

ANOTACIONES SOBRE LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN EUROPA Y SU PORVENIR¹

PLAN

INTRODUCCIÓN

PRIMERA PARTE

DEL SIGO VI a. de C. ; A LA CREACIÓN DE LA COMUNIDAD
ECONÓMICA EUROPEA

SEGUNDA PARTE

PORVENIR DE LAS ADR² EN EUROPA:

- 1.- Pasado, presente y futuro
- 2.- Relación entre el Derecho, la Mediación y las ADR
- 3.- Algunas experiencias, apoyo del Consejo de Europa³
 - 3.1.- Familia
 - 3.2.- Penal
 - 3.3.- Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)⁴

CONCLUSIÓN

ANEXO UNICO: Consejo de Europa: Enciclopedia Microsoft Encarta 97, 1993-
1996 Microsoft Corporation

BIBLIOGRAFÍA

¹ **Carmen Elisa PALACIOS-SERRES**
JURISTA - MEDIADORA

En Francia:
20 Rue du Clos Jotru
78790 ARNOUVILLE
Tel-Fax: 01-30 42 60 13
E-Mail 106766.324@compuserve.com

En Colombia:
Carrera 15 No. 79- 36 (301) Bogotá
Tel-Fax: (57-1) 256 31 54- A.A. 92151
Celular 033-222 85 87
E-Mail ceps5000@andinet.com

² ADR: Alternative Dispute Resolution

³ Conseil de l'Europe; Council of Europe

⁴ Las soluciones alternativas a los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas:
Conciliación, Mediación y Arbitraje (common law, Francia, Alemania, Grecia, Portugal, Finlandia); el arreglo
amigable ante la Corte Europea de Derechos Humanos

ANOTACIONES SOBRE LA SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN EUROPA Y SU PORVENIR

“La honestidad y la sinceridad le impedirán, entonces, evadirse hacia ninguna de las dos direcciones que, en tantos casos, determinan nuestra opción: el recurso a conciliaciones eclécticas, puramente verbales, por desconsideración de la dificultad real de la vida, o la absolutización de uno de los valores en conflicto, con una indebida postergación del otro.

La honradez en la actitud y, concretamente, la honradez intelectual exigen, al contrario, que no se escamoteen las dificultades. Que no digan: “todo es fácil”, “la vida es maravillosa”, etc., dejando al mismo tiempo que el pensamiento se disgregue al compás de vivencias que se van sucediendo al azar. Pero no escamotear las dificultades quiere decir tener la fuerza, la ecuanimidad, la tenacidad, de ponerlas y mantenerlas sobre la mesa tanto tiempo como sea necesario, de soportar la tensión, de diferir todo “no” o todo “sí” hasta que, asumida una mejor madurez, el acuerdo se obtenga por lo que un autor, el nombre del cual ahora no recuerdo, llamaba “elevación mental”. (Cita de J. Bofill, filósofo catalán)

Se trata en el presente artículo, de compartir algunas anotaciones que he ido recogiendo sobre este asunto, para abrir el campo de estudio e investigación a nivel de cursos de postgrado y maestría que se desarrollan en América Latina y en la Zona Andina en el tema de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos, ADR⁵, y Mediación.

Se afirma que los Métodos Alternos de Solución de Conflictos llegaron a Europa, vía Inglaterra, del Canadá y de los Estados Unidos, quizás en su acepción de la última década o de hace unos quince años esto es exacto. Sin embargo, el viejo continente no ha sido ajeno al arreglo amigable, desde épocas remotas, como tampoco lo han sido las culturas china, africanas, y aún esquimales.

La mirada hacia Europa obedece: 1) a la necesidad de responder a la curiosidad de orden académico que surge por parte de los participantes a los citados cursos de formación, a quienes se les imparte por sobre todo las técnicas de Resolución y Solución de Conflictos (ADR) directamente importadas de U.S.A. 2) La diversidad del continente europeo, ha exigido darle “tiempo al tiempo” y por lo tanto “la moda alternativa” ha ido implementándose a la sombra de la reflexión (muy lenta para muchos, ponderada para otros) en todo caso, sin la angustia de la inmediatez. 3) El Consejo de Europa ha sentado amplias directrices en estas materias, me referiré a las que son de más actualidad en este momento, particularmente en el campo de la familia, en lo penal y en del arreglo amigable ante la Corte Europea de Derechos Humanos.

⁵ ADR: Alternative Dispute Resolution

Por último y para contestar a la pregunta que se formularán aquellos que no entienden la razón por la cual escribo estas notas en París, pero con destino a un público y a una materia que se ha de desarrollar en Colombia, y también en Nuestra zona Andina, destinada a los estudiosos del Derecho formal e informal y de las Ciencias Sociales en general. Responderé parafraseando a García Márquez quien afirmó en la Cátedra UNESCO para América Latina el pasado mes de abril, “que así somos nosotros los latinoamericanos, hemos tenido que atravesar el Atlántico para encontrarnos en París con nosotros mismos” y que el siglo XXI no viene hecho de fábrica sino listo para ser forjado por cada uno de nosotros y que será tan glorioso y nuestro como seamos capaces de “imaginarlo”.

Mi reflexión se alimenta de este mensaje, en el sentido de invitarme e invitarlos, a ser muy imaginativos en la búsqueda de caminos, puentes y pasarelas, que nos lleven a la creación y puesta en marcha de alternativas a la gestión de la vida en sociedad, consensuales, consensuadas, apropiadas a las necesidades y expectativas de nuestra civilización y cultura.

PRIMERA PARTE

DEL SIGO VI a. de C.; A LA CREACIÓN DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA

Plutarco ya combatía una cierta forma de juridicismo, es decir la pretensión de querer todo arbitrar en los conflictos entre los hombres a través de una reglamentación oficial, reglamentación incapaz de responder y atender la diversidad de conflictos que produce el ser humano y sobre todo definir con anterioridad la forma de solucionarlos⁶. La concepción de una justicia que no solamente taje, pero que dentro del límite de la cooperación de las partes, “cicatrice en lugar de mutilar”⁷ también fue ampliamente defendida y promulgada por la revolución francesa desde su inicio, ya que data de una ley del 16 y 24 de agosto de 1790 (recordemos la histórica fecha de la toma de la Bastilla el 14 de julio de 1789) según la cual este tipo de justicia representa el medio más razonable para que los ciudadanos entre ellos, arreglen y terminen sus discordias.

Inclusive instauraba la figura del Juez de Paz, para oír a las partes e intentar conciliarlas, antes de que acudieran al proceso judicial. El Juez de Paz “más

⁶ COULON Jean-Marie, pág. 54

⁷ Ibídem, pag. 55

que un árbitro o que un juez, representaba una figura paternal: que se glorificaba conciliando a sus hijos en lugar de pronunciarse entre ellos”.

Solon (siglo VI a. de C.) en la historia antigua de Europa los medidores y las mediadoras griegos representaban a los “guardianes de la buena memoria”, los cuales garantizaban de generación en generación el recuerdo de lo “justo” y de lo “conveniente”, no se trataba de historiadores porque su misión tendía más hacia el bien común, manteniendo vivo el recuerdo de lo justo, de la rectitud y de la justicia. Esta tarea representaba algo primordial en la vida de los griegos por el hecho de que las leyes generalmente se transmitían en forma oral de generación en generación. Por otra parte las leyes eran muy escasas pero claras y comprensibles para todo el mundo ya que no intentaban regular todos los detalles de la vida en sociedad (como se hace hoy en día). Por lo tanto dichas leyes abrían espacios para la interpretación y la negociación propias a cada caso particular. Entre los griegos el derecho negociado era un fenómeno muy común, conocido y practicado en lugar del derecho impuesto y reglamentado.

Solon, personalidad eminente en la historia griega, conocido como el “Presidente Mediador” de la ciudad de Atenas, quien impidió que estallara una guerra civil entre una gran minoría de población rica y una gran mayoría de población pobre, dejó escrito en uno de sus poemas el concepto de esta mediación:

le devolví su dignidad al pueblo en la medida en que ésta le convenía. Yo no le quité su honor, yo no le di más de lo que le correspondía.

Pero no permití que los ricos sacaran un provecho indebido, respaldándose en su fortuna y en su poder.

Protegí así los dos sectores con toda mi fuerza, sin permitir que el uno oprimiera al otro.

La filosofía de esta política social reposa sobre tres pilares:

- los mismos derechos para cada parte, derechos que no borran las diferencias.
- Transparencia y coherencia de las leyes entre sí, para garantizar la equidad dentro del orden social.
- De la aplicación de los elementos anteriores resulta la **justicia**.

Solon, quien también fue un excelente legislador abolió los privilegios transmitidos a través de la herencia, reestructuró los poderes políticos, liberó a todos aquellos que habían sido sometidos a la esclavitud por razones económicas y declaró a todos los atenienses iguales ante la ley, por esta razón se le reconoce como el gestor de la democracia.

Un autor belga, Xavier Rousseaux presenta un prudente y bien documentado examen de la “regulación social” y de la violencia en la sociedad medioeval europea entre los años 500 y 1800⁸. Constata el autor que esta regulación se efectuaba privilegiando los arreglos negociados y subraya los elementos propios a la mediación en dichos arreglos. E inclusive llega a la siguiente conclusión: “Sobre el largo período europeo se pueden distinguir dos importantes épocas: la que corresponde al tiempo o a la época del *acomodamiento* donde la negociación aparece como elemento fundamental del derecho. Este período se extiende desde la caída del imperio romano hasta el surgimiento de los potentes estados del siglo XVI. – Y el tiempo de la *adjudicación* en el cual el derecho se impone a la negociación, este período se desarrolla progresivamente desde la aparición de las monarquías estatales hasta la dominación de los Estados-Nación en el siglo XIX (el código civil Napoleón es una muestra por excelencia).

Al terminar la segunda guerra mundial, Jean MONNET economista, político y ministro francés, asumió un papel definitivo en la creación de la “Unidad Europea”. Él fue el creador de la primera comunidad europea ya que tuvo la capacidad de poner en marcha la comunidad económica del carbón y del acero, la cual corresponde a la que posteriormente y en la actualidad se conoce como “Comunidad Económica Europea”. Su mérito y su visión consistieron en la lucha que asumió para integrar dentro de esta unión y desde un principio a Alemania. La posición que siempre defendió consistió en su convicción en que la construcción europea no podía gestarse sin una reconciliación franco-alemana. Esto, al término de la segunda guerra mundial, propuesto y defendido por un ciudadano francés, es la actitud propia de un demócrata y representa la visión correcta de un mediador.

Dos hechos históricos, ofrecen a la Mediación un marco jurídico fundamentado en la dignidad del ser humano: La Declaración de 1789 y la Declaración Universal de 1948, ésta en su artículo 1ro. Funda en la DIGNIDAD los Derechos Humanos. El Consejo de Europa desde su inicio, no sólo ha defendido los principios sobre los cuales reposan los Derechos Humanos, su unidad, su indivisibilidad, tanto en lo político como en lo social, sino que también ha aceptado y se ha puesto a disposición de las partes, a través de instancias debidamente organizadas, para intentar arreglos entre los interesados.

⁸ Rousseaux Xavier: De la négociation au procès pénal: La gestion de la violence dans la société Médiévale et moderne (500-1800). In: Gerard Philippe Ost et Michel van de Kerchove (Ed.): Droit négocié, droit imposé? Bruxelles 1996 (Publication des Facultés Universitaires St. Louis Nr. 72, p. 283.

SEGUNDA PARTE

PORVENIR DE LAS ADR⁹ EN EUROPA:

1.- Pasado, presente y futuro

Como lo vimos en un principio, el arreglo amigable ya sea como solución alternativa de conflictos o como Mediación, ha tenido en la historia de Europa una posición bien arraigada. La Conciliación, la Negociación, la Transacción, la Justicia de Paz, la Mediación, han sido reconocidas a lo largo del tiempo en diferentes legislaciones y culturas.

La institución del Ombudsman: Inventada en Suecia en 1809. En un principio la institución fue prevista para un solo Ombudsman, al cabo de un siglo de existencia se amplió a dos, uno para el sector político y otro para los asuntos militares. En la actualidad son tres y su originalidad consiste en que cada uno de ellos define su campo de acción y su competencia. Son designados por el parlamento para un período de cuatro años, con posibilidad de reelección e investidos de una total y completa independencia. La revocatoria está contemplada en los textos y puede hacerse efectiva en cualquier momento, pero en realidad en la historia de esta institución, jamás se ha producido un caso de revocatoria.

El campo de acción del Ombudsman se extiende a la totalidad de la administración pública, comprendido el sector militar y la justicia. El Ombudsman puede dirigirle recomendaciones a las autoridades y aún iniciar acciones penales contra cualquier órgano que considere responsable o proponer el pago de una indemnización.

Cada Ombudsman entrega un informe anual al parlamento, estos informes se refieren a los asuntos que fueron objeto de una instrucción por parte del respectivo Ombudsman y a la evolución de cada asunto.

Esta institución fue progresivamente adoptada por otros países escandinavos como Finlandia, Noruega y Dinamarca.

A partir de los años 50 la figura del Ombudsman se fue extendiendo hacia otros países europeos, dentro del marco de aquellas instituciones que se conocen bajo el nombre de “Autoridades Administrativas Independientes”, es decir aquellas autoridades que no hacen parte ni del poder legislativo ni del poder judicial y que tampoco se integran al poder ejecutivo, puesto que frente a este último, disponen de una independencia muy significativa. Se anota que

⁹ ADR: Alternative Dispute Resolution

cada país europeo ha ido amoldando esta institución a sus propias tradiciones y a sus particularidades.

En Inglaterra, en 1967, se creó el Parliamentary Commissioner for Administration, nombrado por el Rey por sugerencia del Primer Ministro, por un período indeterminado, siempre y cuando cumpla satisfactoriamente sus funciones y hasta la edad de 65 años cumplidos.

En Francia en 1973 se creó una institución similar bajo el nombre de Mediador, y más tarde se le designó bajo el prestigioso apelativo de Mediador de la República, bajo el cual cumple actualmente sus funciones, en España se le conoce como el Defensor del Pueblo, en Grecia como el Abogado del Ciudadano, y así sucesivamente esta institución ha ido creándose en diferentes países europeos, hasta el punto que ya existe un Mediador a nivel de Europa, ya que esta figura fue adoptada desde marzo de 1994 ante el Parlamento de la Unión Europea.

La institución, con el objeto de responder a las diversidades propias de cada país, se desarrolla en varios de ellos a través de sectores bien definidos para responder a la solución de litigios que oponen a la administración con el sector privado, es así como han surgido los Mediadores municipales, penitenciarios, Mediadores para el cine, el libro, el medio ambiente, etc.

Por esta razón, algunos estudiosos de estas materias, consideran que la acción desarrollada en los Estados Unidos en el terreno de la Alternative Dipute Resolution, no es un descubrimiento nuevo para la gestión de conflictos dentro de la vida en sociedad. Lo que se constituye en una real novedad en los USA, es la fuerza, la amplitud, la diversidad de los campos de acción, y la permanente creación de figuras tendientes a facilitar el entendimiento de los actores en conflicto, sin tener que necesariamente acudir a las instancias judiciales. Este fenómeno se ha traducido en una redefinición de las relaciones entre la llamada sociedad civil y el estado.

Durante la última década, en Europa, paralelamente al movimiento MASC y ADR, con relación a la justicia formal, también ha adquirido gran fuerza y desarrollo una profunda reflexión y acción en torno a un discurso sobre la tolerancia, el reconocimiento del otro, la convivencia pacífica y aquello que la UNESCO suele divulgar bajo la denominación de una cultura de paz. Yo personalmente me hallo comprometida dentro de esta última tendencia la cual vivo y trasmito a través del concepto de Mediación (creación de vínculos,

impulsión de la solidaridad), sin embargo para efectos de estas anotaciones, debo aclarar que solo me referiré al primer aspecto, o sea el relacionado con el papel de los MASC, la mediación, pero frente a la justicia formal en Europa, el cual encaja dentro de un concepto más amplio, de Mediación Institucional

La originalidad del continente europeo en esta materia, se canaliza a través del peso de la reflexión y el rigor ético que se le infunde permanentemente a este debate. Esta reflexión crítica, ha permitido una más amplia comprensión del tratamiento de las diferencias y ha privilegiado el desarrollo de una tendencia que le esta imprimiendo a la Mediación, un carácter independiente al de la mera aplicación de la **técnica** inherente a las ADR.

2.- Relación entre el Derecho, la Mediación y las ADR

Este punto es extremadamente importante, ya que mira y acepta la transformación del derecho traducido en norma jurídica, frente a la variedad y originalidad de otras formas de regulación social.

Ni Derecho IMPUESTO, ni Derecho CONVENIDO o NEGOCIADO, con la aparición del Estado Social de Derecho, las sociedades post-industriales y contemporáneas se caracterizan por el paso hacia lo informal y lo alternativo. En el campo del Derecho, esta transformación de la norma, del juez y del proceso se refleja en la aparición de los MASC, los ADR, la Mediación.

Código = Regla Inflexible ⇒ Norma Negociada
 Potestad del Juez ⇒ Interacción Pluridisciplinaria de su operador
 Control Jerárquico y Vertical ⇒ Control Horizontal y Lateral

Resultado: Espacio para la comunicación verbal y directa entre las partes, para la expresión abierta de las emociones, para la búsqueda de la EQUIDAD. *“Ética de la comunicación y moral de la post-modernidad”*, por lo tanto, de la SOLUCIÓN MÁS ADECUADA, MÁS APROPIADA.

* No puede desconocerse que existen o se dan ADR por voluntad de las partes, por mutuo consentimiento, y también existen ADR por decepción y peor aún por obligación.

- El primer caso de figura, cuando las partes voluntariamente desean negociar y se comprometen en un Proceso Alterno de Resolución de su conflicto, tienen un conocimiento del “proceso” al que voluntariamente adhieren. Su objeto es

llegar a un acuerdo, a una solución que si bien será jurídica, no habrá sido impuesta por un juez, o por un árbitro.

- El segundo caso de figura, cuando las partes llegan por decepción a optar por las ADR, es porque realmente los costos judiciales son altos o le temen al peso y desgaste de todo proceso judicial o inclusive arbitral. Por ejemplo, en este caso, se encuentran aquellos que tienen menos capacidad económica, que se ven obligados a optar por las ADR cuando realmente su conflicto demanda la atención de la justicia formal.

- Y el último caso de figura, cuando se llega al extremo de expedir legislaciones que obligan a las partes a someterse a las ADR antes de acceder a la justicia formal, es realmente el más crítico y puede afirmarse que un desarrollo de esas alternativas que adquiera y se formalice a través de estos cánones, se convierte en “ideología jurídica”, se convierte en “técnica desalmada”, en simple “ingeniería procesal” .

Sin embargo, no puede ni debe idealizarse la justicia informal, su desarrollo y aplicación demandan gran sentido de crítica, evaluación y revisión permanentes. El presente aparte, es una simple anotación frente al amplísimo debate que merece el análisis entre Derecho formal e informal; justicia dispensada e impartida; justicia convencional y negociada.

3.- Algunas experiencias, apoyo del Consejo de Europa¹⁰

El Consejo de Europa, es una organización intergubernamental instituida en Londres en 1949, inicialmente contó con 10 países miembros fundadores (ver anexo único) los cuales se constituyeron como un club de democracias, cuya inmediata labor se tradujo en la Convención Europea para la salvaguardia de los derechos del hombre y de sus libertades fundamentales, promulgada el 4 de noviembre de 1950.

Sus objetivos también buscan alcanzar la unión entre sus miembros y favorecer el progreso económico y social de los mismos. Después de la incorporación de algunos países de Europa del Este (Checoslovaquia, Ucrania, Rusia, Croacia, etc.), ha llegado a reunir 40 miembros asociados.

3.1.- Familia

Tradicionalmente, los “ajustes de cuentas” se hacían en casa, con la intervención de algún miembro mayor de la familia, de un sacerdote, de un amigo cercano. La transformación social y económica de nuestras sociedades,

¹⁰ Conseil de l'Europe; Council of Europe

influyó en la estructura del medio familiar y a esta transformación se le acusa del alto índice de separaciones, divorcios y niñez desamparada, en el sentido de las consecuencias frecuentemente traumáticas, que recaen sobre los hijos ante las rupturas frecuentes en la vida e historia de las parejas.

El continente europeo ha sufrido cambios continuos y profundos en su estructura social y familiar durante los últimos 20 años, los cuales se manifiestan principalmente en la gran baja: de nacimientos y de parejas dispuestas a contraer matrimonio; en el aumento: de la tasa de divorcios y de familias reestructuradas diferentemente.

En la cuarta conferencia europea sobre derecho de familia convocada por el Consejo de Europa (1 y 2 de octubre de 1998), se menciona un estudio realizado en Viena en 1977 para la primera conferencia europea de derecho de familia, según la cual un 85% de los matrimonios europeos estarían disueltos a la llegada del año 2.000.

La distancia entre la norma y el hecho social:

La fractura entre la respuesta jurídica y la crisis de la estructura familiar fue colmándose lentamente por una actividad ciudadana, tendiente a orientar las conductas y soluciones para las parejas en trámite de ruptura, sobre las consecuencias patrimoniales, paterno filiales y personales. Ya que la norma jurídica no estaba diseñada para invitar y menos atender los arreglos entre cónyuges, la norma por lo general, sólo daba espacio para el enfrentamiento durante el proceso judicial.

Diferentes países europeos fueron trabajando a distinto ritmo e independientemente en la atención y escucha a las parejas en trámite de separación y divorcio, con la colaboración de abogados, trabajadores sociales, psicólogos y otros profesionales, que poco a poco enriquecieron esta experiencia, con resultados muy positivos, los cuales colocan hoy a la Mediación familiar como una respuesta bastante estructurada y eficaz en el campo del derecho de familia en Europa.

La ley reconoce los MASC y la Mediación Familiar:

Muy rápidamente este movimiento se fue conociendo y la segunda conferencia europea sobre derecho de familia, realizada en Budapest en 1992 se consagró exclusivamente al tema de la separación parental, las nuevas uniones matrimoniales, la responsabilidad paterno – filial y especialmente a la capacidad de la norma jurídica para reducir el impacto del divorcio y la separación. En esta oportunidad algunos Métodos Alternos de Solución de

Conflictos como la Conciliación, fueron reconocidos como una respuesta adecuada a la conflictividad familiar.

En Cádiz, en 1995, la tercera conferencia europea de derecho de familia enfocó toda su atención sobre el porvenir del derecho de familia y la Mediación familiar.

Fue así como se unificó el concepto de Mediación para la atención del conflicto familiar, por encima de los comúnmente conocidos Métodos Alternos de Solución de Conflictos y se definió así a la Mediación: *“Es un proceso durante el cual un tercero imparcial, el Mediador, ayuda a las partes a negociar sus propias decisiones antes o durante un litigio”*.

Se destacan allí las siguientes características: el Mediador no tiene ningún poder coercitivo, es voluntariamente elegido por las partes, no actúa como juez, ni árbitro, ni abogado. El Mediador no tiene poder para imponer reglamentos a las partes, y las discusiones que adelanta con ellas son absolutamente confidenciales.

Estas características hacen de la Mediación familiar un instrumento diferente a los arreglos propuestos con la colaboración de abogados, abren una posibilidad distinta a la vía del proceso judicial e inclusive a los trámites que ofrece o asume la administración en algunos casos.

Inclusive se le reconoce a la Mediación Familiar algunas ventajas frente al campo judicial:

- La respuesta judicial, taja y decide en la sentencia la forma de darle solución al conflicto familiar, generalmente a una parte de éste.
- La Mediación Familiar en cambio, deja en manos de los directamente interesados la “construcción” de una respuesta parcial o integral a su conflicto, debido al tratamiento sistémico de las diferencias y de las partes.
- Los costos en tiempo, dinero y desgaste emocional son diferentes y menores en la Mediación.

Estado actual de la Mediación Familiar en Europa:

Con el objeto de conocer el estado de la Mediación Familiar en Europa, en 1997, un grupo de trabajo sobre Mediación y otros Métodos Alternos de Solución de Conflictos, elaboró un cuestionario destinado a este objetivo, e invitó a los estados representados en el Comité Europeo de cooperación jurídica a diligenciarlo.

La respuesta de 12 estados permitió constatar una amplia similitud entre las prácticas y objetivos de la Mediación Familiar, no obstante algunas diferencias de carácter terminológico que surgen cuando se trata de describirla en la práctica. Sin embargo, se anotaron una serie de principios comunes a los diferentes países que respondieron el cuestionario y los cuales vale la pena mencionar:

- La Mediación se desarrolla en privado y lo discutido tiene un carácter absolutamente confidencial.
- Las partes se hacen responsables de formular todos los acuerdos que consideren, para satisfacer sus necesidades y la situación que les es propia. El enfoque se orienta hacia la adopción de una solución viable, sin tener en cuenta lo que está bien o lo que está mal, la prioridad radica en la calidad del acuerdo.
- Los Mediadores deben ser imparciales y neutrales. Su responsabilidad radica en mantener un nivel de comunicación directa y franca entre las partes, restableciendo el equilibrio ante posibles desigualdades o manipulaciones y reduciendo, vigilando, el nivel de violencia manifiesta u oculta, entre las partes.
- La Mediación se concentra sobre las relaciones y la organización, después de la ruptura, ya que parte del principio que los progenitores conocen y deben responsabilizarse por lo que le convenga a sus hijos.

El papel del Consejo de Europa en esa materia ha sido definitivo, se destaca que la Recomendación No. R (98) 1 de su Comité de Ministros se constituye en un elemento básico para el reconocimiento de los Métodos Alternos de Solución de Conflictos y de la Mediación Familiar en materia de derecho de familia. Lo cual no quiere decir que se reduzca el derecho que tiene todo ciudadano para acceder a la justicia, ni que se le limiten los poderes a las instancias judiciales o administrativas cuando se trata de proteger a todos los miembros de una familia y particularmente a los menores, cuando éstos se hallan inmersos dentro de los traumas propios a los litigios conyugales.

3.2.- Penal

En el campo de la Justicia Penal, surgió una corriente en USA y en Inglaterra el cual se desarrolló a partir de un modelo de mediación entre la víctima y el delincuente. Actualmente la tendencia se centra aplicada a la justicia de menores y juvenil, aunque también se desarrollan experiencias ligadas con delincuentes adultos.

En Inglaterra ha tenido buena acogida y resultados, con un elevado índice de participación de las comunidades donde se ha implantado dentro de un marco legal.

En Europa continental, su desarrollo ha sido diferente y más lento, pero siempre mirando hacia el mismo objetivo, “responsabilizar al delincuente”; “búsqueda de una pedagogía de la responsabilidad”¹¹, con miras a:

- Atender a la víctima
- Responsabilizar al delincuente, en lugar de culpabilizarlo
- Disminuir el nivel de reincidencia
- Integrar al delincuente dentro de comportamientos sociales (ni lo margina ni lo estigmatiza)
- La víctima se convierte en un instrumento terapéutico para el delincuente, quien acepta y negocia la sanción en lugar de someterse a una pena impuesta desde arriba.

* La Mediación penal permite revisar el sentido de la responsabilidad comunitaria e inclusive el concepto de seguridad.

* La reparación de la víctima, es un punto aún no resuelto, que demanda nuevas formas de intervención, y la implementación de sistemas alternos de atención para las víctimas sin que necesariamente se refieran a reparaciones de tipo financiero.

El Consejo de Europa en su recomendación del 15 de septiembre pasado (No. 99)19, adoptada por su Comité de Ministros, insiste para que todos los gobiernos de los Estados partes, tomen en consideración los enunciados de la citada recomendación, cuando desarrollen la Mediación Penal; lo mismo que los invita a darle la mayor divulgación posible al texto de esta recomendación.

Lo cual representa un gran avance en materia de Mediación Penal en Europa, y abre espacios de práctica y reflexión a modelos de justicia negociada en materia penal, indispensables para asegurar el porvenir de estas nuevas formas de mirar la justicia y de redefinir la regulación social.

3.3.- Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)¹²

¹¹ in artículo Orígenes de la Mediación, pag. 42

¹² Las soluciones alternativas a los litigios entre las autoridades administrativas y las personas privadas: Conciliación, Mediación y Arbitraje (common law, Francia, Alemania, Grecia, Portugal, Finlandia); el arreglo amigable ante la Corte Europea de Derechos Humanos

El Consejo de Europa celebró los 50 años de su fundación, con la unificación y reemplazo de la Comisión Europea de Derechos del Hombre y la Corte Europea de Derechos del Hombre, bajo una nueva y única institución: **Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH)**, cuya gran originalidad y aporte consiste en la posibilidad que le abre a todo ciudadano para permitirle acudir directamente ante la Corte, cuando estime que sus derechos fundamentales han sido violados. La nueva Corte heredó las mismas competencias que se le atribuían a los organismos anteriores para el tratamiento de las demandas por violación de derechos y libertades por la vía procesal y por la vía del arreglo amigable.

La cuestión que actualmente esta por saberse, es si en la práctica la CEDH va a mantener la misma filosofía que aplicaba la Comisión en esta materia, o si por el contrario va a establecer su propia manera de actuar, como lo indican algunos cambios que ya se han implantado en este aspecto.

Veamos algunas novedades sobre el nuevo procedimiento:

- La CEDH, ya ha tratado y regulado asuntos – por la vía del mutuo acuerdo, - por intermedio de su Secretariado, - ningún miembro de la Corte se involucra dentro del proceso del mutuo acuerdo, - la Corte, jamás se pronunciará sobre la opinión provisional que motivó la admisión de un asunto.

En este sentido, se apartó la actual Corte (CEDH) del sistema practicado por la extinguida Comisión, ya que pretende salvaguardar una independencia y una libertad absolutas, como organismo que es de Plena Jurisdicción.

Por otra parte, al impedir que sus miembros participen en las negociaciones propias a la etapa del mutuo acuerdo, la CEDH se está alineando con la doctrina que defiende la necesidad de independizar la función del juez, de aquella del conciliador. Porque la CEDH se reserva exclusivamente el papel de fallar sobre el fondo de un litigio para ponerle fin a un proceso contencioso.

La etapa del arreglo y el arreglo en sí mismo se dejan en poder de su Secretario, quien actúa bajo las instrucciones del Presidente de la Cámara y el Comité de Ministros ejerce una vigilancia conforme al artículo 46. 2 de la Convención, sobre la ejecución del compromiso, a este mismo Comité se subordinó lo relativo al desistimiento.

Solamente por circunstancias que la Corte llegue a calificar de excepcionales, un asunto puede volver a su conocimiento después de que ha salido de su competencia por desistimiento o por la alternativa del arreglo. Esta actuación le evita a la Corte el seguimiento a la ejecución y aplicación del acuerdo, cuya tarea quedó en cabeza del Comité de Ministros, como se dijo anteriormente.

Estos ajustes se han adoptado hace muy poco tiempo, por lo tanto todavía no puede hacerse un balance de sus resultados, ni de la filosofía que en la práctica va a prevalecer en la nueva CEDH, para atender este tipo de reclamos y el nuevo procedimiento que ha diseñado para atender por la vía del mutuo acuerdo, los asuntos que le sean elevados.

La CEDH, tiene un porvenir y un reto para ajustar. Por un lado, desarrollar sus fallos y su función de impartir justicia; por el otro, valorar los resultados de los asuntos que se regulen por la vía del acuerdo, el cual frecuentemente consiste en el pago de una suma de dinero por parte del gobierno demandado, una vez comprobada la violación.

El informe sobre el cual se basan estas notas es de mayo de 1999¹³, seis meses habían transcurrido desde la adopción de este nuevo modelo para la atención del arreglo por violación de derechos humanos, ante la Corte Europea, es todavía muy temprano para evaluar; para emitir juicios o solicitar cambios.

CONCLUSIÓN

Europa avanza y está dispuesta a mantener un desarrollo durable de los MASC y de la Mediación, las diferentes legislaciones han ido incorporándolos y asegurando su práctica y campo de acción, no obstante los temores y las críticas que desde el sector judicial y administrativo se les han formulado con alguna frecuencia.

Solo podrá asegurarse el éxito de su desarrollo (autonomía y eficacia) si se respeta la diversidad inherente a cada país Europeo y a su propia cultura, evitando caer en la tentación de uniformizar las tendencias bajo la lógica exclusiva de aplicar una técnica para la solución de un conflicto, la cual a más de terriblemente reductora, induciría a una especie de ideología de la “Fast Alternative Justice Europea” (y que se me disculpe por este término atrevido pero premonitorio).

¹³ * CONFERENCE MULTILATÉRALE.- Les Solutions Alternatives aux litiges entre les Autorites Administratives et les personnes privées: Conciliation, Mediation et Arbitrage, 1999: - Le règlement amiable devant la Cour européenne des Droits de l'Homme, M. Ireneu Cabral Barreto, Portugal, mayo-Junio 1999.

También se debe evitar todos los brotes de aquella propaganda que tiende a desprestigiar el proceso judicial y el proceso arbitral, so pretexto de economía y rapidez.

El rigor deberá enfocarse hacia salvaguardar la ética y la deontología de estos conceptos y técnicas de regulación social, más que por el afán de entregar leyes con “fórmulas ”para la solución de conflictos.

Estamos viviendo épocas de vacíos y desajustes, de paradigmas que han dejado de ser y todavía no han sido reemplazados. El derecho no es el único depositario de las respuestas a las necesidades que la regulación de la vida en sociedad demanda de cara al tercer milenio. No se trata de derecho formal versus derecho alternativo, estos fenómenos no pueden excluirse ni fagocitarse, no es tampoco una renuncia de la capacidad de intervención del Estado. Son manifestaciones inherentes a la práctica y al reconocimiento de las distintas expresiones de la democracia a través de la actividad ciudadana.

NOTA:

No me referí al campo de la justicia de paz en estas notas, por respeto a su gran dimensión, no solo en el pasado, pero sobre todo hacia el futuro. En Europa tiene la justicia de paz una tradición bien cimentada que llegó hasta nosotros a través de la conquista española y sus períodos posteriores.

Cifro en la justicia de paz mi esperanza y el porvenir del ciudadano en estas latitudes. Como ya he tenido la oportunidad de sentar mis puntos de vista sobre este tema¹⁴, decidí en este espacio no hacer referencia a la justicia de paz, la cual en mi criterio corresponde a la visión que personalmente me hago de la Mediación.

Paris, Septiembre de 1999

¹⁴ “Justicia de Paz y justicia ordinaria: Dos formas de regulación social, independientes e insustituibles” en Justicia de paz en Colombia, Corporación Excelencia en la Justicia, año 2 No. 8, Bogotá, Junio de 1999
“Hacia una Política de protección de la niñez” , Cuadernos de Reflexión publicación de la Fundación Antonio Restrepo Barco, Bogotá, Junio de 1999

ANEXO UNICO

CONSEJO DE EUROPA

Organización de estados europeos, creada en 1949 para conseguir una mayor unidad entre las naciones miembros, sobre la base de sus tradiciones comunes de libertad política, más que por su localización geográfica. Junto a los diez países miembros originales (Bélgica, Dinamarca, Francia, Reino Unido, Irlanda, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Noruega y Suecia) otros 22 países más han sido admitidos como miembros de pleno derecho en el Consejo: Turquía (1949), Grecia (1949, retirada durante el período 1969-1974), Islandia (1950), Alemania (1951), Chipre (1961, Suiza (1963), Malta (1965), Portugal (1976), España (1977), Liechtenstein (1978), San Marino (1988), Finlandia (1989), Hungría (1990), Polonia (1991), Bulgaria (1992) y Estonia, Lituania, Eslovenia, la República Checa, Eslovaquia y Rumania (1993).

El Consejo consta de un órgano ejecutivo de Ministros (los ministros de Exteriores de los Estados miembros), y la Asamblea Consultiva (personas designadas por los parlamentos nacionales de los estados miembros).

Los poderes del Consejo de Europa son en Exclusiva de asesoramiento. Cada miembro conserva su plena soberanía nacional, y las resoluciones adoptadas por la Asamblea Consultiva deben obtener la aprobación mayoritaria del Consejo de Ministros antes de ser remitidas a las legislaturas nacionales de los países miembros. El Consejo sirve, en cualquier caso, de foro útil donde se pueden discutir problemas urgentes europeos y mundiales, y las posibles soluciones pueden ser hechas públicas en función de sus efectos sobre las naciones miembros.

Al trabajar para el objetivo de la unidad de Europa, el Consejo ha servido como un instrumento para comenzar y esbozar pactos multilaterales, diseñados para unificar las actividades de las naciones europeas en cuestiones como la protección de los derechos humanos, el establecimiento de modelos culturales y educativos, y suavizar o eliminar las restricciones de circulación. El consejo creó una comisión en 1950 y un tribunal en 1959 para reforzar los derechos trazados en la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950). Éstos abarcan los derechos a un salario justo, a la huelga y a la seguridad social, incluida la asistencia médica y social si es necesario.

El Consejo ha dirigido también sus esfuerzos hacia la integración económica de los distintos estados europeos. El Consejo puso en marcha programas para la reducción de tarifas y la eliminación de otras barreras comerciales, acciones que influyeron en la creación de la Comunidad Europea del Carbón y el Acero, la Asociación del Mercado Libre Europeo y la Comunidad Europea, ahora conocida como la Unión Europea.

El Consejo de Ministros y la Asamblea Consultiva se reúnen anualmente en una sesión conjunta en la sede central del Consejo en Estrasburgo, en Francia. Ambos grupos pueden reunirse por separado para ocuparse de materias concretas¹⁵.

¹⁵ Enciclopedia Microsoft Encarta 97, 1993-1996 Microsoft Corporation

BIBLIOGRAFÍA

- * Conseil D'État, "Régler Autrement les Conflits: Conciliation, Transaction, Arbitrage en matière administrative", La documentation Française, Paris, 1993
- * COULON Jean-Marie, "Réflexions et propositions sur la procédure civile", La documentation Française, Paris, 1997
- * Prof. ROBERT Christian-Nils, "Origines de la Médiation", Institut Kurt Bosch Master Européen en Médiation, Suiza, 1999
- * ARNAUD André-Jean, "Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit", Centre National de la Recherche Scientifique, Paris.
- * Conseil de l'Europe, "La Mediation Familiale en Europe", Quatrieme conference europeenne sur le droit de la famille, 1998:
 - Relations entre la médiation familiale et les procédures judiciaires, FARINHA António, Portugal.
 - Introduction à la médiation familiale en Europe et à ses caractéristiques spécifiques et avantages", WALKER Janet, Royaume Uni
 - Le statut des accords de médiation et leur mise en oeuvre, LLOYD Maru, Dublin.
 - La personne du médiateur, RIOMET Nathalie, Paris.
 - Selection, formation et qualification du médiateur, TASKINEN Sirpa, Finlandia.
 - Rapport WINTER Renate, Austria
- * Conseil de l'Europe, Comité des ministres, "Sur la mediation en matiere penale", 1999.
- * CONSEJO DE EUROPA.- CONFERENCE MULTILATÉRALE: Lisboa, Portugal, Mayo 31- Junio 2 de 1999: *Les Solutions Alternatives aux litiges entre les Autorites Administratives et les personnes privees: Conciliation, Mediation et Arbitrage.*
- * PEKAR LEMPEREUR Alain, "Harvard Negotiation Law Review", Multidisciplinary Journal on Dispute Resolución, Harvard, Spring 1998