



# La mediación

**Claves  
para su  
comprensión y práctica**

tritoma

  
HARA PRESS

**DANIEL J. BUSTELO**





LA MEDIACIÓN  
CLAVES PARA SU COMPRENSIÓN Y PRÁCTICA





# **La mediación**

**Claves para su comprensión  
y práctica**

**DANIEL JORGE BUSTELO  
ELIÇABE-URRIOL**

  
HARA PRESS

tritoma



# Índice

<b>Prólogo</b> .....	13
<b>Introducción</b> .....	17
<b>Capítulo I</b>	
<b><i>Sistemas RAC y la Administración de Justicia</i></b> .....	21
1.1 Sistemas Adecuados de Resolución de Conflictos .....	21
1.2 Los RAC y la Administración de Justicia .....	26
1.3 Resolución extrajudicial de conflictos .....	33
1.3.1 Introducción .....	33
1.3.2 Voluntariedad .....	43
1.3.3 Confidencialidad .....	47
1.3.4 Potestad del tercero para sugerir o imponer una solución .....	48
1.3.5 La ineficacia de los tribunales de Justicia para justificar el desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos .....	49
<b>Capítulo II</b>	
<b><i>La conciliación</i></b> .....	53
2.1 Aceptación legal .....	53
2.2 Aceptación dentro de los RAC .....	54
<b>Capítulo III</b>	
<b><i>El concepto de mediación</i></b> .....	65
3.1 Concepto de mediación .....	65
3.2 El lugar del mediador .....	75
3.3 Función del rotafolio en el presente modelo de mediación .....	84
3.4 El <i>caucus</i> en la mediación .....	89
3.5 Mediación y otras intervenciones profesionales .....	94
3.6 Encuadre necesario para un proceso de mediación .....	104
a. Espacio físico .....	104
b. Uso del lenguaje .....	105
c. Compromiso con los horarios y las citas .....	106
3.7 Objetivo del proceso de mediación .....	106
3.8 Aptitudes y actitudes del mediador .....	110



3.8.1 Empatía	112
3.8.2 Flexibilidad	114
3.8.3 Creatividad	116
3.8.4 Registro personal	116
3.8.5 Confianza en el proceso	121
3.9 Mediación y Género	123
3.9.1 La necesidad de una mirada interdisciplinar	123
3.9.2 Importancia y complejidad del tema	123
3.9.3 La perspectiva desde el proceso de mediación	126
3.9.3.1 El propio lugar de género del mediador	127
3.9.3.2 El lenguaje digital y analógico (verbal y corporal)	127
3.9.3.3 El espacio para las emociones	128
3.9.3.4 Los roles adscritos a los géneros	129
3.9.3.5 Los lugares de poder	130
3.9.3.6 Habilidades de género	133
3.9.3.7 Manipulación e intimidación	134
3.9.3.8 La memoria emotiva	134
3.10 Definición de mediación	135

## Capítulo IV

<b>El proceso de mediación</b>	143
4.1 Perspectivas desde las cuales se puede entender	143
4.2 El proceso desde la perspectiva del espacio simbólico que representa la mediación	143
4.2.1 Primera fase de la mediación	144
4.2.2 Segunda fase de la mediación	145
4.2.3 Tercera fase de la mediación	147
4.3 El proceso desde la perspectiva de la tarea que realizan mediador y mediados	150
4.4 El proceso desde la perspectiva de la escuela de Harvard pero con una mirada interdisciplinar	154
4.4.1 Estado de Pasiones	155
4.4.2 Estado de Posiciones	159
4.4.3 Estado de Intereses	162
4.5 Co-construcción del proceso	164
4.6 Qué temas se pueden tratar en mediación	166
4.7 El lugar de la información	172
4.8 La negociación	174
4.9 El acuerdo	175

## Capítulo V

<b>Distintos campos de aplicación de la mediación</b> . . . . .	179
5.1 Clasificación referida a la naturaleza jurídica de los conflictos . . . . .	179
5.1.1 Mediación en materia civil y comercial . . . . .	179
5.1.2 Mediación en materia Penal . . . . .	180
5.1.2.1 Mediación Penal con menores . . . . .	180
5.1.2.2 Mediación Penal con mayores . . . . .	181
5.2 Clasificación referida a la naturaleza intrínseca de los conflictos . . . . .	181
5.2.1 Mediación Comercial . . . . .	182
5.2.1.1 Estructura básica del proceso . . . . .	184
5.2.1.2 Lugar del mediador . . . . .	186
5.2.1.3 Valores desde los que se decide hacer los acuerdos . . . . .	186
5.2.1.4 Participación de asesores necesarios . . . . .	186
5.2.1.5 Ejemplo de un caso de mediación comercial: la tarjeta de hardware que se quemaba . . . . .	187
5.2.2 Mediación Familiar . . . . .	192
5.2.2.1 ¿La mediación familiar es sólo para separación y divorcio? . . . . .	197
5.2.2.2 Límites de la mediación familiar . . . . .	198
5.2.3 Mediación Intercultural . . . . .	199
5.2.4 Mediación Escolar . . . . .	200
5.2.5 Otros campos de aplicación de la mediación . . . . .	201

## Capítulo VI

<b>La formación del mediador</b> . . . . .	203
6.1 Importancia de la formación . . . . .	203
<b>Conclusión</b> . . . . .	217



*Mi agradecimiento y reconocimiento a mi amante compañera  
Inma, porque sin su tesón, compañía y amor, este trabajo nunca  
hubiera llegado a estar en sus manos.*



## Prólogo

Cuando la vida, en su brindar con interminable generosidad experiencias siempre exquisitas, diferentes y preñadas, se encuentra con un espíritu capaz de pensarlas, dejándolas ser, envolviéndolas y entibiándolas sin miedo a que las contradicciones desorganicen los organigramas trabajosamente montados, los predicadores tiemblan.

Daniel Bustelo es de aquellos que saben que la disidencia, el conflicto e, inclusive, la violencia son la materia oscura imprescindible para la vida, son la fuente de la tensión que precisan las personas para relacionarse y formar sociedades. Esa espesa sombra es imprevisible, arriesgada, y los amantes de la seguridad total, con poco coraje para enfrentar las magníficas realidades no controlables, la huyen o tratan de dominarla a fuerza de omisiones y conceptualizaciones.

En el campo de la mediación, muchos creen que basta con imaginar una estructura donde las emociones, los sentimientos, las fuerzas de la oscuridad, estén fuera (una mesa que corte la figura humana ocultando el bajo vientre y los genitales, un esquema de comunicación centrado en resolver cuestiones de intereses superciliares) para que de veras lo estén. La molesta violencia, entonces, impedida de nutrir la vida como es su finalidad, se despegará del acuerdo a que se llegue y lo transformará en uno más, de difícil cumplimiento.

No es el caso de la mediación busteliana. Gran parte de este libro está dedicado a analizar con inigualable maestría cómo las emociones se “arropan” y cómo el mediador puede formarse para hacerlo. Recalco ese verbo “arropar” (recogido por casualidad de los labios de un alumno cuyo nombre el autor lamenta no recordar, ello da cuenta de su disponibilidad para recibir de todos, y para esperar del azar): Bustelo le da mucha importancia y con razón, ya que da cuenta de que las emociones no se

suprimen ni se controlan, sino que se desenvuelven, se cuidan, se acunan, se modulan, se “arropan”. Y en ellas está la fuerza de la mediación.

Porque Bustelo sabe también cuán saturado está el discurso trazado por la Iluminación y recorrido aún hoy por un falso progresismo, según el cual las emociones, los conflictos irracionales y la violencia son estadios primitivos a ser “superados” por la instancia de la Razón (la “barbarie” vencida por la “civilización”, en el lenguaje fundacional de Argentina, el país de origen del autor). Sea a nivel de pequeños grupos, como los familiares, o en el espacio grande de las naciones, este discurso fracasa. Son las emociones “arropadas” las que van a permitir que los involucrados en ellas no se “tranquilicen” ni se “individualicen” ni “acuerden”, sino que puedan tomar el conflicto como parte de su relación y decidir qué hacer con él (inclusive pueden mantenerlo o hasta llevarlo a la Justicia, pero cualquier cosa que hagan lo harán con la pasión incluida alimentando la vida).

Si las pasiones y los sentimientos son dejados fuera de la mediación, ésta se transforma en “conciliación”, en la clara terminología del autor. Es el proceso en que los abogados van a ser los principales protagonistas, la comparecencia será obligatoria y el objetivo el logro de un acuerdo para evitar llegar a los tribunales. Si hay acuerdo, será flojo, y poco tendrá que ver con la vida. La diferencia con la mediación es tajante y aclara muchas dudas que perturban a los mediadores. Quizás alguna vez podamos pensar en cómo facilitar el paso de una conciliación a una mediación.

En la conciliación la ley, los derechos y las obligaciones que de ella emanan, dejan de ser parte del telón de fondo para pasar a ser de verdad un elemento determinante. Y aquí hay una idea de Bustelo que quiero rescatar porque merece ser desarrollada en una obra posterior: frente a las cambiantes situaciones sociales, el ordenamiento jurídico va a cambiar, debe cambiar en profundidad.

Ya lo está haciendo. Como todo buen libro, el de Bustelo no sólo deja pensamientos, sino que hace pensar. Así, nosotros podemos

corroborar la presunción del autor. La pulverización del derecho privado, su constitucionalización, las jurisprudencias desconcertantes por imprevisibles, la permanente confrontación de las normas positivas con los derechos humanos amparados por los tratados internacionales, son todos síntomas de esa mutación profunda que ya está transformando y flexibilizando al derecho.

Y algo más todavía vemos: la progresiva evanescencia, por saturación generalizada, de la moral pretendidamente única de occidente (a pesar del discurso cada vez más agresivo y horro-rizado de sus representantes intelectuales), la aparición de un relativismo ético vital y próspero favoreciendo la coexistencia humana en comunidades nuevas, efímeras e itinerantes, con una ley fraterna que sustituye a la ley del padre, que durante tanto tiempo fue útil pero a ojos vista y afortunadamente está dejando de serlo (poniendo al simpático Charles Fourier en un inesperado papel de profeta).

A leer la obra, a disfrutarla, a pensar y a trabajar.

Eduardo José Cárdenas

*El Dr. Cárdenas ha sido Juez Nacional en Materia Civil de la República Argentina y fue quien introdujo por primera vez la figura del juez conciliador o mediador a principios de los años 80. Es autor de múltiples libros sobre la materia.*





## Introducción

De la misma manera que mi *Ensayo* de 1993 pretendió cerrar un proceso iniciado en Argentina en 1983 y expresar, de esa forma, mi agradecimiento a quienes colaboramos juntos en el desarrollo del modelo interdisciplinar de mediación, este también pretende cerrar otra etapa de mi desarrollo personal y profesional como mediador.

En todos estos años me he enriquecido con la participación de todos los miembros de la Asociación de Estudios Europeos de la Familia (AIEEF, en adelante), sus empleados y profesionales, nuestros clientes y usuarios. He ido creciendo en conceptos e ideas en la interacción con los alumnos, quienes con sus preguntas me han obligado a meditar respuestas que han cuestionado lo que hasta ese momento parecía ser una verdad.

La participación en foros internacionales, congresos, conferencias y seminarios me ha ido enseñando que en este tema nadie tiene las cosas claras. Todos tenemos interrogantes, observamos contradicciones, cuestionamos nuestro hacer y hacemos crecer a la mediación.

Ha sido una constante observar cómo se usaban los términos mediación y conciliación, algunas veces como sinónimos y otras como procesos absolutamente diferentes con una sobrevaloración de la mediación.

He visto constituirse asociaciones de mediadores o de interesados en la mediación sin detenerse a hacer una reflexión y discusión sobre lo que es y lo que no. Recuerdo cómo, al principio, allá por 1993 el Dr. Pedro Herscovici me decía: “No te preocupes Daniel, lo importante es que hablen y mencionen a la mediación. Ya habrá tiempo para hacer estas disquisiciones. La mediación existirá como para que se justifique ese trabajo. Creo que ese momento ha llegado. La mediación y los mediadores existimos”.

Quiero también usar este espacio para expresar algunos agradecimientos que para mí son muy importantes y espero que no sean demasiado extensos.

Primero a todos los colegas con quienes durante todos estos años he compartido formaciones, servicios y eventos nacionales e internacionales. De todos ellos he aprendido mucho. El nosotros del texto se refiere a ellos.

De entre todos ellos, algunos merecen mi especial reconocimiento. Lisa Parkinson, quien si bien escribió en el prólogo de la edición inglesa de su último libro que agradecía a cuatro personas de quienes había aprendido mucho, y yo era una de ellas, quiero expresar que eso no es nada comparado con lo que ella me ha ayudado desde el año 1993 en Dublín, para poder llevar mis ideas y criterios a los más diversos lugares de Europa y crear el Foro Mundial de Mediación. Las reflexiones con ella siempre han sido apasionantes.

A Juan Carlos Vezulla quien ha promovido en mí cuestionamientos permanentes en relación al modelo y siempre ha confiado en nuestro trabajo.

Al Dr. Eduardo Cárdenas con quien, desde 1982, hemos venido recorriendo caminos paralelos pero que se han cruzado periódicamente para enriquecernos profesionalmente y, lo que es mucho más importante, me ha honrado con su amistad.

Un recuerdo póstumo a John Haynes quien supo abrirnos a muchos el camino a la mediación y a la búsqueda de nuevos caminos para la paz.

A mi terapeuta Gabriel Ianni, quien me ha acompañado todos estos últimos años en mi camino de registro personal para un mejor ejercicio de mi trabajo profesional, y que ha beneficiado a tantas familias a las que hemos atendido y a tantos alumnos con quienes hemos trabajado.

Finalmente, pero no por ello menos importante, a mi familia. A mi hija que tuvo que vivir y sufrir en carne propia los efectos de mi

emigración, de los viajes, la distancia, los encuentros y las despedidas y tuvimos que crear y aprender nuevas formas de relacionarnos, como por ejemplo el e-mail. Supo comprender y perdonar. La separación de su madre y la necesidad de resolver estos temas desde otro lugar me han llevado a la mediación y a intentar ayudar a quienes, como nosotros, la vida enfrentó con realidades difíciles de sobrellevar. A mis hermanos que siempre han estado cerca de mí y en muchas ocasiones en las que me caí me ayudaron a levantarme. A mi padre que me enseñó que nunca se debía aprovechar una situación de poder para perjudicar a otro. La docencia del ejemplo fue su lema y mi enseñanza. A mi madre que, siendo una adelantada a su época, nos educó en el siglo XX para el XXI.

Finalmente a Marta y Ana, que me han estado acompañando estos últimos diez años que llevo con su madre. Un agradecimiento especial porque en los momentos más difíciles de la AIEEF supieron poner el hombro en forma incondicional para que todo esto pudiera seguir.

A todos ellos y a todos los demás, muchas gracias.



# Capítulo I

## **Sistemas RAC y la Administración de Justicia**

### **1.1 Sistemas Adecuados de Resolución de Conflictos<sup>1</sup>**

Los sistemas RAC son definidos habitualmente como sistemas alternativos de resolución de conflictos, en virtud de los cuales las partes solicitan la intervención de un tercero neutral para que con su ayuda obtengan acuerdos mutuamente satisfactorios.

Esta amplia definición ha dado pie a que se desarrollen varias escuelas de RAC, y a su vez que esta terminología sea utilizada para cualquier tipo de proceso en el cual interviene un tercero neutral o imparcial.

Asimismo, la difusión del término ADR (*Alternative Dispute Resolution Systems* o Sistemas Alternativos de Resolución de Conflictos, RAC), de forma simultánea con el de mediación, ha llevado a la confusión de tratar ambos términos como sinónimos, cuando por RAC se engloban múltiples sistemas tales como minijurios, conciliación, negociación asistida (*advisory mediation* o *shuttle mediation*, en inglés) arbitraje laboral (sin laudo de obligado cumplimiento), facilitación y mediación. Obsérvese que todos ellos se siguen refiriendo a sistemas de resolución de conflictos de alguna manera vinculados al sistema oficial de resolución de conflictos que es el sistema legal. No obstante a la mediación también se la confunde con el asesoramiento u orientación psicológica, la psicoterapia, los procesos educativos y las intervenciones sociales. Por ello es que si cambiamos la denominación de alternativos por adecuados, en función de la naturale-

---

1. Lisa Parkinson introduce esta variante al tradicional ADR (*Alternative Dispute Resolution*), en la pág. 3 de su libro *Family Mediation*, Ed. London, Sweet & Maxwell, 1997, en la que agrega que la mediación y otras formas de ADR no son un sustituto para otros procesos legales: son complementarios y deberían ser usados apropiadamente.

za del conflicto y los objetivos de la intervención del tercero tendremos, múltiples formas de intervención provenientes no sólo del derecho sino también de las demás disciplinas. Es por eso que este cambio de nomenclatura introducido por Lisa Parkinson, para mí, va mucho más allá de lo que ella misma presenta en su libro y nos permite pensar en la resolución de conflictos como una forma mono, multi o interdisciplinaria de intervención que abarca múltiples campos y alternativas.

Nos centraremos en este trabajo en la diferencia entre conciliación y mediación.

Asimismo, visto desde la perspectiva tradicional, tampoco existe unanimidad en cuanto a dónde está el límite de los RAC y los sistemas legales de resolución de conflictos. Mayoritariamente se acuerda que en aquellos casos en que el tercero está facultado para imponer una solución (ya sea que la llamemos sentencia o laudo) y que tenga fuerza ejecutoria autónoma propia de la cosa juzgada, ya no estaríamos en el mundo de los RAC sino de los sistemas judiciales o extrajudicial es legalmente regulados de resolución de conflictos, desde la perspectiva de la Administración de Justicia y que el Estado debe ofrecer y garantizar a sus ciudadanos. Esto incluye la Administración de Justicia propiamente dicha, ofrecida por los Tribunales del Poder Judicial en todas sus instancias, así como los de Consumo y otros sistemas administrativos y no judiciales que promueven una decisión dada por un tercero y que las partes deben acatar o apelar al sistema judicial.

La confusión en los términos nos exige determinar las diferencias entre los mismos. Como he dicho, nos centraremos en la diferencia entre mediación y conciliación por ser uno de los campos en los que hay mas confusión y en el que, a mi entender, es necesario hacer una diferencia. Esta es útil para saber cuáles son las prioridades u objetivos de la intervención del tercero y el tipo de resultado esperable de uno y del otro. Para ello también me veo obligado a tratar someramente la diferencia entre la Administración de Justicia y los sistemas adeudados

(alternativos) de resolución de conflictos, y dentro de estos la conciliación y la mediación, por estar regulados por medio de leyes en muchos países del mundo y en varias de las Comunidades Autónomas de España.

Respecto de la distinción entre Administración de Justicia y los RAC, su complejidad y la perspectiva estrictamente científico-legal que el tema genera, hace que me limite a un breve desarrollo de los conceptos esenciales para su comprensión, dejando para un trabajo posterior la realización de un riguroso estudio de este tema que también estimo necesario y urgente. La legislación está confundiendo estos términos intencionadamente o por desconocimiento.

Comenta Lisa Parkinson<sup>2</sup> que la mediación es conocida en China desde el siglo V a. C., por lo que actualmente existen allí más de un millón de mediadores. También hace referencia a que la mediación es conocida para los miembros de la Comunidad Judía que viven en Nueva York, quienes en 1920 fomentaron la resolución acordada de los conflictos con un sistema parecido al de la mediación. Diría yo que esas culturas conocen los sistemas RAC pero habría que ver si realmente son mediaciones o algún otro de los varios que estas siglas incluyen.

Desde los años 50 la resolución consensuada de los conflictos inició un camino propio en el cual los términos conciliación y mediación han sido usados a veces como sinónimos y otras veces como conceptos distintos. Asimismo el concepto de conciliación ha sido necesario diferenciarlo del de conciliación al inicio del desarrollo de la mediación en Inglaterra<sup>3</sup>. A su vez dentro del modelo norteamericano, la conciliación implica un nivel de participación mínima del tercero, representando la mediación una nueva forma en la que el mediador incluye la escucha activa, es decir lo que escucha lo lleva a la acción, que no quiere decir a ofrecer una solución o laudo al conflicto.

---

2. Lisa Parkinson, *óp. cit.*, pág. 2.

3. Lisa Parkinson, *óp. cit.*, pág. 7.



Jean Pierre Bonafé-Schmitt<sup>4</sup> ofrece en un artículo una breve e interesante historia de la mediación que resumimos a continuación.

La mediación comienza en los Estados Unidos, atendiendo a conflictos sociales entre grupos étnicos distintos y como forma de prevención para que los mismos no desembocasen en episodios delictivos. La experiencia tuvo un resultado exitoso, y ello contribuyó a su extensión a otras áreas.

El musical *West Side Story* muestra, detrás de la historia de Romeo y Julieta del siglo XX, cómo se había alcanzado un acuerdo en habitantes de un barrio de Nueva York para que se detuvieran las muertes que allí reproducían. El barrio quedó dividido en zonas en las que los miembros de la colectividad puertorriqueña no podían entrar y otros donde no lo podían hacer los blancos norteamericanos. Por el contrario, en las zonas de recreo comunes o de estudio estaba prohibido llevar armas y eran territorios neutrales. Esta solución totalmente antijurídica, no pedagógica y menos psicológicamente saludable, de hecho permitía que temporalmente no hubiera más asesinatos ni muertes, lo que no era poco. Esta solución había sido el resultado de negociaciones recíprocas, con ayuda de terceros, en procedimientos similares a lo que luego se desarrolló como mediación.

El campo familiar es uno de los ámbitos en el que más arraigo ha tenido. Se aplica también en escuelas para resolver conflictos entre los alumnos o entre los miembros del claustro docente. Sin embargo tiene menos aplicación en los conflictos entre los profesores y los alumnos, por entender estos últimos que no hay igualdad de partes, aunque también se debe a que la autoridad no quiere verse ubicada en el lugar de una negociación de estas características. Por último, señala la utilización de la mediación como medida educativa en relación con los menores infractores,

---

4. Publicado en «Le groupe familiale», *La Médiation dans tous ses états*, n.º 125, octubre-diciembre 1989, pág. 518.

como alternativa de resolución de conflictos de derecho penal, de materia mercantil y en conflictos sociales, interculturales e internacionales.

La mediación en cada una de estas áreas tiene en común los aspectos relativos al lugar que ocupa el tercero y el poder que se le asigna en el lenguaje del proceso. También se tiene en cuenta la particularidad que adquiere la negociación y sus técnicas en este proceso. Esto no impide reconocer que también cada ámbito de aplicación de la mediación presente características específicas en función de las partes involucradas y de la naturaleza del conflicto.

McGovern<sup>5</sup> menciona que estos sistemas alternativos de resolución de conflictos nacen debido a la ineficiencia del Poder Judicial, de su lentitud, burocratización y falta de conocimientos especializados. No obstante, aunque más adelante trataré este tema con más detalle, quiero desde ya dejar clara mi discrepancia con este concepto muy divulgado y utilizado por otros autores y discursos para la publicitación de la mediación. Pienso que sin un sistema de Administración de Justicia eficaz y eficiente no es posible un verdadero desarrollo de los RAC.

John Haynes, fundador de la Academia de Mediadores Familiares de los Estados Unidos y pionero de la mediación familiar, concibe a esta como un proceso de negociación con características propias que más adelante analizaré, pero que le otorga una identidad diferenciada de otras formas de resolución de conflictos.

Por lo expuesto entiendo que primero debemos diferenciar a la Administración de Justicia de la mediación y la conciliación dentro de todos los sistemas adecuados de resolución de conflictos, para luego analizar las diferencias entre estos dos últimos.

---

5. Francis E. McGovern y Francis H. Hare, *Lessons from U. S. Alternative Dispute Resolution*, Lousanne, 14 y 15 noviembre de 1991. Schuftess Poygraphhischer Veriag Zurich, 1992.

## 1.2 Los RAC y la Administración de Justicia

Por lo tanto y como ya he dicho antes, sugiero que deberíamos revisar la terminología, considerar a los RAC como un sistema alternativo a la Administración de Justicia, pues la palabra alternativo puede inducir a pensar que se debería elegir entre uno u otro.

Entendiendo que es importante diferenciar dentro de todos los sistemas adecuados de resolución de conflictos, a aquellos que integran el servicio público de impartición o Administración de Justicia, como elemento esencial del Estado de Derecho, y los otros que han nacido a la sombra de la supuesta ineficiencia de la primera, o de la necesidad de manejarse en un mundo transnacional en el que los conflictos de competencia y aplicación de las normas nacionales parecen entorpecer la rapidez necesaria en la resolución de los conflictos, especialmente comerciales, que nacen de la globalización del mercado mundial.

Surge la importancia de hacer la distinción entre mediación y conciliación, fundamentalmente al crecimiento de los sistemas “alternativos”<sup>6</sup> de resolución de conflictos y su vinculación con la Administración de Justicia.

No se tratará del mismo proceso si la búsqueda de acuerdos consensuados se realiza en base a la existencia de un conflicto de intereses jurídicamente protegidos desde la perspectiva legal de los mismos, que si se refiere a acuerdos que estén relacionados a las dificultades de resolver o regular el conflicto desde la perspectiva amplia del conflicto humano complejo en el que éste se ha estructurado.

La existencia del conflicto es el resultado de una interacción compleja de elementos en virtud de los cuales las partes llegan a un punto en el que no pueden dar una respuesta útil por ellas mismas para todas las partes en relación a las diferencias que les vin-

---

6. Me expreso con la terminología antigua para dejar claro que me estoy refiriendo al concepto tradicional del uso del concepto RAC y no al que pretendo introducir en este trabajo.

culan. Esta complejidad es la que ha determinado la necesidad de desarrollar distintas teorías del conflicto en la que autores como Redorta, Entelman, Ripoll y muchos otros han trabajado.

Estas teorías más modernas del conflicto no lo conciben como malo o perjudicial en sí mismo, sino que lo dañino es la forma en la que el mismo se gestiona o se resuelve.

En el reciente congreso sobre “Divorcio y Monoparentalidad: retos de nuestra sociedad frente al divorcio” organizado por la Universidad de Deusto y el REDIF en junio de 2008, cuyas conclusiones no han sido publicadas aún, se presentaron tres trabajos de investigación diferentes los cuales llegaron a conclusiones similares. Lo que genera deterioro psicológico en los hijos no es que sus padres estén o no separados sino la capacidad que los mismos tienen de resolver conflictos. Los hijos de padres casados y separados cuyos padres tenían una buena capacidad de resolver conflictos no presentaban alteraciones relevantes, en cambio en el otro extremo estaban los de padres no separados con mala capacidad para resolver conflictos.

El conflicto es visto, cada vez más, como una oportunidad para que las partes puedan, a través de su gestión positiva y su resolución, aprender del otro, crecer en las diferencias y enriquecerse con el intercambio que esta resolución exige.

Claramente este camino es más exigente para las partes involucradas, pues implica compromiso de las mismas para tener presente al otro al procurar una resolución mutuamente satisfactoria. Por eso es necesario, como expresa Raúl Calvo<sup>7</sup>, que una cosa sea el método de resolución de los conflictos y la otra el modo en el que estos se resuelven dentro del método elegido.

El sistema de impartición positivo de Justicia se basa en una estructura formada, por un lado, por el Poder Legislativo encargado de crear el Derecho como conjunto de normas legales positivas vigentes desde los valores constitucionales de Justicia que

---

7. Raul Calvo Soler, *La negociación con ETA*, págs. 47-58. Ed. Gedisa, 2006.

cada sociedad tiene en su momento histórico, y por el otro por el servicio de los Tribunales organizados a través del Poder Judicial, encargado de su aplicación a los casos concretos con las garantías de igualdad, derecho a un debido proceso, defensa y en nuestro sistema codificado el principio de legalidad. En el sistema del Common Law el principio de oportunidad tiene una relevancia que no tiene en nuestro sistema y la comprensión de la diferencia es de trascendental importancia para la analizar la relación entre los RAC, en su anterior significado, y el sistema legal.

Efectivamente, en el sistema del Common Law, el principio de oportunidad determina que dentro del ancho campo que ofrecen los marcos legales generales que en relación a cada tema existen, tanto las partes como Jueces y Fiscales pueden llegar a los acuerdos que estimen más importantes para la resolución del conflicto, es decir para ponerle fin al mismo. Dentro se incluye el concepto de evitar la tramitación del proceso legal. Para ellos hacer accesible la Justicia, vista como la finalización del conflicto por medio de la intervención del poder público, les ha llevado, al no tener el requisito del imperativo legal del principio de legalidad, que dentro de los propios tribunales y juzgados se establezcan sistemas de resolución de conflictos basados en los principios de la conciliación, en los términos que se establecen en este trabajo. También la diferencia entre ambos sistemas legales hace que la presencia de los abogados de partes en los procesos alternativos tenga una connotación distinta. Si se trata de una conciliación en la que el principio de confidencialidad es respetado, con el sistema procesal del Common Law, esto no plantea ninguna diferencia, pues el proceso de producción de prueba dentro del proceso judicial se realiza antes del acto del juicio, con la obligatoriedad de ofrecer a la otra parte el conocimiento previo de toda prueba que se pretenda utilizar en el juicio. Esto hace que si la información que se obtiene en la conciliación, y si la misma no llega a un acuerdo que ponga fin al proceso y este continuara en el Juzgado, una de las partes igual se vería obligada a suministrar a la otra toda la prueba necesaria de la que pretende hacerse valer en el posterior proceso. En el sistema codificado, es todo lo con-

trario. La prueba se ofrece dentro del proceso, en la etapa procesal oportuna pero en donde ya se ha definido la pretensión y se produce dentro del proceso. El desconocimiento para la otra parte hasta el momento de establecer la demanda o la defensa es por lo tanto un factor “sorpresa” que se desconocía y especialmente se oculta en cualquier negociación previa que puede haber entre las partes o sus letrados. Este desconocimiento puede determinar la diferencia entre el éxito o el fracaso de cada parte en el resultado del proceso. Por eso, dentro de nuestro sistema legal, si el letrado de parte participa en una reunión de conciliación confidencial o de mediación, que siempre es confidencial, no podría luego ser letrado de la misma parte pues ha jurado o prometido confidencialidad y la no utilización de lo conocido por medio de los procedimientos alternativos nombrados, en un proceso judicial posterior.

Lo expuesto determina que tengamos que tener mucho cuidado cuando trasladamos experiencias de otros países al nuestro sin la necesaria revisión en forma profunda y conjunta por todas las disciplinas involucradas. Es necesario que la naturaleza de nuestra cultura de resolución de conflictos sea respetada y por lo tanto la nueva aplicación sea útil pues estará dentro de la cultura de las partes involucradas en el proceso, cualquiera que este fuera. Este es el riesgo de la práctica interdisciplinaria cuando no está sustentada en una permanente interacción y respeto a las ciencias de las que se nutren sus prácticas. No se pueden tomar ideas o formas de otras disciplinas gestadas en otras culturas sin la correspondiente verificación de que es coherente con todo el saber de dicha disciplina en la cultura en donde se verá aplicada. Una cosa es la práctica interdisciplinaria y otra es la superficialidad en el tratamiento de lo complejo.

Si bien el proceso Judicial está concebido como un sistema que permite la resolución de los conflictos de toda índole que se generen en la sociedad en un contexto de racionalidad y paz social, el sistema está basado en el principio de la racionalidad adversarial del proceso.

Dentro de esta concepción del proceso, como forma lógica en el que por la confrontación verbal o escrita entre dos posturas antagónicas, el Juez llegará a conocer la verdad jurídicamente válida para dictar una sentencia ajustada a derecho. Esta es una verdad limitada a lo que se ha verificado como tal en el expediente.

No debemos tampoco olvidar la generalidad y abstracción de las normas jurídicas positivas que determinan las decisiones judiciales. Las circunstancias de persona, tiempo y lugar que determinan la conceptualización de la culpa en muchas legislaciones se han interpretado no como las circunstancias de cada persona en cada lugar y en cada tiempo, sino como las de la persona media en esas circunstancias de tiempo típico y lugar generalizado. Esto genera obviamente una reducción de la complejidad social, al determinar muy exactamente los criterios relevantes, tomando sólo una parte de la relación conflictiva (la relacionada con los derechos y obligaciones), e impidiendo el encuentro con la complejidad de las situaciones propias de cada conflicto real, encerrando así las soluciones en un marco jurídico predeterminado.

En el estado del desarrollo actual de la ciencia del derecho, estas características del sistema no son a mi entender criticables, pues es lo que permite dar seguridad jurídica, aplicar el principio de igualdad y de legalidad en los que se basa nuestro sistema judicial, no obstante que la resultante es un planteamiento que parece obligar a la confrontación y que, por lo tanto, desemboca en una elección dentro del binomio ganador-perdedor.

Es sin embargo importante reconocer que las circunstancias en las que se ha desarrollado esta ciencia del derecho y del sistema judicial eran de una sociedad más estructurada, con los lugares de los distintos sujetos que la componen más estratificados y con menor movilidad y derechos limitados (por ejemplo: los lugares de trabajador y empleado, mujer y varón, padre e hijo, profesor y alumno, etc.).

La complejización de la sociedad, con su alta movilidad social, el otorgamiento de derechos en forma más amplia y generalizada,

entre ellos el derecho a ejercer la defensa de los mismos, enfrenta al sistema de Administración de Justicia con un reto nuevo que, entiendo, no pasa por los procedimientos abreviados o la reducción del sistema de legítima defensa ni la imposición del principio de oportunidad sobre el de legalidad, sino por algo más profundo y difícil que significa reformular estructuralmente toda la ciencia del Derecho. Hace falta que nazca un nuevo Kelsen que sea capaz de presentarnos nuevas formas de concebir la ciencia del Derecho, en forma tal que permitan sumar en calidad y eficacia a lo logrado hasta ahora la complejidad y todo lo aprendido de otras disciplinas científicas que, en los dos últimos siglos, nos han traído innumerables conocimientos que el Derecho debe incorporar en su corpus, sin llegar entonces como única solución en aras de la rapidez a la reducción de garantías y derechos que tanto tiempo y esfuerzo le ha tomado a la humanidad incorporar.

Era muy claro decir que la libertad de uno terminaba cuando empezaba la libertad del otro. Eso era concebible cuando los límites eran claros como ya he dicho. Pero hoy esos límites se han hecho flexibles y variables. El principio de igualdad entre hombre y mujer, el respeto a los derechos de los menores y los trabajadores entre otros muchos cambios han determinado grandes zonas grises en las cuales ambas partes tienen derechos dados por la libertad que conviven con los derechos dados a otros por la misma libertad. Los conflictos que generan estas nuevas libertades y derechos necesitan ser resueltos por las mismas partes involucradas y no por terceros que determinen cuál de los dos tiene razón. Hacen falta sistemas de autocomposición para la resolución de conflictos que deben ser aprendidos y asumidos como obligaciones y responsabilidades junto con la adquisición de las correspondientes libertades y derechos. Es por eso que estimo que la nomenclatura de sistemas adecuados de resolución de conflictos es más propia del siglo XXI, donde entran todos los sistemas de autocomposición, asistidos o no por un tercero y los sistemas de heterocomposición.



Por lo expuesto, el sistema actual implica que una parte reclama al Juez la aplicación del Derecho vigente para que resuelva en forma favorable a sus intereses jurídicamente protegidos, por entender que así corresponde y la otra reclama de idéntica manera al contestar la demanda, debiendo el Juez, en base al análisis de los hechos probados y la interpretación de los contenidos del Derecho vigentes en cada momento, resolver a favor de uno o del otro.

Ahora bien no debemos perder de vista que este Derecho vigente ha sido sancionado por el legislador en base a los criterios de lo que en cada momento social se considera justo dentro del ordenamiento constitucional y es en definitiva lo que los justiciables buscan. Tengamos también presente cuánto han cambiado ciertos principios, como el de igualdad de géneros, que han permitido llegar hasta la discriminación positiva para cumplir con el precepto constitucional de la igualdad. Tal vez sea por ello que se llama a este Servicio Público de Administración de Justicia y no administración de Derecho vigente.

Por lo tanto la Administración de Justicia no es sólo un sistema de resolución de conflictos sino mucho más que eso. Consiste en procurar resolver los conflictos desde el criterio de Justicia que se encuentra subyacente en todo momento por el imperativo constitucional y el conjunto del orden jurídico positivo. Para que ello sea así, es necesaria la existencia de la garantía al debido proceso y al derecho de defensa entre otros aspectos de forma y fondo para que la Administración de Justicia sea tal (celeridad, eficacia, acceso universal, etc.). Tan complejo es esto, y tan susceptible de cometerse errores por la complejidad de la interpretación de la ley, por el posible subjetivismo de los Jueces y Magistrados, que para garantizar el mismo se establecen instancias de resolución y apelación, las cuales están compuestas con una mayor cantidad de magistrados cuanto más alta es la instancia de apelación con el objetivo de garantizar dentro de lo humanamente posible (y que en este campo como en cualquier otro hecho humano, está lleno de defectos) el principio de aplicación justa del derecho vigente.

De acuerdo con esta postura están entre otros el Dr. Óscar González Camacho, de la Procuraduría de la República de Costa Rica, cuando manifiesta: “Desde luego que la conciliación es un mecanismo alternativo beneficioso, pero cuidado con estos mecanismos, ya que no se debe perder de vista el servicio público de Justicia, el servicio público jurisdiccional en última instancia...”<sup>8</sup>.

Ahora bien, los RAC son sistemas en los cuales puede no existir el tercero o el tercero que interviene varía en su función. Esta puede ir desde un extremo como en el de la mediación en el que no está sometido a control externo alguno, amparado por el principio de la confidencialidad y sólo sometido a los valores éticos de su código deontológico, que actualmente en España no existe en forma clara e inequívoca, al del arbitraje con laudo obligatorio o no que puede ser dictado con un fundamento de equidad o de legalidad dentro de un proceso estructurado y amparado por garantías de legalidad del mismo.

En todo caso, podrían ser complementarios, independientes o como prefiero llamarlos: “sistemas adecuados”, basándonos en que cada ciudadano es libre de elegir el que, en cada momento y según el conflicto que sea, estima más adecuado.

## **1.3 Resolución extrajudicial de conflictos**

### **1.3.1 Introducción**

Otro concepto, que por su utilización habitual al tratar estos temas se hace necesario definir y determinar su alcance, es el de resolución extrajudicial de conflictos y que también se suele confundir como sinónimo de RAC (no adecuado con el sentido de este trabajo).

Con él se suele hacer referencia a dos conceptos distintos: el primero es a cualquier sistema de resolución que esté al margen de la intervención del Juez, siendo absolutamente independiente del mismo y por lo tanto usando pautas y valores totalmente indepen-

---

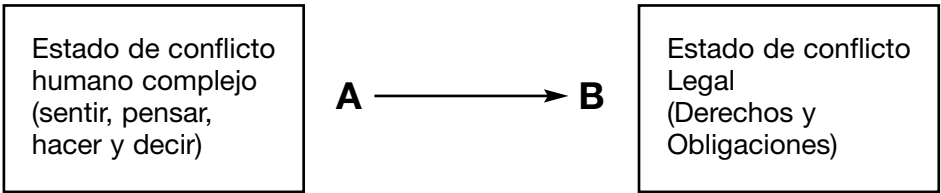
8. Dr. Óscar González Camacho: conferencia citada en <http://www.pgr.go.cr/memorias/RAC/tema4/gonzalez.htm>

dientes, y el segundo hace referencia a un ámbito fuera de los tribunales en el cual se resuelvan los conflictos en base a pautas jurídicas pero sin la intervención directa del sistema judicial. Esta última acepción es la que entiendo más utilizada y es a la que haré referencia en este trabajo.

Aclara este tema Lenard Marlow (*Mediación Familiar, una práctica en busca de una teoría*, Barcelona, Granica, 1999) al decir que si desde el conflicto A normalmente se llega a la solución B por medio de un juicio, con esta segunda interpretación del término, las partes quieren llegar a la solución B por otro camino que no sea el juicio. En cambio la primera interpretación del término en análisis, es querer llegar a C que expresa una solución distinta que no necesariamente esté vinculada a B.

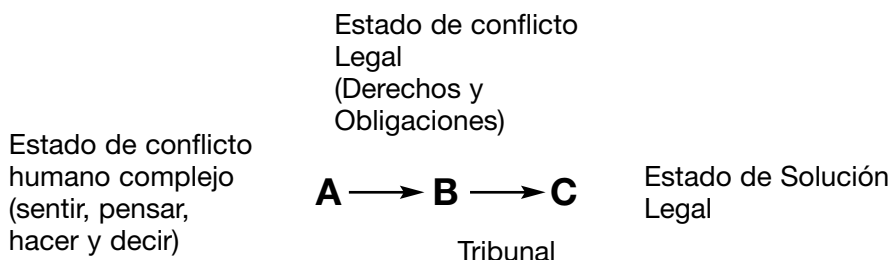
En la primera parto de una idea de Lenard Marlow, expresada en su obra citada, y la amplió y desarrollo en forma tal que puede apreciarse que si bien se hace desde la diferencia del proceso judicial con el de la mediación, permite ver que es aplicable para cualquier intervención hecha desde la perspectiva unidisciplinar de las profesiones regladas.

La propuesta desarrollada por mí parte de la idea que cualquier conflicto familiar es un conflicto humano complejo estructurado en una trama de sentires, pensares, acciones y palabras<sup>9</sup>. Este estado de Conflicto Humano Complejo –CHC- lo llamaré estado A. Cuando el conflicto exige una resolución desde la perspectiva del derecho, debe ser transformado en un conflicto jurídico, es decir un conflicto de derechos y obligaciones, y a este estado lo llamaremos estado B. Se puede ver en el gráfico siguiente:



9. Daniel J. Bustelo Eliçabe-Urriol, *Ensayo: mediación familiar interdisciplinaria*, AIEEF, 1993, pág. 40.

Por lo tanto dado que ahora tenemos un conflicto legal, debemos buscar una solución legal y para ello se recurre al servicio de Administración de Justicia que ofrece y monopoliza el Estado por medio de sus Tribunales. Por lo tanto nuestro proceso se puede ver de la siguiente manera:



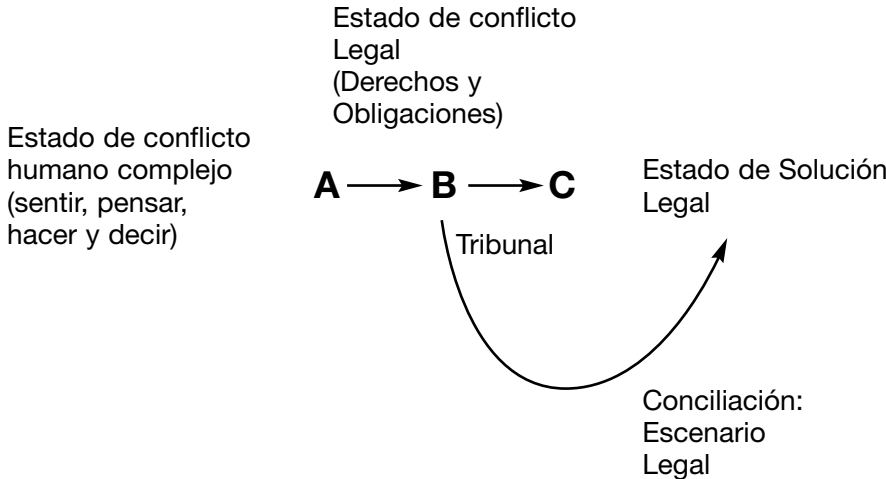
En este tipo de procesos, la información técnica adicional que pudiera ser necesaria para el Tribunal para tomar una decisión o probar algo, será ofrecida por terceros a las partes. Terceros neutrales como peritos, equipos psico-sociales, etc. Las partes podrán objetar y juzgar dichas opiniones, pero sustancialmente son ofrecidas, como se ha dicho, para el Tribunal.

Desde siempre se ha intentado llegar a soluciones legales por caminos externos al Tribunal, como han sido los intentos de acuerdos privados entre letrados, los trámites informales de los Jueces de Paz o de los procedimientos de protección al consumidor, por sólo mencionar algunos de los más conocidos. En estos se pretende llegar de B a C por otro camino. Este camino siempre se llamó conciliación dentro del sistema legal continental o codificado y propongo seguirlo llamando así.

La diferencia importante es que hoy se ha dotado a este camino de nuevas técnicas y habilidades desconocidas hace algunos años, tales como las técnicas de comunicación y negociación. En estos procedimientos lo esencial es el acuerdo. El procurar poner fin al litigio con una solución jurídica. En temas familiares se procura que las partes se pongan de acuerdo en cuanto a la guarda y custodia, visitas y pensiones alimenticias. Si fuera un conflicto comercial, procurarían ponerse de acuerdo en las

cuantías de las indemnizaciones, procurando en la conciliación establecer niveles de responsabilidad en el incumplimiento de los derechos y obligaciones que les vincula, en general contractual y que relaciona a las partes y desde donde nace el incumplimiento.

Podríamos representarlo gráficamente de la siguiente manera:



En estos casos, la información adicional que las partes pudieran necesitar para tomar sus decisiones será ofrecida por el tercero si está capacitado para ello, es decir una información jurídica si el tercero es abogado o aquella que corresponda a la profesión del tercero interviniente. En este caso la información es suministrada tanto para las partes como para el tercero, pues este último puede sugerir, opinar y hasta proponer la solución.

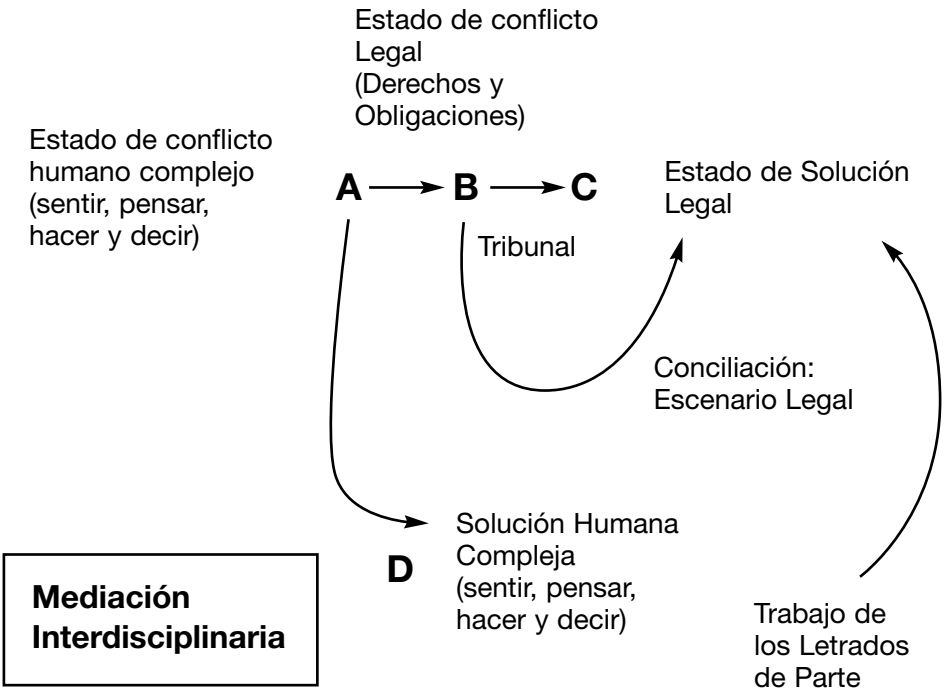
Creo que puede verse con claridad que lo mismo ocurriría si en vez de buscar la solución desde una perspectiva legal, lo hiciéramos desde una psicológica, el conflicto debería limitarse a verse desde la perspectiva psicológica del mismo y por lo tanto la solución sería una solución también parcial pues no englobaría la totalidad del conflicto ni todos sus aspectos. Es aquí donde se puede incorporar el concepto de sistemas adecuados de resolución de conflictos en toda su dimensión.

Si la perspectiva de resolución es unidisciplinar, es decir desde la perspectiva científica de una disciplina, por ejemplo el derecho, la psicología, la educación social, etc., tendremos distintas formas para llegar de B a C. Distintas formas de psicoterapia, o de intervención social o educación social para mencionar algunas posibles aproximaciones a la resolución del conflicto. Pero en todas ellas, el conflicto humano complejo debe ser limitado a lo que es el objetivo científico de la disciplina que lo aborda y por tanto el saber del tercero en esa disciplina específica es condición necesaria para la intervención.

Por ello, entiendo con Lenard Marlow, que la mediación aspira llegar a otro estado de solución que podríamos llamar D, en el cual la solución es una solución humana compleja en la que interviene y se tiene en cuenta el sentir, pensar, hacer y decir de todas las partes involucradas, desde una perspectiva que es propia de cada persona en conflicto. Al camino para llegar a ese estado D lo llamo mediación, y en mi caso por la línea de trabajo en la que desarrollo mi modelo, dentro de los diferentes existentes en mediación, mediación interdisciplinaria.

Resulta evidente que nadie excepto los clientes tienen conocimiento, consciente o inconsciente, de esta realidad humana compleja y por tanto la gran virtud de la mediación es confiar en ellos y en sus capacidades para decidir qué y cómo hacerlo. La tarea del mediador consiste en crear un espacio virtual en donde sus clientes vengan a buscar soluciones y no a aumentar sus enfrentamientos.

Podríamos representarlo de la siguiente manera:



En estos casos, la información adicional que pueda ser necesaria para que las partes tomen sus acuerdos en base a decisiones informadas, será suministrada por terceros ajenos al proceso y nunca por el tercero. Esta información además es necesaria para las partes y no para el tercero. Este último les ayudará a gestionar e incluir la información en el proceso de mediación pero no le interesa. Al no tener que sugerir ni proponer soluciones, quienes deben apropiarse de esta información para decidir qué hacer con ella son los mediados.

Si el tercero mediador ofreciera información, podría tener el riesgo de elevarlo del plano de igualdad de poder al que más adelante me referiré.

Esta información no será siempre jurídica, como tenemos cierta tendencia los juristas a creer que es la información más relevante

porque el acuerdo debe ser legal. Esta información será la que a los clientes le haga falta para comprender algo del conflicto humano complejo y su solución. Es decir, información psicológica, social, educativa, jurídica, valorización de bienes, aspectos técnicos del conflicto, etc. Esta información dependerá del campo en el que se esté realizando la mediación.

Habrán ocasiones en las que esta información será necesaria para el mediador para comprender a las partes ya sea por sus diferencias culturales, o por los aspectos técnicos de la información que se esté tratando. Pero lo importante es que el mediador sea mediador con independencia de su profesión de origen.

Recientemente se realizó en Madrid una Presentación de Protocolos de Mediación Penal y Familiar, organizada por el Foro de la Justicia, con la colaboración de ANAME y Lex Nova y el Consejo General de la Abogacía Española. En el debate posterior a la primera mesa redonda, una persona del público objetó lo expresado en la tercera página del protocolo Penal cuando, refiriéndose a las cuestiones específicas al hablar del equipo de mediación, hace referencia a Equipo de Mediación, formado por mediadores, que como profesionales independientes y profesionales, llevará acabo la mediación acusado-víctima con la documentación facilitada por el Juzgado. Es NECESARIA la intervención de un mediador ABOGADO experto en Derecho, que garantice la legalidad penal del acuerdo que alcancen las partes y un psicólogo o TRABAJADOR SOCIAL que garantice el soporte y encauzamiento adecuado a la conflictividad de personalidad y emocional que se presupone a dicha situación”<sup>10</sup>. Comparto la objeción del miembro del público. Si se está en un proceso de mediación, la formación de origen del mediador es indiferente, pues en el momento en el que utilice formas y conocimientos de su profesión de origen, no estará haciendo mediación sino conciliación. Si es un proceso multidisciplinar y no interdisciplinar, en el cual cada uno de los terceros actúa desde su profesión de origen, teniendo en

---

10. Material entregado en dicha presentación por el Foro de la Justicia.



común entre ellos la formación en mediación estaremos haciendo una conciliación con técnicas de mediación. No critico el proceso, como se verá más adelante, solo que estimo que es importante distinguir los matices que diferencian las distintas intervenciones.

Volviendo al concepto desarrollado de mediación interdisciplinaria en el que la solución del conflicto humano complejo sólo lo conocen ellos, puede ser necesario convertir ese acuerdo en un acuerdo legal. Por ello si es necesario dar validez legal a este acuerdo de mediación, ya sea porque la ley lo exige, como en los casos de familia en los que hay hijos menores o en donde se modifica el estado civil de las partes, o en cualquiera en que la mediación pone fin a un proceso legal en temas disponibles por las partes, será necesario el trabajo de un letrado para que haciendo uso de sus conocimientos, defienda el derecho de ambas partes a que se les reconozca el acuerdo al que han llegado, y pruebe tanto al Fiscal, al Juez y/o a cualquier tercero que tenga derecho legítimo sobre los contenidos del acuerdo, que las partes han tenido en cuenta los intereses superiores de los menores o discapacitados para los casos de conflictos de material familiar, o que los derechos de terceros han sido debidamente tenidos en cuenta en cualquier otra materia.

No se me escapa que, en el ámbito del derecho de familia, esto puede ser una situación compleja para los Jueces, toda vez que en tanto los acuerdos en conflictos familiares son más estándares, la responsabilidad de ellos es menor, pues en la realidad no pueden conocer cada caso de tal forma para poder dar soluciones altamente personalizadas. Debe el letrado tener en cuenta esta situación, pues si trabajamos con criterios de mediación, deben tenerse en cuenta los intereses de todos, incluidos los del Tribunal. Pero esto no quiere decir que porque el trabajo de ir estructurando nuevas formas de trabajo sea difícil, vamos a renunciar a hacerlo. Es loable el esfuerzo que se está haciendo con los proyectos pilotos desde el Consejo General del Poder Judicial de España para implantar la media-

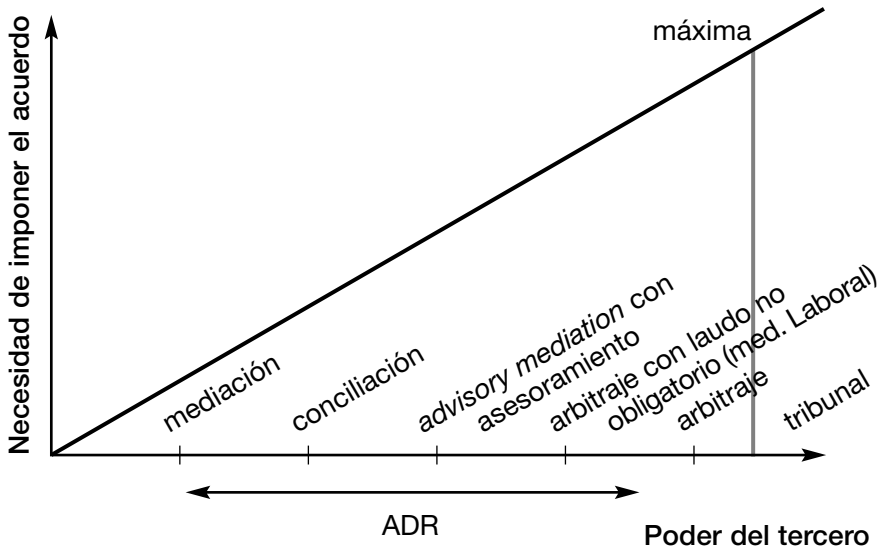
ción en los conflictos familiares. Es importante en estos casos que los magistrados entiendan profundamente la diferencia entre conciliación con técnicas de mediación y la mediación, para que en nombre de la segunda lo que realmente se haga sea la primera, solicitando acuerdos gestados desde la perspectiva del derecho y no del conflicto humano complejo. Si implantamos la mediación derivada de los tribunales, el trabajo de los letrados de las partes es fundamental una vez llegado al acuerdo de mediación. Serán ellos quienes, con una formación básica en mediación para comprender la naturaleza del proceso, puedan volcar el acuerdo en un texto legal que no implique modificar lo que ha sido la voluntad de las partes en el proceso de mediación pero que a su vez tenga en cuenta la complejidad que significa introducir los principios y conceptos propios de la ciencia del Derecho y la necesidad de satisfacer sus exigencias científicas basadas en años de experiencia e investigación. No debemos olvidar que antes de llegar al acuerdo de mediación, las partes han tenido el asesoramiento jurídico necesario para ajustar su acuerdo a la ley. Si al momento de llegar al abogado el acuerdo viera alguna ilegalidad, deberá hacerla saber a sus clientes para que estos, con él pulan el acuerdo si el tema no es trascendente o de lo contrario tendrán que volver a la mediación.

Ocurre algunas veces que, estando advertidos los mediados de que deben obtener esta información específica fuera de la sala de mediación, creen haberla obtenido, comprendido o simplemente están de común acuerdo y a veces fuera de la mediación entienden que no es necesaria. Luego aparece este problema que deberá ser solventado.

Esta distinción entre distintas formas de resolución adecuada de conflictos es importante, pues la experiencia demuestra que a mayor grado de intervención del tercero, mayor necesidad de imponer el acuerdo desde fuera de las partes involucradas.

Podemos verlo en el gráfico siguiente.

### Poder del tercero vs. necesidad de imponer el cumplimiento del acuerdo



Por lo expuesto en una primera aproximación a la diferencia de los términos en análisis propongo seguir llamando al camino extrajudicial Conciliación (A-B-C) y al extrajudicial Mediación (A-D) cuando esta es voluntaria, confidencial y el mediador carece de facultades para sugerir o imponer una solución al conflicto. Ahora bien, si el primer camino, es decir el A-B-C se efectúa dentro del espacio físico de los tribunales o por personal de los mismos, lo llamaría solución extrajudicial en ámbito judicial. Por el contrario, si se efectuara por terceros ajenos al sistema judicial, lo llamaría resolución extrajudicial en un ámbito extrajudicial. Finalmente, y por los motivos que a lo largo de este trabajo trato, el camino A-B-C para que sea mediación deberá ser siempre realizada fuera del espacio físico de los tribunales y por terceros que no tienen ninguna relación de dependencia jerárquica ni funcional con el sistema judicial. En estos casos actuarán conservando la absoluta confidencialidad y permitiendo que las partes recuperen la posibilidad de tratar todos los temas que sean de su interés y, por

tanto, llegar a los acuerdos que estimen convenientes desde su propio lenguaje y cultura. Más adelante ampliaré y generalizaré esta diferencia para crear un marco teórico más adecuado.

Estos procesos extrajudiciales (ya sean realizados por personal vinculado a la Estructura Judicial, son los que llamo procesos RAC intrajudiciales o procesos RAC extrajudicial propiamente dichos) pueden ser: obligatorios o voluntarios, públicos o confidenciales, con un tercero con capacidad de decisión o sin capacidad de decisión y con partes que son dueñas del proceso, tanto en sus formas como en sus contenidos, o que no lo son en uno u otro de estos aspectos del proceso.

Analizaré ahora los aspectos relativos a la voluntariedad, confidencialidad y potestad del tercero para proponer o imponer soluciones.

### **1.3.2 Voluntariedad**

Si el procedimiento es obligatorio, deberíamos distinguir dónde se encuentra la obligatoriedad, si exige llegar a un acuerdo o si sólo es obligatorio asistir a las sesiones con el tercero. En esta última alternativa hay que analizar si es obligatorio asistir, como mínimo, a la primera entrevista, también llamada entrevista informativa, o si es obligatorio asistir a todo el proceso que establezca el tercero. Finalmente habrá que determinar si existe o no sanción por incumplir la obligación, cualquiera que sea.

Por lo expuesto, tenemos las siguientes alternativas teóricas en cuanto a la obligatoriedad o voluntariedad:

a. Es obligatorio asistir hasta llegar a un acuerdo con sanción por no lograrlo. Este supuesto acontece en ciertas normas de derecho social colectivo, en las cuales las partes están obligadas a negociar un acuerdo y, si no lo hacen, el Estado dictará una resolución a través del órgano pertinente. Es decir, la sanción no parece ser tal, pero en el fondo lo es pues no está expedido ningún camino, ni el judicial ni ningún otro (huelga) a falta de acuerdo, sino que el tercero impondrá una solución. También se

aplica este criterio en el caso de la Ley 24573 de Mediación y Conciliación de la República Argentina la cual establece en su art. 21 que: “En el supuesto que fracasare la mediación, los honorarios del mediador serán abonados por el Fondo de Financiamiento de acuerdo a las condiciones que reglamentariamente se establezcan. Las sumas abonadas por este concepto, integrarán las costas de la litis que con posterioridad entablen las partes, las que se reintegrarán al fondo de financiamiento aludido”.

La sanción no es inmediata pero existe, pues, quien pierda el juicio y sea condenado en costas, se verá obligado a pagar en su totalidad los costes de la mediación.

b. Es obligatorio asistir hasta llegar a un acuerdo, pero no hay sanción por no lograrlo. Este supuesto es sólo teórico sin posibilidad de existencia real.

c. Es obligatorio asistir sólo a la primera entrevista como mínimo y se producirá una sanción por no hacerlo. Este es el caso que se puede observar en la ley mencionada anteriormente (Ley 24573 de Mediación y Conciliación de la República Argentina) que, en su art. 10, establece que se aplicará una sanción de multa por no comparecer a la citación de mediación<sup>11</sup>.

d. Es obligatorio asistir sólo a la primera entrevista como mínimo, pero sin sanción por no hacerlo. Esto lo podemos encontrar en la Instancia Obligatoria de Presentación ante el Servicio de Mediación y Arbitraje y Conciliación en Materia Laboral, en España y en varios países de Latinoamérica con situaciones similares. Por ejemplo en Perú donde, por medio de la Ley de Conciliación extrajudicial n.º 26.872, se obliga a una instancia previa y obligatoria para dejar expedita la vía judicial; o en la Ley de Conciliación Laboral de la República Argentina que crea la Dirección del Servicio de Conciliación Laboral Obligatoria

---

11. Si la mediación fracasare por la incomparecencia de cualquiera de las partes a la primera audiencia, cada uno de los incomparecientes deberá abonar una multa cuyo monto será el equivalente a dos (2) veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador por su gestión.

(SECLO) por el que se debe pasar, de forma obligatoria, como paso previo para quienes deseen iniciar demandas judiciales<sup>12</sup>.

e. No es obligatorio asistir al ser convocado por la otra parte o al ser derivado por un Juez. Esta es la situación prevista en la mayoría de las Leyes de Mediación dictadas en las distintas Comunidades Autónomas de España<sup>13</sup>.

Asimismo esta es la metodología puesta en práctica en el mencionado proyecto piloto del Consejo General del Poder Judicial Español y recogida en el protocolo de mediación intrajudicial<sup>14</sup>.

Hay muchas posturas a favor y en contra de este requisito de obligatoriedad o no al acto de conciliación/mediación.

Iván Ormachea Choque (*Análisis de la ley de Conciliación extrajudicial*. Lima, Cultural Cuzco, 1998) presenta el siguiente cuadro comparativo de los argumentos generalmente dados a favor y en contra de la obligatoriedad de asistencia en los procesos extrajudiciales de conciliación en Perú, que considero útiles para la propuesta de este trabajo:

<b>Argumentos en contra</b>	<b>Argumentos a favor</b>
Nadie puede ser obligado a ser parte de un procedimiento conciliatorio, porque se atenta contra la naturaleza consensual de la institución.	La conciliación obligatoria no obliga a nadie a llegar a un acuerdo, sólo a que agoten la instancia conciliatoria.



12. <http://www.trabajo.gov.ar/seclo/tramites.html>

13. Art. 10 Ley de la Comunidad Autónoma de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar.

Art. 13-3 Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar, en el ámbito de la Comunidad Valenciana.

Art. 4.3 de la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Mediación Familiar de Galicia.

14. *Foro por la Justicia*, óp. cit., pág. 15.

<b>Argumentos en contra</b>	<b>Argumentos a favor</b>
La conciliación obligatoria va a exigir costos adicionales a las partes y pérdidas de tiempo.	Los costos adicionales sólo se darán en aquellos casos donde no se llegue a un acuerdo; sin embargo por lo menos hay que hacer un intento.
La conciliación va a servir para dilatar aún más los procesos judiciales.	El conciliador debe estar lo suficientemente capacitado para evitar que se instrumentalice a la conciliación en favor de alguna de las partes.
El proceso cautela los derechos de los justiciables asegurándoles un debido proceso.	La conciliación ha demostrado que en cierto tipo de conflictos, como el caso de la familia, se constituye en una mejor alternativa a la racionalidad contradictoria adversarial del proceso judicial.
Se ha depositado excesivo poder en los conciliadores cuyos acuerdos tendrán el mismo valor al de una sentencia judicial.	En tanto se asegure la calidad del servicio conciliatorio y los acuerdos sean adecuados, justos y viables, no se causarán perjuicios a las partes debido a una mala gestión conciliatoria o a un mal acuerdo.

Conviene aclarar que en Perú se ha dictado la Ley de Conciliación Extrajudicial 26872, que es la que se está sometiendo a análisis en esta obra. No obstante, estos argumentos son similares a los que habitualmente se manifiestan con relación a la obligatoriedad o no de la comparecencia a una solución extrajudicial.

Concluyendo: la solución extrajudicial en cualquiera de sus dos posibilidades, es decir intrajudicial o extrajudicial, según el ámbito en el que se desarrolle y las personas que actúen como terce-

ros, debe conservar la voluntariedad, pues es imposible obligar a la gente a que acuerde, y debe estar estructurada en forma tal que esta voluntariedad esté rodeada de todas las garantías de libertad y no afecte al resto del proceso ni condicione al Juez la actitud tenida por las partes a lo largo de este proceso extrajudicial. Para ellos es necesaria la confidencialidad en el proceso extrajudicial. Asimismo, se debe garantizar la igualdad de las partes y la publicidad de los actos previos al inicio del proceso extrajudicial, es decir no puede ofrecerse al Juez u Órgano Jurisdiccional derivado ninguna información que no sea conocida previamente por las partes y que, por lo tanto, puedan libremente elegir su conducta dentro de un proceso que todavía se encuentra bajo control jurisdiccional.

### **1.3.3 Confidencialidad**

Otro de los elementos esenciales de diferenciación de los procesos extrajudiciales con los judiciales es el relativo a la confidencialidad, es decir al carácter público o confidencial del procedimiento.

Si lo que se argumente, proponga, documente o se diga en el proceso extrajudicial se puede utilizar en el judicial (ya sea vía declaración testimonial del tercero, presentación de documentos o cintas de grabación de los encuentros) la estructura del encuentro será especulativa y estará basada en la desconfianza recíproca y, por lo tanto se estarán dando una de las condiciones para que la racionalidad contradictoria adversarial siga estando presente. Por el contrario, si el proceso es absolutamente confidencial, se estará creando una de las circunstancias imprescindibles para generar la conducta cooperativa que se propone debe existir en los procesos no judiciales que quieren ampliar la autocomposición de las partes en el acuerdo que ponga fin al conflicto, ya sea este desde pautas legales, es decir con una solución al conflicto de intereses jurídicamente protegidos, o desde pautas que respeten la complejidad del conflicto que dio origen a la disputa (llegar al punto C o D de los gráficos expuestos anteriormente).



Conviene aclarar que la confidencialidad nunca es absoluta cuando el proceso de solución no judicial se encuentra legislado, pues se suelen imponer obligaciones legales de denuncia cuando una de las partes se encuentra en grave riesgo personal (el riesgo psíquico es más difícil de predecir y suele requerir del dictamen técnico para su evaluación y, por lo tanto, se deben continuar estudiando las formas en que éste puede determinar la ruptura de la confidencialidad para evitar abusos pero no consentir malos tratos psíquicos) o cuando se ha conocido por medio de la entrevista una actuación delictiva en relación a un menor o un grave riesgo para el mismo. Asimismo estas mismas limitaciones pueden establecerse en la resolución no judicial de conflictos no legislados, por medio del contrato de prestación de servicios que suscriben las partes con el tercero y donde se establece la confidencialidad y sus límites. Razones éticas y los ordenamientos jurídicos de cada país obligan a dejar a salvo esta circunstancia, y esto establece una clara diferencia entre el secreto profesional existente entre abogado y cliente, psicólogo y paciente, y entre el tercero en la resolución extrajudicial de conflictos y sus clientes, cada vez que los primeros no están obligados a ello.

Asimismo, para el caso específico de la mediación, la confidencialidad permitirá que la actuación del tercero pueda realmente ser funcionalmente equidistante, cada vez que al legitimar a ambas partes en su decir, en el contexto del encuentro de trabajo, permite que las mismas le perciban en su verdadero lugar de tercero que no practica juicios de valor sobre lo que es traído al encuentro de trabajo. Esta posibilidad de sentirse legitimados a expresar sin temor sus opiniones les permitirá escucharse mejor, transfiriendo el interés de la escucha de la palabra del tercero al de la otra u otras partes. Esto no tiene por qué ser necesario que se produzca en la conciliación y en otros sistemas RAC.

#### **1.3.4 Potestad del tercero para sugerir o imponer una solución**

Finalmente, si el tercero tiene potestad para imponer una solución al conflicto nos encontraríamos ante un arbitraje, que es otra de las alternativas que ofrecen los sistemas RAC.

Otra situación se presenta cuando el tercero está facultado para proponer soluciones. Debido a la importancia de este tema en la discriminación conceptual de estas dos formas de RAC veremos, más adelante (en el apartado 2.2), que entre la conciliación y la mediación, tal como intento definir las en este trabajo, existe también una diferencia en cuanto a la posibilidad o no de proponer soluciones por parte del tercero en estos procesos.

### **1.3.5 La ineficacia de los Tribunales de Justicia para justificar el desarrollo de los sistemas alternativos de resolución de conflictos**

Es oportuno e importante destacar en este punto que el auge que están teniendo los sistemas alternativos (y no los adecuados) de resolución de conflictos, en especial en América Latina, se debe a la intención de aliviar a los Tribunales de Justicia de su carga frente al incremento de la litigiosidad. Esta está originada, entre otros motivos, por la democratización del acceso a la Justicia que, por otro lado, es un objetivo propio del sistema de Administración de Justicia, es decir hacerla accesible a todos. Entendemos que este tema merece una consideración especial aunque no sea el objetivo central de este trabajo, pues no estamos analizando el por qué del aumento de la litigiosidad en todos los países democráticos, pero sí es un hecho públicamente observado. Asimismo las reformas del sistema judicial necesarias para adecuarse a esta nueva situación son una asignatura pendiente en muchos países. Las tendencias varían entre el aumento y tecnificación de los Tribunales, que son las menos, la aceleración de las acciones judiciales, en base muchas veces a sacrificar la garantía a un debido proceso y del derecho de defensa y, finalmente a la creación de sistemas alternativos de resolución de conflictos, que permitan aliviar la carga judicial en base a la necesidad de una acción previa de esta naturaleza. Uno de los ejemplos más claros de esta última tendencia es el auge de estos sistemas en América Latina, financiados por el Banco Interamericano de Desarrollo como señala Juan Enrique Vargas: "... son varios los países de la región (América) que han

dictado legislaciones que expresamente introducen estos mecanismos, como el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Honduras, Perú y Venezuela...”<sup>15</sup>.

La experiencia en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires permitió ver que en las primeras 100.000 causas judiciales iniciadas con la vigencia de la Ley de Mediación y Conciliación, el 70% concluyeron en la instancia de mediación. De estas, aproximadamente el 60% concluyeron con acuerdo y un 40% no continuaron en la instancia judicial<sup>16</sup>. Estas cifras avalan, según la ponente, el éxito de la medida. Me pregunto a qué éxito se refiere: al indiscutible de aliviar a los Tribunales de 70.000 causas, o al de generar una conciencia de auto composición en la resolución de conflictos, entre otros posibles. Desconozco si existen estudios de grado de satisfacción de los Justiciables con los resultados obtenidos en este 70% de los casos, para determinar si al acuerdo que llegaron lo hicieron por convicción o por la otra alternativa, es decir continuar con el proceso judicial era inconveniente desde la perspectiva que ofrece el famoso refrán que dice: “Más vale un mal arreglo que un buen juicio”. Asimismo sería interesante conocer el por qué el 40 de este 70%, que son los casos que concluyeron sin acuerdo, no continuaron con la acción legal.

Una hipótesis posible es que podría poner de manifiesto que el sistema judicial no es una alternativa viable.

Por lo tanto, vale aquí lo anteriormente expuesto en cuanto a que no deben ser sistemas vividos como alternativos o contrapuestos. Son sistemas que responden a realidades distintas y con objetivos distintos, por lo tanto no son intercambiables. Como ya he dicho, entiendo que no puede haber sistemas de resolución adecuada de conflictos que satisfagan los requisitos de su definición y existencia sin un sistema de Administración

---

15. Juan Enrique Vargas, “Problemas de los sistemas alternativos de resolución de conflictos como alternativa de política pública en el sector judicial”, *Sistemas Judiciales*, año 1, n.º 2, enero de 2002.

16. Dra. Gladis Álvarez en el II Congreso de las Américas de RAC, celebrado en Buenos Aires en octubre de 2002 (no publicado).

de Justicia eficaz y eficiente. Al desaparecer la otra alternativa, la del proceso judicial, la utilización de los RAC en situaciones de gran desigualdad de poder formal, económico o emocional les haría extremadamente contraproducentes para un verdadero acceso democrático a la resolución de conflictos desde cualquier perspectiva que se analice.

La Comunidad Europea ha dictado una Directiva sobre Mediación civil y comercial<sup>17</sup> para regular la validez extraterritorial de los acuerdos de mediación. No obstante lo restringido de su ámbito de aplicación introduce propuestas y necesidades a todos los países miembros de legislar sobre mediación, al tener que adecuar sus legislaciones internas a la directiva. Es preocupante la definición de mediación que hace esta directiva, más propia de todos los sistemas en los cuales interviene un tercero sin distinción y no de la mediación en sí misma.

---

17. *Diario Oficial de la UE*, de 24 de mayo de 2008.



# Capítulo II

## ***La conciliación***

### **2.1 Aceptación legal**

Los términos conciliación y mediación son tomados como sinónimos, en muchas ocasiones<sup>18</sup>; otras como proceso judicial (*Libro II de la jurisdicción contenciosa*. Título I. “De los actos de conciliación”. Ley de enjuiciamiento civil, España) y como sinónimo de solución extrajudicial de conflictos en América Latina.

En la norma procesal española no se hace ninguna referencia a un proceso extrajudicial, sino a un proceso previo optativo al iniciar un juicio contencioso y que busca la posibilidad de poner fin al mismo en base a un acuerdo realizado ante el Juez competente.

En Latinoamérica, el concepto es distinto y se refiere mayoritariamente a una instancia extrajudicial de resolución del conflicto en base a pautas legales. La extrajudicialidad puede ser operada desde dentro del sistema judicial, como hacen los Jueces Conciliadores de Costa Rica o Canadá, o desde fuera por medio de profesionales acreditados y reconocidos, como en Argentina y Perú entre otros.

Este término, conciliación, es muy habitual en el discurso legal y los abogados suelen intentar acuerdos conciliatorios antes de iniciar una acción judicial, mediante la comunicación con el letrado de la otra parte. En estas circunstancias se procura conciliar los intereses jurídicamente protegidos de las partes a partir de la conciencia que cada letrado tiene de su posibilidad de éxito en el ámbito procesal judicial de la resolución del conflicto. Se produce entonces una negociación especulativa, basada en la desconfianza, en la que el regateo y todas las técnicas de negociación que la rigen son de aplicación. La información que se suministre a la otra parte es limitada al mínimo necesario para avanzar y evitar que el proceso de conciliación se rompa.

---

18. Lisa Parkinson, óp. cit., págs. 5-8.

Se tiene en cuenta aquí todo lo que la escuela de Harvard enseña sobre negociación, con conceptos tales como MAAN (Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado), PAAN (Peor Alternativa a un Acuerdo Negociado), intereses y posiciones, entendidos estos desde la perspectiva lineal de la lógica cartesiana y no desde la realidad compleja que implica tomar al ser humano desde la totalidad de su sentir pensar, hacer y decir.

## **2.2 Aceptación dentro de los RAC**

No existe acuerdo alguno dentro del mundo de los RAC en cuanto a si debe existir o no una diferencia entre estos dos términos, mediación y conciliación, en qué consiste si existiera y si es necesario que exista. Es humilde propósito de este trabajo dejar claro que, desde esta nueva acepción que se da al concepto de RAC, existe una diferencia entre todos los procesos que lo componen. Estimo que es importante saber cuál es el que vamos a utilizar y que no es mejor uno que otro en términos genéricos, sino que son procedimientos distintos, tan útil el uno como el otro y cuya aplicación depende del objetivo de las partes y del tercero al realizar la intervención, y que el resultado estará condicionado por los procedimientos que utilizemos.

Veamos algunas citas:

“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 dispares 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 siste-

mas (Alemania, Inglaterra o Bélgica), conciliación y mediación tienden a confundirse, utilizándose como actividades funcionalmente sinónimas<sup>19</sup>.

Este es un concepto desarrollado sobre todo en los Estados Unidos muy en los albores de la mediación y en relación a lo que ellos conocían como conciliación. Ha sido recogido en el ámbito de la resolución de conflictos del derecho laboral, tal y como se hace mención. No estoy de acuerdo con ello. La tradición jurídica del sur de Europa y América Latina ha dado a la conciliación una acepción clara en cuanto a una intervención activa del tercero con facultades para sugerir, proponer y en algunas ocasiones hasta, indirectamente, imponer el acuerdo.

Consecuente con esta concepción de los términos, Lisa Parkinson, cuya dilatada experiencia en este tema la transforma en una referencia seria en todo lo concierne a la mediación, manifiesta en su obra, ya citada, que (la traducción es nuestra):

“No obstante, es conocido que en disputas industriales, ACAS (Servicio de Asesoramiento, Conciliación y Arbitraje) usa el término de *conciliación* para hacer referencia a un proceso de busca de acuerdos en el cual las partes retienen el control sobre el resultado. *Mediación*, por otro lado, es descrita por ACAS como un camino intermedio entre la conciliación y el arbitraje. El mediador procede con las formas de una conciliación pero, además, está preparado y se espera de él que haga sus propuestas formales o recomendaciones, que pueden ser aceptadas tal cual o proveer unas bases para más negociaciones que lleven al acuerdo. Esta definición está fuera de la línea de la mayor parte de las definiciones de mediación”<sup>20</sup>.

Por tanto, frente a esta confusión relativamente habitual en virtud de la cual se le atribuyen al mediador facultades para emitir sugerencias de soluciones, o proponer que están alejadas de

---

19. Fernando Valdés Dal-Ré: “Conciliación, mediación y arbitraje laboral en los países de la Unión Europea”. Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, págs. 23-55.

20. Lisa Parkinson, óp. cit.



todas las definiciones que se darán en el Capítulo III y que representan una muestra homogénea de las definiciones existentes.

Vemos a continuación un cuadro en el que se muestran algunas definiciones de conciliación en forma expresa por cuerpos legales:

PAÍS	CONCEPTO
<b>BOLIVIA</b>	<p>Es el mecanismo alternativo de solución de conflictos que permite a personas naturales o jurídicas dar solución de mutuo acuerdo a cualquier controversia <i>susceptible de transacción, antes o durante la tramitación de un proceso judicial.</i></p> <p><b>Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley 1770, art. 85</b></p>
<b>CHILE</b>	<p>Judicialmente, es la institución jurídica que faculta al Juez de todo juicio civil, en que <i>legalmente sea admisible la transacción</i>, de llamar a las partes a dirimir su controversia proponiéndoles bases de arreglo.</p> <p><b>Código de Procedimiento Civil, art. 262</b></p>
<b>COLOMBIA</b>	<p>Extrajudicialmente, la conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas, gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.</p> <p><b>Constitución Política, art. 116</b></p> <p><b>Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, art. 1º, Ley 446, art. 64</b></p> <p>Por la Ley 640 de Enero 5/01, permite a los notarios contribuir a la solución voluntaria y pacífica de conflictos, donde el notario/conciliador, tercero ajeno al conflicto, formulará y/o motivará la presentación de propuestas imparciales, soluciones en derecho, para que los interesados logren un acuerdo definitivo sobre el asunto sometido a conciliación.</p>

<b>ECUADOR</b>	No contempla su utilización a nivel judicial ni extrajudicial.
<b>HONDURAS</b>	<p>La conciliación es un mecanismo de solución de controversias a través del cual, dos o más personas, naturales o jurídicas, tratan de lograr por sí mismas la solución de sus diferencias con la ayuda de un tercero neutral y calificado que se denominará conciliador.</p> <p><b>Ley de Conciliación y Arbitraje. Decreto 161-2000, art. 2</b></p>
<b>PERÚ</b>	<p>La conciliación extraprocesal es una institución que se constituye como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos, por el cual las partes acuden a un <i>Centro de Conciliación o al Juzgado de Paz Letrado</i>, a fin de que se les asista en la búsqueda de una solución consensual al conflicto.</p> <p>La conciliación <i>a nivel procesal</i> es el acuerdo entre las partes para <i>poner término al proceso</i> en cualquier estado del mismo, siempre y cuando no se haya dictado sentencia en segunda instancia.</p> <p><b>Ley de Conciliación, Ley 26872, art. 5</b> <b>Código Procesal Civil, arts. 323 al 329</b></p>
<b>VENEZUELA</b>	<p>La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela le otorgó rango constitucional a los RAC, en su art. 258, el cual dictamina: “La ley promoverá el arbitraje, la conciliación, la mediación y cualesquiera otros medios alternativos para la solución de conflictos”. Asimismo, en el art. 253 encontramos: “El sistema de Justicia está constituido por los medios alternativos de Justicia”.</p> <p>Asimismo la institución de la conciliación como mecanismos para la solución de controversias está <i>limitada al ámbito de los procesos judiciales</i>. Es definida como una institución jurídica que permite en cualquier estado y grado de la causa, antes de la sentencia, al Juez poder excitar a las partes a la conciliación. Se</p>

>>

<p><b>VENEZUELA</b> <b>(cont.)</b></p>	<p>puede conciliar tanto en lo principal como sobre una incidencia, aunque ésta sea de procedimiento, debiéndose exponer las razones de conveniencia.</p> <p><b>Código de Procedimiento Civil, art. 257</b></p> <p>Expresa la Dra. Nelly Cuenca de Ramírez. Directora del CRC:</p> <p>“De allí que puede afirmarse que fue a partir de la promulgación de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo (02-08-2002) cuando se desarrolló exitosamente la mediación. Puede citarse que del 100% de las causas ingresadas a los tribunales laborales, más del 90% se resuelven a través de la mediación.</p> <p>Como factores claves que condicionan los éxitos de la mediación laboral, pueden citarse: 1) La formación de los jueces en mediación. El Tribunal Supremo de Justicia, como máximo rector del Poder Judicial, asumió la capacitación en mediación como objetivo fundamental. 2) El proceso laboral fue dividido en dos etapas: a) Una etapa de mediación dirigida por un Juez de mediación, cuya actuación es evaluada, entre otras variables, por el número de causas resueltas a través de la mediación. b) Etapa de juicio. En caso de que no prospere la mediación durante el lapso de 4 meses que se le otorgan al Juez de mediación, el caso pasa a juicio, bajo la responsabilidad de otro Juez. 3) Se acondicionaron salas dignas para celebrar las audiencias de mediación. 4) Los abogados litigantes comenzaron a percibir que, a través de la mediación, lograban mayor celeridad. Atrás quedó la historia de largos y complejos juicios, con enfoque antagónico gana-pierde”.</p>
<p><b>PUERTO RICO</b></p>	<p>Conciliación: La conciliación es una fase de la negociación colectiva y se refiere al procedimiento voluntario mediante el cual las partes en disputa tratan de resolver sus diferencias. En la conciliación, una tercera parte sirve de intermediario en la disputa, trayendo las</p>

<b>PUERTO RICO</b> <b>(cont.)</b>	<p>partes a discusión, pero sólo actúa como agente catalítico, poniéndose a la disposición de las partes. La conciliación y la mediación se consideran hoy términos sinónimos tanto en Estados Unidos como en Puerto Rico. La filosofía de la conciliación tiene por fundamento la premisa de que las disputas obrero-patronales pueden resolverse pacíficamente. La imparcialidad es esencial al conciliador para su función.</p> <p><a href="http://www.cpt-pr.org/modules/glossaire/">http://www.cpt-pr.org/modules/glossaire/</a></p>
<b>ARGENTINA</b>	<p><b>Ley 24.573, art. 1<sup>21</sup></b></p> <p>Se instituye con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia.</p> <p><b>ARTÍCULO 7°</b>—Las partes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones.</p> <p><b>ARTÍCULO 8°</b>—Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, solicitado por las partes o de oficio, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora.</p> <p>Si el tercero incurriese en incomparecencia o incumplimiento del acuerdo transaccional que lo involucre, le alcanzarán las sanciones previstas en los artículos 10 y 12 de la presente ley.</p>
<b>PARAGUAY</b>	<p><b>Ley 1879/02 de Arbitraje y Mediación.</b> En su Título 2, arts.54 y siguientes legisla sobre la mediación diferenciándola de la conciliación establecida en las normas procesales. No obstante que la llama mediación incluye la facultad del mediador de proponer acuerdos (art. 60) que podrán o no ser aceptados por las partes.</p>

Fuente, entre otras: <http://www.cajpe.org.pe/RIJ/bases/marcs/g1.HTM>

21. En esta ley, si bien se hace mención a la palabra mediación, su contenido es más propio del concepto de conciliación que se presenta en este libro.

Podemos ver que la conciliación en los países iberoamericanos está vinculada mayoritariamente al proceso judicial. Las materias son aquellas susceptibles de tratamiento judicial. Por lo tanto, conforme a lo expresado anteriormente, vemos que el tema se resuelve desde una óptica ajena al conflicto humano complejo que dio origen a la disputa entre las partes. El conflicto familiar, comercial, social, educativo, etc., de orden complejo, humano y sensible, se transforma en un conflicto jurídico. Por lo tanto, éste se escapa del control de las partes para ser compartido entre ellos y sus letrados, toda vez que los contenidos jurídicos no pertenecen al discurso habitual de las partes ni al conocimiento científico del mismo por ellas. Siguiendo esta línea de trabajo, algunas de estas leyes, como la de Argentina entre otras, permite que sólo los abogados pueden ser mediadores porque están en juego derechos y obligaciones que afectan a sus clientes y que el tercero debe conocer pues sobre ellos discutirá y negociará.

De esta forma el tercero ocupa un lugar de saber y, por lo tanto, le coloca en un plano superior al de sus clientes, transfiriendo de este modo parte de la responsabilidad de la búsqueda de una solución de las partes al tercero. Tan es así que muchas formas de mediación, que yo llamaría conciliación, prevén las reuniones privadas entre el tercero y las partes, las cuales son confidenciales entre ellos. Trataremos este tema de las reuniones individuales o *caucus* en el capítulo III, sección 3.4.

Más adelante, en el capítulo III, hablaremos de que la mediación es dar la palabra, la voz a los clientes y que esto es lo que estructura la posibilidad del trabajo sobre la legitimación, la confianza en la opinión de cada uno, la clarificación de todos los puntos de interés de las partes, la posibilidad de incluir las pasiones y permitir que las mismas trabajen a favor y no en contra del proceso. Todo esto es imposible hacerlo en una forma eficaz para el proceso si le antepoñemos el acuerdo como resultado necesario y, por lo tanto, como objetivo de todo el proceso. En este caso referido estaremos ante una conciliación en vez de en una mediación.

Esta distinción la entendemos importante no para valorar más la mediación sobre la conciliación, sino para distinguir ambos procedimientos sabiendo en qué consisten sus diferencias y, por lo tanto poder prever cuál es el resultado esperable del mismo.

En los procesos de mediación en el que la apropiación activa del conflicto es plena, y también lo será el resultado obtenido cualquiera que este sea, hará que sea más duradero en el tiempo. Es cierto que toma un poco más de tiempo y de trabajo su realización, pero este tiempo es directamente proporcional al resultado esperado.

No obstante es importante ver que en la literatura encontramos confusión en la utilización de estos términos, tomándolos a veces como antagónicos y otras como sinónimos. Esta última postura se puede ver en el artículo de la Dra. Elvira Pérez Euscategui<sup>22</sup> cuando dice: “Se debe impulsar a las partes para que solucionen mediante negociación el problema y para ello deben (los conciliadores) tratar de invitar, después iniciar, luego provocar una negociación, pero, supone este procedimiento un interés particular donde pueden hacerse concesiones mutuas, donde simplemente el Juez obre como mediador, como un tercero que va canalizando una y otra posición de las partes y oferta de soluciones; tiene la importancia de que son las partes interesadas las que a través de este tipo de mediación logran llegar a un acuerdo, la intervención del Juez es de mediación”<sup>23</sup>.

El Dr. Óscar González Camacho en su conferencia dice: “Bueno no deseo hacer grandes divagaciones sobre la distinción entre mediación, negociación y conciliación, creo que aquí, y me perdonan la simpleza, pero debemos ser prácticos y restringir la conciliación a lo que es: proceso jurisdiccional. Lo que esté fuera de

---

22. Dra. Elvira Pérez Euscategui, *Aspectos prácticos de la conciliación*, Revista Proyección Universitaria.

23. En el apéndice se transcribe la totalidad del artículo, pues estimo muy interesante su lectura para poder aclarar las diferencias que se plantean entre ambas instituciones y la importancia de darle similar valor e importancia, así como a los demás sistemas RAC.

este proceso llamémoslo mediación y dejamos tanto discusión doctrinal que hay de por medio, en donde por cierto los autores no terminan de ponerse de acuerdo. La conciliación opera dentro del proceso jurisdiccional pendiente...”, y agrega: “La conciliación debe salir de la esfera del Juez sentenciador, debe crearse un *staff* de jueces conciliadores, especializados en ello, con vocación y preparación para ello...”.

Creo que queda meridianamente clara la reducción que hace este autor al concepto de conciliación y que podría presentar un sentir muy extendido dentro de muchos autores que se refieren al tema.

Por lo tanto, si el objetivo es una solución rápida en términos jurídicos, ágil, en la cual las partes tengan una mayor relación con el resultado del conflicto y que recurran a un tercero experto para que, al mismo tiempo que les ayuda a buscar información les asesore en términos jurídicos y sea responsable de cuidar la equidad, Justicia y/o protección de los menores o discapacitados, estaremos ante una conciliación.

En el cuadro que presentamos a continuación intentamos hacer un resumen sobre las características esenciales que las diferencian, conforme lo expuesto hasta este momento.

	<b>Mediación</b>	<b>Conciliación</b>
Contenidos temáticos	Lo que los clientes necesitan desde una perspectiva emocional, material y cotidiana.	Los temas vinculados al conflicto son aquellos que tienen contenido limitado por las aptitudes reconocidas al tercero, sean estas jurídicas, técnicas, etc., y son resueltos desde esas perspectivas.

	<b>Mediación</b>	<b>Conciliación</b>
Lugar del tercero	Renuncia narcisista al poder. Se mantiene en el mismo plano con los clientes pero con distinto rol.	Ocupa un lugar de poder profesional. Sabe más que sus clientes en los temas relacionados con el conflicto. Está en un plano distinto y más alto que sus clientes. También este poder puede estar dado por el cargo que ocupa o la depositación subjetiva que los clientes hacen sobre él/ella.
Reuniones privadas	Se deben reducir a lo imprescindible para crear un buen clima entre las partes. No deben ser confidenciales en los temas relacionados al contenido de la mediación.	Se aconsejan, se las llama <i>caucus</i> y son confidenciales. Por lo tanto el tercero dispone de información no compartida que suministrará de forma que facilite el acuerdo.
Control del contenido por el tercero	La falta de control es total, para lo que hace falta una formación especial del tercero para evitar las influencias conscientes o inconscientes del mismo. Incluso el proceso se crea con los clientes en un proceso de acuerdos también sobre estos aspectos.	El tercero suele tener control sobre la legalidad del acuerdo, la equidad del mismo y la protección de menores e incapacitados para el acuerdo, para el caso familiar. Este control puede ser técnico cuando ocupa ese lugar del saber, o formal si ocupa un lugar de poder asignado desde las Instituciones.





	<b>Mediación</b>	<b>Conciliación</b>
Deontología	La deontología del mediador se centra sobre todo en su equidistancia funcional. La garantía de la total propiedad del proceso por los clientes es parte de las obligaciones fundamentales del tercero.	Además de tener el deber de ser imparcial en relación a las partes, se le impone la obligación ética de control de equidad y legalidad conforme lo establezca la norma legal que estructure su intervención.

## Capítulo III

### *El concepto de mediación*

#### **3.1 Concepto de mediación**

Quisiera comenzar con una reflexión sobre la que no tengo una respuesta única aún pero que es motivo explícito o implícito de muchas de las diferencias que aparecen entre los mediadores en el momento de trabajar juntos.

Me refiero a si la mediación es una forma de gestión de conflictos con diversas especialidades, tales como la mediación comercial, familiar, social, intercultural, escolar, etc., o cada una de estas formas de mediación es en sí misma una forma distinta de gestión de conflictos.

El tema fue motivo de una mesa redonda específica en el último congreso del Foro Europeo de Mediación Familiar en Caserta, Italia, celebrado el mes de septiembre de 2007 en el que no se dieron opiniones únicas al respecto.

Mi opinión es que la mediación es un proceso único que tiene una característica esencial que la define, y que los distintos ámbitos de trabajo son formas de adecuar una forma de hacer las cosas a un tipo de conflicto determinado.

Parte de la confusión nace de la existencia de distintas escuelas que trabajan desde los criterios científicos de las profesiones de base que les dieron origen. Así, Harvard representa una adecuación de la mediación a la visión de los juristas, del modelo Circular Narrativo a la visión de la terapia familiar sistémica, y del modelo Transformador de Folger a su interés por la paz, la conducta cooperativa y la concordia entre las personas.

De igual manera se vienen produciendo estas “especializaciones” con las nuevas irrupciones de otras formaciones de base en el campo de la mediación, tales como la sociología, la educación social, el trabajo social, la antropología, etc.

Por lo tanto, desde la perspectiva del mediador, se procura sumar y encontrar en las experiencias de todos aquellos elementos que hacen más útil la mediación y más eficaz su aplicación en beneficio de las personas, que deciden utilizarla para gestionar y resolver sus conflictos. Yo considero necesaria la presentación de este interrogante.

Nosotros, desde la AIEEF, donde venimos reflexionando sobre este tema desde hace más de 25 años, pensamos que lo que hace diferente a la mediación, y la caracteriza frente a otros sistemas de gestión de conflictos, es el lugar que ocupa el tercero, en este caso el mediador, frente a los actores del conflicto.

También se ha confundido la palabra mediación con intermediación o, más aun, con la existencia de un tercero que intervenga en la gestión o resolución de un conflicto. Esto es tan evidente como que en la Directiva Europea sobre mediación, que se encuentra para su tratamiento ante el Parlamento Europeo, se define como aquel proceso en el que un tercero ayuda a las partes a resolver un conflicto. Es decir, que no habrá diferencia si este tercero tiene o no poder, si genera o no confianza en las partes, si el proceso está estructurado o no.

En fin, dado que no se pudo obtener un acuerdo sobre qué era mediación, pero sí había interés de legislar sobre mediación, se pasó a regular la relación y validez de los acuerdos de aquello que no quedó claramente definido en el marco de la aplicación legal transfronteriza de los acuerdos.

Por todo ello, creo que la mediación es un proceso que permite apropiarse de sus conflictos a los actores para hacer algo con ellos, con independencia de que se llegue o no a un acuerdo que le ponga fin. No tiene una función educativa, aunque puede serlo; no tiene una función terapéutica, aunque puede serlo; y no tiene por función regular derechos y obligaciones, aunque también puede hacerlo.

Es decir, el objetivo de la mediación no es ni legal, ni psicológico ni educativo, es la autocomposición en la resolución del conflicto

por parte de los actores del mismo, desde sus propias pautas culturales, en aquella agenda que ellos mismos decidan elaborar y adecuar a lo largo del proceso, en función de las necesidades emergentes como consecuencia del mismo y con las formas de comunicación que les sean más útiles.

Por tanto, la tarea del mediador es crear las condiciones para que esto pueda producirse ayudando a las partes, por medio de las técnicas correspondientes, a que puedan adquirir toda la información que necesiten y en forma compartida respecto de las decisiones que tienen que tomar; que puedan crear las mejores condiciones posibles, en función de las características culturales de las partes, para que estas puedan comunicarse de forma útil para el objetivo que les reúne en la mediación.

Una vez claro el objetivo, tendremos que buscar las herramientas para lograr cumplir con él.

La primera herramienta, y más importante según estudios realizados en Inglaterra y sobre nuestra propia experiencia, es el propio mediador. Luego vienen otras como las técnicas, el espacio físico, las leyes, las formas de ofrecer los servicios, etc.

Frente a esta dificultad citaremos primero algunas definiciones de mediación para ilustrar la necesidad de profundizar en la definición de este concepto.

Dice Carl A. Slaikeu<sup>24</sup>:

“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...”.

---

24. Carl A. Slaikeu, *Para que la sangre no llegue al río*, traducción de *When push comes to shove*, Buenos Aires, Granica, 1996, pág. 17.

En esta primera definición remarcamos en negrita lo que nos parece esencial en cuanto a que incluye al tercero sin hacer de él una calificación referente a su neutralidad, y el objetivo es que ellos encuentren su propia solución. Es decir, se centra en el tema de que sean ellos y no utiliza la palabra acuerdo sino solución, lo que implica o no un acuerdo.

John A Haynes<sup>25</sup>, en *Fundamentos de Mediación Familiar*, la define como:

“La mediación es un proceso en virtud del cual **un tercero, el mediador, ayuda a los participantes en una situación conflictiva a su resolución, que se expresa en un acuerdo consistente en una solución mutuamente aceptable** y estructurada de manera que permita, de ser necesario, la continuidad de las relaciones entre las personas involucradas en el conflicto. Esta es la razón por la que la mediación es tan adecuada para la solución de los conflictos de separación o divorcio”.

Nuevamente aparece la presencia de un tercero sin calificación, que ayuda, y en la que se incluye el acuerdo, pero este implica la resolución del conflicto. Es decir, no sería un acuerdo que ambas partes estén conformes con seguir para la gestión del conflicto en otro ámbito, por ejemplo el judicial.

El mismo autor, en la versión original de un libro anterior, traducido posteriormente y escrito conjuntamente con su esposa, Gretchen L. Haynes<sup>26</sup>, opta por describir 8 premisas básicas de la mediación sin aportar definición de la misma:

- 1.- *El conflicto es sano, pero el conflicto no resuelto es peligroso.*
- 2.- *El conflicto por cuestiones específicas se puede resolver a través de la mediación, el conflicto por razones de conducta se puede resolver con terapia.*

---

25. John Haynes, *Fundamentos de Mediación Familiar*, traducción de *The fundamentals of family mediation*, 2º edición, Madrid, Gaia, 2000, pág. 11.

26. John Haynes y Gretchen L. Haynes, *La mediación en el Divorcio*, traducción de *Mediating divorce*, Buenos Aires, Granica, 1997, págs. 24-26.

3.- *Casi todas las personas quieren llegar a un acuerdo.*

4.- *Es más probable una negociación exitosa cuando las partes en disputa necesitan mantener una relación que cuando no avizoran ninguna relación.*

5.- ***El resultado es responsabilidad de las partes.***

6.- ***El mediador es responsable del proceso.***

7.- *En toda la gente hay “algo de Dios”.*

8.- ***La conducta del mediador se da de acuerdo a la situación.***

Incluye también la presencia del tercero cuya responsabilidad es sólo el proceso. Además su conducta prefiere no calificarla ni definirla, sino que la relaciona con la situación y con el sentido de obtener el acuerdo. Esto último se deduce de la premisa 3. Claramente deja la responsabilidad de obtener un resultado a las partes y no al tercero. Finalmente introduce un concepto importante en esos momentos, y que estimo sigue estando vigente, que es la diferencia entre resolver cuestiones específicas a las cuestiones de conducta, utiliza para la primera la mediación y para la segunda la terapia. Creo que esto debe ser definido de forma más precisa en cuanto a qué materias son mediables y cuáles no.

Por su parte, Lenard Marlow, en la obra ya citada, en la página 31 define la mediación como:

“Un procedimiento imperfecto que emplea **una tercera persona** imperfecta para **ayudar a dos personas** imperfectas a **concluir un acuerdo** imperfecto en un mundo imperfecto”.

Lenard Marlow, con un fino sentido del humor y de contacto con la realidad, desmitifica la mediación en esta definición incluyendo el concepto de imperfección en todos los aspectos de la misma. No obstante, incluye la tercera persona, el concepto de proceso, e incluye el acuerdo como elemento necesario.

---

27. Bennett G. Picker, *Guía práctica para la negociación – Manual para la resolución de conflictos comerciales*, Ed. Paidós, 2001, pág. 16.

Bennett G. Picker<sup>27</sup> la define como:

“Un proceso que emplea **un tercero neutral** –el mediador– para **facilitar las negociaciones** entre las partes de un conflicto **con el fin de llegar a una solución mutuamente aceptable**”.

Nuevamente aparece el tercero que lo califica de neutral y el objetivo es facilitar con el fin de buscar soluciones en vez de acuerdos.

Más amplia es la definición de Rubén A. Calcaterra<sup>28</sup> quien la define como:

“Es un **proceso** que, **con la dirección de un tercero neutral** que **no tiene autoridad decisional**, **busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y de común ventaja objetiva** para las partes, a partir del control del intercambio de la información, favoreciendo el comportamiento colaborativo de las mismas”.

Esta definición es mucho más compleja por lo que insinúa más que por lo que dice. Me explico; cuando se refiere a que se busca soluciones de recíproca satisfacción subjetiva y común ventaja objetiva, atribuye esta tarea al proceso, es decir a la acción conjunta de mediados y mediador, separando lo subjetivo y lo objetivo no para beneficiar a uno sobre el otro sino, al contrario, para reconocer la importancia de ambos. Además a quien le atribuye la acción de dirección es al mediador, pero dentro de este concepto de dirección le atribuye el control del intercambio de la información y le asigna un objetivo que es favorecer el comportamiento colaborativo. Es una definición novedosa, que se centra en el proceso y deposita la responsabilidad sustancialmente en el tercero.

Debo decir que, no obstante, no me puedo adherir a la misma pues esta asunción de responsabilidades al mediador le dificulta seriamente la posibilidad de mantener una equidistancia funcional. Le pesará sobre sus espaldas el resultado del proceso pues, automáticamente, en un lugar consciente o inconsciente estará interesado en un determinado resultado del mismo. Esto implica la clara incorporación de sus deseos profesionales cuando menos

---

28. Rubén A. Calcaterra, *Mediación Estratégica*, Barcelona, Gedisa, 2002, pág. 32.)

al mismo nivel que la voluntad de las partes de trabajar en común en la búsqueda de aquella solución que les sea mutuamente aceptable, a pesar de no haber logrado mejorar su comunicación ni haber tenido una conducta colaboradora. Tiene esta definición una concepción finalista sobre los comportamientos de las partes y para mí está mas cerca del concepto transformador o terapéutico de Folger que del que propongo en este trabajo.

Un enfoque distinto de la mediación nos lo aporta Patricia V. Aréchaga<sup>29</sup>, quien prefiere enfocar la mediación como:

“La mediación es un **procedimiento** diseñado con la **finalidad de potenciar los recursos propios de cada persona** para que, **desde ellos, puedan encontrar o no la vía de resolución de su conflicto**”.

El concepto de potencialización de los recursos al que hace referencia esta definición, y la no inclusión del tercero, nos induce a pensar en procesos más próximos a los terapéuticos. Centra la importancia en el concepto de proceso y en la relativización de la importancia de la obtención o no de una vía de resolución del conflicto que comparto.

Finalmente, R. A. Baruch Bush y J. P. Folger<sup>30</sup> señalan que:

“... El proceso de mediación contiene un potencial específico de transformación de las personas —lo cual promueve el crecimiento moral— al ayudarlas a lidiar con las circunstancias difíciles y a salvar las diferencias humanas en medio mismo del conflicto. Esta posibilidad de transformación se origina en la capacidad de la mediación para generar dos efectos importantes: la revalorización significa la devolución a los individuos de cierto sentido de su propio valor, de su fuerza y su propia capacidad para afrontar los problemas de la vida. El reconocimiento implica que se evoca en los individuos la aceptación y la empatía con respecto a la situación y

---

29. Patricia V. Aréchaga, *Cómo escucha el mediador*, “Mediadores en Red, la revista”, año 1, n.º 1, septiembre de 2002, pág. 41.

30. R. A. Baruch Bush y J. P. Folger, *La promesa de Mediación*, traducción de *The Promise of Mediation*, Buenos Aires, Granica, 1996, pág. 21.



los problemas de terceros. Cuando ambos procesos ocupan un lugar central en la práctica de la mediación, se ayuda a las partes a utilizar los conflictos como oportunidades de crecimiento moral, y se realiza el potencial transformador de la mediación”.

De todas estas definiciones destacamos que no existe una disparidad de aspectos esenciales, sin embargo podemos agrupar todas en función de tres grandes grupos:

El primero incide en el valor de un tercero que es neutral, que ayuda ya sea a obtener un acuerdo o una solución mutuamente aceptable.

El segundo hace referencia al tercero sin mencionar el carácter de neutral del mismo y pueden o no ampliar el objetivo de la mediación mas allá de obtener un acuerdo, que es un elemento esencial del primer grupo.

En el tercero podríamos agrupar a todas aquellas definiciones que ven en la mediación algo más que obtener un acuerdo mutuamente aceptable y para ello hacen mayor hincapié en aspectos como la comunicación o el vínculo entre las partes.

La mayoría de las definiciones que hemos recopilado se encuadran en esta última categoría.

El motivo de esta cierta unanimidad reside en que en el proceso de evolución de la actividad de la mediación el objetivo de llegar a un acuerdo mutuamente aceptable impidió ver otros aspectos del conflicto que no son sólo el acuerdo. Estos evidenciaban necesidades de las partes a tener presentes en la mediación y que consistían en el registro y reconocimiento de los aspectos subjetivos de cada participante.

Es decir la mediación no solo puede incluir el objetivo de lograr un acuerdo, sino que hay aspectos afectivos, emocionales y de intereses que deben ser tenidos en cuenta. Asimismo, el aspecto de la conducta colaborativa de las partes en el proceso también comienza a formar parte importante en el momento de definir la mediación para algunos autores.

Nuestra experiencia de 25 años de trabajo en este campo nos muestra que:

- 1.- Si bien todos los participantes en la mediación quieren llegar a un acuerdo, cada uno lo quiere hacer desde su propia perspectiva. Es difícil que todos estén de acuerdo en que tienen un conflicto. Lo más normal es que piensen que el conflicto lo tiene el otro y quien debe cambiar es él y buscan en el mediador un tercero que les ayude en este objetivo.
- 2.- El lugar del mediador nunca puede ser neutral. Cada uno de nosotros estamos atravesados por infinidad de conceptos, principios e ideologías que, al llegar el momento de actuar, dado que no somos computadoras que no sienten sino seres humanos sensibles, estamos consciente o inconscientemente determinados por ello. Desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, entramos en el subsistema mediados y, por lo tanto, interactuamos con él y este a su vez nos afecta a nosotros. No es posible entrar en un sistema sin interactuar con él modificándolo de alguna manera.

Patricia V. Aréchaga<sup>31</sup> aclara esta posición cuando dice:

“Si una de las condiciones que debe revestir el acto de mediar es que las partes puedan apropiarse de su conflicto (Brandoni, M. 1996), otra, que se corresponde con la misma, es que el mediador ocupe la posición de tercero neutral. Es condición de posibilidad. Sin embargo tenemos una idea vaga, imprecisa o con ambigüedades con relación a la neutralidad.

La construcción de esta posición de tercero es una ardua tarea. Es importante tener en cuenta que el mediador, como cualquier ser humano, tiene una ideología, explícita o no, que se manifiesta en criterios en relación a los temas que se presentan. Siempre hay una ideología en curso.

Para poder entrar en ese universo particular de la persona que trae su relato, su perspectiva, el mediador debe despojarse de

---

31. Patricia V. Aréchaga, óp. cit., pág. 42.

ideas preconcebidas a situaciones similares, debe despojarse de recetas para situaciones similares, debe despojarse de cuál es la mejor solución.

... Para ello debemos estar atentos acerca de nuestro registro interno, por ejemplo del tema que se está hablando, ¿estoy yo en condición de escucharlos?, ¿está tomando el contenido de la disputa una forma para la cual no estoy listo?, ¿estoy enganchándome con mis propios significados sobre la discusión en sí, así como en la explicación de la misma?, ¿se me ocurren incluso significados de cómo debe resolverse la situación?, ¿cómo suspendo mi propia atribución de significados acerca de la situación descrita en el desarrollo de la audiencia?.

Poder descentrarse es una de las tareas más difíciles del mediador, pero estructura nuestra función".

Desarrollaremos esta idea en relación al lugar del mediador en el apartado siguiente.

Por otro lado, dado que no tenemos un cuerpo normativo o académico en virtud del cual nuestra intervención esté estructurada en forma independiente de lo que ocurre en el sistema, como podría ser la actividad del abogado, no tenemos un elemento objetivo externo para compensar la no neutralidad. Por lo tanto, debemos aceptar este hecho y entender esta palabra neutralidad como un ideal, siendo lo más imparciales posible, conscientes de nuestros valores y creencias para poder discriminarlas de las de los participantes en el proceso. Por lo tanto preferimos utilizar el concepto de equidistancia funcional para indicar que desde la función de mediador debemos mantener igual distancia emocional, de escucha, de legitimación, de interés, y demás aspectos relativos a nuestra tarea profesional, con todas las partes intervinientes. Esto no quiere decir que no podamos tener complicidad, que no alianza, en un momento con una parte y luego con otra, para poder así generar un espacio virtual de confianza y trabajo en el cual todos tienen el mismo poder, legitimidad y derecho a ser, actuar y decir sin censura de ninguno de los presentes.

3.- Permitir que las partes sean quienes llegan a los acuerdos que les interesa en las materias que deseen y desde las pautas que tengan que ver con su historia y sus formas. Para esto hace falta una formación muy específica del mediador, un desarrollo de aptitudes personales, debe colocarse en un lugar muy preciso que no dificulte este proceso.

Por todo lo expuesto trataremos algunos aspectos que entendemos importantes en relación al concepto de mediación para luego proponer una definición de este proceso.

### 3.2 El lugar del mediador

El lugar del mediador va a depender del concepto de mediación con el que trabajemos y con la clara diferenciación que hagamos entre la mediación y otras formas de intervención (terapia, conciliación, intervención socioeducativa, etc.).

Si el objetivo de la mediación es el **acuerdo**, el lugar del mediador estará vinculado y comprometido con el resultado preestablecido, que es la obtención de un acuerdo y por lo tanto la absoluta y libre disposición de la voluntad de los mediados estará directamente o indirectamente “manipulada” por el mediador.

Si el objetivo de la mediación es la **modificación de conductas** de tal forma que, una vez efectuada esta, la gente cuente con recursos de los que no disponía antes del proceso, para poder llegar a acuerdos frente a una situación de conflicto, el mediador ocupará un lugar no sólo de poder sino también de responsabilidad profesional tal que sólo los psicólogos podrían hacer esta tarea.

Si el objetivo es el **reestablecimiento de la comunicación** y la **modificación de la narrativa**, para que una vez lograda esta los mediados puedan a partir de ella reestablecer una relación fluida en forma tal que puedan enfrentar la resolución del conflicto, **podríamos estar** frente a una situación que debería dar un proceso similar a lo establecido en el caso anterior y, por lo tanto, se trataría de una terapia familiar sistémica. El lugar del mediador sería, por lo tanto, un lugar de poder, desde su saber, el cual está

al servicio de un resultado ajeno a la voluntad de las partes. Nunca en mis años de trabajo en mediación ni en nuestra asociación ha venido nadie solicitando un reestablecimiento de su comunicación. En todo caso vienen más solicitando un acuerdo y, por lo tanto, la mejora de la comunicación sería una técnica y no un objetivo.

Finalmente, si el objetivo de la mediación es que los mediados puedan tomar decisiones relativas a su conflicto de forma autónoma e independiente de los valores, creencias o criterios del mediador, apropiándose de su conflicto de tal forma que decidan hacer algo con él, sea esto llegar a un acuerdo como lo entendemos tradicionalmente, o a uno menos formal, como puede ser aceptar que no pueden o no quieren llegar a un acuerdo en ese sentido de la palabra y “acuerdan” ir a otro lugar (los tribunales) para que un tercero lo resuelva por ellos.

Si realmente creemos que los mediados son quienes realmente saben lo que les pasa, lo que quieren, y confiamos en que ellos tienen las capacidades para resolver la situación como lo han hecho antes de que se presente, el lugar del mediador será un lugar propio, específico y es al que me referiré.

Desde esta perspectiva, la formación previa del mediador es útil pero no determinante. No tiene por qué ser ni psicólogo ni abogado ni trabajador social, ni tampoco tiene por qué no serlo.

Que sea necesario saber algo (mucho menos de lo que habitualmente se estima) de economía, psicología, derecho, sociología, antropología, pero no significa que se deba ser profesional en alguna de estas áreas del saber.

La mediación es un saber hacer y estar frente a los clientes y al conflicto desde un paradigma cultural distinto, como es aceptar el conflicto como una oportunidad, estar convencido de que los conflictos pueden resolverse desde la perspectiva ganador-ganador y el mediador está dispuesto a hacer la renuncia narcisista que implica renunciar a hacer juicios de valor o suponer que tiene la solución al conflicto de sus clientes.

De forma muy sencilla podemos diferenciar la intervención del mediador de aquella de las profesiones de origen de la que provenimos. Si tenemos dudas de hacer determinada intervención durante el proceso, podemos pensar si un compañero mediador proveniente de otra profesión podría hacer esta intervención que vamos a hacer con seriedad y profesionalidad, o esto lo puedo hacer exclusivamente en función de mi profesión de origen. Si la respuesta es esta última estaríamos haciendo una intervención propia de nuestra profesión y no de la del mediador.

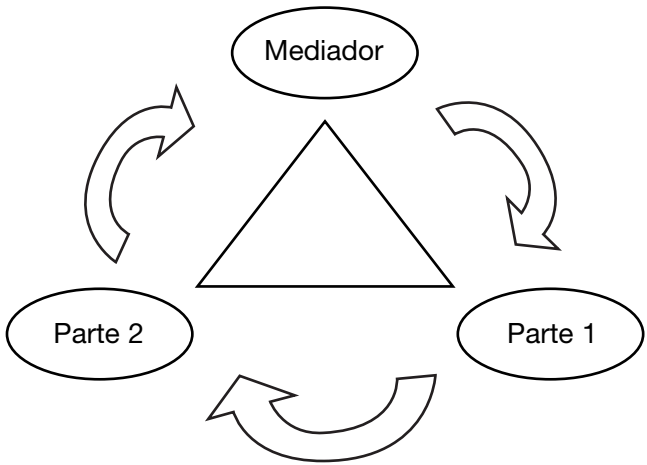
Por ello pensamos que en las mediaciones realizadas por un psicólogo y un abogado, en razón de sus profesiones de origen, no estaríamos hablando de una mediación, ni de un hacer interdisciplinario, sino de una intervención psicojurídica multidisciplinaria.

Por todo esto, pensamos que el lugar del mediador es aquel en que en mejor forma puede ayudar a que la gente se apropie activamente de su conflicto, para hacer con él lo que estimen más oportuno. Para ello, debe colocarse en el mismo plano de sus clientes, ir a la cultura y al lenguaje de ellos y no a la inversa; renunciar al poder profesional del saber la respuesta para que sean ellos los que la indaguen y la busquen, renunciar a dar asesoramiento profesional para que sean ellos los que la deban buscar fuera de la mediación, para que al volver allí con la información el mediador siga siendo equidistante funcionalmente con ellos (que no neutral). Finalmente, renunciará a hacer juicios de valor en relación a los discursos de los clientes, centrando su hacer en crear con sus clientes las condiciones para que estos puedan trabajar. Organizará la información que los clientes suministran y hará las preguntas necesarias para que se cuestionen si realmente disponen de toda la información, evitando las contradicciones entre sus manifestaciones a lo largo de todo el proceso, estableciendo conjuntamente con ellos unas reglas de juego útiles para ellos (que no son para todos iguales), procurando que no tomen las partes decisiones sin la información suficiente.

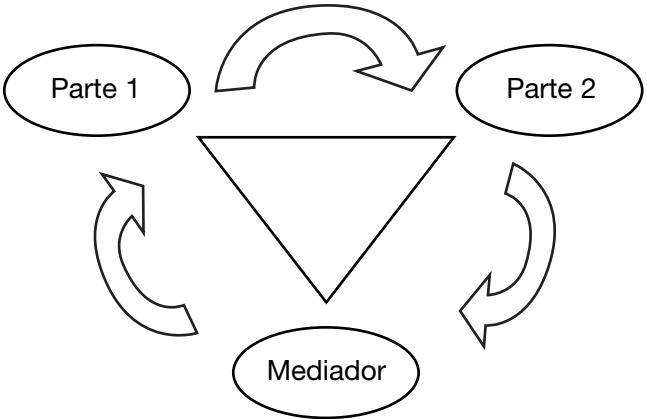
Para ello utilizará múltiples técnicas, muchas de las cuales provienen de las ciencias empresariales, psicología (y me refiero aquí a

lo que aportan todas las escuelas de esta ciencia), intervención social y del derecho, por indicar algunas. Pero no hay que confundir utilizar ciertas técnicas de una profesión con mezclar los objetivos con los que se utilizan, que esto es lo que diferencia unas disciplinas de las otras.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, nos cuestionamos algunas premisas dadas como dogmas en lo que hace a este tema, como la referida al gráfico tan utilizado en muchos libros, donde el lugar del mediador estaba representado de la siguiente manera:



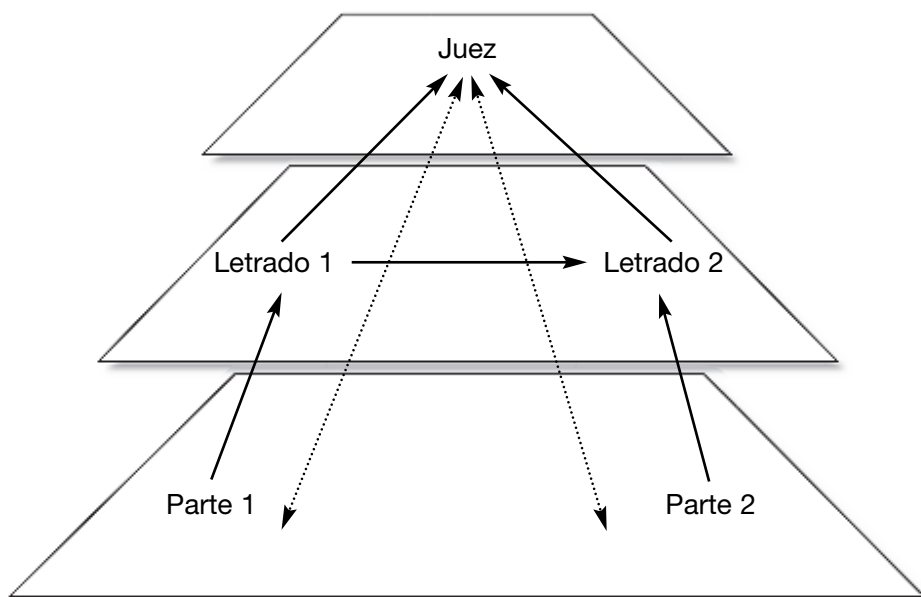
Si invertimos la imagen que nos da es la siguiente:



El primer gráfico muestra al mediador en la parte más alta. Consciente o inconscientemente, esto significa tener más poder. En general nos parece más razonable la primera versión pues los profesionales tendemos a colocarnos en un lugar “superior” a nuestros clientes, ya sea por el saber, por el poder formal que tenemos, por el cargo que ejercemos o por necesidades subjetivas de seguridad o narcisismo.

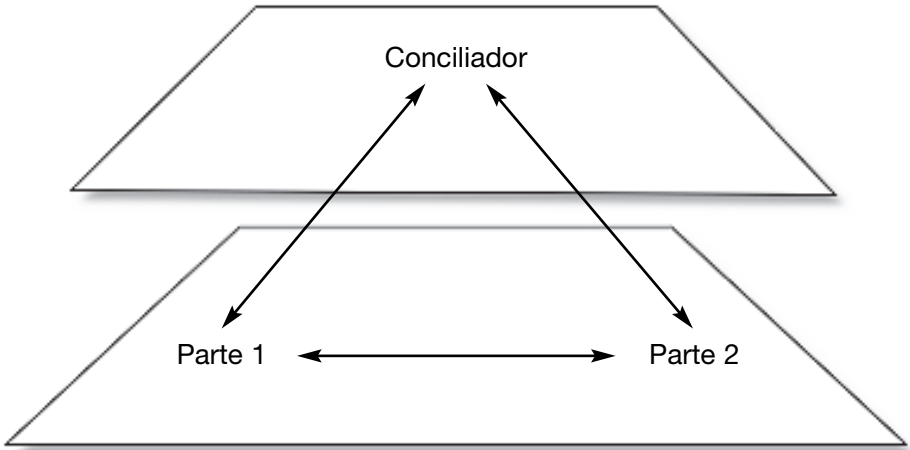
Siempre se elige la altura para indicar poder. Dios está en el Cielo, los tronos están más en lo alto, como los estrados de los Jueces, etc. No obstante en la mediación esto no es así.

Por lo tanto sugiero ver esto desde la perspectiva de planos de poder. Donde podemos representar gráficamente la relación del proceso judicial, la conciliación y la mediación de la siguiente manera, en la que las flechas indican los flujos de la comunicación:

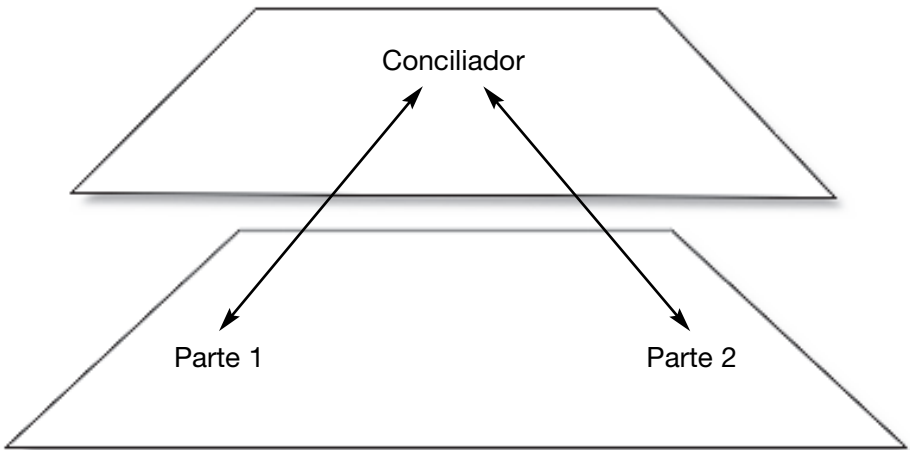




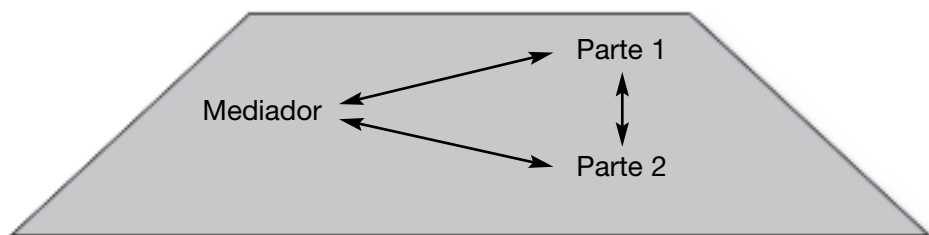
En caso de la conciliación esto se da de la siguiente manera:



No obstante, en la llamada mediación puente (o *shuttle mediation*, en inglés) las partes no mantienen ninguna comunicación entre ellas y ésta se realiza por medio del tercero. Este efecto se da también cuando se hacen entrevistas privadas (*caucus*, en inglés) en las que existe una confidencialidad de lo tratado en relación a la otra parte. Esto se representaría de la siguiente manera:



De todos modos, en la mediación la ubicación del mediador es en el mismo plano, pero con un distinto rol. La tarea del mediador es la de crear un espacio virtual en el cual todos ocupen el mismo plano para que puedan apropiarse activamente del conflicto y decidan hacer lo que quieran con él, hasta no resolverlo por ese medio e intentarlo por otro:



Esto muestra que el mediador no tiene el control del proceso, como se decía antiguamente. El proceso se construye con los clientes porque ellos pueden dejarlo cuando quieran, ellos tienen el poder de hacer que el proceso continúe o no, como lo tenemos los mediadores. Ellos también tienen el poder de llegar o no a un acuerdo. No hay forma, excepto con la manipulación, de que el mediador pueda cambiar esto. Podemos trabajar con ellos para ayudarles a obtener sus objetivos, es decir, quedarse en el proceso, obtener acuerdos de una forma más sencilla y más eficaz, pero no podemos quitarles a ellos el poder final de hacer lo que quieran. Por ello, la formación del mediador es tan determinante en el éxito del proceso.

Por lo tanto estar en el mismo nivel de poder es la manera de ayudarles a que se responsabilicen de su conflicto y puedan asumir que son los únicos capaces de obtener una solución al mismo. Por ello llegamos, finalmente, a la idea de que es útil para la mediación todo lo que les ayude a apropiarse activamente de su conflicto y asumir sus propias responsabilidades con el resultado, y no ayudan a la mediación todas esas acciones en las que asumimos el rol de encontrar las soluciones y en las que aceptamos la transferencia de la responsabilidad del resultado de ellos a nosotros.

Al resolver los conflictos desde pautas que no son la búsqueda de la solución humana compleja, en la cual el sentir, pensar hacer y decir de las partes están involucradas y que sólo ellos conocen, las reemplazamos por una perspectiva en la cual nosotros los profesionales, disponemos de más saber que ellos, como puede ser el derecho, la religión, la psicología o cualquier otra intervención hecha desde el saber del profesional en determinados contenidos a los que se lleva la resolución o gestión del conflicto, nos estaremos elevando del plano de poder y ellos estarán transfiriendo a nosotros parte de su responsabilidad en la solución del problema, pues el saber está del lado del tercero y no de ellos.

No obstante a lo expuesto, esto no es una tarea sencilla para el mediador. Las partes intentarán poner al mediador en un nivel superior, para que decida o para hacer alianzas con él. Los clientes intentarán subirlo, haciendo alianzas, buscando aprobaciones, queriendo que avale posturas de alguno de ellos, y su tarea será conservar ese plano. Además, este modelo creemos que nos permite constatar que una cosa es estar en el mismo plano y otra es ser igual. Cada cliente y cada mediador son seres distintos, ubicados en lugares distintos, con roles distintos pero en el mismo plano de poder. Esto no quiere decir que el mediador no tenga poder. Lo que queremos indicar es que no tiene más poder que sus clientes.

Esta es la razón por la que la preocupación para que el mediador conserve su equidistancia funcional se convierte en un tema de especial interés para comprender el concepto de mediación.

Pensamos que una de las formas de ser “neutral” es ser profundamente subjetivo. Intentaremos explicar esto. Ser subjetivo significa conocerse a uno mismo y conocer tus propias reacciones, y esto permite detectar las alianzas que se pueden producir dentro de uno mismo y que se verán reflejadas en la tarea. Asimismo, uno podrá detectar y conocer, como menciona John Haynes<sup>32</sup>, los propios prejuicios y preconceptos profesionales, pudiendo de

---

32. John Haynes, óp. cit., pág. 30.

esta manera discriminarse de los clientes y que de esta forma no se proyecten en la tarea.

A esto nos referimos cuando afirmamos que ser subjetivo es la mejor manera de ser “neutral”. La técnica y la práctica profesional obviamente ayudan pero un profesional también, con mucha práctica, puede adquirir muchos vicios si su formación no ha sido la adecuada.

La mediación tiene su fundamento operativo en la entrega de la palabra, la voz, al cliente. Son ellos quienes tienen la palabra, quienes tienen que escuchar la propia y la de los demás, y quienes tienen que ponerle palabras a su conflicto y a sus soluciones. La palabra del mediador debe ser usada por este con mucho cuidado. Es imprescindible entender que, quienes vienen con un conflicto, vienen afectados por una profunda crisis. Han intentado por todos los medios resolver ellos el conflicto con anterioridad y no lo han logrado, por lo tanto existe la tendencia cultural de procurar que sea otro quien dé las soluciones con el objeto de evitarse el doloroso proceso de asumir las propias responsabilidades y consecuencias del conflicto. Por eso, sobre todo en un principio, cualquier cosa que diga el mediador será escuchada desde esta perspectiva, es decir, desde el lugar del que sabe, del que nos puede orientar en la solución, de quien nos puede aliviar con su saber nuestra angustia propia de la crisis. Por eso mismo, si lo que pretendemos es que sean ellos quienes encuentren la solución a su conflicto será necesario mantenernos lo más lejos posible de este lugar. El mediador debe hacer una renuncia narcisista importante en relación a su conocimiento sobre cómo puede ser la solución del conflicto.

Pensemos por un momento, por ejemplo, en la mediación familiar. Cuánto podemos conocer a nuestros clientes tras dos o tres entrevistas, para poder opinar sobre cuál puede ser una solución con la que puedan vivir ellos el resto del tiempo, o al menos durante un tiempo importante del mismo. En cuanto opinemos sobre las soluciones o demos nuestra opinión sobre lo que les pasa, aliviaremos su angustia pero reduciremos su responsabilidad en el acuerdo y, por lo tanto, siempre podrán decir luego que

el acuerdo no fue el de ellos sino el que propuso el mediador y que aceptaron porque les pareció razonable, pero que pasado el tiempo, cuando perciben que no es realmente su acuerdo pueden incumplirlo. Lo mismo ocurrirá en cualquier tipo de mediación, comercial, penal o cualquier otra.

En este proceso de dar la palabra a los clientes aparecen algunas dificultades que tienen que ver con los procesos de depositación que todos hacemos en los procesos de comunicación. Lo que cada uno escucha está condicionado por múltiples aspectos, unos subjetivos que nunca conoceremos en un proceso de mediación, y otros relacionales que tienen que ver con lo que la palabra del otro significa para cada uno. Si esta palabra carece de valor o relevancia no será escuchada. Por el contrario si existe una depositación de poder, prestigio o autoridad, será escuchada como una palabra a tener en cuenta y con la cual habrá que hacer alianza si uno quiere obtener el objetivo de “vencer” en la contienda. Este proceso de calificación o descalificación de la palabra del otro debe ser muy tenido en cuenta en el proceso de mediación. Como mediadores nos seduce registrar que nuestra palabra es escuchada, pues cuando le otorgan valor nos lo están dando a nosotros y esto satisface nuestro narcisismo. Pero por otro lado permite distorsionar la palabra del otro negando lo que no quiere escuchar o distorsionándolo desde nuestra propia subjetividad.

En la mediación, para evitar estos complejos procesos sin entrar en técnicas más propias de las terapias interpretativas, utilizamos el rotafolio.

### **3.3 Función del rotafolio en el presente modelo de mediación<sup>33</sup>**

Partamos de la base que la función del mediador en el presente modelo está definida por un posicionamiento particular del mismo en relación a los mediados.

---

33. En la conceptualización que aquí se hace del uso del rotafolio dentro de nuestro modelo he contado con la colaboración del Dr. Bernardo Ferrante.

Ese posicionamiento está definido por el modo de ubicarse en el discurso que los mediados vienen a desarrollar conjuntamente con el mediador.

Todos los modelos de mediación, arbitraje, conciliación, etc., se desarrollan en el campo de la palabra.

Si nos quedamos con este dato sería difícil avanzar. Por lo tanto es necesario pasar al registro de discurso y diferenciarlo del registro del diálogo.

En principio se parte del diálogo, lo que primero ocurre cuando unos clientes consultan a un tercero es algún tipo de intercambio con este último. No habría forma de establecer cierto vínculo empático si no fuera de este modo.

Pero nuestro mediador pronto advierte que lo que ocurre con los mediados es necesario enmarcarlo dentro de la concepción básica de lo que en principio entendemos como mediación, y es que la solución del conflicto que los une es una tarea en la que ellos son los actores principales. La función del mediador en ese discurso, se especifica en la medida que evita intervenir como un tercero más. Es por el modo diferenciado de su intervención, como es necesario que los mediados le reconozcan durante el proceso, que constituirá la modalidad específica de su intervención. Y que luego, de un momento de ambigüedad, se constituirá para los mediados la convicción de que es de ellos de donde surgirá la resolución del conflicto, conforme a los criterios que ambos establezcan como satisfactorios para las partes. Es decir se producirá por parte de los mediados la apropiación activa de su conflicto y entonces podrán decidir qué hacer con él.

Ya está indicado lo específico del modelo en cuanto se centra más en la comunicación, o en la obtención de un acuerdo o la de la transformación de las personas intervinientes en una dirección de una conducta cooperativa, en esta apropiación activa del conflicto para que puedan hacer una elección sobre qué hacer con él. A partir de aquí nos tocará elaborar esa función que hemos definido como posicionamiento particular y además

diferenciar discurso de diálogo, función de la palabra y función del escrito.

Es debido al descubrimiento de la importancia constitutiva que tiene en el ser humano la dimensión del lenguaje, hecho inaugurado por el psicoanálisis y luego conceptualizado científicamente por las disciplinas modernas, entre las cuales la lingüística ocupa el primer lugar junto con el estructuralismo. No se trata de un privilegio que unos seres vivos tienen sobre otros. Se trata que la palabra tiene una función más importante que de comunicar algo a alguien. La palabra o, dicho de otro modo, el lenguaje a través de las representaciones verbales despliega su potencia autónoma y se impone como testimonio de que el ser humano está sujeto y determinado por el lenguaje y que, si bien dispone de la palabra para desplegar sus vínculos bajo una aparente autonomía de sus decisiones y elecciones concientes y voluntarias, la verdadera potencialidad de la palabra está en que ésta despliega una actividad en forma autónoma (de nuestra voluntad) y oculta, poniéndose de manifiesto de múltiples formas aunque la más asequible y cotidiana son los lapsus linguae. Fue a partir de la investigación de esos fenómenos (junto a otros como los actos fallidos) cuando se descubrió el resorte fundamental que hace que el sujeto humano no sea un animal que habla.

Este rodeo intenta abordar un concepto tan difícil de aprehender como es el de discurso, para no solo diferenciarlo del concepto de diálogo sino establecer que éste último está subordinado al primero y determinado por él en su verdadera motivación inconsciente. Queda claro entonces que el ser humano merece ser llamado *Sujeto*, a condición de especificar que es sujeto de un discurso; es sujeto de un orden simbólico que nos sobredetermina, y es por eso que adquiere una supremacía en todas sus manifestaciones vitales.

Casi a modo de ejemplificación podríamos decir que cualquier fenómeno comunicacional humano, entiéndase argumentaciones discursivas de cualquier naturaleza a los que vulgarmente se los denomina diálogos, no es más que una cara del fenómeno de dis-

curso, cuya otra cara es inconsciente, pautada por una significación oculta para la intencionalidad consciente de los actores.

Llegados a este punto resultaría comprensible aplicarlo al discurso que se despliega indefectiblemente en cualquiera de los procesos de mediación.

Se comprenderá cómo lo que podría entenderse como una particularidad del presente modelo se encuentra en el hecho de intentar minimizar lo máximo posible los efectos de interferencia, que inevitablemente se producirían en cuanto el mediador se incluyera como sujeto en relación a lo que puede dificultar la apropiación activa del conflicto por parte de ellos.

Y ¿qué significa introducirse como sujeto?

¿Cabría la posibilidad de que el mediador se despojara de su subjetividad?

Si ser sujeto hemos dicho que es nuestra condición de existencia, en tanto sujetos de un discurso, la respuesta sería que no es posible en un primer abordaje.

Pero el recurso al rotafolio, que el presente modelo ha incorporado de ciertos modelos anglosajones, y que verifica en forma intuitiva su utilidad en el proceso de mediación, responde precisamente a un intento de avanzar justamente en la dirección de atenuar, no de eliminar, la subjetividad del mediador, ya que la experiencia le ha ido demostrando que eso es imposible; ha sido precisamente por el reconocimiento inconsciente de la inevitable interferencia que la palabra hablada del mediador puede producir (recordemos que el objetivo primordial de esta estrategia mediadora es que los actores desplieguen sus capacidades de resolver sus cuestiones en forma autónoma) cuando ha surgido la dimensión de la escritura (digamos la representación de las palabras) bajo el elemento denominado **ROTAFOLIO**.

¿Y por qué este elemento representa el avance más elaborado de esta estrategia?



Lo abordaremos desde la perspectiva que hace a la posición de máxima equidistancia funcional posible del mediador y desde la perspectiva de los mediados, en cuanto les permite también eliminar las interferencias que su propio discurso les acarrea al momento de necesitar recortar y circunscribir sus auténticas necesidades y deseos personales.

La función llamada de legitimación es otro de los pilares en el presente modelo, pero sólo si se lo articula a lo que hemos venido desarrollando, podremos afirmar el giro cualitativo que marca un antes y un después cada vez que de la legitimación hablada (donde aún el mediador es un sujeto de discurso) se pasa a la escrita donde se llega, a nuestro entender, al punto máximo de eliminación de aquello que de la subjetividad del mediador podría obstaculizar. Así se pasaría a la escritura como la función más simbólica de un sujeto; al mismo tiempo que de máxima equidistancia funcional.

Creemos que en el acto de escribir el mediador ejerce sobre los mediados la acción más concreta que los reconduce a ellos mismos.

Esto es así, debido a que les permite leer en una hoja de papel las frases que los representan a cada uno de ellos en forma independiente, en tanto sujetos de sus propios deseos, necesidades y conveniencias.

Es por esto que en este modelo todos los actores se benefician porque se elimina todo acto cuyo objetivo sea mantener el conflicto o el desencuentro con el otro bajo infinidad de argumentos que, en definitiva, solo sirven para ocultar e impedir que cada cual pueda conectarse consigo mismo, y desde ahí reconocer al otro como distinto y diferente y no como un enemigo. Esta función de espejo que realiza la palabra escrita sobre el rotafolio les permite verse a ellos mismos y al otro como sujetos diferenciados. Se logra así, de una forma más efectiva, la legitimación y el *empowerment* que Folger nos propone como herramientas útiles. En su caso dirigidas desde el objetivo del modelo a la transformación y desde

este modelo a la apropiación. Si esto último produce además transformación, puede ser un beneficio marginal, pero no es el objetivo de la acción mediadora desde nuestro modelo interdisciplinar.

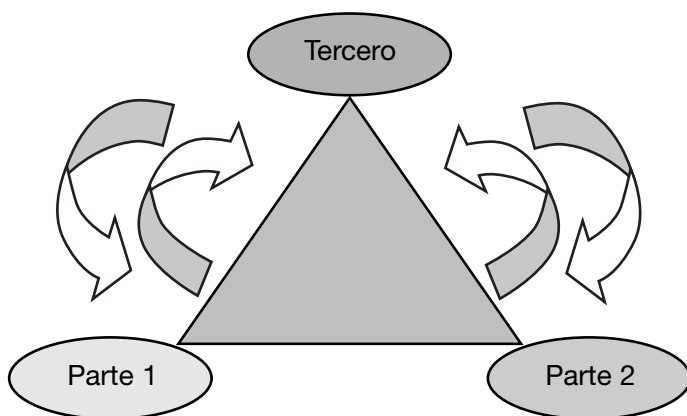
Ya en 1991 reflexionaba en este sentido la mediadora canadiense Lorraine Filion<sup>34</sup>, si realmente lo más importante de la mediación es llegar a un acuerdo o es el hecho de que las partes puedan volver a retomar un camino de solución del problema que pase por ellos mismos.

### 3.4 El *caucus* en la mediación

El *caucus* o entrevistas individuales es comúnmente usado en los procesos de negociación, conciliación, facilitación y mediación, para únicamente mencionar algunos de los sistemas adecuados (alternativos) de resolución de conflictos en los que se usa.

En todos ellos, y siguiendo la mayoría de la literatura académica, estas reuniones son privadas y confidenciales en relación no sólo a terceros sino también entre los propios participantes de la mediación.

Podríamos, por lo tanto, representar de la siguiente manera la comunicación en dichos encuentros:



34. Lorraine Filion, «Les Pluies acides, les nuages gris et le ciel bleu de la médiation familiale», *La médiation: une mode alternatif de résolution des conflits*, Lousanne, 14 y 15 novembre de 1991, Schultess Polygraphhischer Veriag Zurich, 1992.

Como se puede ver en la figura la comunicación entre las partes no existe en este momento. Si nunca la hubo, como en una negociación puente nada ha cambiado, pero si esto ocurre en una mediación, en la cual su esencia es que las partes dialoguen entre ellas e intenten obtener acuerdos mutuamente aceptables, se habrá interrumpido la comunicación y habrá quedado mediatizada por la presencia del tercero. Será el tercero el que decida qué parte de la información recibida transmite a la otra parte en virtud de lo que entienda es más conveniente para... ¿para qué?

Resulta evidente que se torna fundamental, para seguir analizando este tema desde la perspectiva de la mediación, tener presente lo expuesto en cuanto a la función del mediador, cuál es el objetivo y en qué se diferencia de los otros medios de resolución adecuada (alternativa) de conflictos, y qué lugar ocupan las partes en este proceso.

John Haynes, ya en 1993<sup>35</sup>, manifestaba que el *caucus* era útil en 6 supuestos<sup>36</sup>. Ahora bien agrega que debe ser breve, con una dedicación similar de tiempos a cada parte para evitar la aparición de miedos respecto de lo que ocurrió en la sesión con la otra parte. Refiriéndose a los riesgos del *caucus* en los que la información no es compartida, es que las partes desvelando información que quieren que se mantenga confidencial lo transforman en un “coconspirador con ambos clientes”. Manifiesta que esto se

---

35. John Haynes, *The Fundamentals of family mediation*, Old Bailey Press, págs. 38 y siguientes. Traducción del autor.

36. 1.- Para confirmar o rechazar la sospecha del mediador respecto de la existencia de violencia de género que podría interferir en la capacidad de alguna de las partes para negociar un acuerdo equitativo.

2.- Cuando una persona está claramente siendo incapaz de buscar sus intereses personales.

3.- Cuando el nivel de hostilidad es tan alto que impide una dilución racional.

4.- Cuando los reproches continuos de una persona sobre la otra impidan el avance de las negociaciones.

5.- Cuando la respuesta a eventos, ya sean internos o externos a la negociación, bloquean o impiden una negociación productiva en una sesión conjunta.

6.- Cuando uno o ambos de los clientes son incapaces de hacer propuestas o contra-propuestas.

puede solucionar en base a compartir la información pero que quita efectividad al *caucus*. Finalmente, expresa que el *caucus* en mediación familiar (y entendemos que en toda mediación) puede ser el responsable de minar la confiabilidad del mediador y de otorgarle poder sobre los contenidos.

Me parece oportuno traer esta mención sobre los puntos de vista de un autor, indiscutiblemente ligado a la escuela de Harvard, de los intereses, cuyo objetivo formal es el acuerdo pero que ya distingue a la mediación de otros sistemas de resolución de conflictos en cuanto los contenidos son manejados por los clientes y el mediador sólo lo hace con el proceso.

Sabemos ya que esta división ha sido superada porque es imposible decir que controlamos el proceso y no los contenidos. Si analizamos la actividad del mediador desde la perspectiva sistémica, el subsistema que conformaban los clientes antes de venir se ve modificado por la presencia del mediador y, por lo tanto, le afecta en todos los niveles.

Sin embargo creo que es útil rescatar que lo que John buscaba era dejar en manos de los clientes la responsabilidad sobre la autoría de sus acuerdos y la responsabilización con el conflicto, ideas que hoy son universalmente compartidas por todas las corrientes de mediación.

Por lo tanto, desde la perspectiva de este autor, el disponer de información confidencial y no compartirla mueve al mediador a un lugar que se supone que no debe ocupar, y si lo que proponemos es hacer *caucus* compartiendo la información, es decir sin que exista confidencialidad de lo allí expresado entre las partes y el mediador, el beneficio del *caucus* queda desnaturalizado.

La primera conclusión que podemos sacar es que si el objetivo de la mediación es el acuerdo el *caucus* es útil pero trae aparejado que los clientes pierden el control sobre el proceso y los contenidos. El mediador se coloca en un lugar de poder en beneficio del acuerdo, que por supuesto al seleccionar la información que hará circular está decidiendo, según sus propios criterios, cuál es el

mejor acuerdo en base a lo que los clientes han expresado y que él ha comprendido.

Si la selección de la información la hace el mediado solicitando que no se compartan ciertos datos, determina una alianza entre ambos de la cual está excluida la otra parte.

Marinés Suares<sup>37</sup> al hacer referencia a este tema, dice que no comparte el criterio de John Haynes: "... aunque esta postura acerca de mantener secretos trae aparejada una carga para el mediador, ya que a veces pesan confidencias sobre nuestros hombros. Creo que los mediadores que deciden llevar a cabo reuniones privadas deben tener la capacidad de confidencialidad, es decir, la posibilidad de cargar con secretos, y si esto les resulta muy pesado, es preferible trabajar todo en reuniones conjuntas".

Me permito disentir de Marinés toda vez que pareciera que la única persona afectada por la confidencialidad es el mediador por cargar con un secreto, y no incluye el efecto que esto produce en todas las demás partes que no disponen de esta información. Asimismo como no creo en la neutralidad ni en la inexistencia del subjetivismo en cualquier relación y sabemos que nuestra inclusión en cualquier subsistema le alterará, de alguna manera consciente o inconsciente este secreto condicionará nuestra intervención. Nos remitimos a lo expresado al referirnos a la utilidad del rotafolio. Por tanto no creo que se deba a una habilidad personal sino que estimo es una inhabilidad propia del ser humano el no poder ser neutral y de creer que no se alterará el sistema con silencios que encubren información no compartida.

Ahora bien, si el objetivo de la mediación no es el acuerdo, sino una mejora de la comunicación para que los clientes recuperen su capacidad para llegar a acuerdos, y creando una nueva narrativa común puedan ver el conflicto desde otra óptica que permita nuevas soluciones, ¿qué efecto tendría en este proceso el *caucus*?

---

37. Marinés Suares, *Mediando en sistemas familiares*, Ed. Paidós, Mediación, págs. 256 y 257.

Teniendo en cuenta el lugar protagonista que en este modelo narrativo tiene el mediador, toda vez que la narrativa o historia alternativas las construya el mediador, y las exponga oralmente para producir en los mediados un efecto transformador (¿terapéutico?) que les lleve a concebir el conflicto conforme lo ha descrito la narrativa elaborada por el mediador en base a lo trabajado, se podría decir que el efecto del *caucus* es el aumento del poder del mediador en detrimento de la apropiación del conflicto por las partes en el sentido que lo estamos describiendo. Esto, que para nosotros es relevante, lo es menos para este modelo, pues esta corriente conceptual ya pone al mediador en un lugar de poder que según manifiesta la autora citada, Marinés Suares<sup>38</sup>, cuando dice que la interrupción del encuentro para que el mediador prepare la nueva narrativa “produce un aumento de atención, de receptividad, de la disposición a escuchar lo que ellos suponen son las *conclusiones* de los mediadores”. Esta actitud desplaza el protagonismo y la responsabilización de los mediados al mediador, que entiendo es contraria al objetivo al que hemos llegado en este modelo que presentamos.

El análisis del objetivo es mucho más claro aún para R. A. Baruch Bush y J. P. Folger<sup>39</sup> cuando expresan: “los mediadores intentan conscientemente evitar la formulación de propuestas o términos de arreglo, o incluso de promover la obtención de un arreglo cualquiera. En cambio, alientan a las partes a definir los problemas y a hallar sus propias soluciones y apoyan sus esfuerzos en ese sentido”. A lo largo de toda la obra no menciona el *caucus* ni las entrevistas individuales porque centra siempre su objetivo en la revalorización y reconocimiento que deben hacerlo entre ellos para lograr los objetivos propuestos por este método.

Desde la perspectiva de nuestro modelo interdisciplinar el *caucus* con confidencialidad entre mediador y cliente introduce además de un poder relevante del mediador otros efectos no útiles para la

---

38. Marinés Suares, óp. cit., pág. 239.

39. R. A. Baruch Bush y J. P. Folger, óp. cit., pág. 157, en *La promesa de mediación*, Ed. Granica, 1996, pág. 157.

mediación. Por el solo hecho de disponer de información no compartida entre las partes y de generar una tensión adicional en su tarea al tener que estar permanentemente teniendo en cuenta lo que no debe decir y que esto no influya en su equidistancia funcional (como nos gusta llamar a la neutralidad en este modelo), se agrega que aumenta las fantasías y desconfianzas de la parte que no dispone de la información en relación al “por qué” estará diciendo esto el mediador. ¿Qué habrá dicho la otra parte para que el mediador ahora me diga esto? En un proceso de conflicto en el que las desconfianzas recíprocas son múltiples, aumentar los “fantasmas” que sobrevuelan el proceso y aumentar el poder del mediador no parece lo más indicado para que las mismas se apropien activamente de su conflicto y en base a decisiones informadas decidan hacer algo con él.

De la misma manera que hemos mostrado el criterio de nuestro modelo y hemos citado a importantes autores de los tres métodos más reconocidos, debo admitir que existen quienes sostienen la importancia del *caucus* para la obtención del acuerdo en aquellos procesos centrados en él como resultado. Como hemos dejado claro a lo largo de este trabajo, a este proceso le llamamos conciliación, dejando para la palabra mediación aquellos procesos que se centran en los mediados y en la creación de las condiciones necesarias para una verdadera autocomposición en la apropiación y gestión de su conflicto.

### **3.5 Mediación y otras intervenciones profesionales**

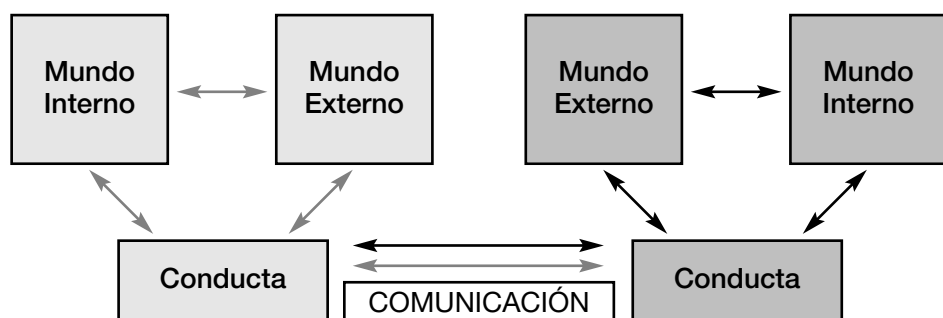
Es por esta razón que si la mediación debe incluir los aspectos emocionales y racionales a la vez debemos intentar describir el modelo de la actuación del mediador y del proceso de mediación diferenciándolo de otras intervenciones habituales, como pueden ser las del abogado, economista, psicólogo o trabajador social, educador social, sociólogo, etc.

Usaremos para ello gráficos que permiten una comprensión más fácil, pero teniendo presente que todo paradigma es reduccionista de la realidad, y por lo tanto esquemático y lo limito a compa-

rarlo con el hacer dentro del sistema judicial de resolución de conflictos, el psicológico y del trabajador social. Cada profesional de otras áreas del saber puede confrontar esta propuesta con su propia actividad profesional.

Hablaremos de Mundo Interno, Mundo Externo y Conducta en Interacción<sup>40</sup>.

En este primer gráfico vemos a dos partes, que están representadas simbólicamente por una sola persona, pero que pueden ser un grupo de personas.



Vemos aquí representada a cada parte por la relación entre tres planos:

- Uno constituido por el **Mundo Interno**, que tiene que ver con todo su mundo afectivo, sus deseos, temores, pasiones e inseguridades.
- Otro es el **Mundo Externo**, que se refiere a los aspectos de socialización, de relación con los otros, con lo que se debe hacer, con el Derecho, con lo racional, lo conveniente, lo práctico, lo útil para la persona (física o jurídica) determinada.
- Como resultado de esta dinámica surge una **conducta**, que será la manifestación de esta relación entre estos dos mundos y que a su vez les realimentará.

40. La primera presentación de este tema la realicé en la II Conferencia del Foro Mundial de Mediación realizada en La Habana, Cuba, en el año 1998. Ponencias no publicadas en papel sino en un CD por los organizadores.



– Además, entre una y otra parte, se produce una **comunicación** que la representamos a través de la interacción armónica bidireccional de ambas conductas. Sabemos que no es posible la no comunicación. Toda interacción entre conductas genera una comunicación. Podrá ser útil o no para el objetivo de las partes, pero ese es un tema que excede los objetivos de este trabajo.

Ahora bien, cuando surgen los conflictos y mientras se van desarrollando puede ocurrir que las personas conserven este equilibrio dinámico, y siendo así, en general, serán capaces ellos mismos de resolver sus conflictos y de negociar entre sí directamente. Pero también puede ocurrir que ese equilibrio se altere sustancialmente, y el plano del mundo interno, de los afectos, de las emociones haga eclosión. Entonces el mundo del deber ser, de la norma, de la conducta esperada se “vacía de contenido” y se pone al servicio de la satisfacción de esa situación, dando justificación racional al deseo y a la aparición de conductas que promueven la pérdida de comunicación útil y la primacía del mundo emocional. Es importante destacar que esto no sólo ocurre en conflictos de orden familiar sino de cualquier tipo. Podemos verlo, por ejemplo, en un conflicto de orden comercial, en el que la situación personal del negociador hasta el momento de la mediación pudo haberse visto afectada por tensiones emocionales propias no sólo con el contrario (le ha hecho quedar en una postura ridícula o delicada ante terceros o le desvalorizado, etc.) sino también en lo cotidiano, ese conflicto no resuelto puede traerle aparejado riesgos en su trabajo, muchas horas adicionales de negociación que han afectado su vida familiar, etc. En fin, en cada persona hay mil aspectos que nunca se conocen en una mediación de cualquier tipo que sea, que están atravesados por situaciones emocionales intensas.

Aparecen aquí las emociones más fuertes que denominamos **pasiones**.

Algunos temperamentos, como el latino, incluyen en los conflictos afectivos un contenido alto de pasión. Con esto no quiero decir que los demás pueblos y culturas no tengan pasiones.

Es importante para evitar confusiones diferenciar los sentimientos de las emociones. Los primeros son esenciales al ser humano, transcurren por nuestro interior, en nuestro *self*. Los segundos, las emociones, son la expresión de estos sentimientos y están muy ligados a formas culturales. Por esto queremos dejar muy claro que no decimos que los sentimientos dependen de la cultura sino que son las emociones, que son su forma de expresión, las que están condicionadas por ella. Existen pautas de control y conducta que se enseñan desde el principio de la vida, en virtud de las cuales la emoción de la pasión se expresa de otra forma y ante otros conflictos. Por ello en los modelos anglosajones de mediación, la pasión, como emoción no útil y perturbadora, es excluida de la sesión de mediación sobre la base de las reglas de comportamiento (*ground rules*, en inglés) y de la estructuración del proceso. Podemos dar un pequeño ejemplo tomado de la vida cotidiana que creemos expresa con claridad esta idea. En la película *La Reina (The Queen)* cuando la reina de Inglaterra vuelve al palacio después de haber compartido con la gente las muestras de cariño y pesar por la muerte de Lady Dy, se dirige a su esposo y le dice que tenía muchas ganas de llorar, pero que no lo hizo pues qué pensaría su pueblo si la viera llorar. Con el terrible atentado del 11 de marzo de 2004 en Madrid, cuando D.<sup>a</sup> Sofía, Reina de España, saludó después del oficio del funeral a los familiares de las víctimas, lloró y expresó sus sentimientos. Estoy seguro de que su pueblo hubiera pensado exactamente lo contrario que el de Inglaterra si ella no hubiera llorado.

En este punto conviene traer a colación una experiencia personal con motivo de un taller de formación que coordiné en los Estados Unidos con motivo de la Conferencia Anual de SPIDR celebrada en Albuquerque, Nuevo México.

Ocurrió allí que al, exponer este tema los mediadores participantes, todos ellos con mucha experiencia, estimaban que esto ellos lo hacían habitualmente; no obstante percibí en la sala una tensión que también percibía dentro de mí.

Aproximadamente un tercio de los participantes eran de origen latino, algunos de ellos viviendo en países latinos y la mayoría inmigrantes o descendientes de inmigrantes latinos.

Verifiqué mi hipótesis consultando a los participantes latinos si se sentían bien con el comentario realizado por el otro grupo. La respuesta fue casi unánime al expresar que se sentían mal.

Indagué el motivo y comentaron, sobre todo los inmigrantes o hijos de inmigrantes, que no se entendía lo mismo, según la cultura de origen, por la palabra pasión.

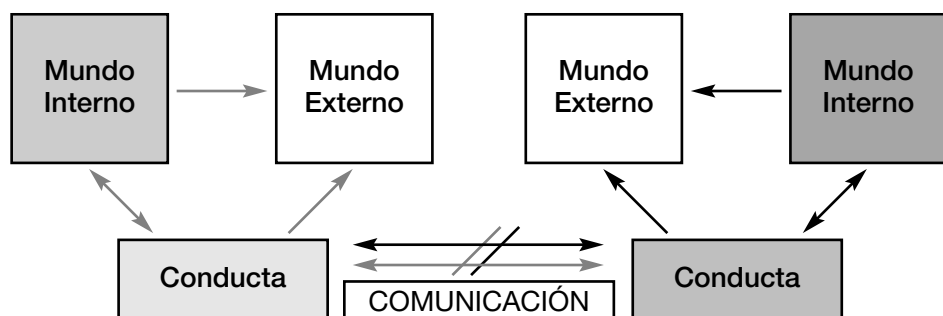
Planteado el conflicto y confirmada mi hipótesis trabajamos sobre ella. Tras varios intercambios, reformulaciones y preguntas de todo tipo, llegamos a una conclusión muy simple pero entiendo válida: la pasión es aquella expresión de una cantidad concentrada de sentimientos que nos nubla “la vista” y nos impide pensar.

Intervino en este momento D. Robert A. Rubinstein, antropólogo y mediador, quien manifestó que la gran diferencia entre los dos modelos era, además del concepto de pasión, que en un modelo se exigía que ésta quedara fuera de la mediación y el otro la incluía en el proceso y trabajaba con ella. Por ello las técnicas son las mismas, pero con el material que trabajamos es distinto. Desde nuestra perspectiva es importante dejar que la gente discuta, se pelee, se enfade y diga cosas que si no habitualmente no nos dice. Dejamos que la pasión se exteriorice y de ella obtenemos información valiosa para los mediados por un lado y, por el otro, logramos ganarnos la confianza de nuestros clientes pues somos capaces de escucharlos y transformar por primera vez la pelea en algo positivo para ellos.

Es decir no tememos a la escalada simétrica o asimétrica pues en ella las partes suministran información, y al poder reconducirla a través de técnicas específicas se logra que se transforme en útil lo que hasta ese momento para ellos no lo había sido. No se fuerza a reprimirse la necesidad de la expresión de las emociones sino que, reconociendo el sentimiento que las genera, les permitimos la legitimación de los sentimientos y la búsqueda de formas

de expresarlas que les sean útiles para la solución del conflicto que les trae a la mediación. Esto no significa que trabajamos estos sentimientos, ni que los interpretemos o les ayudemos a su elaboración, tareas todas estas propias del trabajo psicológico. Sólo ponemos palabra al sentimiento que genera la emoción, lo que les hace sentirse escuchados y legitimados en sus sentimientos sin hacer sobre ellos juicios de valor alguno. Por eso es importante que la expresión de los sentimientos a través de las emociones sea hecha por los mediados entre ellos y no en el *caucus*, pues son ellos los que tienen que recuperar la capacidad de escucharse y no exclusivamente con el mediador. Muchos conflictos comerciales no se pueden resolver desde la perspectiva comercial y deben llevarse al plano jurídico por esta razón. Las partes buscan en el abogado una especie de vengador a sabiendas de que esto puede, inclusive, llevarles a grandes gastos y problemas económicos y financieros serios.

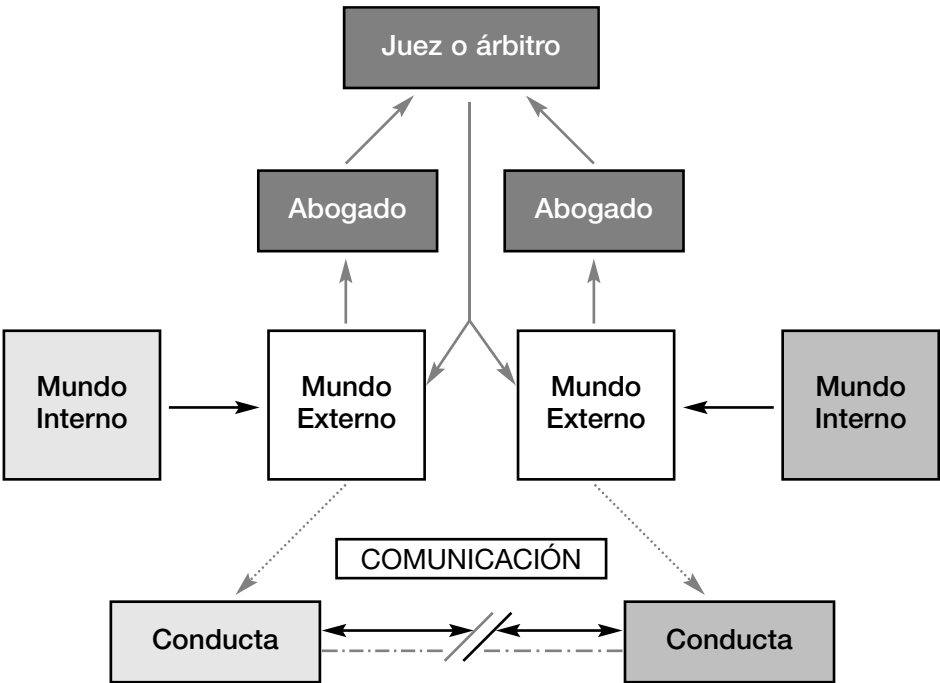
Así, en estos casos, el gráfico anterior se ve modificado de la siguiente manera, en la que hemos resaltado con el color más intenso la primacía del Mundo Interno frente al vaciamiento (falta de color) del Mundo Externo:



Podemos ver, por la dirección de las flechas, que ya no existe envío de estímulos desde el mundo externo hacia el interno. Los sentimientos son los que dominan y condicionan cómo vemos la realidad, y luego nuestra conducta condiciona nuestra norma o mundo externo para que la justifique. Por eso la comunicación no es que no exista, sino que es unidireccional sin retroalimentación

útil para ellos, al contrario, profundiza cada mes el ruido entre ellos y la interpretación subjetiva del hacer y el decir del otro está totalmente condicionada por el propio sentir que es el que está controlando la escena.

En este punto del conflicto, cuando las partes están enfrentadas, la solución jurídica puede representarse en el siguiente esquema:



Desde una racionalidad invadida por situaciones emocionales, el cliente pide la intervención de su abogado para que se declare su derecho y para que el Juez le dé la razón que cree tener. Los abogados intervienen en un procedimiento contradictorio, que polariza más la situación, porque es necesario ser muy duro y riguroso técnicamente para poder llevar al Juez al convencimiento de que la postura de nuestro cliente es la correcta. Al final de este proceso el Juez o árbitro dicta una resolución que afecta al mundo del deber ser, al Mundo Externo y que éste no puede recibir porque está debilitado por la supremacía del conflicto emocional. Por lo tanto, esta sentencia dirigida al Mundo Externo

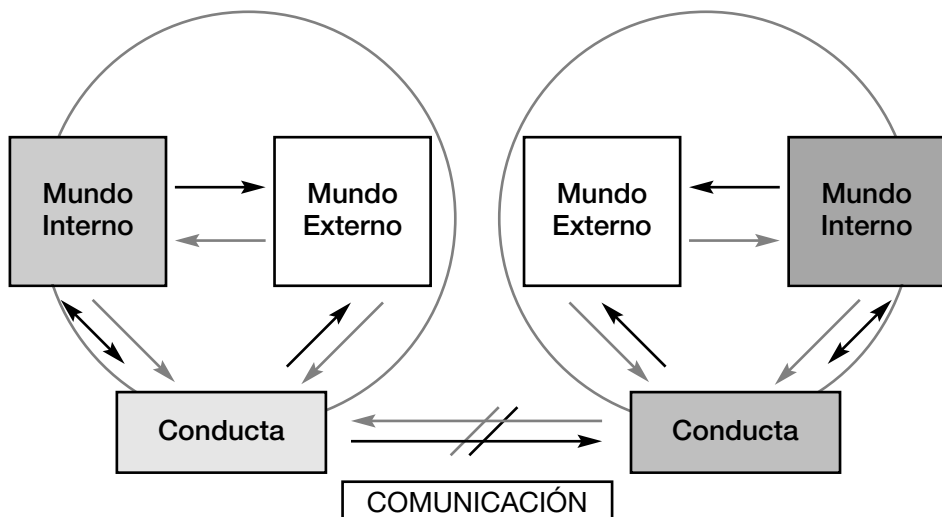
debería afectar a la conducta (indicada con una suave línea roja en el gráfico), pero no lo hace.

Como vemos en el gráfico, en este escenario o contexto el mundo interno o de las emociones no tiene intervención alguna. El Derecho no abarca ni toma en consideración el Mundo Interno de las partes.

Pues bien, así las cosas, la sentencia llega a las partes y ésta es recibida de forma bastante típica. Nunca hemos escuchado a un cliente cuando pierde un juicio decir: “El Juez tenía razón” y cumplir la sentencia. En general, y lo vemos también en los medios de difusión, todos creen que el Juez ha cometido injusticias, que no se ha visto bien el caso, que la situación no es como se plantea, etc. Conclusión final, la sentencia debe ejecutarse y si no hay bienes sobre los cuales hacerlo, la insatisfacción es de ambas partes, una porque perdió el pleito y la otra porque no cobró. En el ámbito familiar, esta insatisfacción se hace más patente, ya que cuando el cumplimiento requiere un hacer, y en ese hacer están incluidos los hijos, la ejecución se hace especialmente difícil. Lo mismo ocurre con los menores infractores, conflictos de adolescentes, problemas de conducta escolar, etc. Pareciera que “quien pierde un juicio, pierde el juicio”.

Pues bien, aquellas personas que, como dijimos al principio, entre la posibilidad de un proceso judicial eficiente y la mediación eligen esta última, desde el momento de la elección ya están marcando una diferencia. Por ello, saber por qué se elige la mediación siempre será un dato importante a tener en cuenta en la búsqueda de los intereses que persiguen las partes.

Este estado descrito en la figura 2 si fuera enfrentado desde la perspectiva del trabajador social, entendemos que para una intervención típica sería de la siguiente manera:



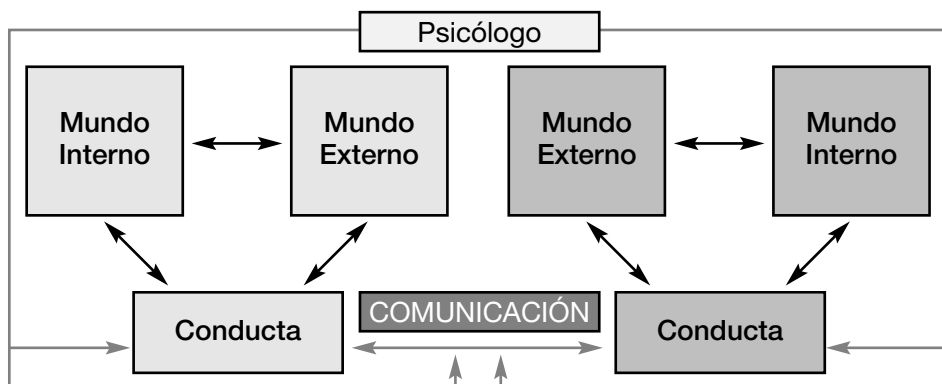
El trabajador social procurará, teniendo en cuenta el mundo interno de las personas, poner en equilibrio el Mundo Externo con la conducta (círculo y líneas en rojo) de tal forma que por medio de los recursos disponibles la persona pueda insertarse en el Mundo Externo del trabajo, escuela, medio social, de una forma productiva para ella. Es decir si no existe un problema psicológico grave que determine la necesidad de enviarla a un servicio de psiquiatría/psicología, procurará contener el Mundo Interno, para que teniendo en cuenta el peso de su intervención, de las pautas sociales existentes y directivas del servicio de intervención, se logre una integración del externo y de la conducta, para que el conflicto se encauce de forma productiva para el usuario.

Tiene el trabajador social una intervención en muchos aspectos parecida a la del mediador, sobre todo en lo referente a nuestra intervención con el Mundo Interno del usuario (cliente para el mediador). Pero el lugar desde el que intervenimos es muy distinto y el resultado que buscamos también. El mediador no hace juicios de valor de correcto ni de justo con relación a las propuestas de sus clientes. Tampoco tiene pautas de intervención dadas por intereses superiores impuestos por la estructura legal o administrativa del lugar de trabajo. No estamos, o no deberíamos estar, dentro de un sistema que nos indica lo que es de mejor interés para el menor

o la familia, etc. Nuestro trabajo se basa más en dejar a los clientes generar sus propias alternativas sin limitaciones externas, que son necesarias desde un servicio público en el cual hay todo un sistema de pautas de lo que debe ser<sup>41</sup>. Los clientes están solo limitados por su propia escala de valores. Si antes del conflicto no había habido ninguna intervención para ver cómo organizaban sus vidas, entendemos que no la debe haber para el futuro tampoco.

El límite de lo que el mediador está dispuesto a aceptar o no está solo dentro del marco deontológico personal. Si entiende que la solución a la que están llegando las partes es realmente perjudicial para uno de ellos para ambos, o para las personas vinculadas a ellos, y si ha realizado por medio de las distintas técnicas tales las comprobaciones que le certifiquen que ese deseo de los clientes les es claro a ellos y razonable, solo nos queda retirarnos de la mediación. Nunca podremos calificar de incorrecta la conducta, pues puede ser que desde la perspectiva de la formación de origen la podamos leer así, pero como mediadores no estamos nosotros allí para hacer juicios de valor sobre lo que los clientes piensan o deciden. Nuestra tarea es ayudarles a que tengan muy claro lo que deciden en relación al conflicto que tienen, habiendo analizado los pros y los contras para cada uno de ellos y las personas que están vinculadas por la decisión que tomen.

Desde la perspectiva de un psicólogo la intervención podría ser de la siguiente manera:



41. Ver normas deontológicas.



Dependiendo de su orientación profesional intervendrá sobre el Mundo Interno, sobre la conducta o sobre la comunicación, pero en todos los casos procurará que se restablezca la armonía entre Mundo Interno, Mundo Externo y conducta para permitir una comunicación útil para la resolución del conflicto.

Es por ello que hay que tener muy claro cuál es el pedido del cliente en relación a nuestra intervención y qué determinará el objetivo de la misma. Si los clientes quieren restablecer la comunicación perdida para poder continuar con la relación, será necesaria una intervención de *couching* para el caso de empresarios, asesoramiento familiar o de terapia familiar según el grado que presente la crisis. Pero si lo que nos piden es una acuerdo que les permita seguir adelante con el proceso decidido de resolver el conflicto, sea comercial, familiar, intercultural, etc., o cualquier otro conflicto puntual que no implique trabajar sobre la relación estaremos ante la posibilidad de ofrecer un proceso de mediación.

### **3.6 Encuadre necesario para un proceso de mediación**

El encuadre de cualquier actividad profesional es determinante para su correcto desarrollo y para el cumplimiento de los objetivos. Por lo tanto habrá que analizar cuál será el mejor encuadre para lograr que los clientes/usuarios se apropien mejor de su conflicto para poder, en base a una decisión informada, hacer algo con él.

Entendemos qué este está dado por los siguientes elementos:

a. Espacio físico:

Un contexto lo menos parecido a un despacho profesional. Es decir eliminar la mesa que siempre pone distancias y fijar lugares que no oculten partes del cuerpo, ni separen a unos de otros, etc. Además la posibilidad de disponer de espacio suficiente para poner unos asientos más próximos a sillones que a sillas. Cómodos, hogareños y móviles.

Una mesa baja que no obstaculice la mirada donde se puedan colocar pañuelos de papel, un reloj, vasos, etc., según lo que quieran beber los clientes.

El rotafolio a la derecha o izquierda del mediador según sea zurdo o diestro. Finalmente un espejo en la pared sobre el mismo lado que está el rotafolio para poder evitar con él la pérdida del control sobre la sala de trabajo en el momento en que escribimos en el rotafolio. Es decir que si bien no damos la espalda al escribir, ellos pueden vernos a través del espejo y nosotros a ellos. A nuestra espalda se pueden producir pequeños movimientos, sobre todo al inicio de la mediación, que pueden cambiar todo el clima y que serían imperceptibles sin este pequeño truco del espejo.

Flores, clima alegre, un buen aroma favorece a crear un buen ambiente de trabajo, siempre teniendo en cuenta las culturas de los clientes. Mimarles con espacios que tengan algún referente a sus culturas ayuda a que se sientan realmente a gusto, con un lugar para ellos, para que sean ellos los que trabajen.

#### b. Uso del lenguaje:

Ser empático, tener interés en nuestros clientes no es decir cosas que no son ciertas ni que parezcan agradables. Preguntarles cómo están tiene, en general, una respuesta obvia: mal. Si no fuera esa la respuesta no estarían allí. Tal vez preguntar por algún dato concreto referido a algo que debía ocurrir o que les preocupaba proveniente del encuentro anterior sea más adecuado.

Usar un lenguaje próximo a ellos. Comercial si de eso se trata, familiar si trabajamos un conflicto de ese tipo. Los empresarios no hablan de daños o perjuicios, hablan de negocios, beneficios, costes inversiones, etc. La familia habla de cuidados, horarios y no de guardas o custodias o pensiones.

Tampoco es necesaria la utilización de un lenguaje académico. Esto nos quitará del plano y nos pondrá en un lugar superior. Es cierto que nos es más seguro, pues será nuestro discurso el que

se imponga, pero no por ello más eficaz para que se apropien del conflicto.

Procurar no usar el nosotros durante el encuentro y reemplazarlo por ustedes. Es decir los problemas son de ellos y serán ellos los que deberán encontrar las soluciones. Nosotros trabajamos con ellos, pero no buscamos, ni sugerimos, ni proponemos soluciones.

c. Compromiso con los horarios y las citas:

Una de las desventajas de los servicios gratuitos es la facilidad con la que se puede faltar a la cita por razones, siempre justificables, pero que frente a las resistencias sirven de excusa perfecta para postergar momentos difíciles y tensos. Es bueno generar límites a estas situaciones, tales como número limitado de entrevistas o de tiempo como se establecen en algunas leyes de mediación familiar (8 sesiones o dos meses, con opción de ampliación pero período igual por acuerdo de todas las partes).

### **3.7 Objetivo del proceso de mediación**

Por lo tanto ya es necesario precisar cuál es el objetivo esencial de la mediación. Existen, según las escuelas, distintos objetivos:

- Llegar a un acuerdo.
- Reestablecer la comunicación entre las partes.
- Evitar un conflicto.
- Resolver un conflicto.
- Procurar una transformación en los usuarios/clientes.
- Apropiarse activamente del conflicto para decidir hacer algo con él.

Se puede apreciar que en función del concepto que tengamos de la tarea será la respuesta a la pregunta relacionada con el objetivo de la misma, y por lo tanto serán necesarias aptitudes específicas en el mediador.

La siguiente tabla pretende, en forma muy resumida, presentar la diferencia entre las principales escuelas tal como se han desarrollado en el campo de la mediación familiar pudiendo desde allí extrapolar a otros campos. Habitualmente se excluye la mediación comercial de estas distinciones y mayoritariamente se usa el modelo de la escuela de Harvard, pero entendemos por todo lo expuesto que debe ampliarse el mismo pues los modelos culturales de hacer negocios y resolver los conflictos que los mismos generan no son iguales para todas las culturas:

	Harvard	Sistémico Narrativo	Transformador	Interdisciplinario*
Creador/ Representante	John M. Haynes.	Sara Cobb. Marinés Suares.	J. Folger.	Daniel Bustelo con la colaboración de los equipos de AIEF y AIEEF.
Lugar de creación	Escuela de negocios de Harvard.	Terapia sistémica California Esc. Milán.	Mov. Pacifistas y espiritualistas de Estados Unidos.	AIEF (Argentina) 1983-1991. AIEEF (España) desde 1991.
Objetivo principal	El acuerdo.	Mediados recuperen su capacidad de comunicación.  El acuerdo será una consecuencia.	Lograr el <i>empowerment</i> y la legitimación del otro para transformar el vínculo hacia una actitud cooperativa.	La apropiación activa del conflicto por parte de los mediados para que decidan qué hacer con él.



	Harvard	Sistémico Narrativo	Transformador	Interdisciplinario*
Objetivo principal			No importa el acuerdo sino el proceso personal de cambio. La paz.	
Mundo Interno	Se incluye sólo como catarsis.	Las emociones se recogen y se piensa en ellas. Las hay útiles y no útiles. Preocupación por las escaladas simétricas y asimétricas.	Las emociones son fundamentales pero encuadradas dentro de unas pautas de conducta que marcan la naturaleza del proceso cooperativo. No hay lugar para las "malas formas".	La pasión se arroja durante todo el proceso. Las emociones se dejan circular. Los sentimientos son legítimos y no se hacen juicios de valor. Parte de la fundamentación teórica se encuentra en la psicología dinámica.
Mundo Externo	Lógica formal cartesiana.	El Mundo Externo e Interno se relacionan	El Mundo Externo está vinculado a una visión	El Mundo Externo se recupera a partir de la

	Harvard	Sistémico Narrativo	Transformador	Interdisciplinario*
<b>Mundo Externo</b>		desde la narrativa. La modificación de la narrativa permite otra visión del Mundo Externo.	ideológica de la paz y la mediación está a su servicio.	creación del tercer espacio virtual o espacio de la tarea y el tránsito de los estados de pasiones a posiciones e intereses.
<b>Conducta</b>	Vinculada al principio contractualista de la voluntad.	La conducta está vinculada con la estructuración de la narrativa y el proceso de elaboración que se hace con la misma.	La conducta será una consecuencia del clima de paz que genera el sentirse legitimado y al dar un lugar de legitimación al otro.	La misma es una consecuencia de la dinámica entre el Mundo Externo e Interno de los clientes y dependerá de la cultura de los clientes y de su apropiación activa del conflicto.
<b>Modelo de trabajo</b>	Multi-disciplinar.	Multi-disciplinar.	Multi-disciplinar.	Inter-disciplinar.



	Harvard	Sistémico Narrativo	Transformador	Interdisciplinario*
<b>Contenido</b>	Creado por y desde la cultura anglosajona. Reglas básicas de comportamiento.	Creado desde la teoría sistémica aplicada a la terapia. Riesgo de contenido terapéutico. Busca el cambio.	Procura la transformación de las partes durante el proceso para obtener una conducta cooperativa.	Procura que las partes puedan apropiarse de su conflicto para poder, en base a disponer de suficiente información y la igualdad de poder que esto da, decidir qué hacer con él.

\* El modelo sistémico de Lisa Parkinson es muy similar al interdisciplinario. Las diferencias entre el sistémico-narrativo y el sistémico es que Lisa Parkinson toma la teoría general de los sistemas y desde allí desarrolla su modelo de mediación y no desde la especificidad de la teoría sistémica aplicada a la terapia y desde allí a la mediación, por lo que su modelo no tiene tanta influencia de la terapia. En cuanto a las diferencias con el modelo interdisciplinario, básicamente se centran en la diferencia del concepto de multidisciplinariedad e interdisciplinariedad. Otra diferencia importante es la diferente visión cultural de las emociones, que no de los sentimientos cuya importancia ambos modelos reconocen, derivadas del distinto origen cultural de ambos y de la diferente aportación que sobre este tema hace a cada modelo la teoría psicoanalítica.

### 3.8 Aptitudes y actitudes del mediador

Resulta, por todo lo expuesto, importante detenernos en la persona mediadora. Para ello, previamente diferenciaremos las aptitudes de las actitudes.

Las primeras responden a habilidades propias de la persona. Pueden ser tanto innatas como adquiridas por medio de la formación y el trabajo. Habrá también casos en que por características personales le resulte imposible al profesional la adquisición de estas aptitudes. Será el caso en que esa persona no podrá ejercer dicha profesión. Discutíamos una vez hace muchos años en Dublín, con John Haynes, si los mediadores nacen o se hacen. Creo que como en todos los campos del hacer humano hay gente especialmente dotada para algo y casi no necesitan formación. Pero la gran mayoría desarrollamos nuestras aptitudes a partir del trabajo constante y fecundo.

Todo proceso de generación de aptitudes para el trabajo en el campo de las relaciones humanas implica un esfuerzo y transformación personal. La mediación no es una excepción. Es imprescindible poder discriminarse uno mismo de los clientes sin necesidad de poner barreras artificiales o frialdades supuestas. Sin tener que tomar distancias ni dejar de sentir. El lugar del mediador es totalmente contrario a estas posturas. Debe saber que se puede permitir ser espontáneo, sentir y emocionarse porque se puede discriminar. Porque no está confundido y puede discriminar los sentimientos y emociones que le provoca la situación con las de los mediados. Porque la verdad es que, el lenguaje no verbal del mediador, se ocupará de transmitir a sus clientes toda la información a pesar de sí mismo de la misma manera que lo hace el lenguaje no verbal de sus clientes con relación a la información que él recibe de los mismos.

Las actitudes son manifestaciones hacia afuera de lo que serían estas aptitudes. Es decir son su expresión. Por lo tanto no podemos expresar lo que no tenemos. Cuando intentamos esto hacemos “como si” tuviéramos las aptitudes, sólo mostramos un envase sin contenido. Esta última actitud es de alto riesgo toda vez que el cliente/usuario por su estado de necesidad, debido a las tensiones que el conflicto le genera, está especialmente sensible y por lo tanto perceptivo. Esta contradicción entre la manifestación de actitudes sin las aptitudes que las generan en forma



auténtica puede producir una percepción inconsciente de inseguridad que en el caso de la mediación es contraproducente, toda vez que la confianza del mediado en el mediador y en el proceso es fundamental para que se apropie activamente del conflicto y se pueda crear ese tercer espacio al que hemos hecho referencia. En términos habituales se dice que es saber ser y saber estar como mediador.

Las aptitudes que debe desarrollar el mediador desde nuestra perspectiva son:

- 1.- Empatía.
- 2.- Flexibilidad.
- 3.- Creatividad.
- 4.- Registro personal.
- 5.- Confianza en el proceso.

### **3.8.1 Empatía**

Utilizamos esta palabra con un sentido algo distinto o más específico que el habitual. Se entiende normalmente por empatía la capacidad para ponerse en el lugar del otro. Nosotros procuramos identificarla con un proceso interno del profesional, anterior, que le permite ponerse en el lugar del otro, generar una buena “química”, crear un clima adecuado, etc.

Podemos ver en nuestra vida diaria como a quien tiene interés en saber algo no le hace falta hacer ningún curso, ni escucha activa para que sepa hacer todas las preguntas abiertas, cerradas, reflexivas, hipotéticas, etc., con tal de obtener una información que interesa. Llamamos cotillas a quienes saben hacer esto. Pues bien, podemos aprender mucho de esas personas para nuestra tarea de mediadores.

**Pensamos que lo que es importante es que tengamos interés en los mediados como personas.** Es fundamental que cuando recibamos a los mediados en nuestro despacho se sientan reci-

dos a título personal, como alguien con nombre y apellido y no como un caso más. Además, si es la primera vez que vienen es probable que estén nerviosos. Tenemos que intentar recibirles con flexibilidad (ya veremos qué entendemos por esta aptitud), con deseo de recibirles para que nuestra expresión así lo refleje. Si no es el primer encuentro, nuestra actitud debe reflejar nuestro interés en volver a verles, en saber como están y qué ha pasado desde el último encuentro. Para ellos su conflicto es de las cosas más importantes que les pasa en ese momento y, por lo tanto, así deben sentir que lo comprendemos nosotros.

Es para poder hacer esto que aconsejamos a nuestros alumnos, y nosotros ponemos en práctica, la ejecución de ciertos pasos antes de atender a nuestros clientes.

Primero. El último cliente de la tarde tiene tanto derecho como el primero de la mañana de ser atendido bien. Por lo tanto, antes de ponernos a trabajar con ellos, procuremos tomarnos un tiempo para ver cómo nos sentimos. Tres minutos de relajación (para poder hacer esto es necesario un entrenamiento especial que debería hacerse a lo largo de la formación), registrar cómo estamos, cómo nos sentimos, ver desde qué estado de ánimo trabajaremos, es fundamental. Es reconocernos y estar abiertos a sentirnos. No es dejar los otros problemas que tenemos fuera. Es reconocerlos, admitirlos y, desde allí, desde cómo estamos cada día, prepararnos, conectarnos con nuestros otros aspectos y potencialidades necesarias para atender a nuestros clientes.

Luego, para aquellos que trabajamos con rotafolio, buscamos el rollo correspondiente a los clientes que atenderemos, lo colocamos en el soporte y vamos pasando todas las hojas desde la primera. Las imágenes pasarán ante nuestros ojos recordándonos todos los momentos de los encuentros anteriores al de hoy. No será necesario entrar en los detalles, ellos vendrán solos a nuestra mente con poderosas imágenes de los estados anímicos que existieron durante los encuentros.

Finalmente, preparamos el resumen con el que les esperaremos, tarea útil para ellos y que nos obliga a centrarnos totalmente en la labor que estamos próximos a empezar. En ese momento y si nuestros clientes ya están en la sala de espera o han tocado el timbre, les abriremos la puerta, y les preguntaremos qué tal con los niños, o qué tal con el Juez, o cómo van los negocios, o lo que sea que tenga que ver con ellos y no con otros. Esto es generar en nosotros un real interés por ellos y que no se transformen en un simple trámite profesional u otro caso más de ese día.

### **3.8.2 Flexibilidad**

**La flexibilidad es para nosotros la capacidad de no hacer juicios de valor** respecto de lo que los mediados nos manifiestan y expresan. Es intentar determinar desde la propia escala de los clientes qué es importante o no para ellos. Lo que el mediador piense desde su propia escala de valores no tiene importancia sino sólo para su propia deontología profesional. Es decir, si lo que los mediados trabajan y desde la perspectiva desde la cual lo hacen es absolutamente inadmisibles para nosotros, tendremos que considerar la posibilidad de dar por concluida la mediación por nuestra causa, pero nunca porque deben adecuar sus pautas de valores a las nuestras. Esta es una de las diferencias importantes entre hacer mediación o utilizar técnicas de mediación para resolver conflictos. En el primer caso hay que estar a lo expresado. En el segundo, cuando por nuestro cargo o lugar como tercero que ayuda a resolver el conflicto debemos hacer respetar ciertos valores a los que deben los mediados someterse y nosotros somos quienes calificamos la adecuación o no a los mismos, entonces no estaremos haciendo mediación sino sólo utilizando técnicas de mediación para ayudar a resolver un conflicto. Estaremos haciendo una conciliación con técnicas de mediación.

Esta aptitud es una de las más difíciles de desarrollar. Tiene que ver con diferenciar entre tolerar y respetar por un lado, y por el otro comprender cabalmente que el conflicto es de ellos y no nuestro.

Lo primero aunque obvio merece ser mencionado. Cuando toleramos, somos nosotros los “buenos” que aceptamos lo distinto. Somos flexibles, pues no estando de acuerdo, comprendemos que debemos hacer un esfuerzo para aceptar esto distinto. Por el contrario el respeto implica la cabal convicción de que el otro tiene tanto derecho como yo a ser distinto. Es decir el tiene tanto derecho a ser tan distinto de mí como yo de él. El es para mí lo que yo soy para él y esta simetría genera la imposibilidad de hacer un calificativo sobre el otro. Esto no quiere decir que todo debe ser respetado, pues hay valores y conquistas de derechos como los derechos humanos que una vez adquiridos no resulta tolerable la falta de respeto de los mismos. Pero estamos en una mediación y nuestra postura de tercero, equidistante funcionalmente con las partes, amparado en la confidencialidad, nos exige un nivel deontológico muy estricto que nos obliga a respetar a nuestros clientes y no tolerarlos. Si no lo podemos hacer, será uno de los motivos por los cuales no podremos llevar adelante la mediación.

En relación al segundo aspecto, al conflicto, solo ellos lo conocen y nunca nos podrán ni contar ni nosotros podremos entender en el contexto de una mediación, respecto de la complejidad del mismo y de la cantidad de historias que les ha llevado a este punto, tanto desde lo que les ha unido como lo que les ha separado. El conflicto es de ellos y la solución también. Si la línea de montaje se ha quedado sin componentes y está detenida, si el producto entregado es defectuoso y ha generado un producto final defectuoso, si el vecino pone la música muy fuerte impidiendo a todo los vecinos dormir, si a la pareja no les alcanza el dinero, si no pueden comunicarse con el hijo, si todo esto ocurre **no es un problema nuestro**. Si han cometido un delito y están con la víctima **no es un problema nuestro** (en el caso de la mediación penal). Esto no significa no ocuparse ni desentenderse, pero el concepto de ayuda en mediación es distinto al que puede usarse en otros trabajos y es muy importante tenerlo claro. Por eso suprimimos el uso del nosotros por el de ustedes. Ayudar en mediación, desde nuestra perspectiva, significa generar las condiciones

para que no puedan evitar que se apropien del conflicto, de que obtengan toda la información necesaria y que puedan tomar decisiones útiles para ellos.

### 3.8.3 Creatividad

Los mediados por su estado de posiciones enfrentadas suelen estar bloqueados en su capacidad de ver alternativas distintas u otras miradas posibles al conflicto. Somos nosotros los que tenemos que **poner nuestra capacidad de mirar el problema desde otras perspectivas a su disposición**, pero no por medio de sugerencias o alternativas sino de preguntas que les lleven a reflexionar y llegar por ellos mismos a alternativas posibles para ellos. Nuevamente vemos aquí la importancia de tener claro el objetivo de nuestra intervención. Si nuestro objetivo es que las partes lleguen a un acuerdo nosotros ofreceremos alternativas concretas, en forma clara o manipulada, para tratar de abrir el campo de posibilidades de solución. Si lo que buscamos es la apropiación activa del conflicto, procuraremos que sean ellos quienes lleguen a la generación de las alternativas. Puede ser que esto parezca un camino más largo y difícil, pero tenemos también que tener en cuenta que de nada sirve un acuerdo si no son capaces de llevarlo adelante una vez salidos de la sala de mediación. Es necesario que el acuerdo se mantenga en el tiempo. Esto último determinará si la eficacia está en la rapidez o en la durabilidad del acuerdo. Para este último caso está la mediación, para lo otro existen otros medios muy utilizados como son la conciliación, el arbitraje o el dictamen de la autoridad de aplicación al conflicto del que se trata y que son tan útiles y buenos como la mediación. Depende del objetivo que tengan las partes.

### 3.8.4 Registro personal

Lo que el niño avanza en conocimientos lingüísticos y en desarrollo de operaciones abstractas lo va perdiendo en sensibilización corporal. Así, la mayoría de los adultos viven el mundo desde conceptos intelectuales fijos e inmóviles, transmitiendo esa inmovilidad a su propio cuerpo. El registro personal implica no hacer jui-

cios de valor respecto de nosotros mismos, ser flexibles en el sentido antes visto y esto implica serlo tanto externa como internamente, y lograrlo demanda una tarea. La dificultad de ser flexibles nos lleva a tener ideas preconcebidas y a manejarnos con paradigmas que logran limitarnos a una sola mirada o perspectiva del conflicto, impidiendo ver que existen otras alternativas que pueden enriquecer nuestra práctica profesional. Este hecho nos dificulta el registro personal.

En nuestra relación con el mundo muchas veces colocamos una defensa de rigidez por fuera para protegernos de aspectos nuestros que sentimos más vulnerables. En vez de ser una especie de espacio abierto a todas las sensaciones, nos convertimos en un “búnker” a través del cual solo se abre una puerta y una ventana, manteniendo el resto de la sensibilidad herméticamente cerrada.

Es obvio que, si estamos trabajando, nuestra persona siempre estará implicada en lo que se está haciendo. Por eso, nosotros pensamos que el mediador debería ser consciente de qué es lo que le interfiere y qué es lo que le facilita de lo personal para que su tarea se vea enriquecida y favorecida. Queda claro que ésta es una indagación sobre él mismo, ya que entramos en el terreno de lo subjetivo. Esto nos lleva a un concepto importante del que he hablado y es la equidistancia funcional.

Imaginemos el escenario de una mediación, unos jóvenes en crisis, con enfados, peleas, violencia. Este es un escenario donde el mediador “ve” del otro lado cosas que van a movilizar sus propias subjetividades. Miedos, angustias, tensiones, que conocemos. Lo que está ocurriendo ante sus ojos le remite a cosas propias.

Pues bien, ¿qué hacer con esto? Podemos tener al menos dos actitudes: una negarlo, pasarlo por alto, y resolver la escena con técnicas, descritas en una extensa bibliografía, o la otra utilizar esta fuerza operativamente. En éste último caso, que es el elegido por nosotros, practicamos el registro personal. Registro que nos permitirá utilizar nuestras propias posibilidades y limitaciones para favorecer la técnica que emplearemos.

Detallaremos un ejemplo para ser más preciso: si somos muy sensibles frente al dolor ajeno, cuando el otro llora nos invade la angustia, este sería un punto en que la angustia puede no favorecer a la escena que tenemos que resolver. Si negamos la angustia, y el tema lo resolvemos con técnicas, el trabajo se nos hará “trabajoso” y procuraremos que nuestro cliente deje lo antes posible ese estado emocional que nos afecta. Si transitamos la angustia desconociendo que la tenemos, podríamos implicarnos en la escena en que debemos ayudar, ya que es nuestro trabajo, pero no seríamos objetivos a la hora del empleo de las técnicas.

Es por ello que pensamos que, el conocimiento de esa angustia y su manejo con operatividad, pero no con desconocimiento, hace que no nos confundamos y así poder comprender más el caso. De esta forma, positivizamos una fuerza que podría ser negativa. En el caso de que descubramos que se tienen valores que favorecen a la escena, se utilizará en forma positiva, pero con pleno conocimiento que ésta es una facilidad propia del mediador, como, por ejemplo, cuando nos referimos a un mediador cuya capacidad de humor es muy grande.

Puede ocurrir además, según nuestra experiencia, que una aptitud positiva en algunos casos, puede no ser así en otros. Tomando como ejemplo el caso referido del humor, utilizarlo en un momento que no corresponde se tomaría como una reacción negativa para ese caso en ese momento.

Nuestras facultades o dificultades deben estar a nuestro servicio y no nosotros al servicio de ellas.

Así, todas las capacidades del mediador, incluso las que interfieren, son energía útil para la práctica de su tarea. Su conocimiento, conjuntamente con la técnica, le permite encontrar esa equidistancia funcional en la que pueda ser operativo en su trabajo.

Lo mismo puede ocurrir en una mediación comercial en la cual la actitud de una de las partes nos puede resultar desagradable, poco razonable o intolerante. Qué nos pasa a nosotros con esas

actitudes, qué nos genera, es importante detectarlo para poder legitimar quién actúa de forma que a nosotros nos molesta.

En consecuencia, el mediador necesita un buen conocimiento y un buen manejo de estos sentimientos para poder moverse en esta situación con todo este material, el suyo propio, para que su evolución sea más íntegra, para que sea más operativa. Para que su propia fuerza actúe a favor se utiliza, entonces, el registro personal y la equidistancia funcional.

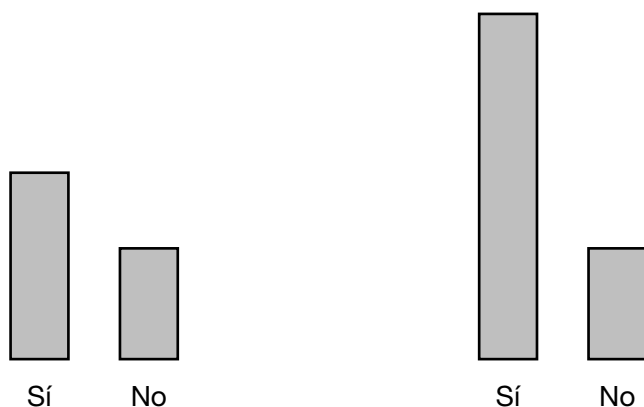
Por ello, una de las primeras cosas que procuramos enseñar en los cursos de formación en mediación, en cualquier campo de la misma, es transmitirles que, empezando con ellos mismos, siguiendo con los miembros del grupo y luego, finalmente, en la tarea con los mediados, siempre estén dispuestos a encontrar nuevas alternativas, a buscar y preguntarse si están seguros de haber ayudado a sus clientes, que ellos han agotado todas las alternativas posibles y de si en las que han encontrado todos quedan lo más a gusto posible.

Esta “actitud” de concebir la posibilidad de acuerdos ganador-ganador no pretendemos “venderla” como un acto de pensamiento positivo, o de control emocional o mental ni como un deber ser. Creemos que desde allí no serviría. Desde la sola voluntad no es posible que estas costumbres milenarias de resolución de los conflictos con el paradigma ganador-perdedor cambien. No será en nuestra generación ni tampoco en la que viene. Simplemente intentaremos tomar conciencia vivencial, es decir emocional y racional en forma simultánea, para luego trasladarla al hacer y decir resultantes. Así probablemente descubramos lo difícil que es realizar estos acuerdos desde esta disposición interna, pero también, y aunque sea paradójico, lo fácil que es para los mediados realizarlos cuando descubren que pueden establecer acuerdos, a pesar de sus distancias, y finalmente se lanzan decididamente a la búsqueda de soluciones creativas.

Hemos visto que somos mucho más creativos de lo que suponemos. El entrenamiento en la capacidad de desarrollar el registro



personal nos permite encontrar esta posibilidad, reconociendo qué es lo que podemos y lo que no podemos hacer. Podremos reforzar lo primero, de manera tal que aumente en proporción a lo que no podemos, dejando a esto último cada vez con menor peso específico dentro de nuestro campo de posibilidades creadoras.



Como vemos en el gráfico, al reforzar el **Sí** su valor proporcional frente al **No** aumenta. Es decir, dado que la energía disponible para una tarea es limitada, si la ponemos en hacer crecer el **Sí** en vez de combatir al **No**, para que no crezca, podremos hacer que el valor proporcional de este último sea substancialmente menor al final del esfuerzo. El registro personal durante la mediación facilita este proceso y aumentan nuestras habilidades en relación a la tarea.

No quiere decir esto que neguemos la existencia de la dificultad, sino todo lo contrario. Reconocerla, aceptarla y en el fondo amigarse con ella ya que también es parte de nosotros.

Por eso, de la misma manera que con los mediados trataremos de que adquieran el entrenamiento para trabajar con todo lo que **Sí** tienen, detectando el **No** para conocerlo más que para combatirlo.

En nuestra formación incluimos el trabajo con el cuerpo, pues permite descubrir nuestras capacidades perceptivas, nuestras aptitudes, nuestras actitudes, así como también reconocernos y

descubrirnos. Conociéndonos todo lo que podemos, pero también lo que no podemos, es decir, las propias limitaciones, favorecerá nuestro trabajo desde una equidistancia funcional.

Esto tiene que ver con el paradigma ganador-ganador y sólo podrán ayudar a sus clientes si han adquirido ustedes mismos este hábito.

Desde esta capacidad de registro personal, y con todo el tiempo necesario para el proceso de cada uno, se pueden ir incorporando los aspectos técnicos necesarios y los conocimientos teóricos que estimamos son útiles para realizar la tarea.

La equidistancia funcional nos permite, por tanto, a través del camino del registro personal, poder ser subjetivos para ser cada vez más objetivos. Es decir poder discriminarlos de nuestros clientes y escucharles desde lo que ellos dicen y no desde el condicionamiento que nuestras propias ideas generan. Esto es lo que facilitará la renuncia narcisista de compartir el poder, de ubicarnos en el mismo plano, de devolverles a ellos el protagonismo en la gestión de su propio conflicto.

### **3.8.5 Confianza en el proceso**

Esta cuarta aptitud ha sido incluida por indicación de la reconocida mediadora de Nueva México (Estados Unidos) Melinda Smith en una presentación, no publicada, realizada en Madrid con motivo de un seminario organizado por la AIEEF. Estimamos que es fundamental sobre todo por dos motivos: 1) Para no acelerar el proceso fruto de nuestra propia ansiedad y 2) Para confiar en el concepto de proceso como camino o recorrido que debe transitar y que determina que es imposible llegar al final si no se ha recorrido el mismo.

Esta aptitud es la más difícil de obtener durante el proceso de formación, cada vez que cuando no se ha practicado la medición no se la conoce como para confiar en ella realmente, y cuando ya se la conoce y si se sigue trabajando con ella es que se confía en sus resultados. Por lo que la confianza previa, hay que tenerla sobre

todo al inicio del trabajo profesional, requiere mucha práctica simulada, trabajo en equipo, observación de mediaciones, trabajos en mediación y una adecuada supervisión.

El Foro Europeo para la Investigación y formación en Mediación Familiar exige 40 horas de práctica real para obtener la titulación y recomienda enfáticamente la práctica de la supervisión con un profesional altamente experimentado. Por otro lado la Asociación de Mediadores de U. K. exige la renovación de la titulación anualmente, y uno de los requisitos necesarios para esa renovación es la presentación de 5 casos con los informes de la supervisión.

Como se puede deducir, el desarrollo de estas aptitudes va a significar un esfuerzo y una transformación personal del alumno de mediación, sobre todo en el desarrollo de la flexibilidad. Es muy difícil acostumbrarse a no hacer juicios de valor, a no prejuizar, a no calificar y encasillar. Genera mucha inseguridad la escucha activa y la tolerancia a lo distinto. Renunciar al poder que significa ocupar un plano de influencia sobre los demás y escuchar para el otro y desde el otro resulta muy difícil. Es necesaria una sólida formación para ello. Esta es otra de las grandes diferencias con la conciliación y por eso estimamos que tiende a confundirse. La formación personal es totalmente diferente entre una actividad y la otra. Esto hace que la formación interdisciplinar del mediador no sea fácil de adquirir ni pueda ser hecha sin un esfuerzo importante por parte del aspirante a mediador, que no se logra en un curso breve o muy intensivo de muchas horas en poco tiempo. Es un trabajo que se inicia en un curso serio y que se continúa trabajando en él el resto de la vida. La mediación significa un cambio de paradigma cada vez que no sólo renunciamos al uso de un tercero que resuelva por nosotros, sino que la resolución sólo es viable si todas las partes involucradas quedan satisfechas. Esto implica, como además ocurre con todo cambio de paradigma, un proceso transformador en el mediador que demanda trabajo, compromiso y honestidad con uno mismo y los demás.

## **3.9 Mediación y Género**

### **3.9.1 La necesidad de una mirada interdisciplinar**

En un estudio de investigación realizado por Almudena Cebrián en el año 2003, el cual conozco por haber sido entrevistado por la autora para su confección, me mencionó que solamente en una escuela de formación de mediadores familiares dedica un espacio al tema de géneros y esta estaba en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid, cuyo programa era el que desarrollaba AIEEF desde hacía ya 10 años y que, en base a un acuerdo de colaboración entre ambas instituciones, se utilizó desde el año 2002 hasta el año 2004 en dicha universidad. En este programa, el tema se encuentra específicamente indicado y además se trata en forma transversal a lo largo de toda la formación.

Desde el inicio del desarrollo de nuestro modelo de mediación, allá por el año 1982, este tema ha sido motivo de interés especial. En mi libro del año 1993 hay un capítulo expresamente dedicado a esta temática. No por esto me considero un especialista en el tema, sino simplemente un interesado en él.

Esta perspectiva de mediación familiar y género puede ser abordada desde distintas perspectivas. Intentaré dar un panorama general de los distintos aspectos desde la cual la entendemos en la (AIEEF)

### **3.9.2 Importancia y complejidad del tema**

La importancia nos parece evidente ya que la mediación en la mayor parte de los casos comprende conflictos entre personas de distinto género y en especial en las mediaciones familiares. No sólo en las relacionadas con la separación y divorcio, sino también en las relativas a padres con hijos adolescentes o hijos con padres mayores. También en los conflictos socioculturales, escolares e incluso comerciales el conflicto de género puede estar presente de forma más o menos evidente. No nos olvidemos que cada vez más, gracias a las políticas de igualdad, nos encontramos con los aspectos masculinos y femeninos atravesando los conflictos.

Entendemos que es prácticamente imposible que no sea así siempre, que este tipo de conflictos en nuestra sociedad representa uno de los cambios más trascendentales del siglo pasado y cuyo procesamiento por parte de la población ha tomado y tomará mucho tiempo. Cuando se producen este tipo de cambios sociales tan estructurales se toman muchas generaciones para que se diluya hasta no representar una preocupación esencial colectiva. Confiamos que en algún momento se pueda hablar de esto como algo del pasado.

Desde el principio de los tiempos la sociedad machista es la que ha predominado. El epistemólogo Edmundo Roca<sup>42</sup> manifestó que según los estudiosos nunca ha existido matriarcado. Hay “matrilinealidad”, pero no matriarcado. El poder siempre ha estado en manos de los hombres y sustancialmente lo sigue estando.

Por tanto, los cambios que en el siglo pasado se han iniciado, tienen todavía mucho que recorrer para que este problema no sea un referente constante en la resolución de conflictos. El esfuerzo inconmensurable que la mujer tiene que hacer para lograr un lugar de igualdad se refleja en el paro, los sueldos, las muertes por violencia doméstica o de género, las tareas de la casa, las reuniones de padres de las escuelas, etc.

No obstante, también se presenta un fenómeno mucho menos trabajado y es el cambio que debe realizar el hombre que quiere adaptarse a esta nueva situación. La crisis de identidad masculina es un tema poco tratado y creo que los aportes que en nuestro medio realiza Luis Bonino y otros profesionales merecen ser tenidos en cuenta a la hora de trabajar este conflicto.

La identidad del hombre se organiza a través de ciertos valores, como son el ser proveedor, fuerte y procreador, que hoy no tienen sentido. La mujer es capaz de realizar cualquiera de estos aspectos. Estos tres cambios tan simples pero profundos significan que

---

42. Edmundo Roca, “Seminario sobre antropogénesis cultural”, impartido en la AIEF en Buenos Aires, Argentina, 1984, no publicado.

el hombre debe construir una nueva identidad basada en otros valores. Este camino está por hacerse.

En relación a la problemática familiar decía con ironía John Haynes, en una conversación que mantuvimos en el congreso de 1993 en Dublín, que en algunas oportunidades los hombres se enteran de que los temas familiares son de su incumbencia cuando les llega la demanda judicial. Estimo que esto es tan actual que puedo dar ciertas evidencias. En los cursos de formación en mediación familiar que desde la asociación damos, tanto en España como en Portugal o algunos países latinoamericanos, el porcentaje de alumnos varones no alcanza al 5%. Hay cursos en los que no hay ningún hombre y hay sobre 30 mujeres inscritas.

También, y aunque esto pueda ser duro, esta creencia de que los temas de familia son un tema de mujeres y que los hombres poco tienen que decir se puede ver desde el sector de la mujer, cuando el Instituto de la Mujer organizó hace varios años formaciones de 300 horas en todas las comunidades autónomas de un curso sólo abierto a mujeres. No creo que decir que los fondos que el Instituto maneja sólo se deben destinar a planes de mujeres sea justificante, toda vez que el objetivo es una buena formación de las mujeres participantes. Es difícil pensar que cuando se hagan dramatizaciones de los conflictos familiares para su trabajo en mediación, la visión masculina del conflicto sea siempre representada por mujeres.

Es decir, siendo la escuela de formación en mediación más antigua de España tenemos esta experiencia tan clara que en aquellos cursos en los que no se han inscrito hombres hemos comenzado a solicitar la participación de actores varones para que realicen las dramatizaciones, para traer la mirada masculina del conflicto y poder trabajar el mismo desde la perspectiva del conflicto de géneros.

La vigencia es tan actual que, a modo de simple ejemplo, y que puede parecer trivial, pero no lo estimo así, les mostraré las palabras que han utilizado un grupo de 45 mujeres entre 18 y 20 años

para definir a los hombres, y lo mismo de los 7 hombres que formaban este curso, para definir a las mujeres.

### **Palabras que definen al hombre según las mujeres:**

Simple, menos sensible, generador de problemas, incapaz de comprender, pasivo, egoísta, incapaz de planificar, mentiroso, machista, noble, infiel, cariñoso, realista, poco conversador en temas de sentimientos, más agresivo, más práctico, más orientado.

### **Palabras que definen a la mujer según los hombres:**

Tesoros, su vida o su desgracia, manipuladoras, se meten en todo, volubles, sensibles, altruistas, más inteligentes, más paranoicas, creativas (no más que los hombres, simplemente estos no son creativos).

El mismo ejercicio realizado en un grupo de posgrado formado sólo por mujeres, que reflejó un perfil más equilibrado, sin embargo no incluyó en ningún momento el concepto de procreador o padre.

Estos adjetivos y estas omisiones nos permiten inferir que la visión recíproca está todavía muy polarizada y crispada. Dado el fenómeno de regresión que se produce en la gente frente a conflictos importantes precedentemente mencionados, se puede ver que el tema de los conflictos de género es habitual y generalmente importante en estos conflictos.

Por todo lo expuesto se puede ver que el conflicto de género es complejo, en él intervienen elementos antropológicos, legales, psicológicos, sociales, económicos, políticos e institucionales. Es decir es un problema que no puede ser resuelto sólo desde una perspectiva disciplinar y que necesita un enfoque interdisciplinar que nos permita verlo con la verdadera dimensión que tiene.

### **3.9.3 La perspectiva desde el proceso de mediación**

A lo largo de todo el proceso, existen varios aspectos que el mediador debe tener en cuenta.

Ellos son:

- El propio lugar de género del mediador,
- el lenguaje digital y analógico (verbal y corporal),
- el espacio para las emociones,
- los roles adscritos a los géneros,
- los lugares de poder,
- las habilidades de género,
- la manipulación e intimidación,
- la memoria emotiva.

### **3.9.3.1 El propio lugar de género del mediador**

Por lo dicho antes, todos estamos atravesados de una u otra forma por el conflicto de géneros. Por tanto la escucha del mediador nunca es aséptica. Siempre se escucha desde uno mismo, sus valores, creencias y experiencias, especialmente en los temas familiares y de género. Si el conflicto de género es muy importante en el conflicto, será necesario que medien entre ellos. Es decir es en uno de los pocos casos en los cuales estimo que la cooperación y la mediación entre ellos son imprescindibles. No por la formación de origen, pues allí no hacemos ni tareas de psicólogo, ni de abogado, ni de trabajador o educador social, ni pedagogo. El mediador es mediador y su tarea es de mediación, por lo que si está bien formado se basta solo para hacer una mediación. No obstante, por la importancia intersubjetiva que tiene el conflicto de género es imposible que frente al mismo, y en especial si se da en forma intensa, el mediador pueda escuchar y hablar sin interferencia personal. Las alianzas inconscientes estarán allí y los prejuicios con los que vivimos el tema también.

### **3.9.3.2 El lenguaje digital y analógico (verbal y corporal)**

El lenguaje del hombre y el de la mujer no es el mismo. Las palabras no tienen el mismo significado y el contenido emocional se



expresa de forma diferente y aparentemente se le da una importancia diferente. Una de las técnicas básicas en el trabajo del mediador es la escucha activa y dentro de ella la reformulación es una técnica fundamental. Ahora bien, al hacerlo, es decir al reformularle a la mujer, si el mediador es hombre habrá que certificarse claramente que lo que nos han dicho es realmente lo que hemos escuchado. Para ello deberíamos poder utilizar el sentido que la palabra tiene para la mujer y que ha sido dado no sólo por la misma sino por el lenguaje no verbal con el que ha sido dicha. Lo mismo ocurre a la inversa. En la formación hay que hacer hincapié en esto y entrenar al alumno en la comprensión de las diferencias.

La lectura del lenguaje no verbal es fundamental y por razones culturales las mujeres están mucho más entrenadas para ello. En nuestra formación comenzamos el tema conflictos con un vídeo en el cual hay una escena muy rica en este sentido. Consiste en una pareja en la cual ella le está pidiendo ir a un baile que para ella es muy importante. Él verbalmente le dice que sí, sin embargo corporalmente dice todo lo contrario. Ahora bien, es habitual que los pocos alumnos hombres presentes manifiesten frente a la pregunta de si creen que el novio irá o no al baile, que sí irá. Sin embargo mayoritariamente las mujeres manifiestan que no irá, a pesar de que diga que sí. Preguntadas de dónde obtienen la información para decir esto, manifiestan que del lenguaje no verbal, es decir la actitud, la gestualidad, el tono de voz de él y la ansiedad de ella, etc.

En el mundo machista en que le tocó vivir a la mujer, para poder sobrevivir debió desarrollar aptitudes de escucha que la protegieran. Por eso la intuición y la percepción fueron herramientas de supervivencia. Para los hombres, ligados al poder, con lo racional alcanzaba.

### **3.9.3.3 El espacio para las emociones**

Hay una adscripción cultural que permite a la mujer expresar más fácilmente las emociones. No es que los hombres no tengan sentimientos, pero no está dentro de las pautas de identidad de ellos el mostrar los mismos. Decía Joan Manuel Serrat en una entre-

vista que le hicieron en Buenos Aires, en el año 1985, que no estaba mal llorar, lo importante es que no se notara. Este tema de que los hombres no lloran, que deben ser valientes y fuertes, etc., forja una identidad masculina basada en la represión de la expresión del sentimiento. Esto hace que sea mucho más difícil para el mediador saber realmente lo que está queriendo decir y sobre todo desde dónde lo esté diciendo. Hemos verificado que al querer hacer una reformulación emocional al hombre, éste se muestra reacio a aceptarla. Por ejemplo, si se le dice “entiendo que esta situación que le plantea su mujer a usted le hace daño...” es bastante habitual que lo niegue. No obstante si podemos referirnos más que a la emoción en sí misma, a una acción que podría expresarla, como es decir “si entiendo bien, me da la impresión de que a usted cuando escucha esto le dan ganas de irse...”, entonces sí puede reconocer su molestia. Esto mayoritariamente no ocurre con las mujeres. Por lo tanto, sin hacer aquí análisis de si es bueno o no, o si las cosas deberían ser de otra manera, pues no es esta mi intención, sí es necesario que el mediador sepa que debe reconocer esta diferencia. Debe verificar si en el caso de esta persona se produce esta conducta y en qué medida, para poder legitimar esta forma de ser y poder comunicarse con cada uno desde lo que son sus códigos, sus capacidades y sus valores.

### **3.9.3.4 Los roles adscritos a los géneros**

Si bien formalmente no debería haber roles adscritos a los géneros, la realidad es que los hay. Podemos ver que mayoritariamente las guardas y custodias se otorgan a las mujeres, pero no sólo porque ellas las quieran, sino porque mayoritariamente los hombres no las piden, y si lo hacen, muchas veces hay intereses ajenos al cuidado de los hijos detrás de ello, cosas tales como presión sobre la mujer (lo que confirma el rol adscrito) o quedarse con el uso de la vivienda familiar. La separación contenciosa típica es que se le otorga a la madre la guarda y custodia (rol adscrito a la mujer) y a él se le condena a pasar pensiones (rol de proveedor adscrito al hombre), y el tan mentado importante lugar de la paternidad se realiza con un encuentro de unas 48 horas en el mejor

de los casos cada 15 días, es decir 4 días al mes. La solución judicial no puede ser más tradicional y más machista, ya que sobrecarga en la mujer la totalidad de la responsabilidad de la crianza de los hijos, y normalmente un empobrecimiento para ambos pero que, en muchos casos, por el rol adscrito de proveedor, el hombre cobra más dinero que la mujer y por lo tanto se empobrece menos.

También podemos imaginar qué pasaría en el círculo familiar o amistoso de una mujer que voluntariamente acepta que la guarda y custodia la tenga el padre. Por ejemplo porque es una ejecutiva que viaja mucho o cualquier otra razón. Es previsible que se la juzgará como una mala madre.

Esto tendrá que ser muy tenido en cuenta en el proceso de mediación, pues desde el lugar del conflicto estas mismas posturas serán las que prevalecerán. Por ello, y aquí se puede ver una de las grandes diferencias entre conciliación y mediación, pues en el proceso mediador se llega a situaciones de coparentalidad responsable, mucho más dinámicas y compartidas, y a arreglos económicos mucho más simétricos y relacionados a las verdaderas posibilidades y necesidades de cada uno. Para esto es imprescindible que las partes se puedan apropiarse activamente del conflicto vinculado al cuidado de los hijos y de las necesidades económicas y, desde allí, ellos mismos se enfrenten a la necesidad de buscar otras alternativas u otras formas de reorganizar la vida futura. El proceso de mediación, debidamente llevado, logra que las partes tomen conciencia de que para obtener una solución satisfactoria para ellos tienen que tener en cuenta las necesidades y deseos del otro, no por buenos ni cooperativos, sino como mínimo desde el sano egoísmo de querer satisfacer de la mejor manera posible las necesidades propias.

### **3.9.3.5 Los lugares de poder**

Se presenta en relación a este tema una de las cuestiones más debatidas en relación a la aplicación de la mediación a los conflictos de separación y divorcio.

Desde sectores de defensa de los derechos de la mujer se manifiesta habitualmente que la desigualdad de poder existente en la sociedad y en las relaciones familiares hace imposible la aplicación de la mediación en este tipo de conflictos. Se centra el debate esencialmente en el dominio del hombre de los aspectos económicos, en aquellos casos de mujeres que sólo trabajan en casa y por lo tanto no tienen un ingreso económico propio. Asimismo se hace referencia a aquellos casos en los cuales, sin que exista violencia física, hay una estructura muy patriarcal y machista que impide a la mujer discutir libremente en el seno de la mediación. Se dice que en todos estos casos se debe ir al tribunal para ejercer y defender allí los derechos de la mujer, pues la garantía que da el debido proceso pone a las partes en un nivel de igualdad.

Hay voces que inclusive llegan a decir que en todos los casos hay que recurrir al tribunal pues el desarrollo de los derechos de la mujer es tan precario que sólo hay garantía de buenos acuerdos bajo la tutela del derecho y el tribunal.

Desde la perspectiva jurídica del proceso de separación o divorcio estoy totalmente de acuerdo con estas manifestaciones. No obstante no creo que este proceso sea el único posible ni el camino judicial el único a través del cual una mujer pueda resolver su separación. Es más, estimo que hasta puede este razonamiento operar en contra de la mujer, con la necesidad siempre de contar con un abogado que la defienda.

Salvo los casos en los cuales el ejercicio de la voluntad de la mujer se vea limitado por situaciones de violencia en las cuales opinar pueda ponerla en riesgo y que está expresamente prohibido por ley, en los demás casos puede la mujer querer resolver los temas desde su propia manera de ver la vida. Es decir si la mujer es dependiente del hombre, si esto está en su formación y su cultura y prefiere resolver su matrimonio o pareja desde las mismas pautas contractuales con las que se constituyó no entiendo por qué hay que forzarla a que lo haga de otra manera. Si se hace responsable, si las cosas han cambiado dentro de ella y quiere iniciar

una nueva senda en su vida, puede querer y parecerle justo hacerlo así, resolver esa pareja desde las pautas expresas y tácitas que le dieron origen y no utilizar la separación para reivindicar este cambio, porque no debe ser así.

Otra cosa es el uso del poder y la manipulación en el acto de la mediación. Es importante en este aspecto diferenciar mediación de negociación asistida. En esta última el papel del tercero se limita a organizar y ayudar a que las partes negocien a partir de las habilidades de cada uno. En la mediación el mediador debe garantizar que las partes disponen de la misma información antes de generar alternativas, y por lo tanto la información va por delante de la negociación. Esto implica que deben tener no solo información objetiva en relación a los contenidos del tema en discusión (dinero existente, gastos necesarios, necesidades futuras, etc.) sino también deben contar con toda la información jurídica necesaria para poder tomar decisiones libres y fundadas. Es decir, se debe saber cuál es el MAAN, la mejor alternativa al acuerdo negociado, que en el caso al que me estoy refiriendo es el posible resultado de la solución jurídica del conflicto.

Otra de las funciones del mediador es poner límites a las partes sustancialmente cuando detecta contradicciones en sus exposiciones que sustenten argumentos de negociación en una dirección y la contraria en virtud de las conveniencias. Esto lleva a una negociación especulativa y no a la que surge en la mediación como resultante de todo el proceso recorrido que permite elegir y no optar como hemos dicho. El mismo efecto tiene el detectar contradicciones en la información que se suministra. Esta tarea es fundamental a la hora de igualar poder.

Asimismo, esta búsqueda de información y asesoramiento que puede ser necesario en la mujer en orden a temas económicos y de la negociación de los mismos, también es muy habitual que deba hacerse con el hombre en temas de parentalidad compartida. Es decir, muchas veces el padre debe obtener información sobre cosas en las que habitualmente no ha intervenido y que

para tomar decisiones debe saber, como por ejemplo, situación de los hijos en la escuela, temas de salud, hábitos personales, etc. Estos normalmente la madre los conoce muy bien y los utiliza como argumentos que sustentan sus intereses. Al no conocerlos, el padre debe informarse antes de generar las alternativas posibles que determinarían la negociación y el acuerdo. Es habitual escuchar aquí a las madres haciendo comentarios como: “¡Encima tengo que enseñarle lo que no aprendió por no querer ocuparse!”. Si se tratara de temas de dinero, sería lógico suministrar toda la información pero lo contrario no.

Estos temas no se encuentran limitados a los temas familiares. Hasta en las mediaciones comerciales, cuando una de las interlocutoras es una mujer y normalmente si han llegado a cargos directivos como para estar presentes en una mediación son mujeres muy seguras de sí mismas, los contrarios intentan utilizar estas diferencias a su favor. Es tarea del mediador evitar que el problema se centre en ese conflicto pues sería difícil mantener el mismo en el interés económico o comercial que les vincula.

### **3.9.3.6 Habilidades de género**

Este tema del poder se mezcla en todos los niveles pero especialmente en lo que podríamos llamar habilidades de género, es decir aquellas aptitudes que cada cultura asigna a cada género, como por ejemplo la mujer ser perceptiva, intuitiva, sensible, maternal y al hombre violento, autoritario, proveedor, valiente. Estos temas aparecen muy habitualmente en la mediación como posturas que dificultan la flexibilidad para llegar a acuerdos y operan como mecanismos de defensa frente a situaciones de inseguridad, propias de crisis como las que generan los conflictos. El mediador debe conocer estas circunstancias y existen técnicas que debe saber para que las partes puedan trabajar desde lugares menos defensivos y adversariales. Sustancialmente lo que llamamos arropar la crisis, reformulación emocional, uso del rotafolio, manejo de la microdefinición y legitimación.

### 3.9.3.7 Manipulación e intimidación

También en relación al uso del poder, tanto por parte de los mediados como por parte del mediador por medio de la manipulación y la intimidación, es importante registrarlas y evitarlas. A lo largo de toda la mediación, la discriminación del mediador para neutralizar sus propias tendencias y convicciones es, como ya hemos dicho, fundamental para poder llevar adelante un proceso en el cual las partes se apropien del conflicto y en base a ello puedan producir acuerdos mutuamente satisfactorios. Enseñamos que hay que ser subjetivos para ser objetivos. Es decir hay que conocerse a uno mismo para poder discriminarse de los clientes y no influir con nuestros valores y criterios sobre los de ellos.

### 3.9.3.8 La memoria emotiva

Finalmente el tema de la memoria emotiva es otra característica de género que debe tener presente el mediador. Es bastante habitual que cuando una mujer recuerda un hecho, lo recuerda con el sentimiento con el que viene asociado. Es decir, revive la emoción con la cual lo vivió. Esto suele incomodar mucho al hombre que no lo entiende y cree que no es necesario tratarlo. La reformulación emocional y la legitimación son aquí técnicas muy útiles para poder igualar la situación y evitar que se genere así un nuevo conflicto que distraiga del conflicto que se estaba trabajando.

Como he dicho antes, no soy un experto en este tema, pero esta breve inclusión del tema de géneros en la mediación ha tenido como objetivo el de promover preguntas y cuestionamientos sobre este tema que entiendo de trascendental importancia. Hemos procurado mostrar la complejidad del mismo y la necesidad de verlo no sólo desde el lugar de la mujer sino también del hombre, pues en una balanza cuando se mueve un platillo necesariamente también lo hace el otro. Finalmente también queremos proponer que en la formación de mediadores se vea necesario otorgar al conflicto de géneros un espacio propio toda vez que exige de conocimientos específicos, habilidades propias y trabajo personal en la persona mediadora.

### 3.10 Definición de mediación

Por todo ello desde nuestra perspectiva definimos la mediación de la siguiente manera<sup>43</sup>:

*La mediación es un proceso flexible en el cual dos o más personas inmersas en un conflicto puntual complejo, no relacional, en los términos en los que su cultura entienda el concepto de la relación que les vincula, solicitan la presencia de uno o más mediadores profesionalmente formados, para que trabajando con las partes con equidistancia funcional y sin directiva alguna de orden jerárquico institucional o profesional, procuren que las partes se apropien activamente del conflicto y alcancen el objetivo de tomar alguna decisión informada en relación al mismo.*

Análisis de la definición:

- Es un proceso flexible.
- Dos o más personas.
- Conflicto puntual complejo no relacional.
- Concepto cultural del conflicto.
- Solicitan.
- Uno o más mediadores.
- Profesionalmente formados.
- Trabajando con las partes.
- Equidistancia funcional.

---

43. Esta es una de las evoluciones más importantes de nuestro pensamiento en relación al *Ensayo: mediación familiar interdisciplinaria*, de 1993 en el que se definía mediación familiar como: “La mediación familiar interdisciplinaria o compleja es aquella intervención de un equipo interprofesional representado en la persona del o de los mediadoras/es, no vinculado a las partes de un conflicto familiar de separación o divorcio, matrimonial o no, que lo hace en un principio a solicitud de cualquiera de ellas o de ambas, con el objetivo repromover una forma alternativa, no jurisdiccionalmente contradictoria, de resolución del conflicto familiar originado por la cesación de la vida marital”, Daniel Bustelo, óp. cit., pág. 7.



- Sin directiva alguna de orden jerárquico institucional o profesional.
- Procuren que las partes se apropien del conflicto.
- Alcancen el objetivo de tomar alguna decisión informada en relación al mismo.

### **Un proceso flexible:**

El concepto de proceso es intrínseco con el de mediación. Es un tema que ya no se discute que el cambio de paradigma que implica pasar de las actitudes ganador-perdedor a ganador-ganador no se logran sin que los clientes recorran un camino en el que pasarán por distintos estados según la escuela de mediación que lo describa. Cuáles son estos estados dependerán del encuadre con que cada uno trabaje, pero hay que recorrer un camino que va desde la postura de haber intentado resolverlo por ellos mismos y no haberlo logrado a la de elegir apropiarse del conflicto y decidir hacer algo con él. Esto no ocurrirá por generación espontánea ni como un hecho instantáneo. Necesitará de un proceso y este tendrá que ser flexible.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, dado que el proceso se crea con los clientes, el mismo debe ser flexible para poder ser útil a las necesidades de cada cliente y a las que exigen los distintos momentos por los que transcurre el proceso.

No se aplicarán las mismas técnicas, por ejemplo de preguntas reflexivas, durante la etapa de arropar la crisis y sí para poder cambiar el nombre al problema o cambiar la narrativa. Pero podemos estar en pleno proceso creativo de gestación de alternativas a partir de la nueva narrativa y una situación emocional puede llevar a los clientes a un proceso regresivo que implique la necesidad de volver a arropar la crisis en relación a esta nueva situación.

Asimismo, ya hemos hablado de la flexibilidad del mediador. Esta aptitud es imprescindible para poder llevar adelante un proceso flexible.

No hay que confundir flexibilidad con *laisse faire* o con que todo vale. El proceso tiene un encuadre que ya hemos tratado. En

nuestro caso el encuadre que estimamos estricto para que dentro de él se puedan mover todos con flexibilidad es el descrito en la página 145.

### **Dos o más personas:**

Me refiero aquí tanto a personas jurídicas como físicas. Es necesario que existan personas vinculadas por un conflicto y que han decidido consultar la posibilidad de gestionarlo por medio de la mediación. Por lo tanto excluimos los conflictos campo de trabajo de la psicoterapia. Excluirlos no significa desconocer su existencia ni su influencia en la conducta de las partes a lo largo del proceso. Ya hemos tratado el tema del lugar de los sentimientos y de su manifestación a través de las emociones.

### **Conflicto puntual complejo no relacional:**

Este es uno de los temas más espinosos en el momento de definir la mediación y discriminarla de otras intervenciones como el *couching*, asesoramiento psicológico o las psicoterapias.

El conflicto, no obstante que sea complejo, como lo son siempre pues intervienen múltiples aspectos del sentir, pensar, hacer y decir de cada una de las partes, debe poder expresarse como un conflicto único o múltiples conflictos individuales. Es aparentemente más sencillo nombrar el conflicto cuando se trata de personas jurídicas cuyas voluntades se expresan a través de sus representantes pero al tener estos que hacer el doble esfuerzo de discriminar sus aspectos personales (sentir, pensar, hacer y decir) de aquellos de las personas jurídicas que representan hacen el trabajo con los mismos mucho más complejos.

En cuanto al requisito que no sea un conflicto relacional, no desconocemos que no existe la posibilidad habiendo dos o más personas que no haya un conflicto relacional. De la misma manera que no es posible la no comunicación no es posible la no relación. Lo que queremos decir al incluir esta característica del conflicto es que el mismo no puede ser esencialmente relacional y por lo tanto no será necesario trabajar la relación, su estructura, sus características y los aspectos internos y externos que lo determi-

nan. Estos conflictos son trabajados desde disciplinas específicas, entre ellas la psicología en todas sus ramas y escuelas.

### **Concepto cultural del conflicto:**

Es de vital importancia incluir el conjunto de valores, creencias, normas y conductas que la cultura de cada una de las personas intervinientes tienen en relación al conflicto. No se puede trabajar desde la perspectiva de la cultura del mediador, ni siquiera en un conflicto intercultural entre un inmigrante y un local. No obstante que la cultura predominante sea la del local, para que ellos puedan apropiarse del conflicto y puedan hacer algo con él deberán registrarse como personas distintas, con valores y culturas distintas y que ambas son tan válidas al momento de trabajar desde la cultura de la mediación. Si se quisiera resolver desde valores jurídicos, desde valores morales o religiosos, pues aquí sí valdría la imposición de aquel conjunto de valores que ambas partes han acordado usar como patrones comunes de resolución o gestión del conflicto. Pero en la mediación, a diferencia de la conciliación, lo que importa es la solución humana compleja que necesariamente sólo conocen las partes involucradas en el conflicto.

### **Solicitan:**

Mucho hemos hablado ya de la voluntariedad y vale aquí todo lo descrito en el capítulo I respecto de la derivación a las partes por terceros con autoridad.

### **Uno o más mediadores:**

Las cantidad de mediadores no está dada porque una parte proponga uno y la otra otro para compensar las posibles parcialidades, como ocurre en el nombramiento de peritos o de árbitros. Lo que determina la cantidad de mediadores es la complejidad del conflicto, la cantidad de partes intervinientes, las diferencias culturales que tengan tanta importancia que impidan a un solo mediador conocer desde dónde habla y se expresa cada persona. Los problemas de género que en muchas ocasiones nos enfrentan a los mediadores con limitaciones propias en nuestra capacidad de discriminación y escucha. Hemos mencionado ya las diferencias entre la concepción multidisciplinar que determina

la necesidad de que el mediador conozca de contenidos relativos al conflicto como para dar su opinión a la concepción interdisciplinar, en la cual el mediador lo que debe es poder entender a los clientes, pero son ellos los que conocen el contenido técnico del conflicto.

### **Profesionales formados:**

Reconocemos que existen personas con aptitudes personales innatas para poder realizar la tarea de mediadores. No obstante son muy pocas. De la misma manera que a lo largo de la historia hay pocos Mozart, Callas, etc., hay miles de músicos y cantantes que trabajan todos los días en todas las orquestas y coros del mundo y que lo hacen muy bien a base de trabajo, estudio, formación, placer con la tarea que hacen y también sacrificio. Con los mediadores ocurre lo mismo. Habrá algunos que han nacido siéndolo, pero todos los demás hemos llegado a esto después de mucho trabajo y desarrollo de aptitudes y actitudes que he descrito a lo largo de este trabajo. La formación sola no garantiza la habilidad, sobre todo si la misma nace de una formación basada en la información y no en el hacer. No obstante es el primer escalón que tiene el carácter de necesario aunque no suficiente.

### **Trabajando con las partes:**

A lo largo de todo el trabajo creo que hemos dejado claro que el mediador trabaja con lo que hay, con lo que los clientes traen y estos trabajan junto y más que el mediador. El conflicto es de ellos y, desde la mediación, la solución también lo será y eso solo se logra si trabajamos juntos, en el mismo plano y haciendo cada uno su tarea.

### **Equidistancia funcional:**

Las definiciones habituales suelen usar la palabra neutralidad lo mismo que las leyes de mediación como lugar en el que se debe colocar el mediador.

Ya hemos dicho que no creemos en que la neutralidad sea un lugar posible en el que ubicarse en ningún hecho de la vida. El

propio hecho de creer que se puede ser neutral, implica que la postura propia frente a las cosas es neutra o que si tenemos una postura propia podemos hacer que no afecte nuestra tarea. Somos seres sensibles no máquinas. Tenemos historias afectivas, racionales, hechos y momentos que nos van condicionando nuestra forma de ser. Estamos atravesados por culturas las cuales suelen ser dominantes en nuestra crianza y proceso de aprendizaje. En fin, la neutralidad es un deseo, una aspiración, como la felicidad, la bondad entre otras virtudes. Pero como la mediación trabaja con lo que hay y no con lo que nos gustaría que hubiera, el mediador debe trabajar con lo que es y no con lo que le gustaría ser. Por lo tanto, como hemos visto, la equidistancia funcional es ese lugar, ese espacio en el que nos movemos durante nuestra tarea, en virtud del cual nos acercamos o nos alejamos de los clientes. Esto lo hacemos en base al registro personal que hacemos de lo que nos ocurre y que nos determina los niveles de compensación que debemos hacer para ser funcionalmente útiles para nuestro trabajo de mediadores.

### **Sin directiva alguna de orden jerárquico institucional o profesional:**

Esto implica estar en el mismo plano de poder con los clientes pero con distinto rol. Si por razón de nuestro cargo debemos operar en una determinada dirección pues los clientes están yendo en otra no compartida por la autoridad para la que trabajamos, no podremos consentirles que lleguen a los acuerdos que ellos desean. Esto se ve con absoluta claridad con temas tales como el mejor interés del menor o el cumplimiento de requisitos legales. Un funcionario del ayuntamiento no puede hacer una mediación pues antes deberá ser investido de la potestad de no hacer cumplir los criterios de mejor interés del menor que tiene ese ayuntamiento y ser relevado de la obligatoriedad de hacer cumplir los criterios que al respecto tiene el propio ayuntamiento. Lo mismo ocurre si el mediador es un Juez, donde la perspectiva legal del conflicto es determinante para su resolución. En todos estos casos en los que esta condición no se da y sí se dan las demás estaríamos ante una conciliación, que como ya hemos dicho no

es ni mejor ni peor que la mediación. Es sólo distinta y hemos visto las ventajas y desventajas que existen entre ellas.

### **Procuren que las partes se apropien del conflicto:**

Este objetivo es tan condicionante de la tarea como cualquier otro. Determina en el mediador desde el inicio un objetivo que debe cumplir cuando en la mayoría de los casos la realidad nos muestra que los clientes no quieren hacerlo, sino que quieren que el tercero, el mediador, les dé la razón frente al otro. Por eso mismo es que hemos llegado a la conclusión que uno de los pasos fundamentales para que exista proceso de mediación es que las partes acepten que tienen un conflicto. Entre empresarios, siempre es el otro el que incumplió y el que debe pagar. El otro es el culpable. Igual ocurre con los maestros y alumnos. Nunca el problema lo tiene el maestro, siempre el alumno que no cumple las reglas. Cuando vienen a mediación por una separación, siempre el otro es el culpable. Ni qué decir en la mediación con menores infractores, donde siempre el menor, obviamente, es el culpable. No obstante en todos estos casos para que la gestión del conflicto sea viable desde la perspectiva de los intereses de todas las partes y desde sus propios valores y creencias, será necesario como dice Folger que exista legitimación y *empowerment*. Reconocimiento de la existencia del otro, y de que si somos parte del conflicto, la solución será más satisfactoria para todos si nos sentimos también parte de la solución.

### **Alcancen el objetivo de tomar alguna decisión informada en relación al mismo:**

Para nosotros es importante separar la definición de mediación del concepto de acuerdo que ponga fin al conflicto. Entiendo que esa es una concepción muy de la lógica cartesiana, contractualista y determinada más por las necesidades estadísticas de valoración externa del proceso que porque sea el objetivo final. Lo importante para nosotros es que el proceso de mediación cree las condiciones para que antes de tomar cualquier decisión todos cuenten con la misma información, con toda aquella que estimen necesaria para poder elegir lo que quieren hacer. Esta elección

puede ser intentar seguir el proceso adelante hasta lograr un acuerdo final total, o tal vez solo parcial, o tal vez acordar que lo resuelva un tercero en un arbitraje o tribunal. En fin, hay tantas posibilidades como mediaciones; porque serán los clientes los que decidirán qué quieren hacer. Por lo tanto entiendo que una mediación es exitosa cuando ha creado las condiciones para que todos los presentes puedan elegir qué quieren hacer, algunas veces acordando sobre el núcleo del conflicto y otras no.

## Capítulo IV

### ***El proceso de mediación***

#### **4.1 Perspectivas desde las cuales se puede entender**

Este tema puede ser visto desde muchas perspectivas distintas.

Hemos visto que una de las características diferenciadoras de la mediación con la conciliación es el distinto objetivo de las mismas. La primera procura una apropiación activa del conflicto para que puedan decidir con relación al mismo lo que quieran, en cambio en la segunda el obtener un acuerdo forma parte esencial del mismo. Asimismo para lograr estos dos objetivos distintos, el mediador se ubica en el mismo plano de poder que sus clientes pero con distinto rol, y en el segundo se ubica en un plano superior para poder de esta manera conducir el proceso hacia el acuerdo.

Por lo tanto, en el proceso de mediación se tendrá en cuenta a la persona con todos sus aspectos, es decir los aspectos racionales y emocionales, en cambio en la conciliación los aspectos emocionales si son tenidos en cuenta puede que sean al solo efecto de hacer una catarsis y poder así pasar a la elaboración racional del acuerdo o para transformarlos en positivos evitando los negativos, que en el fondo implica una valorización de los mismos que depende del mediador.

#### **4.2 El proceso desde la perspectiva del espacio simbólico que representa la mediación**

Si procuramos expresar lo anteriormente expuesto en grandes fases en las que podemos dividir el proceso siguiendo con el paradigma diseñado para diferenciar la mediación de otras intervenciones profesionales, podríamos hacerlo de la siguiente manera.



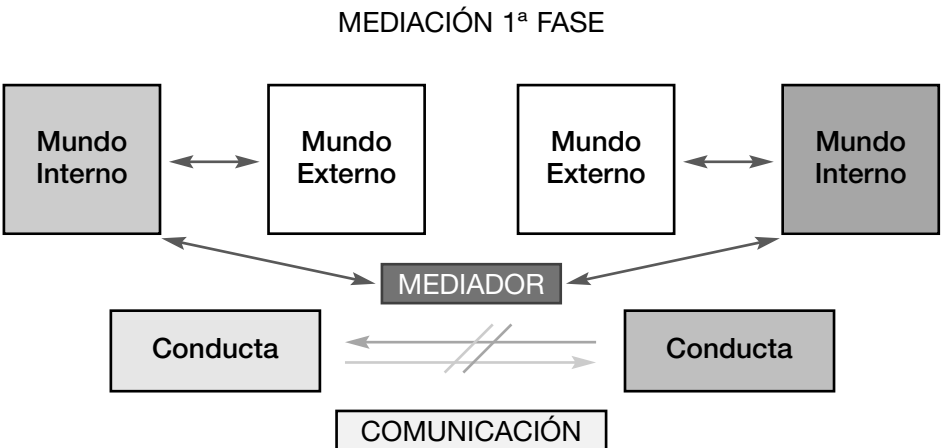
Resumiremos el proceso de mediación en tres etapas, las cuales luego se subdividirán en más, pero a los efectos de clarificar el concepto de proceso de mediación es suficiente.

### 4.2.1 Primera fase de la mediación

Así entonces llegamos a la primera fase de la mediación, que es la de arropar la crisis.

En un principio nos referíamos a esta etapa como “contener la crisis” pero la palabra contener tenía un sentido distinto para profesionales de origen jurídico que la de aquellos provenientes del campo psicosocial: para los primeros era separar, evitar, alejar. Para los segundos era recibir, hacerse cargo, acercar. Por ello y gracias a un alumno, del que lamento no recordar su nombre para poder citarlo aquí, utilizamos la palabra arropar que expresa mejor el sentido de lo que hacemos y tiene igual significado para todos. Arropar es hacerse cargo temporalmente de una situación que exige un cuidado que incluye un componente de cariño o ternura.

Lo expresamos de la siguiente forma en los gráficos que venimos utilizando:



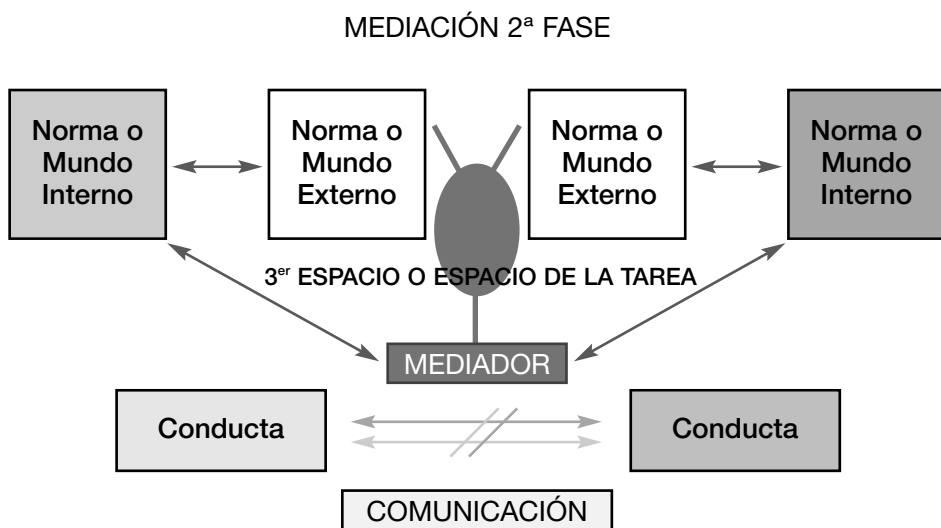
Aquí el mediador genera una comunicación con los mediados en el plano de las emociones y devuelve lo que han expresado, es decir utiliza las técnicas de escucha activa, reformulación emocio-

nal y su correspondiente plasmación en un registro escrito en la pizarra o rotafolio.

Cuando esto se produce, es decir, cuando los clientes se sienten escuchados desde sus emociones y pensamientos, el nivel de tensión en el campo del mundo interno se reduce (al solo efecto del conflicto, que quede bien claro y solo en forma temporal) y podemos pasar a la segunda fase.

#### 4.2.2 Segunda fase de la mediación

Una vez arropada la crisis, tarea imprescindible para poder pasar a esta segunda fase, nos permite ver en la próxima figura la siguiente situación:



Esta fase se caracteriza por la creación de un tercer espacio virtual por el cual se ha transformado el espacio físico de la sala de mediación desde un lugar a donde las partes vienen a buscar una solución desde la disputa, el paradigma ganador-perdedor y buscando en el tercero, el mediador, un Juez que les dé la razón, a un espacio en el cual han internalizado que como el conflicto es de ellos, sólo ellos pueden encontrar una solución que les sea útil y mutuamente conveniente. La creación de este tercer espacio virtual por parte del mediador y su internalización por parte de los

mediados es lo que permite que ellos se pongan a trabajar en sus asuntos y sus conflictos.

Vemos aquí que, en este tercer espacio o espacio de la tarea, intervienen los tres elementos del sistema relacionados: mediados y mediador en un plano de igualdad, fundamental para nosotros, y donde cada uno tiene su tarea. Cuánto más se circunscriba el mediador a su tarea, más se logrará que la propia dinámica del proceso lleve a los mediados a hacerse cargo de la de ellos. Cuanto menos intervengamos en los contenidos, más tendrán que trabajar ellos sobre los mismos. Cuantas menos pautas demos sobre sus conductas, más tendrán que hacerse cargo ellos de las que les son útiles y de las que no les son.

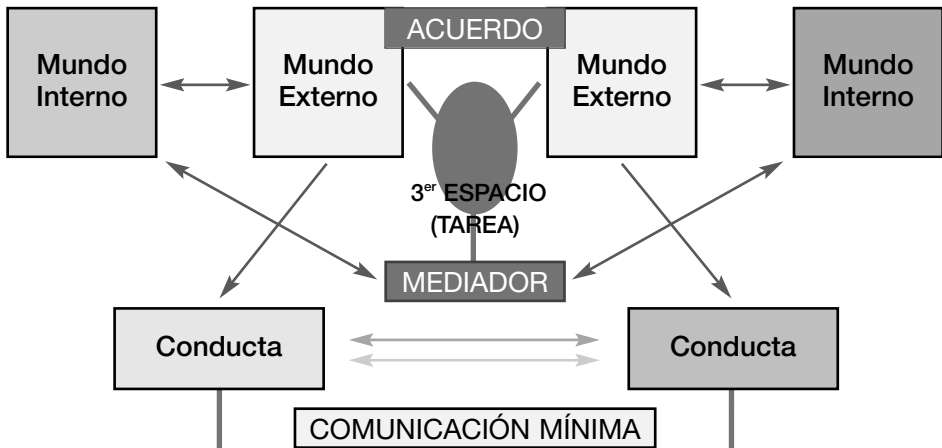
En esta fase no se toman decisiones ni se cierra el proceso. Aquí, sobre todo, se intercambia información, se cambian narrativas, se dan nuevos nombres a los problemas en forma tal que se transformen de dilemas en problemas, se legitima y se convalida la postura de cada parte, se aclara la comunicación, se formulan preguntas que permiten a los mediados mirar el conflicto desde otra perspectiva y por lo tanto pueden generar nuevas alternativas en base a toda la tarea anterior. Desde nuestra perspectiva de la mediación, toda negociación que comienza antes de tiempo retrotrae el proceso a la etapa anterior, generando desconfianzas, resistencias y por tanto vuelven las partes a los sistemas ganador-perdedor, a sus posiciones anteriores, resultándoles más difícil moverse de ellas y pasar a la consideración de los intereses subyacentes.

Esto es así pues dado que el objetivo de la tarea no es el cambio de conductas y actitudes, tareas propias del asesoramiento o terapias psicológicas para el caso de la mediación familiar, social o escolar, en esta etapa solo creamos un contexto en el que puedan recuperar capacidades existentes, y en general disminuidas por el conflicto y esto se da tanto en el campo de los conflictos comerciales como los otros mencionados.

### 4.2.3 Tercera fase de la mediación

Cuando se ha intercambiado la información suficiente y se han generado alternativas se produce la negociación y se llega así al acuerdo.

MEDIACIÓN 3ª FASE



Como se puede ver en el gráfico, al acuerdo llegan ellos, y en este área el mediador no está interviniendo. El mediador recoge el acuerdo para luego darle forma y redacción, la cual no tiene que adaptarse al formato y terminología jurídica. El lenguaje tiene que ser el de ellos, el de los clientes. Tienen que poder leerlo y comprenderlo, les tiene que hacer recordar la vivencia de cuando lo discutieron, lo que acordaron y los intereses que ellos mismos pudieron tener presente.

Será un abogado el que dote de elementos legales y contractuales al acuerdo de las partes, como ocurre con cualquier contrato y que para eventuales casos en los que sea necesaria una interpretación por terceros en el ámbito jurídico-legal su lenguaje sea comprensible y de interpretación común en el sentido que se le da a las palabras en los contratos y negocios jurídicos que deben ser interpretados desde el Derecho.

Es decir, se reproduce la situación de cualquier negocio en donde las partes involucradas lo plantean, discuten, negocian,

acuerdan, acudiendo posteriormente al abogado para que lo plasme en un contrato jurídicamente válido. No por esto diremos que la actividad del abogado es ser un traductor o desvalorizar la tarea del mismo, como en ocasiones se escucha. Este tema requiere un espacio propio que no es motivo de este trabajo, pero sólo quiero dejar clara mi posición respecto de la importancia del trabajo profesional del abogado en la defensa de sus clientes para que estos se separen o regulen sus relaciones futuras de cualquier índole como mejor estimen conveniente para ellos y todas las personas a las que este acuerdo pueda afectar. Redactar un contrato es una de las tareas más difíciles y complejas de las tareas jurídicas. Se deben allí prever incumplimientos, conflictos, y se deben establecer soluciones. Un convenio regulador o acuerdo de separación no sólo debe contener lo que las leyes exigen de él sino que debe representar la voluntad fehaciente de los cónyuges expresada en su acuerdo de mediación, logrado por ellos mismos tras muchas horas de trabajo. Esto que resulta bastante obvio en el campo del derecho comercial, resulta difícil verlo desde el del derecho de familia.

Estimo que ha llegado la hora, en este campo del derecho, de que nos cuestionemos el origen de la intervención tan estricta de los fiscales y de los jueces, dada por la ley en los temas de separación o divorcio. Estos padres que durante su vida matrimonial o de pareja nunca se han visto precisados a ver su tarea de padres supervisadas por terceros, en el momento de la ruptura automáticamente se les considera incapaces de hacerse cargo de sus hijos con el mismo cuidado que lo hacían antes y deben satisfacer las exigencias de fiscales y jueces que no les conocen, ni a ellos ni a sus hijos. Deben probar que son capaces, pues la regla es la incapacidad, y no lo contrario. No son los fiscales los que deben probar que el acuerdo perjudica a los menores. Ellos lo expresan y las partes deben probar lo contrario. Se les obliga a separarse desde una perspectiva estándar con acuerdos similares para todos, pues se supone que esto protege mejor los intereses de los menores que la propia volun-

tad de los padres. Parece ser que todavía se ve a estos adultos que están tomando una decisión de romper su relación de pareja como “fracasados”, como personas parcialmente incapaces de hacerse cargo del cuidado de sus hijos y se les debe poner tutores al efecto, cuando tal vez, están muy sanos porque deciden hacerlo para darse a ellos y a sus hijos una vida mejor. Podríamos preguntarnos si parte de la diatrogenia que produce el proceso judicial no es más responsable de estos fallos en las funciones parentales utilizando palabras como guarda y custodia, visitas y pensiones en vez de que los tribunales sean espacios de paz y acuerdo para tratar temas de parentalidad compartida. En el Derecho inglés, desde hace más de una década, se han reemplazado estas palabras por las de parentalidad compartida erradicando totalmente el concepto de propiedad de los hijos que denotan palabras como guarda y custodia o su contrario visitas.

Retomando con las fases de la mediación, las descritas como 2º y 3º, se repiten una y otra vez con cada tema que las partes tienen interés de acordar y el acuerdo se va plasmando y modificando a medida que se avanza en este proceso hasta llegar al acuerdo final y definitivo. Esto no quiere decir que en ciertos temas que evocan sentimientos fuertes y sus correspondientes expresiones a través de las emociones, no sea necesario hacer un breve paso por la primera fase para arropar la crisis.

Para llevar a cabo esta tarea, a diferencia de la conciliación y otras formas de resolución de conflictos en donde la tarea se centra en el resultado y en la negociación, reiteramos que es necesario el desarrollo por parte del mediador de ciertas aptitudes además de la adquisición de técnicas y conceptos teóricos.

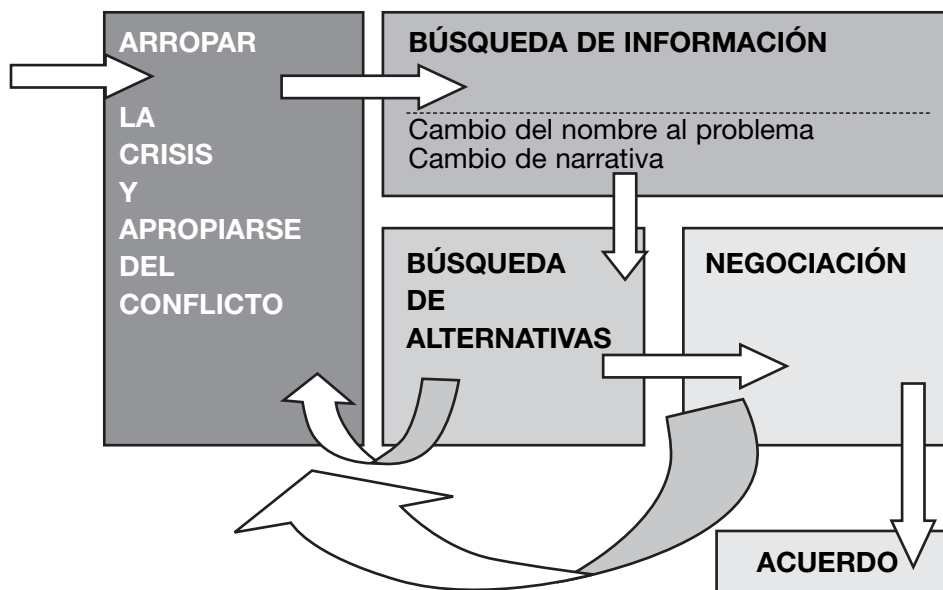
La introducción de lo público (el profesional) en lo privado (el conflicto personal) genera la creación de un vínculo entre el profesional y su cliente o usuario. En función del objetivo que persigan profesional y usuario o cliente, será la naturaleza de este vínculo pero no debemos olvidar nunca que desde la pers-

pectiva del mediador **el conflicto es de ellos y por lo tanto la solución también lo será.** Una de los cambios más importantes que he experimentado al cambiar de actividad profesional, de abogado a mediador, ha sido el estrés. Cuando ejercía de abogado, los clientes dejaban el despacho y el problema me quedaba a mí. Como mi padre decía cuando se refería a este tema, y trabajó más de 60 años de abogado, él se levantaba con el problema, se afeitaba con él, viajaba en el autobús y entraba a su despacho con él y le acompañaba permanentemente hasta que le encontraba una alternativa de solución. A mí me pasaba lo mismo. Como mediador, la situación es absolutamente distinta. Trabajo con mucha tensión y concentración durante el encuentro, termino cansado pero no estresado. Ellos se van y se llevan el problema con ellos pues es de ellos. Yo me quedo conmigo, me registro mi proceso durante el encuentro, repaso mentalmente el mismo o inclusive vuelvo sobre el vídeo si tengo alguna duda sobre lo que ocurrió. Pero luego cuando dejo el despacho, sé que no hay nada que pueda hacer por encontrar la solución que ellos necesitan. Solo ellos serán capaces de hacerlo.

#### **4.3 El proceso desde la perspectiva de la tarea que realizan mediador y mediados**

Esta forma de ver el proceso de mediación la hago desde la perspectiva de la organización de la tarea que hacen los mediados con la cooperación del mediador. Este proceso es para nosotros lo único estructurado de la mediación. Es lo único que el mediador impone para el éxito del proceso tal como lo hemos definido a lo largo de este trabajo. El saltarse alguna de las etapas o el pasar a la siguiente sin haber agotado la anterior nos lleva a otro de los procesos RAC, como puede ser la conciliación.

Comienza el proceso con lo que hemos llamado arropar la crisis y la apropiación del conflicto, para luego centrarnos más en la búsqueda de información. Es imprescindible decir aquí que



cada parte no es un compartimento estanco. Mientras arropamos la crisis, mientras la gente discute y se pelea, hablan a la vez y no se escuchan, dan mucha información no especulativa, nacida desde sus entrañas, desde sus sentimientos. Esta información será vital para dos cosas: a) conocer cosas que de otra forma no hubieran dicho y que tienen que ver con sus intereses y sus sentimientos y b) nos servirá para que al momento de que estén elaborando el acuerdo podamos hacer preguntas que les permitan medir si se ajusta a la satisfacción de esos sentimientos expresados a través de esas emociones iniciales y que serán parte fundamental de la viabilidad del cumplimiento del acuerdo. Si se ha expresado mucha desconfianza en esta primera parte, veremos luego si el acuerdo alcanzado satisface esta desconfianza o será necesario algún retoque más o nueva reelaboración para que se garantice su cumplimiento entre las partes.

Mientras que se está en la segunda etapa de búsqueda de información, momento clave y que hace la diferencia con la negociación asistida o la conciliación en las cuales la información se retacea y es parte de lo que se negocia dar o no dar, el media-



dor al haber creado el tercer espacio virtual de la tarea, puede ayudar a las partes a desvelar información en forma organizada, recogerla en el rotafolio para que no se pierda y esté disponible en el futuro si hace falta. De esta manera podrán las partes trabajar sobre la misma para que ambas queden seguras de que la información suministrada es cierta y veraz al saber y entender de ellos, regenerando así la confianza que en algún momento han tenido entre ellas y poder así pensar en la utilidad de generar alternativas que permitan encontrar algún posible acuerdo.

Ahora se podrá cambiar el nombre al problema de forma tal que el mismo en vez de presentarse como una situación dilemática tenga múltiples posibilidades de alternativas de solución. En un caso de mediación penal con menores infractores, el interés de la víctima sea que se castigue al menor y se le encierre y el del menor todo lo contrario. Esta postura siempre lleva a que uno gane y el otro pierda. No obstante si se le hace a la víctima la pregunta: ¿Para qué quiere usted que se le castigue y se le encierre? Seguro que saldrán múltiples intereses que pueden ser resueltos de otra manera que no sea el encierro y el castigo, por ejemplo asegurarse de que no lo hará más, etc. Para estas cosas habrá muchas más alternativas que el encierro y el castigo. Esto según ciertas escuelas es cambiar el nombre al problema y desde una perspectiva más compleja es cambiar la narrativa para que la misma sea abierta y no determinista y cerrada.

Como hemos expresado anteriormente, para nosotros es importante que el cambio de narrativa no provenga de una intervención "lúcida" del mediador sino que sea la resultante racional que los mediados pueden hacer con la colaboración del mediador de la información recopilada y la utilidad, el para qué, que los mismos han hecho de sus intereses expresados.

Ahora será posible para los clientes buscar alternativas, se habrán dejado las posturas defensivas y podrán pensar en función de los propios términos complejos del conflicto que solo

ellos conocen. Ahora los empresarios podrán dejar de ver el conflicto como un tema de incumplimientos reparables por indemnizaciones para poder abordarlos desde donde ellos realmente son especialistas, es decir desde la perspectiva comercial del mismo. Lo mismo ocurrirá en un conflicto familiar, social, escolar, etc.

Por eso el *brainstorming* o lluvia de ideas sólo no funciona en la etapa de la generación de las alternativas. Es necesario que previamente hayan podido los clientes, por medio de la apropiación del conflicto, el cambio de nombre al problema o de narrativa, compartir ese tercer espacio simbólico de trabajo creado por el proceso de mediación, haberse podido legitimar y sentirse seguros, reconocer la existencia del otro, el interés de hacer algo con el conflicto y ese algo sea buscar un acuerdo conjunto. Y para lograr todo esto es imprescindible la existencia, entre otras cosas, de la información compartida y que la misma sea veraz basándonos en la exigencia de una actuación realizada desde la buena fe de todos.

Como indican las flechas del gráfico, en cualquier momento puede ser necesario volver a arropar la crisis. Una palabra, un gesto, un tema específico, puede volver a poner a las partes en forma enfrentada. Como esto no es una terapia en la cual se pretende elaborar los sentimientos y sus expresiones en emociones y que podría tener sentido concebirla como actividad complementaria en una mediación familiar, sería inútil en una mediación comercial. Por ello, en mediación sólo las reconocemos como existentes y por lo tanto estas regresiones son habituales y se van trabajando cada vez más rápidamente. Ellos mismos, al estar trabajando en el tercer espacio virtual creado, rápidamente pueden volver a la sensación de reconocimiento y legitimación que el mediador ha generado y que les permite retomar el control de su propia situación.

Finalmente, la etapa de la negociación se caracteriza por una postura en la cual a diferencia de la mayoría de los autores que hablan de conductas cooperativas, a nuestro entender en ese momento

la gente está instalada en lo que llamamos un sano egoísmo. Es decir piensan en ellos pero pueden tener en cuenta al otro, no tanto por que le haya legitimado y reconocido la otra parte, lo cual puede ocurrir, pero no es para nosotros indispensable, sino que entienden que les conviene tener en cuenta al otro para poder conseguir lo que quieren.

Como se ve en este último gráfico, al igual a los anteriores, el acuerdo es una consecuencia y no un objetivo de nuestra mediación. Si se tiene confianza en el camino, si las partes pueden recorrerlo en su totalidad, el acuerdo será su resultado.

Uno de los aspectos que consideramos más importantes para poder lograr todo lo anteriormente expuesto es que el mediador se mantenga en el mismo plano de poder. Esto permitirá que los clientes se escuchen a sí mismos y a los demás, pasen de un estado de pasiones a uno de posiciones y de allí a uno de intereses que les permita entonces tomar una decisión respecto de lo que quieren hacer para satisfacer los mismos; quedarse en la mediación y negociar un acuerdo o irse a otro ámbito como puede ser el litigio o la conciliación.

Procuramos aquí desde una perspectiva interdisciplinar pulir alguna de las diferencias que han separado tanto a las escuelas basadas en los intereses por ser consideradas insuficientes e incompletas, frente a las que aportan más perspectivas basadas en las relaciones y valores considerados más importantes como son los aportados por las escuelas transformadoras y sistémico-narrativas.

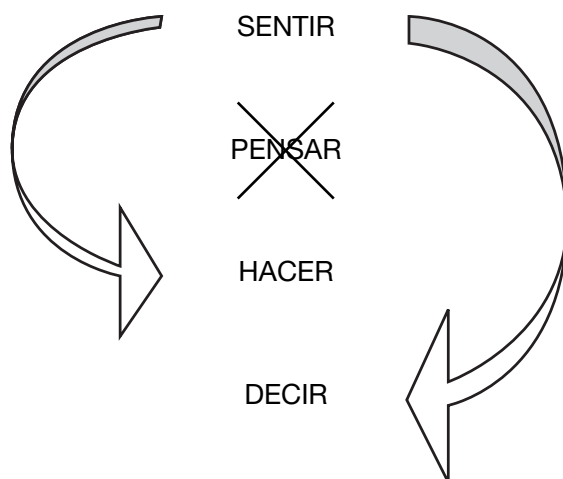
#### **4.4 El proceso desde la perspectiva de la escuela de Harvard pero con una mirada interdisciplinar**

Si cada uno de nosotros, como hemos dicho, podemos describirnos por nuestras capacidades de sentir, pensar, hacer y decir<sup>44</sup> representaríamos entonces cada estado de la siguiente manera:

---

44. Daniel J. Bustelo Eliçabe-Urriol, *Ensayo: mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, AIEEF, 1993, pág. 40.

#### 4.4.1 Estado de Pasiones



Vemos aquí, según la dirección de las flechas, que el pensar se encuentra eliminado y que es el sentir quien condiciona totalmente el hacer y el decir. Podríamos decir que existe una “incapacidad mental transitoria”. En este momento el enojo, el dolor, el miedo, la angustia o cualquier otro sentimiento intenso, no deja pensar a la gente. Dice cosas aparentemente surgidas de su pensamiento pero que suelen no tener ningún sentido, son tan contradictorias que exasperan y nos llevan a pedirle que piense, que razone. Lo que ocurre es que nos cuesta aceptar que no pueda, que se encuentre invadido por sentimientos muy fuertes que le absorben toda la visión de su situación. Por eso es que lo que haga o diga estará relacionado con esta situación. Es por este motivo que cualquier intento de comunicación racional está destinado al fracaso, pues la razón no está operativa. Las *ground rules* o normas básicas de conducta que, conforme ciertos modelos de mediación se suelen establecer al inicio del proceso, pretenden evitar que se llegue a esta situación y, si se llegase, para estos modelos no se deberían consentir de manera alguna pues la mediación es un proceso racional y voluntario que no permite estas conductas. No estamos de acuerdo pues entendemos que el proceso debe desarrollarse dentro de las pautas y formas de ser de los clientes, que si llegasen a un acuerdo, deberá cumplir

esas condiciones. La mediación no es un proceso ni educativo ni terapéutico, por lo que el cambio de la forma de relacionarse de las partes no está dentro del objetivo de la misma.

Cuando hemos reconocido los sentimientos que dan lugar a las emociones que se expresan, establecemos una comunicación emocional con el cliente, es decir nos hemos podido conectar con él desde donde él necesita ser escuchado. Desde su dolor, su tristeza, su frustración, su ira, su soledad o cualquiera sea el sentimiento que le invade y necesita que se le reconozca. Logrado esto, nuestro cliente podrá disponer de su pensar, apaciguar temporalmente la invasión de sus sentimientos y abrirse a los registros más racionales de su conflicto que lo llevan a la mediación.

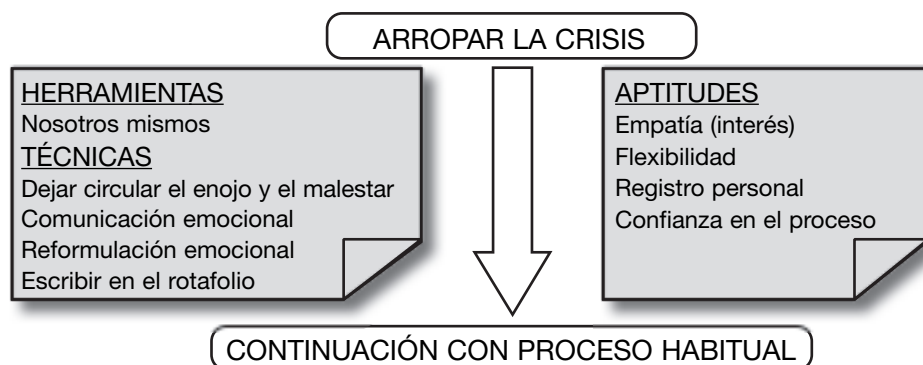
Es importante en esta etapa que distingamos entre agresividad y violencia.

Lo primero de todo es el preconceito que tenemos sobre la agresividad. Hay que distinguir ésta de la agresión o de la violencia. La primera es un acto de cuidado personal, un intento de lograr, a través de actuaciones, que no pongan en riesgo al otro, ser escuchados. En cambio, la segunda la forman actos contra el otro, que pretenden callarlo, eliminarlo. Los enojos son sentimientos y, como tales, no los podemos calificar de buenos o malos. La gente los siente y no tiene sentido que nosotros los mediadores hagamos disquisiciones éticas o filosóficas respecto de la bondad o maldad de los mismos. Podrán, en todo caso, calificarse de útiles o no para la mediación, y es aquí donde difiere nuestro modelo de los nacidos de la escuela de Harvard, es el circular narrativo o transformador. Para nosotros, para cierta gente, son útiles pues permiten, a través de su escucha y utilización a favor de la mediación, convertirse en muy convenientes, sin los cuales el acuerdo al que las partes podrían haber llegado sería muy racional. Lo perjudicial de esto es que cuando los sentimientos originados por la memoria emotiva aparecieran el acuerdo entraría en una grave crisis, pudiendo incumplirse definitivamente, aumentando la frustración y la sensación de fracaso.

Podemos ver que me refiero ante todo a la necesidad de arrojar la crisis. En este proceso vemos que el mediador es una herramienta para ello. Creemos, efectivamente, que en estos trabajos en donde los contenidos emocionales están tan presentes el mediador es la primera gran herramienta. No podemos referirnos a normas externas *ground rules* sin correr el riesgo de que la persona, al obedecerlas, solo intervenga desde su pensar y no desde la integridad de su persona que está expresada en su pensar, sentir hacer y decir. Si esto ocurriera, en el momento de llevar el acuerdo adelante, ya fuera por el marco de la mediación, el sentir volverá a aparecer y si era relevante para esta persona, será un conflicto que no ha sido tratado y que por lo tanto no ha habido posibilidad de reconducirlo a favor de los intereses de las partes. Por eso es que decíamos antes que la formación del mediador debe tener características especiales para que éste pueda ser una herramienta al servicio del cliente. Es el saber ser y saber estar frente a este tipo de situaciones.

Las técnicas propuestas normalmente (levantarse, dejar la reunión, mostrar enfado, ponerse de pie entre los mediados, batir palmas, etc.), en el mejor de los casos, solo reprimen el enojo dejándolo latente, ya no solo con la otra parte sino también con el mediador. Cabe decir que si esto había sido una de las raíces del conflicto y si el mediador con esta actitud de límites a través de normas apoya el criterio de una de las partes, la otra perderá aún más su capacidad de trabajar libremente en la mediación.

Por lo tanto, el pasar de pasiones a posiciones requiere de ciertas herramientas y ciertas aptitudes.



Las herramientas a las que me refiero en el gráfico son las siguientes:

- Nosotros mismos: es decir, el mediador. Como hemos visto en el desarrollo de las aptitudes del mediador, debe formarse para poder desarrollar una tarea en la cual la única y verdadera herramienta es él mismo. Si fuera sólo un tema de usar técnicas, serían siempre exactas y fiables pero la realidad es que las técnicas dependen de quién las utiliza y cuándo. Esta capacidad de convertir a la técnica en algo útil o no, sólo la tiene el mediador y por eso es su herramienta principal.

Y las técnicas fundamentales son:

- Dejar fluir las pasiones y las discusiones, los enojos y hasta los gritos. Es esencial no ponerse nervioso cuando esto ocurre. Observar muy bien a ambas partes, a la que está enojada para que sienta que la estamos escuchando y a la otra para poder controlar como lleva esto que ocurre, si le molesta mucho o le hace daño o, por el contrario, muestra que es algo conocido y que tiene claro que no lleva a ninguna parte.
- Reformular no solo asertivamente sino también emocionalmente. La primera técnica todos la usamos habitualmente, pero es menos frecuente la segunda. Es necesario reconocer la emoción que está presente y legitimarla, pero no con una simple reflexión intelectual: “comprendo que usted se siente muy mal, pero es necesario para poder escucharnos que controle un poco sus emociones”, etc. Esto probablemente ponga más nervioso a nuestro cliente. La reformulación emocional promueve una comunicación emocional que es necesaria en este momento para que se nos escuche. Nadie en este estado escucha si no se siente escuchado antes y, por lo tanto, es necesario llegarle a sus emociones y no a sus razonamientos. Es habitual que en estos momentos digamos “sea usted razonable,” o “pensemos un poco en esto que usted está diciendo”. Esto sería muy útil en alguien cuya conexión racional esté vigente, y que tiene un sentido de lo pragmático que le da contención. En los casos a los que me estoy refiriendo esto no es

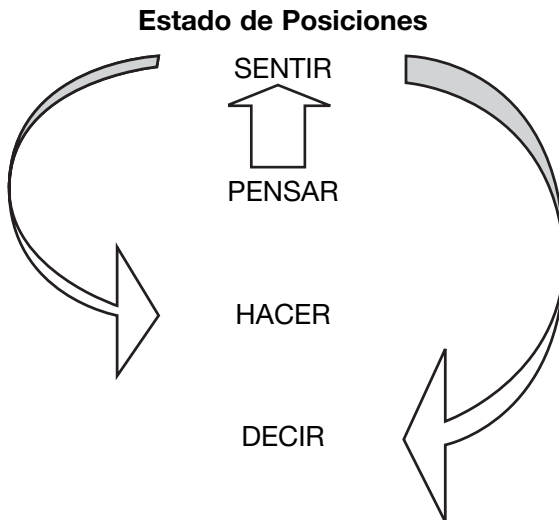
así. Es necesario comunicarse a través de los afectos y no de la razón. Explicaré un poco más esto en adelante.

- Escribir en un lugar grande y que todos lo puedan ver (rotafolio) los resúmenes de las reformulaciones realizadas para que, tanto a la persona enojada como a la otra les pueda quedar claro lo que se ha querido decir y con qué emoción se ha dicho o se siente al hablar o referirse a este tema.

En cuanto a las aptitudes es imprescindible tener interés en las personas en conflicto (empatía), no hacer juicios de valor sobre lo que uno escucha (flexibilidad), tener mucho registro personal para poder discriminar entre las emociones propias y las de los clientes, y confiar en el proceso de mediación no queriendo buscar resultados en forma inmediata sino como resultado de un camino que recorren los clientes acompañados por nosotros.

#### 4.4.2 Estado de Posiciones

Acogidos en sus estados de pasiones, los clientes se sitúan en el conocido estado de posiciones. Pasan por tanto, al siguiente nivel con el que se debe trabajar.



Vemos aquí que el pensar existe pero no controla el decir o hacer, sino que está al servicio del sentir. Son esas situaciones tan cono-



cidas por todos, en las cuales el pensamiento circular del cliente, muy racional y correcto, impide que la otra parte o nosotros (los mediadores) entremos en ese círculo para abrir alguna puerta con otras preguntas o reformulaciones. La frase típica es por ejemplo “tiene razón, pero...”. Aquí la situación emocional es la que manda pero no se está en el estado mental antes descrito. Los clientes miran desde el cristal, que suele ser el de los miedos, inseguridades y sentimientos de pérdida, que hacen que en aras de defenderse de ellos, su pensamiento esté al servicio del cuidado de estos sentimientos. Tienen que protegerse de algo que les hace sentir vulnerables. Las técnicas a aplicar aquí son las que nos aportan, sobre todo, el modelo circular narrativo y la escuela de Harvard. Las preguntas van girando de las exploradoras a las reflexivas. Se va procurando, a través de ellas, separar a las personas del conflicto, a continuar trabajando con la legitimación y el *empowerment*. Se van abriendo más alternativas a partir de que se va obteniendo más información, no ya producto de las narrativas de los hechos según sus propias formas de hacerlo sino a partir de los nuevos procesos que generan las preguntas reflexivas, sean hipotéticas o circulares. No obstante, todavía encontraremos grandes barreras dadas por estos sentimientos que deben ser protegidos a través de las racionalizaciones por parte de los clientes.

El mecanismo de defensa de la racionalización es usado en forma especial por los clientes. Necesitan protegerse por medio de planteamientos cerrados que no admitan injerencia ni dejen abrir una puerta a otra alternativa. Muchas veces, para poder avanzar hacia el siguiente paso, es necesario que busquen información objetiva sobre el conflicto en cuestión para que desde asesores externos pongan límites objetivos a sus planteamientos.

Recuerdo para este caso a una señora que en Madrid aceptaba que el padre de su hijo fuera los domingos al pueblo de sus padres que quedaba a 70 km de la casa de la madre. El único requisito que imponía la madre es que el hijo de 8 años volviera a su casa antes de las 5 de la tarde, pues como padecía asma era

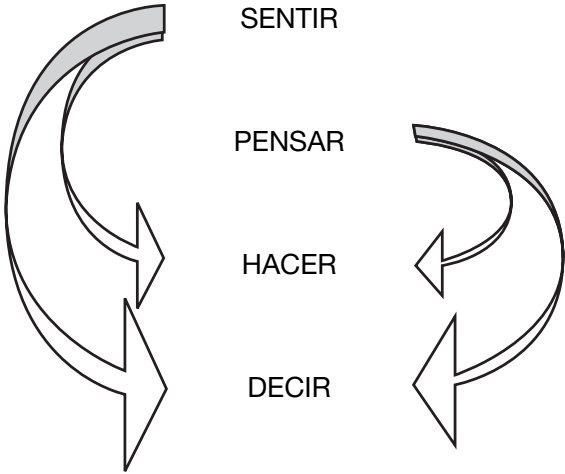
necesario para preservarle la salud que no cogiera frío, ya que era invierno.

Esta exigencia era de imposible cumplimiento para el padre. Las diversas preguntas sobre alternativas y posibilidades que tanto hacia el mediador como que ofrecía el padre terminaban todas en la frase “si pero, lo que pasa es que no tenéis en cuenta el asma por esto o por lo otro”. En fin estaba instalada en una posición en la que el mediador sugirió la búsqueda de información médica por parte del pediatra en cuanto al asma, el frío y la hora de llegada. Al encuentro siguiente el padre en “ganador” manifiesta que el médico había dicho que si se tenían en cuenta ciertos temas de abrigos y calefacción no había problema con que el niño volviera a la hora que fuera necesario. Allí la madre no dudó un segundo en agregar, “pues entonces el niño no va al pueblo“. Esto permitió rápidamente ver cuál era la razón para este nuevo planteamiento desprovisto de la protección que la racionalización del tema del asma había generado. Su respuesta fue clara y precisa. Su hijo no iba a ir a un lugar donde se hablaría mal de la madre, como estaba segura que su suegra haría. A partir de allí pudieron hablar sobre esto y llegar a acuerdos para que esto no ocurriera, habiendo por tanto entrado de lleno al tema de los intereses.

Similar situación se dio en la mediación de contenido comercial que más adelante relataremos. Cuando los comerciales hablaban sobre las piezas de hardware que no funcionaban lo hacían desde una perspectiva defensiva que ocultaba temores que no se podían compartir y que por lo tanto aumentaban la inseguridad y desconfianza de cada parte en relación a la otra. Cambiando los interlocutores comerciales por técnicos, quedó evidenciado en base a información objetiva y carente de aspectos emocionales, que impidieron una comunicación fluida entre los comerciales, que el tema del hardware no se debía a ocultamiento de información o desconfianzas recíprocas sino que no existían más de esas piezas. No había tampoco posibilidad de volverlas a construir pues los componentes que las integraban en muchos casos habían desaparecido del mercado y por lo tanto

no se debía, como se imputaban los comerciales, a que quien las instalaba lo hacía mal para una de las partes ni que quien las debía enviar no lo hacía con fines especulativos de forzar una decisión en la dirección que más le interesaba. No existían más piezas ni era posible construirlas. Por tanto el problema no era de uno o de otro, era de ambos porque no podían ofrecer soluciones técnica y comercialmente viables a sus clientes, que eran comunes. A partir de esa información objetiva, y eliminados los temores que impedían salir de las racionalizaciones propias del estado de posiciones, pudieron encontrar el interés común que era la satisfacción de las necesidades comunes de sus clientes y desde allí recuperaron su capacidad de pensar en términos comerciales relacionados a como satisfacer a sus clientes dentro de las posibilidades comunes que tenían y con los datos que la realidad les imponía.

### 4.4.3 Estado de Intereses



Vemos aquí que hemos logrado que tanto el sentir como el pensar actúen libremente sobre el hacer y el decir. Es en esos momentos donde se ve muy claro que el enfado como pareja o como empresa, de ambas partes, se mantiene pero son capaces de hablar sobre los temas de los hijos, de los bienes o de los clientes comunes desde una perspectiva racional.

En este estado la gente puede elegir en vez de optar. Esta diferencia es lo que hace que la mediación no sea un sistema perdedor-perdedor, como he escuchado decir entre algunos abogados en Estados Unidos o un sistema en el cual no quedamos satisfechos con el acuerdo.

Sin entrar en un análisis semántico, la palabra optar (“escoger algo entre varias cosas”) siempre tiene como connotación final una restricción a la libertad porque debemos escoger. Es decir, está claro que no podemos tener todo lo que queremos, que en todo momento estamos haciendo elecciones u opciones. Pero existe esta diferencia importante. Pesa más lo que no podemos tomar, lo que dejamos, que lo que nos llevamos. No nos queda otro remedio, pero si se hubiera podido nos habiéramos llevado más de una cosa. En cambio, en la elección (“escoger, preferir a alguien o algo para un fin”) conscientes de que todo no lo podemos tener, agregamos al concepto limitativo de optar a un adicional que es tener un fin para el que hacemos esta opción. Tratamos de que aquello que más nos interese para un determinado fin sea lo que nos llevemos, de manera tal que quedemos satisfechos con el resultado de la resolución y de la gestión del conflicto.

En una oportunidad, en una mediación eran muy importantes para las partes los libros de la biblioteca, y la componían más de 1000 volúmenes. Era claramente imposible para ellos volver a comprar todos esos libros y tenían que aceptar que sólo se podrían llevar la mitad de ellos o alguna proporción que pudieran acordar. Les mandé una tarea antes de trabajar en las alternativas: les pedí información, que cada uno hiciera una lista completa de todos los libros pero en un orden en el que el primero era el que más les interesaba y así hasta el último. Obviamente, después de varias quejas, a la semana siguiente tenían sus listas. Nos sentamos a trabajar y observaron que dentro de los 10 primeros, es decir, dentro de los 10 que más les importaban a cada uno, solo coincidían dos. Esos los dejamos aparte y cada uno se quedó con los 8 restantes. Así fueron vien-

do qué ocurría en cada grupo de 10 hasta que al final quedaron nuevamente unos 60 libros muy importantes para ambos. En este estado les solicité que los colocaran por orden basados en el interés afectivo que cada uno tenía con estos 60 libros. Se volvió a hacer la selección de 10 en 10 y quedaron finalmente unos 20 que eran muy importantes para ambos. Era posible comprarlos y considerarlos un coste de la separación. El tema que fue necesario que resolvieran entonces era quién se quedaba con los originales y quién con el libro nuevo. Después de haber hecho todo este proceso, estando contentos por haber podido elegir y quedarse con los libros que eran más importantes para cada uno, les fue muy sencillo reconocerse la importancia que cada libro tenía y elegir quién se quedaba con el original y quién con el nuevo.

Estos acuerdos logrados desde la elección y no desde la opción, fruto de un proceso de mediación como el que se describe en este trabajo, tienen mucha más probabilidad de durar en el tiempo.

## **4.5 Coconstrucción del proceso**

Por lo expuesto intento demostrar que permitir la introducción de las pasiones en la sala de mediación, cuando los clientes lo necesitan, es sumamente útil y facilitador para ciertas personas con temperamentos más fuertes y explosivos. Para ello lo que es necesario es generar aptitudes y habilidades en el mediador que suelen implicar, como se ha dicho, una modificación sustancial de sus paradigmas y sus propias premisas. De esta manera respetando aquellas culturas que tienen esta característica en su forma de ser y no imponiéndoles modelos que partan de escenarios distintos, manteniéndonos en el mismo plano y no imponiendo desde el poder el cuidado de las formas, podrán ellos también ser dueños de sus procesos. El proceso de mediación es construido entre el mediador y sus clientes, para que exista coherencia entre el objetivo de que se apropien activamente del conflicto y lo que hacemos durante el proceso.

Quiero decir con esto que los clientes no solo se apropian de los contenidos del proceso, sino que también se apropian de las formas del mismo. Es imposible pretender imponer las formas sin que esto no determine de alguna manera los contenidos. Esta separación teórica entre formas y contenidos puede servir como una disgregación desde el punto de vista pedagógico, pero como ya he dicho, todo paradigma de este tipo es reduccionista de la realidad. Estando en el mismo plano permite que el proceso se construya tanto en sus formas como en sus contenidos. Es necesario que sientan la necesidad de algo, como puede ser el no gritarse o interrumpirse para que luego pueda surgir como una norma. Adelantarnos a esa necesidad e imponer la norma como forma de “ganar” tiempo y ser más eficientes, no nos hace más eficaces. Los procesos psíquicos requieren su tiempo y como dice la palabra se trata de un proceso que no es sólo externo sino también interno de los mediadores y los clientes. Sin conciencia de la necesidad, la norma es una imposición.

Decía Reinaldo Perrone en nuestros encuentros de trabajo en el grupo Gesposit, financiado por la Comunidad Europea, para el trabajo de la violencia escolar, que hay 4 niveles de introyección de la ley. El primero y más básico es la ley soy Yo. El segundo es la ley que se impone para limitarme. El tercero es la ley que se impone para cuidarme de los “malos”, de los demás que me pueden perjudicar y el cuarto, y al que no siempre se llega, es la ley que se impone para proteger a los demás de mí (de mis aspectos que pueden dañar a los demás). Hasta que en el proceso de mediación las normas que lo rigen no surgen de la necesidad compartida de su existencia para el bien de todos y del objetivo de la tarea, se viven como una imposición que si se respeta es porque se le adjudica al tercero, en este caso el mediador, un lugar de poder que lo eleva del plano y lo va colocando en el lugar del conciliador. Conservar el mismo plano y posibilitar que los clientes se apropien del proceso y del conflicto que traen, para generar así el tercer espacio de la tarea que les permite legitimarse, escucharse y cambiar las narrativas será lo que les permita ver el problema con otro nombre que les abra posibilidades

a nuevas alternativas de solución y por lo tanto negociar desde los intereses.

## **4.6 Qué temas se pueden tratar en mediación**

Se ha ido desarrollando una división de campos de aplicación de la mediación con especialidades que estimo responden más a distintos elementos ajenos a la mediación que a las necesidades o especificidades de la misma.

Según el origen profesional de quienes aplican la mediación parecen descubrir especificidades propias que las diferencian de otros campos de la mediación. Así la mediación familiar parece ser más propia de las escuelas sistémicas por provenir quienes la han desarrollado del campo de la psicología (Sara Cobb y Marinés Suares en el exterior, e Ignacio Bolaños en nuestro país). La mediación comercial parece encajar mejor con la escuela de Harvard, cuyo origen está en la escuela de Negocios de dicha Universidad y que se ajusta más al modelo de pensamiento y trabajo de los juristas. Van apareciendo así escuelas de mediación educativa, mediación social, mediación intercultural, etc.

Una posible explicación a la proliferación actual de escuelas puede deberse al carácter interdisciplinario de la mediación. Como he dicho, la mediación expresa un saber ser, saber hacer y saber estar del mediador frente al conflicto. Exige sobre todo el desarrollo de aptitudes que abran la capacidad de escucha, la creatividad, la confianza en que nadie sabe ni conoce la mejor solución posible que los propios implicados en el conflicto.

Ahora bien, cuando estudiamos en la formación conceptos de derecho, de psicología, de ecuación o trabajo social, de economía o negociación, no es para poder aportar dichos conocimientos a nuestros clientes, ni para poder darles asesoramiento, pues para ello están mucho mejor capacitados los profesionales de las respectivas disciplinas. Lo hacemos para aumentar nuestra capacidad de escucha. Para poder disponer de información específica de cada campo que nos permita comprender mejor la compleji-

dad del discurso de los clientes de forma tal que nuestras preguntas se dirijan a producir información organizada, reflexiones propias y escuchas recíprocas que les faciliten a ellos llegar a algún tipo de decisión respecto de qué hacer y cómo gestionar el conflicto.

En los inicios de la formación que la AIEEF ofrecía dábamos mucha importancia a la teoría del conflicto. Hoy y desde hace muchos años hemos dejado de hacerlo en la formación básica, pues esto llevaba a los alumnos a estar más preocupados, cuando se encontraban frente a los clientes, en tratar de clasificar el conflicto de ellos para saber como operar con él, que realmente en escuchar a los mismos para que ellos pudieran apropiarse del conflicto y decidir hacer lo que quisieran con él.

Lo que sí tenemos que poder hacer es escuchar y comprender lo que hablan nuestros clientes. Es como querer hacer una mediación en un idioma que no conocemos. Por ejemplo, si no sé inglés y quiero hacer una mediación en ese idioma.

Hay una experiencia muy interesante en esta materia en la mediación que se realizó entre la fiscalía de los Estados Unidos y la empresa Microsoft que en un comienzo fracasó y luego se cambiaron los mediadores y prosperó. Comentaba Eric D. Green, mediador del caso Microsoft<sup>45</sup>:

“Todas las habilidades que los mediadores profesionales aprenden y usan fueron extremadamente importantes en el caso Microsoft. Eso porque... hubiera sido imposible para cualquier mediador en un caso como este conocer suficientemente la naturaleza del caso y sus complejidades como para hacer una mediación evaluativa basada en ofrecer soluciones. La tecnología es simplemente muy compleja y las fuerzas de marketing involucradas son tan complicadas que esas consideraciones debían ser traídas por las partes...”. No cometamos errores. Mediadores que son expertos técnicos en la materia son siempre un plus, pero la cuestión es que nivel de conocimiento específico en la materia

---

45. Revista “Alternatives, CPR”, vol. 19, n.º 10, noviembre 2001.



nos estamos refiriendo. En este caso, los mediadores no podían ser ingenieros de software. El caso necesitaba de todas las habilidades y técnicas que tiene un buen mediador incluyendo manejo de reuniones, discusión de agendas, facilitación de la comunicación, manejo de tiempos en términos de qué temas se tratan y cuáles se negocian, etc.

Por eso es que también estimamos que no es necesario mediar por razones de profesiones de origen, como a veces se ve en la mediación familiar donde se pide para trabajar en los servicios de ayuntamientos un mediador abogado y un mediador psicólogo. Creemos que lo que hace falta es un mediador con capacidades propias para hacer su tarea y los aspectos jurídicos, psicológicos podrán ser requeridos por las partes a los profesionales pertinentes a lo largo del proceso y cuando sientan que necesitan dicho asesoramiento, que no lo debe dar nunca el mediador. No hay asesoramientos absolutamente objetivos. Si así fuera, por ejemplo en el derecho no habría abogados que piensan que el caso es defendible desde cierta perspectiva y el abogado del contrario tiene otra visión. Al dar información como mediadores, podemos generar la vivencia en una de las partes que hemos inclinado la balanza a favor de uno o del otro y por lo tanto perdemos nuestra equidistancia funcional. Nuevamente es tarea de los clientes resolver el conflicto y si necesitan información que se la procuren fuera del ámbito de la mediación porque será la única manera de que el conflicto y su gestión sigan bajo su control.

Por lo tanto, los temas que se pueden tratar en mediación son todos aquellos que quieren tratar los clientes. Partiendo del principio de que los mediadores entendemos que el conflicto es una oportunidad para que con su apropiación activa tengan los clientes una mejor calidad de gestión del conflicto. Por lo tanto, tendremos que tratar todos aquellos que para ellos sean importantes para llegar al objetivo de la mediación. Esto no significa que todos los temas que ellos quieran tratar serán útiles para ellos, pues muchas veces algunos conflictos se les da mayor importancia para evitar otros. No obstante esto no es algo que definimos los

mediadores. A través de nuestras preguntas reflexivas, reformulaciones, resúmenes, uso del rotafolio y demás técnicas serán ellos quienes irán viendo la importancia que para cada uno tiene cada tema. Por el contrario cuando los temas están condicionados de antemano por el proceso o por la ley estaríamos ante un proceso conciliatorio relacionado a un conflicto determinado.

Es sumamente claro en este aspecto Ivan Ormachea Choque (óp. cit., pág. 53) cuando dice:

“Son diversos los sistemas legislativos que establecen cuáles son las materias susceptibles de conciliación. La definición de las materias conciliables a través del *numerus clausus* o enumeración taxativa es una primera opción. Dentro de ésta, la enumeración puede ser positiva o negativa. Aquella cuando el legislador enumera las materias que son susceptibles de conciliación (la ley 23 de Colombia en materia penal y de familia); y la negativa, cuando la enumeración se enfoca en aquellas materias no conciliables. Por tanto, serán conciliables aquellas disputas que no se encuentren incluidas en la enumeración (este es el modelo de la ley 24573 de Mediación y Conciliación argentina).

Una segunda alternativa la constituye la dación de categorías amplias que evitan la exclusión de materias no previstas en el sistema de enumeración taxativa o *numerus clausus*. La solución no es del todo feliz, pues requerirá la aplicación de métodos de interpretación en ciertos casos”.

En la mediación debemos procurar utilizar el lenguaje de los clientes y no llevar a los mismos a un lenguaje técnico que no les es propio. Todos sabemos que los términos guarda y custodia, visitas, pensiones, liquidación de la sociedad de gananciales, son términos que se han popularizado a pesar de ser estrictamente técnicos del derecho. Nadie en su vida de pareja se refiere así a sus obligaciones parentales. Se ve quién se puede quedar hoy con el niño después de clase, o se decide en conjunto si conviene que estudie este verano en el exterior o se analiza el presupuesto familiar para decidir si un gasto se puede hacer y al

momento de vender una propiedad no se refieren a ella en términos de bien ganancial. Lo mismo ocurre con los términos daños y perjuicios en la resolución de conflictos comerciales o empresariales. Este lenguaje se ha impuesto por la judicialización que se ha hecho de los conflictos. Entiendo que si las partes involucradas en el conflicto no pueden ponerse de acuerdo y eligen el proceso judicial para resolver sus conflictos, acepten por tanto la organización de su relación futura será desde esa perspectiva. Pero no podemos aplicar a la mayoría (quienes resuelven sus conflictos de común acuerdo) las normas de la minoría, es decir de aquellos que al no poder ponerse de acuerdo delegan en un tercero, el Juez, que resuelva por ellos en base a los términos que la ley establece como los adecuados. La jurisprudencia está constituida por las sentencias dictadas para los que no se han puesto de acuerdo y han delegado en el tercero la toma de la decisión por lo que no resulta razonable aplicar estos criterios a aquellos que si quieren y pueden ponerse de acuerdo y asumir la responsabilidad de sus propias decisiones. Por lo tanto estimo que es razonable autorizar a los segundos a que encuentren otras soluciones que no son las que se aplican a los que no han podido encontrar una solución consensuada. Otra cosa es que al momento de redactar el contrato que regulará legalmente el acuerdo obtenido, no se deba solicitar la asistencia letrada para convertir el convenio de mediación en un contrato legalmente válido y ejecutable, como es el convenio regulador para el caso de la separación o divorcio. Condicionar a la gente que resuelva daños y perjuicios, guardas y custodias o visitas es no permitirles resolver sus conflictos ni organizar sus relaciones futuras en base a sus propias pautas comerciales, familiares, religiosas, políticas, de valores, etc. Con la mediación la actividad del abogado se dignifica toda vez que en vez de intentar llevar los acuerdos de sus clientes, que quieren un acuerdo distinto al típico, a lo que es jurisprudencialmente aceptado, tienen la noble y valiosa tarea de demostrar al Fiscal y al Juez, que sus clientes, en base a actitudes responsables y a decisiones bien informadas, han tomado decisiones que pueden ser distintas a las que habitualmente se toman. Es decir la tarea del abogado es defender el derecho de

los clientes de acordar conforme a acuerdos hechos a su medida sin tener que verse sometidos, especialmente en los temas de conflicto familiares, a organizar sus relaciones futuras en base a acuerdos estándar. En aquellos acuerdos de contenido patrimonial se suele ser más flexible y permisivo, pero los que tienen que ver con menores, con esos hijos que durante la vida conjunta nadie objetó las decisiones parentales, nace un interés público por ellos que parece no permitir aceptar otra solución que las propuestas por la jurisprudencia. Claro que es más engorroso y hasta arriesgado por la resistencia que puede haber desde el Tribunal a aceptar situaciones distintas a las estándar, pero eso no debe ser óbice para que los abogados lo intenten a través de acreditar por los medios que sean necesarios que ese acuerdo de mediación se ha tomado con toda la información necesaria para que sea en el mejor beneficio de todos incluido los menores. Es entendible la postura de los Jueces que prefieran fórmulas estándar que garanticen, desde el punto de vista estadístico al menos, que la probabilidad de riesgo para los menores queda más protegida en base a las soluciones estándar. Hay que comprender la situación en la que se encuentran los jueces en muchos lugares, pero si entendemos que el conflicto es una oportunidad para hacer las cosas de una forma mejor, no deben los letrados dejar pasar la oportunidad de hacer propuestas fundadas en derecho y en las disciplinas llamadas auxiliares del mismo, que apoyen la valía de los acuerdos tomados por las partes.

Si recordamos lo expuesto en cuanto al plano que debe ocupar el mediador y la tarea de apropiación activa del conflicto, puede parecer una tarea doble el que realicen sus acuerdos conforme a su cultura y sus formas y luego tenga que intervenir el abogado. Lo contrario significa poner al mediador en el lugar del saber de lo que se debe hacer, utilizar un discurso que no es de los clientes y por lo tanto llegar a acuerdos que no les pertenecen sino que representan, como se ha dicho, acuerdos voluntariamente tomados desde la teoría contractualista del acto y no desde la realidad cotidiana sensible y compleja de las partes. Esto también se puede observar en las relaciones transnacionales en las

que los intereses comerciales de las partes muchas veces se ven envueltos en engorrosas complejidades producidas por la necesidad de adecuar los acuerdos a distintos órdenes jurídicos internacionales.

## **4.7 El lugar de la información**

Este es otro tema que también es relevante en cuanto a la distinción entre conciliación y mediación.

Desde la perspectiva expuesta, si los temas a tratar en la mediación, sean estos comerciales, vecinales, escolares, de familia o cualquier otro, los vamos a tratar desde un lenguaje ajeno a las partes y propio de la cultura de la racionalidad adversarial, del discurso jurídico, los clientes tendrán una actitud especulativa, de desconfianza y de inseguridad. Por ello, suministrar información al “contrario” será algo que se evitará y solo se dará aquella que entendemos imprescindible para llegar a un acuerdo. Dado que en algunos procesos regulados por los sistemas legales descriptos, los abogados de las partes están presentes en el proceso de conciliación (mediación en algunos textos legales) esto reforzará el carácter extrajudicial de la resolución y no el carácter de sistema alternativo. Es decir se estará yendo de A a B por otro camino y no a C como hemos descrito antes.

En cambio en la mediación la información debe ser ampliamente compartida por todos, pues es una de las formas más importantes de igualar el poder negociador de las partes. Además esta información deberá ser veraz. Es sorprendente cómo las leyes de mediación suelen evitar incluir este requisito dentro del proceso. Es decir las partes deben comprometerse a dar información veraz, pues de lo contrario todo el acuerdo puede caerse al conocer que se había mentido o retaceado la información.

Ahora bien esto solo será posible si el mediador ha logrado crear un clima de confianza en el proceso y una legitimación recíproca de las partes que se encuentren realmente inmersos en el tercer

espacio de la tarea, ya explicado. Cualquier intento de hacer esto antes de tiempo, así como de generar opciones antes de tener toda la información o de negociar antes de tener las opciones, producirá un proceso de desconfianza entre las partes y las retrotraerá al paradigma ganador-perdedor produciéndose, por tanto, el efecto contrario al necesario para que se apropien activamente de su conflicto y pasen por las etapas de pasiones, posiciones e intereses.

La búsqueda de información debe hacerse en relación a todas las decisiones. Si se trata de un tema comercial, se deberá estar a toda la información necesaria para las partes para poder tomar una decisión comercial y no de daños y perjuicios. Es decir verlo desde la perspectiva de la rentabilidad, la conveniencia, el mercado, las relaciones recíprocas y en fin desde toda la complejidad que una decisión comercial tiene y que cuando se está estableciendo un negocio se tienen presente. Sólo las partes conocen esto.

En el campo de la mediación familiar, por lo tanto en lo relativo a los tiempos compartidos con los hijos, no se estará a un régimen de repartirse al hijo tales días con uno y otros con el otro, sino que primero deberán analizar desde la realidad actual cómo están organizados los tiempos compartidos con los hijos. Es decir cómo se comparten las responsabilidades parentales para que luego puedan reorganizarlas viviendo separados para conservar los criterios con los que se han manejado hasta la fecha. Lo mismo ocurrirá con los temas económicos donde habrá que determinar primero con precisión cómo se compone el presupuesto actual o previo a la separación, para luego ver cuáles serán los gastos que todos necesitarán para organizar sus vidas futuras y luego cómo normalmente ocurre al ver que no alcanzan, deberán ser ellos, como lo han hecho hasta ahora, los que reorganicen los gastos futuros hasta que les alcance a todos en la nueva organización que se han dado. Nuevamente estamos aquí con una diferencia entre la mediación y la conciliación. En la primera, se trabajará desde todas las variables importantes para los clientes, no solo

las “prácticas” relativas a la solución del conflicto más propia de la conciliación.

## 4.8 La negociación

Desde la perspectiva analizada, la negociación a la que llegan los clientes después de recorrer el proceso previo que les permite haber obtenido toda la información necesaria, tener legitimada sus intereses y los del otro, adquirido la confianza en sí mismos necesaria para elegir y negociar, entrarán en la fase de negociación que, por lo tanto, no será ni especulativa ni basada en la desconfianza. Será una negociación basada en la posibilidad de ambos de obtener la satisfacción de sus intereses sin necesidad de excluir los del otro para obtener los propios. No será necesario hacer renunciamentos recíprocos, propios de la negociación de regateo, sino que podrán elegir entre lo deseado y lo posible tratando de apropiarse de cada decisión de forma tal que tenga más valor lo elegido que lo dejado. Es muy importante recordar la diferenciación entre optar y elegir tratada en la página 120. Algo parecido pasa en mediación. En este proceso de cambio de posiciones a intereses, de lo que ocurre con el cambio de narrativa, lo que significa la legitimación y el *empowerment*, lo que da haber creado el tercer espacio de la tarea y no de la confrontación, es el poder elegir entre todas las alternativas posibles, porque es de mi interés resolver el conflicto en forma tal que pueda seguir con mi vida, mi negocio, mi empresa, con mi vecino, en mi escuela, en cualquier ámbito donde se utilice la mediación. Poder elegir significa valorar lo que me llevo del proceso. Por eso, el haber trabajado para ello, hará que cumpla con el acuerdo, que lo defienda a capa y espada. De lo contrario, cuando el acuerdo resulte de una opción racional, sin contenido emocional, es probable que frente a los primeros inconvenientes en su cumplimiento, falten las fuerzas para llevarlo adelante, y ya sea poco a poco o de golpe, que se incumpla y se vuelva a aumentar la frustración y el dolor anterior al que se le agregará ahora este nuevo incumplimiento. Los clientes de mediación terminan con la sensación de que han obtenido las cosas que realmente les eran importantes más que la

sensación de haber tenido que renunciar a intereses en aras de obtener un acuerdo. Estaríamos ante la diferencia entre “mejor un mal acuerdo que un buen juicio” y “mejor un buen acuerdo que un mal acuerdo”.

## **4.9 El acuerdo**

El acuerdo no es el objetivo de la mediación pero sí suele ser el de la conciliación. En la mediación es la resultante posible del proceso. Es una de las posibilidades, siendo la otra la falta de acuerdo pero en base a una decisión comprendida y por lo tanto legitimada de uno de ellos o de ambos de no querer acordar y buscar otra forma de resolver el conflicto. Recuerdo una mediación en la que no obstante estar ambas partes de acuerdo en hacerla y procurar llegar a cuerdos en ella, había un juicio pendiente en el cual estaba en juego el buen nombre y honor de una de las partes. Para esta persona era muy importante obtener una resolución del tribunal que ante todo el mundo dejara limpio su nombre y esto era requisito previo al otro acuerdo. Esto a pesar de no ser compartido sí pudo ser comprendido y acordaron esperar a esa resolución antes de abocarse a la tarea que los había traído a la mediación.

Por lo tanto el mediador no participa en la creación del acuerdo desde el punto de vista de los contenidos del mismo. Participa en el acompañamiento de sus clientes en el proceso, el cual si ha sido vivencialmente recorrido les permitirá a ellos, como resultado de su apropiación activa del mismo, tomar decisiones que son la consecuencia natural del camino recorrido.

Lo que sí hará el mediador será redactar este acuerdo en el lenguaje de los clientes, recopilando los fundamentos con los que llegaron a cada uno y expresándolos con claridad, de forma tal que si en el futuro hubiera cualquier duda, el documento sea un reflejo lo más ajustado al proceso en base al cual se tomo cada decisión. Para redactar este documento será de fundamental ayuda el rotafolio en el cual hemos ido escribiendo todo lo que ha sido relevante para los clientes. Los sentimientos con los que se



han traído los temas tratados, pasando por la información relevante para ellos al momento de generar las alternativas, y finalmente al acuerdo parcial que en cada tema han ido obteniendo como fruto de la negociación mantenida. Este documento obviamente no será ni tendrá contenidos ni lenguaje jurídico. Como ya he dicho, será después el abogado de las partes quien le dará esa forma y deberá comprender los contenidos para poder expresarlos en lenguaje jurídico sin alterar la esencia del mismo. Es una tarea creativa y jurídica para la cual sólo los abogados están capacitados a hacerla. Intentar hacer contratos o convenios regulatorios según sea el caso, en la mediación, es muy probable que sean actos de intrusismo profesional.

Nuevamente se presenta aquí una diferencia entre la conciliación y la mediación. En la primera, y como veíamos en el gráfico sobre esto para el cumplimiento del acuerdo será necesaria una mayor participación de terceros que puedan ir ayudando a las partes frente a las dificultades que se encuentren en el cumplimiento del acuerdo. Esto ocurre en muchas oportunidades cuando estos acuerdos se cierran desde la influencia ejercida por el tercero en forma consciente o inconsciente. Son aquí los profesionales como los abogados, asesores de las empresas, en oportunidades familiares, quienes ayudan a las partes a llevar adelante el acuerdo.

En la mediación las partes han recuperado capacidades que tenían en su vida de relación anterior al conflicto, por lo que han recuperado la totalidad de las aptitudes, muchas o pocas, que tenían mientras que la relación entre ellos era operativa y por lo tanto dispondrán de la capacidad de encontrar ellos mismos formas de hacer operativo el acuerdo. El mismo responderá a sus posibilidades, intereses y elecciones. Puntualmente vuelven a mediación frente a un nuevo conflicto, pero en general no lo hacen por problemas en el cumplimiento del acuerdo establecido sino porque han surgido nuevas circunstancias que les obligan a renegociar el mismo. Por lo tanto es muy importante saber que cuando por distintos motivos nos estamos moviendo en una mediación hacia

una conciliación y el acuerdo lo logramos dentro de este proceso, deberán luego contar con el apoyo de una red profesional que les permita materializar el mismo.

En una mediación familiar, centrada sustancialmente en temas económicos, no obstante que había sido derivada desde un psicólogo en relación a las dificultades que los padres tenían para mantener una relación de parentalidad compartida útil para todos ellos, vimos la necesidad de trabajar más desde una perspectiva conciliadora que mediadora. Variables como tiempo, lugar desde el cuál se prestó el servicio, necesidad de un acuerdo en el campo de lo económico para facilitar la tarea del otro profesional y sobre todo una desigualdad muy grande en cuanto a aptitudes intelectuales y de rapidez mental, nos determinaron a subirnos del plano y tratando de mantenernos lo más próximo al necesario para un proceso lo más parecido a una mediación, las partes llegaron a un acuerdo. No hubo posibilidad de trabajar la confianza recíproca, la legitimación, la verdadera creación del tercer espacio al que nos hemos referido. El acuerdo contenía aspectos patrimoniales muy claros desde el punto de vista de la adjudicación de los bienes, sus valores, etc., pero contenía aspectos de complejidad legal para su materialización que determinaron, frente a la falta de acuerdo de los profesionales que representaban a cada uno, que el cumplimiento del acuerdo se tornara de difícil cumplimiento. Ambas partes se atribuían responsabilidades recíprocas en el incumplimiento, cuando en realidad no era así. La complejidad legal del caso, no impidió la existencia del acuerdo, pero exigía trámites nacionales e internacionales que demandaban la colaboración activa de sus profesionales. Las desconfianzas recíprocas alimentaban que los discursos de sus letrados fueran la falta de voluntad del otro por cumplir y no se podían reconducir estas narrativas hacia la realidad que las dificultades eran externas a ellos y de orden procesal legal. Sólo el acompañamiento adecuado durante el cumplimiento de los acuerdos de conciliación garantiza que en estos casos se llegue a feliz término.



## Capítulo V

### ***Distintos campos de aplicación de la mediación***

#### **5.1 Clasificación referida a la naturaleza jurídica de los conflictos**

Ligado todavía al concepto de resolución alternativa (al sistema judicial) de conflictos se suele clasificar la mediación con las mismas pautas con las que se clasifican los conflictos desde la perspectiva del derecho. Materia civil, materia mercantil, materia penal, etc. Esta forma de clasificación no facilita la distinción entre mediación y conciliación de la que ya hemos expresado la importancia.

##### **5.1.1 Mediación en materia civil y comercial**

Por ello podemos ver que la Directiva 2008/52/EC, del 21 de mayo de 2008, establece en su art. 1º. 2, que la presente directiva se aplicará a los conflictos transfronterizos de disputas civiles y comerciales excepto aquellas que tratan de derechos que no son de libre disposición de las partes. Es decir se refiere con toda claridad a una categoría de conflictos que están tipificados en los sistemas legales. Por lo tanto un acuerdo logrado en mediación sobre un tema que no esté jurídicamente protegido no podrá hacerse valer en otro país en los términos de esta Directiva porque no es de materia civil o comercial. Esta clasificación es útil para referirse a las relaciones entre la mediación y los procesos judiciales, como bien se establece en el art. 1º. 1.

Tal vez sea por eso que la definición de mediación que expresa en su art. 3º a) es tan amplia que permite incluir en ella casi cualquier proceso en el que interviene un tercero. Creo que dentro de los que hemos expresado aquí, se está refiriendo mucho más a una conciliación que a una mediación.

## **5.1.2 Mediación en materia penal**

Lo mismo ocurre con la mediación penal. Si no responde a un tipo delictivo específico dentro de un proceso penal queda excluida de la denominación de mediación penal. Para todos los otros conflictos que no son delitos o faltas pero que responden a conflictos que pueden concluir en un conflicto de ese tipo, les llamaremos mediación social.

### **5.1.2.1 Mediación penal con menores**

La mediación penal con menores tuvo su origen en España con las experiencias realizadas por la Dirección de Menores de la Generalitat de Cataluña desde el año 1990. Su extensa experiencia se fue proyectando a otras comunidades autónomas y concluye siendo recogida en la Ley 5/2000 en su art. 19.

Desde nuestra perspectiva, es muy fácil confundir esta intervención. La ley busca acciones educativas y por lo tanto la mediación sería solamente una buena herramienta al servicio del proceso de reeducación y inserción del menor infractor. Desde esa perspectiva, la víctima casi está allí al servicio también del menor, más que por su propia necesidad.

Por ello, cuando hemos trabajado en los primeros años, allá por el 94 y 95 los mediadores con menores infractores en Cataluña, resultaba muy útil aprender técnicas para ponerse en el mismo plano. Observaban cómo éstas les permitían a los menores hacerse más responsables de lo que habían hecho y a las víctimas sentirse que tenían un lugar propio y legítimo. Cuando los menores entendieron que los mediadores no harían ningún informe al fiscal, sino que se limitarían a redactar lo que entre ellos habían acordado en el rotafolio, los menores se preocupaban de lo que allí se escribiera realmente representara lo acordado y dejaban de seducir al mediador para que escribiera algo favorable para ellos.

Este campo de la mediación tiene mucho camino por delante y también necesita que el cambio conceptual y cultural que la

Justicia restaurativa significa se instale más en la cultura de la sociedad, como corresponsable de las propias reacciones que la misma genera.

### **5.1.2.2 Mediación penal con mayores**

Este campo de aplicación de la mediación se encuentra con múltiples dificultades para su aplicación debido a limitaciones legales basadas en los principios de que el Estado es el titular de la acción penal, el principio de legalidad y el de igualdad ante la ley. No obstante, ya en 1999 el Consejo de Europa por medio de su Comité de ministros dictó la recomendación n.º R (99) 19 por la cual recomendaba a los Estados miembros la mediación penal con mayores.

Asimismo la Comisión Europea para la eficiencia de la Justicia del Consejo de Europa emitió en diciembre de 2007 una guía para la mejor implementación de las recomendaciones existentes en relación con la mediación en materia penal.

Vale aquí reiterar lo dicho anteriormente, en cuanto a que la aplicación de la mediación en este campo implica un cambio cultural social y legal que muchos ya han adoptado, pero que todavía falta mucho para que sea una concepción general.

## **5.2 Clasificación referida a la naturaleza intrínseca de los conflictos**

Ahora bien, si podemos concebir la mediación como uno de las formas de resolución adecuada de conflictos, podremos por tanto independizar a ésta de la resolución judicial de los mismos y ordenar sus distintos campos de aplicación desde la perspectiva de la naturaleza intrínseca de los conflictos. Es decir desde parámetros propios de los clientes y no de los profesionales. Esta distinción es extremadamente importante porque podremos entonces apreciar que el proceso de mediación es único y similar para todos los campos de su posible aplicación. Será necesario por parte del mediador comprender el contenido del conflicto y el idioma de los clientes pero no por ello deberá saber de lo que ya saben los

mediados, es decir su actividad comercial, su relación familiar o su cultura.

### 5.2.1 Mediación comercial

Con esta denominación me refiero a la mediación en conflictos relacionados con la actividad comercial, propia de las empresas de este tipo así como entre individuos u organizaciones que desarrollen actividades de este tipo.

Los conflictos pueden producirse tanto dentro de la empresa como en relación con otras empresas o personas.



Teniendo en cuenta lo expresado en el capítulo I podemos resumir que si se pretende una solución a un conflicto de esta naturaleza desde la perspectiva adversarial del derecho podríamos resumir que:

**Modelo Judicial**  
(ganador-perdedor)

**Objeto:** Intereses jurídicamente protegidos.

**Solución:** Valoración pecuniaria de los daños.

**Forma:** Sentencia (Laudo arbitral).

Ahora bien si queremos una solución jurídica pero obtenida fuera de los Tribunales o derivados por ellos una vez iniciadas las acciones legales podríamos aplicar tanto el modelo conciliatorio como el de mediación.

Como se ha dicho la capacidad de autocomposición de las partes en el primero está restringida a los contenidos jurídicos del conflicto. En cambio en el segundo modelo se puede volver a trabajar con los mediados, no como partes de un juicio sino como empresarios que vuelven a tener un conflicto comercial que nadie conoce mejor que ellos como resolverlo de una forma eficaz para todas las partes involucradas.

Por lo tanto resumiendo podemos decir:

**Modelo Conciliatorio**

(ganador-ganador limitado)

**Objeto:** Intereses jurídicamente protegidos.

**Solución:** Mayoritariamente acuerdo sobre valoración pecuniaria del incumplimiento. Algunas veces compensaciones en servicios o productos.

**Forma:** Negociación asistida con acuerdo final teniendo en cuenta criterios jurídicos de responsabilidad.

**Lugar del conciliador:** Poder sobre el proceso, los contenidos y poder del saber.

**Modelo de mediación**

(ganador-ganador)

**Objeto:** Intereses comerciales y personales.

**Solución:** Se resuelve en base a recuperar la capacidad de las partes de resolver sus diferencias en forma tal que sea comercialmente útil para la continuidad de sus relaciones.

**Forma:** Un acuerdo logrado por ellos en base a la apropiación activa del conflicto.

**Lugar del Mediador:** Ocupa el mismo plano, coparticipa en el control del proceso y renuncia al poder del saber.



Conviene recordar aquí los comentarios citados de los mediadores que intervinieron en el caso de Microsoft contra el Gobierno de los Estados Unidos que se han visto anteriormente.

### 5.2.1.1 Estructura básica del proceso

Extendiéndonos un poco sobre lo que sería este proceso de mediación específico debemos procurar:

- Escuchar y trabajar sobre las emociones y sentimientos.  
En un comienzo se decía que en las mediaciones comerciales los aspectos emocionales no eran importantes. La gente estaba centrada en sus intereses económicos y los aspectos emocionales eran secundarios. No obstante, como bien manifestó James A. Ready en la 1ª Conferencia Internacional de Mediación organizada por el AIEEF en 1995, en San Lorenzo del Escorial, detrás de todo conflicto comercial existían sentimientos de frustración, pérdida, falta de legitimación, temor por las posibles responsabilidades derivadas de no haber llevado a una buena solución la gestión, etc.
- Lograr la legitimación de las diferentes posiciones.  
Mientras la gestión del tercero se centre en buscar culpables, los mediados adoptarán conductas defensivas y especulativas.
- Encontrar un interés común.  
El interés no es solo el dinero. El interés común solo ellos lo conocen y tienen que recuperarlo como cuando mantenían relaciones comerciales fluidas.
- Reestablecer una comunicación útil.  
Ya hemos dicho que no es posible la no comunicación. Pero ésta puede ser útil o no en función de un objetivo determinado. Si la idea es confrontar será necesario que se comuniquen de una manera, pero si el objetivo está centrado en la tarea de buscar una solución mutuamente ventajosa del conflicto, tendrán que recuperar habilidades que han tenido y que el conflicto les hizo perder.

- Intercambiar información antes de llegar a la negociación.  
Hemos hecho referencia a la importancia de disponer de toda la información antes de generar opciones, pues de lo contrario será muy difícil cambiar el nombre al problema y agrandar las opciones.
- Generación por parte de los mediados de opciones comercial y personalmente valiosas que satisfagan el interés común y los intereses particulares, para llegar a una negociación útil para todos.

Cómo lograr esto cuando las partes ya han agotado las instancias de negociación.

Se pueden dar aquí dos supuestos. El primero que recurran a la mediación antes de iniciar cualquier acción judicial. Esta es la alternativa más deseable pero no la más frecuente en nuestro medio. Las leyes mencionadas en el capítulo I prevén la instancia de la conciliación/mediación como previa obligatoria o voluntaria al inicio de la acción.

La segunda alternativa es que recurran a la mediación por mandato judicial o voluntad propia una vez iniciado el proceso. En este caso, como ya hemos dicho, es imprescindible desjudicializar el conflicto antes de poder comenzar a trabajar con él desde una perspectiva de la mediación pues de lo contrario se caerá muy fácilmente en una conciliación.

Por lo tanto, se debe procurar tener claro:

- El lugar del mediador.
- Los valores desde los que las partes deciden resolver el conflicto.
- Lugar de los mediados.
- Uso de técnicas adecuadas.
- Participación de asesores necesarios.
- Asesoramiento jurídico antes, durante y después de la mediación.

### 5.2.1.2 Lugar del mediador

El mediador debe procurar generar las siguientes condiciones:

- Renunciar a cualquier lugar de poder frente a los mediados. Es decir ponerse en el mismo plano.
- Asumir que su “voz” es escuchada con mucha atención y sensibilidad y por lo tanto debe usarla en el sentido del objetivo de la mediación y no de la manipulación para obtener un acuerdo.
- Adquirir aptitudes personales en cuanto a:
  - Empatía.
  - Flexibilidad.
  - Creatividad.
  - Confianza en el proceso.
- Estar convencido que los conflictos son oportunidades.
- Formarse seriamente en saber hacer, saber ser y saber estar en mediación.

### 5.2.1.3 Valores desde los que se decide hacer los acuerdos

Es importante dejarle claro a las partes que los valores desde los que acordarán las soluciones de los conflictos serán los que son importantes para ellos y no los que se establezcan desde afuera, como pueden ser las normas legales, los criterios del mediador o los de solo uno de ellos.

### 5.2.1.4 Participación de asesores necesarios

Es importante que los mediados dispongan de información compartida, cierta y objetiva.

Para ello la consulta con asesores (técnicos, tasadores, abogados) es fundamental.

Es muy importante recordar que el mediador no es un asesor ni propone soluciones, solo debe poder comprender el lenguaje y cultura de sus clientes. Es por ello que en todo momento deben estar asesorados por aquellos profesionales que les puedan suministrar información necesaria para tomar decisiones. Estos profesionales pueden ser propios de las empresas o externos a ellas.

Hay que hacer una especial mención a los asesores legales. Dado que la mediación es y debe ser confidencial y nada de lo que en ella se conozca puede ser usado en un juicio, es importante que los asesores letrados que participen durante el proceso de mediación no sean los mismos que luego llevarán adelante el pleito en caso de que la mediación no prospere. Esto es importante porque será muy difícil abstraerse para el letrado de la doble función y renunciar a usar esta información en un juicio posterior. Asimismo las partes no hablarán con la misma tranquilidad sabiendo que el letrado de la otra parte presente será el mismo que luego llevará el pleito en representación de la contraria.

Cuando las partes han llegado a un acuerdo, deben sus letrados convertir este acuerdo de mediación en un contrato legalmente valioso y que refleje totalmente el acuerdo alcanzado.

#### **5.2.1.5 Ejemplo de un caso de mediación comercial: la tarjeta de hardware que se quemaba**

Antecedentes:

Es un conflicto entre un proveedor comunitario de productos para grandes ordenadores y su distribuidor en otro país de la Comunidad Europea.

El proveedor vende un producto que se compone de hardware y software. El hardware es una tarjeta que se instala en el ordenador central.

El distribuidor ha sido muy exitoso en su trabajo y ha logrado instalar casi la misma cantidad de productos que su equivalente en Alemania, siendo este último mercado mucho más importante.

Las tarjetas de hardware comienzan a quemarse.

El proveedor envía nuevas y solo duran pocas semanas.

El distribuidor tiene 10 instalaciones pendientes y comienza a usar las tarjetas de estos equipos antes de instalarlas, pues no le envían suficientes.

El distribuidor deja de pagar estas 10 instalaciones nuevas.

El proveedor atribuye el mal funcionamiento a la mala instalación y comienza a facturar las nuevas tarjetas como fuera de garantía.

El proveedor da intervención a su asesoría legal y el distribuidor se ve precisado a designar un abogado en el extranjero.

Se establece un intercambio epistolar con las reclamaciones recíprocas.

## **INTERVENCION DEL MEDIADOR**

El distribuidor solicita la intervención de mi persona, ya que era conocido profesionalmente por el proveedor al haber asesorado a ambas partes al establecerse la relación comercial.

Aclarada que mi función no era de mediador (pues en ese momento no se conocía esta figura aquí) sino de un amigable componedor, convoco a una reunión conjunta a nivel de los comerciales de ambas empresas que habían llevado la relación comercial.

En esta reunión conjunta, muy tensa y típica de posiciones, el proveedor trae una propuesta como única alternativa para evitar el pleito y que consistía en que se ofrecía a reemplazar todos los equipos por la nueva versión que venía en OS/2. Imposible pues los clientes del país del distribuidor usaban DOS como sistema operativo. Resultaba muy difícil trabajar pues la desconfianza mutua era muy grande.

### *Cierre de la primera entrevista*

Como mediador, tenía muy claro que debía crear un clima de confianza pues de lo contrario no habría más reuniones y esto era una responsabilidad mía.

Reformulé emocionalmente lo que le ocurría a cada parte.

El distribuidor se sentía engañado y creía que el proveedor tenía las tarjetas pero no se las daría hasta que no le pagara las 10 ins-

talaciones. Estaba muy enojado y asustado pues un fracaso con sus clientes podía significarle la quiebra de su empresa.

El proveedor se mantenía en una posición muy estructurada y lo manifiesto era que tenía miedo de que no le abonaran las 10 instalaciones, que ascendían a 500.000 euros.

Mi impresión era que faltaba información y solicité una reunión a nivel de técnicos de cada empresa, pues era muy confuso este aspecto.

### *Reunión con los técnicos*

La reunión la convoqué en el país del distribuidor con el compromiso que la próxima sería en el país del proveedor.

A partir del humor y de la legitimación logré crear un clima relajado entre los técnicos, confiando en que una vez que se entusiasmaran con sus discusiones, se olvidarían de las posturas especulativas.

Logrado el objetivo y tras muchos intercambios se obtiene la siguiente información:

El proveedor no tenía más tarjetas, pues al estar desarrollando un nuevo producto con otra tecnología habían dejado de fabricarlas.

Era imposible fabricar nuevas porque el diseño era muy antiguo y no existían los componentes en el mercado.

La posibilidad de reparar las existentes de forma segura era muy limitada.

### *Cambio de nombre al problema*

El problema se había transformado para el distribuidor en algo mucho más serio. Le tranquilizó que no fuera una cuestión personal, pero le preocupó la imposibilidad de una solución. Los daños y perjuicios que podría percibir en nada le solucionarían el drama con sus clientes.

El proveedor explica que cuando le designó como distribuidor quedaban muy pocos equipos, pero que nunca calculó que fuera a vender tantas instalaciones y por eso se produjo el problema.

Convoco a una reunión de directivos de ambas compañías.

### *Reunión de directivos*

Esta reunión, como estaba acordado, se realiza en el país del proveedor.

El clima está muy tenso. El proveedor consciente de su error pide disculpas y deja de lado sus reclamaciones de las 10 instalaciones.

Reformulo emociones, legítimo posturas, reconozco posiciones, utilizo el rotafolio para que queden evidenciadas los deseos y temores de cada uno.

Finalmente pregunto si podríamos decir ahora que el problema que tienen es que los clientes, que en definitiva son de ambos, tendrán serios problemas técnicos y comerciales que les perjudicarán. Ambos asienten. Han encontrado el interés común.

### *Las alternativas*

Comienzan a pensar en términos de cómo solucionar el problema a los clientes comunes.

Se piensa en comprarle a la competencia productos como para reemplazar a todos los clientes sus instalaciones. Esto creaba un problema con el mantenimiento pues el verdadero negocio no está en la venta sino en el mantenimiento posterior y habría que pagárselo al nuevo proveedor. Además dejaba abierta la puerta a la discusión de quién pagaría estas nuevas instalaciones.

Se analiza la alternativa de un desarrollo técnico que signifique el diseño de una nueva tarjeta en base a componentes actuales. Esto demandaría además de mucho dinero, tiempo. De esto último estaban más que escasos.

## *Negociación*

Tras un buen trabajo en la generación de alternativas, la negociación se centra en:

¿Cómo atender las necesidades de los clientes?

¿Cómo lograr hacerlo con el menor coste posible?

¿Cómo hacerlo lo más rápido posible?

¿Cómo hacerlo de forma que los clientes no perciban el conflicto para que no afecte a las relaciones comerciales futuras de cada uno de ellos con los clientes? Recordad que los grandes bancos son multinacionales que tienen sucursales en más países de Europa y todos sabrían del problema, y por lo tanto esto afectaría también al proveedor.

### *Acuerdo*

El proveedor le permitiría al distribuidor rescindir su contrato de exclusividad sin penalización alguna.

El distribuidor procuraría obtener la representación de la competencia (empresa no europea).

El proveedor renuncia a los mantenimientos futuros de todos los equipos instalados.

Con el coste de un año de los mantenimientos, se podría obtener las nuevas instalaciones sin que significara una variación de las condiciones para los clientes.

El proveedor renuncia a hacer negocios en el país del distribuidor en forma indefinida.

El proveedor renuncia al coste de las 10 instalaciones que se dejan a cuenta de los gastos que le genere al distribuidor esta nueva operación.

### *Conclusión*

En 10 días el distribuidor cerró contrato con la competencia y comenzó a instalar las nuevas versiones.



Los clientes fueron informados de que había salido un producto más moderno y que sin coste alguno se les haría el cambio.

No entraron a evaluar los daños. Estimaron que lo importante era no perder mercados, más que recuperar dinero.

Las dos partes siguieron haciendo negocios en otras gamas de productos.

Si esto se hubiera resuelto por una conciliación, se habría tenido que definir la culpabilidad, se hubieran tenido que evaluar los daños y acordar una forma de pago que hubiera sido ruinoso para ambos.

De esta manera al apropiarse activamente del conflicto y ser conscientes de que debían encontrar una solución, pueden recuperar sus habilidades comerciales y centrarse otra vez en sus intereses por lo que fueron capaces de encontrar una solución mutuamente ventajosa.

### **5.2.2 Mediación familiar**

La mediación familiar nació exclusivamente para facilitar soluciones extrajudiciales a los procesos de ruptura de las parejas, matrimoniales o no, y en especial si tenían hijos comunes, respecto de los cuales los progenitores debían continuar manteniendo relaciones parentales. El proceso en un principio se vio por algunos más como una intervención psicojurídica, llevada a cabo por un psicólogo que facilitara contener las fuertes tensiones emocionales que toda ruptura genera y un abogado que, a su vez, pudiera organizar esta desde la perspectiva jurídica. Con el paso del tiempo se vio que el proceso de mediación tenía características propias, que si bien como he expresado tienen puntos de común con otras disciplinas, es un proceso autónomo y para el que es necesario disponer de una formación específica.

La mediación familiar, que es la que más se ha desarrollado en todo el mundo, es la más difícil de practicar para el mediador. Esto no se debe a la naturaleza del conflicto, que no obstante ser muy complejo, lo trabajamos desde el modelo ya descrito. Lo que

la hace difícil es que todo mediador tiene una historia familiar y un proyecto familiar y por tanto el registro personal es especialmente difícil. El desarrollo de las aptitudes personales se pone a prueba y conservar el mismo plano y no hacer alianzas es un reto para el mediador que no ocurre con la misma intensidad en otros procesos de mediación.

No creemos que sean necesarios mayores conocimientos específicos de derecho o psicología que para otra mediación. Como he dicho, es necesario conocer la cultura de los clientes y comprender lo que expresan, es decir poder escucharles. Obviamente, ayuda el hecho de adquirir conocimientos básicos en varias disciplinas para saber hacer preguntas que promuevan una reflexión en los clientes. Pero dado que no asesoramos ni somos responsables por las decisiones que ellos tomen, son ellos los que deben tener todo el asesoramiento que necesitan para tomar decisiones.

Existe aquí un prejuicio bastante extendido que consiste en que se cree que deben tener información casi exclusivamente legal, como si el problema familiar fuera un problema legal.

El problema familiar, como cualquier otro, es un conflicto humano complejo del que las partes deben tener todo el asesoramiento necesario para poder tomar decisiones útiles para ellos. Esta tendrá que ser psicológica, social, educativa y legal.

La legislación en España en materia de mediación familiar no es homogénea en estos aspectos.

Con el año 2001 llega el desarrollo legislativo de esta actividad. Se inicia en **Cataluña** (Ley 1/2001, de 15 de marzo) y concluye con la última ley que es la de la de **Andalucía**. En medio están **Galicia** (Ley 4/2001, de 31 de mayo), **Valencia** (Ley 7/2001, de 26 de noviembre), **Canarias** (Ley 3/2005, de 23 de junio, modificatoria de la Ley 15/2003, de 8 de abril), **Castilla León** (Ley 1/2006, de 6 de abril), **Castilla La Mancha** (Ley 4/2005, de 24 de mayo), **Baleares** (Ley 18/2006, de 22 de noviembre), **Madrid** (21 de febrero de 2007), **Principado de Asturias** (Ley 3/2007, de 23 de marzo) y **País Vasco**.

Esta producción legislativa nos abre nuevos retos que son los que procuraré abrir a debate. Me centraré en dos: el campo de aplicación de la mediación familiar y la función del mediador familiar.

El primero de esos retos es el campo de aplicación de la mediación familiar.

Como hemos dicho, en un principio discutíamos si la mediación era sólo para cuestiones de separación o divorcio o abarcaba más temas. Quienes estaban por la primera propuesta procuraban “humanizar” el proceso del mutuo acuerdo incluyendo más variables que las jurídicas. En la presentación profesional la palabra mediador iba siempre precedida por la profesión de origen que parecía legitimar a ésta: abogado-mediador; psicólogo-mediador, etc.

Simultáneamente, la AIEEF, que antes de iniciar sus trabajos en España en 1991 llevaba 8 años desarrollando la mediación en Argentina, promueve la figura de mediador con autonomía propia, con independencia de la formación de origen y por la cual la formación de mediador debe capacitarle para trabajar individualmente salvo que determinadas cuestiones, que no es el caso tratar en esta presentación, exijan la comediación.

Las leyes presentan ambas alternativas.

Las que se refieren solamente a la separación y divorcio son:

- Galicia (art. 1º y 3º.2).
- Cataluña (arts. 5.1 y 5.2).

El resto de las leyes, y con distinto grado de amplitud, admiten más casos que los correspondientes a rupturas dentro de la competencia de la mediación familiar. Por ejemplo, temas de familias adoptantes con familias biológicas, empresas familiares, tutelas, etc.

Cuatro de ellas establecen específicamente que tienen por objetivo evitar los procesos jurisdiccionales o, si están iniciados, que se

transformen en temas de mutuo acuerdo. Estas son: Canarias, Asturias, Baleares y Castilla-León.

Podemos ver, por tanto, que no hay posturas unánimes pero sí mayoritarias en cuanto a que son materia de mediación familiar todos los conflictos familiares de los que las partes puedan disponer por ley y que tengan relevancia jurídica.

Esto nos lleva a que los mediadores deberíamos, dentro de nuestras propias organizaciones, analizar si estas leyes excluyen la posibilidad de hacer mediaciones en temas que no sean de necesaria protección judicial. Nos referimos a conflictos de familia que puedan ser acordados desde la voluntad, que no impliquen trabajar sobre el vínculo pues eso sería terapia, ni pretendan tener funciones educativas, que sería campo de la educación social. Se podrán trabajar temas como, por ejemplo, la hora de volver a casa los fines de semana, o los conflictos con y en la escuela, un conflicto sobre pautas educativas entre padres/madres separados, temas relativos al cuidado de los ancianos de la familia, etc.

En cuanto al segundo reto es el relativo a la función del mediador familiar. Aquí nuevamente las leyes no son unánimes al respecto y nos deja a los mediadores con la obligación de trabajar sobre estos temas para procurar que nuestra actividad se normalice a lo largo de todo el Estado.

Hay leyes que demandan que el mediador “informe, oriente y asista” con el fin de facilitar vías de diálogo (Canarias, Asturias) para la búsqueda de acuerdos duraderos y estables (Canarias, Asturias, Baleares) e incluso algunas agregan el requisito de ser acuerdos “justos” (Canarias, Baleares). La ley de Castilla La Mancha establece que el mediador orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a la búsqueda de un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar. En todos estos planteamientos el objetivo es el acuerdo, para el cual al mediador se le faculta a informar, orientar y asistir o auxiliar.

La ley de Galicia va más allá aún pues dice que el mediador desempeña “funciones de cooperación y auxilio... para **ofrecerles** una

solución pactada” y agrega que tendrá como “finalidad el asesoramiento, la orientación y la consecución de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en conflicto”. En esta ley, en contra de todas las demás leyes y los tratados de mediación se le manda al mediador “ofrecer” una solución.

El resto de las leyes se centran más en la facilitación del diálogo, la ayuda en la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables y en la falta de capacidad decisoria del mediador (como hemos dicho, sólo la de Galicia le da facultad decisoria).

Esto evidencia una confusión entre las tareas de asesoramiento, orientación y mediación.

Tener claras estas diferencias es fundamental para la claridad de nuestra tarea. El Foro Europeo para la formación e investigación en Mediación Familiar, que establece desde hace 10 años pautas mínimas de formación, acordadas tras muchos años de trabajo entre entidades formadoras de varios países de Europa, tiene presente esta dificultad. Por ello, exige en aquellas formaciones en las que se otorga un título de orientador y mediador familiar, que las asignaturas estén claramente divididas, que tanto el responsable de la formación en mediación como sus profesores sean mediadores y que dentro del plan de estudios estén claramente diferenciadas estas dos funciones.

Esto no es un capricho. Se debe a que es esencial tener claro cuál es el lugar del mediador en este proceso y cuál es su objetivo profesional.

Como hemos dicho a lo largo de todo este trabajo, para nosotros el objetivo primordial de la mediación es que las partes se apropien activamente del conflicto, haciéndose responsables del resultado del mismo y puedan decidir hacer algo con él. Para lograrlo se deberá mantener en el mismo plano de poder que sus clientes pero con distinto rol. Para poder hacerlo deberá desarrollar aptitudes que serán las que luego generarán actitudes auténticas.

### 5.2.2.1 ¿La mediación familiar es sólo para separación y divorcio?

Hemos visto ya que varias leyes autonómicas amplían el campo de la mediación familiar más allá de las separaciones y divorcios.

Si nos desligamos de la dependencia de que los conflictos sean conflictos desde la perspectiva legal, a medida que se fue desarrollando la práctica y definiendo con más precisión los posibles ámbitos de aplicación, aparecieron alternativas nuevas. Mediación en conflictos entre padres e hijos adolescentes, mediación entre hijos mayores y sus padres ancianos en decisiones familiares relativas a la organización familiar al no poder los mayores continuando con su vida independiente; conflictos de herencias, en los aspectos no jurídicos de dicho proceso y finalmente en la resolución de conflictos en empresas familiares.

Con toda claridad, ciertas mediaciones citadas no caben en el concepto de conciliación. Especialmente las relacionadas con padres e hijos adolescentes e hijos con padres mayores. En este tipo de conflictos es más probable la confusión con procesos terapéuticos que con procesos extrajudiciales. No son materias que puedan ser resueltas en el ámbito judicial. Son conflictos puntuales, aunque complejos, en los cuales hay que tomar decisiones que pueden lograrse en base a acuerdos que no implican trabajar esencialmente sobre la relación o sobre el vínculo familiar. También se puede hacer desde la perspectiva de la relación, pero sería un proceso terapéutico. De la misma manera que los conflictos de separación o divorcio o los de herencias o empresas familiares pueden ser trabajados desde la perspectiva del derecho, los otros pueden ser trabajados desde la perspectiva psicológica. Tratamos con este comentario dejar la evidencia de que la mediación es una forma más de las distintas alternativas posibles para buscar solución a conflictos familiares. No es mejor ni peor que otros, es simplemente distinta y es válida mientras que tengamos en cuenta su singularidad y no confundamos el proceso de mediación con la utilización de técnicas de mediación en otros procesos. Queremos decir que un proceso de

mutuo acuerdo se puede trabajar desde la perspectiva de la conciliación aplicando técnicas de negociación o directamente desde la mediación, y que ambos procesos no son iguales ni sus resultados.

En el plano en el que trabajan los asesores/orientadores familiares y el psicólogo se corresponde con el que hemos definido como conciliación. Sé que esto puede tener difícil aceptación, pero desde la perspectiva que pretendo darle a la acepción de resolución adecuada de conflictos, estarían en esta sigla RAC todos los medios al alcance del cliente/usuario, es decir, terapias asesoramientos, intervención de peritos, arbitrajes con o sin laudo obligatorio, acciones legales, etc.

#### **5.2.2.2 Límites de la mediación familiar**

La mediación familiar como toda mediación tiene límites en su aplicación. Los límites pueden ser en razón de la materia, de las partes o del mediador. No obstante este tema merece un tratamiento más complejo, desde la perspectiva del tema en análisis, es decir la diferencia entre conciliación y mediación, es suficiente una mención a los mismos.

En razón de la materia, la mediación no debe tratar sobre temas relativos al vínculo o la relación sino sobre un conflicto puntual, aunque complejo, que pueda ser resuelto mediante un acuerdo de voluntades. Los conflictos relacionados con los afectos, emociones y relaciones requieren otros componentes más que la voluntad y son los que se trabajan con una intervención psicológica. Por lo tanto los límites en relación al conflicto no están dados porque tengan o no contenido jurídico o estén relacionados con un interés jurídicamente protegido.

En razón de las partes, las mismas deben estar en disposición plena de su voluntad, la cual no puede estar sometida a pérdidas de control esporádico como puede ser en el caso del alcoholismo, drogadicción, violencia o psicopatologías que alteren el pleno dominio de la voluntad.

Finalmente, en cuanto al mediador, sus límites se encuentran en vínculos previos con alguna de las partes, ya sea de orden profesional o de orden personal y familiar. Asimismo, no podrá realizar una mediación en la cual no pueda conservar su equidistancia funcional o en la que sus valores entren en tal contradicción con los de sus clientes que no le permita continuar escuchándoles y por tanto continuar con el proceso. Es decir cuando por razones éticas y deontológicas deba apartarse del proceso.

Estas limitaciones del mediador son bastante similares en el caso de la conciliación. No obstante en las relativas a los clientes, la limitación originada en la libre disposición de la voluntad se ve desde una perspectiva jurídica de la misma, y en el caso de la mediación más desde una perspectiva psicológica.

### **5.2.3 Mediación intercultural**

La mediación intercultural representa un campo de intervención altamente necesario en cuanto al objetivo que se propone, pero nos permitimos introducir la duda de si a lo que normalmente se llama mediación intercultural realmente es mediación.

Está claro que es un sistema adecuado de resolución de conflictos. Permite que la integración de inmigrantes sea mucho más eficaz, que las duras y difíciles tareas cotidianas ante los distintos servicios públicos y privados sean más ágiles y eficaces. Pero la pregunta es, la otra parte, la que no es extranjera, ¿asume que tiene un conflicto? ¿Es un conflicto entre dos o más partes o es una facilitación para una relación en la que necesariamente no tiene por qué haber un conflicto?

Creo que desde la definición que hemos dado a lo largo de este trabajo de la mediación y su diferenciación con otros sistemas adecuados de resolución de conflictos, en esta mediación una de las partes no asume tener un conflicto y, por lo tanto, no tiene la sensación de que tenga la obligación de participar en su solución. Creemos que la tarea que mayoritariamente hacen los mediadores interculturales en España es una tarea socioeducativa extre-



madamente necesaria y que no es mejor ni peor que la mediación, es simplemente distinta.

Esto no quiere decir que no debemos tener en cuenta el componente intercultural en un proceso de mediación. Lo hemos introducido y valorizado a lo largo de todo el trabajo.

#### **5.2.4 Mediación escolar**

Este campo de aplicación es de una importancia esencial y aún no se le ha dado su verdadero valor. Cuando incorporemos como hábito natural que debemos participar nosotros mismos en la resolución de los conflictos de los que formamos parte, se habrá dado un paso de gigante para la una adecuada socialización del siglo XXI. Hemos dicho en un principio que el espacio de derechos compartidos y la igualdad nos obliga a hacernos responsables de los conflictos que generan el ejercicio de estos derechos. Los alumnos, si quieren tener derechos e igualdad, tendrán que aprender a hacerse responsables del ejercicio de los mismos. Y si los adultos quieren conservar su respeto y autoridad, no sólo por el cargo sino porque se lo ganan en su hacer cotidiano, tendrán que considerar que también son parte, como miembros de una sociedad que tiene determinadas características, de los conflictos que se generan.

Tanto la mediación entre partes, entre adultos (padres, profesores, tutores y autoridades), como la de los alumnos con sus padres y autoridades requieren de una clara conceptualización de esta tarea. Como conservar los lugares diferentes que representan cada uno en la escuela con la posibilidad de ejercer el derecho de todos de ser escuchados y tenidos en cuenta, tanto siendo educador como alumno. La escuela no existe para los profesores, estos ya están educados. La escuela existe para los alumnos. Son la única razón de ser de la misma y la mediación ayuda a que esto no se pierda como principio.

Desde la AIEEF hemos tenido la oportunidad de trabajar en este campo desde mediados de los 90. Primero diseñando el primer plan de mediación escolar que se desarrolló en Cataluña. Luego

participamos en el proyecto Gesposit de la Comunidad Europea en el cual pudimos compartir experiencias con otros 11 centros de 7 países distintos de Europa. Finalmente hemos creado algunos servicios en la etapa pionera en estos temas.

### **5.2.5 Otros campos de aplicación de la mediación**

Existen múltiples campos además de los más conocidos y que hemos descrito anteriormente. Por ejemplo, mediación medioambiental, mediación para la aprobación de proyectos urbanísticos (Nuevo México, Estados Unidos), mediación en responsabilidad civil médica y hospitalaria, mediación en conflictos con la Administración Pública (Estados Unidos), etc. En todos ellos se dan las mismas dificultades que hemos descrito a lo largo de este trabajo, en tanto y en cuanto se confunde el proceso de conciliación con mediación.



## Capítulo VI

### ***La formación del mediador***

#### **6.1 Importancia de la formación**

La formación del mediador representa un tema absolutamente esencial dentro del campo de la mediación.

Entendemos como aprendizaje un proceso más complejo que la simple adquisición de información o de técnicas.

“Aprendizaje es la aproximación instrumental de la realidad para modificarla”, Enrique Pichón Riviere. Se entiende como proceso a la actividad que se realiza ininterrumpidamente y que indica trabajo. Implica todas las actividades posibles con el objeto de conocimiento. Es decir, análisis, síntesis, búsqueda de datos, rectificación y ratificación de datos, etc.

Es un proceso que se realiza para apropiarse, no solamente para dirigirse a esa realidad, sino para encontrarla. Y esa apropiación que se va dando en el aprendizaje debe ser instrumental, porque debe servir como herramienta teórica para la comprensión de determinados datos o aspectos de la realidad, que específicamente forman conceptos didácticos para la organización de la situación de aprendizaje.

Nosotros entendemos como aprendizaje un concepto que tiene que ver con la transformación a partir de la información que se adquiere. Un concepto ligado a la formación.

En el proceso de aprendizaje se produce un fenómeno de re-enmarque de las aptitudes propias del sujeto.

El objeto del aprendizaje es el propio alumno. Dentro de él se encuentran las bases de todo conocimiento y la posibilidad de su comprensión. Lo que hace el educador es ayudarlo a buscar dentro de sí el conocimiento. Esto no es un concepto que signifique una modificación esencial del sujeto o de sus conductas pues

tiene que ver con la terapia, la que también tiene un efecto de aprendizaje, pero no es su esencia.

Lo mismo ocurre a la inversa. El aprendizaje, si bien tiene como objetivo fundamental la adquisición de información para facilitar la formación del educando, tiene también un efecto modificador y por lo tanto terapéutico aun cuando no sea su esencia.

Visto así el tema, la formación del mediador procura el desarrollo de las aptitudes creativas, indagatorias, discriminatorias y conductoras de procesos dentro del propio alumno.

¿Por qué se buscan estas aptitudes?

Hemos dicho que la discriminación es esencial para poder trabajar con equidistancia funcional.

Para lograr este objetivo dentro de la línea de formación de la AIEEF lo que hacemos en el curso es trabajar sobre la propia subjetividad del alumno en relación con la tarea. A través de las dramatizaciones y el senso-aprendizaje lo que buscamos, en relación a este campo, es la posibilidad de que el alumno encuentre sus posibilidades y facilidades pero también sus propias limitaciones y dificultades con la tarea.

Respecto del proceso de transformación de la información en formación, se procura realizar este proceso descrito anteriormente. Es decir que el alumno no se mantenga indiferente frente a lo que se le enseña. Es necesario su cuestionamiento, su involucración afectiva y emocional con el tema de estudio, es decir procuramos despertar el interés por la información y de esta manera se produce una asimilación positiva de la misma y, por lo tanto, el efecto transformador buscado.

Con relación a la creatividad, ésta es una de las áreas más difíciles. El prejuicio, el preconceito y la sobreexigencia son los enemigos de la creatividad. La escucha activa y la apertura emocional permiten una apertura intelectual que dispara los aspectos creativos del alumno.

Cuando es necesario generar nuevas alternativas, elaborar nuevas hipótesis, diseñar nuevas formas, no limitarse a lo que se da o se presente como único, intentar siempre encontrar una alternativa más, se está siendo creativo.

Vencer a lo de siempre y estar abierto a las alternativas y modalidades que los clientes traen es un esfuerzo intenso. Es decir algunos podrán nacer mediadores, pero los mediadores se hacen, buscando dentro de sí las propias herramientas. Es cierto que, como en todo, estarán aquellos que por sus propias razones y sin la ayuda de una revisión más profunda no serán capaces de llegar a encontrar estos elementos dentro de ellos mismos. Pues estos, lo mismo que con cualquier otro estudio, no podrán, no tendrán las aptitudes mínimas necesarias para la tarea.

Por último están las técnicas. Es decir las herramientas que una vez hecho el proceso modificador, o en forma simultánea con el mismo, se pueden aprender para facilitar la tarea, para poder cumplirla mejor. Pensamos que el camino inverso, es decir aprender técnicas y querer aplicarlas sin un proceso de aprendizaje en los términos descritos no genera un profesional apto la realización de una nueva tarea. Aplicará las técnicas nuevas desde su viejo sillón, es decir desde los propios vicios profesionales que su propia profesionalidad o hábitos le dan.

Es muy importante no entender esto como algo místico o de elegidos. Es lo mismo que aprender a leer. Si tomamos un periódico escrito en chino, y nos sentamos frente a él y tratamos de leerlo, nos resultará imposible. De alguna manera esa es la sensación del niño frente a las palabras escritas. Sin embargo a través de un proceso importante el niño obtiene el significado de eso que ve y le produce un efecto transformador. No enseñamos a leer solo para poder ir al mercado y hacer la compra o poder realizar trabajos de más o menos calidad. Es posible que un analfabeto pueda hacer muchos trabajos sin necesidad de la lectura. Pero hay un efecto de la lectura esencial que es la transformación espiritual que significa dejarse penetrar por el pensamiento escrito por otros. Esa es la génesis artística de la literatura. Nos transforma,

nos proyecta y nos permite encontrar en nuestro interior formas y elementos nuestros que por momento ocultamos o desconocemos y que incorporarnos a nuestra mundo consciente, nos enriquece, nos da nuevas perspectivas, emocionales, intelectuales o amorosas.

Igual entendemos el proceso de aprendizaje del mediador.

¿Qué cosas debe en concreto aprender el mediador?

Debe comprender muy profundamente que las mejores soluciones para los demás son las que son capaces de desarrollar ellos mismos, y no las que nosotros brillantemente podemos darles. El buen mediador es aquel al que al final del proceso, de haber realizado sus tareas, los mediados le agradecen, pero no sienten que haya tenido tanta intervención, que no ha sido quien ha aportado las soluciones, sino que el agradecimiento es más por haber aportado algo especial que les significó la posibilidad de sacar lo mejor de ellos en el trabajo y en el acuerdo al que ellos arribaron.

Como hemos dicho, para el caso de los mediadores familiares esta tarea es más compleja. Todos tenemos una familia de origen y formamos una con nuestra mejor o peor propuesta, pero siempre entendemos que es la mejor. Obviamente, estando afuera del conflicto, podemos ver a los mediados en su dificultad y grande será nuestra tentación de ofrecerles soluciones. Nuestro ego, nuestro narcisismo, se ve así satisfecho y complacido. Es lo contrario de lo que hay que hacer.

Decía un autor norteamericano, que cambió su carrera profesional de la abogacía a la mediación, que lo que más le costó al principio era imaginarse de dónde sacaría placer por su tarea si le faltaba la sensación de haber “ganado” el caso. Es decir de haber obtenido una victoria fruto de la proyección de su propia actividad, modelo o táctica de trabajo.

Pues bien, además de esta participación en un plano de humildad y sencillez, el mediador tiene que aprender a conducir un

proceso que es creado en forma conjunta con los clientes. El hecho de que no entre en contenidos, que lo llevaría a un plano de poder, de separación del plano de pertenencia junto con los mediados al que nos hemos referido a lo largo de todo este trabajo, también debe por lo contrario, tener control del proceso. Los encuadres en cualquier actividad son necesarios y facilitan el proceso creativo. Una cosa es el prejuicio y otra el encuadre. Este último lo define Fanette Duchesne<sup>46</sup> como “los elementos fijos y constantes que definen el contexto de la mediación y sus límites. Es una base de organización y de reglas que son aplicables a lo largo de todo el proceso de mediación” y yo agregaría que deben ser cumplidas por todas las partes intervinientes. El encuadre ofrece una seguridad externa de que podremos ser creativos y lanzados sin por ello perder la perspectiva de realidad y de ayuda. Podremos ayudarles a que pasen a la realización concreta vinculada a la tarea que nos une con el otro en ese mini-grupo operativo que es el que forman los mediados y el mediador. Ahora bien, este límite que el mediador genera a través de la conducción del proceso es el que les permite a los mediados ser creativos y buscar alternativas. Les permite animarse o buscar otras formas.

¿Cómo se pone el encuadre que ayuda a controlar el proceso? En esto consiste el aprendizaje de las técnicas, una vez que se ha aprendido lo antes descrito. Es decir una vez que realmente estamos convencidos de que no debemos meternos en la vida de nadie, es decir ser catalizadores de sus propias posibilidades, pero terminando el proceso sin haber participado de la “reacción”, es el momento de incluir las técnicas para sostener el encuadre que facilita la creación del proceso con los mediados.

Centrarnos en la tarea, la escucha activa, la reformulación asertiva y emocional, la verificación de hipótesis, la legitimación, las preguntas, el humor, saber abrir y cerrar temas, gestionar los atascos, el espacio físico adecuado, el mantenimiento del eje en

---

46. Fanette Duchesne. Conferencia citada, transparencia número 13.



la tarea con el reconocimiento de las emociones, la concentración en los intereses, la utilización del rotafolio. Éstas son entre otras las técnicas que se dan en una formación y que posibilitan el uso del encuadre que permite una adecuada evolución del proceso.

Por último, habiendo adquirido humildad, distancia óptima de trabajo, habiendo adquirido el dominio de las técnicas, el aprendizaje se completa con la posibilidad de usarlas en forma simultánea y automática. Es decir, primero se es conscientemente mediador para luego serlo inconscientemente. Para esto hace falta no solo práctica, sino también apertura, entrega y confianza en uno mismo y en la tarea que se realiza.

Por todo lo expuesto, parece claro que la formación que necesitamos para llevar adelante un trabajo dependerá de lo que pretendamos hacer con él.

Cuanto más lineal y simple es el modelo menos formación hace falta y por lo contrario cuanto más complejo (con la acepción de esta palabra tomada de las teorías de la complejidad y del caos) más formación será necesaria.

Por ello ciertas formaciones básicas en los Estados Unidos son de 40 horas y con eso se comienza a mediar. Para que sea necesario sólo ese breve tiempo de formación, es necesario que los clientes están dispuestos a cooperar y portarse bien. Obviamente, en cuanto representen dificultades se carecerá de aptitudes y técnicas necesarias. Asimismo, si pretendemos dejar el plano superior que da ser el “profesional”, estas horas también serán insuficientes.

El Foro Europeo de Mediación Familiar fija como formación mínima para un mediador familiar 180 horas de formación, más 40 de práctica real supervisada, lo que hace un total de 220 horas.

Por otro lado las escuelas de contenido sistémico narrativo, necesitan dar una formación, diríamos casi previa, en teoría del con-

flicto, teoría de los sistemas y teoría de la comunicación para entonces poder llegar a la aplicación de todos estos conceptos en el campo de la mediación. Así se entiende y se transforma en realmente necesario, formaciones que exceden ampliamente las 180 horas y se trabaja sobre la base de 240 horas o más (hay máster en esta línea que superan las 500 horas).

Ahora bien si además se pretende dotar al mediador no solo de ciertas técnicas sino también de ciertas aptitudes personales, desde donde se aplicarán las técnicas, que le permitan transitar estas dificultades adicionales que presenta mediar incluyendo las pasiones dentro del proceso mediador, su formación requerirá otros componentes que ya veremos más adelante.

Otro aspecto a tener en cuenta en las horas de formación es la metodología pedagógica, ya que es muy distinto enseñar algo que complementa o está dentro del paradigma cultural y cuando lo que pretendemos transmitir contraviene el modelo cultural.

Me estoy refiriendo que estamos ante una cultura de resolución de conflictos que:

- a. Ve al conflicto como algo que hay que eliminar o al menos como molesto y que se debe procurar prever para evitarlo.
- b. La forma de resolverlo es a través de la intervención de agentes que saben cómo resolverlo y que por lo tanto aportan soluciones al conflicto.
- c. El modelo tiende siempre a encontrar la razón en uno u otro o en buscar quién la tiene para dársela, desde la concepción de que el tercero es quien sabe cuál es la solución correcta (Juez).

En este modelo alguien está acertado y alguien equivocado. El modelo está basado en el concepto abstracto de Justicia y en la creencia de que un tercero capacitado se la da a uno u al otro, es decir uno gana y otro pierde.

Si pretendemos enseñar un modelo donde ninguna de estas tres pautas sea así, estamos presentando un nuevo paradigma, el llamado ganador-ganador, y por lo tanto la formación tiene que tener técnicas pedagógicas, como las descritas, para que el agente de intervención, formado ya por alguna universidad en una licenciatura o diplomatura previa, disponga de los recursos personales a favor de un paradigma distinto. Por ello reitero que la metodología pedagógica expresada es fundamental.

Finalmente, el tercer factor a tener en cuenta al desarrollar un programa formativo es que la mediación es un HACER que necesita un proceso CREADOR continuo. Por lo tanto la mediación no se puede enseñar solo teóricamente. Es recomendable que el formador tenga no solo conocimientos teóricos, sino también experiencia en mediar.

La mediación no tiene ni requiere, al menos hasta el desarrollo actual, un corpus teórico que implique una formación teórica de laboratorio. Es un hacer que se basa en ciertas premisas teóricas ya muy conocidas por cada una de las disciplinas madres de esta actividad. Pero no teniendo experiencia real se corre el riesgo, desde nuestra perspectiva, de que lo que se enseña no tiene que ver con lo que el alumno luego se va a encontrar en la práctica profesional.

Cuanto más avanzamos en la práctica de la mediación, más descubrimos la contradicción de que menos tiene que ver con el derecho, con la psicología, la educación o el trabajo social, no obstante que se ha nutrido de todas ellas.

Tiene que ver con un método propio de resolución de conflictos en el cual, creando el mediador con su SER y su HACER (que incluye el NO HACER), un espacio virtual de trabajo, crea las condiciones para que las partes pueden recuperar, en un proceso de apropiación, las riendas de su propio conflicto.

SER y HACER son las bases de la tarea del mediador y quien no las haya experimentado en su dificultad, pero a la vez en su simpleza, es difícil que pueda transmitir las al alumno.

Dicho esto, procuraré, por lo tanto, resumir los aspectos que desde la AIEEF entendemos importantes en la formación de un mediador.

Como ya hemos dicho, entendemos que hay que trabajar en las aptitudes del mediador por un lado y en las técnicas por el otro.

Las aptitudes del mediador las hemos citado y las recordamos en este momento: Empatía (interés), Flexibilidad, Creatividad, Registro personal y Confianza en el proceso.

Las técnicas son, entre otras, las ya mencionadas de escucha activa, reformulación, preguntas, uso de la pizarra, abrir y cerrar temas, resúmenes, responsabilización, colocación de límite, uso del humor, legitimación, uso de formularios, equidistancia funcional, formulación de hipótesis y verificación de las mismas, reconocimiento de las propias emociones, doble lectura permanente de lo que ocurre fuera y dentro del mediador, intuición y percepción, etc.

La metodología para el desarrollo de las aptitudes las basamos en lo que hemos expresado y que denominamos senso-aprendizaje. Es decir recuperar para el alumno su capacidad de aprender no solo desde lo intelectual sino desde la integridad de su ser. Siguiendo con el modelo de Enrique Pichon-Riviere pensamos que el mediador, en el momento de su actuación profesional, debe intentar una integración coherente de su sentir, pensar, hacer y decir para ponerlos al servicio de su trabajo y sus clientes.

Por ello, para desarrollar estas aptitudes sin entrar ni confundir la tarea con un proceso de terapia de grupo o experiencia de cualquier otro tipo, hemos diseñado una metodología basada en la integración de las aptitudes de formación y aprendizaje. Ha requerido muchos años de trabajo y está en permanente evolución y revisión.

Asimismo como técnica pedagógica, procuramos que todas y cada una de las actuaciones a lo largo del curso, sobre todo

desde los docentes, sea ejemplo de una conducta mediadora. **Creemos en la docencia del ejemplo.** Si a lo largo del curso podemos transformar la experiencia de aprendizaje de los alumnos en una vivencia coherente con el nuevo paradigma ganador-ganador y todas sus consecuencias, el proceso de información se habrá transformado en un proceso de formación y el mediador dispondrá de sí mismo como herramienta fundamental para su futura tarea de mediador.

Finalmente, y en contra de las tendencias actuales, no usamos vídeos ni “mostramos” cómo se media, porque estimamos que cada persona debe encontrar *su forma de mediar*.

Todo lo que sea imitar o tratar de hacer como hacen otros estimamos que demora el proceso de aprendizaje. Por el contrario, una vez concluida la etapa de formación y habiéndose encontrado el alumno con su forma de mediar, con sus principales aptitudes y dificultades, allí sí pensamos que los ejemplos son útiles pues aportan nuevas ideas que enriquecen a alguien que ya no necesita copiar a otros sino crecer en su propia forma de hacer su trabajo.

En cuanto a la ética del mismo, y sin entrar a fondo en un tema por demás complejo, creemos importante pensar en la relación entre formación y ética del mediador. Pensamos que cuanto menos estructurado y más complejo sea el modelo de trabajo, más cuidadoso debe ser el mediador con su comportamiento, su ejemplo y su coherencia. Por ende tiene más responsabilidad ética de circunscribirse específicamente a su trabajo, de ser capaz de reconocer sus propias proyecciones, intereses y parcialidades y por ello debe supervisar su trabajo a través de las distintas formas de supervisión existentes hoy en día para otros profesionales, y que desde la AIEEF estamos tratando de desarrollar en forma específica para los mediadores.

Todos tenemos además una visión, en general muy “judicializada”, de lo que es el interés del menor. Esto también introduce el riesgo de que intentemos aplicarla o transferirla a la pareja en el

momento de que ellos hagan sus acuerdos y esto, a mi entender, eso es una falta de ética.

Pensemos que a los efectos de establecer lo “justo” para las partes o lo mejor para el menor, el Estado se ha provisto de una cantidad de recursos para garantizar que las necesarias parcialidades de los agentes se compensen entre sí como para llegar a una concepción lo más representativa de valores adoptados en un momento determinado por una sociedad.

Si esto lo reemplazamos por la omnipotencia del mediador a través de una intervención que se pretende aceptar que se hace con objetividad y neutralidad, entendemos que se está introduciendo un riesgo ético muy grande y muy difícil de valorar o de medir y mucho menos de controlar. Es muy difícil determinar la mala praxis de un mediador como lo es la de cualquier profesional que no trabaja con pautas objetivas externas (las leyes), sino teniendo presente los aspectos emocionales de sus clientes. Y si además debe tenerlos presentes para no realizar con ellos ningún trabajo de intervención terapéutica, su formación y su rigor ético pasan a ser por lo tanto fundamentales para evitar la diatrogenia.

Otro aspecto ético a tener en cuenta es la *demanda del cliente y el servicio que le prestamos*.

Me refiero a escuchar si los clientes vienen a procurar algún acuerdo que les permita llevar adelante sus relaciones comerciales o personales, tratando de dar la vuelta a la hoja de un pasado que les duele o que no desean. Si es así, no vienen a que les reestructuremos su comunicación perdida o que les demos una experiencia vital importante con el proceso de mediación. Una cosa es que entendamos que las técnicas de comunicación les pueden ayudar a su objetivo y otra es que intentemos hacer algún proceso “educativo” que les permita llegar a acuerdos. No nos han pedido eso, nos han pedido que quieren llegar a algún tipo de acuerdo para seguir adelante. Lo que ocurre es que como hemos descrito no suelen venir ni siquiera de acuerdo en eso. No

vienen porque ambas partes tienen un conflicto, sino porque una de ellas es la responsable del mismo. Por eso la apropiación del conflicto es un elemento necesario si es que quieren decidir que hacer con él.

Si además de ayudarles a llegar a un acuerdo, han tenido una experiencia importante a través de la mediación y si esta al ser así les ha producido un efecto marginal educativo o terapéutico, enhorabuena, pero nosotros pensamos que es importante diferenciar el objetivo de la intervención de los beneficios marginales que la misma puede tener. Entendemos que esto también tiene que ver con la ética del mediador y es otro tema a discutir y analizar.

Finalmente, diferenciar las tareas del mediador de las de otros profesionales, también tiene que ver, a mi entender, con la ética. Es un tema espinoso y de fronteras difusas que ya he tratado en el apartado 3.5.

Por eso estamos formalmente en desacuerdo con aquellas formaciones en las cuales se enseña a los alumnos provenientes de distintas formaciones a redactar contratos y, en el caso específico de la mediación familiar, el convenio regulador. Estas son tareas propias de los abogados. Igual diríamos de intervenciones con hijos que impliquen un trabajo terapéutico con los mismos y no la simple intervención en mediación tendiente a hacerles participar, de la forma que el mediador establezca mejor, en el proceso de creación del acuerdo.

Este camino solo se inicia en el curso, pero se debe seguir transitando durante todo el resto de los años en que nos dediquemos a algo. Pues debemos recordar que “la experiencia es algo que se obtiene justo después de que uno la necesitó”<sup>47</sup>. Es casi como vivir, algo que se hace día a día con placer pero no sin esfuerzo.

---

47. Margorie L. Engel & Diana D. Gould, *The Divorce Decisions workbook*, McGraw-Hill, Inc.

## Conclusión

Los sistemas de autocomposición de resolución o gestión de conflictos son, a nuestro entender, de fundamental importancia para una sociedad libre e igualitaria.

Los sistemas ganador-perdedor no sólo se expresan a través de la guerra. La pobreza, la explotación, las desigualdades y los privilegios representan todas formas de imposición. En todas ellas unos ganan y otros pierden.

Creemos, aquellos que tenemos la suerte de vivir en países democráticos, que hemos llegado al elixir del desarrollo social. Siendo de lo mejor, dista mucho de ser un modelo ganador-ganador. Las mayorías imponen su voluntad a las minorías. Las oposiciones critican y atacan al gobernante olvidándose de las cuestiones que llamamos de Estado. Si apoyar al gobernante nos hará perder votos, pues no se colabora. Lo importante es volver a ganar.

El sistema judicial también se basa en el mismo principio. Yo que estoy atribuido por la Constitución del poder de Juez, debo atribuir a uno o a otro los derechos, dejando a uno en el lugar de quien tenía razón (ganador) y al otro como quien no la tenía (perdedor).

En sociedades complejas, libres e igualitarias como las que pretendemos construir, nos hemos olvidado de que debemos asumir la responsabilidad personal y social de participar en la gestión y solución de los conflictos que por nuestra propia acción (o no acción) generamos o contribuimos a generar.

No podemos seguir delegando en terceros la responsabilidad de resolver nuestros propios conflictos. Desde la perspectiva de las grandes líneas de conducta que representan los derechos humanos, los principios de libertad e igualdad, debemos hacernos cargos que los derechos (la libertad y la igualdad) vienen acompañados de la responsabilidad en la resolución de los conflictos cuyo ejercicio genera.



Por eso la autocomposición resulta tan importante y hemos pretendido con este trabajo traer cuestiones referentes a que no todo es autocomposición, y que no hay unos sistemas principales y otros alternativos. Todos serán adecuados en función de sus características, posibilidades de las partes, cultura en la que se gestan, desarrollan y resuelven el conflicto y mil variables más que determinarán en cada caso cuál usar. La mediación es sólo uno de ellos, pero no todos son mediación.

Para mayor información dirigirse a:

[www.aieef.org](http://www.aieef.org)  
[secretaria@aieef.org](mailto:secretaria@aieef.org)



© Daniel Bustelo, 2009.

© de la presente edición:  
Tritoma, S.L.  
Avda. Córdoba, 21, 2º 5  
28026 Madrid

En coedición con Chandra Ediciones y Harapress.

[www.tritoma.es](http://www.tritoma.es)  
[www.sc-chandra.es](http://www.sc-chandra.es)  
[www.harapress.com](http://www.harapress.com)

Imagen de cubierta: J. L. David, *El rapto de las sabinas* (detalle), 1799.

Diseño de cubierta: Juan Carlos Durán Romero.  
Diseño interior: Remedios Moruno Jordán.

I.S.B.N.: 978-0-9777899-8-6  
Depósito Legal: SE-XXXX-2009

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni se autoriza su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, a través de registro u otros métodos, sin el permiso expreso y por escrito de los titulares de la edición.















**Daniel J. Bustelo Eliçabe-Urriol** nace en Argentina en 1947. Ha trabajado durante 30 años como abogado en temas civiles y comerciales. Se traslada a España en 1990 donde funda el año siguiente la AIEEF, Asociación Interdisciplinaria Europea de Estudios de la Familia. Es autor en 1993 de *Ensayo: Mediación Familiar Interdisciplinaria*, primer libro escrito en lengua castellana sobre mediación; y de múltiples artículos en España y el extranjero.

Ha sido el primer presidente del Foro Mundial de Mediación, y presidente del Foro Europeo de Formación y Mediación Familiar entre 2004 y 2006.

“...Daniel Bustelo es de aquéllos que saben que la disidencia, el conflicto e inclusive la violencia son la materia oscura imprescindible para la vida, son la fuente de la tensión que precisan los humanos para relacionarse y formar sociedades. Gran parte de este libro está dedicado a analizar con inigualable maestría cómo las emociones se ‘arropan’ y cómo el mediador puede formarse para hacerlo. Recalco ese verbo ‘arropar’: Bustelo le da mucha importancia y con razón, ya que da cuenta de que las emociones no se suprimen ni se controlan, sino que se desenvuelven, se cuidan, se acunan, se modulan, se ‘arropan’. Y en ellas está la fuerza de la mediación.”

Eduardo Cárdenas

“...la auto-composición resulta muy importante y es por eso que hemos pretendido con este trabajo traer cuestiones referentes a que no todo es auto-composición y que no hay sistemas principales y otros alternativos. Todos serán adecuados en función de sus características, posibilidades de las partes, cultura en la que se gesta, desarrolla y resuelve el conflicto y mil variables más que determinarán en cada caso cuál usar. La mediación es sólo uno de ellos, pero no todos son mediación.”

El autor



 chandra  
ediciones

 tritoma

 HARA PRESS