y con qué visión en medio de dos personas que tienen un conflicto y le va

a facilitar. ¿Cómo si ni siquiera puede facilitar los de él? Yo creo que es algo que no es exclusivo para abogados, la mediación y el RAC es para cualquiera, es para todos y todos deberíamos de saber y aprender de esto, educarnos en este desde chiquitos ya no se tendría que hablar tan estructurado de mediación, conciliación, arbitraje, hablaríamos de cultura de paz, diálogo que es algo universal, no es exclusivo para abogados ni para la mediación. Entonces en ese ejercicio que es más abrazador por decirlo así ya nos quedamos en que menos casos irían a la mediación. El mecanismo RAC por excelencia es la negociación, tú y yo tenemos un conflicto, negociémoslo, conversémoslo, no necesitamos de un tercero. ¿Qué pasa si tú y yo lo resolvemos directamente? Tendríamos una sociedad distinta, cuando del todo no se pudo o al menos un punto se busca un tercero que facilite el proceso. Entonces la negociación es el mecanismo RAC por excelencia, si negociáramos más iríamos menos a conciliación, menos a mediación, mucho menos a arbitraje y mucho menos a un juicio.

¿Considera necesario que la figura del mediador no abogado se le exija una especialización en la rama del Derecho que pretende mediar como ocurre en el Derecho laboral?

Sí creo que sí, necesariamente tiene que especializarse más, educarse, conocer los temas de fondo, aunque no resuelva como abogado ni como juez, sí tiene que saber que lo que está planteando es al menos viable jurídicamente hablando, si no lo sabe y no necesariamente es abogado pues entonces viene la comediación o mínimo que las partes sí o sí consulten con un abogado de previo, o si un mediado no abogado está en la estructura de un centro que ese centro tenga ese acompañamiento legal del caso, no necesariamente las partes y del mediador para que se sienta respaldado. Pensando en que el RAC o la mediación no son exclusivos para abogados, pero que debe de conocer más de fondo en materias específicas, totalmente de acuerdo.

**Entrevista transcrita realizada a manera de comunicación personal al Máster Eduardo Garro: Licenciado en Derecho, máster en Resolución de Conflictos y Mediación, el día 25 de febrero de 2020.**

¿Cuál es el rol del mediador en el proceso de mediación?

Eso depende del modelo que vayas a usar, hay al menos tres grandes modelos, uno es el modelo lineal o modelo de Harvard, hay otro que es el modelo transformador o transformativo y hay otro que se llama modelo narrativo o circular narrativo, además de esos hay un montón más, entonces dependiendo del modelo que vayas a usar eso cambia. Aquí la mayor parte de los sistemas de entrenamiento usan como base el modelo Harvard, en ese sentido la función del mediador tiene que ver con facilitar el proceso de diálogo y crear condiciones para que los protagonistas puedan encontrar acuerdos que le sean satisfactorios y que, además, estén dentro de la Ley. Es básicamente como una función de asistir a la negociación de dos personas que se encuentran en situación de conflicto, si lo haces a nivel extrajudicial, usualmente se dice, aunque no es totalmente cierto, que el énfasis en facilitación es mucho mayor y que a nivel judicial hay un poquito de énfasis mayor en la directividad de la acción del mediador, entonces hay gente que considera que a nivel judicial quienes median tiene una mayor posibilidad y potestad por su investidura de promover que las partes acepten alguna solución que vaya en la línea de una sugerencia del mediador, entonces yo veo eso más bien como estilos de mediación y te puedes mover de uno a otro dependiendo de las necesidades del conflicto.

¿Considera que la mediación podría contribuir a descongestionar el Poder Judicial y fomentar el principio de justicia pronta y cumplida?

Contribuir me parece una palabra útil, lo primero que hay que entender es que la Resolución Alternativa de Conflictos sigue siendo una excepción a la regla, así está establecido en nuestros códigos, antes de la reforma al Código Procesal Civil se le llamaba formas anormales de terminación del proceso y con la reforma al Código

Procesal ahora se le llaman formas extraordinarias de terminación del proceso, en ambos casos estamos hablando de la excepción a la regla, entonces si vos tenés un mecanismo que aunque sea útil es excepcional frente a otro la posibilidad de que contribuya significativamente en el descongestionamiento de los tribunales no es muy fuerte. Ahora dicho esto, si ha habido alguna contribución en descongestionar los tribunales especialmente en materias clave como materia penal que la mayor cantidad de casos que entran a la Corte tengo entendido que van en esa línea, entonces por ahí sí pienso que puede contribuir de manera moderada.

¿Considera que la Resolución Alternativa de Conflictos ha logrado el objetivo de fomentar la cultura de paz?

Mientras que la mayor parte de nosotros pensemos en la competencia como la estructura principal para abordar los conflictos mientras que se trate de un asunto de ver quien tiene la verdad o la razón o la fuerza que es lo que sucede en la mayor parte de las relaciones sociales, este no es un asunto solo de Derecho, desde que estamos pequeños aprendemos a manejar conflictos frente a nuestros padres a través de la presentación de prueba para ponerlo de alguna manera, argumentar que hizo o no hizo algo para que el papá o la mamá decida cuál es la consecuencia correspondiente, entonces hay una estructura de competencia que permea la mayor parte de nuestras relaciones. La Resolución Alternativa de Conflictos en su parte no adversarial, excluyendo al arbitraje, puede ayudar a modificar en algunos casos el patrón de competencia por un patrón de colaboración, lo que sucede es que mientras que no sea la regla, mientras que la mayor parte de nosotros no tienda a colaborar no van a haber cambios significativos entonces yo pienso que estamos en una etapa del proceso en la que lo que estamos tratando de hacer es instalar en las estructuras sociales estos mecanismos y tratar de promoverlos a través de las relaciones interpersonales para ver si en algún momento surten ese efecto, pero en el corto y mediano plazo yo pienso que van a seguir dominando mecanismos competitivos cuya representación más obvia es el litigio.

¿Qué deficiencias considera que existen en la normativa costarricense que entorpecen el uso e incluso el impulso de la Resolución Alternativa de Conflictos?

La ley RAC es una ley muy flexible yo diría que más bien los tres intentos que se han hecho de reformarla han ido en la línea de detallar algunos vacíos que tenga la ley, ahora como que la ley obstaculice el desarrollo no lo vería así, me parece que lo que puede estar obstaculizando un poco más el desarrollo es la interpretación de alguno de los artículos de la ley, por ejemplo cuando la ley salió entendíamos que la práctica ad hoc o la práctica individual de la mediación era totalmente permisible mientras que el acuerdo de mediación no violara el artículo dos que establece que cosas son mediables y siguiera el artículo 12 que establece los requisitos formales del acuerdo de mediación, esos acuerdos iban a tener el valor del artículo 9 que es el que habla del carácter de cosa juzgada material en las materias que corresponde y debe entenderse formal en las materias que no hay opción de que sea material. De unos diez años hacia acá hay una interpretación de que solo los acuerdos que salen de un centro autorizado por la DINARAC tiene un valor y a mi manera de ver esa interpretación no tiene base en lo que está en la ley, eso es una interpretación que salió por buenas razones porque había gente que había falsificado acuerdos, falsificado firmas, me parece que se estaba buscando una manera de darle más garantía a los acuerdos que llegaban incumplidos para ser ejecutados en la corte, pero eso creo que el problema de que por ejemplo si vos vivís en Nicoya y resulta que ahí no hay ningún centro autorizado, pero hay abogados y abogadas, hay psicólogos y psicólogas, trabajadores sociales, que podrían hacer mediación resulta que no lo pueden hacer porque la interpretación que anda dando vueltas por ahí es que esos acuerdos son nulos y a mí me parece que eso sí es dañino, me parece que es una de las cosas que obstaculizan más la utilización de la mediación. La otra que tal vez sí puede tener que ver con la ley, tiene que ver con que la regulación que tiene la ley 7727 funciona mejor para el sector privado, funciona mejor en aplicación del principio de autonomía de la voluntad entonces las instituciones del Estado que operan con base en el derecho

público han encontrado dificultades importantes para abordar la mediación sin violar el principio de legalidad, entonces hay una tendencia en el Estado a no ir a conciliación o no participar si van a significativamente a la conciliación y eso es porque las personas que pueden tomar en un conflicto de derecho público podrían estar atados a normas como la que hay en la Ley General de Administración Pública que dice para acuerdos arriba de cierto monto en algún momento fueron 250.000 colones cualquier acuerdo o negociación tenía que ir avalada firmada por el ministro del ramo y Presidente de la República, entonces te puede imaginar lo impráctico que se vuelve y la Procuraduría reiteradamente ha emitido dictámenes que ponen en duda la posibilidad de que el Estado vaya a una mediación o conciliación, pero eso no es porque no quiera eso es porque a la luz del principio de legalidad la ley RAC no da suficientes herramientas como para que la administración pueda abordarla, entonces tal vez una de las modificaciones que sí hay que hacer tiene que ir en la línea de la utilización de los mecanismos en materia de derecho público. En materia de derecho privado siento que está lo suficientemente flexibles como para que puedan tener una aplicación amplia y ahí lo que hace falta es más gente capacitada, una mayor claridad o mayor impulso en el desarrollo de centros y también una cosa que a veces sí siento en los cursos que la gente no tiene claro es como generar ingresos para vivir de esto, la gente a veces piensa que no necesariamente es una fuente de ingresos lo suficientemente sólida como para que vos podas dedicarte solo a esto.

¿Considera que a los mediadores deberían exigírseles una formación más especializada en los principios de la mediación?

Depende de la materia que vayan a intervenir, una de las cosas que nosotros quisimos aportar a través de la ley fue la posibilidad de que si se trata de un conflicto que no es de Derecho y un conflicto entre vecinos en el barrio, el líder de la comunidad con esa posición natural de liderazgo formal pueda usarse para mediar efectivamente entonces en esos casos y si entendí bien tu trabajo va dirigido a eso, lo que nosotros llamamos el principio de competencia sustantiva

que es que el mediador o la mediadora tiene que conocer de la materia en la que va a intervenir, en ese caso si el conflicto es de un tema como ese el mediador o la mediadora podría o no tener formación en la medida de que sus destrezas correspondan al contexto. Ahora si vos vas a mediar un conflicto donde hay derechos envueltos en una materia compleja a mí me parece que ahí a quienes van a mediar se les debe exigir una formación general o/y especializada en la medida de que se requiera, es más hay casos en los que se puede requerir de la intervención de profesionales de diferentes áreas en el equipo de mediación como en materia de familia, sería bueno abogado psicólogo, abogada trabajadora social. Ahí yo sí pienso que se pueden establecer requisitos lo que pasa es que los requisitos formativos o de especialización tienen que ir acorde a la materia que se va a intervenir.

¿Considera necesario que la figura del mediador no abogado se le exija una especialización en la rama del Derecho que pretende mediar como ocurre en el Derecho laboral?

Yo diría que no necesariamente porque yo lo que no recomendaría es que un abogado pueda intervenir solo un conflicto de familia ni el psicólogo o la psicóloga pueda intervenir sola un conflicto de familia porque a los dos se les va a poner el peso de no tener expertis en la materia del otro y de todas formas tener que abordar problemas, por ejemplo un abogado o una abogada que va a llevar una mediación o una conciliación en materia de familia, ¿cómo va a poder diagnosticar la posibilidad de que sea de violencia doméstica? ¿Con qué herramientas? ¿Con qué formación? ¿Con qué expertis? ¿Cómo va a poder abordar los procesos emocionales que están envueltos en una relación de pareja que está afectada por un tema como la infidelidad por ejemplo? Y del otro lado, como un psicólogo o una psicóloga se le va a pedir que conozca las implicaciones normativas de Derecho de la materia que va a tener que mediar si a veces ni siquiera los abogados que llevaron toda la carrera se animan a meterse en una materia sobre la cual no tengan especialización o conocimiento, porque saben lo complicado que es. Entonces yo

diría que ahí lo que tiene que haber es una co mediación, hay que trabajarlo en equipo, ahora es cierto que hay algunos casos que han sido excepcionales, por ejemplo el Ministerio de Trabajo durante muchos años tuvo personas que no tenían formación en Derecho en el puesto de conciliadores o conciliadoras, tengo entendido que a partir de la reforma laboral eso cambio y ahora el Ministerio está exigiendo que todos sus conciliadores fueran abogados y además, vino la exigencia posterior de que abogados y abogadas que quisiera pertenecer a una lista de un centro aprobado por la DAL que es el único caso de excepción a lo que te decía al principio de que los acuerdos que se pueden mediar de forma ad hoc, en materia laboral no se puede porque la reforma laboral sí establece expresamente que para que vos podas mediar un conflicto en materia de Derecho laboral tenés que hacerlo a través de un centro autorizado por la DAL y que la DAL te haya aprobado a vos también en la lista de ese centro, si no el acuerdo es nulo, entonces se agregó que esos mediadores y mediadoras, conciliadores y conciliadoras tienen que ser abogados o abogadas y además, de eso tienen que tener una especialidad en Derecho laboral o tienen que tener formación que alcance creo que las 80 horas sobre conciliación laboral, sino no pueden ejercer, entonces digamos que en esos casos hay una excepción a lo que te decía y en algún momento el Ministerio tuvo gente que no era abogado trabajando en esa posición. De todas maneras, a mí me parece que es como difícil exigirle a una persona que no tenga conocimiento especializado que intervenga una materia que tenga sus complejidades, especialmente por lo que te dice el artículo 17 de la ley RAC en el sentido de si vos actúas negligentemente podrías ser sujeto de responsabilidad civil sobre el daño que provoques.

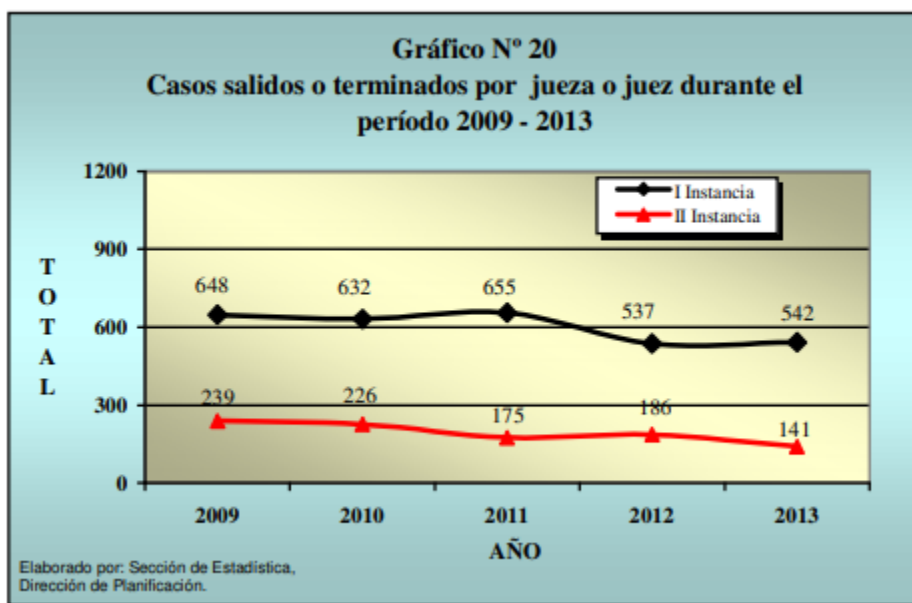
### Apéndice C

CONSOLIDADO 2018 CENTROS RAC PRIVADOS																										
	CIMEDC R	CENAM E	CCA	CICA	CFIA	CEMED CO	INCOFAM I	CLAE	CEMED AR	JURISIS	RAC LABOR AL	CELAR AC	CAM	PUNTO DE ENCUENT RO	TRAC	INRECO S UR	CJAA	CONSENSU M	QUATR O	CIREC	Concord la OLLER	BA-RAC	CRAC, S.A.	CENARAC LTDA	CEPROP AZ	TOTALE S
Atenciones	0	6	1050	790	242	0	106	0	1136	0	347	12	524	10	2544	0	0	10	49	30	11	146	16	34	0	7063
Mediaciones	0	2	14	46	111	0	10	0	522	0	130	12	104	10	2544	0	0	6	21	8	11	205	8	17	0	3781
Materia																										
Arbitrajes	0	0	40	10	20	0	10	0	0	0	0	0	6	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	86
Materia			Comercial construcción	Comercial y laboral	Construcción		familia															Laboral, Civil				

(Tabla 1. Estadísticas Centros RAC 2018. Tomado de Ministerio de Justicia y Paz, República de Costa Rica, 2018).

MINISTERIO DE JUSTICIA Y PAZ														
DIRECCIÓN NACIONAL DE RESOLUCIÓN ALTERNA DE CONFLICTOS														
ESTADÍSTICAS DE CENTROS RAC														
	Comercio	CRCP	Celarac	Cemedar	Cemedco	CFIA	CICA	CLAE	Colegio Médico	Incofami	Jurisis	Nesocon	RAC Laboral	Total
Atenciones	560	30	0	21	0	1085	170	0	80	233	0	0	4	2183
Mediaciones	51	13	0	11	0	24	6	0	4	6	0	0	4	119
Arbitrajes	179	1	0	0	0	3	16	0	0	0	0	0	3	202
<b>Total</b>	<b>790</b>	<b>44</b>	<b>0</b>	<b>32</b>	<b>0</b>	<b>1112</b>	<b>192</b>	<b>0</b>	<b>84</b>	<b>239</b>	<b>0</b>	<b>0</b>	<b>11</b>	<b>2504</b>

(Tabla 2. Estadísticas Centros RAC 2010. Tomado de Ministerio de Justicia y Paz, República de Costa Rica, 2010).



(Tabla 3. Estadísticas casos resueltos Poder Judicial 2009-2013. Tomado de Poder Judicial - Dirección de Planificación, 2014).