

MANUAL DE MEDIACIÓN

MANUAL DE MEDIACIÓN

Celia González-Capitel

Licenciada en Bellas Artes

Posgrado en Mediación de la Universidad de Barcelona

Miembro de Fomed



Segunda edición, 2001

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducir, plagiar, distribuir o comunicar públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2001 Celia González-Capitel

© 2001 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

I.S.B.N.: 84-95458-23-3

Depósito legal: B-30.198-2001

Maquetación: Pàgina 98

Impresión: Univerbook

AGRADECIMIENTOS

*A, ante, con, de, desde, entre, hacia, hasta,
para, por, según, tras y gracias a Tulio por
contagiar su entusiasmo por la Mediación,
a Flavia, Diego y Alba por sus traducciones,
disponibilidad y ayuda, a Toni por sus consejos.*

A mi madre por no ser, estando.
A mi padre por estar, no siendo

ÍNDICE

PRÓLOGO	15
PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN	17

Capítulo I

INTRODUCCIÓN A LA MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.	19
Raíces históricas, sociológicas y culturales.	19
Definición y fundamentos.	21
Naturaleza del conflicto	23
Escalada del conflicto	29
Procesos de resolución. Alternativas	31

Capítulo II

PROCESO DE MEDIACIÓN	35
Creación de estructura y confianza. Ámbitos	35
Elementos y estilos	37
La mejor alternativa antes de la negociación (MAAN)	39
Análisis de conflictos de Zeigler	41
Etapas	44
Estructuras del proceso de mediación según varios autores	58
Guía del proceso de mediación	69
Puesta en práctica del proceso de mediación	78

Capítulo III

EL MEDIADOR	97
Habilidades del mediador. Funciones	97
Formación y entrenamiento	102
Comunicación	105
Escucha activa	109
Preguntas	110
Estrategia de penetración para superar obstáculos	115
1. Subir al balcón	116
2. Ponerse a su lado	117
3. Replantear	118
4. Puente de oro	119
5. Usar el poder para educar	120
Ética	122
Honorarios	126

Capítulo IV

DIFERENTES TIPOS DE MEDIACIÓN	129
Comportamiento de las partes	130
Modelos culturales	132
Co-mediación	133
Mediación terapéutica	136
Mediación legal	136
Mediación de crisis	137
Mediación multipartes	138
Mediación internacional	145
Mediación ambiental	148
Mediación comunitaria	154
Community Boards.....	155
Mediación vecinal o social.....	157
Mediación multicultural	158
Mediaciones con la Administración o de Derecho Público	161
Mediación laboral	161
Mediación tributaria.....	164
Mediación de menores	165
Mediación judicial	168
Mediación empresarial	168

Mediación de consumidores	170
Mediación escolar	171
Mediación familiar	173
Comentario a la Ley de mediación familiar de Cataluña	175
Mediación de separación o divorcio	177
Mediación entre padres e hijos	181
Mediación de violencia familiar	181
Mediación entre hermanos o herederos	183

Capítulo V

ANEXOS	185
1. Aspectos de la resolución alternativa de conflictos en otros países	185
2. Ejercicios de resolución alternativa de conflictos	202
3. El rol del abogado ante el proceso de mediación	206
4. Ejercicios para el mediador	209
5. Código de conducta profesional para mediadores	213
6. Patrones de conducta para mediadores	222
7. Temas éticos de discusión	230
8. Ejercicios de ética para el mediador	232
9. Casos prácticos	234
10. Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia Catalán	239
11. Ley 1/2001, 15 marzo de Med. Fam. de Cataluña	240
12. Breve ojeada a un proceso de mediación privada de un divorcio	259
13. Cuatro situaciones en un divorcio	266
14. Etapas del desarrollo de los hijos e implicaciones en el divorcio .	269
BIBLIOGRAFÍA	271

PRÓLOGO

La Mediación es una de las formas de obtener soluciones en conflictos, superando enfrentamientos previos. Una muestra desarrollada de cultura no adversarial, de aproximación gradual y cooperativa a la transacción.

La Mediación no se consigue sin los instrumentos básicos de su técnica, superando la espontaneidad en la intervención para solucionar disputas, pero el voluntarismo tiene alas de mariposa, sucumbe en la reiteración: una vez sirve, pero no siempre.

Por eso la Mediación habitual y profesional ofrece las garantías de la estabilidad, la perspectiva y, a la larga, la responsabilidad, que en los problemas humanos, siempre debe estar a la vista y con los ojos abiertos.

El mediador es un tercero que asiste a las partes para que resuelvan sus diferencias en positivo, con rapidez, sin heridas.

Este Manual no pretende una respuesta exhaustiva de la ideología, la deontología y la práctica de la Mediación, sólo se propone como lectura para todos aquellos que deseen introducirse en la solución asistida de litigios, sin otra prenda que la de la confianza que inspira.

Si así fuera, el objetivo de este trabajo se habrá cumplido.

CELIA GONZÁLEZ-CAPITEL

Licenciada en Bellas Artes

Posgrado en Mediación de la Universidad de Barcelona

Miembro de Fomed

Barcelona, enero de 1999

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Los dos años pasados desde la 1ª edición, en la que el deseo implícito era abrir un camino al descubrimiento de una resolución alternativa de conflictos, ahora el término mediación ya forma parte del lenguaje. Ello se debe fundamentalmente a los medios de comunicación al informar sobre conflictos y mediadores, aunque estos en la prensa básicamente pertenecen al ámbito de la política tanto de nuestro país como del extranjero.

La principal virtud de la mediación consiste en su informalidad, en su condición camaleónica de adaptarse a todas las situaciones, en su poder para cambiar, obviar o crear determinados formalismos a medida de las partes. Esto no quiere decir que la mediación carezca de reglas, al contrario, se debe pasar por etapas previas y necesarias para un óptimo resultado y contar, además, con la formación y entrenamiento de un buen mediador. Con estos ingredientes básicos, puede hacerse la receta propia o diciéndolo de otra manera, un traje a medida.

El espíritu de la mediación es universalista, lo que lleva a acoger a cualquier persona idónea dotada de cualidades individuales para facilitar, mediar, negociar, componer, compartir, sin otro requisito que estar formado para ello. Con este espíritu abierto no se exige licenciatura universitaria, ni mucho menos pertenencia a un colegio profesional. Quien tiene un buen entrenamiento y una actitud personal proclive al espíritu de la mediación, puede mediar y lo hará con éxito.

Instalado ya el término en el lenguaje, sería el momento de crear una necesidad social, es decir, los ciudadanos deben tener información y acceso a la mediación. Si existe necesidad social inevitablemente se llega a la paz social,

amplio terreno en el que se puede y debe actuar. Vivimos en un país que tiene uno de los menores porcentajes de inmigrantes de la Unión Europea y ya se han generado importantes conflictos. Por ello habría que contar con una red de mediadores y voluntarios de ambas partes, para dar una salida a los problemas que provoca la multicultural.

Lo mismo ocurre con el ambiente: un bien cultural y por derivación una herencia cultural. El aire, el agua, la flora, fauna y paisaje, pertenecen a todos y debemos cuidarlos y defenderlos. Tendríamos que contar con especialistas para que en cuanto surja el problema (vertido, emisión, desastre) puedan ser capaces de encaminar el proceso.

También tenemos violencia callejera (sin mencionar el terrorismo) que podría ser llevada a mediación como paso previo a los tribunales, dar una opción a los violentos para que desarrollen tareas sociales y reparen los desperfectos que hayan ocasionado.

Otro proceso interesante para los ciudadanos, sería la posibilidad de tratar, transar, negociar, con la propia Administración en casos de divergencias de criterio para no tener obligatoriamente que acudir a los juzgados, o al menos hacerlo en una segunda instancia.

En todos estos casos la Administración debe estar presente, no sirve sólo el voluntariado.

CELIA GONZÁLEZ-CAPITEL

Licenciada en Bellas Artes

Posgrado en Mediación de la Universidad de Barcelona

Miembro de Fomed

Barcelona, julio de 2001

Capítulo I

INTRODUCCIÓN A LA MEDIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.

RAÍCES HISTÓRICAS, SOCIOLÓGICAS Y CULTURALES

La mediación como alternativa en la resolución de conflictos, en los que una o varias personas ayudan a otra u otras a tomar sus propias decisiones, probablemente sea tan antigua como la humanidad. No es una creación actual, sino una adaptación moderna basada en culturas antiguas, sociológicamente diferentes unas de otras, en distintos períodos históricos.

Confucio hablaba de una armonía natural en las relaciones humanas que no debía interrumpirse: la mejor solución para un conflicto debía lograrse a través de la persuasión moral y en un acuerdo no basado en la coacción.¹

En China y Japón tienen una larga tradición en la mediación desde la antigüedad. En ciertas partes de África, se continúa convocando una asamblea en la que una persona respetada por la comunidad, actuando

1. FOLBERG y TAYLOR, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Ed. Limusa, Grupo Noriega Editores, Mexico, 1997, págs. 21 y ss.

como tal, es decir como mediador, ayuda a dos o más interesados en resolver su problema de forma colaborativa y sin coacciones.

Dentro de las comunidades religiosas, tanto sacerdotes, como rabinos, como imanes, han ayudado y siguen ayudando a sus fieles a conseguir acuerdos que benefician a ambas partes.

Prácticamente en todos los grupos étnicos han existido sistemas de solución de conflictos. Todavía actualmente la etnia gitana dirime sus desavenencias a través de los ancianos de su comunidad.

En España desde 1238, el Tribunal de Aguas de Valencia, compuesto por personas respetadas, media, dirime o soluciona conflictos entre los agricultores por los problemas que surgen con el riego.

En los anexos se incluyen otros aspectos de Resoluciones Alternativas de Conflictos en otros países.

La mediación tal como la entendemos hoy, aparece en los Estados Unidos a fines de la década de los sesenta y principios de los setenta, como respuesta a la demanda social, por formas alternativas a la conciliación de conflictos. Los motivos fueron varios en el contexto de la época: protestas estudiantiles, raciales, lucha por los derechos civiles, el movimiento de liberación de la mujer, la guerra de Vietnam, etc.

Empezaban a percibirse actitudes de intolerancia ante las injusticias, lo que inducía a llevar más asuntos a los tribunales, multiplicando el número de casos con la consecuente lentitud en los juzgados.

Una serie de organizaciones intentó establecer servicios de mediación para dar respuesta a la insatisfacción popular y a la cada vez mayor tendencia a presentar demandas por agravios, quejas, insultos, litigios familiares, desavenencias raciales, de comunidades, laborales e industriales.

Entre otras, la American Arbitration Association (AAA) empieza a establecer criterios de formación y capacitación para que las personas interesadas puedan aplicar sus conocimientos en conciliación, mediación y arbitraje en conflictos de consumidores, comunidades y familiares.

En Europa es pionera Inglaterra en la década de los setenta. Más tarde en los Países Nórdicos, hace poco tiempo en Italia, si bien por el momento sólo se lleva a cabo por psicólogos. En América Latina, se puso recientemente en marcha en varios países, aunque sólo en Buenos Aires, Capital Federal de Argentina es obligatoria, es decir, antes de recurrir a los tribunales, determinado tipo de conflictos debe pasar obligatoriamente por ley a la mediación. Sólo

si en ésta no se llega al acuerdo, el caso pasa al juzgado. El Decreto Reglamentario se incluye en los anexos. Recientemente, la ley provincial 6.462 de 12 de diciembre de 1998, incorpora la mediación como una alternativa de resolución de conflictos en la provincia de Santiago del Estero, Argentina.

DEFINICIÓN Y FUNDAMENTOS

Esta breve y rápida historia de la mediación, empieza a definirla: la mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar mutuamente para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas.

Sus particularidades dependen de lo que se somete a mediación, del conflicto en sí, del mediador y del medio en que se establece.

Hay un ejemplo, ya clásico, que ilustra el objeto de la mediación: es el ejemplo de la naranja. Dos personas litigan por una naranja. Una de ellas quiere obtenerla para utilizar su jugo y la otra quiere la cáscara para hacer mermelada. Si recurren a los tribunales pasará tanto tiempo hasta recibir el fallo, que probablemente ya no estén interesados. Por su parte, el juez entregará la naranja a quien considere que tiene más derechos o necesidad. Éste se sentirá (y lo será) el ganador del caso, tendrá el 100% de la naranja pero usará el 50%. La otra persona se sentirá perdedora y albergará sentimientos por haber sido tratada injustamente. Los dos habrán perdido tiempo, habrán pagado minutas de abogados y las costas del juicio.

Si las mismas personas hubieran ido, en cambio, a arbitraje, habrían conseguido ganar tiempo y poder explicar directamente al árbitro sus intereses y necesidades. La decisión del árbitro seguramente habría sido entregar a cada uno media naranja, con lo que habrían conseguido sólo el 50% de lo que deseaban, una media pulpa para el jugo y el otro media cáscara para mermelada.

Si acuden a mediación, ellos mismos, ayudados por el mediador, llegarán a su propia solución: una parte se queda toda la pulpa y la otra toda la cáscara. No hay ganadores ni perdedores. Las dos partes obtienen el 100% de lo que necesitaban. El tiempo ha sido mínimo y el coste económico menor. Todos ganan.

La mediación es un sistema extrajudicial no adversarial. En los métodos adversariales son el árbitro o el juez quienes imponen su solución de

acuerdo con el procedimiento, independientemente de los intereses o necesidades de las partes.²

Sin embargo la mediación se centra en los intereses de las partes para que éstas autónomamente encuentren una solución que satisfaga a ambos con la ayuda del mediador

Para entender el funcionamiento de la mediación hay de que conocer sus elementos: voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad o neutralidad y flexibilidad.

En la *voluntariedad* se basa el proceso de mediación, con la decisión de iniciar, participar y continuar o no en él.

En cualquier momento las partes tienen derecho a retirarse y nadie puede obligarles a reiniciarlo.

En caso de acuerdo, éste es alcanzado voluntariamente, no existe una autoridad que lo imponga aunque se trate de un tercero neutral.

Precisamente la eficacia de la mediación se basa en la voluntariedad de las partes, frente a los procesos adversariales en los que la solución es impuesta por un tercero investido de poder para ello.

La *confidencialidad* es otra característica fundamental. Antes de iniciar una mediación, el mediador entrega a las partes un «Convenio de confidencialidad» que todos suscriben y les obliga a no difundir públicamente lo que allí se trate.

Por lo tanto, las manifestaciones en el transcurso de la mediación son confidenciales y las notas tomadas durante la misma se destruyen. Además sin la autorización expresa de una parte, el mediador no podrá revelar a la otra ningún contenido expuesto durante una sesión privada.

En el caso de que posteriormente se inicie un proceso judicial, el mediador no podrá ser llamado como testigo.

La *imparcialidad* o *neutralidad* es esencial: el mediador no toma partido ni se inclina hacia ninguna de las partes. Él debe administrar y controlar el procedimiento, dirigirlo, marcar las pautas y facilitar alternativas.

Manteniendo la neutralidad posibilita la comunicación entre las partes para que a partir de sus posiciones, se pueda llegar a los intereses reales que subyacen en el conflicto.

2. PIFERRER, A. ANSOATEGUI, C. y GARRIGA, A., Rev. «*Economist and Jurist*», Año VII n.º 32, Barcelona, agosto 1998, págs. 84 y ss.

El primer objetivo del mediador debe ser que las partes superen sus emociones negativas y sean capaces de determinar sus intereses y necesidades, sobre los que debe alcanzarse el mutuo acuerdo. Por tanto, la mediación es un sistema colaborativo, gestionado por un tercero neutral que facilita a las partes la negociación para obtener ventajas mutuas.

El mediador evita que las partes se enfrenten, centra el debate sobre el conflicto y no sobre las personas, deja atrás el pasado y desde el presente, las invita a mirar hacia el futuro para que colaboren juntos y consigan un acuerdo beneficioso para los intereses de ambos.

De esta forma los acuerdos se establecen a medida de las partes, según los intereses de cada caso, y por tanto las soluciones van a ser distintas y el acuerdo personalizado.

La *flexibilidad* está ligada a la informalidad del procedimiento, que hace que sea un sistema rápido. Se realizan sesiones conjuntas entre las partes y el mediador, y también privadas entre el mediador y cada una de las partes. Las sesiones suelen tener una duración de dos horas, aún cuando el tiempo tampoco está reglado y por tanto puede ser flexible.

Si se considera el tiempo como un coste para las partes, el coste económico de una mediación es inferior al de un procedimiento judicial. Dicha vía judicial no queda excluida por la mediación, siempre puede iniciarse si las partes no llegan a un acuerdo o consideran que aquella puede darles mejor solución a sus intereses que ésta.

La eficacia de la mediación se basa en que la solución es tomada, elaborada y propuesta por las partes, sintiéndose directamente implicadas y coautoras del acuerdo, por lo que hay un mayor grado de cumplimiento del mismo.

NATURALEZA DEL CONFLICTO

«Conflicto significa la percepción de una divergencia de intereses, o la creencia de las partes de que sus aspiraciones actuales no pueden satisfacerse simultánea o conjuntamente» (Pruit, y Dubin, 1986)³.

3. HOROWITZ, Sara, «Conflicto y negociación» en *Mediación una respuesta interdisciplinaria*, EUDEBA, Buenos Aires, págs. 111 y ss.

Con esta definición podemos empezar a conocerlo, abordarlo y tratar de solucionarlo.

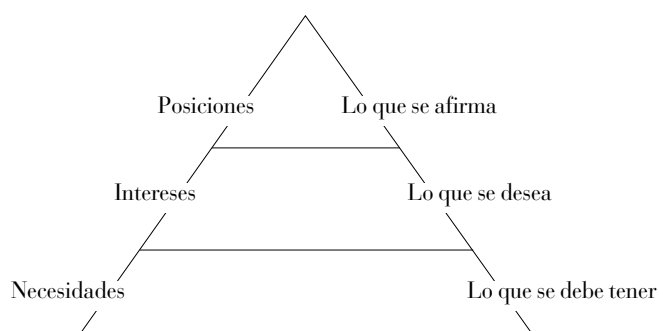
Toda forma de conflicto conlleva que una o las dos partes perciban que sus intereses son divergentes, aunque no lo sean en realidad, tanto en casos individuales, Estados, empresas, grupos y organizaciones.

PIRÁMIDE DEL CONFLICTO SEGÚN SANDER⁴



El conflicto como tal ocupa menos lugar e importancia que las percepciones.

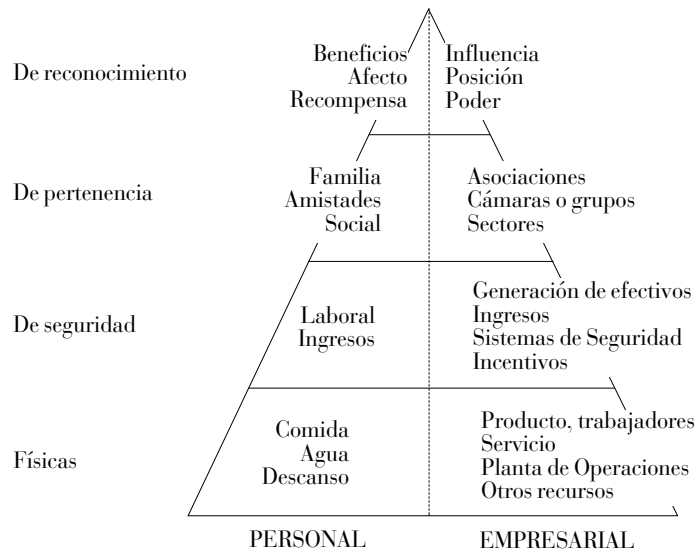
PIRÁMIDE DE LOS INTERESES (Según Acland⁵)



4. BIANCHI, Roberto, *Mediación prejudicial y conciliación*, Ed. Zavalía. Buenos Aires, 1997.

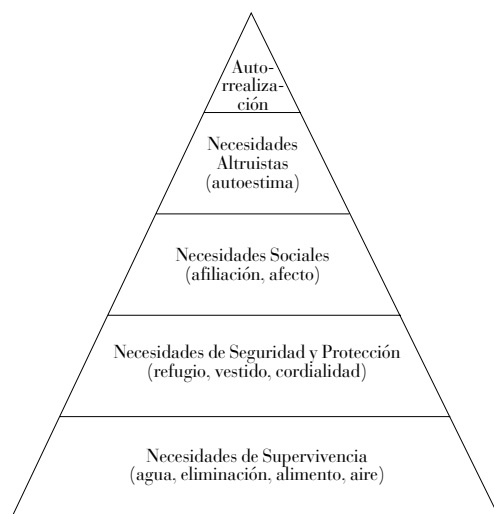
5. BIANCHI, cit., pág. 61.

PIRÁMIDE DE LAS NECESIDADES (Según Maslow⁶)



Maslow (Licenciado y Master en Arte, Doctor en Filosofía y Psicólogo Humanista) sugirió que las necesidades tienen una jerarquía siendo básicas las de supervivencia, agua, alimentos, que forman la base de la pirámide, mientras que las psicológicas, afectivas, etc., están en un nivel superior. Si una persona puede satisfacer todas sus necesidades de forma simultánea llega al vértice de la pirámide, que es la autorrealización.

6. HIGTON, Elena y ÁLVAREZ, Gladys, *Mediación para resolver conflictos*, Ed. AD-HOC, Bs. Aires, 1998, pág. 308.

JERARQUÍA DE NECESIDADES DE MASLOW⁷

Una persona que no puede satisfacer las necesidades básicas físicas y de seguridad, no puede alcanzar estados superiores, ya que las básicas reclaman toda su atención antes de acceder a necesidades más elevadas. Este concepto de jerarquía es importante para los mediadores, puesto que una gran mayoría de las personas que acuden a mediación es por la amenaza de pérdida de sus necesidades, ya que un divorcio, la pérdida del empleo, una acusación, amenazas legales o personales, suponen el temor de que su vida privada, su economía, seguridad o bienestar puedan ser destruidos, por lo que el mediador debe centrar su atención en esa angustia, porque los participantes envueltos en conflictos sienten que su autoestima y necesidades están siendo amenazadas. En ciertos casos puede llegarse a pensar en el suicidio, la persona que se siente despreciable, carente de afecto, olvidada o atrapada, puede elegir ese medio para librarse de sus problemas.

Según Sara Horowitz⁸ los conflictos se originan por:

- a. diferentes valores o creencias

7. FOLBERG y TAYLOR, cit. pág. 87.

8. Cit. pág. 111.

- b. diferentes definiciones de la situación, incluyendo la valoración que las partes hacen de su propio vínculo o en relación con aquella
- c. competencia
- d. escasez de recursos.

Los motivos del conflicto son casi universales, hay grandes coincidencias entre varios autores.

- Bienes*: confluyen el dinero, propiedades, juego e incluso el poder.
- Principios*: creencias religiosas, ideología política, reputación, valores morales.
- Territorio en juego*, tanto físico como psíquico, incluyendo conflictos de orden internacional.
- Relaciones implícitas*: parentesco, amistad, filiación, laborales e institucionales.

En todos los casos hay relaciones implícitas en el conflicto, por ejemplo el poder o bien por detentarlo o por desnivel; *expectativas psicológicas* por conductas esperadas y no recibidas; *choque entre personalidades* por diferentes *valores*, opiniones, prejuicios o suposiciones.

El objetivo para resolverlos necesariamente tendría que pasar por la **preservación** de los bienes, principios, territorio y relaciones implícitas, y conseguir un **cambio** que mejore los motivos.

El psiquiatra Pichon-Riviere,⁹ acota los cinco ámbitos donde se despliegan los conflictos:

- Psicosocial, ámbito o territorio de las personas
- Sociodinámico, familia, amigos, grupo
- Institucional, instituciones, empresas
- Comunitario, propiedad horizontal, barrio, país
- Internacional, político, comercial, jurídico.

Folberg y Taylor¹⁰ exponen una espiral del conflicto dividida en cinco fases:

9. PICHON-RIVIERE, E. y QUIROGA, A. *Psicología de la vida cotidiana*, Nueva Visión, Bs. Aires, 1985.

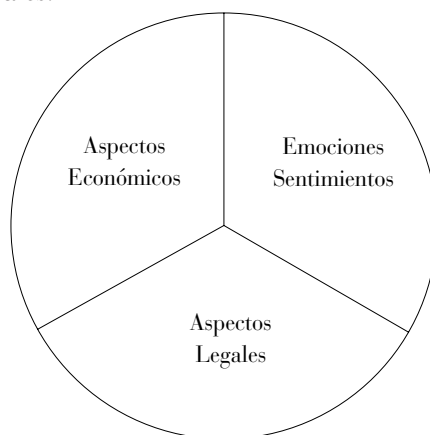
10. Cit. págs. 40 y ss.

1. El conflicto latente
2. La iniciación del conflicto
3. La búsqueda del equilibrio del poder
4. El equilibrio del poder
5. La ruptura del equilibrio

Esta espiral o hélice se pone en movimiento mediante el cambio, pero se moldea según el tipo de sociedad en que cuando el conflicto ha atravesado las cinco fases, se completa una vuelta de hélice. Estos cambios pueden afectar a la estructura del conflicto, producir nuevos conflictos latentes (fase 1) o crear otro conflicto manifiesto (fase 2).

Por lo tanto, volviendo al objetivo de la **preservación** para obtener un **cambio**, hay que tener en cuenta los temores que producen cambios, tanto físicos como psíquicos en las personas, y de pérdida de poder o iniciativa en empresas e instituciones.

Para Robert Benjamin¹¹ no hay diferencia entre los conflictos empresariales y los familiares, y sostiene que en todo *conflicto* encontramos siempre tres áreas iguales:



En base a ello y al temor al cambio que produce cualquier conflicto, en cualquier ámbito y por cualquier motivo (bienes principios, territorio, relaciones), hay que hacerse, estas preguntas:

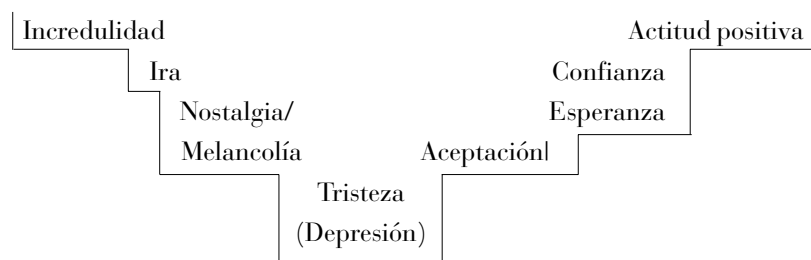
11. BENJAMIN, R. *The Mediation of Business, Family and Divorce Conflic Practice Forms and Handbook, mediation and Conflict Management*, St. Louis, 1994.

- ¿Quién debe cambiar?
- ¿Qué debe cambiar?
- ¿Quién debe pagar el precio del cambio?
- ¿Cuál debe ser el precio?
- ¿Cómo debe pagarse?

Aún sin contestar por el momento a estas preguntas, su mero planteamiento lleva a los procesos de resolución del conflicto.

ESCALADA DEL CONFLICTO

Los conflictos son diferentes entre sí, pero generalmente todos ellos pasan por unas etapas o escalas que les son comunes, tanto si se trata de un caso de infidelidad conyugal, como el robo en el domicilio, o una deslealtad entre socios.



Estas etapas son emocionales, las primeras reacciones del ¿por qué me pasa esto a mí?. No necesariamente se pasa por todas ellas, pero por ejemplo si se está en la etapa de la ira no se puede intervenir, hay que dar tiempo al paso a la nueva etapa. Si la tristeza lleva a una depresión, se debe esperar a una mejoría, para seguir el proceso desde la aceptación de lo ocurrido. En las etapas de la ira o la depresión, las personas que las sufren no son capaces de razonar, pensar o tomar decisiones.

En la dinámica del conflicto como lucha, Rubin¹² detalla tres partes por las que transcurre normalmente este tipo de conflicto:

12. BIANCHI, R. cit. págs. 16 y 17.

1. Escalada del conflicto

Cada parte trata de prevalecer y someter a la otra, por lo que en esta etapa suele haber transformaciones:

- a) Proliferación de las cuestiones en juego
- b) Pasar de las críticas a conductas o acciones específicas, a críticas personales
- c) Pasar de tácticas suaves a duras
- d) Transformación en las motivaciones, pasar de querer actuar de la mejor manera posible a prevalecer sobre la otra parte.
- e) Aumento del número de personas involucradas.

Estas transformaciones se explican porque se tiende a ver lo que queremos ver y distorsionar la información para que nos apoye o nos beneficie en nuestras expectativas.

Además, se suele tener una expectativa acerca de la otra parte, que conduce a actuar de tal modo que produzca una respuesta que confirme la expectativa propia.

También hay una tendencia a quedarse con una visión particular de la otra parte y aferrarse a ella.

2. Estancamiento del conflicto

Cuando, hablando gráficamente, «se terminan las municiones», no se ha abandonado la intención de ganar al otro, pero se ha perdido la esperanza de conseguir ese objetivo. A pesar de que las partes no se gustan reciprocamente, se empieza a pensar en la posibilidad de aceptar al otro como socio en potencia, más que como adversario.

En el proceso del estancamiento se vislumbra la necesidad de «salvar la cara».

3. Desescalada del conflicto

Aunque no todos los conflictos llegan a esta fase en la que el problema se solucione de alguna manera, Rubin enumera 7 formas, que aunque no son exclusivas, pueden reducir el conflicto:

- a) Aumentar las individualizaciones para poder superar la distorsión de los estereotipos.
- b) Trabajar sobre la comunicación, teniendo en cuenta que escuchar es más importante que hablar.
- c) Cimentar el impulso hacia la solución, comenzar, por ejemplo, con un problema sencillo.
- d) Crear nuevos fines como base para la cooperación.
- e) Mantener firmes los fines, y flexibles los medios.
- f) Hacer las cosas de forma diferente puede traer beneficios, como regla de cambio.
- g) Buscar acuerdos que «salven la cara».

PROCESOS DE RESOLUCIÓN. ALTERNATIVAS.

Los procesos de resolución de conflictos más tradicionales y conocidos son: Judicial, Arbitraje, Conciliación, Asesoramiento, Negociación y Solución de problemas. Como alternativa a estos métodos, la Mediación.

El **Judicial, Arbitraje y Conciliación**, se usan normalmente y tienen éxito en sistemas jerárquicos que exigen una aceptación de autoridad, pero no son adecuados en una sociedad que da más valor a la opción individual y a la libertad.

El **Asesoramiento**, dirigido por un asesor, médico o terapeuta se utiliza con más éxito en conflictos de tipo interpersonal, ayudando al asesor a su cliente a identificar los problemas, aplicar estrategias, reducir el conflicto y aprender a cambiar su conducta.

La **Negociación** no requiere un marco establecido, normalmente comprende la formulación de posiciones opuestas, por lo que la solución a la que llega el negociador significa la derrota de una parte. El concepto de la negociación es competitivo y puede ser adversarial.

La **Solución de problemas** es un proceso que puede utilizarse aisladamente o con otros métodos de resolución de conflictos. Es un modelo similar a la Mediación, pero también puede ser utilizado por individuos o grupos para solucionar problemas sin colaboración o ayuda externa.

El cuadro siguiente, según Folberg y Taylor¹³ ayuda a distinguir unos sistemas de otros y permite observar las diferencias entre ellos.

13. Cit. pág. 45

PROCEDIMIENTO	PERSONA QUE DECIDE	PROCESO
Defensor del Pueblo	Funcionario de la Administración	1. No decide 2. Escucha 3. Recomienda, tanto al ciudadano como a la Administración
Judicial, Arbitraje, Conciliación	Juez o Árbitro Mayor autoridad	1. Escucha o lee la presentación de las partes. 2. Decide la opción en base a criterios predeterminados: leyes, precedentes.
Asesoramiento	Asesor, Administrador, Médico o Terapeuta	1. Obtiene armonía 2. Evalúa problemas reales 3. Aplica estrategia de intervención.
Negociación	Abogado, Agente, las partes	1. Debate, Crisis 2. Orientación y adopción de una posición 3. Convenio o desglose.
Solución de Problemas	Individuo, grupo o delegado	1. Identifica el problema 2. Se comunica con las personas adecuadas. 3. Desarrolla alternativas. 4. Decide sobre la alternativa. 5. Realiza la acción. 6. Supervisa para que se cumpla. 7. Evalúa la efectividad.
MEDIACIÓN	Mediador, tercero seleccionado como auxiliar de partes	1. Inicia, estructura y obtiene armonía. 2. Descubre hechos y aisla problemas 3. Contribuye a crear alternativas 4. Ayuda en la negociación y toma de decisiones 5. Aclara y ayuda en la redacción del acuerdo 6. Organiza revisión legal y avance del proceso. 7. Queda disponible para seguimiento, análisis y revisión.

Roger Fischer y William Ury del Programa de Negociación de la Escuela de Harvard, en su libro «Sí, de acuerdo» de 1983, un best seller, sobre resolución alternativa de conflictos, ofrecen para una negociación con éxito, un método de cuatro partes basado en afirmaciones sencillas:

1. Desligar a las personas del problema
2. Centrarse en los intereses, no en las posiciones
3. Crear opciones para beneficio mutuo
4. Insistir en criterios objetivos.

Es evidente que parece más fácil expresar estas cuatro frases que ponerlas en práctica en una situación de conflicto, pero no hay que perderlas de vista ni olvidarlas al llegar al papel del mediador en su ayuda a las partes.

Ya se ha visto que en todos los conflictos hay importantes aspectos emocionales, algunos de ellos sólo tienen que ver con los sentimientos aunque sea de forma subyacente. En este mismo apartado pueden incluirse problemas en conflictos por causas materiales o necesidades básicas como alimentos, dinero, tiempo o trabajo. Para la resolución de este tipo de conflictos, se considera adecuada una secuencia de siete pasos:

1. Identificar el problema
2. Comunicar el problema a las personas adecuadas
3. Desarrollo de un conjunto de soluciones alternativas
4. Decidirse hacia una de las alternativas
5. Poner en práctica la acción
6. Vigilar para que la acción se lleve a cabo
7. Evaluar la efectividad del proceso.

En estos casos, el modelo es parecido al de la Mediación llevado a cabo por personas o grupos para «la solución de problemas», como se ha visto en el cuadro anterior.

En las actuaciones de terceros (asesor, solucionador, conciliador, árbitro), deben ser respetados ciertos aspectos éticos que aseguren la equidad del proceso y sus acciones.

Sobre todo en el caso del árbitro sería aconsejable que:

- no tuviera relación personal, financiera o de negocios con una de las partes
- no tuviera ningún interés económico en el resultado del arbitraje
- no se diera algún entendimiento privado u obligación con una de las partes
- no demostrara o tuviera preferencia o prejuicio en favor o contra de lo argumentado por una de las partes.¹⁴

14. MARTIN, M. A. y otros, *Teoría y técnica de Mediación y Conciliación*, Ediciones Interoceánicas S.A., Buenos Aires, 1995.

Capítulo II

PROCESO DE MEDIACIÓN

CREACIÓN DE ESTRUCTURA Y CONFIANZA. ÁMBITOS.

El progreso de difusión de la mediación en los últimos años y en países muy distintos, por una parte fue impulsado por el cambio sociocultural de individuos y grupos de procesos de litigios, que demandaban mayor protagonismo en dichos procesos.

Por otra parte, por la sobrecarga en los canales tradicionales, es decir los juzgados, con la pérdida de tiempo que conlleva la saturación de los mismos, que implican más costes económicos por tener paralizado un litigio, que es fundamental para el litigante.

Partiendo de estos factores, surge la mediación como Alternativa No Adversial de Resolución de Conflictos. La flexibilidad de la mediación como proceso satisfactorio en conflictos muy diferentes, es una de sus características más sobresalientes.¹⁵

Aparte de sus fundamentos ya citados anteriormente: voluntad, confidencialidad, imparcialidad y flexibilidad, la mediación tiene otras características propias, por su procedimiento no adversial en el que un tercero neutral ayuda a las partes implicadas a negociar para llegar a un acuerdo mutuamente satisfactorio, ya que el mediador no actúa como juez y no tiene poder sobre las partes.

15. HOROWITZ, Sara, cit. pág. 125.

Sus características son:

1. El protagonismo de las partes
2. Poder de decisión y resolución en manos de las partes.
3. Carácter confidencial que incluso impide al mediador testificar ante la justicia para no perjudicar a una parte
4. Carácter democrático del proceso
5. Solución tomando en cuenta los intereses y necesidades de las partes
6. Co-autoría en la redacción del acuerdo.

Se recomienda la mediación en los siguientes casos y ámbitos.

1. *Antes de presentar un caso al sistema judicial*, ya que previene el desarrollo de mayores conflictos y ahorra tiempo y gastos.
2. *Para proteger relaciones*: conflictos laborales, entre empresas, familiares, sucesiones, propiedad horizontal y asuntos comunitarios
3. *Para acelerar el proceso* sobre todo en los casos en los que la solución está vinculada a la rapidez.
4. *Para proteger información* tanto de la vida privada como profesional.
5. *Para no afrontar gastos impredecibles*
6. *Cuando se produce estancamiento* en una negociación y es necesario reiniciar la comunicación entre las partes.
7. *Cuando existe un vacío legal*

No se recomienda la mediación en los siguientes casos y ámbitos:

1. Cuando se debe probar *la verdad* de los hechos
2. Cuando hay *principios innegociables*
3. Cuando hay *interés punitivo* hacia la otra parte
4. Cuando se desea un *precedente*
5. Si hay *falta de interés en el acuerdo*
6. Si se necesita *lentitud* en el acuerdo
8. Si hay interés en la *sanción pública*
9. Si hay *violaciones reiteradas* en otros acuerdos
10. Si existe *incapacidad para negociar*

11. Si hay *delitos de acción pública*
12. *Violencia o malos tratos a menores* o discapacitados
13. Cuando existe *cuestiones de orden público*

ELEMENTOS Y ESTILOS

En toda negociación hay una serie de elementos comunes, que mediante el proceso de comunicación que lleva a tomar decisiones conjuntas, permite llegar a una solución mejor que la existente.

Comunicación: transmisión de información

Toma de decisiones: adopción de medidas a cargo de las partes

Decisión conjunta: elemento voluntario común

Objetivo: mejoría de la situación existente. Esta mejoría involucra la promoción de los intereses propios, por lo tanto no se llegará a una decisión conjunta si no se promueven los intereses de todas las partes involucradas.

Posición: en el proceso de comunicación, normalmente las partes dan a conocer lo que se dice, se quiere o se pretende, es decir, sus posiciones.

La **posición** es una secuencia de hechos y una argumentación justificativa de comportamiento o deseo, basada en elementos éticos, retóricos y jurídicos. En una posición subyacen normalmente los intereses.

Intereses y necesidades: son el elemento implícito, también llamado «medida de la negociación». El *interés* es lo que realmente se quiere conseguir, ya sea de forma consciente o inconsciente. Se dice *necesidad* cuando el interés se refiere a algo de lo que no se puede prescindir.

También hay estilos comunes, inherentes al comportamiento humano, si bien no todos aparecen a la vez en una negociación.

Complaciente, amable, educado, colaborador. Permite la satisfacción de los intereses de la otra parte, aún sacrificando los suyos propios, generalmente con el objetivo de preservar la relación.

Competitivo, agresivo y no colaborador, contrario al complaciente. Persigue sus propios intereses a costa de la otra parte. Su postura se centra en el poder y/o sanciones económicas a través de alegatos.

Esquivo, su comportamiento es el de evitar, no hacer nada o retirarse, lo que implica desinterés tanto por sus propios objetivos como los del otro. Puede ser una estrategia temporal, pero también puede implicar la retirada definitiva de la negociación.

Conciliador, se sitúa entre el competitivo y el complaciente. Valora lo expeditivo y está dispuesto a aceptar soluciones parciales siempre que ambas partes estén mínimamente satisfechas. Con frecuencia esta actitud implica partir las diferencias, cambiar concesiones, buscar terrenos comunes, en lugar de centrarse en buscar soluciones que se ajustan mejor a las necesidades de las dos partes.

Colaborador, el opuesto al esquivo. Trabaja con la otra parte para buscar y encontrar fórmulas con las que ambos pueden conseguir su objetivo. Generalmente va más allá de las cuestiones surgidas de cada parte para determinar por qué son importantes y como pueden satisfacerse.

Hay varias clasificaciones de estilos de negociación según los diferentes autores. Una de las que aparece más fácil de recordar, es la del Coleman Group Intl.¹⁶

A: *Atacar*: Amenazar, insultar, criticar, culpar, subestimar, interrumpir, ignorar.

E: *Evadir*: Cambiar de tema, posponer.

I: *Informar*: Posición, intereses, emociones

O: *Abrir (open)*: Escuchar con atención, preguntar resumir.

U: *Unir*: Aumentar el entendimiento mutuo, buscar puntos en común, formular el replanteo, realizar el brainstorming, elegir propuestas de acuerdo satisfactorio mutuamente.

Como resumen de lo visto hasta ahora, se puede abordar la mediación como un proceso de resolución de conflictos en las siete etapas siguientes que pueden sentar las bases para todas las situaciones:

1. Creación de confianza y estructura
2. Localización de hechos y aislamiento de problemas
3. Creación de opciones y alternativas
4. Negociación y toma de decisiones

16. HIGHTON, E y ÁLVAREZ, G., cit. pág. 211.

5. Elaboración de un plan de acuerdo
6. Revisión legal del mismo
7. Puesta en práctica.¹⁷

LA MEJOR ALTERNATIVA ANTES DE LA NEGOCIACIÓN (MAAN)

Antes de empezar cualquier negociación, es necesario establecer una relación de la misma, contrarrestando las emociones con la racionalidad, intentando persuadir en lugar de coaccionar.

Se debe concentrar en los intereses por encima de las posiciones e identificar los intereses propios e incluso los ajenos, haciendo una lista que distinga intereses comunes, opuestos y diferentes. La combinación entre los intereses comunes y los diferentes será lo que permita llegar a un acuerdo. Los opuestos son los que nos obligan sólo a transar.

Antes de entrar en la negociación, habría que tener clara la mejor alternativa antes de la negociación (MAAN), para protegerse de un mal acuerdo y poder mejorar las propias pretensiones. Una forma para crear el MAAN es inventar otras alternativas a las que se podría recurrir en caso de que la negociación fracase. Sería como tener un as en la manga.

Si, por ejemplo, se está negociando con el jefe un aumento de sueldo, el MAAN sería conseguir un puesto en otra empresa para utilizarlo en el momento de la negociación. Si un país está negociando con otro sobre prácticas comerciales desleales, su MAAN podría ser acudir al Tribunal Internacional competente. Normalmente construir el MAAN implica costes tanto personales como de relaciones, que es por lo que se está negociando, para poder llegar a una mejor solución. El MAAN es la clave del poder de negociación. No tiene tanta importancia el poder, la jerarquía o la riqueza de la persona, sino la cualidad de su MAAN, ya que si se tiene una alternativa viable se lleva una ventaja en la negociación. Cuanto mejor sea el MAAN, más poder se tiene para negociar.

17. FOLBERG, cit. pág. 55.

William Ury¹⁸ para identificar y promover el MAAN, da una serie de datos:

Identificar el MAAN que debe ser como una medida para evaluar cualquier acuerdo potencial, y deben considerarse tres alternativas.

Primera, ¿Qué puede hacer una persona aisladamente para satisfacer sus intereses?. Lo ideal sería encontrar otro proveedor si la persona es comprador, o un cliente si se trata de un vendedor.

Segunda, ¿Qué puede decir o hacer una persona directamente a la otra parte para que ésta respete sus intereses? La alternativa puede ser declarar la huelga o declarar la guerra.

Tercera, ¿Cómo se puede introducir una tercera persona en la situación para apoyar los intereses propios? La alternativa puede ser mediación, arbitraje o tribunal. Cuando se haya creado un conjunto de alternativas posibles, elegir la que mejor satisfaga los intereses. Cuando se está en medio de la negociación, pensar en el MAAN: «Si las cosas van mal, tengo otra salida».

Promover el MAAN, si éste no es muy sólido hay que tratar de mejorarlo. Si por ejemplo está vendiendo su casa, no se conforme con un potencial comprador que dice estar interesado, siga buscando otro comprador. Si hay riesgo de que alguien se quiera apoderar de su empresa, busque compradores o considere la posibilidad de conseguir un crédito para poder conservarla.

Decidir si se debe negociar, una vez que se tiene el MAAN es el momento de preguntarse si se debe negociar. Puede suceder que el MAAN sea mejor que cualquier solución a conseguir con la otra parte, todas las negociaciones tienen costes económicos, de tiempo y de esfuerzos, por lo que se debe considerar cuidadosamente la decisión.

También puede ser que el MAAN esté sobrevalorado, muchos empresarios, por consejo de asesores demasiado confiados, no han llegado a una negociación, y terminaron en los tribunales donde su MAAN carecía de valor. Con mucha frecuencia se descubre que el MAAN no es tan bueno como se creía, pero el hecho de saber con anterioridad que la propia alternativa no es demasiado buena, debe obligar a trabajar para lograr el acuerdo.

18. URY, W., *¡Supere el No!*, Grupo Ed. Norma, Bogotá, 1997, págs. 19-23.

Identificar el MAAN de la otra parte, puede ser tan importante como el propio, y ayuda a hacerse una idea del reto al que se enfrenta, además de desarrollar un acuerdo que sea superior al MAAN de la otra parte, y no subestimar o sobreestimar la otra alternativa.

Si el MAAN de la otra parte es emplear la coacción, se puede preparar con anticipación a contrarrestarla. Si la propia empresa corre peligro de caer en otras manos, se puede aprobar alguna reforma en los estatutos para dificultar una adquisición hostil.

ANÁLISIS DE CONFLICTOS DE ZEIGLER¹⁹

Relación existente antes del conflicto

Tipo de relación	Compañía/Cliente Empresario/Trabajador Amigos Parientes Vecinos Miembros de la misma iglesia
Calidad de relación	Excelente/Buena/Regular/Pobre
Frecuencia de la interacción	
Otras indicaciones	
Necesidad de mantener una buena relación	

Fases en un conflicto

1. Origen —se origina un conflicto, un malentendido, una irritabilidad, una falta de satisfacción, una dificultad.

2. Reconocimiento —Se reconoce por una o varias partes que existe un problema y se reconoce un deseo inicial para resolverlo.

¹⁹ ZEIGLER, J. W., *The Mediation Kit*, John Wiley and Sons. Inc., Nueva York, 1998, págs. 125 y ss.

3. Queja —Una parte informa verbalmente a la otra sobre el problema.
4. Respuesta —la parte que recibe la queja, responde en alguno de los siguientes modos:
 - (a) escucha y no responde
 - (b) analiza el problema
 - (c) no cree en la queja
 - (d) se pone a la defensiva
 - (e) intenta autojustificarse
 - (f) niega el papel que se le otorga
 - (g) le quita importancia
 - (h) culpa a la otra parte o a un tercero
 - (i) expresa su acuerdo de que hay un problema e intenta buscar soluciones.
5. Discusiones —Las partes iniciarán un diálogo
6. Negociaciones informales —ofertas y propuestas informales y contrapropuestas podrían tener lugar en este momento. Normalmente, las partes no son conscientes de que están negociando.
7. Freno —las discusiones y las negociaciones informales no llevan a resolver la propuesta o a algún progreso significativo. Se llega a un momento sin salida.
8. Demanda —amenazas.
9. Respuesta a la demanda —ejemplos: aceptación; rechazo total; acuerdo parcial o contra amenazas.
10. Decisión de acción —Una o más partes deciden que las discusiones, negociaciones, demandas y respuestas no los van a llevar a un acuerdo satisfactorio sin el apoyo de una resolución asistida.
11. Resolución asistida.
 - (a) Mediación: las partes mantienen la capacidad para llegar a decisiones. Se dejan ayudar por un mediador para facilitar los esfuerzos. Una mediación con éxito resuelve el conflicto, si no tiene éxito el conflicto se resolverá a través de arbitraje o de los tribunales;
 - (b) Arbitraje: Las partes acuerdan nombrar un árbitro para que dicte un laudo obligatorio y final. El arbitraje resuelve el conflicto;
 - (c) Proceso ante tribunales: una de las partes decide demandar a la otra ante los tribunales

12. Fin del conflicto —El conflicto debería estar finalizado a estas alturas.

Relación existente tras el conflicto

La relación entre las partes se verá afectada por cómo ha sido resuelto el conflicto. La manera de haberlo llevado tendrá mayor influencia que el resultado mismo.

Los acuerdos tras negociaciones informales o mediación tienden a dejar las relaciones tal como estaban o incluso a reforzarlas. Los acuerdos tras arbitrajes o procesos ante tribunales tienden a finalizar las relaciones.

Índice de indicadores de mediación de Zeigler

1. Ha habido conflicto desde hace tres meses o más
2. Hace más de dos meses en que las partes han tratado de resolver el conflicto
3. Las partes hablan con terceros sobre el conflicto pero no entre ellas
4. Las llamadas telefónicas o las cartas no se contestan
5. Las partes no pueden comunicar entre sí con comodidad y podrían necesitar la asistencia de un mediador debidamente formado
6. Hay más de dos partes, por lo que un mediador podría ser útil para reunir las a todas
7. Una de las partes está siendo poco realista o poco razonable.
8. Vd. o la otra parte no han acudido todavía a un abogado pero tienen intención de hacerlo si el conflicto no se resuelve pronto.
9. Las relaciones entre las partes (miembros de la misma familia, socios comerciales, vecinos) se podrían ver seriamente dañadas por un proceso ante los tribunales
10. Esta Vd perdiendo oportunidades o dinero mientras no se resuelve el conflicto
11. El conflicto está interfiriendo con su vida o negocio
12. Amigos de la parte contraria opinan que su amigo nunca mediará: normalmente significa que el asunto debe ser mediado inmediatamente.

Ayuda para decidirse: Mediar o no mediar

Conflicto:

Factores que desaconsejan la mediación

En un caso penal

Sería conveniente una interpretación oficial de la ley

Factores que aconsejan la mediación

Las partes necesitan mantener una relación

Las partes necesitan evitar la pérdida de tiempo

Es menos costoso que un proceso ante los tribunales

Desea mantener abierta la posibilidad de decidir si está de acuerdo con el resultado

Es importante la confidencialidad

ETAPAS²⁰

1. Localización de los hechos y aislamiento de los problemas

En la primera etapa del proceso, al empezar la mediación, el mediador debe entregar a las partes un convenio o acuerdo de Mediación y de Confidencialidad, el siguiente puede servir como ejemplo.²¹

ACUERDO DE MEDIACIÓN Y CONFIDENCIALIDAD

Esta mediación ha sido solicitada por.....

y por

para tratar el tema.....

Las partes saben y aceptan que:

20. FOLBERG y Taylor, cit. pág. 63.

21. LINCK, Delfina, *El valor de la Mediación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, pág. 192.

1. El/los mediador/es es/son tercero/s imparcial/es, que no representa/n a ninguna de las partes ni durante ni después de la mediación.

2. Cualquiera de las partes puede en cualquier etapa poner fin a la mediación; también puede/n hacerlo el/los mediador/es si considera/n que no se podrá arribar a un acuerdo viable.

3. Si durante el curso de la mediación el/los mediador/es toma/n conocimiento de la tentativa o comisión de un delito de acción pública, queda/n automáticamente relevado/s del deber de confidencialidad y deberá/n actuar de conformidad con las leyes respectivas.

4. Las partes conocen y aceptan que todo lo que se manifieste durante la mediación será confidencial, lo que significa que el/los mediador/es no podrá/n ser llamado/s como testigo/s en ningún proceso posterior entre las partes o con un tercero para declarar sobre los hechos que haya/n conocido en el curso de la mediación y que las partes asumen el compromiso de guardar estricta confidencialidad respecto de los hechos, informaciones e instrumentos de los que tomaren conocimiento con motivo de la mediación, aún con posterioridad a la finalización de ésta.

Asimismo el/los mediador/es se compromete/n a no revelar a la otra parte lo que se le/s relate en el transcurso de las reuniones privadas, a menos que se lo/s releve del deber de la confidencialidad.

FIRMA:
ACLARACIÓN:
FIRMA:
ACLARACIÓN:
FIRMA:
ACLARACIÓN:

FIRMA:
ACLARACIÓN:
FIRMA:
ACLARACIÓN:
FIRMA:
ACLARACIÓN:

Una vez comprendido, comentado y firmado el acuerdo, comienza la primera etapa de creación de estructura y confianza que es básica para que el mediador pueda proporcionarlas a las partes y fomentar su participación activa. El mediador interviene por opción directa de las partes, pero éstas pueden acudir a la mediación como un mal menor para tratar de evitar consecuencias negativas como un juicio. En este caso pueden responder

con resistencia, lo que requerirá un esfuerzo adicional del mediador para crear entendimiento. Tendrá que evaluar sus actividades y disposición, además de conseguir información sobre las percepciones de las partes y sus expectativas.

Esta etapa debe utilizarse también para conseguir información esencial como:

- Motivaciones para recurrir a la Mediación.
- Acontecimientos y antecedentes que dieron lugar al conflicto.

Hay que tener en cuenta también el estilo de los participantes (complaciente, competitivo, esquivo, conciliador, colaborador) y poder distinguir si está fingiendo. Además del estado emocional de las partes, conocer las eventuales medidas para procesos legales, verificar si el problema que se plantea es manifiesto u oculto, y las motivaciones de las partes.

También es conveniente tratar criterios como revelación de información dentro de la mediación, respeto de la confidencialidad, asegurar la neutralidad del mediador, honorarios y formas de pago, duración de las sesiones, forma de actuación del mediador en caso de que las partes se sientan incapacitadas para tomar decisiones en alguna etapa de la mediación y previsión de medidas en caso de proceso legal.

Para localizar los hechos y poder aislar los problemas, las partes deben tener información por igual y entender a fondo el o los problemas. Este es el momento de descubrir los hechos importantes y aislar los problemas reales.

El mediador debe determinar los conflictos manifiestos y los ocultos en base a la situación del conflicto, la duración del mismo, la intensidad de los sentimientos de las partes y la rigidez de sus posiciones. Por ejemplo, en el caso de una mediación por custodia de hijos, el problema emocional de la madre puede ser «¿qué clase de madre abandonaría a sus hijos?», y el del padre «¿no es justo que se queden con ella!». Por lo que los verdaderos problemas suelen ser tanto de índole interactiva como interpersonal.

El resultado ideal sería poder llegar a un acuerdo en el que puedan basar su vida. El mediador debe actuar como un guía turístico que les aconseje cuáles son las cosas realmente importantes que deben ver. Hay que evaluar incluso la falta de participación, ya que puede constituirse en

una barrera insalvable. La etapa terminaría cuando el mediador sepa en qué punto se encuentra el conflicto, pero es posible que se necesiten varias sesiones tanto conjuntas como privadas.

Llegado el momento, el mediador les informará de los objetivos y estrategias para llegar a la meta y son los participantes quienes deben determinar si van a intentar resolver sus problemas. Si una de las partes tiene una postura negativa o no colaborativa, es posible decidir la suspensión de la mediación.

2. Opciones y alternativas²²

Esta etapa debe iniciarse con una pregunta fundamental: «¿Cómo se puede hacer lo que Vds. desean en la forma más efectiva?». Las partes deben colaborar en las respuestas, el mediador hacer una lista de las mismas y recordarles cuáles van a ser los criterios de evaluación de dichas opciones para desarrollar alternativas. Los criterios podrían ser:

- Necesidades de las partes y otras personas que se vean afectadas por la decisión.
- Proyectar acontecimientos pasados al futuro, como predicción de hechos factibles.
- Aspectos económicos y/o sociales que pueden afectar una opción.
- Normas legales, financieras, obstáculos, límites.
- Nuevas personas y situaciones posibles de prever.
- Cambios predecibles.
- Otros criterios sujetos a situaciones específicas

Dollar y Miller establecen tres categorías de conflictos:

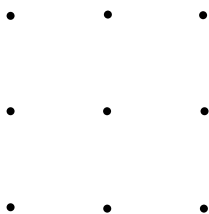
- Aceptación/aceptación
- Aceptación/rechazo
- Rechazo/rechazo

El primero caso se refiere a que ambas opciones son igualmente atractivas pero sólo se puede elegir una aunque se deseen las dos. En el segun-

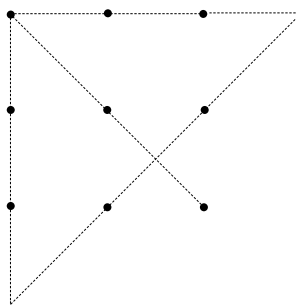
22. FOLBERG, cit. pág. 65.

do, se desea una opción pero no debe tenerla porque razones del mismo peso y fuerza se lo impiden. El tercer caso es de aversión a ambas opciones teniendo que optar por una de ellas.

Hay que actuar con creatividad y tratar de ampliar el campo de las alternativas. Como ejemplo puede servir el caso de un cuadrado con nueve puntos:



Con una sola línea hay que pasar por todos ellos. Para eso necesariamente hay que salirse del cuadrado, ampliar el terreno, utilizar la creatividad, agrandar el pastel para que las raciones sean mayores.

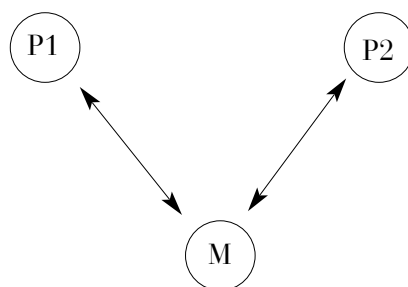


Todo lo anterior puede ayudar a las partes a dar opciones que no conocían ni deseaban a priori, e incluso el mediador puede sugerirles un «brainstorming» o tormenta de ideas, para llegar a la mayor cantidad posible de alternativas.

En esta parte, la más creativa y colaborativa, aún cuando parezca que ya hayan salido todas las opciones posibles e imaginables, el mediador

puede plantear situaciones hipotéticas y después preguntar: «¿Qué tal si...?». De todas formas el mediador debe ser plenamente consciente de su responsabilidad ética al facilitar nuevos puntos de reflexión y al orientar a las partes.

El comportamiento de comunicación en las dos primeras etapas, se da entre la parte 1 y el mediador, la parte 2 y el mediador. Las partes no se suelen comunicar entre ellas, es el mediador quien traslada, transmite y parafrasea lo dicho por cada una de ellas:

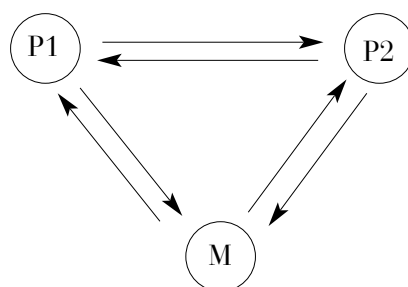


3. Negociación y decisiones

El hecho de presentar diferentes opciones, no necesariamente ayuda a las partes, a veces incluso las confunde. Un número elevado de personas no está capacitada para manejar muchas alternativas contemporáneamente. En estos casos hay que utilizar formas sencillas de negociación como el cambio o canje: «te daré lo que tú quieres, si tu me das lo que yo quiero», con lo que las opciones que permanezcan deben someterse a negociación.

La etapa de negociación y toma de decisiones, es el momento en que las partes observan la realidad y las consecuencias de las opciones desarrolladas. El mediador debe replantear la negociación y preguntar: «¿Qué opción responde mejor a sus necesidades?», impulsándolas para que cambien de la competitividad a la colaboración y si lo consigue habrá lle-

gado la interacción entre ellos. Si ocurre así el comportamiento de la comunicación en esta etapa sería fluido entre las partes y el mediador:



El mediador debe orientar a las partes para que desarrollen criterios objetivos en la negociación y si es así debe felicitarlos. También puede hacer que tomen decisiones sobre los puntos más fáciles o menos prioritarios, para crear confianza, y producir resultados que lleven a otras decisiones.

Otra técnica para motivar la toma de decisiones, puede ser la negación de acceso a una decisión por parte del mediador, sugiriendo una diferencia insalvable. La parte suele reaccionar de inmediato para recuperar su protagonismo en la Mediación. En ese momento se les reconfirma que son ellos quienes deben elegir las opciones y vivir con ellas, lo que contribuye a un clima positivo para la toma de decisiones.

Hay un momento difícil para el mediador cuando las partes le piden consejo, él no debe tomar decisiones pero puede recordarles datos, estadísticas, o patrones generales. No debe decir «Lo siento no puedo aconsejarles», porque puede tender a romperse la comunicación, pero puede hacer comentarios y recomendaciones generales o ejemplos.

Las categorías del conflicto, aceptación/aceptación, rechazo/rechazo y aceptación/rechazo, pueden ir cambiando en las diferentes etapas y hay que tenerlas en cuenta especialmente en ésta, ya que describen el tipo de conflicto interno y los problemas que puedan estar sufriendo en la etapa de toma de decisiones, creando ambivalencia y estancamiento.

Llegados a este punto, en la mayoría de los casos las partes reconocen que para terminar con la presión del conflicto, deben elegir una opción

que a su vez los librerá de la presión del conflicto. El mediador debe poder evaluar la disposición de las partes antes de seguir o cerrar esta dura etapa y saber tratarlos cuando todavía no están preparados para las decisiones.

4. Redacción del acuerdo

Desde que comienza la etapa del acuerdo es conveniente tener una lista con los puntos más importantes a tener en cuenta en la fase de redacción del mismo. Puede servir el siguiente ejemplo de Delfina Linck²³

MEMORANDUM PARA EL RECUERDO

- HECHOS RELEVANTES:
- ANTECEDENTES:
- QUÉ SE ACORDÓ:
- COMPROMISOS QUE SE ASUMEN:
 - PARTE A:
 - PARTE B:
 - ¿CUÁLES?
 - ¿CUÁNDO?
 - ¿CÓMO?
 - ¿DÓNDE?
 - ¿PARA QUÉ?
- OBSERVACIONES O CLÁUSULAS ADICIONALES

La función de esta etapa es redactar un documento o acuerdo con las decisiones tomadas, sus intenciones y conducta futura, con una redacción comprensible, de lectura fácil y que pueda ser revisado si rebrotaran los problemas. El mediador es el encargado de organizar, registrar y reflejar con precisión las decisiones tomadas.

Las partes pueden sentir la necesidad de transcribir su propia versión para que se ajuste mejor a su idea, y el mediador les puede entregar un modelo en el que basarse. Esta técnica es recomendable sobre todo en los

23. Cit. pág. 193.

casos en que haya habido tensión y desacuerdos en las opciones, por lo que esta participación activa evita actitudes pasivas o agresivas, además de tener que hacer muchas revisiones en la redacción del acuerdo.

Sin embargo esta técnica no se recomienda en el caso de que las partes quieran llegar a una rápida conclusión como una forma de terminar con las tensiones y el conflicto. Obviamente tampoco es recomendable en el caso de participantes que carezcan de habilidades o no estén preparados.

El acuerdo debe incluir además de los puntos acordados mutuamente, para su revisión legal, también un apartado referido a posibles revisiones y procedimientos futuros. Deben darse a las partes copias del borrador, y suele ocurrir que soliciten comentarlas con otras personas (familiares, amigos, compañeros de trabajo, abogados) en cuyo caso hay que citarlos para una sesión posterior.

Cuando existen conflictos ocultos que no habían aparecido anteriormente, suelen aflorar en este momento, ya como conflicto manifiesto, por la redacción de un punto o párrafo que se refiere al conflicto oculto. En estos casos se requiere una gran habilidad del mediador, poniendo en marcha técnicas de reflexión, análisis, síntesis y preguntas abiertas. Además deber resistir su impulso a terminar el acuerdo, ya que no debe asumir sólo la responsabilidad de la redacción del acuerdo final. Las partes deben percibir que el mediador no tiene otro interés en el resultado, más allá del puramente profesional.

Cuando las partes, con o sin abogados, están de acuerdo, se pasa éste en limpio, se firma y se distribuyen las copias definitivas. En ocasiones es apropiada una pequeña ceremonia de celebración con un brindis o un café, para felicitarse por el duro trabajo realizado y el éxito de las partes. Una vez firmado, se convierte en contrato legal que puede ser elevado a público y sujeto a cumplimiento ante los tribunales.

Como ejemplo de Acuerdo en esta etapa, puede servir el siguiente de Mediación y Custodia²⁴:

24. FOLBERG y TAYLOR, cit. págs. 329 y 330.

SERVICIO DE MEDIACIÓN Y CUSTODIA
CUSTODIA CONJUNTA, CONVENIO DE DIVORCIO Y SEPARACIÓN. MEDIACIÓN
DE CUSTODIA. ALISON Y. TAYLOR, M. A. Mediador/Consejero

1. Convienen voluntariamente en cooperar con el proceso de mediación, reduciendo los patrones deficientes de comunicación como ataques personales y arrebatos de cólera, y apegándose a los problemas más inmediatos. Ambos participarán activamente en la búsqueda de opciones justas y factibles.

2. Durante las sesiones, los participantes trabajarán para resolver solamente aquellos problemas que aún no se han decidido, o en desavenencias en las siguientes áreas.

_____ Separación física _____ Custodia de los hijos _____ Manutención conyugal _____ Convenio sobre los bienes _____ Visitas _____ Planes de contingencia _____ Planeación de los fondos para impuestos _____ Manutención de los hijos _____ Procesos legales _____ Otros:

3. Los participantes celebrarán sesiones privadas con el mediador cuando se soliciten mutuamente con el propósito de mejorar el entendimiento del mediador acerca de la posición del participante. La información obtenida a través de sesiones privadas podrá compartirse en sesiones conjuntas a menos que el participante desee que se mantenga confidencial.

4. El mediador llevará un seguimiento de los problemas que estén *abiertos* (no resueltos), y *cerrados* (en los que se haya alcanzado una decisión tentativa aceptable para todos). Una inversión en las posiciones se explorará en profundidad, de tal manera que las decisiones no se tomarán con el único objeto de «salir del paso», o aliviar sentimientos incómodos.

5. El proceso de mediación se determinará como en un momento de diferencia insalvable, si:

- a. El mediador lo declara, debido a:
 - 1. Incumplimiento de las reglas.

2. Participación incompleta.
 3. Falta de preparación personal.
 - b. Un participante declara una diferencia insalvable, y el mediador concuerda (razones procedentes).
 - c. Tres sesiones no han dado lugar a un avance substancial.
6. Una diferencia insalvable se manejará en una o más de tres formas:
- a. Terminación absoluta del caso por parte del mediador.
 - b. Los participantes deben recibir otros servicios (consultoría, legal).
 - c. Deben presentarse acontecimientos específicos antes de salir adelante (cambio de ubicación, empleo).
 - d. Reprogramación de los participantes cuando estén listos para reanudar.
 - e. Retiro de los participantes de la mediación por escrito.
7. Los participantes serán puntuales, y llamarán si piensan que van a retrasarse más de 10 minutos. La cancelación o reprogramación requiere por lo menos _____ horas previo aviso, o puede añadirse a la cuenta el precio de una hora.
8. Cada participante proporcionará toda la información que el mediador requiera con el objeto de discutir los problemas abiertos, reabrir los problemas cerrados o determinar las opciones apropiadas. La relación incompleta puede invalidar los convenios.
9. Los niños, u otras personas directamente afectadas por los problemas que se están sometiendo a mediación, acudirán a las sesiones conjuntas si el mediador piensa que su presencia es necesaria. Los abogados y asesores legales pueden estar presentes, siempre y cuando su participación fomente el proceso de mediación, y siempre y cuando el mediador y otros participantes hayan recibido aviso previo.
10. Entre las sesiones de mediación, y antes de finalizar un convenio, los participantes tienen el apoyo para consultar con abogados en lo que se refiere a sus derechos y obligaciones legales.
11. En caso de que se requiera un período de juicio para determinar lo adecuado de una opción, los participantes registrarán sus términos por escrito antes de su inicio, y continuarán o suspenderán la mediación

durante el período del juicio, según lo determine el mediador. Estos períodos de juicio no perjudicarán convenios o decisiones posteriores.

12. El primer borrador del Plan de Mediación, antes de que sea firmado, se considerará una copia de trabajo para los propósitos de la revisión y análisis de los participantes. Los participantes no pedirán al mediador que testifique en trámite legal alguno referente a los problemas comprendidos en la mediación. No se llevará a cabo grabación auditiva o visual de la sesión, sin previo consentimiento del mediador y de los demás participantes.

13. Ambos participantes convienen en suspender o abstenerse de iniciar trámite de tribunal uno contra el otro, en cuanto a asuntos relacionados con los de la mediación mientras se estén celebrando las sesiones, o hasta que (1) el plan de mediación se haya firmado por ambas partes; (2) un participante se haya retirado, notificándolo por escrito; (3) el mediador haya declarado una diferencia insalvable. Excepciones: órdenes de restricción; petición de disolución.

14. En todos los problemas, el mejor interés de los hijos de los participantes constituirá la consideración principal para selección de opciones.

Estas reglas me fueron explicadas y convengo en apegarme a ellas:

Expliqué estas reglas a los participantes, y ellos convinieron mediante sus firmas, ante mi presencia.

5. Revisión y proceso legal

Esta etapa es sólo necesaria cuando los conflictos resueltos en la Mediación están en relación con la sociedad. Esta parte y su puesta en marcha sólo son parte de la Mediación si están condicionadas por elementos externos a la Mediación en sí misma, ya que la responsabilidad, el poder

y el control no están en manos de las partes ni del mediador y por lo tanto intervienen otros factores ajenos a ellos.

La revisión y el proceso legal, sería una situación de vigilancia para el cumplimiento de las etapas anteriores, al someterse el acuerdo a instancias superiores que verifican y legitiman. Es conveniente presentar el acuerdo a un asesor legal antes de entregarlo en el tribunal, y según los casos, a superiores, sindicatos, directivos, ejecutivos, ect. para su ratificación.

Un ejemplo de esta etapa, es el que dan Folberg y Taylor:²⁵

Esta necesidad de someter el plan trazado por mediación para conocimiento de los superiores de los participantes dentro de la jerarquía de la organización, se explica en el siguiente ejemplo. En un gran hospital se han venido presentando problemas entre el personal, que interfieren con el cuidado de los pacientes. Los administradores están ansiosos por resolver este conflicto de una manera rápida. A pesar de que han intentado contribuir en forma positiva a través de un proceso de asesoría, el conflicto permanece. Para ellos es imposible asumir el papel de mediadores efectivos, porque el personal siente que tiene prejuicios. La jefa de enfermeras llamó a un mediador, y le informó que los problemas se deben a que un grupo informal de enfermeras casadas se rehusa a trabajar en otros turnos que no sean de las 8 a las 4, a pesar de la extrema necesidad que existen en el hospital de llenar las «brechas» entre la media noche y las ocho de la mañana. Las enfermeras solteras tiene un gran resentimiento hacia las casadas, y, a su vez, se han negado a trabajar en el turno de la brecha. Sus razones para rehusar son que durante los últimos años se han sentido presionadas para llenar las vacantes. En su opinión, la contribución debería ser equitativa. El conflicto manifiesto entre estos grupos reside en decidir cuál es el número de enfermeras que debe solicitarse para llenar los espacios vacíos. Los conflictos ocultos consisten en la división de las enfermeras por causa de su estado marital, y en el juicio de todas las enfermeras en lo que se refiere a la responsabilidad profesional hacia los pacientes.

El mediador debe intentar de inmediato que cada uno de los grupos le confirme si los nombres que le proporcionó la jefa de enfermeras en realidad

25. Cit. págs. 77 y 78.

representan las facciones de casadas y solteras, respectivamente, y que sus decisiones van a recibir el apoyo de todos los miembros de los grupos respectivos. Otros aspectos que deben ser confirmados, son: si la participación en la mediación es realmente voluntaria, si la administración va a cooperar en cuanto a los cambios de horario que pueden surgir a través de la mediación, si dichos cambios van a requerir la ratificación de los abogados y el consejo de directores del hospital, lo que va a ocurrir si se rehusan a ratificar los acuerdos obtenidos, y si la mediación se va a realizar confidencialmente, o si se va a dar a conocer a través de los medios de comunicación.

Antes de comenzar el proceso de mediación con los participantes, es indispensable que todos los interrogantes se resuelvan por escrito, o mediante una investigación del mediador. En este ejemplo, el abogado, que trabaja para el hospital, puede actuar como consejero legal en ciertos puntos del proceso de mediación, dando asesoría a los participantes en lo que se refiere a los requisitos y consecuencias legales de las opciones (como por ejemplo reglamentos que prohíben la discriminación con base en el estatus marital).

Si el consejo de directores del hospital tiene una política de ratificación de convenios obtenidos por mediación (a menos de que éste viole otras políticas del hospital, la ley o restricciones éticas), la mediación se considerará el medio preferido de resolución de conflictos para esta situación. Por lo tanto, es posible llevar a cabo, tanto la revisión legal (a través del abogado), como el proceso legal (a través del consejo de directores).

6. Puesta en práctica

Como la anterior, esta etapa está fuera de la mediación, y se trata de que las partes intentan poner en práctica el acuerdo de lo conseguido, cuyo seguimiento corresponde a las partes, aunque pueden pedir ayuda adicional al mediador. A pesar de la intención de las partes de someterse a los términos del acuerdo, no siempre es fácil y sus propósitos pueden verse alterados por problemas nuevos o imprevistos. El mediador debe estar disponible para intervenir a la primera dificultad de la puesta en práctica, ya que si se había establecido una relación de confianza, el mediador puede aconsejarles e incluso recomendar a alguien que pueda proporcionarles ayuda adicional.

Para evitar estos problemas predecibles en el transcurso de la mediación, se pueden entregar a las partes datos y descripciones de las dificultades con la que se pueden encontrar con la puesta en práctica, de forma que sepan que no les ocurre solamente a ellos.

Depende del mediador recomendar un seguimiento rutinario, que puede ser de una vez al mes, para ir dilatándolo en el tiempo, aunque no todos los conflictos se prestan al seguimiento, y la flexibilidad de la Mediación permite analizar y revisar el acuerdo, por eso es única en los procesos de resolución de conflictos.

La flexibilidad de la mediación permite además establecer un programa con una serie periódica de sesiones, con una duración concreta o una sola sesión que dure el tiempo necesario para que se cubran las primeras etapas que se han visto. Estos programas son:

- Periódicos: varias sesiones a intervalos regulares.
- Maratón: una sesión continua hasta que el acuerdo quede claro y por escrito, que pueden durar varias horas.
- Crisis: como el anterior es solamente una sesión pero de corta duración, que cubre solamente los problemas de la crisis.

ESTRUCTURAS DEL PROCESO DE MEDIACIÓN SEGÚN VARIOS AUTORES.

Se empieza con una estructura genérica de Robert Benjamin, según Sara Horowitz²⁶

ETAPA	TAREA
I. PRE-MEDIACIÓN	• Identificar a las partes necesarias. • Determinar la relativa autoridad de las partes para llegar a un acuerdo. • Guiar a las partes para que consideren la mediación.

26. Cit. págs. 155 y 156.

II. SESIÓN DE MEDIACIÓN («EN LA MESA»)

1) *Decisión de mediar*

Qué es la mediación

Reglas para mediar

- Acuerdo para mediar
- Compromiso con el proceso
- Brindar información suficiente para que las partes decidan mediar.
- Reglas para mediar.

2) *Estructura del proceso*

Hechos de la disputa

Daños / pérdidas

Gastos / costos

Establecer un cronograma de las cuestiones

- Escuchar las historias/hechos de las partes.
- Distinguir las cuestiones personales de las comerciales.
- Resumir, clarificar y equilibrar las perspectivas.
- Enmarcar las cuestiones susceptibles de resolución.
- Identificar áreas de acuerdo.

3) *Discusión y negociación*

Evaluar intereses de cada parte

Hacer causas con las partes

- Establecer el formato de la negociación
- Averiguar los intereses subyacentes
- Generar y probar opciones
- Hacer uso de caucus o privadas.

4) *Cierre y/o confirmación del entendimiento*

- Preparar un memorándum de entendimiento
- Someterlo a revisión del abogado

III. POST MEDIACIÓN

- Revisar el memorándum de entendimiento
- Modificarlo de ser necesario
- Evaluar el acatamiento

Por su parte, Roberto Bianchi,²⁷ expone los siguientes modelos de estructuras: Acland²⁸

Consta de 9 etapas:

1) Preparación. Diseño del proceso.

El mediador planifica su estrategia para conseguir que las partes:

—entiendan el objetivo de la mediación, que es un proceso eficaz para alcanzar un acuerdo, si ello es posible y deseable, para que las partes se comuniquen, el orden como hablen, la clase de lenguaje que usan;

—se traten con respeto en un plano de igualdad, y como personas que van a resolver juntas el problema en lugar de sentir que son adversarios;

—aborden los problemas fundamentales con una actitud comprensiva hacia las necesidades e intereses legítimos del otro;

—presenten nuevas ideas para desbloquear situaciones;

—elaboren acuerdos duraderos.

2) Alrededor de la mesa de negociaciones. Reunir a las partes en conflicto.

Dicha reunión, sea ella física o a través de comunicaciones por teléfono u otro medio, depende de las características de la relación entre las partes. En esta etapa se firma el acuerdo para la mediación, más frecuente en las disputas comerciales que en las comunitarias o intra-organización. En la reunión física Acland prefiere la mesa redonda, con las partes sentadas en ángulo de 90 grados, es decir, sin enfrentarse directamente. El mediador se sienta frente a ellas, para desviar hacia sí los ataques que las partes se dirijan la una contra la otra.

3) Interviene el mediador.

a) El mediador da su discurso de presentación, que incluye la bienvenida y el agradecimiento a las partes; explica el objetivo de la mediación; destaca su voluntariedad y también el carácter voluntario del acuerdo;

27. BIANCHI, R. cit, págs. de 70 a 81.

28. ACLAND, Andrew, *Cómo utilizar la Mediación para resolver conflictos en las negociaciones*, Paidós, Barcelona, 1993.

recuerda que se ha recomendado contar con asesoramiento legal; resalta su imparcialidad y su falta de interés en el acuerdo (si surgiera, el mediador se retirará inmediatamente del proceso); destaca que él puede decidir dar por terminado el proceso sin dar explicaciones (lo hará en caso de manifiesta imposibilidad de acuerdo, falta de buena fe, o amenaza e violencia física); resalta la confidencialidad del proceso y su imposibilidad para declarar como testigo; informa a las partes que deben manifestarle si lo revelado por ellas a él en sesiones individuales debe mantener carácter confidencial, y en qué circunstancias puede ser revelado a la otra parte; declara que si tiene evidencia de delitos cometidos, la mediación concluirá de inmediato y él deberá informar a las autoridades; establece el rol a desempeñar por los abogados durante la mediación; decide los problemas que puedan surgir cuando existen partes con distintos integrantes.

b) Da la palabra a las partes para que presenten el caso, indicando antecedentes, origen, cómo y por qué las afecta la disputa, qué les gustaría que sucediera. En lo posible el mediador tratará de que las partes no se atrincheren en sus posiciones y de que hablen más desde el sentimiento que desde la exigencia.

c) Decisión sobre sesiones privadas o continuación de las conjuntas.

4) El desahogo. Dar curso a las emociones. Ayudar a las partes a comunicarse.

Esto significa:

- que las partes se escuchen con atención;
- que hablen con claridad y determinación;
- que tengan una actitud abierta a la presentación de información e ideas nuevas;
- disposición a dejarse persuadir;
- aceptar a la otra parte como un igual.

5) Del caos al orden. Crear el clima.

Es una etapa de exploración, una vez superado el momento de expresión emocional, para determinar las bases ulteriores; se trata de diagnosticar la personalidad de las partes y de establecer pautas de comunicación adecuadas, incluyendo la comunicación no-verbal.

6) Establecer los intereses y las necesidades ocultos detrás de las posiciones.

Los intereses surgen como respuestas a las preguntas «¿Qué?» y «¿Por qué?». Los intereses son lo que las partes quieren efectivamente conseguir. Las necesidades son «los requerimientos humanos absolutos que apuntalan los intereses que expresamos».

7) Derribar las barreras. Generar ideas para resolver los problemas. Elaborar varias propuestas posibles.

Debe atenderse a las ideas de las propias partes, tal como las expresan. Se les pide que las anoten. Eventualmente que las formulen en un plano ideal. Se les solicita que efectúen una evaluación de la ideas atendiendo a su eficacia, perdurabilidad, efecto y costes. Puede hacer preguntar abiertas del tipo «qué», «quién», «dónde», «por qué», «cuándo» que permitan sacar a la luz datos nuevos, sentimientos y actitudes entre determinadas ideas. Hay que formular la pregunta «¿qué pasaría si...?». Se puede aplicar la técnica del *brainstorming*. Muchas veces debe ampliarse el temario o agenda de discusión, para aumentar el «tamaño de la torta» que perciben las partes.

8) Poner en práctica esas ideas. Elaborar la propuesta correcta.

Debe instarse a que las propuestas se formulen para que, siendo aceptables para una de las partes, lo sean también para la otra. La propuesta debe ser operativa, es decir, susceptible de aplicación práctica, y aceptable también para personas ausentes involucradas.

9) Ponerlo por escrito. Formalizar el acuerdo.

*Folberg y Taylor*²⁹

Este modelo se presenta como un «megaproceso», de utilización en todo tipo de situaciones. Cada etapa tiene tareas separadas, pero no necesariamente se ejecutan todas en cada caso.

1) Inicial. Creación de confianza y estructura.

A) Presentación.

29. Cit. pág. 49.

- B) Discurso inicial del mediador.
- C) Confirmación de los datos del caso.
- D) Presentación de las partes.
- E) Discusión de expectativas o posiciones (cada una de las versiones de los hechos).
- F) Revisión de los criterios de mediación (se recuerda la necesidad de ordenar el procedimiento).
- G) Revisión y firma del contrato de servicios de mediación, y de los honorarios pactados. Aquí se declaran las cuestiones de si habrá sesiones individuales, condiciones de reserva de información, confidencialidad, duración de sesiones, etcétera.
- H) Discusión de los pliegos de trabajo (se entrega material escrito con la forma en que se desarrollará la mediación).

2) Determinación de hechos y aislamientos de problemas.

Se utilizan los siguientes criterios: ubicación del conflicto, duración del conflicto, intensidad de los sentimientos al respecto, y rigidez de las posiciones.

3) Creación de opciones y alternativas.

Se trata de responder a la pregunta «de qué manera es posible hacer lo que se desea en la forma más efectiva». Folberg y Taylor sugieren partir de los siguientes criterios para desarrollar alternativas:

- A) Necesidades de los participantes y otras personas que se verán afectadas por la decisión.
- B) Proyecciones de acontecimientos pasados al futuro (predicciones de hechos factibles).
- C) Pronósticos generales sobre aspectos económicos y sociales que pueden afectar una opción.
- D) Normas legales y financieras, obstáculos y limitaciones.
- E) Nuevas personas y situaciones que es posible prever.
- F) Cambios predecibles en cualquiera de estos criterios.

4) Negociación y toma de decisiones.

5) Esclarecimiento y relación de un plan.

Redacción de un documento de trabajo en el que consten las intencio-

nes, decisiones y conducta futura de los participantes, bajo la forma de un plan de acción, es modificable de acuerdo a la realidad del momento. El documento se entrega para la revisión. El mediador no debe adelantarse para precipitar la firma de un acuerdo.

6) Revisión legal y procesamiento (etapa formalmente no necesaria en todos los casos).

Los acuerdos alcanzados se someten a procesos socialmente aceptados, que los formalizan y exteriorizan socialmente.

7) Puesta en práctica, análisis y revisión (etapa formalmente no necesaria).

Pueden surgir problemas de la propia implementación del acuerdo alcanzado.

Etapas de seguimiento, vía llamadas telefónicas o epistolar. La revisión representa volver a emprender un proceso de mediación en miniatura, que puede comprender las primeras seis etapas.

Todas estas etapas pueden emprenderse en forma sucesiva, en forma de *maratón*, o como *mediación de crisis*.

*Bush y Folger*³⁰

La secuencia que ofrecen los autores no se presenta como un modelo ideal ni como ilustración perfecta de la práctica transformativa, pero sí la consideran útil para mostrar cómo el mediador puede trabajar con las oportunidades de toma de decisiones y reconocimiento.

La actuación del mediador en un caso determinado se ha descrito con los siguientes 27 «movimientos» (El caso es un conflicto entre el dueño de un inmueble y su inquilina que está atrasada en el pago del alquiler):

Movimiento 1. Definiendo la mediación en términos transformativos: el mediador destaca que llegar a un acuerdo no es la única finalidad de la mediación.

Movimiento 2. Permitiendo que las partes decidan si quieren participar. El mediador le dice a una de las partes que es libre de continuar o no,

30. BUSH, Robert y FOLGER, Joseph, *The Promise of Mediation. Responding to conflict through empowerment and recognition*, Jossey Bass, San Francisco, 1994, págs. 139-188.

que la mediación es voluntaria, pero que tiene una oportunidad para exponer aquí y ahora cuáles son las cosas que le molestan, para ver si hay algún modo de considerarlas. El mediador ha promovido su toma de decisiones al decirle a la parte que ella es libre de continuar o no.

Movimiento 3. Permitiendo que las partes decidan si se comprometen con reglas básicas. El mediador no impone la regla de «no interrupción», sino que pregunta a una parte que ha interrumpido a la otra, si acepta la regla. Refuerza así la convicción de que el poder de tomar decisiones lo tienen las partes.

Movimiento 4. Comprobando los acontecimientos pasados para evocar la manera en que una parte ve a la otra. Se exploran modos en que las partes querrían obtener reconocimiento.

Movimiento 5. Similar al 3, pero dirigido al dueño.

Movimiento 6. Paralelo al 4, pero dirigido a la inquilina.

Movimiento 7. Proporcionando un resumen que incluye las preocupaciones de las partes. Resume la discusión, pero promoviendo la toma de decisiones. No elude los problemas y aspectos relacionales. El poder de decisión se refuerza al pedir el mediador ser corregido, en su caso.

Movimiento 8. Enfocar a las partes en elecciones sobre las que deben decidir, pero sin hacerles sugerencias sobre las salidas adecuadas. Sigue otorgando poder de decisión y dándoles oportunidad para el reconocimiento.

Movimiento 9. El mediador decide mantener una reunión privada para promover el poder de decisión y el reconocimiento. Ha comprobado que se necesita que las partes estén más seguras de sí mismas, para que pueden otorgar reconocimiento.

Movimiento 10. El mediador promueve el poder de decisión ayudando a la inquilina a determinar cuáles son sus objetivos y opciones, sin suministrar una orientación. Trata de confrontar esos deseos con la realidad («test de realidad»), ayudándola a hacer sus propias elecciones de manera informada y deliberada.

Movimiento 11. El mediador en la sesión privada evoca los puntos de vista de cada parte sobre sí misma y la otra, y hace surgir oportunidades para el reconocimiento.

Movimiento 12. El mediador ofrece reinterpretaciones posibles acerca de la conducta de la otra parte para evocar el reconocimiento.

Movimiento 13. El mediador permite que la parte controle la discusión de opciones, sin influenciarla.

Movimiento 14. El mediador permite que cada parte tenga igual cuota de control en definir las opciones, con independencia de sus propias presunciones.

Movimiento 15. El mediador explora los puntos de vista de la otra parte, y ofrece reinterpretaciones.

Movimiento 16. El mediador mantiene la evaluación y elección de opciones en manos de las partes, y se resiste a «aprovechar» las oportunidades que se presentan para que se llegue a un arreglo ya.

Movimiento 17. El mediador ayuda en la sesión conjunta a traducir las propuestas de las partes (transición para que las partes se comuniquen directamente sin malos entendidos).

Movimiento 18. El mediador ayuda a las partes a responder a las oportunidades de reconocimiento recíproco que habían surgido durante las sesiones individuales.

Movimiento 19. El mediador resume las posiciones de las partes sobre las cuestiones de sustancia apoyándose en el reconocimiento que ha venido surgiendo.

Movimiento 20. El mediador reencuadra las diferencias entre las partes respecto de cuestiones de sustancia, de modo de mantener el reconocimiento mutuamente acordado.

Movimiento 21. El mediador hace preguntas para ayudar a que las propias partes clarifiquen sus opciones y hagan sus elecciones. No hace mención a opciones que pudieron haber surgido en las sesiones privadas, antes de que las partes mismas las hayan traído a la discusión conjunta.

Movimiento 22. El mediador resume los términos del acuerdo tentativo que parecen haber surgido, pero deja a las partes que ellas mismas lo definan. Sugiere una pausa en la reunión para que consideren lo hecho.

Movimiento 23. Después de la pausa, el mediador permite que surjan a la superficie las posibles preocupaciones del último momento que puedan tener las partes, sin precipitar la conclusión del acuerdo ni presionar a las partes. Aquí se suele marcar una gran diferencia con los mediadores que aplican presión y minimizan las preocupaciones de último momento.

Movimiento 24. Dichas preocupaciones han hecho caer el acuerdo que se vislumbraba. El mediador dice que comprende que las diferencias

mencionadas por las partes son reales, y les pide que no consideren que han perdido el tiempo, porque se exploraron opciones y las mismas partes podrán seguir trabajando sobre eso. De cualquier modo el mediador se permite sugerir a las partes que examinen otras opciones que habían surgido anteriormente y que le parecía que no se había explorado.

Movimiento 25. Ante el *impasse*, el mediador preserva el reconocimiento ya obtenido anteriormente.

Movimiento 26. El mediador les recuerda a las partes el trabajo hecho y les dice que son ellas mismas las que deben seguir evaluando y considerando opciones, entre ellas, volver al centro de mediación: se preserva el poder de decisión ante el *impasse*.

Movimiento 27. Ante un estallido emocional de una de las partes que hace reproches a la otra, el mediador encuadra el valor de esos últimos argumentos y estimula a las partes a que continúen el diálogo.

Puede ser interesante notar que Bush y Folger relatan esta secuencia referida a un caso que, utilizando el enfoque de la satisfacción, se vería como un claro «fracaso», ya que no hubo acuerdo que satisficiera intereses.

Modelo de la mediación como narrativa de historias de Sara Cobb³¹

El modelo parte del supuesto —común a muchas ciencias sociales en la actualidad— que la experiencia se organiza mediante la narrativa; la realidad social se construye mediante el «relato de historias» (*story telling*) o narrativa.

Los conflictos son el producto de la coherencia entre las historias que los refieren. Las historias de conflictos se autoperpetúan porque exhiben clausura (*closure*), básicamente estabilizando ciertos lugares de la narrativa (*sites*) que pudieran comprometer su coherencia.

Otra característica de las narrativas es su «completitud» (*completeness*), que puede variar en grado. Las historias más completas tienden a dominar a las más abiertas.

Por otra parte, de las historias relatadas por turnos en una sesión conjunta de mediación, la relatada en primer término tiende a «colonizar» a

31. BIANCHI, cit. pág. 79, resume un seminario en la Universidad de California, impartido por la Dra. Sara COBB.

las que le siguen. Si las historias de conflictos construyen “teorías de la responsabilidad”, la historia del reclamante (que usualmente toma la palabra en primer término) tiende a absorber a la de quien se defiende (en segundo término), quien casi siempre debe ubicarse dentro del contexto de la primera historia.

Un conflicto, es decir, una historia de conflicto sólo puede ser superada si se «co-construye» una nueva historia común, lo que implica «co-construir» la realidad. Precisamente, para la mediación se aboga por incorporar a un tercero que intervenga activa y conscientemente en la «co-construcción» mediante un ejercicio conjunto de narrativa, junto con las partes.

El modelo tiene como consecuencia que el rol del mediador es jugado (y considerado) como muy activo. Si la realidad se «co-construye» sería ingenuidad suponer que la intervención del mediador es meramente un «catalizador» que sólo se mueve en la dimensión del «proceso», que es aséptica y no intervencionista y que no afecta al «contenido» del asunto.

Por el contrario, la intervención del mediador importa un hecho nuevo y decisivo en la relación con y entre las partes. Efectivamente, el mediador no tiene sólo un control sobre el proceso, sino sobre el contenido o sustancia del asunto. La distinción entre proceso y contenido no puede mantenerse.

La co-construcción mediante la narrativa implica que el mediador se sumerge en la materia misma (discursiva) del conflicto y por lo tanto en la relación entre las partes. Por ello la primera reflexión que genera el modelo es acerca de la supuesta neutralidad del mediador. En realidad, es imposible la neutralidad, y hay que asumir ese hecho con realismo y responsabilidad. El mediador, consciente de las implicancias que tiene reconocer la materialidad de la teoría de la narrativa, preferirá:

- a) Concluir sesiones privadas antes de las conjuntas para rodear el obstáculo de la dominancia de la primera historia (acusatoria) sobre la segunda (defensiva);
- b) Utilizará la técnica de la «connotación positiva», tratando en su intervención en la sesión privada de obtener un reconocimiento de intenciones positivas para las acciones de la otra parte;
- c) Mejorará la participación con la «circularización de las historias», creando interdependencia entre las partes en conflicto y sus historias, así

como entre ellas mismas. Para ello se utiliza la técnica de las «preguntas circulares» que se realizan durante la primera sesión privada, utilizando las narrativas que emergen como resultado no sólo para hacer el resumen al final de esa sesión, sino para reencuadrar las conversaciones previas al acuerdo.

Una de las tareas que el mediador debe llevar a cabo conscientemente es la «desestabilización» de las historias tratando de operar particularmente sobre los «lugares de estabilización» (*sites*) de la historia. Se trata de una tarea de de-construcción previa a la subsiguiente «co-construcción».

El modelo también tiene como supuesto la imposibilidad de la neutralidad valorativa. Por lo demás, la utilización racional del modelo supone un análisis crítico de la retórica habitual en el ambiente de los mediadores acerca del poder de decisión y la participación. En ese contexto, Cobb define al poder de decisión desde el punto de vista de la teoría de la narrativa como «un conjunto de prácticas de discurso que mejoran la participación de las partes en disputa».

GUÍA DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Antes de empezar una Mediación, las partes solicitantes suelen hacer preguntas, y éstas son las más frecuentes³²:

¿Qué es mediación?

Contar con un tercero imparcial que facilita a las partes llegar a una solución tomada por ellas.

¿Qué diferencia hay entre mediación y arbitraje?

Las partes son las protagonistas y co-autoras del acuerdo.

¿Cuanto cuesta la mediación?

El proceso más barato puede ser.....y el más costoso.....por hora o sesión.

32. ZEIGLER, J. W., cit, págs. 93 a 95.

¿Cuanto dura un proceso de mediación?

Esta pregunta se refiere al proceso de sesiones de mediación propiamente dichas (hay que tener en cuenta que las sesiones son sólo una parte pequeña del concepto de mediación). Deberían hacer de una a cuatro horas de sesiones excepto para meditaciones muy complejas.

¿Es la mediación obligatoria para las partes?

La mediación no es obligatoria a no ser que se llegue a un acuerdo mutuo, y cualquiera de las partes puede dejar la mediación hasta un cierto momento. Ese momento es cuando se llega a un acuerdo de resolución, que tiene la fuerza legal de un contrato entre las partes. Por lo tanto la mediación no es obligatoria durante la mayor parte del proceso hasta que se llega al acuerdo de voluntades que tiene fuerza contractual entre las partes.

¿Es legal la mediación?

Esta es una pregunta frecuente aunque no resulta del todo claro el por qué. Naturalmente, la mediación es legal.

¿Como se convence al contrario para que se intente la mediación?

No es posible. No es su trabajo. Recuerde que tiene un conflicto con el contrario, por lo tanto, lo más seguro es que no estén de acuerdo con nada de lo que propone. Sólo tiene que ponerse en contacto con un mediador que está capacitado para hacerlo por Vd. Una vez que se traslada el asunto al mediador, éste informa a la otra parte.

¿Si la otra parte rechaza la mediación, se considera fallido el proceso?

Si. Seguramente, pero ¿qué daño ha causado el haberlo intentado? Sigue teniendo las mismas opciones que tenía antes de haberlo intentado.

¿Por qué tendría que mediar cuando creo que tengo razón?

Debido al tiempo y dinero perdidos al ir a los tribunales o a un proceso arbitral. Puede obtener una victoria ante los tribunales pero será una victoria costosa y larga. Además, puede perder el caso por un punto estrictamente técnico de forma aunque en el fondo tenga razón.

¿Si se intenta la mediación y no se llega a un acuerdo, no habremos gastado tiempo y dinero?

Quizás, pero se puede beneficiar de una mediación fallida por (1) ser el bueno de la película al haber intentado resolver el conflicto; (2) entender mejor los argumentos de la parte contraria; y (3) saber que ahora habrá que prepararse para ir a los tribunales, el asunto no se resolverá de otra manera.

¿Creerá la parte contraria que nuestros argumentos son más débiles ya que optamos por intentar la mediación?

No, al contrario. La parte contraria creerá que es un truco, tendrá un sentimiento de intimidación más que de fortaleza.

¿Si la mediación no funciona, podrá el hecho de que yo lo haya intentado dañarme ante los tribunales?

En absoluto, no podrán siquiera ser argumentados por la otra parte. De todas maneras, el rechazo de la mediación puede causar una impresión más negativa que el hecho de haberla propuesto.

¿Dónde encuentro a un mediador?

Informar sobre Asociaciones, Centros, mediadores.

¿Qué puedo hacer si no me gusta el mediador?

Buscar otro.

Antes de empezar la Mediación las partes deben seguir estas pautas:

1. Escuchar.
2. Preguntar las ideas de la otra parte sobre resolver el conflicto.
3. Mantenerse abierto a todas las posibilidades.
4. Buscar necesidades particulares de la otra parte que podría ayudar a que se cumplieran.
5. Anotar los posibles puntos de acuerdo.
6. Proponer ideas al mediador en sesiones privadas.
7. Trato amable y buena educación.
8. Mantener los objetivos de la mediación en la cabeza.
9. Mantenerse tranquilo.

Los siguientes cuadros de Zeigler³³ son meramente informativos, ejemplos aclaratorios de alguna situación y susceptibles de cambios.

Conflicto	
Hecho que originó el conflicto. Fecha, descripción	
Nombres e información sobre las demás partes en el proceso	
Necesidad de mantener una relación constante con la parte contraria	
Toma de contacto con la parte contraria	
Cartas / faxes enviados (lista y copias adjuntas)	
Análisis basado en el Análisis de Conflictos de Zeigler	
Consideración de los beneficios de mediación	
Decisión de buscar un mediador	
Mediación a través de sesiones sentadas, métodos de higt tech o multimedia	
Fuentes para localizar un mediador	
Mediadores potenciales que pueden ser contactados.	
Respuestas de los mediadores potenciales	

33. ZEIGLER, cit. págs. 179 a 202.

Mediador seleccionado	
Versión de los hechos	
¿Qué pasó?	
¿Que quiere que se haga?	
Estudiar instrucciones, guías y reglas de mediación. Notas.	
¿Necesidad de cambiar reglas?	
Instrucciones del mediador sobre preparación y documentos	
Respuesta del mediador	
Información y documentos suministrados al mediador (listar y adjuntar)	
Estrategia de negociación	
Pre-sesión	
Primera sesión	
Preparar informe de apertura	
Notas sobre la primera sesión	
Progreso	
Puntos que siguen sin resolverse	
Seguimiento de la sesión	
Acuerdo de resolución	
Toma en consideración de arbitraje / o proceso ante los tribunales	

Modelo o ejemplo de carta que debe enviar la Parte solicitante de la Mediación a la Parte contraria:

Estimado señor o señora:

Lamento mucho que no hayamos sido capaces de resolver nuestro desacuerdo.

Existe un método nuevo de resolución de problemas como el nuestro que es rápido y económico: se llama mediación. Nosotros hablaríamos con un mediador neutral para intentar llegar a una solución. El mediador no puede ordenar una solución. De hecho, cualquier cosa en mediación tiene que ser acordado y firmado por Vd. para que sea válido. Si acabamos firmando un acuerdo de resolución, a partir de ese momento será obligatorio.

Adjunto material sobre mediación, que me fue facilitado por Por favor, no dude en contactarles en el número..... con cualquier pregunta que tenga. Le ruego que me haga saber si está de acuerdo en intentar una mediación para resolver este problema. Yo, por mi parte, les he hecho saber que lo intentaría si Vd. estuviera de acuerdo.

Atentamente,

Modelo de carta recomendando la mediación

Estimado señor o señora:

Lamento saber el conflicto en relación con..... Espero que pueda ser resuelto con celeridad.

Me atrevo a contribuir a resolver el problema sugiriendo que intenten un nuevo método de resolución de problemas de este tipo. Tal situación puede ser sometida a un mediador neutral. Adjunto información sobre cómo este tipo de conflictos pueden solucionarse con mediación.

Si no consigue resolver este problema durante el transcurso de los próximos días, le ruego que considere el apoyo de un mediador. He estado estudiando su problema y estaría encantado de ayudarles a que el conflicto sea mediado. Le agradezco su consideración.

Atentamente,

Fd. (el mediador o el Centro)

Modelo de inicio de la mediación

En general cualquier mediador individual o servicio de mediación requiere la firma de un modelo antes de iniciar el proceso. Por lo tanto, el modelo adjunto no es para rellenar y enviar sino para entender lo que pueden pedir, siendo posible que varíe mucho.

Parte A

Parte B

Mediación n.º

Parte A	Parte B
Nombre:	Nombre:
Dirección:	Dirección:
Ciudad:	Ciudad:
Código Postal:	Código Postal:
Teléfono:	Teléfono:
Fax:	Fax:
Correo electrónico:	Correo electrónico:
Narración breve de los hechos:	Narración breve de los hechos
¿Que les gustaría que se hiciera? Numere cada cosa	¿Que les gustaría que se hiciera? Numere cada cosa

Las partes acuerdan intentar resolver este conflicto en mediación administrada por Si se llega a un acuerdo, éste será obligatorio cuando sea firmado por ambas partes. Las partes acuerdan pagar al mediador de la siguiente manera:.....

Parte A

Parte B

Fecha

Narración de los hechos n.º 1

Parte A: Familia Pérez: Nuestros vecinos son Juan y Susana García. Su perro ladra toda la noche, haciendo imposible que mi mujer, hijos y yo mismo podamos dormir, ni desde luego, disfrutar de una noche tranquila en casa. Hemos intentado hablar con ellos por teléfono y en persona para que hagan algo. Ellos reaccionan como si fuéramos nosotros los que se comportan sin razón. Pedimos o bien que se deshagan del perro o bien que lo guarden dentro de su casa. Estamos pensando en quejarnos a las autoridades o en contactar un abogado para ver si podemos solucionar el problema en mediación.

Parte B: Familia García. No creemos que nuestro perro ladre demasiado alto. Si lo hiciera nos molestaría y no nos permitiría dormir. Creemos que oyen otros perros pero que nos echan la culpa a nosotros porque nuestra casa está pegada a la suya.

Narración de los hechos n.º 2

Parte A: Impresión Metro, S.A. Suministros De Oficina, S.A. incumplió el suministrarnos en la fecha prevista haciendo que nos resultara imposible cumplir con una orden importante y que perdieramos un nuevo cliente: Electrónica, S.A. Pido 500.000 Ptas por los perjuicios causados ya que es el beneficio que hubiese logrado si se me hubiera hecho el suministro y 1.000.000 Ptas por beneficios que hubiese obtenido durante el año del cliente que he perdido.

Contacté la oficina de Suministros el jueves por la mañana para ordenar un suministro del producto n.º 123 que recibo varias veces al año. La persona con la que normalmente trato estaba de vacaciones. Le dije a la persona que me atendió que necesitaba el producto al día siguiente (viernes) ya que teníamos que preparar un pedido durante el fin de semana.

Cuando llamé el viernes, nadie sabía nada sobre mi pedido; me decían que la persona que lo lleva no estaba de vacaciones, algo que sabía. Intenté convencerles para que me dejaran ir a recoger los productos ya que todavía teníamos tiempo pero simplemente me pasaban de una persona a otra.

Me acerqué a sus oficinas pero nadie estaba al corriente de mi pedido. No nos suministraron los productos, no teníamos tiempo de pedirselo a ningún otro suministrador y no pudimos cumplir con nuestro trabajo. Perdimos un cliente.

Parece ser que Suministros no tenía los productos en stock, cosa que omitieron decir el jueves, cuando aún hubieramos tenido tiempo de ir a otro suministrador.

Demando daños y perjuicios de 500.000 Ptas por los beneficios que hubiera conseguido con mi pedido y de 1.000.000 Ptas. por los beneficios perdidos durante un año.

Parte B, Suministros de Oficina, S.A. No podemos hacernos responsables de órdenes urgentes cuando no tenemos los productos en almacén. Este es un producto que piden a menudo, deberían comprar más cantidad y almacenarlos ellos mismos. Si tuvieramos que tener almacenados todos los productos que nos son solicitados tendríamos que construir un almacén enorme y emplear a más personal para que se hiciera cargo. Somos minoristas no un almacén. Nunca garantizamos que les suministraríamos el producto para un periodo o fecha determinado.

Acuerdo de resolución n.º 1

La familia Pérez y la familia García llegaron a un acuerdo a través de mediación. Es intención de las partes de que el acuerdo sea final y obligatorio.

1. Los García acuerdan mantener a su perro en el interior desde las 6 de la tarde hasta las 7 del día siguiente, ya sea en el interior de la casa o en una caseta que van a construir para el perro. Si optan por construir una caseta, ésta estará situada en el sur de su propiedad (lo más alejado de la casa de la familia Pérez),

2. Los Pérez acuerdan no reclamar ante las autoridades, o ante los tribunales o de cualquier otra manera contra el perro de los García, siempre y cuando se cumpla con lo aquí acordado.

3. Si hubiera otros conflictos de cualquier tipo entre los Pérez y los García, se acuerda que el que tenga una queja se lo notificará inmediatamente al otro por teléfono (si no hay respuesta, dejando un mensaje en

el contestador). Si no se resuelve el problema acuerdan desde ahora intentar una mediación con este mismo mediador.

4. Los honorarios del mediador serán pagados por los Pérez.

Acuerdo de resolución n.º 2

Impresión Metro, S.A y Suministros de Oficina, S.A. acuerdan lo siguiente:

1. Suministros dará inmediatamente un crédito a Impresión en su cuenta abierta con ellos de 500.000 Ptas.

2. Impresión comprará productos n.º 123 por valor de ese crédito con el mismo. Suministros entregará los productos a Impresión en sus oficinas en un mes desde esta fecha. Impresión será responsable de mantener productos en stock durante un año.

3. Impresión acuerda continuar suministrándose de productos n.º 123 de Suministros durante dos años desde esta fecha al precio vigente en esta fecha. Impresión acuerda hacer llegar el pedido por escrito y de hacerlo con al menos una semana de antelación de la fecha de entrega, que deberá ser especificada por escrito. Suministros se compromete a cumplir con la fecha de entrega.

4. Suministros se compromete a hacer llegar una carta a Electrica expresando sus disculpas por la tardanza en el suministro de productos n.º 123 a Impresión. Suministros pedirá a Electrica a que no culpe a Impresión y le informará de que se han tomado medidas para que el problema no vuelva a ocurrir.

5. Impresión renuncia a cualquier reclamación contra Suministros por el incumplimiento en la entrega del producto n.º 123.

6. Ambas partes se harán cargo de los costes de la mediación.

PUESTA EN PRÁCTICA DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Con los modelos de cartas del solicitante de la mediación y del mediador ofreciéndose para resolver el conflicto, hay que afrontar ahora una secuencia de la práctica del proceso de mediación.

Cuando las dos partes están de acuerdo en asistir, el mediador o Centro de Mediación establecen un día y hora para la convocatoria. Esta puede ser telefónica o escrita³⁴.

XX de NNNNNN de XXXX

Señor
ZZZZZZ

De mi mayor consideración:

Me dirijo a usted con motivo de que he sido designado mediador en la disputa que usted tiene con YYYYY, respecto del tema GGGG.

A tal efecto es necesario que todos los involucrados asistan el día XX de NNNNN, a las 10 hs. a mis oficinas en calle.....de la ciudad.....

Se estima que esta primera reunión será de unas tres horas de duración, y que en caso de ser menester serán combinadas otras reuniones adicionales con los involucrados.

Dado que es necesario que todas las partes estén presentes en este proceso, ruego a usted, que en caso de tener algún inconveniente para asistir a esa reunión me lo informe a la máxima brevedad, para así poder concertar otra cita. Para ello puede comunicarse personalmente en la dirección señalada o a los teléfonos y fax....., en el horario de 10 a 18 horas, de lunes a viernes, donde lo atenderemos gustosamente.

Debemos aclarar que es imprescindible su presencia en este acto en virtud de y no puede ser representado por otra persona.

A esta reunión fueron invitados, además de usted, los señores

Si usted lo desea puede concurrir acompañado de los asesores que estime conveniente, pero haga el favor de comunicármelo, con una anticipación mínima de dos días, para acondicionar el local y las facilidades.

El proceso de mediación tiene la finalidad de poder encontrar una solución a la disputa en la que usted está involucrado y es nuestro objetivo tratar de encontrar una solución que satisfaga sus necesidades, intereses, deseos y objetivos.

Como sabrá, usted debe concurrir al proceso de mediación debido a que.....

Sin más y a la espera de su presencia a la reunión o de sus noticias aprovechamos la oportunidad para saludarlo muy atentamente.

NNNNNN
Mediador

34. MARTIN, M. A. y otros, cit. págs. 78 y 79.

La citación puede ser escueta o amplia pero debe contener:

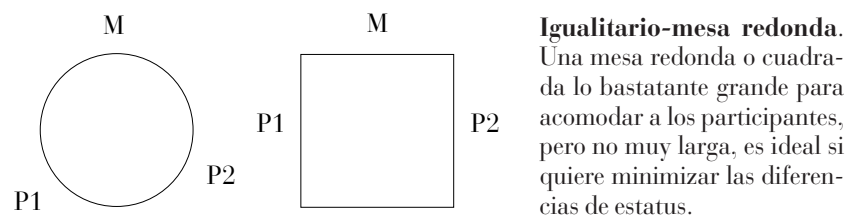
- Fecha, hora y lugar de la cita
- Tema
- Estimación del tiempo necesario
- Personas involucradas en el proceso
- Nombre, apellido y dirección del mediador
- Horarios y formas de comunicación con él, su despacho o sus colaboradores
- Plazo para avisar de la no comparecencia
- Breve información del proceso
- Si están previstos co-mediadores, sus nombres y datos
- La imprescindibilidad de concurrir a la 1ª reunión
- Eventuales sanciones por no asistir

Espacio

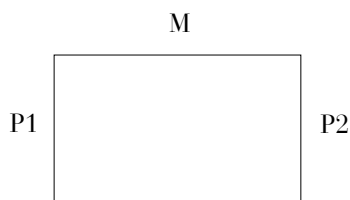
La sala debe ser espaciosa, ventilada, con luz natural, amueblada sin ostentación pero cómoda, si hay elementos decorativos deben ser sencillos para que no atraigan la atención y no se disperse el interés. Debe tener buena acústica que facilite la comunicación.

Al mediador corresponde la colocación de las mesas, en las que debe haber papel y lápices para que todos puedan tomar notas. Las mesas pueden ser ovaladas, redondas, cuadradas o rectangulares, lo que interesa es la posición que ocupará cada persona respecto al mediador.

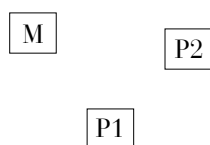
COMPOSICIÓN DE LAS MESAS³⁵



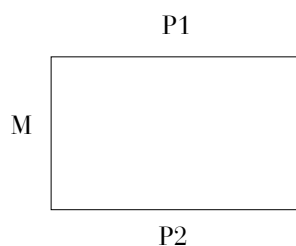
35. BEER, J. y STIEF, E. *The Mediator's Handbook*, New Society Publishers, Gabriola Island, Canadá, págs. 29 y 30.



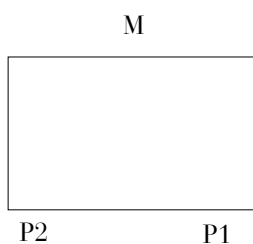
Distancia. Usando una mesa poniendo un mediador entre las partes, o sólo distanciando las sillas puede ayudar a dar un sentimiento de seguridad, especialmente si sospecha que hay personas que se pueden sentir intimidadas o de las que se abuse psicológicamente.



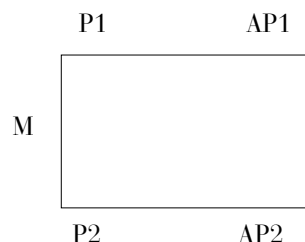
Entorno cerrado-el arreglo del salón. En otras situaciones puede desear animar a la gente para que bajen la guardia y acerquen la mesa, para conseguir así un entorno más agradable, acercando las sillas unas a otras, o prescindiendo de la mesa.



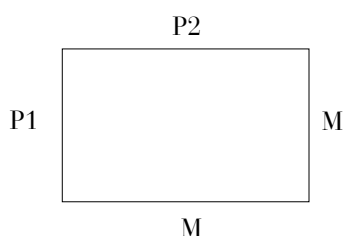
Autoridad de mediador n.º 1. Si se sientan en la cabecera de una mesa rectangular, los mediadores pueden dar autoridad y animar a las partes para hablar con él en vez de hacerlo con los otros (unas veces puede ser agradable, otras no tanto).



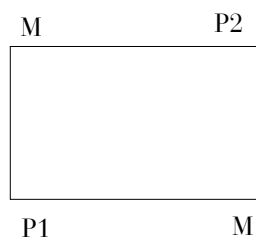
Autoridad de mediador n.º 2. Siéntese a un lado de la mesa, encarando a las partes como si fuera una sala de juzgados o una clase.



Encarando a la sala. Cuando las partes se sientan entre ellas, esta posición formal puede sugerir un enfrentamiento «cara a cara». Pero también anima a las partes para hablar entre ellas y para reconocer la mediación como una sesión formal y seria.



Esquina. Cuando las partes se sientan en los lados derechos es más fácil para ellas elegir cómo pueden mirar a ambas partes sin que vayan girando todo el rato la cabeza. Obviamente, no se podrá realizar esta forma de sentarse si todas las partes se sienten incómodas sentadas unas al lado de las otras.



Diagonal. Cuando un mediador se sienta al lado de una de las partes, o descubre que es más fácil prestar atención a una parte concreta, los participantes (o incluso los mediadores) pueden pensar que el mediador está, literalmente hablando, al lado de esa persona. El arreglo en diagonal da a cada mediador proximidad física.

Obviamente estas posiciones o arreglos de mesas pueden tener todas las variaciones posibles que considere el mediador, teniendo no sólo en cuenta a las partes sino a otras personas que las pueden acompañar, familiares, asesores, abogados y co-mediadores.

Bienvenida, ubicación y presentación de las partes

Cuando se entra en la sala de mediación, el mediador señala el sitio en la mesa a los participantes y eventualmente acompañantes.

Les da una cordial bienvenida, haciendo énfasis en lo positivo del hecho de haber concurrido a esta primera reunión para tratar de solucionar voluntariamente su conflicto. Luego presenta a las partes entre sí y a los acompañantes si los hubiera.

Discurso inicial

Ya sentados todos en su lugar, el mediador hace su discurso inicial, con el objeto de que los presentes entiendan el proceso de la mediación, información sobre el mismo y las reglas de comportamiento como no interrumpirse, tomar notas, etc.

Se incluyen tres modelos de este discurso, que pueden servir como referencia, pero que son susceptibles de ser cambiados por cada mediador, siempre que se aclaren las cuestiones de base.

El discurso inicial es una de las partes más importantes de la mediación, por lo que el mediador debe concentrar toda su atención, ya que esta charla de iniciación es clave para que las partes tengan confianza en la persona del mediador y en los beneficios que obtendrán al tomar una actitud colaborativa.

El mediador debe ser cordial pero distante, debe utilizar una dicción clara, pronunciación lenta, tono de voz bajo y actitud tranquila.

DISCURSO 1

«Buenos días. Aprovecho esta oportunidad para darles la bienvenida a la mediación de hoy. Mi nombre es y soy su mediador/a.

Vamos a comenzar presentándonos. Preséntese Uds. mismos y después a su cliente. A continuación les explicaré el procedimiento de hoy y contestaré cualquier pregunta que Uds. quieran hacerme.

Casi siempre me gusta comenzar la reunión conjunta haciendo que todos los participantes firmen una copia del acuerdo de confidencialidad. Este convenio sirve para subrayar lo que ustedes probablemente ya hayan comprendido, es decir que yo no podré revelar a la otra parte nada de lo que me digan en confianza mientras nos encontremos en audiencia privada, a menos que Uds. lo autoricen expresamente. Además, confir-

ma el acuerdo entre todos Uds, en cuanto a que nadie pueda obligarme a hacer tal revelación en ningún otro procedimiento adjudicatorio subsiguiente si no logramos resolver el caso por medio de estas negociaciones mediadas.

Después de la suscripción de este acuerdo y generalmente comenzando por quien la ha solicitado, me gustaría oír un breve resumen en que cada parte o su representante relate como ve su posición en esta disputa y los fundamentos que invoca, concentrándose en lo que cada uno considera como el resultado más apropiado, técnicamente hablando ésta es la declaración de la posición negociadora de cada uno.

Aunque yo las insto a poner suficientes datos sobre la mesa como para resultar convincentes, las partes están facultadas para retener cualquier información concreta que crean que no es de su mejor interés revelar frente a los demás participantes durante la sesión conjunta.

Una vez que hayamos dado la vuelta completa a fin de exponer las diversas posiciones iniciales, podremos decidir si resulta útil extender la sesión conjunta para incluir preguntas aclaratorias, la única condición, es por supuesto, que todos se sientan cómodos.

Al final de la sesión conjunta, les voy a dar el horario de las audiencias privadas, que tienen el triple propósito de:

1. Dar-me la posibilidad de escuchar alguna información que ustedes han pensado que no era prudente revelar durante la sesión conjunta frente a la parte contraria y que pudiera ser relevante para llegar a una solución.

2. Dar-me la oportunidad de hacer el papel de abogado del diablo, cuando sea apropiado, con el propósito de que las partes hagan una evaluación lo más equilibrada posible de su propia posición.

3. Revisar cualquier opción realista para llegar a un acuerdo, en tanto ello sea posible sin tener que cambiar su posición negociadora tal como fuera previamente manifestada.

Hay preguntas?

Sra.....por favor describa las circunstancias que la trajeron a participar en la mediación de hoy»

DISCURSO 2

Buenos días, yo soy... mediador nombrado por este Centro para su caso.

Aquí tengo sus nombres y quiero asegurarme de que sean correctos.

Antes de comenzar, quisiera explicarles cuál es el procedimiento de la mediación.

Yo no soy juez ni arbitro, mi función es la de escucharlos y ayudarlos a decidir en qué modo cada uno de ustedes desea resolver la situación.

Mi objetivo es prestar un servicio como tercero neutral, sin tomar partido por ninguno de ustedes, y si en algún momento a Uds. les parece que yo he perdido esta neutralidad, les pido me lo hagan saber.

Este método de resolución de conflictos en este centro es posible por la voluntariedad de las partes, esto significa que en cualquier momento cualquiera de ustedes puede dar por terminada la mediación.

Todo lo que aquí suceda estará protegido por un convenio de confidencialidad que firmaremos antes de comenzar, por el cual:

1. Yo no podré ser citado como testigo para declarar sobre lo sucedido aquí en caso que esta situación culmine en un proceso judicial.

2. Que las notas que tomaré durante el procedimiento también quedan protegidas.

3. Que puede suceder que en algún momento solicite hablar con cada uno de ustedes en sesión privada, y que no revelaré lo que ustedes me confíen sin que me lo autoricen.

En cuanto a los pasos del procedimiento, cada uno de Uds. por turnos, tendrá la oportunidad de presentar su punto de vista sobre el problema. Les pido que mientras uno de ustedes esté hablando, no lo interrumpan.

Pueden tomar nota para no olvidar lo que quieran decir en ese momento y aclararlo cuando estén en uso de la palabra.

Si como resultado llegáramos a un acuerdo, lo escribiremos y los firmaremos en conjunto.

Hay preguntas?

Quién pidió la mediación?

Por favor, puede comenzar a contarme el problema desde su punto de vista?

DISCURSO 3

Buenas tardes. Es un placer saber que ambos decidieron intentar la mediación. Mi nombre es.....

Permítame asegurarme de tener los nombres de ambos y de que están escritos correctamente.

.....Se pronuncia así? Bien.

Están cómodos en sus asientos? Bien.

Bueno, ahora vayamos a los negocios.

¿Alguno de ustedes ha recurrido a la mediación para resolver una disputa del pasado? Bueno, permítanme explicarles el proceso entonces. Parte de lo que voy a decir podrá parecerles repetitivo, pero quiero asegurarme de que todo quede claro, ya que es importante para tener éxito.

La mediación es una negociación asistida. Esto significa que voy a ayudarlos a que resuelvan el conflicto que existe entre ustedes. Yo no voy a ser el que toma las decisiones en este proceso, pero contribuiré en todo lo que pueda y por supuesto, los ayudaré a que piensen en posibles soluciones.

No obstante, la decisión final acerca de si adoptar una determinada solución o no, es únicamente de ustedes.

Nuestro propósito es hablar sobre las preocupaciones que los trajeron aquí. Traten de identificar la razón o las razones que los motivaron y vean si tienen sugerencias acerca de cómo resolver el conflicto.

Mi función consiste en ayudarlos a alcanzar algún tipo de solución aceptable para ambos, para finalizar de esta forma la disputa. Yo no soy juez y no puedo forzarlos a que hagan nada ni imponerles ningún tipo de pena. Espero poder ayudarlos a alcanzar su propia resolución del conflicto.

Cada uno de ustedes tendrá la oportunidad de describir lo que ocurrió. Durante este tiempo, no podrán interrumpir al otro. Los dos han recibido lápiz y papel. Si necesitan hacer algún comentario mientras la otra persona está hablando, simplemente escríbanlo y lo hablaremos cuando les llegue el turno.

Puede suceder que en algún momento durante la sesión, les solicite hablar con cada uno de ustedes en forma privada.

Permítanme decirles que si eso sucede no tiene ningún significado especial, simplemente estaré tratando de recabar toda la información acerca de la situación. Si bien a menudo hablaré con las partes la misma cantidad de tiempo, no tiene relevancia alguna el hecho de detenerme con uno de ustedes por más tiempo.

Comenzaremos por escuchar a la Sra..... acerca de los acontecimientos que la trajeron a esta audiencia, será el Sr..... el invitado a exponer su percepción sobre lo ocurrido.

Con este discurso se tiene que conseguir confianza y cooperación de las partes, fomentar su participación, evitar distracciones y ordenar las exposiciones, además de considerar al mediador como la autoridad del proceso, aunque las partes sean las protagonistas, el mediador debe dirigir el proceso.

Convenio de confidencialidad

Normalmente, antes de empezar la sesión propiamente dicha, el mediador entrega a las partes copia del Convenio de Confidencialidad mientras él lo lee en voz alta. Puede haber preguntas y aclaraciones sobre el mismo, y a continuación se firma los ejemplares.

Además del modelo de un Centro Privado de Mediación, en la página 44, se incluye ahora el de otro Centro Privado y un convenio de confidencialidad de un Centro Público de Buenos Aires, donde la Mediación es obligatoria por Ley, y previa a cualquier juicio.

CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD EN MEDIACIÓN PRIVADA

En la Ciudad de, a los días del mes de de 199..., los abajo firmantes, antes de participar en el procedimiento de mediación, acuerdan suscribir el siguiente CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD:

1. El mediador no podrá revelar lo sucedido en las sesiones ante el juez, ni ante terceros ajenos al marco de la mediación.....

2. El mediador no podrá revelar a la otra parte lo que las partes le confíen en sesión privada, salvo autorización.....

3. En los casos que el mediador tomara conocimiento de la existencia de violencia contra un menor o de un delito grave, quedará relevado del deber de confidencialidad.

4. Las partes presentes y firmantes y este Centro de Mediación se comprometen a no utilizar ningún medio de difusión —de cualquier naturaleza que sea— mientras dure este procedimiento, respecto de los temas que en el mismo se traten. Dicha obligación finalizará al momento de terminarse la mediación.

Condición en que participa / Apellido y nombre / Firma:

.....
.....
.....
.....
.....

CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD EN MEDIACIÓN OBLIGATORIA

Los abajo firmantes acordamos el presente convenio de confidencialidad en el proceso de mediación que se describe en el punto 1º), sujeto a las cláusulas que siguen:

PRIMERO. Identificación del proceso de mediación. El presente convenio registrá respecto del proceso de de mediación iniciado el .../.../..., sobre.....

.....
.....
de acuerdo con el formulario de iniciación N°....., sorteado el.../.../...por la Mesa de Entradas de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo..... de la Capital Federal.

SEGUNDO. Deber de confidencialidad en audiencias conjuntas. Nada de lo dicho, ventilado u ocurrido en todas y cada una de las audiencias con-

juntas celebradas o que se celebren, así como la información obtenida en virtud de la documentación aportada a los dichos de terceros conocidos bajo estas circunstancias, podrá ser revelado, difundido o ventilado fuera de este procedimiento y deberá ser mantenido en estricta confidencialidad.

TERCERO. Deber de confidencialidad en audiencias privadas. El deber de confidencialidad se extenderá a todas y cada una de las audiencias privadas celebradas o que se celebren con las partes. Nada de lo que en ellas ocurra podrá ser revelado a las partes restantes o a terceros, salvo autorización expresa de la parte con quien se haya celebrado la audiencia privada.

CUARTO. Excepción al deber de confidencialidad. La confidencialidad no será mantenida en caso de que se tenga conocimiento de la comisión de un delito grave o violencia contra un menor.

QUINTO. Registro de Mediadores. En caso de que el presente convenio fuera incumplido por el mediador, la parte que tuviere noticia del incumplimiento deberá ponerlo en conocimiento del Registro de Mediadores del Ministerio de Justicia a la brevedad.

SEXTO. Fin de la confidencialidad. Cada uno de los firmantes podrá ser relevado del deber de confidencialidad si así acordaren las partes restantes, expresamente y por escrito, bajo pena de nulidad.

En.... a los... días del mes de.... de..., se firman.... ejemplares de un mismo tenor....

Apellido, Nombre y Documento

Condición, en la que participa: _____ Firma:

Apellido, Nombre y Documento

Condición, en la que participa: _____ Firma:

Apellido, Nombre y Documento

Condición, en la que participa: _____ Firma:

Exposición de las partes

Al entrar en los relatos de las partes, conviene hablar de un lenguaje claro y neutral y del parafraseo que hará el mediador sobre dichos relatos³⁶. Es muy importante que no tome posiciones que lo puedan identificar con alguna de las partes, ya que es, pero también se debe percibir, un tercero neutral. Sus mensajes no deben ser mal interpretados, sino servir de guía para los participantes.

El parafraseo se utiliza para que la parte que hace su exposición sepa que fue escuchada atentamente, y además para que mientras el mediador la parafrasea, la otra parte escuche desde otro ángulo y con otro interlocutor. Esto ayuda a afirmar las opiniones vertidas y se trata de conseguir que las dos partes se compenetren con el mensaje. Parafrasear quiere decir repetir sin connotaciones agresivas lo dicho por la parte, neutralizando y positivizando su exposición: «A ver si lo he entendido bien: ¿Vd. me ha querido decir que está dolida porque su empresa no le abona una cantidad de dinero, que fue condición para acceder al puesto que ahora ocupa, y que le prometió su empresa?»

Y a la otra parte: «¿Vd. me quiere decir que la empresa no puede pagar la cantidad que se le solicita, que el vicepresidente no hizo tal promesa, y que si la otra parte no puede mantenerse debe volver a su anterior trabajo?»

Existe además otra percepción del lenguaje no verbal, el gestual o corporal, explicada en la pirámide de la percepción de la comunicación³⁷



36. MARTIN, M. A. y otros, cit. pág. 107.

37. CODEFROY, Christian y ROBERT, Luis, *Negociar con éxito*, Ed. Martínez Roca, Barcelona 1995, pág. 301.

Lo que quiere decir que si de todas las palabras sólo percibimos el 7%, hay que cuidar la comunicación gestual que es la que nos proporcionará el 93% restante. El mediador, como buen observador, debe mirar a la persona en su totalidad: gestos, palabras, entonación, carácter, tristezas, alegrías, para conocer la naturaleza humana en su conjunto, permitiéndose ser duro con los problemas y comprensivo y amable con las personas.

Por lo tanto, y siguiendo los pasos del proceso al empezar la sesión, el mediador generalmente da la palabra a quien solicitó la mediación. Pero también puede preguntar: «¿Quien quiere hablar primero?» y repetir que no se pueden interrumpir y deben tomar nota de lo que dice la persona que habla.

Cuando se empieza a exponer el conflicto, es fácil que se presenten las posiciones. Al terminar de hablar la segunda parte, el mediador que también ha tomado notas, parafrasea a lo dicho por la primera y le preguntará si está de acuerdo, y a la segunda, si lo ha entendido bien. Repite y parafrasea el relato de la parte 2 y se asegura de que ésta esté de acuerdo y la otra lo haya entendido. Surgen las posiciones.

Después de la exposición de cada parte, ya se conoce el problema (la inmediata fuente del conflicto), su interpretación (como interpretan el comportamiento de la otra parte), la posición (amenazas, soluciones, proposiciones, demandas, puntos de vista), probablemente el interés (qué es lo que realmente les preocupa) y el asunto (el tópico que las partes necesitan para discutir o decidir).

Problema: Perro ladrador.

Interpretación: El vecino es poco amigable y desconsiderado
Viola mi intimidad.

Posición: Compra un bozal.

Interés: No estoy bien. Necesito dormir.
Quiero que mi casa sea tranquila, tener un sitio privado.

Asunto: Como puedo controlar los ladridos por la noche.

Problema: Factura injusta.

Interpretación: Esta empresa quiere quitarme de enmedio. Creen que no soy lo bastante digno para hacerme una bonificación.

- Posición: No pienso pagar por un trabajo que ni siquiera han hecho.
- Interés: Quiero ser tratado justamente.
Necesito saber cuanto me costará algo así. Debe hacer un presupuesto.
- Asunto: Qué trabajo se ha hecho, qué recompensa es justa.
Como se factura el resto del trabajo.
- Problema: Trato desagradable, exclusión de las reuniones.
- Interpretación: Esa persona es una víbora. Me está dejando mal delante de mi jefe.
- Posición: Me debes una disculpa.
- Interés: Mantener una buena reputación.
Menos estrés en el trabajo.
- Asunto: Quien se ocupa de las reuniones
Cómo hablan unos con otros.
- Problema: Tenant me debe 3 meses de alquiler.
- Interpretación: Tenant es una carga.
Tenant puede que esté en apuros
- Posición: Paga X dinero o te tendré que echar.
- Interés: Justicia.
Cobrar el dinero.
La renta aumentará seguro.
- Asunto: Plan de pago.
Plan de reparación.

Interpretaciones y posiciones que el mediador oye:³⁸

1. Paula le está pidiendo a su empresa, un dinero que necesita para sus gastos,... Hizo que esto fuera una condición en la empresa tras haber aceptado el ascenso. La empresa debería quedar bien y no negar sus promesas.

Mario insiste que ellos no pueden pagar porque va en contra de la póliza de la compañía, que haya pagos después de haberse cobrado el sueldo.

38. BEER y STIEF, cit. págs. 113 y 114.

El Vicepresidente nunca hizo tal promesa. Si Paula no puede mantener este ascenso deberá volver a su antiguo puesto de trabajo.

2. Jorge dice que dimitirá del comité a menos que Fernando se disculpe por los comentarios desagradables y falsos que ha hecho sobre Jorge para atraer la mirada de los miembros del consejo.

Fernando tiene en cuenta que Jorge le excluye de todas las decisiones financieras que se toman. Si hace esto, cree que Jorge debe dimitir. Fernando dice que no le importa y que no se piensa disculpar.

Cuando hayan surgido las posiciones, y después del parafraseo, es decir, repetir de forma neutral y quitando toda connotación negativa a los relatos de las partes, el mediador puede empezar a indagar intereses.

El mediador debería resumir los intereses de ambas partes:

1. Una parte, después los intereses de la otra parte:

«Tal como lo he entendido, Mario, estás contento del trabajo que Paula está realizando y te gustaría mantenerla en su nuevo puesto. Estás al corriente de la integridad de la empresa respecto a no hacer favoritismos en la compensación de la póliza.

Y, Paula, tú también quieres mantener tu trabajo, pero necesitas asistencia de financiación y un horario más flexible para poder llevar bien tu situación diaria. Y también quieres saber si la empresa te está tratando justamente.»

Enfatizando intereses comunes:

2. «Teneis un interés común en encontrar a la persona adecuada para el consejo, y habeis trabajado duro durante todo este año en este comité. Suena como si los dos quisierais que esto funcionara.

Siempre se da una importancia sobre la reputación personal y el ser apreciado aunque las opiniones difieran.

Hay un deseo de ser incluido en las decisiones financieras.»

A partir de esta primera sesión, puede ocurrir que se necesiten más reuniones conjuntas para seguir profundizando en el conflicto, la exploración del MAAN, establecer mayor cantidad de alternativas para la negociación hasta llegar al acuerdo, o recurrir a sesiones privadas.

Sesiones privadas o «caucus»

También puede ocurrir que la conversación sea desigual, que existan problemas emocionales serios, que se necesite conocer información que una de las partes no quiere comentar delante de la otra, o que se haya entrado en un callejón sin salida. En estos casos hay que recurrir a las sesiones privadas o «caucus».

En las privadas hay otro acuerdo tácito de confidencialidad: si una parte explica un asunto que no quiere que conozca la otra, el mediador no lo puede revelar. En el caso de que las partes se lo permitan, el mediador puede exponer los puntos que se han tratado en las privadas. Tanto en un caso como en el otro, para el mediador es sumamente útil la información que recibe en estas sesiones además de tener un contacto más directo individualmente.

El mediador puede recurrir a las privadas cuando se necesite³⁹:

- 1: Dar ánimo a la gente
 - Separar, tranquilizar o calmar a aquellas personas que están distraídas o manteniendo una discusión.
 - Darle una oportunidad para hablar a una persona tímida o miedosa.
 - Ayudar a que la gente piense en lo que necesita o quiere.
2. Controlar el proceso
 - Cambiar el ánimo o la dirección de la sesión.
 - Interrumpir comportamientos que no ayudan como pueden ser los ataques, insultos...
 - Confrontar a la gente en privado.
3. Resolver el problema
 - Recibir información privada.
 - Explorar intereses y soluciones potenciales
 - Ayudar a que la discusión no se quede estancada
4. Consultar con un co-mediador
 - Estrategia
 - Anotar en una lista todos los asuntos antes de ponerlos en la agenda.

39. BEER, cit. pág. 42.

- Hablar sobre los desacuerdos.
- Aumentar todo lo que sea positivo para la imparcialidad.

El tiempo de las privadas debe ser similar para las dos partes, no debe darse impresión de parcialidad si se está más tiempo con una de ellas.

Antes de escuchar los asuntos que las partes han omitido en la sesión conjunta, el mediador debe actuar como agente de la realidad y en cada caso, como abogado del diablo para generar opciones. Debe hacer preguntas para detectar otros intereses que puedan estar subyacentes o ser inconfesables porque una parte se niega a decirlo a la otra.

También las privadas son una buena ocasión para explorar el MAAN de ambas partes, se debe preguntar con criterios objetivos e incentivar propuestas satisfactorias. La sesión privada distiende. Se deben realizar también si una de las partes la solicita.

Reuniones conjuntas

A partir de ahora se realizarán las conjuntas que sean necesarias para llegar al acuerdo, incluso se pueden repetir privadas en los casos necesarios.

En esta etapa o etapas, cuando ya se tiene bastante información, las preguntas del mediador deben ser.

ABIERTAS (no se contestan SÍ o NO)

«¿Cómo empezó este problema?»

«¿Cómo se sintió Vd.?»

CERRADAS (se contestan SÍ o NO)

«¿Es esto lo que Vd. pretende?»

«¿Eso es lo que él le dijo?»

INFORMATIVAS

«¿A cuántos metros de la medianera se pueden abrir ventanas?»

En las sesiones privadas:

CIRCULARES

«¿Qué piensa Vd. que él hará si Vd. abandona la mediación?»

COERCITIVAS

«¿Ha evaluado sus posibilidades en un proceso judicial?»

Acuerdo

Aunque ya se ha comentado antes el acuerdo con algunos ejemplos, éste es el que corona el éxito de la mediación por lo que se le debe dedicar más atención.

En principio es el mediador quien debe redactar el acuerdo, en términos claros que no desvirtúen los originales, ni frustren las expectativas de las partes.

De la claridad del acuerdo dependerá su cumplimiento, por lo que cuantos menos cabos sueltos se dejen, más posibilidades hay de que perdure y se respete⁴⁰.

En lo posible el acuerdo debe ser firmado inmediatamente. Si el mediador tiene alguna duda legal, puede enviarlo incluso por fax a un abogado o asesor legal para su conformidad.

Podría suceder, que por la naturaleza del conflicto, fuera conveniente incluir cláusulas especiales en el Acuerdo, que contemplaran hipótesis de supuestos inesperados.

Si el cumplimiento dependiera de la conducta de un tercero, se debe prever la situación, para que el acuerdo no fuera de imposible cumplimiento.

El acuerdo es firmado por las partes y el mediador, si se eleva a público, tiene carácter ejecutivo.

Cuando se haya firmado, resulta agradable celebrarlo con una pequeña ceremonia, por el éxito obtenido.

40. WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis, *Qué es la Mediación*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, págs. 89 y 90.

Capítulo III.

EL MEDIADOR

HABILIDADES DEL MEDIADOR. FUNCIONES

Antes de entrar directamente en la figura del mediador conviene recordar otras que actúan también en métodos alternativos de resolución de conflictos: negociador, conciliador, árbitro, asesor o experto neutral, Defensor del pueblo, oyente neutral o solucionador, entre otros.

En primer lugar el mediador debe tener unas aptitudes naturales, que serían lo que Goleman⁴¹ considera «inteligencia emocional», es decir la inteligencia de los sentimientos, las emociones y la sensibilidad, como vía creativa encaminada a soluciones positivas en el terreno de las relaciones humanas.

Hay un decálogo del mediador, creado por Linda Singer⁴² que no está exento de humor:

1. La paciencia de Job
2. La sinceridad de un inglés
3. El ingenio de un irlandés
4. La resistencia física de un maratonista

41. GOLEMAN, Daniel, *Inteligencia emocional*, Ed. Kairós, Barcelona, 1996.

42. SINGER, Linda, «Settling Disputes, Conflict Resolution in Business, *Families and Legal Sistem*» EE.UU., 1990, pág. 22.

5. La habilidad para escabullirse de un futbolista
6. La astucia de Maquiavelo
7. La aptitud para conocer la personalidad de un psiquiatra
8. La capacidad para ganarse la confianza de un mudo
9. La piel de un rinoceronte
10. La sabiduría de Salomón.

En este punto de las habilidades o aptitudes naturales, hay tantas sugerencias como autores, si bien es verdad que la mayoría de ellas son coincidentes:

Abierto	Creativo
Imparcial	Ágil
Flexible	Honrado
Dúctil	Íntegro
Sagaz	Empático
Inteligente	Sentido del Humor
Escucha activo	Perseverante
Facilitador de comunicación	Imaginativo
Paciente	Sincero
Honesto	Objetivo
Enérgico	Buen carácter

Estas aptitudes o habilidades naturales serían idóneas en un mediador antes de su entrenamiento o su formación como tal, ya que no funcionarían por sí solas sin la gama de estrategias y técnicas que deberá emplear deliberadamente cuando deba reorientar posiciones encontradas para llegar a un acuerdo.

El mediador no debe ser sólo un oyente amable y simpático que asiente con la cabeza para demostrar a las partes compasión por sus penas y problemas. Al contrario, debe ser un oyente activo, creador de ideas y la única luz contra la que las partes lanzarán ira, inquina y viejos rencores, pero con la seguridad de ganarse su respeto, confianza y gratitud al final del proceso. Este papel es difícil y hay que aprender a desempeñarlo.

Ya dentro del proceso de Mediación, la intervención del mediador y sus habilidades prácticas en cada una de las fases del procedimiento⁴³ son fundamentales:

I. BIENVENIDA AL PROCEDIMIENTO

(Eje: Estético-afectivo)

1. Atención telefónica.
2. Preparación espacio físico.
3. Manejo corporal.

II. ESTABLECIMIENTO REGLAS DE JUEGO

(Eje: Respeto)

1. Discurso introductorio.
2. Recapitulación reglas cuando sea necesario.

III. CLARIFICACIÓN

(Eje: Eficiencia)

1. Preguntas puntuales o aclaratorias.
2. Equilibradoras.
3. Aclaraciones lenguaje verbal o corporal.
4. Resumen o fraseo del mediador.
5. Indagación de intereses.
6. Resumen o fraseo recíproco.
7. Focalizadoras.

IV. REFORMULACIÓN

(Eje: Filosófico)

1. Recalcar o buscar huella positiva.
2. Destacar terreno común.
3. Remarcar mutualidad del problema y de eventual solución.

43. LINCK, cit. págs. 70 a 73.

4. Reafirmar que culpa y acusación no garantizan que algo no vuelva a ocurrir.
5. Preguntar qué podría garantizar que lo indeseado no vuelva a suceder.
6. Llenar matriz mental (Sentimiento, Conducta, Percepción) (Pasado, Presente y Futuro).
7. Indagar a través de pautas de evaluación creativa.

V. GENERACIÓN DE OPCIONES

(Eje: Creativo)

1. Preguntas circulares.
2. Comentarios que estimulen humor e imaginación.
3. Uso constructivo de expertos.
4. Ejercicios implícitos o explícitos sobre opciones:

Consecuencia y secuela de determinada opción.

Acuerdo, desacuerdo e irrelevancia.

Examinar ambos lados.

Opinión otras personas.

Plus, menos interesante de opción dada.

Alternativas, posibilidades, elecciones.

5. Planteo del desafío del conflicto (replanteo)..
6. Convocatoria a trabajar en «Torbellino de ideas».

VI. LOGRO DEL MEJOR ACUERDO

(Eje: Eficacia)

1. Sesiones privadas.
2. Indagación (mejor alternativa al acuerdo negociado, «M.A.A.N.»).
3. Consideración de estándares, objetivos y subjetivos.
4. Consideración de realidad de vía judicial.
5. Postergación de cuestiones trabadas.

6. Propuesta de acuerdos escalonados.
7. Cálculo del rango de la disputa.
8. Análisis del toma y daca realizado.
9. Discusión del concepto de igual sufrimiento.
10. Desafío a las partes para encontrar un acuerdo mejor que perspectiva de juicio o quiebra.
11. Indagación sobre cuánto están dispuesto a dar para poder tomar.
12. Consulta a peritos y expertos.
13. Solicitud a cada parte para que prepare por escrito las 2 o 3 mejores opciones.
14. Propuesta de acuerdo temporal (o parcial) y condicionado a ciertos hechos con revisión pactada.
15. Sugerencia recurrir a otro mediador.

Asimismo dentro del proceso de Mediación, el mediador tiene también otras funciones:

1. De procedimiento
 - Organizar las reuniones.
 - Aclarar su rol.
 - Ejercer su control en el procedimiento.
 - Manejar el tiempo.
 - Disponer del uso de sesiones privadas.
 - Ayudar a las partes a encuadrar el conflicto.
 - Crear clima de confianza para una negociación colaborativa.
2. De comunicación
 - Mantener abiertos canales de comunicación.
 - Ofrecer un espacio para que las partes puedan expresar sus sentimientos.
 - Ayudar a las partes a entenderse y ponerse en el lugar del otro.
 - Dirigir la conversación mediante preguntas.

3. De substancia

- Aclarar intereses.
- Ayudar a identificar prioridades.
- Alentar la generación de opciones.
- Ayudar a estructurar acuerdos e intercambios.

FORMACIÓN Y ENTRENAMIENTO

En consecuencia, el mediador aporta a su curso de formación ciertas habilidades e información previamente adquiridas y desarrolladas, ya que no se puede formar a una persona para que sea honesta, tolerante, sincera, etc. No obstante, no hay un programa fijo y curricular, dada la novedad de esta profesión, y el entrenamiento varía según los países, estados e incluso ciudades. La legislación no ha impuesto requisitos mínimos en otros países, pero sí hay un consenso sobre el hecho de que nadie puede ser mediador sin haber completado un programa de entrenamiento y aprendizaje.

En los países donde está implantada la mediación e independientemente de los cursos teóricos, los mediadores tienen que completar un curso de capacitación práctica de duración variable en cada país. Un aprendiz de mediador debe hacer un curso teórico y práctico para incrementar sus habilidades, detectar conflictos interpersonales ocultos o subyacentes, aprender a escuchar activamente y a negociar. En el caso de Buenos Aires, donde la mediación es paso obligatorio antes de llegar a juicio, este aprendiz de mediador, superado el programa, empezará observando casos reales para ver como se desenvuelve y conduce las sesiones un mediador experto, así entenderá las técnicas aprendidas y cómo y cuándo se deben poner en práctica durante el proceso. Su siguiente paso será la co-mediación, donde podrá conducir algunas partes de las sesiones. El último paso de su formación llega cuando puede mediar acompañado por un observador-mediador, que sólo intervendrá en caso de vacilación del principiante, con el que luego revisará y comentará las técnicas utilizadas⁴⁴.

44. HIGHTON y ÁLVAREZ, cit. págs. 333 y ss.

En algunos estados de Estados Unidos, jueces o funcionarios de la Justicia, deben dar su aprobación o refrendar el programa de formación recibida por los mediadores. La Escuela de Harvard, la más antigua y tradicional en la formación de mediadores, ha ido incrementando el número de horas necesario para la formación, además de establecer nuevos programas para mediadores especializados, sobre todo en mediaciones empresariales y de negocios.

No se puede predecir el futuro de la mediación en nuestro país, por lo que es difícil plantear los requisitos de la formación, aunque sí parece que existe un gran interés como una nueva profesión.

El 15 de julio de 1998, el Parlamento de Catalunya, ha aprobado la Ley 9/1998 que contempla la Mediación en el Código de Familia⁴⁵, incluido en los anexos, lo que indefectiblemente lleva a pensar en la necesidad de mediadores y cómo formarles⁴⁶.

Hasta hace poco años, en los países en que no estaba reglada la mediación, cualquier persona con ciertas dotes naturales y algún conocimiento como negociador, podía dedicarse a ella, por lo que se abrieron una serie de debates con el fin de poder calificar a un tercero imparcial y considerarlo idóneo para ayudar a resolver conflictos y dedicarse a esa profesión.

La necesidad de proteger a los consumidores, y la integridad de los procedimientos de resolución de conflictos, además de asegurar la seriedad de los procesos y de los profesionales que los dirigen, llevaron a plantearse una serie de reglas que a la vez protejan de individuos que con poca o mala formación y habilidad ofrezcan sus servicios como mediadores o profesores para formar a otros.

Sin garantías de formación y entrenamiento, los riesgos son grandes, tanto por los daños a los intereses de las partes implicadas en mediaciones poco competentes, como en la imagen dañada que recibe la sociedad sobre un proceso de resolución de conflictos poco serio.

45. PIFERRER, Anna, «El nuevo Código de Familia contempla la Mediación en el Derecho de Familia», *Boletín de Mediación*, n.º 3, sep. 1998.

46. Se tiene constancia de un programa universitario «Curso de Postgrado en Mediación», aprobado por la Universidad de Barcelona desde el curso 1998-99, además de un máster de la misma universidad. También se imparten estudios de Mediación en las universidades de Salamanca, País Vasco y Ramon Llull entre otras.

En los países que se han puesto en marcha programas de formación y entrenamiento, en general no se consideran importantes los grados, títulos o disciplinas académicas de donde proceden los futuros mediadores, sino el programa con un diseño curricular que subraye habilidades técnicas y específicas que puedan llevar a desarrollar un ejercicio profesional competente.

Además, y teniendo en cuenta el campo cambiante que es el de la mediación, se debe continuar mejorando y perfeccionando el conocimiento por medio de la lectura, prácticas y estudios complementarios, tanto los mediadores profesionales como las entidades con ellos relacionadas.

No resulta fácil ponerse de acuerdo con el criterio de evaluación de los mediadores. Ni en los países que lo llevan a cabo, ni entre los autores especializados, pero se puede poner como ejemplo un resumen de las indicaciones de Higton y Álvarez⁴⁷ donde comparan los criterios de evaluación de mediadores a los de los pilotos de líneas aéreas:

Criterio de entrenamiento o formación. Es fundamental porque constituye la base de adquisición de habilidades y técnicas, pero el solo entrenamiento no es garantía de buen mediador.

Criterio de experiencia. La profesionalidad surge de la aplicación a la práctica más que del entrenamiento formal. Es más fácil de seguir por las horas de práctica real: números de casos, diversidad de procesos, complejidad, casos multipartes, casos de minorías, casos de sectores discriminados.

Criterio de dedicación. Las habilidades para una dedicación competente (quedan implícitas las habilidades naturales de las que se ha hablado anteriormente) incluyen comprender el proceso, el rol del abogado de parte⁴⁸, saber ganarse la confianza y mantener la aceptación de las partes.

A mayor dedicación y experiencia, mayores posibilidades de:

- transformar posiciones en intereses y necesidades.
- detectar casos no susceptibles de mediación.

47. Cit. págs. 343 y 344.

48. GARRIGA, Abel, *El rol del abogado ante el proceso de mediación*, Boletín de Mediación n.º 3, Fomed, Barcelona, 1998. Se incluye en los anexos.

- ayudar a crear opciones.
- ayudar a identificar principios y criterios.
- ayudar a evaluar alternativas fuera del acuerdo.
- ayudar a hacer sus propias elecciones.
- ayudar a evaluar si el acuerdo es viable.
- familiaridad con los problemas éticos que se presenten
- familiaridad con los diversos métodos que se puedan utilizar en los casos convenientes.
- conocimiento del contexto donde se originó el conflicto dentro del que debe ser resuelto.
- conocimiento del proceso si no se llega al acuerdo: judicial, administrativo o arbitraje.
- conocimientos legales si el caso llegara a un tribunal.
- observancia de las normas éticas.
- preparar el espacio físico.

COMUNICACIÓN

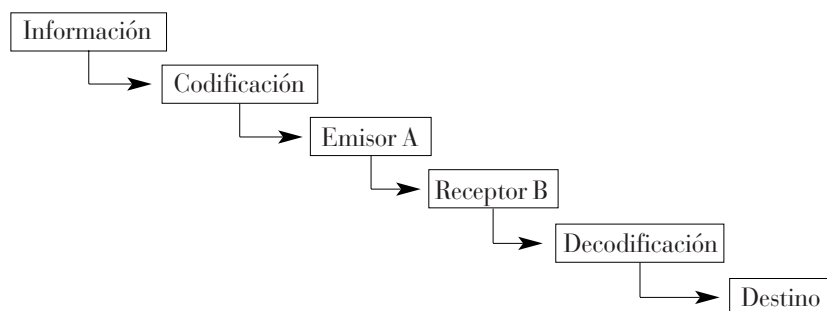
En el capítulo anterior hemos visto que una parte fundamental de la Mediación era el discurso de bienvenida del mediador, es decir la comunicación⁴⁹. Está presente en todo el proceso en forma oral o gestual, en forma de preguntas, etc, lo que quiere decir que la comunicación sería el «alma» del proceso.

Ya sabemos que los protagonistas son las partes, que se comunican a través de un diálogo verbal y corporal, pero ellos no tienen que ser «profesionales» de la comunicación. Por eso cuando se intenta detectar las claves de un conflicto, muchas veces encontramos que la mala comunicación, la percepción confusa o el malentendido, son los motivos del conflicto.

La comunicación es una secuencia de sucesos entre dos o más partes: un emisor A y un receptor B. A intentará llevar un mensaje (información) a B pero tendrá que codificarlo (pensarlo) antes de emitirlo. El

49. MOGUILEVSKY, Gustavo y LORIA, Analía, en *Teoría y Técnica de Mediación y Conciliación*, MARTÍN, M. A. y otros, cit. págs. 180 y ss.

mensaje pasa a B que a su vez lo decodifica (entiende) y lo recibe (llega a su destino).



El contenido y forma del mensaje se verán afectados por gran cantidad de elementos: mentalidad, prejuicios, formación, cultura, educación, intereses, motivaciones, etc. Los mensajes casi siempre llegan distorsionados.

El mediador como tercero neutral y confidente, cuyo fin es acercar a las partes a un diálogo constructivo para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas, debe manejar con mucho cuidado las herramientas de la comunicación, la conducción de los recursos y la contención emocional.

Hay que tener en cuenta que existe una tendencia natural en el individuo a aceptar los argumentos que coinciden con sus opiniones y rechazar lo que no entienden, lo que no coincide con su manera de pensar, o lo que no merece aceptación desde su subjetividad.

Por un lado se da un *proceso de la percepción selectiva*, es decir se acepta la información que guarda un grado de seguridad sobre su parecer, y se rechaza la que cuestiona, refuta o niega sus actitudes.

En el proceso individual también existe *la evaluación tendenciosa* cuando una persona subestima, refuta o niega información que conviene a su propósito o es contraria a él, sin tener en cuenta los intereses comunes.

En estos casos el mediador debe intervenir como facilitador de comunicación para que las partes comprendan y sientan la percepción de la otra para entrar en un proceso lento pero progresivo. Si consigue que abandonen sus percepciones falsas por percepciones realistas (necesidades, inte-

reses, deseos, objetivos), las partes estarán en condiciones de empezar la búsqueda conjunta de su solución.

Para ello el mediador debe:

a) Resumir con frecuencia la exposición de cada parte, parafraseando o replanteando, neutralizando tendencias de percepción selectiva y/o tendenciosa.

b) Verificar si el emisor está de acuerdo con el resumen del mediador. Se puede ampliar o mejorar lo dicho por la parte y se pueden aclarar las necesidades, intereses, deseos y objetivos.

c) Repetición de lo escuchado por la otra parte. El mediador le pide que lo repita, antes de contestar a la parte emisora, una buena oportunidad para reconocer su capacidad de aprehender el mensaje y conocer los intereses necesidades, etc. del otro.

d) Intercambio de roles (empatía). El mediador les solicita que intercambien sus papeles y se ponga cada uno en el lugar del otro. Contribuye a mejorar la visión sobre la posición propia al ver actuar al otro. Esta no es una técnica fácil, exige mucha capacidad psicológica y de contención por parte del mediador.

e) Grabación del diálogo. Al reproducir grabada la exposición de cada parte, se realiza una segunda escucha que se puede analizar.

En la comunicación verbal y gestual, la misma acción puede tener un significado diferente⁵⁰:

QUIÉN ES CULPABLE? Una persona que permanece en silencio cuando se la está acusando es, probablemente culpable.

Una persona que se defiende a sí misma, en voz alta es, probablemente culpable.

Disculparse significa que admites que la situación es por tu culpa.

Disculparse significa que te molesta que esa situación está causando dolor o trastorno, así que en esos momentos no puedes culpar a nadie. La otra parte

50. BEER, Jennifer, y STIEF, Eileen, *The Mediator's Handbook*, New Society Publishers, Gabriola Island, BC, Canadá, 1997, pág. 57.

espera responder con una apología paralela o una tranquilización. («Está bien, no ha sido tu culpa»).

ESCUCHAR	Asentir con la cabeza e ir diciendo «mm hmm» significa «Estoy de acuerdo contigo» Asentir con la cabeza e ir diciendo «mm hmm» significa «Te estoy prestando atención»
SILENCIO	El silencio es neutral y respetuoso. Quiere decir que alguien no está preparado y difiere con otra persona. El silencio significa que desapruebas o que quieres retirarte y no participar
CONTACTO VISUAL	Mirar directamente a la persona a la que le estás hablando comporta educación y ser respetuoso. No mirarle podría significar la evasión, decepción o poco respeto. Mirar directamente a la persona a la que te refieres puede señalar un reto y queda poco respetuoso. Las amenazas significan un intento real para hacer daño y advertir de que el conflicto está llegando al punto máximo.
AMENAZAS	Las amenazas son la manera de dejar escapar el vapor sin hacer daño ninguno. Literalmente no significan nada.
PREGUNTAS	Las preguntas indican interés en el asunto. Las preguntas son una forma de ataque; puede ser intrusivo el preguntar a alguien para que digan algo voluntariamente. Las preguntas indican que la persona ignora el tema o no se ha preocupado de preparar la negociación.

ESCUCHA ACTIVA

Nadie nos enseña a escuchar, en la escuela aprendemos a escribir, a leer, incluso a hacer deporte pero no aprendemos a escuchar. El oído es un sentido como la vista, sin hacer ningún esfuerzo se oye y se ve, pero para escuchar o mirar se necesita voluntad. En el caso de escuchar el esfuerzo es todavía más simple que en el de mirar, pues no hace falta abrir el oído como en el caso del ojo.

Cuando se habla de comunicación, automáticamente se piensa en la actividad de hablar, pero no existe la comunicación si no hay alguien que escucha. Según un proverbio oriental, si en un bosque se cae un árbol y no hay nadie, ¿ha hecho ruido?. Hay que escuchar con voluntad y concentración, implicándose en una actividad intelectual y emocional, prestar atención y entender lo que los demás dicen, no solo con palabras sino con los gestos y actitudes. Una persona que utiliza la escucha activa y sabe formular las preguntas, tiene mejores relaciones con su jefe, con sus empleados, con su pareja, con sus hijos, con sus amigos, en definitiva, es una mejor persona.⁵¹

La comunicación no se diferencia sólo por consecuencias emocionales, sino que los participantes tienden a desarrollar estrategias con intención de mala comunicación. Lo que significa que en la medida en que se abruma al otro con información confusa, distorsionada o poco clara, salen más argumentos para demostrar que no entiende a la otra parte. El mediador debe controlar:

- que estén oyendo lo que se dice.
- que estén entendiendo lo que se quiere decir.

Si el mediador está de acuerdo, puede compartir con las partes habilidades para una mejor escucha activa:

ELEMENTOS PARA UNA BUENA ATENCIÓN DEL MEDIADOR⁵²

«FOCUS» Su mente está «desenfocada». Se da cuenta de que tanto la emoción como el contenido de lo que dice quien está hablando está convergiendo en las reacciones interpersonales y el contexto. No está pensando en cómo responder.

51. DUGGER, Jim, *Tecniche d'ascolto*, Franco Angeli Ed. Milán 2000.

52. BEER y STIEF, cit. pág. 69.

JUICIOS RETENIDOS. Mientras está escuchando, deja a un lado pensamientos de lo que esa persona tendría que hacer, si eso que tiene que hacer está bien y lo que Ud. debería haber hecho en esa situación.

IMPARCIALIDAD Y SER ABIERTO. Su cara y postura muestran que está escuchando. Mira tanto al otro como a quien está hablando para ver cómo reacciona cada persona y para intentar convencer a los que participan de que no está ni aburrido ni crédulo. Tiene que tener cuidado de que sus murmuraciones y otros ruidos no hagan pensar al que está hablando, que está de acuerdo con él.

PREOCUPADO. Tiene en cuenta a su interlocutor como persona. Sabe el dolor que ha experimentado cuando ha vivido con el conflicto. Está interesado en todo lo que les concierne ya que imparcialidad no significa indiferencia.

Además el mediador puede utilizar para escuchar, los métodos que utilizan psiquiatras y psicólogos:

1. Deje de lado ese aspecto de su personalidad que lo lleva a hablar de más y pretender ser más importante que el otro. Permita que el otro sea lo más importante en ese momento.
2. Domine su deseo de hablar. Su propio discurso es el mayor bloqueo para la escucha terapéutica.
3. Deje de emitir juicios. Evite que sus propias conclusiones y opiniones bloqueen la recepción del mensaje del otro.
4. Busque lo que resulta verdaderamente importante para el otro, tanto lo que se manifiesta como lo que se deja de manifestar.
5. Concéntrese en el hecho principal. Examine todo lo dicho y busque el mensaje más importante.

PREGUNTAS

En el capítulo anterior ya hay referencias a las preguntas, ahora se harán una serie de ejemplos que debe tener en cuenta el mediador:

-Para conocer el problema.

¿Qué?, en cuanto al contenido

¿Cuál?, en cuanto a la relación

¿Quiénes? en cuanto a las partes
 ¿Dónde, cuándo?, en cuanto al contexto

-Preguntas de interacción

Para conocer: protagonismo
 responsabilidad
 restricción informativa
 diferencias
 definir la relación.

¿Vd. cree que él dijo...?, a las partes para ampliar el foco.

¿Vd. quiere decir que soy la única persona que sabe esto?, para involucrar a una o ambas partes,

¿Qué otras cosas estaban comprometidas en este contrato?, para ampliar información en el contenido.

¿Es la misma relación que tiene Vd con...?, para información sobre la relación.

¿Ha pensado en las consecuencias que podría tener? para hacer reflexionar.

¿Podría intentar verlo de otra manera?, para producir cuestionamientos.

¿Cree Vd que se deben pagar los alimentos?, para protagonizar.

¿Cómo contribuyó la otra parte a todo esto?, para llegar a tener reconocimiento del otro.

FORMA DE PREGUNTAR

RECOMENDACIÓN

No ser agresivo.

No hacer la pregunta hasta que haya terminado la exposición.

Escríbala.

No haga preguntas para demostrar su inteligencia.

Haga preguntas de neófito.

Haga preguntas inocentes.

CONSECUENCIA

Baja la defensa y agresión.

La ansiedad obtruye la comunicación de las ideas completas

Sirve de recordatorio

Su inteligencia es ser eficiente.

Puede recibir respuestas interesantes y crear confianza.

Haga preguntas sobre cuestiones que ya conoce.	Facilita conocer la credibilidad.
Use los intervalos para preparar y pensar más preguntas.	Da tiempo para pensar más y mejor.
DEMUESTRE	PROVOCA
Estar siempre prestando atención.	Acercamiento.
Haga silencio en lugar de preguntar.	Puede lograr información del otro que trata de justificarse o convencer.

HACER LAS PREGUNTAS CORRECTAS⁵³

PREGUNTAS ABIERTAS

Usar estas preguntas cuando empieza el proceso de mediación

¿Podría decirnos los asuntos que le han traído hasta aquí hoy?

Por favor, explíquenos lo que ha estado sucediendo.

¿Nos podría dar algunos antecedentes? Denos su punto de vista sobre la situación.

PREGUNTAS PARA OBTENER INFORMACIÓN

Usar estas preguntas después de las exposiciones de parte

¿Me podría dar un ejemplo?

¿Podría decirme más sobre como ve...?

¿Podría explicarme...?

¿Podría ayudarme a entender por qué...?

¿Podría describir qué pasó cuando...?

PREGUNTAS PARA SABER MÁS SOBRE LOS INTERESES

Usar estas preguntas durante el intercambio

¿Qué es lo importante para Ud.?

53. BEER y STIEF, cit. pág. 106.

- ¿Me podría ayudar a entender por qué es tan importante?
- ¿Qué le preocupa de esta situación?
- ¿Como le afecta esta determinada situación?
- ¿...le afecta demasiado a Ud, es eso cierto?
- ¿Hay algo que Ud. crea que (la otra parte) no entiende de la situación?

PREGUNTAS PARA OBTENER UNA SOLUCIÓN

Usar estas preguntas cuando está trabajando en un asunto concreto mientras se construye el acuerdo

- ¿Qué puede ir bien según su opinión?
- ¿Qué puede hacer para ayudar a resolver este asunto?
- ¿Qué otras cosas intentaría hacer?
- ¿Por qué cree que esta idea podría funcionar?
- ¿Hay alguna posibilidad en la que podamos unir las necesidades de A y las necesidades de B?

PREGUNTAS PARA OBTENER OPCIONES Y ALTERNATIVAS

Usar estas preguntas durante el intercambio y otra vez durante la construcción del acuerdo

- ¿Qué otras opciones tiene si no consigue el acuerdo hoy?
- ¿Está planeando en trasladarse (o cambiar de trabajo...)?
- ¿Qué problemas se podrían producir por haber dado esta idea?
- ¿Si está de acuerdo con esta solución y ...pasa, entonces qué?

PREGUNTAS PARA VERIFICAR EL ACUERDO

Usar estas preguntas durante la construcción y la escritura del acuerdo

- ¿Es este acuerdo aceptable para todos?
- ¿Hemos cubierto todo?
- ¿Hay alguna parte por la que esté intranquilo?
- ¿Ahora, es esto con lo que está de acuerdo:?
- ¿Puedes vivir con esto cada día, cada semana desde este momento?

PREGUNTAR CON TACTO

Una buena pregunta ayuda a todo el mundo, tanto a los que discuten como a los mediadores, a entender cuales son los asuntos. Preguntar también dirige la discusión. Si la conversación es fundada, una pregunta bien hecha puede

hacerlo ver y sorprender a la gente «in fraganti». De todas formas trate de no tomar un control excesivo con sus preguntas y evitar que sea sólo Vd. quien participa tan activamente en la discusión. ¿Cree realmente que Vd. y la otra parte deben saber cierta información? Si cree que no, no pregunte.

Sacar a la luz diferentes tipos de información:

Descripción. Qué ocurre cuando Vd. y A intentan hablar?

Hechos. Cada cuanto se reúne el consejo/junta?

Sentimientos y perspectivas. Qué es lo que le preocupa de sus acciones? Cómo se siente con respecto a lo que se ha dicho?

Nuevo pensamiento. Quién podría ser capaz de ayudarle con eso?

Sacar a la luz diferentes tipos de contestaciones:

Preguntas abiertas finalizadas que permiten diferentes contestaciones. Úselas para confundir a la gente y también para tener otro punto de vista y para que quién esté hablando sea más directo con lo que está discutiendo.

¿Cómo podría describir un día típico?

¿Qué fue lo que ocurrió la semana pasada que tanto le entristeció?

Preguntas directas invitan a una respuesta corta. Pregunte a la gente más habladora o dominante para enfocar su atención en temas específicos o requiera una corta y clara respuesta. Use las preguntas directas para que sean concretos con cierta información específica o si hay alguien que esté hablando que se extienda mucho.

¿A qué hora suele irse del trabajo?

¿Esto ocurrió después de que usted recibiera la carta?

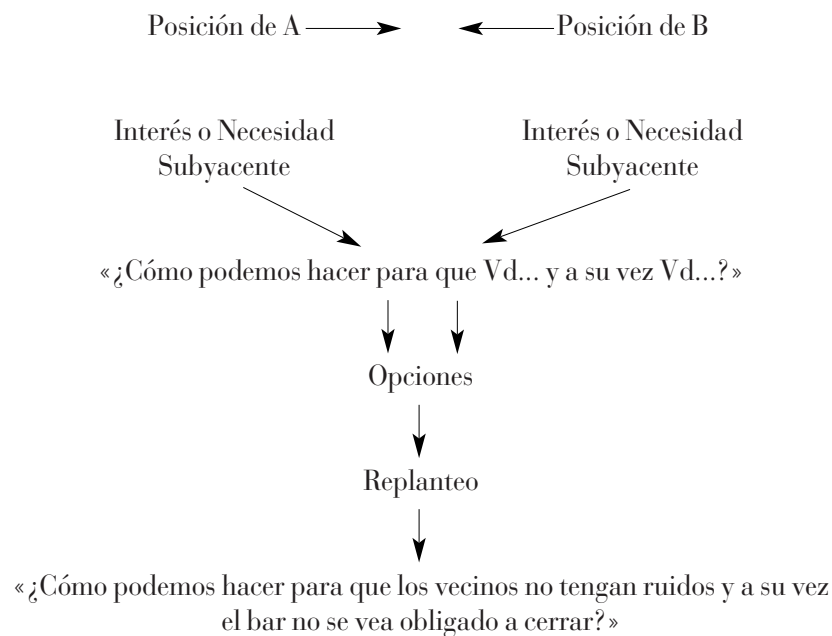
Respuestas principales sugieren al mediador a que dé la aprobación a una pregunta en particular. Generalmente los mediadores intentan evitar las respuestas como:

¿No sería mejor llegar a la propiedad vigilada primero?

¿Qué pasaría si hablara con más tranquilidad a B?

Preguntas con «Qué» Cuando pueda sustituya «qué» por «por qué». En vez de decir: Por qué no responde? pregunte: Qué es lo que le hace tan difícil responder a las preguntas de A? Las preguntas con «Qué» tienden a poner a la persona a la defensiva y puede ser difícil que responda. «Por qué» pregunta por respuestas descriptivas y específicas.

Cuando las partes están enfrentadas y no salen de sus posiciones, hay que hacer preguntas que den lugar a opciones:



ESTRATEGIA DE PENETRACIÓN PARA SUPERAR OBSTÁCULOS

Willian Ury⁵⁴ en su libro ¡Supere el NO! explica una larga estrategia para superar obstáculos que divide en cinco pasos. Normalmente para

⁵⁴. Cit. págs. 8 a 12 y ss.

llegar al sitio donde se quiere ir, hay que hacer giros y a veces zigzag, es difícil hacer el camino en línea recta. Lo mismo sucede con las negociaciones, el destino es un acuerdo satisfactorio pero la vía no es directa, encontramos emociones fuertes, posiciones inflexibles, agresiones y descontento, por lo que nos vemos obligados a buscar una vía indirecta.

1. Subir al balcón

El primer obstáculo es la relación natural de la persona implicada, y por tanto el primer paso comprende suspender esa reacción, recuperar el equilibrio mental y concentrarse en obtener lo que se desea. Ury, emplea la metáfora del balcón como modo de tomar distancias, mirar los hechos y los problemas con perspectiva.

Casi todas las personas reaccionan maquinalmente ante una situación difícil. Los tipos más frecuentes de reacción son contraatacar, ceder y romper las relaciones. Si reaccionamos perdemos de vista nuestros intereses y muchas veces lo que busca el oponente es provocar una reacción, que aunque no conduzca a grandes errores, siempre fomenta un ciclo improductivo de acción. Al reaccionar, uno mismo se convierte en parte del problema. Cuando se está negociando no hay que tratar de controlar al oponente, sino controlar nuestro propio comportamiento. El precio es obtener un acuerdo que satisfaga nuestros intereses mejor que el MAAN.

Una táctica que puede utilizar la otra parte, es la del *muro de piedra*, es decir, no ceder: «No es esta la política de la empresa», «tómelo o déjelo», rechazando cualquier otra sugerencia.

También hay tácticas de presión para intimidar en forma de *ataques*, que pueden llegar a ser tan incómodos, que lleguemos a preferir ceder: «Si no lo hace...», «sus datos no coinciden con la realidad», «quiero hablar con una persona que tenga más autoridad». El atacante intimida, mortifica y ofende hasta que consigue lo que desea.

Otras tácticas utilizan *trucos* para engañarnos y llevarnos a ceder, aunque nos parezca que la otra parte actúa correctamente y dice la verdad, utiliza cifras falsas o manipuladas, dice que no tiene autoridad, obliga a hacer una serie de concesiones y luego comenta que es otra persona la que debe decidir.

La clave para neutralizar el efecto de estas tácticas, es reconocerlas: si identificamos un ataque no nos sentiremos amenazados, si identificamos

un truco no caeremos en él. Para neutralizar estas tácticas tenemos no sólo que observar a la otra parte, sino lo que nosotros estamos sintiendo; nuestra primera reacción nos la da nuestro cuerpo en forma de nudo en el estómago, latidos del corazón fuertes, sudor en las manos, etc. Hay que subir al balcón, tomarse un respiro, tiempo para pensar. Si nos encontramos en medio de una conversación, hay que hacer una pausa y parar, no se puede responder con un ataque de ira, contar 10, 20 o hasta 100 si es necesario. Si se necesita tiempo para pensar, pedir una pausa que servirá para calmarse, subir al balcón y tomar distancia, el objetivo es un acuerdo mejor que su MAAN.

2. Ponerse a su lado

El segundo obstáculo a salvar son las emociones negativas de la otra parte, si es necesario ayudarle a recuperar su equilibrio, lo contrario de lo que se espera: escucharla, reconocer su punto de vista, respetar sus sentimientos, estar de acuerdo con ellos y respetarlos, es decir, nos ponemos a su lado.

El secreto para desarmar a una persona es el elemento sorpresa, lo que menos se espera el oponente. Ponerse a su lado significa escuchar lo que tiene que decir, reconocer su punto de vista, sus sentimientos y su prestigio y acceder cada vez que se pueda.

Después de escucharle es conveniente un parafraseo para que él sepa que fue escuchado: «Dígame si lo he entendido bien, Vd. dice...? ¿Es correcto?»

El reconocimiento se comunica con frases como «Sé exactamente a qué se refiere», «Entiendo como ve las cosas», «En eso tiene razón». Para acceder no hace falta hacer concesiones, basta con referirse a asuntos en los que ya se está de acuerdo, responder con «síes» cada vez que sea posible, y haga lo imposible para obtener la misma respuesta de la otra parte. Cada sí que se obtiene de la otra parte reduce la tensión, a medida que se acumulan afirmaciones, aunque sólo sea respecto a lo que el otro dice, favorece un ambiente en el que es más posible decir un «sí» a una propuesta más concreta.

No diga «pero», diga «Sí... y...», cuando se dice «El precio es muy alto», la respuesta suele ser «Pero la calidad es óptima», el «pero» se percibe como crítica. Si se contesta, «Sí es cierto, es alto. Y lo que se consigue por ese precio es la mejor calidad y el mejor servicio».

Conviene hacer afirmaciones con *yo* y no con *usted*, ya que se corre menos riesgo de provocar a la otra parte si se habla de uno mismo y no de ella. Se suele decir «Vd. no cumplió lo que prometió», pero es mejor decir. «Me sentí defraudado», «Siento que...», «Me intranquilizo cuando...» es decir afirmaciones en primera persona que deben centrarse en las necesidades, intereses, sentimientos y deseos propios, y no en los defectos de la otra parte.

Pero el hecho de expresar el acuerdo con el oponente, no significa terminar con las diferencias y en general es útil reconocerlas abiertamente, ya que la otra parte se habrá dado cuenta de que se comprendió su punto de vista y le servirá para tranquilizarse. Con estas técnicas se puede crear un clima favorable para la negociación.

3. Replantear

Ahora ya se puede abordar directamente el conflicto, pero se hace difícil si la otra parte queda anclada en la posición y tratan de hacernos ceder. Lo natural es que nosotros rechacemos su posición, pero debemos hacer lo contrario: aceptar lo que digan y replantearlo, como un intento de hacer frente al problema: «explíqueme más cosas», «ayúdeme a entender porqué quiere eso». Hay que actuar como si fueran socios interesados en arreglar el conflicto, aunque discutiendo sobre los intereses y no sobre las posiciones, para cambiar el juego hay que cambiar el planteamiento.

Replantear significa desviar la atención que la otra parte tiene puesta en las posiciones y discutir normas justas para escoger una opción. En lugar de rechazar la posición inflexible del otro, considerarla como una contribución informativa y replantearla: «Muy interesante, ¿Por qué quiere Vd. eso? Ayúdeme a entender el problema que quiere solucionar». En el momento de responder, la otra parte tendrá la atención puesta en los intereses y no en las posiciones. Se cambió el juego.

También se puede decir «Estoy de acuerdo en muchas de las cosas que ha dicho, sin embargo cuando lo explique en mi empresa, habrá socios que no queden convencidos. Vd. que tiene mucha experiencia, ayúdeme a responder las preguntas que me harán mis colegas». Normalmente nadie se resiste a dar un consejo cuando se le pide, y puede cambiar su posición. El replanteo funciona porque todos los mensajes son suscepti-

bles de distintas interpretaciones, por lo que la manera de cambiar el juego es cambiando el planteamiento.

Si la otra parte no está dispuesta a revelar sus intereses con preguntas como «¿Por qué desea esto? ¿Cuál es el problema? o ¿Cuáles son sus intereses?», se podría preguntar «¿Por qué no hace..? ¿Por qué no recortamos...?» Normalmente, sin darse cuenta, dan una información válida: «Porque si lo hago bajan las ventas, o no hay presupuesto o no puedo pagarlo».

Para considerar alternativas la pregunta más útil es «¿Qué tal si...?» y tratar de convertir la conversación en una lluvia de ideas y replantear la posición de la otra parte para que sea una alternativa más.

Hacer partícipe y pedir consejo a la otra parte: «Qué me sugiere que haga, ¿Qué haría Vd. en mi lugar? ¿Qué les diría a las otras personas que represento?, ¿Cómo debo proceder?». Todas ellas son preguntas abiertas a las que es muy difícil decir no.

El replanteo también se usa con las tácticas de la otra parte, si es un «muro de piedra», replantee como viendo en él una aspiración, tomándolo en serio pero poniéndolo a prueba: «Para poder cumplir el plazo que Vd fija, necesitare su colaboración». Replantear un «ataque» personal como si fuera amistoso: «¿Seguro que se siente bien, tiene muy mala cara». «Gracias por su interés. Me siento muy bien ahora que estamos cerca de llegar a un acuerdo». O decir «¿Su intención no es de amenazarme, verdad?». La respuesta será no y la otra parte dejará de emplear esa táctica.

4. Puente de oro

Ahora estaríamos en la fase de poder llegar a un acuerdo, sin embargo es posible que el oponente no quiera y tenga una actitud como «¿Qué me importa a mí todo esto?» por falta de interés, planteamientos ambiguos, retrasos e incumplimientos o incluso una negativa directa. Puede ser que no acepte la propuesta por que no fue él quien la pensó primero, quizá también porque no se hayan llegado a conocer los intereses más importantes para él, porque tenga miedo a quedar mal, porque considera el acuerdo como abrumador, el hecho de tomar una decisión demasiado importante en un tiempo demasiado corto.

La tentación es insistir, halagar, presionar. Tender un puente de oro significa ayudar al oponente a superar los obstáculos que le impiden lle-

gar a un acuerdo, es decir que nuestra idea se convierta en suya, satisfacer sus intereses, ayudarle a quedar bien y facilitar el proceso hasta donde sea posible.

En la medida en que se incorporan sus ideas a la propuesta, ésta se convierte en suya: «Se me ocurrió esta idea cuando Vd dijo...» Pidiendo críticas constructivas «¿Hay alguna manera de mejorar la propuesta para que lo beneficie a Vd sin perjudicarme a mí?». Tener en cuenta los intereses de la otra parte «¿Vd cree que un trato como éste satisfaría sus necesidades?».

No hay que dar por sentado que el oponente no es razonable, que nada le satisface, que lo único que quiere es dinero, y que es imposible satisfacer sus necesidades sin perjudicarse uno mismo, el pastel se puede agrandar, muchas veces sin ningún coste e incluso con beneficios para los dos.

Ayúdele a quedar bien con sus representados, familia y amigos, evitando críticas. Ayúdele a ceder salvando las apariencias, el que logre convencerlo de algo, dependerá de lo bien que pueda ayudarle a salvar las apariencias ante terceros. Ayúdele a redactar el discurso final del éxito de la negociación para presentar el asunto desde el punto de vista más positivo a sus jefes o empleados. Ir despacio para avanzar deprisa, tomar las cosas con calma, dividir la jornada en etapas, ir al ritmo del otro, hacer pausas, descansar. Avanzar paso a paso: «¿Estamos de acuerdo en este punto? Bien, ahora sólo nos queda...». No apresurarse para llegar a la meta, para evitar esto, habría que resumir la situación cuando ya se ha haya llegado al acuerdo: «Veamos si los dos entendemos este acuerdo de la misma manera».

Se ha tendido el puente de oro con una propuesta atractiva, comprometiendo a la otra parte en el diseño del acuerdo, mirando más allá de los intereses obvios del oponente, satisfaciendo sus necesidades, reconocimiento, autonomía, salvando las apariencias y ayudándole a presentar la negociación como un éxito ante sus superiores. Si él ha cruzado el puente, ha sido un gran éxito, si no lo ha hecho habrá que hacer lo imposible para dificultarle la negativa.

5. Usar el poder para educar

Si a pesar de todos los esfuerzos anteriores, el oponente se niega a llegar a un acuerdo, sólo queda una barrera por romper: el poder del opo-

nente. Es un juego de poder y su propósito es amenazar o tratar de obligar al oponente a que dé marcha atrás, pero opondrá mayor resistencia a cualquier acuerdo. Cuanto más se le dificulte el NO, más dificultará él el SI. En el caso de que se gane la batalla es probable que se pierda la guerra.

Anular la paradoja del poder implica facilitarle el SI y dificultarle el NO.

Para facilitar el SI se necesita una negociación encaminada a solucionar problemas para dificultar el NO, hay que ejercitar el poder. Se trata de utilizar las dos opciones. Cuando una persona se niega a llegar a un acuerdo a pesar de todos los esfuerzos realizados, es porque todavía cree que puede ganar más. Está convencida de que su MAAN es superior al puente de oro. Hay que convencerla de que está equivocada, que la única forma de ganar, es ganar juntos. Utilice su poder para educar al oponente y desempeñar el rol de un consejero respetuoso, hágale ver las consecuencias de no llegar a un acuerdo, y si no comprende su gravedad, formule preguntas para revelar la realidad:

- ¿Qué cree que sucederá si no llegamos a un acuerdo?
- ¿Cuál será el coste si no llegamos a un acuerdo?
- ¿Ha pensado en la posibilidad de que la empresa vaya a la quiebra?
- ¿Se da cuenta de las graves consecuencias para los dos si no arreglamos este asunto?
- Si cree que la otra parte subestima nuestro MAAN, pregunte:
 - Si no podemos llegar a un acuerdo ¿qué espera que yo haga para satisfacer mis intereses?
 - ¿Qué me aconseja que haga?
 - ¿Qué piensa Vd que haré yo?
 - ¿Qué hará Vd?

Puede que estas preguntas no sean suficientes para educar a la otra parte sobre las consecuencias de no llegar al acuerdo. Hay que advertir sobre las consecuencias pero no amenazar, las amenazas suelen volverse contra uno mismo. Aunque a primera vista una advertencia puede parecer una amenaza, hay una diferencia: la amenaza es subjetiva, da la impresión de enfrentamiento; la advertencia es lo que ocurrirá si no se

llega a un acuerdo. Además la advertencia es una manera de no revelar el MAAN propio.

Si el oponente no hace caso de las advertencias, Ud. puede dar una clara señal de que está decidido a recurrir a la mejor alternativa, por ejemplo puede decir: «Lo siento, pero tal como van las negociaciones, no creo que logremos un acuerdo. Estoy a su disposición, les dejo mi teléfono para que me llamen cuando estén dispuestos, me temo que tendré que recurrir a mis alternativas». Es una forma de dejar la puerta abierta y demostrar un MAAN sólido.

Otro paso sería usar el poder de terceros, no amigos, socios o aliados nuestros, sino del ámbito del oponente, su familia, amigos, compañeros de trabajo, clientes, es posible que los escuche con más interés y acceda a llegar al acuerdo. También los altos cargos, presidentes o jefes, pueden instar a llegar a un acuerdo rápido o ir directamente a los tribunales. A veces el solo hecho de saber que otras personas están pendientes del conflicto, es suficiente para obligar a la otra parte a negociar.

Cuando parece que está accediendo, debe cederle el paso para que tome su propia decisión. Aunque Vd. esté en posición de ganar, negocie, ya que un resultado impuesto no es estable. Haga un acuerdo sólido y duradero, sin perder de vista la ejecución del mismo, haciendo énfasis en la satisfacción de ambas partes, no en el éxito.

Reafirme las relaciones, después de este acuerdo tendrán que seguir relacionándose, felicítele por sus ideas y su capacidad, y aunque Vd mismo esté muy satisfecho de su propia gestión no lo demuestre. De eso trata «usar el poder para educar».

Como queda claro, estos cinco pasos que utiliza Ury, están destinados a la negociación, pero son susceptibles de aplicarse a la mediación teniendo en cuenta que ésta es una negociación asistida por un mediador, y que quienes realmente negocian son las partes.

ÉTICA

Los mediadores deberán tener en cuenta en todo momento del proceso de mediación, el conocimiento de las siguientes cuestiones⁵⁵:

55. ALOISIO, Victoria, *Co-Mediación. Aporte emocional para fortalecer la relación con el otro*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 107 y 108.

a) *Autodeterminación*

Es el principio fundamental de la mediación. Requiere que el mediador confíe en la capacidad de las partes para llegar a un acuerdo voluntario. Cualquiera de ellas se puede retirar de la mediación cuando así lo desee.

Es importante que el mediador ponga en conocimiento de las partes la posibilidad de consultar a un abogado para estar informadas antes de tomar decisiones y, firmar algún acuerdo.

b) *Neutralidad o imparcialidad*

Este concepto es central en el proceso. Un mediador mediará sólo en aquellos casos en que pueda mantenerse neutral, teniendo claro el concepto de imparcialidad, para otorgar un trato similar a las partes, si es incapaz de conducir el proceso, por alguna razón de las ya conocidas, está obligado a retirarse.

c) *Confidencialidad*

Las expectativas razonables de las partes deben ser sostenidas por el mediador a través del convenio de confidencialidad, quien no revelará lo que alguna parte le haya confiado, a menos que todos hayan dado permiso previo.

d) *Calidad del proceso*

El mediador trabajará para asegurar un proceso de calidad, alentando el respeto mutuo entre las partes, cuyo propósito fundamental es facilitar el acuerdo voluntario. Un mediador deberá retirarse o posponer el proceso, si la mediación está volcada a promover algo ilegal o si alguna de las partes está incapacitada física o mentalmente.

A medida que la mediación lucha por convertirse en una profesión, se incrementa la importancia de desarrollar normas que establezcan las prácticas aceptables. La aceptación pública y profesional del papel del mediador será mayor cuando las normas de la práctica de desarrollen y se den a conocer.

No hay que confundir las normas de práctica con la ética⁵⁶, las normas de práctica ayudan a esclarecer los objetivos de un servicio, mejorar su

56. FOLBERG, cit. págs. 245 y ss.

calidad y reforzar la imagen pública del profesional. Una definición de profesión, es la aceptación y el apego de las normas de práctica, es decir lo que ayuda a distinguir una profesión de otra, y a separar las profesiones de las actividades comerciales.

La mediación constituye un servicio híbrido que absorbe a diferentes profesionales: abogados, psiquiatras, psicólogos, trabajadores sociales, enfermeras, consejeros etc. Cada una de estas profesiones cuenta con códigos éticos para orientar sus respectivas prácticas profesionales, pero aún no se ha determinado qué partes de esos códigos se aplican a la práctica de la Mediación, que hasta cierto punto difiere de las prácticas de las profesiones antes mencionadas.

Por la definición misma de la mediación sabemos la importancia de la confidencialidad y la neutralidad, pero hay pocos textos que hablen de su responsabilidad en la práctica.

Uno de los códigos de conducta profesional para mediadores, es del año 1982 y popularmente se le conoce por el «Código de Denver»⁵⁷ porque fue elaborado en el Center for Dispute Resolution de Denver, Colorado.

La deontología se refiere al deber ser y por tanto remite a la moral. Las normas deontológicas tienen un carácter ético y presentan puntos de contacto con la costumbre, por lo que tienden a transformarse en normas jurídicas⁵⁸. El carácter ético de los principios es más evidente en profesiones humanitarias como el médico o el forense por tratarse de profesiones cuyo objeto se centra en la persona humana, pero el concepto puede extenderse al mediador ya que comparte también responsabilidades de ese tipo.

Una vez se convierte en experto de las técnicas de mediación, quedan dudas, lagunas y preguntas acerca de los límites e impedimentos éticos para usar las técnicas en ciertas situaciones, lo que motiva la necesidad del desarrollo de reglamentos de conducta profesional para mediadores.

Según el rol en el que el mediador se sitúa a sí mismo, variará su visión de los dilemas éticos y reaccionará ante una situación dada. Desde el punto de vista ético, los mediadores profesionales se preocupan por:

57. Incluido en los Anexos.

58. HIGHTON, cit. pág. 369 y ss.

<i>Calidad del convenio porque...</i>	<i>Uso del conocimiento sustantivo del mediador</i>	<i>Uso del poder del mediador</i>
• Injusto • Contrario a los derechos o al resultado previsible del juicio • Ilegal • No en el mejor interés del menor • Falta de consentimiento informado	• Del derecho/del sistema judicial • Del bienestar/de la psicología del menor • De hechos específicos	• Conseguir participación • Lograr un acuerdo bajo cualquier condición • Lograr un acuerdo específico • Intervenir en la relación abogado y cliente
• Con abogado • Sin abogado		
<i>Vulnerabilidad de la parte</i>	<i>Abuso del proceso por la parte</i>	<i>Ruptura de confidencialidad</i>
• Después/fuera del proceso • Dentro del proceso (invasión)	• Con respecto a otra parte • Con respecto al mediador	• En el proceso • fuera/después del proceso • Con el tribunal • Con otros
<i>Relación entre el mediador y las partes/abogados</i>	<i>Presiones externas que actúan sobre el mediador</i>	<i>Adecuabilidad para la mediación</i>
• Antes del proceso • Durante el proceso • Después del proceso	• Administrativa (o del tribunal) • Profesional - Relaciones con el colegio profesional - Relaciones con otras profesiones • Interés económico	• Capacidad de la parte/consentimiento • Capacidad legal • Violencia/temor • Rigidez de la parte • Cuestiones emocionales/interpersonales • Daño irreparable • Estado de violencia • Estado de necesidad • Tema de interés social.

Toda institución que lleve a cabo un programa de Mediación, debe adoptar un código de normas éticas para los mediadores, así como también un régimen de procedimiento disciplinario para tratar los casos de violaciones de dicho código⁵⁹.

El conjunto de normas debe incluir disposiciones sobre los siguientes puntos:

- Imparcialidad;
- Conflicto de intereses;
- Promoción publicitaria de mediadores;
- Divulgación de honorarios;
- Confidencialidad;
- Rol de los mediadores en el acuerdo.

Al crear un código de ética, los tribunales deben considerar el doble propósito de dicho código:

- la promoción de honestidad, integridad e imparcialidad en la mediación, y
- el funcionamiento eficaz de un programa de mediación.

Además, los mediadores tienen otras responsabilidades adicionales referidas a:

- Consentimiento informado.
- Rapidez en el procedimiento.

HONORARIOS

La mediación como servicio profesional, implica el pago de honorarios al mediador, que es preferible convenir claramente y con antelación. No hay una forma fija de retribución, ni reglas que la determinen, por lo que

59. Se incluyen en los anexos Patrones de conducta para Mediadores.

hay que basarse en la práctica habitual en los países en que está desarrollado el servicio⁶⁰.

1. Qué se paga

Normalmente el coste del proceso tiene dos partes diferenciadas, los honorarios y una cantidad suplementaria (tasa administrativa si el centro es público, y gastos de apertura de expediente y de administración, si es un centro privado). Esta cantidad suele ser fija y repartida entre las partes.

En los centros privados, es frecuente tener impresas las cantidades, las modalidades a que se refieren y la forma de pago, que se entrega a las partes como una información más del proceso. Esta solución impide entrar en negociación o regateo con el mediador, lo que sería negativo para la mediación.

2. Cómo se determina

a) *Por tiempo.*

En general por el tiempo que el mediador trabaja con las partes, aunque hay variantes sobre la unidad del tiempo: por horas, por sesiones de trabajo o por jornada de trabajo, variable según el número de horas de mediación que se desarrollen en un mismo día. Hay que tratar de evitar que las partes sospechen que el mediador prolonga indebidamente el tiempo para facturar más horas.

Cualquiera que sea la unidad de tiempo escogida (hora, sesión, jornada), es una de las ventajas de la mediación sobre los sistemas judiciales. Es ventajosa para las partes que pueden controlar los gastos y decidir la finalización o no del proceso.

b) *Suma fija*

Este criterio da un gran margen de seguridad a las partes, pero puede convertirse en antieconómico para el mediador, si se extiende más de lo estimado.

60. CAIVANO, Roque J. y varios autores, *Negociación y Mediación*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, págs. 233 y ss.

c) *Porcentaje sobre el importe del acuerdo*

Esta idea es conveniente para independizar el trabajo del mediador, de la suerte que corra el proceso. No debe estar vinculada al resultado de la mediación, porque incorporaría un interés propio del mediador que pueden entrar en conflicto con los intereses de las partes.

3. Quien paga

Habitualmente antes de empezar la mediación, las partes tienen que estar informadas de los honorarios y establecer en qué modo se pagarán los mismos, que generalmente se dividen entre las partes. La flexibilidad de la mediación también permite otras alternativas a discutir, si no se llega a acuerdo en el pago, en el contrato de mediación se puede establecer que a falta de acuerdo, el coste de la misma será distribuido en igual proporción entre las partes.

4. Cuando se paga

En términos generales, antes de comenzar la mediación o al terminarla. En el primer caso, las partes suelen tener resistencia en pagar un servicio antes de ser recibido.

En el segundo, el mediador corre un riesgo de crédito. Para reducir éste, se puede cobrar por adelantado un importe equivalente a determinadas horas o sesiones de trabajo, que en caso de que se utilice menos tiempo, puede devolverse. Se podría abonar también después de cada hora, sesión o jornada.

Capítulo IV

DIFERENTES TIPOS DE MEDIACIÓN

Las variables que intervienen en la mediación son tantas, que conviene considerar los diferentes tipos o enfoques posibles, como los asuntos que dependen del estilo, de una serie de medios, y además intentar definir algunos tipos o enfoques específicos para diferentes mediaciones.

Dentro de esas variables se plantean una serie de conflictos que van desde la índole más privada, como hermanos que reclaman una herencia, hasta la más global, países al borde de una guerra.

Otras variantes plantean conflictos relacionados con la experiencia y antecedentes de quien interviene en el proceso, como la información, orientación y autoridad del mediador. En un extremo puede estar un notario que aclara y registra los puntos del acuerdo, y en el otro un juez que pregunta a las partes si quieren acudir voluntariamente a una resolución propuesta, o si ésta se les propuso⁶¹. Otros pueden ser conflictos personales entre las partes, por ejemplo vecinos, que no tienen experiencia ni antecedentes en resolución de conflictos y pueden recurrir a un mediador o a otro vecino común y que no esté implicado; y por otro participantes expertos en la resolución de conflictos entre ellos y/u otras empresas, como pueden ser por ejemplo la General Motors o Ford.

Todos los puntos interrelacionados pueden dar apariencia de modelo de mediación por la naturaleza del conflicto, el ámbito, los antecedentes,

61. FOLBERG, cit., págs. 135 y 136.

los participantes, etc., pero en realidad no se puede hablar de modelos de mediación, sino más bien de tipos o estilos de práctica.

Las diferencias entre distintas mediaciones no siempre son claras, los estilos se mezclan y un mismo mediador puede intentar variaciones dentro de su estilo personal, cambiando las técnicas que considere más acordes en la resolución del conflicto que está mediando.

COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES

Como ya se ha visto anteriormente, los comportamientos individuales frente a un conflicto tienden a ser universales, tanto en las reacciones como en las relaciones, tanto en una mediación familiar como empresarial, tanto en el comportamiento como en llegar al resultado deseado.

Según Beer y Stief⁶² se puede resumir en los siguientes puntos:

- ROL DEL INDIVIDUOLa gente debe hablar por sí misma y ser capaz de afrontar sus necesidades y reacciones. Una buena discusión lleva a las necesidades del individuo, capacidades y la genuina aprobación.
- DISCUTIR.....Un argumento «acalorado» da lugar a conflictos y enseña que la gente puede estar fuera de control. También interfiere con la escucha y con encontrar soluciones. Un argumento «acalorado» es parte de la verdad buscando un proceso y ayuda a sacar a la luz los asuntos. Demuestra también cuánto se llega a preocupar la gente.
- EMOCIÓN Y LEGITIMIDAD...Los participantes deben dejar aparte sus reacciones emocionales, así la negociación puede progresar a través de la

62. Cit. págs. 81 y 82.

calma y la comunicación racional. Comportarse de manera cívica, objetiva, controlada y razonable, muestra que tiene una posición legítima.

Los participantes no deben esperar dejarse llevar por una intensa emoción hasta que la negociación en sí muestre un progreso. Los sentimientos fuertes son un signo de la legitimidad y la importancia de lo que nos concierne.

HABLAR Hablar es la manera de organización de la información y la discusión: La gente debe pedir turnos para hablar, tomarse un descanso, y no interrumpir a los demás.

Hablar es drama: los participantes deben explicar historias, gritar, hablar de otros, gesticular, permanecer silenciosos o hablar en voz baja. La otra parte, estará convencida si ha demostrado una respuesta emocional hacia ellos.

SALVAR LA CARA Admitir que se ha estado mal o cambiar de posición puede ser molesto, pero es lo correcto en algunas ocasiones.

Admitir un error u «obrar mal» es profundamente vergonzoso para uno, pero quizás para todo el grupo también lo sea. Es más considerado ir a una tercera vía y no dejar en ridículo o hacer enfadar a alguien por enfrentarse con ellos directamente.

Es más honesto y maduro expresar la rabia o criticar a alguien directamente que hacerlo «por la espalda».

MODELOS CULTURALES

Los modelos culturales, ya dentro del proceso de mediación, se ajustan al patrón de las autoras mencionadas.

AUTORIDAD/ROL

DEL MEDIADORLa gente debe resolver sus propios problemas. El mediador está ahí, primordialmente como facilitador y referencia.

PROBLEMAS/RELACIONES...El propósito de la negociación es resolver el problema: es importante identificar las claves del asunto rápidamente.

PROBLEMAS-SOLUCIÓNReferirse a un asunto uno por uno.
Negociar los diferentes aspectos de la situación una sola vez.
Hablar directamente sobre los asuntos importantes, saltarse los otros.
Hablar o actuar de manera que señalen sus sentimientos/posición y esperar que sea la otra parte la que tome su iniciativa.

MEJOR MANERA PARA

RESOLVER EL CONFLICTO ...Decidir quién está equivocado y determinar las apropiadas restituciones.
Una solución justa equilibra la balanza.
Los precedentes y reglas son las bases para las decisiones.
Todo el mundo necesita dar y recibir.
Satisfacer los intereses de cada parte.
Una buena solución no sólo resuelve el problema inmediato sino que también se lleva consigo las fuentes de fricción.
El cambio es bueno: un nuevo pensamiento creativo desarrollará buenas soluciones.

RESULTADO DESEADO.....Las partes considerarán el conflicto resuelto cuando:
 Se equilibra la balanza.
 Se hace una negociación.
 Se alcanza la justicia.

Folberg y Taylor, hacen una comparación por etnias (*véase tabla de la página siguiente*), sobre las reacciones de cada grupo étnico ante el proceso de mediación. Hay que tener en cuenta que se refieren a lo que sucede en Estados Unidos, por lo que quizá pueda parecer de poca utilidad en nuestro país. Pero no se puede olvidar la importancia de los conflictos que aquí han surgido y surgen por problemas sociales, comunitarios, educativos, etc. donde están involucrados inmigrantes y minorías.

CO-MEDIACIÓN⁶³

La participación de dos (o más) mediadores en un proceso, amplía las ventajas del mismo. El tópico de «cuatro ojos ven más que dos», puede sumarse a cuatro oídos oyen más que dos, aunque cada uno no vea ni oiga lo mismo, pueden ampliar sus miradas. Participar en una co-mediación no significa mirar igual, sino participar por igual. Un equipo eficaz de co-mediadores puede aumentar la capacidad de escuchar las interferencias producidas por las partes. Se puede aumentar la tolerancia y la paciencia compartiendo el peso del proceso. Es más fácil crear equilibrio cuando existe un desequilibrio de poder entre las partes, y promover un modelo de comunicación más efectivo.

De todas formas, también hay que tener en cuenta las desventajas de la co-mediación, si se dan algunos de estos casos:

-Si hay competencia entre los mediadores, pueden crearse conflictos que hagan más difícil el proceso.

63. ALOISIO, Victoria, cit. págs. 33 y ss.

Comparación cruzada de perspectivas étnicas para los Mediadores⁶⁴

Reacción	Indio americano nativo de Alaska.	Negro-africanoamericano	Mexicano	Puerto-riqueño-cubano	Asiático	Francoespañol/Francocanadiense	Británico	Irlandés	Alemán	Griego	Italiano	Israelita	Polaco	Noruego	Vietnamita	Irani
<i>Reacción a la necesidad de ayuda externa por parte de profesionales.</i> Siente vergüenza, sensación de fracaso, debilidad personal. Desconfianza de las agencias y de los sistemas de ayuda en general. Siente una amenaza a la autoridad personal/jerarquía familiar. Acude primero a miembros de la propia comunidad. Desconfía de numerosos asuntos relacionados.	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
<i>Reacción al conflicto interpersonal</i> Niega el conflicto hasta que la conducta del conflicto manifiesto es intolerable. Acepta el conflicto pero se siente impotente para actuar. Reprimir la ira y otros sentimientos negativos. Usa comunicación verbal/no verbal explosiva, y a continuación comienza a solucionar el problema.	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
<i>Reacción al tiempo y los programas</i> Orientación futura. Orientación presente. Orientación pasada.	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
Puntual, espera que se comience y se termine a tiempo. La hora del reloj es menos importante; «olvida» cancelar o reprogramar. Trabaja bien con estilo de crisis/maratón realizado en casa. Necesita muchas citas para evitar la prisa de que se proporcione información/conciencia.	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
<i>Reacción a las credenciales del mediador</i> Interroga sobre la educación y la experiencia para determinar la calidad. Confía en otros dentro del subgrupo para referencia. Acepta al mediador como experto. El mediador debe mostrar habilidad y confiabilidad como persona de valía.	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
<i>Reacción al papel y las técnicas del mediador</i> Desacostumbrado a la igualdad intra-familiar en la toma de decisiones. Proporciona información completa, y ayuda al profesional. Pide el mediador que lo aconseje como autoridad mayor. Muestra acuerdo en las sesiones, pero puede retroceder en las decisiones más tarde. Prefiere un tono más afectivo que contractual. Necesita un ritmo orientado a la acción.	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•
<i>Reacción a los honorarios</i> Renuente a pagar antes de que los servicios sean prestados o aprobados como correctos. Paga de mala gana debido a ambivalencia. Paga con regularidad. No acepta «caridad»; si no puede pagarlo todo, buscará otro servicio. Comprende y acepta los honorarios, pero prefiere reembolso de terceras partes.	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•	•

64. FOLBERG y TAYLOR, cit. págs. 311 y 312.

-Las partes pueden tratar de dividirlos y querer conquistar a cada uno de ellos, lo que puede llevar a la pérdida de focalización del problema.

-Si existen desacuerdos entre los mediadores cuando las partes están acordando, uno de los mediadores puede seguir un camino diferente lo que inevitablemente obstruye el proceso.

-Dos co-mediadores necesitan más tiempo de trabajo que uno sólo.

-La desaprobación de uno en relación al otro, durante la etapa de negociación, lleva a una situación que crea dificultades añadidas.

-Cuando un co-mediador no se siente respetado o legitimado por el otro, puede dificultar el proceso.

Se trata de un trabajo en equipo, el esfuerzo combinado de dos mediadores debe aumentar la creatividad dando lugar a más y mejores alternativas. No hay recetas para la co-mediación, pero si los mediadores se respetan, se consultan, trabajan conjuntamente y sin protagonismo, las ventajas son evidentes.

Obviamente, para que la co-mediación funcione, debe elegirse otro mediador con el que se sienta cómodo. Organizar la estrategia y la técnica a utilizar juntos, antes de la mediación. Repartir las responsabilidades entre los dos. Todo ello tranquiliza a ambos, y aunque no se lleve a cabo tal como estaba previsto, da seguridad en el proceso. Cada uno de ellos puede hacerse cargo de distintas etapas, eligiendo las que más interese a cada uno tratar.

Lógicamente la co-mediación trata de sumar puntos de vista y no de enfrentarlos, es una complementación no una competición. Los mediadores no siempre deben asumir los mismos roles, pero es importante el respeto del uno por el otro. Deben asegurarse de tener siempre la misma credibilidad y autoridad ante las partes.

Dependiendo de las necesidades de las partes, pueden servirles de modelo de identificación: explicar un acuerdo entre ellos, enseña a las partes que es posible también para ellas llevarlo a cabo.

Las sesiones privadas pueden mantenerse con los dos mediadores, pero en el caso de que suponga una gran pérdida de tiempo, puede hacerlas cada mediador con una parte y luego comentarlas entre sí.

Trabajando en equipo, y no teniendo entre ellos que guardar la confidencialidad para poder discutir a fondo todos los problemas que se plantean, la co-mediación es muy ventajosa para las partes.

MEDIACIÓN TERAPÉUTICA

Tanto la terapéutica como la mediación legal⁶⁵, que veremos a continuación, son las que necesitan más capacitación y experiencia del mediador. Los mediadores terapéuticos han recibido información para reconocer el conflicto implícito y tratar sus causas, en lugar de resolver la desavenencia manifiesta o el problema que se plantea.

El terapeuta que actúa como mediador puede enfatizar en los aspectos emocionales y ayudar a las partes a que se enfrenten a ellos, propiciándolas a desinhibirse y a comunicarse. Con este enfoque, no sólo se interrumpe la conducta del conflicto manifiesto, sino también la comprensión de la parte hacia los conflictos internos que llevan a la desavenencia.

El mediador terapeuta hará sesiones privadas con ambas partes, para explorar el contexto emocional subyacente y para asegurarse del bienestar mental de las partes. Se hará hincapié en sus necesidades emocionales, su comprensión de las causas del conflicto y su aceptación de la situación, pero no en sus derechos y responsabilidades legales. Por lo que este tipo de enfoque es más efectivo en las desavenencias emocionales que en las legales, sobre todo en conflictos de familia, como custodia de hijos, embarazo de adolescentes, problemas juveniles, violencia familiar, malos tratos, etc.

Hay que dejar claro que la mediación no es lo mismo que la terapia, pero la mediación puede tener un efecto terapéutico si los mediadores tienen formación terapéutica, ya que cuentan con habilidades únicas para llevar a cabo este tipo de mediación.

MEDIACIÓN LEGAL

Igual que los terapeutas que ofrecen servicios de mediación, los abogados que actúan como mediadores, pueden realizar mediaciones legales, que suelen estar centradas más en desavenencias o conflictos manifiestos y menos en conflictos ocultos.

65. FOLBERG, cit., págs. 137 a 139 y 143.

Comparten con las partes sus conocimientos legales o les informan respecto a las opciones y alternativas que podría imponer un tribunal en el caso de que decidieran optar por el litigio.

Un abogado que actúa como mediador aconseja a las partes sobre impuestos, o a redactar la propuesta de un convenio que contenga los términos sometidos a discusión, y a su vez, someterlo a la revisión independiente de los abogados de parte.

Un abogado mediador, debe ser especialmente sensible a no inclinarse hacia los intereses de una de las partes, e incluso evitar esa impresión, por lo que es conveniente que no recurra a sesiones privadas, a no ser que las partes las soliciten.

El abogado mediador, igual que el terapeuta, tiende a seguir un enfoque menos estructurado que el proceso de mediación, y su servicio suele reflejar el procedimiento de un bufete, pero debe tener la precaución de proporcionar únicamente información legal imparcial. Ninguno de los participantes debe tener motivos para creer que sus intereses individuales, en lugar de los intereses conjuntos, están siendo defendidos o protegidos.

MEDIACIÓN DE CRISIS

Puede ser efectiva cuando las partes reconocen dichas crisis y tiene una perspectiva adversa y negativa de lo que puede ocurrir si el problema no se resuelve.

La mediación de crisis, crea enormes esfuerzos tanto sobre el mediador como sobre las partes, por lo que la motivación debe ser muy alta para llevarla a cabo y eliminar la crisis. Este tipo de mediación tiene menos reglas y estructuras de procedimiento y se suele hacer en sesiones maratón. Difiere de otras mediaciones por las demandas que establece la propia crisis.

Para empezar a actuar, deben aislarse los problemas más urgentes de los que pueden esperar, para que el tiempo limitado pueda dedicarse a los puntos que crean la crisis. El objetivo del mediador no es resolver el conflicto, sino retrasar su resolución a un momento menos crítico.

Requiere un papel muy activo del mediador, incluyendo sesiones privadas para descubrir cual de las partes está más dispuesta a ceder para desbloquear la crisis. Son importantes las técnicas para calmar a las partes y ayudar a que se centren en una tregua temporal.

Algunas situaciones de crisis son las huelgas, boicots, disturbios, motines en cárceles, etc. y el mediador debe tener la certeza de que quienes intervienen en la mediación, representen de hecho a los ausentes y tengan cierto control sobre ellos.

MEDIACIÓN MULTIPARTES

Las mediaciones que tienen una conformación diferente son los procesos de tipo comunitario que implican a varias partes.⁶⁶ Entre ellos está la comunitaria vecinal, obras públicas, siniestros masivos, nuevas normativas, y medio ambiente, entre otras.

Las partes no tienen intereses similares, y a veces son hasta opuestos entre sí, por lo que asumen representaciones de grupos. Además frecuentemente están involucradas directa o indirectamente, administración pública, ayuntamientos, ministerios, compañías privadas, aseguradoras, zonas geográficas e incluso varios países como puede ocurrir en desastres medioambientales. También puede suceder que reciban apoyos o rechazos políticos. Se pueden presentar alianzas permanentes, temporales o sólo para determinados aspectos o enfrentamientos.⁶⁷

Antes de continuar con el planteamiento de M. A. Martín, veamos las diferencias entre debate y diálogo:

Diferencias entre el debate y el diálogo

Debate

1. La comunicación previa a la reunión entre los patrocinadores y los participantes es mínima, y en gran medida carece de pertinencia para lo que sigue.

Diálogo

1. Los contactos previos a la reunión y la preparación de los participantes son elementos esenciales de todo el proceso.

66. *The Public Conversations Project of The Family Institute of Cambridge.*

67. MARTÍN, cit. págs. 200 y ss.

2. Los participantes tienden a ser líderes conocidos por su posición cuidadosamente elaborada. Los personajes que se presenten en el debate deben ser familiares para el público. La conducta de los participantes tiende a conformarse según estereotipos.

3. La atmósfera es amenazante; los participantes prevén ataques e interrupciones, que por lo general son permitidos por los moderadores.

4. Los participantes hablan como representantes de grupos.

5. Los participantes hablan para sus propios grupos y, quizás, para el centro indeciso.

6. Se niegan o minimizan las diferencias dentro de «los lados».

7. Los participantes expresan un compromiso invariable con un punto de vista, enfoque o idea.

8. Los participantes escuchan para refutar los datos de la otra parte y sacar a luz los fallos lógicos de su argumentación. Se hacen preguntas desde una posición de certidumbre. Estas preguntas son a menudo desafíos retóricos o afirmaciones encubiertas.

9. Las afirmaciones son predecibles, y aportan poca información nueva.

2. Los elegidos para participar no son necesariamente «líderes» manifiestos. De todos modos, siempre hablan como individuos cuyas experiencias singulares difieren en algunos sentidos de las de otras personas que también están de «su lado». Es probable que su conducta varíe en alguna medida y a lo largo de ciertas dimensiones respecto de las imágenes estereotipadas que los otros pueden tener de ellos.

3. Hay una atmósfera de seguridad; los facilitadores proponen, hacen aceptar de común acuerdo y aplican reglas claras de procedimiento para realzar la seguridad y promover un intercambio respetuoso.

4. Los participantes hablan como individuos, a partir de su propia experiencia singular.

5. Los participantes se hablan entre sí.

6. Se revelan las diferencias entre los participantes del mismo «lado» a medida que se exploran los cimientos individuales y personales de las creencias y valores.

7. Los participantes expresan tanto incertidumbres como creencias profundas.

8. Los participantes escuchan para comprender las creencias y preocupaciones de los otros. Las preguntas se hacen desde una posición de curiosidad.

9. Surge nueva información.

10. Para obtener éxito sólo se necesitan afirmaciones apasionadas.

11. El debate se realiza dentro de los límites del discurso público dominante. Este discurso define el problema y las opciones para la resolución. Supone que las necesidades y valores fundamentales se comprenden.

10. El éxito exige la exploración de las complejidades de la cuestión discutida.

11. Se alienta a los participantes a cuestionar el discurso público dominante, es decir, a expresar necesidades fundamentales que pueden estar reflejadas o no en ese discurso, y a explorar diversas opciones para la definición y la resolución de los problemas. Los participantes pueden descubrir inadecuaciones del lenguaje y de los conceptos utilizados habitualmente en el debate público.

Los mediadores multipartes tienen una metodología diferente, en especial para poder buscar soluciones que satisfagan colectivamente. Los puntos principales que las caracterizan son:

- Necesidad de identificación de las partes que están realmente involucradas en el conflicto.
- El grado de afectación o implicación de cada una de las partes.
- La falta de representación de alguno de los grupos de interés.
- Acreditación real de la representación para no correr riesgos de personas que asuman representación sin tener mandato real de un grupo.
- Cantidad de interrelaciones entre partes, que crecen a medida que surgen más partes involucradas.
- Posibilidad de alianzas aunque sean circunstanciales y superficiales.
- Incorporación e interferencia de terceros (periodistas, políticos) que pueden producir alteraciones innecesarias o asumir representaciones indebidas.
- Necesidad de locales para las reuniones (asientos, mesas, vídeos, grabadoras, material, etc.)
- Dificultades para que todos interpreten todos los problemas y su identificación por el grupo y por los mediadores.

- Desequilibrios en los factores de presión y de poder de los distintos grupos.
- Complejidad de las interrelaciones.
- Aparición de nuevas partes una vez iniciado el proceso.
- Dificultades de posibles resoluciones por estar limitada la flexibilidad.
- Gran cantidad de responsables del cumplimiento de lo que se acuerde.
- Variadas escalas de interpretaciones y valores.
- Reglas, conceptos e intereses diferentes y muchas veces opuestos.
- Recursos de diferentes niveles.
- Experiencias y formaciones distintas.
- Las normas o pautas por las que se rigen las partes, pueden ser opuestas o contradictorias.
- Plantes de acción en tiempos distintos.
- Grandes dificultades para determinar la realidad, cada parte tiene una concepción diferente de la misma.
- Opciones que crean precedentes a los que se aferran las partes.
- Los recursos que se disponen para la resolución del conflicto tienen un límite.
- Aparecen temas superpuestos y complejos, a los que se siguen añadiendo nuevos temas.
- Las cuestiones muchas veces no están definidas claramente.
- No suele haber consenso respecto a la opinión e información de especialistas y técnicos.
- Grado de incertidumbre por los resultados y desconfianza entre las partes.
- Pueden verse afectados principios básicos o valores profundos de las personas o grupos involucrados.

En estas mediaciones tan complejas, los mediadores deben aclarar cuanto antes cuatro puntos:

1. Participantes involucrados

Las partes involucradas no tienen clara ni definida su participación, que incluso puede ser indirecta, por lo que la dificultad inicial es encon-

trar las partes directamente implicadas (partes principales) y las relacionadas indirectamente (partes secundarias).

2. Asuntos que conforman el conflicto

Deben conocerse para determinar cuáles son substanciales e imprescindibles para resolver, de los complementarios que se pueden retrasar. Las partes suelen relacionar indirectamente otras cuestiones para sacar provechos de la situación confusa.

3. Actitud ante las interrelaciones

Tienen dos puntos bien definidos: el que se refiere al pasado, que es el que llevó a la actual situación; y el que mira hacia el futuro, que llevará a la resolución efectiva.

En las interrelaciones tienen gran importancia la forma en que se desarrolló la historia, el espíritu de revancha de los interesados, o su actitud madura para hacerle frente. Los estados emocionales pueden tener un papel relevante.

4. Formas de procedimiento.

Es el instrumento con que cuenta el mediador para el desarrollo de su trabajo, y el equipo de mediadores necesarios en este tipo de conflictos, para poder atender a tantos involucrados. Una cuestión que incide significativamente en el procedimiento, es la existencia de cumplimientos plazos, normas, límites, etc.

Una forma de hacer que las partes encaren los puntos importantes, es trabajar con mediadores en grupos o subgrupos que luego vuelquen el contenido en sesiones conjuntas o generales.

Las técnicas de mediación de asuntos complejos y multipartes, se aplica en tres grupos:

1. *Técnicas de inicio y relevamiento*, que se aplican para establecer normas básicas sobre la forma en que llevará el proceso y para lograr información:

- normas de debate;
- forma en que funciona el grupo (horarios, pautas, conducta, lugar, etc.)

-definición de agenda preliminar;

-formar para:

- determinar la participación de grupos de interés;
- participación de cada persona o grupo;
- autoridad;
- vinculación entre los grupos;
- informes a los grupos;
- toma de decisiones;
- definir la agenda;

-definición y presentación de facilitadores o co-mediadores;

- tomar notas y actas;
- redactar el proyecto de acuerdo;
- acuerdos sobre presencia de terceros (autoridades, expertos, periodistas, representados, grupos, etc.)

-acceso de peritos a determinados temas;

-honorarios de mediadores, forma y plazo;

-responsabilidad de los participantes;

-pautas o criterios para decidir;

-uso de listas de preguntas o formularios con datos de los participantes y terceros, para tener información.

2. *Técnicas para el desarrollo de opciones*, para ayudar a los grupos a buscar alternativas creativas, no convencionales, innovadoras, especialmente las que puedan ser aplicadas en forma grupal, para que puedan tener mayor intervención la mayor cantidad e involucrados:

- Brainstorming, tormenta de ideas.
- Situaciones hipotéticas.
- Lista de verificación.
- Lista de características.

Con las ideas de alternativas y opciones de cada grupo o subgrupo, se hace una lista en la que ninguna de ellas esté repetida, para comentar en sesión conjunta las mejores opciones.

3. *Técnicas de análisis de propuestas y acuerdo* son las que permiten al grupo producir una solución común:

a. La «pecera», método de debate de ideas, donde se colocan de 3 a 5 asientos en el centro del grupo, y sólo los asistentes sentados pueden participar en un diálogo entre sí, sin interrumpirse. Se van sustituyendo cada vez que un grupo expone lo que quería decir, y pueden irse sentando las personas que quieren participar.

b. La matriz de homogeneización, permite evaluar asuntos de múltiples aspectos, que se conforman en una evaluación global única. Se trata de resumir en un solo valor, aspectos de distinta dimensión y concepción y dar un peso relativo a cada uno de estos aspectos. Luego se evalúa el grado de satisfacción de las propuestas para la solución del conflicto.

c. La votación múltiple, método para reducir la cantidad de temas y evitar que las partes estén conectadas sólo a uno. Se llevan a votación todas las opciones posibles y la regla es que todas las personas o grupos puedan votar las opciones que quieran, pero con un solo voto por opción. Al contar los votos, se quedan en la mitad de las opciones, que son las que logran mayor número de votos. Se realiza otra ronda de votaciones en la que los participantes cuenta con 2 o 3 votos que pueden aplicar a una sola opción. Al contar los nuevos votos, queda la mitad de propuestas más votadas. Se continúa votando, hasta que quede una opción.

d. Grado de consenso, técnica que trata de medir la proporción de apoyo que tiene la propuesta, pero con la característica de que los participantes no deben dar apoyo u oposición formal al asunto. Este método implica una escala para que los involucrados califiquen cada propuesta, del 1 al 5 y se le da el significado del *cuadro de la página siguiente*.

El mediador puede pedir a los que votan en las casillas 3, 2 o 1, que expresen sus preocupaciones y objeciones y propongan la forma de dar solución al problema. Si el mediador lo considera, se puede enmendar la propuesta y se repite otra prueba de grado de consenso, y así sucesivamente hasta aceptar o rechazar la opción.

Valor	Concepto de valor
5	Apoyo total y entusiasta
4	Apoyo normal
3	Aceptable, pero con reservas. Requiere un diálogo complementario para aclarar, ampliar y perfeccionar.
2	No aceptable de no haber cambios. Hay serias reservas. Puede ser apoyada luego de un amplio diálogo complementario que aclare, amplíe y perfeccione.
1	Inaceptable desde todo punto de vista
<i>Valoración de calificaciones</i>	

e. Índice de apoyo, es similar al anterior, pero aquí se cuentan la cantidad de votos y se multiplican por el valor del mismo, según el cuadro anterior. Luego se divide por la cantidad total de votantes, tal como se refleja en éste cuadro:

Calificación							
Valor (a)	5	4	3	2	1	Total	Promedio
Votos (b)	5	8	5	4	1	23 (d)	
Resultado (a, b = c)	25	32	15	8	1	81 (e)	3,52 (d / e = f)
<i>Cómputo de índice de apoyo</i>							

MEDIACIÓN INTERNACIONAL

El enorme desarrollo de armas destructivas el escaso o nulo control de las mismas, que suele involucrar a dos o más países, ha llevado a poner

en práctica la resolución de conflictos que establece unas bases para llevar a cabo, bien la disuación de la violencia, el control del armamento o, en lo posible, intervenciones para lograr la paz.

Estas intervenciones, son la base de los planteamientos propuestos por los primeros movimientos pacifistas, que años más tarde adoptó la ONU. No se trata de mediadores o negociadores como los que hasta ahora hemos ido viendo, sino de pacificadores civiles sin armamento, y/o de observadores de los conflictos que están encuadrados en una organización. Dentro de estas organizaciones bien pueden incluirse ONGs con objetivos similares, La Cruz Roja o Médicos sin Fronteras, por poner ejemplos muy conocidos.

Las personas y organizaciones que intervienen en este tipo de proyectos, están condicionadas a un acuerdo de alto el fuego, una autorización para llevar a cabo su misión, y que la o las partes en conflicto, les permitan libertad de movimiento. Sin embargo estas intervenciones, si bien son importantes, no suelen ser suficientes para conseguir la paz.

La obtención de la pacificación puede concluirse en las observaciones de Harbottle⁶⁹.

Pacificación: resolución pacífica de conflictos políticos.

Conservación de la paz: intervención de fuerzas militares para la resolución de la paz, sin el uso de la fuerza, reduciendo la tensión y la acción armada.

Construcción de la paz: propiciar iniciativas humanitarias para rehabilitar, reorganizar y reconstruir el origen del conflicto hasta eliminar sus causas.

Hay además, otros tipos de resolución de conflictos entre países con asistencia de terceros, como los tan conocidos de Israel y Palestina, en los que han intervenido importantes líderes políticos internacionales, lamentablemente sin haber llegado hasta ahora a un acuerdo sólido.

Otro tipo de resolución, en este caso por medio del pacifismo y la desobediencia civil, fue la llevada a cabo por Gandhi, con gran apoyo y seguimiento de la población, que dio la independencia de Gran Bretaña a la India.

69. VINYAMATA CAMP, E. **Manual de prevención y resolución de conflictos**, Ed. Ariel, Barcelona, 1999, pag. 61 y ss.

En un país, Sudáfrica, Nelson Mandela y De Klerk, respaldados por sus propios grupos, lucharon para conseguir sus intereses en busca de una situación no violenta, tendente a la confrontación entre la policía blanca y los ciudadanos de color, proporcionando una base para fundamentar su futura democracia⁷⁰.

En las relaciones internacionales la cultura propia de cada país constituye uno de los elementos básicos de su política exterior, lo que influye en las relaciones transnacionales. Es frecuente que en este tipo de negociaciones, las personas que participan sean escogidas entre occidentales y no occidentales, aunque no es una regla general, pero lo importante en estas negociaciones es tener en cuenta la pluralidad cultural.

Los estadounidenses, dan más valor al aprovechamiento del tiempo, a la eficiencia, a las estadísticas y al éxito individual. Los japoneses tendrán una prioridad por el grupo y complejos sistemas de ceremonias y obligaciones sociales, y se sentirán mejor en conversaciones en voz baja. Los latinoamericanos tienen una relación pausada, sin problemas por el tiempo, valoran el contacto humano y las relaciones personales y tienden a aceptar su destino de forma más estoica que sus vecinos del norte⁷¹. Los europeos (aunque es resbaladiza la generalización) establecen una frontera entre su vida pública y la privada, se consideran en poder de la razón y se toman en serio su historia.

Generalmente en occidente, la práctica es que los acuerdos entre parte, sean preparados, negociados y entregados en documentación escrita, por lo que están elaborados con procedimientos complejos. En ciertas sociedades africanas, latinoamericanas y algunas asiáticas, los acuerdos suelen ser verbales y sellados por la palabra dada, la falta a la palabra, se considera casi como un delito.

En otras sociedades la negociación está precedida por un protocolo o ceremonial escrito, en el que las formas pueden tener tanta importancia como los contenidos. Por lo tanto las diferencias culturales pueden revelarse fundamentales en la consecución de los objetivos de la negociación, pero con cierta sutileza puede restablecerse la confianza, a veces sólo son gestos

70. URY, William, **Alcanzar la paz**, Ed. Pairós, Buenos Aires, 2000, pag. 45 y ss.

71. DIALLO, Issa B.Y., **Introduction a l'étude et a la pratique de la négociation**, Ed. Pedone, París 1998, pag. 73.

u otros modos de comportamiento no verbal, los que llevan a una comunicación difícil o pueden crear un clima de falta de entendimiento.

Para comparar las reacciones de las diferentes culturas, ver el cuadro de Folberg y Taylor en la pág. 134 que si bien trata sólo de un proceso de mediación, da las pautas de un comportamiento general.

MEDIACIÓN AMBIENTAL

El término «ambiente» prácticamente incluye todo, aunque se empezó a utilizar cuando se originan las primeras destrucciones y degradaciones de los bosques, y surge el movimiento ecologista. Hoy en día los problemas sobre el medioambiente incluyen usos de aguas, residuos sólidos, alcantarillado, contaminación de residuos tóxicos, sustancias peligrosas, emanaciones de gas, humo, ruidos, perforaciones y excavaciones en minas, el uso de la tierra, pesticidas, materiales radiactivos, residuos sanitarios, reciclaje, etc. y la lista aumenta continuamente.

Folberg⁷² dice que según algunos mediadores del ambiente, el proceso de mediación puede utilizarse incluso antes de que el conflicto sea reconocido como tal, es decir, un «conflicto previsto», cuando por ejemplo, un ministerio u otra entidad pública comunica la necesidad de ampliar o construir nuevas vías para alcanzar una capacidad mayor de tráfico, medida que se sabe de antemano que provocará protestas y conflictos.

La mediación ambiental es una multipartes con gran cantidad de normas, estatutos, reglamentos, etc., con la particularidad de que pueden estar involucradas varias regiones de un país, o varios países, aún así y dentro de su complejidad específica, el procedimiento es el mismo que se desarrolla en la mediación multipartes.

Aunque la mediación ambiental todavía no está completamente desarrollada, su herencia viene dada por leyes y políticas internacionales. El problema oculto es el potencial efecto global. La lluvia ácida que se crea en Estados Unidos, llega a Canadá por el sistema meteorológico, es decir causa y efecto internacional de muchos de los problemas medioambientales.

72. Cit. págs. 219, 224 y 225.

El planeta tierra sólo tiene un sistema de agua y aire, lo que nos lleva a reconocer que todos somos parte de una red ambiental global.

Los mediadores internacionales podrían proporcionar el proceso para resolución de conflictos por el desarrollo y destrucción de áreas que no sólo tiene un resultado nacional a corto plazo, sino un efecto mundial, como ya se sabe desde hace años con la tala de bosques en el Amazonas.

La aplicación de la mediación a estos conflictos nacionales e internacionales, constituye el uso más apremiante del proceso, debido a lo cercano de los conflictos y a sus consecuencias a medio y largo plazo.

La Unión Europea en su política ambiental, está basada en cinco principios. La **prevención**, que considera la necesidad de evitar la contaminación antes de que aparezca. La **corrección** que se origina por determinados daños que hay que combatir. El **contaminador-pagador**, con el principio de que “quien contamina paga”, es decir que los costes que se generen por el daño ambiental deben ser pagados por quien los cause. La **integración** donde se reconoce la protección del ambiente como un componente básico. Y por último la **subsidiariedad**, lo que quiere decir que la Unión Europea actuará en la medida de que puedan alcanzarse mejores resultados desde el terreno comunitario, que desde cada uno de los países miembros⁷³.

Lógicamente España se rige sobre la base de los mismos principios. Las potestades de nuestra policía administrativa incluyen técnicas de prevención y represión, que han sido muy eficaces en la lucha contra la contaminación. Pero el mayor escollo es la integración del ambiente con el mercado, es decir, la armonización entre la defensa del ambiente y los factores del desarrollo económico.

Como bien dice Flavia Rosembuj, “ para que los conflictos ambientales puedan ser sometidos a mediación sería conveniente que la administración ambiental competente introdujera el concepto en el ámbito de su nueva tendencia negociadora. Las partes de un conflicto ambiental tienen que empezar a proponer la posibilidad de someterlo a mediación”⁷⁴.

73. JUNCEDA, Javier, Cuestiones medio ambientales, COLEX Madrid, 1999, pág 27.

74. ROSEMBUJ, Flavia, Mediación medioambiental, en Mediación x 7, Atelier Ed. Barcelona, 2001, pág. 131 y sgts.

En este punto se podría tomar el caso de la contaminación en el Parque de Doñana por los vertidos de la empresa sueca Boliden. Parece que en su afán de desarrollo económico no tuvo en cuenta la destrucción del ambiente. Además ninguna de las partes (propiedad, Administración y mucho menos la empresa contaminadora) propuso un método alternativo de solución al grave conflicto ambiental.

Por lo tanto, sin una resolución alternativa, el litigio pasó por la vía judicial y la empresa fue obligada a indemnizar a los propietarios de las tierras por su responsabilidad civil. Paralelamente Boliden fue acusada de delito penal, el cual fue archivado por el juez, probablemente, y es una conjetura, por la cantidad de casos anteriores acumulados en su juzgado. En consecuencia, libre ya del delito penal, Boliden reclama la devolución de las cantidades pagadas en su día a los propietarios de las tierras. Estas actualmente están contaminadas en un 68%.

En este caso todos han perdido, salvo la empresa sueca, aun cuando no reciba la devolución que reclama. Se han perdido una gran cantidad de hectáreas en un parque natural, la consiguiente destrucción de la fauna y la flora, las tierras de los propietarios con grave contaminación de arsénico, plomo, cobre, cadmio y otros elementos.

Si este caso se hubiera llevado a mediación, los efectos habrían sido igual de devastadores, pero la empresa habría tenido más responsabilidad y las partes afectadas habrían obtenido otras compensaciones (dineras o no) que les habría recompensado de sus pérdidas.

Aunque poco a poco la mediación ambiental va en aumento, en cuanto tanto las instituciones gubernamentales, como las particulares que generalmente son grandes empresas, pagan los honorarios de los mediadores, todavía no se ha resuelto de cara al futuro, cómo financiar los gastos de la mediación para que los ciudadanos y organizaciones o asociaciones privadas, puedan acceder a ella⁷⁵. Es un problema delicado que se agudiza si los mediadores tienen que destinar mucho tiempo a investigar el problema, incluso a veces antes de ser contratados.

Hay propuestas como ayudas estatales para mediadores privados, creación de oficinas locales o estatales, o creación de fondos comunes en los que las partes que puedan permitírselo, aporten dinero para la mediación.

75. SINGER, cit. págs. 188 y 189.

Como en cualquier otro procedimiento público, los ciudadanos que quieren participar eficazmente en la negociación deben estar organizados, ser capaces de atraer a la opinión pública, y necesitar en un momento dado la asesoría de un experto. Es prácticamente imposible, por ejemplo, oponerse a la construcción de un centro comercial, si no se cuenta con un experto en tráfico. También deben saber que invertirán mucho tiempo en el proceso.

A continuación se expone una guía⁷⁶ realizada por Sara Horowitz:

¿EN QUÉ SE DIFERENCIAN LAS CUESTIONES AMBIENTALES DE OTROS TIPOS DE CONFLICTOS?

LAS PARTES

- Son conflictos multiparte
- Existen diferentes niveles de conocimiento de los temas
- Hay cuestiones desconocidas para todos

¿QUÉ HACE QUE LOS CONFLICTOS AMBIENTALES SEAN DIFERENTES?

El proceso

- Exige una coordinación de los múltiples y diversos participantes
- Dificultad en identificar partes involucradas y procesos apropiados
- Dificultad en el establecimiento de procedimientos de comunicación de expectativas, intereses e inquietudes
- Dificultad en el establecimiento de procedimientos de intercambio de información y de datos de las cuestiones a tratar
- Dificultad en el establecimiento de un proceso claro de negociaciones cooperativas o de resolución conjunta de conflictos

76. Notas tomadas en el Postgrado en Mediación de la Universidad de Barcelona, sobre el material preparado por la Dra. Horowitz para la realización del mismo en Noviembre 1998.

- Dificultad en el establecimiento de procedimientos y obligaciones claras para la toma de decisiones
- Dificultad en el diseño de procedimientos que coordinen los acuerdos y posibiliten la aprobación final de los mismos.

La sustancia

- Cuestiones múltiples y de diferente nivel y contenido
- Cuestiones de alto nivel de complejidad técnica
- Intervención de peritos con opiniones divergentes
- Ausencia de expertos con conocimientos necesarios
- Las partes no tienen claro lo que implica cada una de las decisiones a tomar, a corto y largo plazo
- Necesidad de concesiones recíprocas complejas
- Las cuestiones y resultados ligados a los valores de los participantes.

Las estructuras

- Dificultad de hallar dentro de las estructuras judiciales y ejecutivas soluciones integradoras, que no respondan a las clásicas tomas de decisiones del tipo «una cosa u otra» o «ganar o perder».
- Dificultad en identificar, designar y reunir en la mesa de negociaciones a representantes bien informados y creíbles para todas las partes, para que deliberen y resuelvan el conflicto.
- Dificultad en identificar estructuras y foros que brinden información y datos no tergiversados.
- Dificultad en identificar estructuras y formas para que se desarrolle una negociación cooperativa y la resolución conjunta de conflictos.
- Dificultad en identificar estructuras y foros para que todas las partes aporten sus ideas o aprueben las cuestiones en disputa.
- Dificultad en identificar estructuras de implementación adecuadas.
- Dificultad en identificar estructuras y foros que faciliten la resolución de los conflictos y la colaboración en el proceso de implementación del acuerdo.

APROXIMACIONES A LA TOMA DE DECISIONES EN MATERIA MEDIO-AMBIENTAL Y DE MANEJO DE CONFLICTOS

ORDENAR

CONSULTAR

COOPERAR

PRINCIPIOS APLICABLES A LA MEDIACIÓN AMBIENTAL

- Conflictos en lugares específicos.
- Toma decisiones en el planeamiento local/regional.
- Cuestiones que merezcan consenso y autorizaciones.
- Cuestiones que surjan en la implementación y cumplimiento de normas.
- Problemas de operación de instalaciones que afectan al público.
- Cuestiones que surjan en el desarrollo y formulación de políticas públicas.
- Conflictos inter-jurisdiccionales y entre organismos.

FUNCIONES Y TAREAS CLAVE DE LOS MEDIADORES DE CASOS AMBIENTALES

- *Vínculo con la entidad convocadora*: actúan como vínculo entre la organización convocadora y las posibles partes.
- *Funciones de convocatoria*: lleva a cabo funciones de convocatoria, evaluación de la situación, recomendación de aceptar una decisión para seguir adelante o no, acercamiento de las partes a la mesa de negociaciones, identificación de los partícipes y de los representantes.
- *Diseño del foro de negociaciones*: diseñar y crear un foro en donde se llevará a cabo la toma de decisiones y el manejo del conflicto.
- *Diseño del proceso*: ayuda a las partes a diseñar el proceso mediatorio.
- *Obtención de datos*: ayuda a las partes a identificar y obtener la información relevante necesaria para la adecuada toma informada de decisiones.
- *Conciliación*: ayuda a las partes a superar obstáculos emotivos o de percepción que se interponen a la posibilidad de acuerdo.
- *Agente catalizador en la generación de opciones*: sugiere a las partes procedimientos a fin de que mediante su utilización desarrollen alternativas de conciliación aceptables.

- *Asistencia en la evaluación de opciones*: ayuda a las partes a comunicarse con sus representados, con los medios y con el público en general.
- *Identificación de acuerdos*: identifica acuerdos que sean viables para todas las partes y procede a probarlos.
- *Diseño de procedimientos de implementación*: ayuda a las partes a diseñar mecanismos efectivos de implementación de acuerdos, y de control, como así también mecanismos tendientes a la resolución de futuros conflictos que se pudiesen suscitar.

CUESTIONES A PENSAR/TRATAR

- En caso de que el conflicto se siga desarrollando como hasta ahora, ¿cuál es el proceso más adecuado para resolverlo y qué podría ocurrir en un futuro?
- ¿Son estos los procedimientos y resultados más adecuados a las necesidades y valores de las partes?
- ¿Cómo se pueden evaluar el proceso y el resultado tomando en cuenta los costes y beneficios involucrados?
- ¿Qué cuestiones debemos tomar en cuenta para mejorar el proceso?

DOCUMENTO DE AUTORIZACIÓN O MANDATO PARA NEGOCIACIÓN

Cuando los participantes documenten su autorización o mandato de representación, el proceso ambiental discurre como uno multipartes.

MEDIACIÓN COMUNITARIA

En la denominación genérica de Mediación Comunitaria, pueden incluirse grupos de mediaciones más específicas que tienen que ver con la comunidad y la sociedad en general, donde se generan la mayor parte de los conflictos.

Pueden ser mediaciones multipartes o no, dependiendo de las personas o grupos sociales involucrados, puede tratarse de conflictos entre dos vecinos por un problema de humedades, como de una explosión de violencia de bandas juveniles que afecte a una parte importante de la ciudad.

Este proceso de mediación se caracteriza por su carácter no reglado, por el voluntariado de sus miembros y por su informalidad. La Mediación social se forma a través de un organismo promotor que elabora un programa para llevar a la resolución de los conflictos que se generen en el ámbito social de una comunidad. Los Centros pueden ser privados, auspiciados y financiados por una Asociación o Fundación, o públicos como en el caso de Ayuntamientos, Delegaciones gubernamentales, etc.

Los mediadores deben tener una formación y entrenamiento sólidos, pero no se les exige ningún título específico. En general se prefiere que estos mediadores pertenezcan al mismo entorno del conflicto, que es donde se desarrollará la mediación, para que se genere un mayor grado de confianza, tanto a las partes implicadas como al procedimiento.

En estos casos la mediación es gratuita para las partes, los honorarios de los mediadores serán abonados por el centro.

En estos procesos no es necesario contar con una legislación específica, sería suficiente con la decisión política de crear un centro para solucionar conflictos de menor cuantía, planes urbanísticos, problemas étnicos, etc. que generan insatisfacción social.

La actividad se desarrolla dentro de una total autonomía de voluntad. Si se llega a un acuerdo, puede formalizarse o no, ya que su cumplimiento depende de la voluntad de las partes.

En los países que tienen una tradición de mediaciones (Estados Unidos, Canadá, Australia) existen centros públicos y privados para mediaciones comunitarias, e incluso centros que están formados principalmente por voluntarios que pertenecen a la misma comunidad, vecindario o barrio.

COMMUNITY BOARD

El ejemplo más emblemático es la Junta Comunal de San Francisco (Community Boards of S. Francisco)⁷⁷ aunque ellos hablan de conciliación en lugar de mediación, muchos mediadores comunitarios utilizan sus técnicas, que están basadas en un fuerte componente educativo.

⁷⁷. Community Boards of San Francisco, *Manual de Conciliación*, 1540 Market Street, CA 94102, 1993.

Se trata de conseguir que los participantes dejen la sesión habiendo adquirido nuevos conocimientos y técnicas para, de un modo más efectivo, poder tratar unos con otros en relaciones conflictivas y de tensión, para fortalecer las relaciones sociales y mejorar la calidad de vida de su comunidad.

Entre la mediación que conocemos y la conciliación que practican las Community Boards, las diferencias básicas son de forma. Un mediador utiliza sesiones privadas para identificar intereses y posibles opciones para el acuerdo. El conciliador hará las mismas preguntas en presencia de todas las partes, para asegurar que cada parte esté participando plenamente y reforzar la responsabilidad de cada uno. A través de las Community Boards, el vecindario demuestra su responsabilidad y está dispuesto a participar voluntariamente en los conflictos que se produzcan en el barrio.

No hay que olvidar que en los barrios urbanos de países con importante presencia multiétnica y multicultural, existen conflictos, desavenencias o mala comunicación, que hay que convertir en enriquecimiento para todos los vecinos, y que un sistema tradicional de justicia no puede resolver. Con éste método, los vecinos aprenden a respetar las diferencias y alcanzan una buena disposición para colaborar en futuros conflictos en su barrio.

El acuerdo que se incluye a continuación, difiere de los que hemos visto anteriormente, pero es ilustrativo en este caso concreto:

COMMUNITY BOARDS, EL ACUERDO

El _____ las personas cuyas firmas aparecen debajo se reunieron con un panel de Community Boards y, con su asistencia, alcanzaron los siguientes acuerdos y entendimientos:

Nosotros hemos hecho y firmado este acuerdo porque creemos que resuelve satisfactoriamente los problemas entre nosotros, y apoya los valores comunitarios. Nosotros entendemos y aceptamos que éste es un acuerdo de buena fe, y que las discusiones que llevan a este acuerdo no tienen carácter legal y son inadmisibles en procedimientos legales y administrativos.

En nuestro país este tipo de casos suelen ser llevados por psicólogos, sociólogos y asistentes sociales, que dependen generalmente de la administración pública o municipal.

Concretamente, la Federación de Municipios de Cataluña organiza un seminario práctico dedicado a la mediación en los municipios para introducir en la práctica profesional, los conocimientos necesarios para la gestión efectiva de conflictos, que proporciona la formación específica de la mediación al desarrollar las habilidades necesarias para el análisis y gestión de los problemas comunitarios.

MEDIACIÓN COMUNITARIA VECINAL O SOCIAL

Los agrupamientos vecinales sobre todo en las ciudades, están organizados por normas o leyes que definen las relaciones entre los ciudadanos o vecinos, que suelen tener hábitos y costumbres parecidos, por lo que su calidad de vida depende en gran manera de su comportamiento colectivo. El ritmo de las comunidades urbanas del día a día, sus relaciones basadas en intereses propios y particulares, no propician planteamientos de indole común o solidaria⁷⁸.

Además en las ciudades se han desarrollado una serie de conflictos modernos en sectores multiculturales, étnicos, políticos, religiosos, vio-

78. NATO, Alejandro y RODRIGUEZ QUEREJAZU, Gabriela, Mediación x 7, Ed. Atelier, Barcelona, 2001.

lencia social ciudadana, fanatismo, terrorismo, drogadicción con los problemas sanitarios derivados, etc.

En Francia, con la definición de “mediación cívica”, se ha desarrollado un procedimiento que encuadra a la ciudad y el motor cívico que allí se engendra. Se trata de la voluntad de hacer cosas, salir de la pasividad y restaurar el sentido social, lo que lleva a actuar en acciones suscitadas por las dificultades de la vida urbana, en la dualidad de iniciativa pública y privada.

En el objetivo público se manifiesta la creación de estructuras administrativas, mediante el desarrollo de barrios, mejoría de la vida urbana, iniciativas de los municipios y evitar el deterioro de las instalaciones públicas, entre otras actividades. En la iniciativas privadas, se trabaja sobre la mediación en barrios para establecer o restablecer la comunicación entre vecinos, recrear el espíritu de la solidaridad y mantener la paz social.

La supremacía francesa de la Association Service Public, aconseja a los vecinos en sus dificultades administrativas y jurídicas de cualquier orden, y otras asociaciones aconsejan y ayudan a personas con problemas, ancianos, enfermos, hasta el refuerzo de la seguridad en la salida de las escuelas⁷⁹.

MEDIACIÓN MULTICULTURAL

En las grandes ciudades están cambiando paulatinamente los barrios y sus habitantes, los vecindarios antiguos se han repoblado con personas de diferentes países, etnias, culturas y religiones. Esta situación que en principio es una muestra de desarrollo, riqueza económica, apertura cultural e incluso cosmopolitismo, si no se dan las condiciones de tolerancia y de respeto por la diferencia, pueden (y ya ha sucedido en varias ocasiones) generar conflictos. Toda cultura o modelo cultural tiene sus propios valores, sus creencias, sus costumbres y se hace difícil cambiarlos.

Hemos visto antes el desarrollo de las Community Boards de S. Francisco, en las que por medio de una amplia red de voluntarios, mediadores

79. GUILLAUME - HOFNUNG; Michèle, La médiation, Ed. Presses Universitaires, París, 1995

pertenecientes a los ámbitos culturales de las partes en conflicto y un proceso de mediación flexible, logran la paz social.

Aquí hemos empezado tímidamente a utilizar un conato de mediación en el caso de los 700 inmigrantes de diferentes países que se encerraron en varias iglesias de Barcelona con el permiso de los párrocos. Esta medida fue motivada por la prohibición de la Ley de Extranjería, del derecho a reunión, manifestación y afiliación sindical de los inmigrantes y por el rechazo de numerosos expedientes de regularización por la Administración. Además durante el encierro, los inmigrantes iniciaron una huelga de hambre.

El Sindic de Greuges (Defensor del Pueblo catalán) mantuvo conversaciones con los inmigrantes y con la Delegación del Gobierno, logrando desactivar la huelga de hambre, condición previa de la Administración para comenzar las negociaciones. También consiguió ampliar la regularización de algunos casos por causas humanitarias (países con conflictos bélicos, catástrofes naturales). Los inmigrantes solicitaron la presencia de un miembro de la Plataforma de su organización en las conversaciones, con lo que no estuvo de acuerdo la Administración, lo que nos hace volver a las Community Boards en cuanto a la importancia de la identificación de las partes por medio de un representante de su propio ámbito.

A partir de este punto, con más o menos anécdotas, fue interrumpida la mediación, aún cuando obtuvo unos resultados positivos al frenar la huelga de hambre, conseguir la salida del encierro y dar a conocer de forma imparcial las peticiones de los inmigrantes al Gobierno. Pero también es cierto que se podrían haber obtenido mejores resultados si también hubieran comparecido miembros de la Iglesia, y sobre todo haber llegado a un acuerdo consensuado.

Cuando esto se escribe, la mayoría de los encerrados están en las mismas condiciones que antes del encierro, una minoría va a ser regularizada y la Delegación del Gobierno ha ofrecido a formar parte de las negociaciones al clero de Barcelona, organizaciones sindicales y organizaciones sin ánimo de lucro como Cáritas y Cruz Roja⁸⁰.

La mediación de este tipo de conflictos, tiene las tres versiones de comunitaria, multicultural y multipartes, aflora un problema ya existen-

80. PIFERRER, Anna y ECEIZA, Ángel, Boletín de Mediación N° 11, FOMED, Barcelona, 2001.

te cuando hay una percepción de incompatibilidad de intereses que impiden la satisfacción de los objetivos de las diferentes partes implicadas en el conflicto. Si la percepción de las incompatibilidades fuera subjetiva, se podría actuar para transformar el conflicto entre todas las partes o las que parezcan más sensibles a la transformación: empresarios, inmigrantes, población local, municipio, Administración, y si la hubiera, asociación representativa de los inmigrantes.

Si el conflicto se hubiera expresado por la violencia, debe tratar de desactivarse por medio del diálogo, llevando a cabo conversaciones con cada uno de los grupos (a modo de sesión privada) para minimizar y erradicar la violencia y restablecer la paz. La violencia surge de un detonante previo, como la expulsión de un inmigrante, enfrentamientos con vecinos locales, heridos o muertos, aunque el conflicto hubiera hasta entonces permanecido latente, bien por diferencias culturales, tensiones sociales diferentes puntos de vista o de percepción.

Estos conflictos son de interés público por su gran repercusión en la comunidad donde se generan y el efecto de emulación que pueden tener en otras zonas, por lo que debería personarse siempre la Administración en forma de municipio, ministerio o funcionariado. Todas las partes deben estar debidamente identificadas para poder negociar, como ya se ha dicho al hablar de la Mediación Multipartes.

También hay que contar con la presencia de los medios de comunicación, que al informar sobre el conflicto tienen una gran importancia en sus diálogos con las partes, que a su vez tratan de atraer a la prensa como una ayuda para su causa.

Teniendo en cuenta que España es uno de los Estados de la UE que cuenta con el menor número de inmigrantes, sería necesario comenzar a fomentar la creación de centros de mediación, tanto públicos como privados, para evitar situaciones de presión antes de que surja la violencia, y ello tanto en pequeñas comunidades agrarias, como en las grandes ciudades.

La inmigración irá creciendo y las personas que no consiguen trabajo en su país, tienen el derecho a buscarlo en otro. Una negociación previa intergubernamental entre país de origen y país de acogida, debe estudiar las necesidades de cada uno de ellos, para que los inmigrantes lleguen con su documentación en regla y su contrato, viajando sin peligro para

sus vidas y sin deudas con organizaciones mafiosas. Igualmente el país de acogida tiene derecho a emplear a los trabajadores que sean idóneos para sus actividades laborales y económicas necesarias a su desarrollo.

MEDIACIONES CON LA ADMINISTRACIÓN O DE DERECHO PÚBLICO

Cuando en EEUU se aprueba en 1990 la “Administrative Dispute Resolution Act”, se desarrolla velozmente y se consagra la cultura no adversarial en el derecho público. Con ella se pretende que los procedimientos administrativos den cabida a un proceso más rápido, económico y especializado como alternativa al proceso judicial.

Dentro de este grupo, en nuestro ámbito, podríamos añadir la Mediación Laboral y la de Penal Menores. También, con cierto optimismo, la posibilidad de la Mediación Tributaria.

MEDIACIÓN LABORAL

En el art. 91 del Estatuto de los Trabajadores reformado en 1994, ya se establece un camino hacia la mediación: “...se podrán establecer procedimientos como la mediación Y el arbitraje para la solución de controversias derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. Estos procedimientos serán asimismo utilizables en las controversias de carácter individual, cuando las partes expresamente se sometan a ellos”.

Pero a pesar de esta recomendación, en nuestro país los conflictos laborales suelen dirimirse en el arbitraje y en el juzgado.

En el mundo laboral hay dos términos que forman parte de su esencia: conflicto y negociación. El conflicto puede resolverse por:

- la fuerza o el poder,
- la negociación,
- el arbitraje,
- la conciliación,

- los tribunales,
- la mediación.

Estos conflictos pueden ser individuales o colectivos⁸¹. En el primer caso el interés afectado es el propio, y si los intereses repercuten en muchos individuos también se considera individual.

El colectivo es cuando se enfrentan uno o varios empleadores y un grupo de trabajadores.

Según los involucrados puede ser:

- obrero contra patronal o viceversa.
- vinculado a asociaciones profesionales, sindicatos.
- vinculado a Administración Pública, asociaciones/individuos contra el Estado.

Según la naturaleza del conflicto:

-laborales

- de hecho
- de interés

-extra laborales.

Según la causa del conflicto

- por interés
- por quejas
- por prácticas desleales
- por reconocimiento de sindicato u organización similar

El mediador debe tener:

- conocimiento del sistema de relaciones del trabajo
- adecuado grado de comprensión de la actividad

81. FUNES DE RIOJA, Daniel, en AA.VV, *Mediación: una transformación en la cultura*, Paidós, Buenos Aires, 1996, págs. 95 y ss.

- de la organización del trabajo
- de las condiciones laborales
- del marco económico y productivo

-capacidad y experiencia para valorar la información.

Al margen de la mediación tradicional a la que el trabajador o empleador pueden recurrir, paulatinamente se está estableciendo una tendencia a la mediación en el lugar de trabajo,⁸² por la existencia en el mismo de numerosas desavenencias que no se relacionan directamente con contratos individuales o colectivos laborales.

Los conflictos no resueltos entre trabajadores o trabajadores y gerentes, tienen como consecuencia la pérdida de la productividad y generan tensiones entre el personal. Las personas que intervienen en conflictos en su lugar de trabajo, tienen dos opciones: permanecer en su empleo e intentar aliviar la tensión fingiendo que el conflicto no existe, y/o manipular a otras personas para que les ayuden a reducirlo. La otra opción es dejar su empleo, riesgo que poca gente está en condiciones de asumir.

Para romper este ciclo negativo, es necesario que los conflictos de un trabajador pueden emerger, y que un supervisor o gerente con empatía y apoyo, los conozca y reconozca. Se trata de que gerentes, jefes, supervisores o consejeros, se conviertan en mediadores efectivos para sus empleados. El gerente de una clínica puede actuar de mediador entre dos médicos que difieren en un tratamiento o entre enfermeras sobre qué suministros pedir.

En las relaciones patronales pueden surgir conflictos entre un jefe y un empleado, que si no se resuelven, el trabajador puede provocar continuas discusiones y tener una insatisfacción que le impida concentrarse en su trabajo.

Cuando los empleados no desempeñan adecuadamente sus tareas, se les debe facilitar que recurran a sus jefes o superiores en busca de ayuda para modificar sus restricciones, con el propósito de que sea el propio personal de la empresa quien facilite la solución de conflictos que se engendran en ella. Para ello habría de implantar servicios de mediación

82. FOLBERG, cit. págs. 207 y ss.

efectivos y sistemas que contribuyan a resolverlos, tanto a nivel de empleados como a nivel de gerentes.

Un servicio de mediación en una empresa, en la que gerentes o empleados hayan recibido entrenamiento para mediar, podría compararse con la asesoría legal que existe en casi todas las empresas y las que los sindicatos ofrecen a sus afiliados. Con la introducción de la mediación el futuro de empresas y empleo, podría mejorar ostensiblemente.

MEDIACIÓN TRIBUTARIA

A partir de la creación de la “Administrative Dispute Resolution Act”, se desarrolla en el “Internal Revenue Service” (IRS) un programa de Mediación Fiscal alternativa al litigio entre la Administración y el contribuyente, en EEUU⁸³.

Se trata de una ley federal sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos administrativos y fomenta la incorporación al procedimiento administrativo de métodos de conciliación, mediación y arbitraje. En el ámbito tributario, existen manifestaciones muy variadas entre las que destaca el acuerdo de transacción final. La fórmula de autorización genérica resulta muy adecuada, pues otorga mayor seguridad jurídica que la regulación existente en nuestro país⁸⁴.

En España en materia tributaria la transacción administrativa extrajudicial se fundamenta en el art. 9 LDGC y las normas correlativas de la LGT. Nunca ha existido prohibición de transacción en el Derecho Público y Administrativo y existen supuestos de que ésta autorice expresamente.

La mediación (como en el IRS) podría practicarse en casos de valoración, compensaciones, aplazamientos de pagos, etc. antes de ir a los tribunales. Sería la última oportunidad de negociar un acuerdo con la participación de un tercero imparcial que podría ser un funcionario público o un privado con práctica de mediación.

83. GONZÁLEZ-CUELLAR, M. Luisa, “Los procedimientos tributarios: su terminación transaccional”, Colex, Madrid, 1997, págs. 34 y 35.

84. ROSEMBUIJ, Tulio, *Mediación* x 7, Atelier Ed. Barcelona 2001.

No parece que pueda haber una implantación a corto o medio plazo, pero merece la pena tener en cuenta su posible aparición, ya que los problemas fiscales son grandes factores de tensión tanto en sociedades o empresas como en personas físicas.

MEDIACIÓN DE MENORES

No todos los conflictos familiares son la separación o divorcio de los padres, aunque sí es el más importante, hay otros conflictos en familias que siguen unidas⁸⁵

Generalmente los conflictos con menores suceden entre padres y adolescentes que han dejado de ir a la escuela, se han escapado de casa o han cometido un delito menor. Si el conflicto se quiere solucionar privadamente, suele conducirlo un psicólogo que puede ser recomendado por la escuela.

La mediación penal de menores también corresponde en las de Derecho Público, sobre todo en el caso de Cataluña a partir de la Ley orgánica 4/1992 del 5 de junio⁸⁶.

Si se trata de menores que hayan pasado por el Tribunal Tutelar de menores, existen servicios de asistentes sociales que tratan de reconducir la conducta del menor.

En algunos países hay servicios de mediación para menores, tanto privados, como públicos con personal voluntario. Este tipo de conflictos también puede encuadrarse en la mediación escolar.

En Cataluña, a partir de la Ley Orgánica 4/1992 de 5 de junio (BOE, 11 de junio de 1992, nº 140), se contemplan dos puntos básicos en diferentes momentos del proceso para llevar a cabo un programa de mediación de menores y reparación a la víctima.

Esta Ley contempla la mediación con menores desde el punto de vista de la protección al menor, como no responsable por su minoría de edad, a la vez que la reparación a la víctima por su atropello o delito.

La Ley considera menor a los mayores de 12 años y menores de 16.

85. DUPUIS, cit. pág. 53.

86. BOE, Nº 140 de 11 de junio de 1992.

El sistema empieza a desarrollarse cuando la policía recibe una denuncia de la víctima de un delito o falta cometido por un menor. El agente policial entrega el caso en el Ministerio Fiscal, que a su vez lo deriva a un equipo técnico de mediadores. Estos contactan con el menor y estudian si el caso es susceptible de mediación. Para que así sea el menor debe:

- reconocer los hechos,
- tener voluntad de reparación a la víctima,
- tener capacidad para la reparación, ya que puede tener voluntariedad, pero carecer de capacidad.

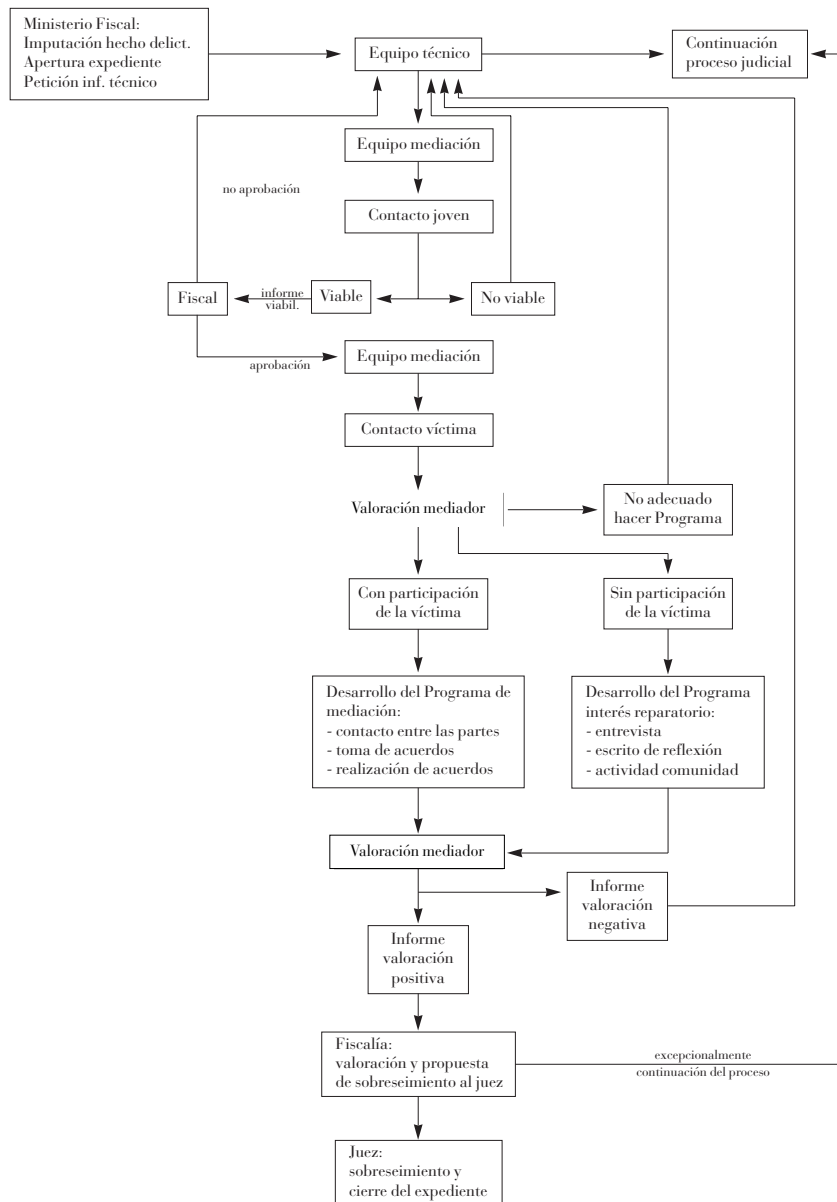
El equipo de mediadores también contacta con la víctima, que decide si desea o no reparación. La víctima puede ser persona física o jurídica (p.e. un Ayuntamiento por vandalismo urbano, unos grandes almacenes por pequeños robos, una anciana atropellada, compañeros de clase golpeados, etc.). En el caso de que el menor tenga voluntad de reparar el daño, pero carezca de capacidad para ello, el equipo de mediadores traslada el informe a la Fiscalía que informa al juez. Cuando se dan estas situaciones, se rescata la voluntad reparadora del menor, que comporta valorar su compromiso de reparación y posibilitarlo para que realice una acción positiva.

Si la víctima accede a la reparación, los mediadores deben explicarle que la mediación se llevará a cabo con el menor del que fue víctima, así como el sistema y principios de la mediación.

La reparación de un daño causado comporta un efecto educativo para el menor y, a la vez, un reconocimiento de los derechos de la víctima. El mediador debe conseguir el acto reparador a través de una elaboración interna del menor que le ayudará en su maduración. De esta manera se puede evitar el proceso judicial y la sanción del Tribunal al anteponer la responsabilidad del menor, la solución del conflicto y la reparación a la víctima⁸⁷.

87. DAPENA, José y NOGUERA, Ana “Mediación x 7” Atelier, Editorial, Barcelona 2001

ESQUEMA DE MEDIDAS PENALES ALTERNATIVAS Y DE JUSTICIA JUVENIL



MEDIACIÓN JUDICIAL

Bajo esta denominación, se entiende la que tiene carácter prejudicial y la que es dispuesta por el juez cuando el proceso ya ha comenzado. Los casos deben ser todos judiciales, bien por su materia, por acelerar el proceso, por economía de tiempo y dinero, o para que las partes no malogren sus futuras relaciones

En el caso de que un proceso judicial ya esté iniciado, un juez puede suspenderlo hasta que finalice la mediación. Además las partes pueden recurrir antes de llegar al juzgado, a la instancia de la mediación como paso previo al juicio. La mediación prejudicial es otra alternativa para resolver el conflicto por medio de una buena comunicación y buscar opciones para llegar a un acuerdo antes de pasar por el juzgado.

Tanto en el caso de la mediación judicial como prejudicial, en los países donde se aplican, la legislación ha previsto la obligatoriedad de comparecencia al menos en la primera sesión aunque es voluntad de las partes el abandono de la misma cuando lo consideren adecuado.

En la ciudad de Buenos Aires, en determinados casos, la mediación es obligatoria previa al juicio: las partes están obligadas a concurrir y notificar al juzgado si se ha conseguido acuerdo, y en caso contrario someterse a los tribunales

La mediación judicial tiene un procedimiento reglado que define y enmarca sus límites, contrariamente a lo que ocurre en otros procesos como el comunitario o social, que cuenta con un sistema mucho más flexible.

MEDIACIÓN EMPRESARIAL

En los últimos años los empresarios norteamericanos han visto aumentar el coste de los litigios en sus negocios, tanto si son de pequeña como de gran escala. El economista Ronald Gilson sugiere⁸⁸ que los litigios empresariales se han producido por la desaparición del tabú que impedía a las grandes compañías demandarse entre ellas.

88. SINGER, L., cit., págs. 81 y ss.

La diversidad y complejidad de las demandas también ha aumentado: consumidores por daños en productos, trabajadores por riesgos en su trabajo, daños medioambientales, etc.

La organización empresarial es un grupo humano compuesto por personas especializadas que trabajan juntas, en una amplia gama de recursos tanto tecnológicos como financieros, en un engranaje formado por la jerarquías o mandos, los equipos de gestión y las líneas de producción⁸⁹. Es lógico, por lo tanto, que en una estructura de estas dimensiones se generen gran variedad de problemas. Estos pueden ser tanto internos (entre mandos y trabajadores, en una línea de producción, malentendidos entre el personal etc.) como externos (problemas con clientes, proveedores, plazos, etc). Por tanto el conjunto de los protagonistas debe poder acudir a alguien que le ayude en la solución de sus problemas.

Los abogados de las compañías que se limitaban a tratar los asuntos legales de los mismos, con abogados de otras firmas, ahora para tener los gastos de litigios bajo control, están a favor de intentar métodos alternativos al juicio. Además de recortar gastos, tanto empresarios como abogados, empiezan a reconocer que los sistemas alternativos producen mejores resultados que el pleito, ya que los jueces no suelen tener la experiencia técnica o empresarial para comprender el carácter técnico de ciertos litigios.

Los mediadores por el contrario, no están obligados por limitaciones y los empresarios, al involucrarse de forma personal en el proceso para solucionar su problema, reconocen que pueden aplicar sus propios conocimientos técnicos (de los que puede carecer el mediador) y creatividad para soluciones más ajustadas a sus intereses, que las propuestas por abogados o jueces.

Todos recurrimos a un experto imparcial cuando tasamos nuestra casa, y aceptamos las decisiones de un árbitro en un partido. Para que dos empresas contraten conjuntamente los servicios de un tercero neutral, uno de ellos debe sugerir la idea y después de ponerse de acuerdo sobre el tercero a contratar, decidir si el acuerdo alcanzado será vinculante. Como ya hemos visto, el acuerdo de una mediación es vinculante si se eleva a público.

Una guía, publicada en Estados Unidos en 1985, para directivos de empresas que se enfrentan en conflictos legales, definió la mediación

89. D'ABATE, Carlos Marcelo, "Mediación x 7" Atelier Ed. Barcelona 2001.

como «el gigante dormido» de la resolución de conflictos y el medio más poderoso, en potencia, para que las partes alcancen el acuerdo.

En base a su flexibilidad, la mediación se adapta a todo tipo de problemas empresariales, sea cual sea su complejidad, y permite que los directivos de las empresas controlen la solución de sus problemas. Los abogados pueden participar como asesores y/o representantes.

Para los empresarios también tiene un gran valor la confidencialidad del proceso. En la mayor parte de los casos no desean que sus problemas salgan a la luz, lo que no se puede asegurar en otros procedimientos. Otra de las grandes ventajas es la economía de gastos y de tiempo.

MEDIACIÓN DE CONSUMIDORES

Existen varias organizaciones que representan y protegen a los consumidores, incluido el Defensor del Pueblo, pero son muy pocos los clientes o consumidores que recurren a un procedimiento, muchos de ellos no reclaman ni siquiera al vendedor de un producto con fallos o un servicio del que no están satisfechos. Incluso en lesiones potencialmente graves, pocos consumidores emprenden acciones legales. Puede ser porque los consumidores desconozcan los aspectos técnicos de productos o servicios, construcción de su casa o reparaciones en ella, ni los cuidados médicos. Pueden sentirse intimidados por su ignorancia o impotencia ante una empresa conocida o un profesional poderoso o especializado.

La compra del producto, sobre todo si es caro, puede no ser muy frecuente para el consumidor, pero es repetitiva para el vendedor. Una reclamación o accidente para el consumidor es una situación aislada, pero para la empresa, es una actividad normal y recurrente⁹⁰ y las empresas deben tener en cuenta este fenómeno si pretenden que los clientes permanezcan leales, aunque lleven sus reclamaciones a un proceso de resolución alternativa de conflictos.

Si un consumidor decide llevar adelante una reclamación tiene posibilidades en algunas oficinas de la administración pública, en las de Defensa del Consumidor, o en el Defensor del Pueblo, que es funcionario y se

90. SINGER, L., cit., págs. 118 y ss.

limita a hacer recomendaciones a la compañía, empresa o servicio, pero no tienen competencia para llegar a una solución del conflicto.

En Estados Unidos se ha desarrollado un programa de solución de conflictos en el sector del automóvil, llamado Better Business Bureau (BBB), al que están sometidos voluntariamente varios fabricantes de coches, entre ellos General Motors. La mayoría de las reclamaciones se solucionan por teléfono. Primero el consumidor con BBB que le da nombre y teléfono del encargado en la empresa de automóviles, y en otros casos es el propio personal de BBB quien establece el contacto entre el consumidor y el concesionario y llega al acuerdo.

Este es un campo abonado para mediación, en la que el consumidor tendría sólo ventajas.

Conviene recordar que en EEUU fue Ralph Nader quien comenzó creando una contestación anticonsumista que derivó en un amplio movimiento sobre el consumo. La preocupación general de los consumidores llevó a la creación por el Ministerio de Justicia en 1984 del “Worcester County Consumer Mediation Project” (WCCMP), con objeto de resolver en mediación los conflictos de los consumidores antes de recurrir a los juzgados. Ha cobrado tal importancia este movimiento de consumidores, que los actuales votantes de Nader (quien también creó una organización de protección del ambiente) impidieron la mayoría de Gore en las últimas presidenciales de EEUU.

MEDIACIÓN ESCOLAR

Con frecuencia los padres y maestros se ven atrapados en conflictos respecto a los que creen más adecuado para la educación de los niños, tanto en educación regular, como educación especial. Es un aspecto muy importante de las responsabilidades paternas, sociales y educativas, que necesita sistemas y procedimientos para reducir estos conflictos y evitar servicios de asesoría legal a las personas que se sientan intimidadas por el sistema educativo. El lenguaje de educadores y asesores intimida a muchos padres⁹¹.

91. FOLBERG, cit. págs. 196 a 203.

La mediación puede contribuir a resolver los conflictos escolares, con la presencia del mediador que puede traducir a un lenguaje comprensible para todos, revelar los problemas ocultos y garantizar que padres y profesores avancen hacia el acuerdo.

Existe además un proyecto para formar a estudiantes con habilidades, capacidad de liderazgo o respetados por sus compañeros, para participar en mediaciones de sus propios conflictos estudiantiles, en las aulas, sala que habilite la escuela, o fuera de la propia escuela. El mediador o facilitador debe ser un educador o profesor que conduzca a los estudiantes durante el proceso de mediación, que suele tener cinco pasos y durar unos minutos:

1. Cada estudiante, chica o chico, expone sus puntos de vista sobre el problema sin interrupciones.
2. El profesor repasa lo expuesto y lo aclara.
3. Los estudiantes y el profesor deciden una solución.
4. El profesor ayuda a evaluar la conducta para disminuir la posibilidad de que el conflicto se repita.
5. Los estudiantes manifiestan mutuamente indicios de solución.

Estos conflictos pueden ser por problemas entre estudiantes, por el programa de estudio, por el descontento con algún docente, etc.

Habitualmente en nuestro país, este tipo de conflictos son tratados por psicólogos o asistentes sociales, como forma de terapia o asesoramiento, pero todavía no como mediación propiamente dicha.

Pero también aquí empiezan a existir problemas de tipo étnico en las escuelas, en los que la mediación podría ir utilizando nuevos medios para disminuir la tensión y encontrar formas efectivas para cumplir los mandatos constitucionales y estatutarios. El hecho de usar eficientemente las técnicas de mediación entre estudiantes blancos y de otras etnias, con un profesor o maestro, ayudaría a llegar a un acuerdo y eliminar la violencia.

En Lérida se ha llevado a cabo un proyecto de mediación escolar con menores de etnia gitana, con centros educativos, familias de los alumnos y profesorado, para solucionar problemas de acogida en las escuelas, el absentismo de los alumnos y la necesidad de participación por parte de los padres. El Departamento de Educación de la

Generalidad prevé acciones de este tipo en el cuatrienio 2000-2004, que da prioridad al alumnado con necesidades concretas que proceden de economías y culturas desfavorecidas, poniendo el acento en el absentismo escolar.⁹²

MEDIACIÓN FAMILIAR

La familia está compuesta por individuos que⁹³:

- necesitan un grupo para su identidad y satisfacción
- causas y efectos son intercambiables
- cada conducta humana es resultado de muchas variables no de una «causa»
- las personas son limitadas y finitas, nadie es absolutamente indefenso ni absolutamente poderoso en una relación.

Las familias de clase media, pasan por una serie de etapas predecibles:

- reunión de familias por matrimonio: pareja de recién casados.
- la familia con hijos pequeños
- la familia con adolescentes
- el joven adulto con desapego familiar
- la continuación de la vida cuando los hijos se van
- la familia en edad avanzada

Con estas premisas ya podemos darnos cuenta de que, aunque la familia es una de las instituciones sociales humanas más estable, no es en absoluto inmutable⁹⁴, porque la trama del grupo familiar es una red de vínculos emocionales: de pareja, de padres e hijos, entre hermanos, etc.

92. LLEVOT CALVET, Nuria, "Mediación x 7" Atelier Ed. Barcelona 2001.

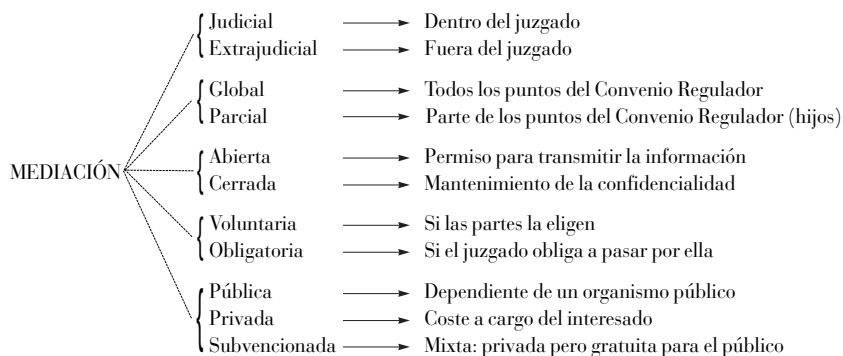
93. FOLBERG, cit. págs. 252 y 163.

94. RISOLÍA DE ALCARO, M., Mediación familiar, en AA.VV. *Mediación: una transformación...*, cit., págs. 116 y ss.

No obstante, no se debe confundir mediación con terapia, como bien apunta Anna Piferrer⁹⁵ basándose en Haynes, los mediadores con formación terapéutica tratan de hacer terapia con los clientes en lugar de mediar. Es decir confunden a los clientes con los pacientes, y el proceso de mediación puede quedar truncado y con problemas sin resolver. Una cosa es la mediación para la resolución de unos problemas familiares concretos y otra la terapia para un miembro o miembros familiares y con problemas de otra índole.

Las crisis se producen en momentos de cambio y a veces pueden ser una oportunidad para la reorganización de la familia y asegurar su continuidad, al menos en lo que respecta en las funciones esenciales para con los hijos menores. Gradualmente se han ido introduciendo cambios que permiten a los individuos hacer el esquema de su futuro, con acuerdos sobre los efectos personales y patrimoniales de las relaciones de la familia.

La mediación familiar tiene diferentes características en función de los países donde está implantada y dependiendo del organismo que la promueva, que puede ser público o privado.⁹⁶



95. PIFERRER, Anna, "Mediación x 7", Atelier Ed., Barcelona 2001.

96. BERNAL SAMPER, Trinidad, *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Ed. Colex, Madrid, 1998, pág. 65.

Si el organismo es público, la mayor ventaja para el usuario es el servicio gratuito, la desventaja puede ser la burocratización. Si se trata de un país donde la mediación es obligatoria, se pierde la voluntariedad de las partes.

Si el organismo que la promueve es privado, las ventajas son el trato más personal y una mayor garantía de la imparcialidad y confidencialidad, la desventaja es el coste económico.

Puede haber una tercera vía con las ventajas de la privada, si se trata de una organización subvencionada por un organismo público, lo que implicaría gratuidad o gastos menores.

COMENTARIO A LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR DE CATALUÑA

Es una satisfacción poder contar con la nueva ley de mediación familiar que además de comenzar a actuar en su campo específico, no hay duda de que abrirá el camino que lleve a su implantación en otros puntos de España, además de dar paso, indefectiblemente, a una ley de mediación general.

La LEY 1/2001, de 15 de marzo de Mediación Familiar de Cataluña, en su art. 2, crea un Centro de Mediación Familiar, adscrito al Departamento de Justicia. Esta nueva ley no se dirige solamente a la solución de conflictos matrimoniales, sino que incluye el reconocimiento de derechos y obligaciones en uniones estables de parejas, según el derecho civil catalán, partiendo de la Ley 10/1998 de 15 de julio.

En principio la Ley no tiene ninguna objeción, no es original ni creativa, pero recoge lo que se ha hecho en otros países con éxito. Para algunos puede ser considerada incluso como progresista.

Sin embargo hay puntos negros, chirriantes, difíciles de digerir, por decirlo con un vocabulario quizá poco convencional: los colegios profesionales y la formación.

En ningún país con tradición en resoluciones alternativas de conflictos, se da tanto (por no decir todo) protagonismo y poder a sólo unos colegios profesionales, que además serán los responsables de la forma-

ción de sus mediadores-colegiados, del registro de los mismos, de las sanciones, de la elección del mediador, etc.⁹⁷

Además de crearse una situación monopólica, no se entiende porqué los colegios deben asumir también la labor docente. En la Universidad de Barcelona (que obviamente se dedica en exclusiva a la docencia y formación) se imparten dos programas de mediación: un posgrado de 150 horas lectivas y un máster de dos años. Igualmente se imparten diversos cursos de mediación en la Universidad del País Vasco, en la de Salamanca, en la Ramón Llull y otras. Los interrogantes surgen de: ¿Es necesario otorgar a los colegios la función que ya llevan a cabo las universidades? ¿Quiénes decidirán el programa de estudios, el profesorado, el tiempo requerido? ¿Quién convalidará los estudios de los títulos obtenidos en la universidades citadas? ¿Los licenciados universitarios que no pertenezcan a los colegios nombrados en la Ley, pero que hayan cursados sus estudios de mediación, podrán ser mediadores?

Los colegios profesionales favorecidos son los de abogados, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales y pedagogos. Si bien estas profesiones parecen ser afines a los problemas que se engendran en el núcleo familiar, hay una clara discriminación respecto a las otras profesiones, además de una contradicción con el espíritu universalista de la mediación y su flexibilidad.

En la mayoría de los países donde está implantada, no se exige siquiera haber pasado por la universidad, no se pide una licenciatura, simplemente se da acceso a una buena formación a las personas con buenas disposiciones de diálogo, tolerancia, empatía, paciencia, honestidad, etc. Si en estos casos hubiera una necesidad de colegiación, sería la de un colegio de mediadores.

En una mediación familiar ¿por qué no puede haber un pediatra en un caso de mala praxis médica? ¿Porqué un arquitecto o ingeniero no puede ser mediador cuando se discute el valor del domicilio familiar? ¿Por qué un licenciado en Bellas Artes no puede ser mediador cuando los

97. Ver arts.1.2; art. 2.3, 4 y 5; art. 3e); art. 4.1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9; Art. 7.1 y 2; art. 8.3; art. 11.2, art. 12.3; Art. 23.1 y 2; art. 24.3; art. 25; art. 30; art. 31, de la Ley, en Anexo N° 11

familiares se están peleando por una herencia de obras de arte? ¿Porqué no un veterinario cuando la pareja se pelee por el perro o por el gato?

Quizá estas preguntas puedan ser respondidas cuando contemos con una ley general de mediación, que no puede estar muy lejos, y seguramente no será discriminatoria y sí mas abierta y coherente.

MEDIACIÓN DE SEPARACIÓN O DIVORCIO

La más habitual de las crisis en una familia, es la que termina en divorcio y no obstante la ruptura de la pareja conyugal, que es disoluble, hay que satisfacer el mejor interés de los hijos menores que necesitan de ambos padres. El sistema parental es indisoluble, aunque se separen, los padres siempre serán los padres de los niños, por lo que tienen que mantener el mejor intercambio entre sí para acompañar el proceso de crecimiento y educación de sus hijos, hasta su plena autonomía.

Si una situación de ruptura se compara con la muerte del conyuge, la muerte es el suceso más estresante en la vida de una familia, pero

	MUERTE DEL CÓNYUGE	DIVORCIO
Duelo	Duración - 1 año Pérdida definitiva. Buena adecuación	2-4 años. Siguen en contacto. Se reaviva el dolor y el odio. Fantasías de volver a estar juntos.
Sentimientos	Ausencia de culpa. Idealización del otro.	Sentimientos de culpa. Sentimientos de abandono.
Aspecto económico	Aumenta el patrimonio con la herencia	Disminuye el patrimonio con el reparto.
Aspecto social	No se modifica el status. Amigos y familiares apoyan y ayudan al viudo/a.	Hay pérdida de status. Conflicto de lealtades entre los familiares y amigos.

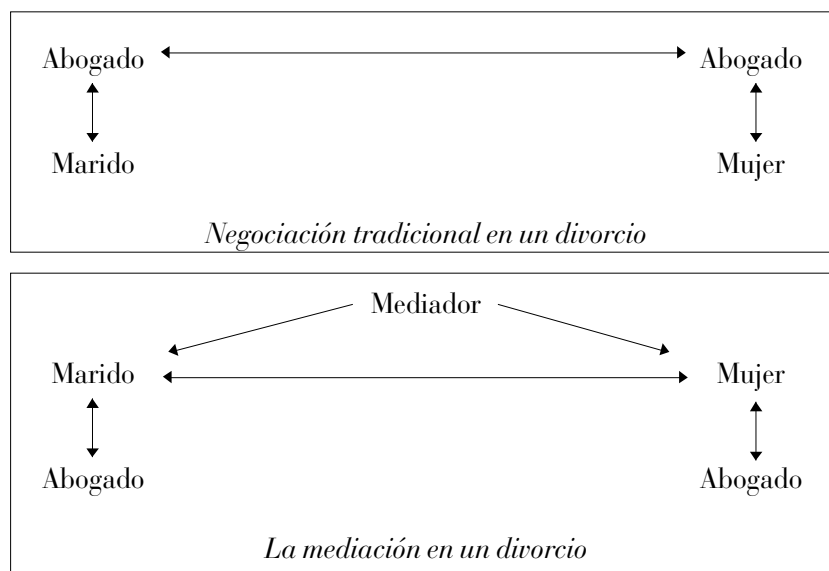
Kaslow⁹⁸ deduce que la separación o divorcio acarrea mayor carga emocional durante mucho más tiempo, y no sólo a los miembros de la pareja, sino que también alcanza a los hijos.

Las personas se adaptan mejor a las pérdidas definitivas, tienden a idealizar al otro, no albergan sentimientos de culpa, su entorno social los ayuda, y generalmente en el terreno económico hay un aumento patrimonial.

En los casos de separación o divorcio no se deja el contacto con la otra persona, lo que aumenta sentimientos de dolor, desilusión, indecisión, odio, culpabilidad y de abandono. Su entorno social y familiar se divide y toma partido por uno de los cónyuges, y en el aspecto económico, el patrimonio al dividirse, disminuye.

El método tradicional de separación o divorcio, es a través de los abogados de cada cónyuge, y el trámite judicial pertinente.

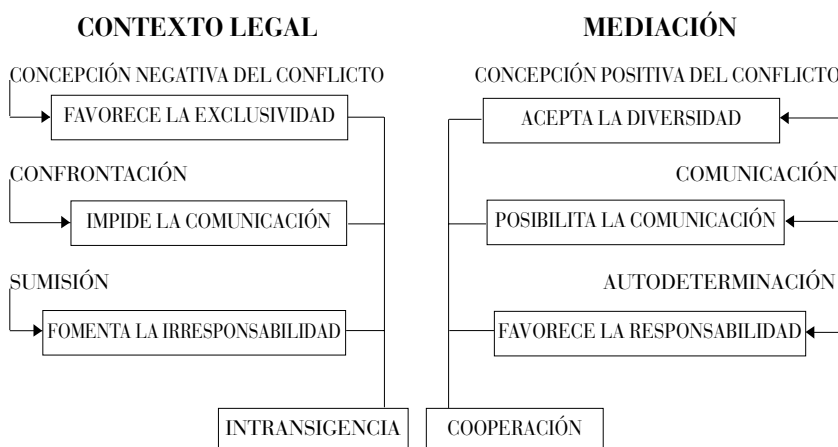
El otro método es la mediación. Linda Singer⁹⁹ hace un esquema comparativo de los dos procesos, en el que además se refleja la fluidez de la comunicación:



98. BERNAL, cit. pág. 17.

99. Cit. pág. 61.

Por su parte Trinidad Bernal,¹⁰⁰ hace un cuadro comparativo entre los dos procesos:



Si se acude a mediación ya en la primera sesión hay que dejar aclarados varios temas: el financiero, cuentas bancarias, seguros de vida, disposición de bienes, etc., tanto para la información del mediador como para las partes, que a veces desconocen algunos aspectos. La manutención del cónyuge y/o menores para poder empezar a pensar en alternativas. El tema de la vivienda: quién va a vivir en ella, la posibilidad de compartirla, ponerla en venta, conservarla, etc. Este punto depende muchas veces de con quien vivirán los hijos. Si además es la única propiedad que tienen en común las partes, es un factor muy relevante.

La tenencia o la visita de los hijos tiene mucha relación con el domicilio conyugal, por que generalmente estos dos puntos son lo que se intentan resolver primero.

En los anexos se incluye una primera sesión de mediación privada de divorcio dirigida por la propia Singer.¹⁰¹

En una mediación de divorcio, básicamente el mediador debe capacitar a las partes en conflicto para que asuman sus responsabilidades ante la

100. Cit. pág. 60

101. Cit. págs. 69 a 75.

situación, son ellos quienes deben brindar las respuestas. Las personas se sienten más comprometidas cuando han generado ellas mismas las ideas, y puede suceder que dentro de la propia tensión emocional de las partes, una idea o sugerencia del mediador les parezca parcial. El mediador debe determinar si una propuesta resulta operativa y si tiene o no posibilidades de ser aceptada no sólo por las partes sino también por los hijos. No hay que olvidar que cubrir las necesidades de los menores, es la parte más importante en un divorcio.

En la página 53 del Capítulo II, se incluye un acuerdo de tenencia y custodia de Folberg y Taylor.

Dentro de la mediación familiar, hay una escuela que se inclina por la tesis de que los mediadores deben limitarse a dirigir el procedimiento de las negociaciones y dejar las decisiones de contenido a las partes. Sostiene esta opinión, que en materia de familia los padres saben mejor que nadie lo que les conviene a sus hijos, y por tanto no necesitan un experto que les diga lo que deben hacer sino un procedimiento que les facilite la resolución del problema¹⁰².

La otra escuela, a la que pertenece Christian Moore, afirma que el mediador debe trabajar con las partes en los problemas de fondo para llegar a una solución justa, sin que ello le reste imparcialidad o neutralidad.

Para Folberg, la mediación familiar es un proceso no terapéutico por el que las partes, con la asistencia de una persona o personas neutrales, intentan aislar de forma sistemática, los puntos de acuerdo o desacuerdo, explorar alternativas y considerar compromisos, con el fin de alcanzar un acuerdo consensuado sobre los distintos aspectos de su separación o divorcio.

No se descarta que además el mediador pueda necesitar ayuda (como co-mediadores o no) de un psicólogo, en el caso de que el estado emocional sea difícil de manejar o de un abogado para cuestiones legales, patrimoniales etc.

102. DUPUIS. cit, págs. 265 y 266.

MEDIACIÓN ENTRE PADRES E HIJOS

Se trata también de una mediación familiar con la intención de que no se rompa la unidad de la familia. Como en la de menores, suelen ser conflictos con hijos adolescentes. Una particularidad de esta mediación, es que tiene una parte adulta (los padres) y la otra menor. Esta peculiaridad, hace que instintivamente se tienda a «condenar» a priori el comportamiento del adolescente, lo que le lleva a sentirse culpable y tratado injustamente. El mediador debe tratar que ambas partes analicen el comportamiento familiar globalmente para evitar susceptibilidades.

Ni siquiera en Estados Unidos ésta mediación está suficientemente desarrollada, aunque se han hecho mediaciones piloto y hay estudios y estadísticas sobre ella. Una evaluación de esos estudios determina que las mediaciones habían sido útiles para la resolución de los conflictos presentados y habían tenido un efecto positivo en las relaciones familiares, incluyendo la comunicación general, la colaboración de los hijos y la disminución de las discusiones. Parece que los resultados son esperanzadores.

MEDIACIONES DE VIOLENCIA FAMILIAR

Lamentablemente los casos de violencia familiar o de género, son cada vez mas numerosos, aumentan en lugar de disminuir, y aunque las víctimas acuden más a la policía, quedan todavía muchos que no salen a la luz. Las muertes de mujeres por violencia de género alcanzan cifras pavorosas, sobre todo si se tiene en cuenta que la mayor parte de estas mujeres maltratadas habían presentado la correspondiente denuncia y, como es obvio, sin ningún resultado.

En cuanto a los malos tratos de menores, son pocos los padres que hacen la denuncia, por complicidad o por miedo, uno de ellos ve como su hijo está sufriendo pero no actúa. Suelen ser parientes o vecinos quienes denuncian, y con frecuencia los médicos que los atienden cuando acuden a un hospital.

Las penas que se imponen a los violentos son en general de corta duración y también, lamentablemente, suelen volver a delinquir. Compete al gobierno, a la judicatura y a la policía dar curso a la denuncia,

tomar las medidas apropiadas con la víctima darle acogida en un centro, detener al violento y hacer cumplir las leyes con todo su rigor.

En 1998 la Confederación de Vecinos (CAVE) revisó una experiencia para la creación de mediadores sociales para paliar la violencia doméstica, para formar una red en todo el país para asesorar, acompañar y atender a mujeres maltratadas.

El hecho de abordar cualquiera de los casos de violencia familiar tiene que suponer un entrenamiento específico para cualquier profesional¹⁰³ que intervenga (psicólogo, abogado, asistente social, mediador, médico, policía) y en ningún caso pueden dejar de tenerse en cuenta o menospreciarse, las consecuencias de la intervención para la víctima.

Quienes admiten que la mediación puede adaptarse en casos de violencia familiar, hacen incapié en 4 puntos:

1. El desarrollo por parte del mediador de aptitudes para identificar y filtrar los posibles casos de violencia, con preguntas específicas en sesiones privadas, que lleven a detectar patrones de conducta agresiva.

2. Formular criterios para determinar en qué casos es viable la mediación. El reconocimiento del agresor y su conducta abusiva condiciona toda posibilidad de mediación. Pero además hay que tener en cuenta la capacidad de las partes para negociar con efectividad, y el peligro de que la violencia se repita. En la víctima supone la posibilidad de identificar y promover sus propios intereses durante la mediación. En el autor, la posibilidad de prescindir de la necesidad de controlar a su víctima o sentirse frustrado por no conseguir lo que quiere y reiniciar los malos tratos.

3. Entre las técnicas y procedimientos a aplicar, en primer lugar hay que evaluar si sería conveniente solicitar medidas cautelares previas (exclusión del hogar conyugal) para asegurarse de la no reincidencia, y cerciorarse del conocimiento de las partes, sobre servicios que presten ayuda en estos casos, sus teléfonos, residencias, alojamientos, refugios especiales.

En segundo lugar, detallar claramente las reglas para futuros contactos y acceso a los hijos si los hubiera, todo ello en presencia del autor, y si es

103. RISOLIA DE ALCARO, cit. págs. 131 y 132.

posible de abogados para que ayuden a tomar conciencia de la gravedad de los hechos.

Se trabajará sobre todo en sesiones privadas, para dar más libertad a las partes de expresar sus temores. Esta técnica, llamada de «vaivén» evita la intimidación que puede establecerse en las reuniones conjuntas.

El mediador debe hacer el seguimiento del cumplimiento de las reglas, y la actitud de la víctima en caso de incumplimiento. Deberá también estar atento al equilibrio del poder, y detener la mediación si considera que el equilibrio es imposible de lograr.

4. Para quienes admiten la mediación en estos casos, el acuerdo debe tener pautas mínimas, su validez y efectividad no deben estar subordinadas a ningún cambio de conducta en la víctima. Incluirá un enunciado de los hechos de violencia, como registro, para que la víctima lo pueda utilizar en caso de reiteración. Si ella lo solicita se incluirá cláusula de exclusión o las circunstancias, modo y lugar de futuros encuentros entre las partes. Se reglamentará el régimen de visitas. Se incluirán la compensación de gastos médicos, honorarios de profesionales, y cualquier otro gasto debido a la conducta agresiva. Se recomienda elevar a público el acuerdo y la homologación judicial.

En caso de que un mediador tenga conocimiento o sospecha de violencia a menores, debe denunciar el caso a la policía.

MEDIACIÓN FAMILIAR ENTRE HERMANOS/HEREDEROS

Cuando se habla de familias, parece que se trata solamente de padres e hijos, pero también son frecuentes entre hermanos y/o herederos. Es bastante común que a la muerte de uno de los padres u otro familiar, los hermanos, primos, sobrinos, se enfrenten por la herencia según sus expectativas y percepciones. Algunos darán prioridad a cuestiones de tipo económico, otros a pertenencias afectivas, el hermano mayor puede creer que tiene más derechos, otro hermano puede pensar que sus padres estaban en deuda con él porque se ocupó mucho de ellos. Pueden surgir peleas porque varios hermanos desean obtener el mismo objeto, qué se hace con la casa de los padres también puede llevar a conflicto, llegando a veces a perder la relación familiar para siempre.

Estos casos suelen terminar en los tribunales con la fórmula “ganador-perdedor”, con erosión de los vínculos familiares, con una gran cantidad de tiempo perdido y con el agravante económico de los costes legales.

Un tercero imparcial puede ayudar a que la familia busque sus propias soluciones, a que se mitigue y desaparezca la violencia entre ellos, a que no se deterioren las relaciones familiares y a que nadie salga del proceso de mediación con la sensación de perdedor. Todos ganan con el acuerdo al que ellos mismos han llegado.

Capítulo V

ANEXOS

ANEXO N° 1

ASPECTOS DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS EN OTROS PAÍSES¹⁰⁴

Estados Unidos

Los primeros puritanos, los cuáqueros y los colonizadores holandeses utilizaron la mediación, el arbitraje y la conciliación para asegurarse el cumplimiento de los principios morales y las tradiciones de su grupo, acudiendo al sistema legal sólo como último recurso. Así, en 1636, los puritanos de Dedham, una comunidad local del sudeste de Boston, previeron un sistema informal de mediación. En Nueva Betherlan, los colonizadores holandeses establecieron una Junta de Nueve Hombres, para servir como mediadores amistosos y árbitros.

También los mormones, como los inmigrantes chinos que se establecieron en la costa oeste, los escandinavos en Minnesota y los judíos del lado este de Manhattan desarrollaron sus propios mecanismos comunitarios de resolución de conflictos, como reacción a la hostilidad que percibían de la sociedad externa.

El movimiento también se advierte en la historia comercial en áreas como lo seguros marítimos, pieles y la industria de las sedas, en que las

104. Transcrito de HIGHTON y ÁLVAREZ, cit. págs. 148 a 169.

firmas tenían una relación estable y operaban regularmente entre ellas. Los propios comerciantes y las asociaciones de comercios establecieron canales privados para resolver sus diferencias. El arbitraje comercial nació en 1768 cuando la Cámara de Comercio de Nueva York instaló su manera de resolver conflictos de acuerdo a las prácticas, más bien que por los principios jurídicos. La mayoría de los Estados tiene leyes de arbitraje que siguen el modelo del Acta Uniforme de Arbitraje. También se utiliza el Acta Federal de Arbitraje para convalidar acuerdos de arbitraje.

En materia de conflictos laborales se desarrolló un esquema para evitar la violencia y las huelgas según el cual en 1913 el Congreso autorizó al Secretario de Trabajo para nombrar «comisionados de conciliación», a pesar de lo cual no se pudo evitar el autoritarismo y el uso de la fuerza. Entre 1930 y 1940 algunos Estados iniciaron servicios de mediación patrocinados por oficinas públicas. Durante la II Guerra Mundial el Congreso consideró que la lucha industrial era muy costosa para ser tolerada, y se establecieron procedimientos de quejas, arbitraje y otras innovaciones para solucionar los conflictos de la industria. En 1947 el Congreso creó una agencia independiente, a la que se someterían los conflictos laborales: el Servicio Federal de Mediación y Conciliación. La intervención del gobierno se limita a proporcionar servicios en numerosas agencias estatales de mediación, que suelen ocuparse de situaciones menos importantes y más localizadas; a su vez, el Directorio Nacional de Mediación tiene jurisdicción en las industrias de ferrocarriles y de aviación comercial.

Respecto de los demás supuestos en los cuales la mediación actúa como medio alternativo de solución de conflictos, desde fines de la década del 60 comenzaron a aparecer los llamados «centros comunitarios de mediación» en todos los Estados Unidos de América.

En los años 70 comenzó el énfasis en la discusión sobre los métodos extrajudiciales de resolución de disputas para aliviar la falta de acceso a los remedios propios de la sentencia por parte de los pobres y aún de la clase media, pensándose en proveer mecanismos más baratos y menos formales para decidir los conflictos. Por ejemplo, el presidente de la Corte Suprema estadounidense, Warren Burger, expresó en una conferencia acerca de la resolución de cuestiones de menor cuantía, que «la

noción de que los ciudadanos comunes quieren jueces con toga negra, abogados bien vestidos y tribunales bien revestidos como marco para resolver sus disputas, no es correcta. La gente con problemas, lo mismo que la gente con enfermedades, quiere remedios, y los quiere lo más rápido y barato que sea posible».

En mayo de 1975 se abrió en Florida, en el condado de Dade, el primer Centro de Acuerdos de Disputa entre Ciudadanos. A continuación, se implementaron en otros condados los primeros programas de mediación.

En 1977 esta forma de mediación fue apoyada a nivel nacional, cuando el fiscal general patrocinó el establecimiento de tres «Centros de Justicia Vecinal modelos».

En 1978 se creó, en el ámbito del Estado de Florida, el primer Comité de la Suprema Corte, estatal en Resolución Alternativa de Disputas, que recomendó, en su informe final, el desarrollo de un programa comprensivo de Mediación y Arbitraje para los tribunales de Florida. En 1987, se dispuso que tal legislación entrara en vigencia a partir del 1º de enero de 1988. El alcance de esta legislación colocó a Florida a la vanguardia de la mediación anexa a los tribunales.

Los aspectos singulares de esta legislación y las leyes que le siguieron incluyen:

- 1) dar a los jueces amplia discreción en cuanto a la remisión de un caso a mediación, y
- 2) detallar los requisitos de capacitación y de certificación que deben reunir los mediadores.

A la Suprema Corte se le delegó la facultad de promulgar las normas de procedimiento que fueran necesarias para implementar el Estatuto. Se nombró un Comité de Reglamentaciones, y las normas proyectadas fueron posteriormente aprobadas por la Corte.

Se demostró interés adicional en esta materia cuando en 1986 se creó el Centro de Resolución de Disputas de todo el Estado de Florida, como programa conjunto de la Corte Suprema del Estado y la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado. El Centro de la Resolución de Disputas ejerce funciones de capacitación, educación e investigación y además provee de asistencia técnica y apoyo a los programas de Resolución

Alternativa de Disputas anexos a los tribunales. El Centro ha provisto personas para las comisiones de la Suprema Corte (Reglamentos y Capacitación), ha patrocinado sesiones de entrenamiento en mediación y arbitraje, y ha coordinado congresos y talleres de Resolución Alternativa de Disputas. El Centro de Resolución de Disputas cuenta con una videoteca sobre varios tipos de Resolución de Disputas.

En 1980 el Congreso estadounidense convirtió en ley el Acta de Resolución de Disputas, a fin de brindar medios poco onerosos para solucionar conflictos menores. Se trata de una Ley Federal de Resolución de Disputas, que dispuso la elaboración de un programa de resolución de disputas dentro del Departamento de Justicia que, a su vez, crearía un Centro de Información para la Resolución de Disputas y un Comité Asesor, con la provisión de la ayuda financiera necesaria. El objetivo de este programa fue el desarrollo y la implementación de mecanismos para la resolución de disputas menores.

Algunos métodos que fueron surgiendo con mayor o menor éxito en su implementación son:

- mini-juicios,
- alquiler de un juez,
- mediación,
- arbitraje,
- negociación y
- conciliación.

Si bien en un principio se sometieron a estas alternativas procesos menores, su campo de acción se ha visto en la práctica considerablemente ampliado y algunos de los conflictos que se someten a estos métodos son:

- disputas comerciales,
- mala praxis médica,
- accidentes de tránsito,
- familia,
- controversias laborales relativas a empleados públicos y
- convenciones colectivas de trabajo.

En 1985, la Comisión Legislativa de Estudio de Resolución Alternativa de Disputas del Estado de Florida recomendó, en su informe final, el desarrollo de un amplio programa de mediación y arbitraje para sus tribunales.

Finalmente, en 1988, también en Florida, se otorgó sanción legal a la mediación y se implementaron programas de capacitación y asistencia técnica para mediadores.

En otros Estados, estos mismos programas reciben nombres como «centros de justicia vecinal» o similares donde trabajan voluntarios, en un ámbito comunitario, a efectos de ayudar a la gente a resolver sus diferencias. Hubo gran desarrollo en California (de los métodos de resolución en general, sin perjuicio de un específico crecimiento de la mediación familiar y comunitaria) y Texas (de la mediación en particular). También merece citarse la evolución de la mediación en el Estado de Virginia.

De ahí en más, el desarrollo fue imponente, extendiéndose a la materia ambiental, de salud pública, del consumidor, etcétera.

Comenzó también la enseñanza de RAD en las facultades de Derecho, en las escuelas secundarias y en las primarias. Se establecieron sociedades y asociaciones profesionales en resolución de disputas.

En los años 90 se puso el énfasis en institucionalizar e incorporar a la legislación la RAD y el Congreso impuso a los tribunales federales la obligación de designar una comisión para estudiar los modos de implementar el uso de los métodos alternativos. Los empresarios de la industria y el comercio también están exigiendo a sus profesionales resolver sus disavencias a través de estos mecanismos.

Al tiempo presente hay multiplicidad de programas públicos y privados, institucionales e independientes, referidos a la resolución de conflictos en todos los Estados. A nivel privado merece mención el Centro de Recursos Públicos (CPR) patrocinado por los abogados de las más grandes empresas y sostenido por éstas. Existen 400 organizaciones institucionales dedicadas al arbitraje, de las que vale nombrar a la American Arbitration Association (AAA) de nivel nacional.

Canadá

En materia laboral, se prohíben las huelgas y los cierres patronales hasta que las partes hayan agotado las posibilidades de mediación y

hayan sometido, además, su caso a un comité de conciliación especial nombrado por las autoridades federales.

En materia familiar, existen servicios de mediación. Así, en Quebec se trabaja seriamente en ello desde los años 70. El principio de mediación familiar está reconocido a nivel federal y provincial, aunque la legislación hace por primera vez referencia a la mediación en la Ley Federal de Divorcio de 1985. El tema está en continua evolución y análisis a fin de mejorar el sistema. Se trata de un esquema multidisciplinario, basado en el modelo de los Estados Unidos.

También se acude a otros métodos como el arbitraje y los expertos neutrales.

Colombia

El Congreso Nacional de Colombia, a través de la ley 23 del año 1991, creó una serie de mecanismos, que actúan como alternativos a la justicia, tendientes a descongestionar la tarea de esta última.

Los llamados Centros de Mediación (contemplados en la citada ley), están bajo control del Ministerio de Justicia. Éste autorizará el funcionamiento de centros dentro de asociaciones, agremiaciones y Cámaras de Comercio. Asimismo, si a juicio del Ministerio de Justicia, las actividades de mediación no cumplieran con los requisitos y objetivos legales, o se cometieran faltas a la ética, podrá suspender las facultades mediadoras de los centros.

La ley obliga a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho a organizar su propio Centro de Mediación, donde el servicio prestado deberá ser gratuito. A su vez, se determina un contenido mínimo obligatorio de los reglamentos internos y se establece la necesidad de capacitación de los mediadores. Al respecto se establece que deberán ser abogados titulados, con una capacitación especial obtenida a través de la asistencia a cursos preparados a ese efecto.

En cuanto a las materias comprendidas en la mediación, se dispone que pueden someterse a la misma todas aquellas que sean susceptibles de transacción, desestimiento o conciliación.

En lo que se refiere al trámite, es confidencial. La asistencia letrada no es obligatoria y el procedimiento se inicia llenando las partes un formula-

rio ante el Centro de Mediación. Dentro de los dos días hábiles de la presentación, se nombrará mediador y se citará a las partes a una audiencia. En la audiencia, el facilitador interrogará a las partes para establecer los hechos en conflicto y avenirá a las mismas al logro de un acuerdo.

Existe, en el ámbito de la ley colombiana, otro tipo de mediación, más informal, denominada mediación comunitaria. Ésta consiste en la posibilidad que se les da a los jueces de elegir, de una lista que se presenta a su consideración, los mediadores, que actuarán conforme equidad. El ejercicio de dicha función será gratuito y el facilitador deberá contar con una capacitación especial. El ámbito de actuación es el mismo que en el otro tipo de mediación: materias susceptibles de transacción, desestimiento o conciliación.

En todos los campos del derecho hay conciliación previa obligatoria desde 1989 en que se modificó el Código Procesal.

Brasil

El sistema brasileño de conciliación tiene dos instancias:

1) *Prejudicial*: Instrumentando a través de los Consejos de Conciliación facultados para dar adecuado cauce a las «pequeñas causas» de tipo patrimonial, mediante la institución de la conciliación y en caso de no tener éxito, la proposición del arbitraje.

2) *Judicial*: A través de los tribunales de la justicia ordinaria para procesos de reducido valor económico (derechos patrimoniales cuyo monto no exceda los 20 salarios mínimos). En este ámbito están en juego los principios de oralidad, simplicidad, informalidad y economía procesal y se tiene en mira lograr siempre la conciliación.

En ese país, los jueces, los conciliadores y los árbitros son los encargados de resolver estos conflictos. El primero, dirige el pleito con amplias libertades para admitir las pruebas y apreciarlas, debe aportar la decisión más ecuánime atendiendo a los fines sociales de ley y a las exigencias del bien común. Los conciliadores son auxiliares de la justicia y los árbitros son abogados colegiados.

Chile

Se ha previsto en la legislación el arbitraje forzoso para asuntos comerciales y el arbitraje voluntario.

El arbitraje en el campo institucional se halla encargado a la Cámara Central de Comercio y, desde 1968, a la sección chilena de la Comisión Interamericana de la Producción y del Comercio y someten a arbitraje los litigios mercantiles.

Asimismo, organismos tales como el Servicio Social de la Mujer, Servicio Social del Menor, la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos del Pueblo realizan mediación, que luego es volcada en escritura pública. Asimismo, hay jueces vecinales que resuelven conflictos que no son judiciales mediante mediación.

Bolivia

Bolivia está avanzando en la implementación de la conciliación, que tiene reconocimiento constitucional. Y tanto los funcionarios públicos como los jueces tienen tareas conciliadoras, así como también vecinos relevantes dentro de ciertas comunidades, controlados por el Estado, a cuyo cargo está también la capacitación de los individuos que trabajan en los centros de conciliación. Existen planes de mediación en comunidades indígenas, habiéndose comenzado a estudiar los métodos de resolución de conflictos desde abajo, desde la comunidad, a fin de averiguar cómo es que el grupo resuelve sus problemas y qué necesidades tiene. Se propone un análisis sociológico de la población, con el objetivo de ver qué actitud hay frente a las instituciones, ver el grado de religiosidad de las comunidades, qué tipo de confianza hay en los líderes propios. Ello en tanto, en que la organización social de Bolivia, existe una suerte de respeto hacia ciertas personas reconocidas en pequeñas comunidades o barrios, por lo que, sin tenerla sistematizada, la mediación existe en tales comunidades, a través de estos líderes que acercan a las partes para que resuelvan sus problemas.

Gran cantidad de habitantes, fundamentalmente de extracción rural, presenta un alto grado de informalidad, sin acceso a los sistemas jurídicos por los mecanismos habituales, por lo que tiene que buscar sus for-

mas de lograr justicia y lo hace según la tradición de tipo aimará, en la cual hay formas de mediación y conciliación de 700 años atrás que se están utilizando. Por ejemplo el padrinazgo, forma en que el padrino de un matrimonio participa claramente en la solución de los problemas sin imponer ninguna posición. Simplemente reúne a las partes a nivel de familia y ayuda a solucionar los problemas. O las juntas de vecinos, que participan en la solución de los problemas comunitarios buscando conciliaciones o mediaciones.

Ciertas organizaciones están trabajando con la comunidad, habiéndose desarrollado una serie de centros comunitarios, donde hay diferentes servicios y ahora se está intentando prestar un servicio adicional de mediación, mas no exclusivamente con personas profesionales del campo jurídico, sino con líderes de la comunidad juntamente con profesionales. Se entiende que tienen que participar los líderes naturales de la comunidad, que son los que tienen acceso a la población, quienes serán capacitados en mediación y conciliación; contarán con asesoramiento y capacitación de profesionales o estudiantes universitarios de cursos superiores. Esta simbiosis permitirá llegar a la comunidad. La promoción de los centros se debe hacer en las ferias, donde se reúne la gente una o dos veces a la semana, porque muchos ni siquiera tienen el nivel suficiente para escuchar radio o leer un folleto.

Está aceptado que el tema de los medios alternativos en Bolivia es uno nuevo, por lo menos en la forma actual de su tratamiento. Al respecto, se ha llegado a una fase de planteamiento de un instrumento legal que permita regular el tema de los medios alternativos de una manera integral. El Ministerio de Justicia ha concluido la tarea de revisión y formulación de un anteproyecto de ley de arbitraje, conciliación, mediación y otros medios alternativos, a fin de lograr establecer un tratamiento normativo con respecto a los distintos métodos y procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

Las Cámaras de Comercio, que son referentes institucionales muy sólidos en el país, han concentrado la actividad de actualizar la tarea a partir de sus centros de arbitraje y conciliación.

Se está trabajando con las Universidades de Derecho, para sembrar la idea de los medios alternativos.

Uruguay

El sistema uruguayo se asienta en dos pilares sobre los que se ha construido la conciliación, que son los jueces y los abogados, fundamentalmente los jueces de Paz. Por otra parte, los abogados acostumbran llevar a cabo las negociaciones para llegar a una conciliación.

En el Uruguay rige el Código General de Proceso, que es la puesta al día para el país, del Código Tipo para América Latina. Establece normas por las que no sólo en los procesos judiciales, sino también en los arbitrales, debe llevarse a cabo la conciliación previa de manera obligatoria.

Honduras

Honduras está trabajando sobre la posibilidad de implementar la mediación comunal, para lo cual ha efectuado una consulta popular, de la que ya están estudiándose los resultados; a partir de lo que la misma comunidad proponga o necesite, se implementarán métodos alternativos.

Francia

Los antecedentes de este país datan de la figura del *ombudsman*, personaje que actúa como tercero mediador entre los particulares y los distintos organismos estatales. Esta institución data del año 1973 en que se dictó una ley instituyendo el Mediador de la República, la que fue complementada y modificada en 1989 y 1992.

Actualmente, la figura de la mediación ha desbordado el ámbito administrativo, penetrando —informalmente hasta el momento— en el procedimiento civil, mas se están haciendo serios análisis sobre la potencialidad de su utilización en materia penal.

El primer ámbito donde se comenzó a desarrollar la mediación es el del Derecho del Trabajo. En el año 1955, la mediación fue instituida con el fin de regular el límite de los salarios y la renovación y creación de las convenciones colectivas. Más adelante, en 1957, se extendió a todo tipo de conflictos colectivos.

En Francia funciona desde 1977 la figura del conciliador vecinal, que actúa en forma unipersonal, en calidad de simple vecino, designado por el presidente del Tribunal Regional de Apelaciones.

Un proyecto de ley instituye la mediación para la jurisdicción civil en general, siendo su único límite la exclusión de asuntos penales. Puede aplicarse tanto en primera instancia como en grado de apelación.

El juez deberá evaluar el tipo de hipótesis en la que puede decidir emplearla, conformen su experiencia judicial.

Uno de los principios generales rectores del procedimiento civil es el que prescribe que el juez debe buscar la conciliación de las partes cuando sea posible. Por ello, la mediación se inscribe dentro de estos principios, habilitándose al juez para que, con el acuerdo de las partes, designe a una persona a su elección para que actúe como mediador entre ellas.

En cuanto a las cualidades que debe reunir el mediador, cabe destacar que la doctrina francesa es bastante rigurosa al respecto, no sólo con las de índole intelectual, sino también con las de carácter moral y ético. Asimismo es imprescindible la independencia, prudencia, mesura y conducta intachable del mediador.

Italia

De acuerdo al decreto del año 1923, el Reino de Italia administraba justicia por medio de conciliadores y pretores, además de los tribunales. Luego se mantuvieron las figuras, existiendo por lo menos un conciliador en cada comuna.

La mediación es casi desconocida en Italia, aunque comienza a utilizarse en materia familiar. Así, en la comuna de Milán comenzó a trabajar un equipo de expertos en divorcio, para constituir un centro público de asistencia y de mediación en la separación para casos de alto riesgo.

Suecia

Suecia es el país, de donde se ha tomado en el mundo la figura del *ombudsman*, que desde 1809 interviene en favor de los ciudadanos a efectos del control de distintos organismos estatales.

Los procedimientos de solución de conflictos laborales constituyen el caso de máximo recurso a procesos privados de decisión y mínima inter-

vención del gobierno. Los conflictos sobre las condiciones de los convenios colectivos no están regulados por ley, excepto en cuanto a que pueden participar en la negociación mediadores por propia iniciativa. Suecia cuenta con un Tribunal Laboral que tiene jurisdicción para interpretar los convenios colectivos y para decidir sobre supuestas violaciones. Nunca se ha recurrido mucho al Tribunal Laboral; el número de casos, absorbidos por la mediación, descendió de 103 en 1945 a 39 en 1960.

Gran Bretaña

El arbitraje comercial se implementó en Inglaterra desde tiempos inmemoriales.

Gran Bretaña ha instrumentado procedimientos de arbitraje para la resolución de litigios de escasa cuantía, entre consumidores o usuarios y comerciantes a través de los County Courts y organizaciones particulares instrumentadas por las Asociaciones Profesionales.

Asimismo, ha aparecido la mediación en el Ámbito industrial; y aunque no se la utiliza en medios comunitarios, se ha innovado recientemente en cuestiones de divorcio en que se han visto influenciada por la teoría sistémica. Asimismo, se han adoptado técnicas de mediación en los servicios de custodia de condenados penales.

Un indicio del auge del tema surge de que en 1990 se creó en Londres el Centro para la Resolución de Disputas. Este centro se define a sí mismo como «una organización independiente sostenida por asesores profesionales e industriales, y fundada para promover y alentar una resolución comercial más eficaz de las disputas».

Alemania

En la República Federal Alemana existían instituciones de arbitraje creadas a la luz de la ley de competencia desleal, así como oficinas de conciliación y arbitraje en las Cámaras de Comercio e Industria y en las diferentes asociaciones sectoriales y organizaciones profesionales.

España

Ya el Tribunal de Aguas de Valencia, media desde 1239 entre los campesinos para regular el conflicto suscitado por el uso del agua. Aún hoy, los días jueves, se puede presenciar su funcionamiento y comprobar que está constituido por personas del pueblo respetadas por todos.

La conciliación encuentra antecedentes en las ordenanzas de Burgos y Sevilla (siglo XVI), las cuales la consagraron con carácter voluntario y preventivo para temas comerciales; y luego fue obligatoria en las ordenanzas de Bilbao (1737), Burgos (1776); el texto luego pasó a la Novísima Recopilación, de acuerdo al siguiente tenor: «*Cuando cualquiera persona compareciere en este tribunal a intentar alguna acción, mando que no se le admita ni pueda admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que primero el Prior y Cónsules hagan comparecer ante sí a las partes y oyéndolas verbalmente sus excepciones y defensas, procuren ajustar el pleito y diferencia que hubiere con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitirán sus peticiones por escrito.*» Texto similar se reproduce en las normativas posteriores hasta el Real decreto de 1827, que no obstante incorpora la figura. De ahí en más comienza una suerte de evolución hacia la obligatoriedad de la conciliación, que se plasma en la Constitución de 1812, que veda toda actuación judicial sin que conste fehacientemente que se ha intentado el medio de la conciliación. Daños los resultados poco satisfactorios del acto de conciliación, en 1984 se le ha dado el carácter facultativo.

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje de 1953 comienza con una introducción en la que el legislador aparece delineando el rol que toca desempeñar al arbitraje dentro del contexto de la administración de justicia. España cuenta, desde 1988, con una Ley de Arbitraje que substituyó el régimen jurídico anterior, que se consideraba concebido para el derecho civil, mas no para el derecho mercantil y menos aún para el tráfico internacional. Introdujo novedades tales como la eliminación de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso; el principio de libertad formal en el convenio arbitral; la consagración legislativa del principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal; y sobre todo, la posibilidad de que las partes defieran a un tercero el nombramiento de los árbi-

tros, incluso, la organización del sistema arbitral. Se dota de un amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad de gran parte del procedimiento arbitral, pero se adoptan las cautelas lógicas frente a la posibilidad de situaciones de desigualdad contractual en las que puedan encontrarse las partes. Se respetan los principios de audiencia, de contradicción y de igualdad.

También se ha comenzado a trabajar en mediación, por lo menos en el área familiar.

Comunidades africanas

En el continente africano existe una gran preferencia en favor de la conciliación no contenciosa, como resultante del contexto sociológico y de la influencia religiosa del derecho musulmán.

En algunas partes de África existe la costumbre de reunirse en asamblea o junto al vecindario, lo que ha constituido un mecanismo informal para la resolución de una serie de desavenencias interpersonales. Cualquier contendiente o vecino puede convocar a la asamblea, en la que una personalidad respetada actúa como mediador para ayudar a los involucrados a resolver el conflicto de manera cooperativa. El papel del personaje y la tradición de la asamblea pueden variar de una comunidad a otra, pero todos parecen buscar la conciliación sin un juez o árbitro ni el uso de sanciones.

En tiempos más modernos, la mediación ha servido al proceso de democratización de Sudáfrica.

China

La situación en este país se torna más peculiar debido a la superpoblación que se traduce en una multiplicación de los conflictos.

En la antigua China, la mediación era el principal recurso para resolver desavenencias. Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción, con la noción de una armonía natural en las relaciones humanas que no debía interrumpirse.

Con este antecedente, es razonable que gran cantidad de litigios y causas criminales leves se resuelvan en China por mediación, sin recurrir al

tribunal. El trabajo de mediación, forma ya parte del sistema legal chino, pues se concede gran importancia a la autodeterminación y a la mediación para resolver todo tipo de desavenencia.

Existen los llamados Comités de Mediación o Comités Populares de Conciliación, que constan de cinco a once miembros, creados en 1954 por el Consejo de Asuntos Administrativos. La mediación se efectúa, conforme a la política y los decretos del Gobierno Popular, con el consentimiento de las partes y sin imponerse a ninguna de ellas, ya que no constituye un procedimiento indispensable de la demanda. El Tribunal Popular tiene derecho a corregir o anular la decisión del Comité de Mediación que contravenga a los decretos del gobierno. La tarea de los comités consiste en reconciliar los pleitos civiles generales y causas criminales leves, y difundir la política, las leyes y los decretos durante su labor. La mediación se realiza gratuitamente, en el tiempo libre.

Hace mucho tiempo que los trabajadores chinos sostienen la tradición de resolver sus disputas por este medio. Esto tiene su explicación en que, en la vieja sociedad, el gobierno y los tribunales no tenían políticas de protección de los derechos de los trabajadores y, por ello, éstos preferían recurrir a parientes, amigos o personas que veían como imparciales, en vez de a los tribunales, para solucionar sus diferencias.

La tercera reunión nacional sobre la labor judicial, que se celebró en 1953, decidió establecer y perfeccionar la organización de la mediación en todo el país.

En cuanto a la capacitación de los mediadores, existe la figura del asistente judicial, que trabaja bajo la dirección de la oficina y el tribunal del distrito. Este funcionario tiene por tarea cooperar en el establecimiento y perfeccionamiento de las organizaciones de mediación; entrenar al personal de los comités destinados a esta actividad, y orientar su trabajo. Los comités pueden estar integrados por amas de casa, obreros, jubilados, etcétera.

Una vez a la semana, el asistente judicial convoca a una reunión de los Comités de Mediación, para darles explicaciones sobre leyes y decretos, y estudiar problemas relativos a las funciones del mediador. Después de estudiar así las políticas y las leyes, los miembros de los comités las difunden entre los habitantes.

Las estadísticas existentes en relación al funcionamiento de la mediación no son demasiado completas, pero sirven para dar una idea aproximada de la realidad.

En China, existen 180.000 Comités de Mediación, con 5.750.000 integrantes, que reconciliaron 6.120.000 casos, alrededor de 10,8 veces el número de causas civiles vistas por los tribunales populares durante ese mismo período. Por ejemplo, en el distrito de Naukai, los pleitos civiles mediados disminuyeron de 4.235 en 1977 a 2.216 en 1980, con una población de 510.000 personas.

Hacia fines de 1988, China tenía más de 1.002.600 organizaciones de mediación y 6.370.300 mediadores. Entre los años 1981 y 1988 el mecanismo de la mediación permitió la resolución de un total de 57.559.100 disputas civiles.

En cuanto a las materias sujetas a la mediación, los casos más comunes incluyen querellas entre vecinos, desavenencias entre suegra y nuera, diferencias conyugales y posibilidad de divorcio por motivos impulsivos, negativa de los hijos a sustentar a sus padres ancianos, conflictos relativos a bienes inmuebles, etc. Es interesante destacar que, una vez que las partes se ponen de acuerdo en someterse a mediación, ésta puede ser implementada en cualquier etapa del procedimiento civil.

La mediación en China no es obligatoria, salvo para el caso de divorcios; además, no puede ir contra la ley y, si no tiene éxito, se dicta sentencia inmediatamente. Si la mediación da resultado y las partes llegan a un acuerdo, los tribunales deben redactar los términos del mismo, que obtiene fuerza legal inmediata.

Japón

La conciliación y la mediación tienen una rica historia en la ley y las costumbres japonesas. A tal punto la tradición de conciliación está imbuida en la vida del japonés, que en su momento se esperaba que el líder de una población ayudara a los miembros a resolver sus desavenencias y las disposiciones legales para la conciliación de los conflictos, son anteriores a la Segunda Guerra Mundial.

En el Japón, un tercio de los casos litigiosos son resueltos en la instancia conciliatoria. Y, aunque ya están en decadencia, también hay comisiones

de conciliación que tienen como misión escuchar a las partes y sugerir una adecuada solución.

Australia

La Corte Federal de Australia tiene un programa de resolución de disputas asistido. Quienes sean parte en los procesos pueden utilizar varios mecanismos anexos a los tribunales para resolver su caso antes de la audiencia oral y pública.

El programa comprende una experiencia piloto de evaluación neutral anticipada conjunta con el Colegio de Abogados, además de procedimientos de mediación y arbitraje, a los que se agrega la necesidad de asistir a audiencias de conciliación ante los jueces o funcionarios especiales.

Asimismo, se ha creado recientemente el Centro Australiano para las Disputas Comerciales.

Nueva Zelanda

Los tribunales de familia han tendido a cambiar el clásico sistema adversarial por una predominante conciliador, a cuyo fin existen previsiones especiales tendientes a minimizar los conflictos familiares, recurriéndose a la mediación, opción que tiene una particular aplicación en las cuestiones de tenencia de hijos. Se considera adecuada la presencia de los abogados y de un profesional de la salud mental en el proceso de mediación, particularmente a fin de disminuir el conflicto parental; como así también es preferible el trabajo de un equipo multidisciplinario, con asistencia psicológica a la familia involucrada, debiendo el mediador tener conocimientos de terapia familiar.

ANEXO N.º 2
EJERCICIOS DE RESOLUCIÓN
ALTERNATIVA DE CONFLICTOS¹⁰⁵

Ejercicio 1

En abril de 1989, Prensa Jurídica S.L., la segunda editorial de libros jurídicos más importantes del País, firman un acuerdo con Irving Weston para publicar las sesiones legislativas de varios estados. Weston había adquirido estos derechos previamente. El acuerdo Weston-Prensa se los cede a Prensa a cambio de un canon de un 15 por ciento de las ventas. El acuerdo obliga a Prensa Jurídica a hacer todos los esfuerzos razonables para promover la publicación así como a proveer a Weston con informes cuatrimestrales de venta y al pago de los canones.

Las ventas de esta publicación fueron por debajo de las expectativas. Dos años más tarde, Weston demanda a Prensa jurídica por no haber pagado los canones. La demanda incluía daños por lucro cesante por 4-5 millones de pesetas anuales así como daños morales a la reputación de Weston por una cantidad indeterminada.

Prensa Jurídica argumentó que había utilizado todos los esfuerzos razonables pero que la publicación simplemente no funcionó. Además la compañía llevó a cabo una reorganización interna durante 1990 por lo que gran parte del personal de venta ha dejado la compañía. Respecto a los informes, Prensa Jurídica llevó pruebas de que el sistema informático había borrado todos los datos respecto a los canones por lo que resultó imposible presentar los informes.

Weston está representada por un despacho pequeño de abogados especializado en propiedad intelectual. Prensa Jurídica por un enorme bufete. De momento todos los esfuerzos para resolver el conflicto han fracasado.

Si Vd. fuera un experto en métodos alternativos de resolución de conflictos ¿qué sugeriría? ¿porqué?

105. GOLBERG, S., SANDER, F., ROGERS, N., *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and other Processes*, Little Brown, Boston, 1992, págs. 453 y ss.

Ejercicio 2

En agosto de 1991, Leasco, una sociedad de leasing informático, adquirió 150 procesadores HAL 2001 a la sociedad HAL, completamente equipados y con el software incluido por 500 millones de pesetas. La compra se hizo siguiendo un modelo de compra de HAL que establecía un calendario de pagos de 10 millones mensuales que cubrían el principal más intereses. Tras el término del período de garantía, Leasco dejó de pagar. Todos los esfuerzos de HAL resultaron infructuosos.

En marzo de 1992, HAL demandó a Leasco. La demanda incluía 30 millones de pesetas por plazos impagados y 320 millones del precio de los procesadores.

La contrademandada de Leasco argumentaba que HAL incumplió con sus obligaciones de entrega y mantenimiento y que engañó a Leasco sobre la capacidad de actuación del 2001. En particular, Leasco argumentaba que la entrega fue tardía, que el sistema era lento e inadecuado y que no se podían llevar a cabo muchas de las funciones que el personal de ventas de HAL había dicho que estaban incluidas. En una segunda contrademanda, Leasco argumentó que se trataba de una estrategia de HAL para llevar a Leasco a la quiebra, ya que HAL tiene una filial en el mismo sector operado por Leasco.

Informes internos de HAL contienen información sobre una cierta tardanza en la entrega de los procesadores pero nada fuera de la normal.

¿Qué sugeriría Vd. a las sociedades? ¿Por qué?

Ejercicio 3

Su despacho profesional de abogados ha sido contactado por Alimentación de Reus, una gran sociedad de alimentación para que redacten una cláusula de resolución de conflictos para sus modelos de contratos con 50 granjeros que les suministran patatas que luego ellos venden congeladas. Los conflictos son frecuentes, resultando de la calidad de las patatas, y el precio. Estos conflictos han llevado a interrupciones en el suministro en varias ocasiones, sin embargo no ha habido procedimiento judiciales ya que los granjeros no cuentan con recursos.

¿Qué recomendaría Vd?

Ejercicio 4

Dinamo, una empresa fabricante de software, cuenta con 500 empleados. Ninguno de ellos está afiliado a sindicatos, y a Dinamo le gustaría que la situación siguiese igual. Durante los últimos meses, la dirección ha expresado una cierta preocupación sobre el hecho de que cuadros medios podría estar tratando mal a empleados de inferior categoría laboral. Dinamo establece un proceso de mediación para que dichos empleados puedan presentar reclamaciones ante la dirección. Los primeros casos son por despido improcedente.

Dinamo le pide a Vd que medie en estos conflictos y en los siguientes. ¿Aceptaría Vd. el cargo?

Ejercicio 5

Conflictos entre propietarios de edificios de viviendas para estudiantes y arrendadores así como entre estudiantes que comparten pisos han comenzado a interferir en la calidad de vida de los estudiantes y ha causado que los propietarios de edificios bien gestionados hayan amenazado con venderlos. La Universidad les ofrece que establezca un programa no obligatorio de resolución de conflictos entre los propietarios y los estudiantes, así como entre estudiantes que comparten piso y le han indicado que hay presupuesto 6 millones de pesetas anuales para el programa.

La mayoría de propietarios estarían de acuerdo con introducir una cláusula en sus modelos de contratos de arrendamiento que someta todos los conflictos al programa universitario. Los grupos de estudiantes también lo aceptarían si el programa les parece justo.

Redacte la cláusula y diseñe el programa.

Ejercicio 6

La ciudad de X necesita un nuevo vertedero para residuos sólidos. El vertedero actual ha sido clausurado por el Departamento de Medio Ambiente ya que ha llegado a su límite de capacidad y amenaza con contaminar las aguas subterráneas así como un río muy próximo. La ciudad de X desearía poder situar el vertedero en un terreno situado fuera de su

delimitación. Una empresa fabricante de X apoya el sitio ya que está situada muy cerca de él.

Ciertos residentes en la ciudad de X, están llevando a cabo una campaña activa contra el vertedero propuesto por X. Han llegado a convencer a funcionarios de su ciudad que han intentado disuadir a X de situar en ese terreno el vertedero. Al no conseguirlo, éstos demandan a X, y consiguen paralizar las obras durante tres días, sin embargo, el juez anuncia que no va adoptar medidas más drásticas.

Además una ONG de defensa del medio ambiente, apoya a la ciudad vecina aunque cree que el antiguo vertedero debe ser clausurado y que la localización propuesta para el nuevo tendrá un impacto limitado. X ha llevado a cabo estudios que establecen que la localización propuesta es la mejor y está apremiada por el tiempo ya que el vertedero tendría que estar construido antes del invierno y las lluvias.

Las partes aceptan someter el problema a un Centro de resolución de conflictos. Si Vd fuese el director del centro ¿qué haría? ¿qué obstáculos anticipa?

Ejercicio 7

La Sociedad de Energía Nuclear (SEN), ha estado generando electricidad de su central nuclear durante unos quince años. Hace aproximadamente un año, se descubrió que SEN podría haber estado vertiendo agua conteniendo residuos nucleares en el suelo y que lo podría haber estado haciendo durante unos diez años. Todos los vecinos de la central demandaron a SEN por daños de más de 5 billones de pesetas.

SEN admite haber vertido agua contaminada, pero argumenta que las cantidades eran tan pequeñas que no podían haber causado daños a los demandantes. Estos argumentan que viven en un pánico constante sobre los efectos a largo plazo de dichos vertidos.

Los abogados de los demandantes creen que ante un jurado residente en la localidad, éstos tienen muchas posibilidades de ganar. Los abogados del demandado creen que no hay pruebas de que los vertidos hayan causado daños por lo que tienen posibilidades de ganar.

¿Qué proceso propondría a las partes?

ANEXO N.º 3
EL ROL DEL ABOGADO
ANTE LE PROCESO DE MEDIACIÓN¹⁰⁶

Una de las notas básicas del proceso de la mediación es la autonomía que las partes adquieren en el proceso, y producto de ésta, la nota de la autocomposición, ya que serán ellas mismas las que encontrarán la solución al conflicto que tienen planteado. Se podría pensar entonces que el papel del abogado en este sistema es secundario. Ello sin embargo no es cierto, ya que el abogado, en cumplimiento de su cometido —la defensa de los intereses de su cliente— es de vital importancia para el funcionamiento eficaz de este método.

El trabajo del letrado en la mediación se desarrolla en todas las fases de la misma, desde que el cliente le plantea el conflicto hasta su conclusión, pasando por el transcurso de la misma. Sin embargo, las peculiaridades propias de este método requieren del profesional un adecuado conocimiento de su funcionamiento para de este modo poder desplegar toda su efectividad.

Desde el planteamiento del conflicto el abogado debe ser capaz de informar a su cliente, en primer lugar, de que junto a la posibilidad de interponer una demanda existe la de participar en un proceso de mediación y en segundo lugar, del funcionamiento de la misma. El beneficio de esta posibilidad es para ambos. El cliente verá incrementado el abanico de posibilidades que se le plantean y para el abogado significará la posibilidad de actuar en aquéllos asuntos que no se pueden resolver, bien por sus características (por ejemplo, la ausencia de pruebas o necesidad de que el asunto sea resuelto con celeridad), bien porque el cliente considera que el coste del procedimiento es superior a los beneficios que de él se puedan obtener.

Es por ello que en los países donde la mediación se ha institucionalizado se introduce en los códigos que regulan la profesión la obligación de informar al cliente de la existencia de la mediación. De forma ejemplificativa podemos decir que los Estados de New Jersey, Texas, Missouri y Colorado

106. GARRIGA MOYANO, Abel, en el *Boletín de Mediación* n.º 3, FOMED, Barcelona, Nov. 1998.

han dispuesto la obligación de informar a sus clientes de los métodos alternativos de resolución de conflictos. Por otra parte, y en el ámbito europeo, concretamente en Gran Bretaña, es de destacar el reglamento interno (Practice Statement) de la Chancery Division (el tribunal encargado principalmente de las cuestiones de derecho civil y mercantil), aplicable a los abogados, en el cual se requiere a las partes para que consideren la posibilidad de acudir a una mediación antes de la interposición de una demanda.

En este sentido, Singer enumera los puntos que el abogado debe valorar para aconsejar a su cliente una mediación (obtención de un resultado creativo y no puramente económico, valor que las partes conceden a su relación futura, la necesidad de establecer unos principios que rijan la resolución de los conflictos futuros, etc.).

Si entonces se decide acudir a ella, la función del abogado será por supuesto, asesorar a su cliente sobre sus derechos y obligaciones, pero también ayudarle a plantear la negociación. Elegir la estrategia, ayudar al cliente a definir la mejor alternativa fuera del acuerdo, plantearle alternativas válidas, etc. son cuestiones que el abogado está en inmejorable situación de estudiar y proponer a su cliente.

La mediación, al tener como objetivo que las partes elaboren por ellas mismas la solución a su conflicto, deja el protagonismo del proceso al cliente. Ello no quiere decir que en este momento el letrado vea eclipsada su función. Por el contrario, su presencia durante el proceso es esencial para su adecuado desarrollo, ya que aconsejará a la parte, su cliente, sobre las cuestiones que se ventilen en el proceso, podrá valorar la viabilidad de las alternativas que se planteen y en definitiva aportará su profesionalidad para que la negociación pueda ser beneficiosa y que su cliente no acepte acuerdos que vulneren sus intereses o se planteen soluciones que podrían desembocar en la nulidad del acuerdo. Es por ello que en los países en los que la mediación se ha institucionalizado, se establece la obligación de que el abogado acuda junto con su cliente a la mediación. Es el caso de la Ley Argentina de Mediación y Conciliación que instituyendo la obligatoriedad de la mediación previa a la interposición de la demanda, dispone la asistencia letrada obligatoria.

Por otra parte, en las mediaciones privadas es aconsejable que si una de las partes acude a la mediación con su letrado, la otra también lo haga para que de esta manera se equilibre el poder entre ambas.

Si la mediación concluye con un acuerdo, la función del abogado retoma su papel tradicional el ser al encargado de traducir en términos jurídicos los acuerdos a los que hayan llegado las partes. Con ello se logrará que el acuerdo no contenga cláusulas que pueden resultar nulas y se reducirá la posibilidad de que se redacten cláusulas confusas que den lugar a interpretaciones divergentes. Si el acuerdo alcanzado debe elevarse a público o debe ser aprobado judicialmente (como es el caso de los convenios de separación y divorcio) la actividad del letrado será igualmente requerida.

La mediación aporta beneficios a todos aquellos que se ven envueltos en un conflicto, incluidos los abogados que los asisten y para poder maximizarlos el abogado se erige en pieza clave. Sin embargo exige de éste que conozca bien cómo funciona y cuales son sus principios para poder exponerle a su cliente de forma convincente su funcionamiento. Somos conscientes de que deberá superarse la inicial reticencia del cliente, especialmente de aquél que busca en su abogado un medio para atacar de forma civilizada a su contrario, así como la reticencia del abogado a ser visto como débil si propone una solución negociada en lugar de un ataque frontal.

Se trata en definitiva de que el letrado se erija no en mero técnico que asesore a su cliente sobre la interposición de una demanda, sino en un profesional que pueda tener una idea global del conflicto y colabore en la búsqueda de la solución al mismo. O dicho de otro modo, que el abogado se convierta en lo que en el área anglosajona se conoce como *problem solver*, es decir, en un promotor de soluciones.

ANEXO N.º 4 EJERCICIOS PARA EL MEDIADOR¹⁰⁷

Ejercicio 1

Vd. es el mediador en un centro de mediación comunitario. Verán, un jubilado de 67 años, fue dirigido al centro de mediación por la policía tras haber hecho una reclamación contra un vecino de 19 años, Morán, por haber pintado con espray la puerta de su casa. No han empezado las diligencias policiales. Antes de empezar la mediación, piense en la estrategia que va a seguir. ¿Qué explicaría a las partes sobre el proceso de mediación? ¿cómo los va a hacer sentir cómodos? ¿cómo los va a motivar para que sugieran un número de opciones de resolución de su problema?

Ejercicio 2

Vd. es un abogado y ha aceptado ser el mediador en un conflicto entre un propietario y un arrendador potencial. La mediación le ha llegado a través del abogado del propietario. El propietario pagará las primeras dos horas de mediación. El arrendador potencial, que aparentemente no tiene abogado, ha manifestado su intención de acudir a la mediación siempre que el propietario no acuda con su abogado. Al analizar la documentación que le ha sido facilitada por el abogado y el propietario, se encuentra con que el arrendador potencial se ha comprometido a arrendar el local para trabajar con la franquicia de la reconocida cadena de restaurantes “El diablo rojo”. El arrendamiento establece una renta mensual de 100.000 pesetas más 3 % de las ventas brutas durante el período de cinco años. Después de que el arrendatario haya hecho mejoras en el local por valor de 250.000 pesetas y que el arrendador haya trasladado cajas con maquinaria, surge el rumor de que la cadena ha iniciado procedimiento de suspensión de pagos. En consecuencia, el arrendador potencial llama al propietario para resolver el arrendamiento, a lo que éste responde demandando 8.000.000 pesetas. La sesión de media-

107. GOLBERG y otros, cit. págs. 190 a 195.

ción se fija a última hora de la tarde porque el arrendador potencial trabaja durante el día como enfermera. Su secretaria le informa de que el arrendador potencial estaba muy enfadado.

Antes de empezar la mediación, piensa la estrategia. ¿Espera que hayan desequilibrios entre el poder de negociación de las partes? ¿Si así fuese, debería cambiar su estrategia en alguna manera? Si las partes están tensas entre sí, ¿cómo hará para que intenten buscar soluciones?

Ejercicio 3

El Sr. López y el Sr. Baía, son vecinos con casas adosadas. Sus relaciones han sido generalmente buenas hasta hace dos meses cuando López para mejorar la vista sobre el mar desde su casa, podó un metro de seto situado en propiedad reclamada por Baía, Baía demandó a López que pagase 60.000 pesetas para reemplazar el seto a lo que López se negó. Amigos comunes sugirieron que intentasen resolver el conflicto a través de mediación en el Centro de Justicia del Vecindario a lo que ambas partes accedieron.

El mediador es un voluntario del Centro y la primera sesión se fija para mañana por la noche.

Ejercicio 4

Hace seis meses, Sant y Prat se asociaron en un negocio de catering casero llamado «Llama y come». Tras cierto éxito inicial, el negocio empezó a declinar y se originaron desacuerdos entre los socios. El mes pasado Sant inició un procedimiento de resolución de la sociedad. Tras la sugerencia de los tribunales, las partes aceptaron someterse a mediación.

Ejercicio 5

Hace tres meses, un coche propiedad de Pérez, resultó dañado al tropezar con un gran boquete en la calle principal de la ciudad. Cuando el ayuntamiento rechazó pagar los daños resultantes de la reparación del

coche, Pérez inició un procedimiento ante los tribunales. Tras la sugerencia de los tribunales, Pérez ha accedido a la mediación por un abogado de la ciudad.

Ejercicio 6

Hace un mes, José Luna, vendió un coche a Juan Marco, un buen amigo. Marco pronto se quejó del coche, que según él tenía un fallo en el carburador. Marco le pidió a Luna que aceptara la devolución del coche y le devolviera el precio pagado. Cuando Luna se negó Marco le demandó ante los tribunales por 150.000 pesetas. El tribunal sugirió que se sometieran a mediación, a lo que ambas parte accedieron.

Ejercicio 7

La Sociedad de Equipamiento Industrial, una sociedad de Denver, fabrica una línea completa de maquinaria destinada a producir ladrillos. Una máquina, la mezcladora, mezcla la arcilla con agua. Esta arcilla se forma luego con la forma de ladrillo y se acaba de producir en los hornos.

En 1989, Industrial vendió una mezcladora a la Sociedad de los Mejores Ladrillos (SML) por 20 millones de pesetas. Los problemas se originaron rápidamente en la mezcladora. Para que funcione correctamente hay que someterla a limpieza una vez por semana. La limpieza dura varias horas. Además una vez al mes, requiere reparación más compleja lo que hace inoperante durante dos días. Cuando la mezcladora no funciona el proceso de SML se congela.

Cuando Industrial vendió la máquina a SML le otorgó garantías de que funcionaría a una velocidad determinada y que el tiempo de inoperatividad de la máquina sería según los estándares industriales.

Cuando la mezcladora funciona bien, funciona a la velocidad mínima pero no más rápido. SML había esperado que la mezcladora funcionase un poco más rápido como el resto de mezcladoras del mercado. Las partes no están de acuerdo sobre el problema de la mezcladora. SML argumenta que la mezcladora es defectuosa. Industrial argumenta que SML no utiliza la máquina en la manera correcta ya que utiliza una arcilla con partículas de más difícil mezcla. El libro de instrucción de la máquina recomienda que no se utilice este tipo de arcilla pero SML dice que cuan-

do se lo preguntó al vendedor de Industrial, éste dijo que no era ningún problema. El vendedor ya no trabaja para Industrial.

SML no ha pagado la máquina todavía. Industrial demanda el pago y amenaza con iniciar procedimientos judiciales por incumplimiento de contrato. SML reclama que por culpa de la mezcladora ha perdido ventas de 200.000 ladrillos mensuales. Además ha perdido clientela ya que los días en que la máquina no funciona no ha podido cumplir con las órdenes de suministro. SML estima que si no se soluciona el problema podría perder ventas de 100.000 ladrillos semanales.

Industrial sugiere una mediación y SML accede. Vd. es el mediador.

ANEXO N.º 5
CÓDIGO DE CONDUCTA PROFESIONAL
PARA MEDIADORES¹⁰⁸

Preámbulo

La mediación constituye un enfoque a la resolución de conflictos en el cual una tercera parte imparcial interviene en una desavenencia con el consentimiento de las partes, para ayudarlas y asistirles a alcanzar un convenio mutuamente satisfactorio respecto a los problemas de desavenencia.

La mediación es una profesión con responsabilidades y deberes éticos. Quienes emprenden la práctica de la mediación deben dedicarse al principio de que todos los contendientes tienen el derecho de negociar e intentar el resultado de sus propios conflictos. Deben ser conscientes de que sus derechos y obligaciones se relacionan con las partes que contratan sus servicios, con el proceso de la mediación, con otros mediadores, con las agencias que administran la práctica de la mediación, y con el público en general.

Con frecuencia, los mediadores son profesionales (abogados, terapeutas, trabajadores sociales), que tienen obligaciones bajo otros códigos de ética. Este código no debe interpretarse como un código competitivo de conducta, pero constituye una serie de criterios adicionales para profesionales que desempeñan la mediación. *Al realizar la mediación*, los profesionales se sujetan a los criterios de este código.

Este código no está diseñado para reemplazar cualesquiera leyes o reglamentos gubernamentales que prescriben responsabilidades de los mediadores y otros en las profesiones de ayuda y facilitación. Se trata de un código personal que se relaciona con la conducta del mediador individual, y que tiene el propósito de establecer principios aplicables a todos los mediadores profesionales empleados por agencias privadas, ciudadanas, de los estados, o federales.

108. FOLBERG, Cit. págs. 335 a 340.

1. La Responsabilidad del Mediador con las Partes

La principal responsabilidad para la resolución de una desavenencia descansa en las propias partes. El mediador en todo momento debe reconocer que los convenios alcanzados en las negociaciones se realizan en forma voluntaria por las partes. Es responsabilidad del mediador asistir a los contendientes para que alcancen un convenio. En ningún momento, el mediador debe ejercer coacción sobre alguna de las partes para que llegue a algún acuerdo. Los mediadores no deben intentar tomar decisiones substantivas por las partes. No obstante, las partes pueden convenir en solicitar una recomendación del mediador para el acuerdo.

Es deseable que el convenio se alcance mediante negociaciones, sin la asistencia de un mediador. Es conveniente iniciar la intervención de un mediador a través de las propias partes. La decisión de someter un problema a mediación reside en las partes, excepto cuando la mediación es obligatoria por legislación, orden de un tribunal, o contrato.

Gastos de la Mediación. Los mediadores informarán a todas las partes respecto al coste de los servicios de mediación, antes de la intervención de un mediador. Las partes deben tener la capacidad de estimar el coste total del servicio en relación con aquél de otros procedimientos de resolución de desavenencias.

Es ideal, que cuando se trata de costes, el mediador intente que las partes convengan en sufragar los costes de la mediación de manera equitativa. Cuando esto no es posible, todas las partes deben llegar a un acuerdo en cuanto al pago.

2. Responsabilidad del Mediador hacia el Proceso de Mediación

La negociación constituye un procedimiento establecido en una sociedad, como medio para resolver desavenencias. El proceso de mediación comprende la intervención de una tercera parte en las negociaciones para ayudar en el desarrollo de soluciones alternativas que las partes van a aceptar voluntariamente como base del convenio. Las presiones que pongan en peligro la acción y el acuerdo voluntario de las partes, no deben formar parte de la mediación.

El Proceso de Mediación. La mediación constituye un proceso participativo. Un mediador está obligado a instruir a las partes y lograr que se integren al proceso de mediación. Un mediador debe considerar que dicha instrucción e integración son importantes, no sólo para la resolución de una desavenencia actual, sino también para que las partes estén mejor calificadas para manejar conflictos futuros de una manera más creativa y productiva.

Criterios para una Mediación Satisfactoria. La mediación no es una panacea para todos los tipos de conflictos. Los mediadores deben ser conscientes de todos los procedimientos para la resolución de desavenencias, y respecto a cuáles son las condiciones en las que cada uno es más efectivo. Los mediadores están obligados a instruir a los participantes en lo que se refiere a sus opciones de procedimiento, y ayudarles a que tomen decisiones prudentes en relación con los procedimientos más adecuados. Los procedimientos deben ajustarse claramente al tipo de resultado que las partes desean.

Papel del Mediador. El mediador o mediadora, no debe considerar que su papel se limite a mantener el ritmo o mediar el conflicto en la mesa de negociaciones. Su papel debe consistir en el de una persona activa de recursos sobre la cual pueden decidir las partes y, en los casos adecuados, debe estar preparado para aportar sugerencias tanto de procedimiento como sustantivas y alternativas que ayuden a las partes a lograr negociaciones exitosas.

Dado que el estatus, la experiencia y capacidad del mediador confieren gran peso a sus sugerencias y recomendaciones, éste debe evaluar cuidadosamente el efecto de sus intervenciones o propuestas, y aceptar la absoluta responsabilidad de su honestidad y mérito.

Dado que la mediación constituye un proceso voluntario, la aceptabilidad del mediador desde el punto de vista de las partes como persona de integridad, objetividad y justicia, resulta absolutamente esencial para el desempeño efectivo de los procedimientos de mediación. La forma en la que el mediador realiza sus deberes y responsabilidades profesionales, medirá su éxito como mediador.

La calidad del carácter, así como de los atributos intelectuales, emocionales, sociales y técnicos, se revelarán en la conducta del mediador, y en sus comunicaciones verbales o escritas con las partes, con otros mediadores y con el público.

Promoción y Publicidad. Un mediador no debe hacer declaración alguna que sea falsa, susceptible de interpretación errónea, o injusta, ni hacer exigencias en cuanto al proceso de mediación, los costes y los beneficios, y en cuanto a su papel, habilidades y calificaciones.

Neutralidad. Un mediador debe determinar y revelar todas las afiliaciones monetarias, psicológicas, emocionales, de asociación o autorización que tenga con cualquiera de las partes de una desavenencia, de tal manera que pueda ocasionar un conflicto de intereses, o afectar la neutralidad percibida o real del profesional en el desempeño de sus deberes. Si el mediador, o cualquiera de las partes principales sienten que los antecedentes del mediador van a tener un potencial de prestigio sobre su desempeño, el mediador debe descalificarse a sí mismo en cuanto a la realización del servicio de mediación.

Imparcialidad. El mediador está obligado, durante el desempeño de sus servicios profesionales a mantener una postura de imparcialidad hacia todas las partes involucradas. Imparcialidad significa libertad de prejuicio o favoritismo, ya sea de palabra o de acción. Imparcialidad implica un compromiso para ayudar a todas las partes, y no a una sola de ellas, a alcanzar un convenio mutuamente satisfactorio. Imparcialidad significa que el mediador no va a desempeñar un papel de adversario en el proceso de resolución de desavenencias.

Sigilo. La información que recibe un mediador en carácter confidencial, sesiones privadas, juntas individuales, o sesiones conjuntas con los contendientes es confidencial y no debe revelarse a las partes fuera de las negociaciones. La información que se recibe en una junta individual no debe revelarse en las sesiones conjuntas sin la autorización previa de la parte o persona que proporcionó dicha información.

Es necesario aplicar las siguientes excepciones a las reglas de sigilo, en el caso de maltrato a los niños por parte de uno o más de los contendientes, o en el caso en el cual el mediador descubre que va a cometerse un probable delito que puede dar como resultado un daño drástico, psicológico o físico, a otra persona, el mediador está obligado a informar sobre dichas acciones a los organismos pertinentes.

Uso de la información. Debido a que la información que se revela en la mediación es confidencial, y a que el éxito del proceso puede depender de este litigio, los mediadores deben informar y obtener el consentimiento

de los participantes en cuanto a que la información divulgada en el proceso de la mediación no va a utilizarse por alguna de las partes en cualesquiera trámites de adversarios futuros.

Asimismo, el mediador está obligado a eludir la revelación de información confidencial en un proceso adversarial. Debe rehusarse a testificar en forma voluntaria en cualesquiera trámites de tribunal subsecuentes, y evitar dentro de todas sus posibilidades, su comparecimiento, o la presentación de sus anotaciones. Es posible renunciar a esta estipulación, mediante el consentimiento de todas las partes implícitas.

Facultades. En el caso de que una de las partes requiera, ya sea información adicional o asistencia con el propósito de que las negociaciones avancen de una manera justa y ordenada, o para lograr un convenio que sea justo, equitativo, y que tenga la capacidad de perdurar, el mediador está obligado a referir a dicha parte recursos —ya sean datos o personas— que pueden facilitar el proceso.

Bienestar psicológico. Si un mediador descubre que una de las partes necesita ayuda psicológica, ya sea antes o durante la mediación, hará las referencias apropiadas. Los mediadores reconocen que la mediación no es un sustituto apropiado de la terapia, y deben conducir a las partes a los procedimientos adecuados. La mediación no se realizará con partes que hayan ingerido alcohol o drogas, tengan alteraciones psicológicas o físicas, que impidan seriamente su juicio.

La Ley. Los mediadores no son abogados. En ningún momento un mediador ofrecerá asesoría legal a partes en desavenencia. Los mediadores referirán a las partes a abogados que resulten adecuados para asesoría legal. Este mismo código de conducta se aplica a mediadores que han recibido personalmente capacitación en derecho. El papel de un mediador imparcial no debe confundirse con el de un abogado que representa a un cliente.

NOTA: Los asuntos deben tomar la excepción del párrafo anterior. Los abogados pueden actuar como mediadores, y proporcionar asesoría legal imparcial a las partes en conjunto. Ofrecemos la siguiente redacción como substitutivo. En ningún momento deberá un mediador no abogado ofrecer asesoría legal. Los mediadores insistirán a las partes que consulten en forma separada con abogados independientes para asesoría legal. El papel de un mediador no debe confundirse con el de un abogado que

representa a un cliente como tal. El abogado/mediador no debe representar a ninguna de las partes durante o después del proceso de mediación.

El convenio. La meta de la negociación y la mediación es un convenio que se considera justo y equitativo para todas las partes. La responsabilidad del mediador con las partes es ayudar a alcanzar este tipo de convenio. Siempre que sea posible, un mediador debe desarrollar una declaración escrita que documente los acuerdos alcanzados en la mediación.

La satisfacción de un mediador con el convenio es secundaria a la de las partes. En el caso de que se alcance un convenio que un mediador siente (1) que es ilegal (2) que es en general poco equitativo para una o más de las partes (3) que es el resultado de información falsa (4) que es el resultado de una negociación de mala fe (5) que es imposible de ejecutar, o (6) que no parece tener las características para mantenerse en forma duradera, el mediador deberá actuar conforme todas o las siguientes alternativas.

1. Informar a las partes las dificultades que el mediador observa en el convenio.
2. Informar a las partes las dificultades y hacer sugerencias que puedan remediar los problemas.
3. Retirarse como mediador sin revelar a alguna de las partes la razón particular para este retiro.
4. Retirarse como mediador, pero revelando por escrito las razones para dicha acción.
5. Retirarse como mediador y revelar públicamente la razón general para adoptar dicha acción (negociación de mala fe, acuerdo no razonable, ilegalidad, etc.).

Terminación de la mediación. En el caso de que las partes no puedan alcanzar un convenio incluso con la asistencia de un mediador, es responsabilidad del mediador, crearles conciencia del obstáculo, y sugerir que la negociación se dé por terminada. Un mediador está obligado a informar a las partes cuándo se ha presentado una diferencia insalvable en definitiva, y referirlas a otros medios de resolución de desavenencias. Un mediador no debe prolongar las discusiones improductivas que den como resultado un aumento en los costos de tiempo, emocionales y monetarios para las partes.

3. La responsabilidad del mediador hacia otros mediadores

Un mediador no debe emprender la mediación de una desavenencia que ya esté a cargo de otro mediador o mediadores, sin primero consultar a la persona o personas que están llevando a cabo dicha mediación. El mediador no debe interceder en una desavenencia cuando otro mediador también pueda estar participando. De manera recíproca, no debe suponerse que la falta de participación de mediación por parte de un mediador indica una necesidad de que otro mediador participe.

En aquellas situaciones en las cuales un mediador está participando en un caso particular, cada mediador tiene la responsabilidad de mantener a los demás informados de los acontecimientos esenciales para un esfuerzo cooperativo y debe extender toda la cortesía posible a su co-mediador o co-mediadora.

Durante la mediación, el mediador debe evitar cuidadosamente cualquier apariencia de desacuerdo o crítica, respecto a su co-mediador o co-mediadora. Las discusiones referentes a las posiciones o acciones que los mediadores deben adoptar en casos particulares no deben violar principios de sigilo.

4. La responsabilidad del mediador o mediadora hacia su agencia o profesión

Los mediadores frecuentemente trabajan para agencias que son responsables de proporcionar asistencia de mediación a las partes en desavenencia. El mediador debe reconocer que como empleado de dichas agencias, él o ella son sus representantes, y de que su trabajo no va a ser juzgado exclusivamente con bases individuales, sino como representante de una organización. Cualquier conducta inadecuada o deficiencia profesional por lo tanto, se refleja no sólo en el mediador como individuo, sino sobre el patrón, y por lo tanto pone en peligro la eficacia de la agencia, otras agencias, y la aceptabilidad del propio proceso de mediación.

El mediador no debe usar su posición para beneficios o ventajas personales, ni debe comprometerse en cualquier empleo, actividad o empresa que pueda entrar en conflicto con su trabajo como mediador.

Los mediadores no deben aceptar dinero o cosas de valor por el desempeño de sus servicios —que no sean su sueldo regular o mutuamente acordado como honorarios—, o adquirir obligaciones hacia cualquiera de las partes que puedan interferir con el desempeño imparcial de sus deberes.

Capacitación y Educación. Los mediadores aprenden su oficio a través de una variedad de fuentes, educación formal, programas de capacitación, talleres, experiencia, práctica y supervisión. Un mediador tiene la responsabilidad de perfeccionar constantemente sus habilidades y sus bases teóricas y debe tener el compromiso de superarse a sí mismo y a su profesión, buscando una forma adicional de educación en la negociación y el proceso de mediación cada año que permanezca en la práctica.

Un mediador debe promover la profesión y hacer contribuciones en el campo respectivo, alentando y participando en investigación, publicidad u otras formas de educación profesional y pública.

Conocimientos. Los mediadores deben desempeñar sus servicios solamente en aquellas áreas de la mediación en las cuales estén capacitados, ya sea por experiencia o por capacitación. Un mediador no debe intentar la mediación en un campo en el que no esté preparado, y en donde exista el riesgo de daño psicológico, financiero, legal o físico para alguna de las partes, debido a la falta de antecedentes del mediador.

Un mediador está obligado a buscar a un co-mediador capacitado en la disciplina necesaria, o a referir los casos a otros mediadores que estén capacitados en el campo requerido de conocimientos donde él o ella no poseen las habilidades requeridas.

Servicios Voluntarios. Un mediador está obligado a desempeñar algún servicio voluntario durante cada año de su práctica para ofrecer asistencia a aquellos que no pueden darse el lujo de pagar por la mediación y promover el campo. Se deja a la decisión individual del mediador la determinación de la cantidad y el tipo de servicio que va a prestarse para el beneficio de la profesión y la sociedad.

Un mediador debe cooperar con su propia agencia y otras agencias para establecer y mantener la calidad, las calificaciones y las normas de la profesión. Los mediadores deben participar en evaluaciones individuales y de agencia, y deben estar supervisados, ya sea una agencia, un colega mutuamente acordado o la organización profesional del Consejo

de Ética. Un mediador involucrado en cualquier incumplimiento de este código de conducta debe notificar a su agencia respecto a dicho incumplimiento. Los mediadores que se enteran de violaciones a este código de ética, asimismo deben informar dichos datos a su agencia o al Consejo de ética.

5. La responsabilidad del mediador hacia partes públicas y otras no representadas

La negociación es, en esencia, un proceso privado y voluntario. El principal propósito de la mediación es asistir a las partes a que logren un convenio. Dicha asistencia no anula los derechos de las partes a recurrir sanciones económicas, sociales, psicológicas y legales. No obstante, el proceso de mediación puede incluir una responsabilidad del mediador de afirmar los intereses del público u otras partes no representadas, con el objeto de que una desavenencia particular pueda resolverse; de que los costes o los daños puedan disminuirse; y de que sea posible reasumir la vida normal. Los mediadores deben poner en tela de juicio convenios que no sean para el interés de las partes públicas o no representadas, cuyos intereses y necesidades deben ser y no están siendo considerados en la mesa. Los mediadores pueden y deben plantear en lo que se refiere a si los intereses de otras partes, o las propias partes, deben estar en la mesa de negociaciones. Sin embargo, se entiende que el mediador no a va reglamentar parte alguna del convenio negociado.

La publicidad no debe utilizarse para que el mediador refuerze su posición. Cuando dos o más mediadores están interviniendo en la mediación de una desavenencia, la información pública debe manejarse mediante un procedimiento mutuamente acordado.

ANEXO N°. 6
PATRONES DE CONDUCTA PARA MEDIADORES
(AAA/ABA/SPIDR)¹⁰⁹

Nota introductoria

La iniciativa para elaborar estos patrones proviene de tres asociaciones profesionales: la American Arbitration Association (AAA), la American Bar Association (ABA) y la Society of Professionals in Dispute Resolution (SPIDR).

La finalidad de esta iniciativa fue desarrollar un conjunto de patrones que sirvan como marco general para práctica de la mediación. El esfuerzo constituye un paso en el desarrollo de este campo y una herramienta para asistir a los que se desempeñan en él; es un comienzo y no un fin. Los patrones han sido establecidos para ser aplicados en todos los tipos de mediación. Se tiene en cuenta, no obstante, que en ciertos casos su aplicación puede verse afectada por normas legales o contractuales.

Prefacio

Los Patrones de Conducta para Mediadores se proponen cumplir tres funciones principales: servir como una guía con respecto a la conducta de los mediadores; informar a las partes que intervienen en la mediación, y promover la confianza pública en la mediación como un proceso de resolución de disputas. Estos patrones se inspiran en los códigos de conducta para mediadores ya existentes, y toman en cuenta las cuestiones y problemas que han aparecido en la práctica de la mediación. Se ofrecen con la esperanza de que cumplirán una función educativa y proveerán asistencia a los individuos, a las organizaciones y a las instituciones involucradas en la mediación.

La mediación es un proceso en el cual una tercera parte imparcial (un mediador) facilita la resolución de una disputa al promover un acuerdo entre las partes (o autodeterminación). El mediador facilita la comunica-

109. CAIVANO, R. y otros, cit. págs. 461 a 465.

ción, promueve el entendimiento, ayuda a que las partes se concentren en sus intereses y busca soluciones creativas que permitan a las partes alcanzar su propio acuerdo.

I. Autodeterminación

El mediador debe reconocer que la mediación se basa sobre el principio de autodeterminación. La autodeterminación es el principio fundamental de la mediación. Requiere que el proceso descansa sobre la posibilidad de que las partes alcancen un acuerdo voluntario y sin coerción. Cualquiera de las partes puede retirarse de la mediación en cualquier momento.

Comentarios:

-El mediador puede aportar información sobre el proceso, destacar problemas y ayudar a las partes a explorar opciones. Su rol primario es facilitar una resolución voluntaria de la disputa. Las partes deben tener oportunidad de considerar todas las opciones propuestas.

-El mediador no puede asegurar personalmente que cada parte haya realizado una elección totalmente informada para llegar a un acuerdo en particular, pero es de buena práctica que el mediador advierta a las partes sobre la importancia de consultar a otros profesionales, cuando resulte apropiado, para que las ayuden a tomar decisiones informadas.

II. Imparcialidad

El mediador debe conducir la mediación de manera imparcial. El concepto de imparcialidad es central en el proceso de mediación. El mediador debe mediar sólo en aquellos asuntos en los que pueda permanecer imparcial. Si en cualquier tiempo el mediador no resulta capaz de conducir el proceso de manera imparcial, está obligado a renunciar:

Comentarios:

-El mediador debe evitar toda conducta que dé una apariencia de parcialidad en favor de alguna de las partes. La calidad del proceso de mediación se ve aumentada cuando las partes confían en la imparcialidad del mediador.

-Cuando los mediadores son nombrados por un tribunal u otra institución, la autoridad que las nombra debe hacer todos los esfuerzos razonables para asegurar que los mediadores actúan imparcialmente.

-El mediador debe evitar la parcialidad o el prejuicio fundados en las características personales de las partes, sus antecedentes o su conducta durante la mediación.

III. *Conflictos de intereses*

El mediador debe revelar todos los conflictos de intereses reales o potenciales que razonablemente conozca. Luego de haberlos revelado, debe rechazar el nombramiento salvo que las partes decidan contratarlo. La necesidad de evitar conflictos de intereses también rige para las circunstancias que sobrevengan durante la mediación o después de ella.

Un conflicto de intereses es cualquier negocio o relación que pueda causar la impresión de que existe un posible prejuicio. Las cuestiones sobre conflictos de intereses deben ser consideradas de acuerdo con el concepto de autodeterminación. El mediador es responsable de revelar todos los conflictos de intereses reales o potenciales que razonablemente puedan ser conocidos o que puedan razonablemente invocarse como un problema de parcialidad. Si todas las partes acuerdan llevar a cabo la mediación luego de haber sido informadas sobre el conflicto, el mediador puede realizar la mediación. Si, no obstante, el conflicto de intereses genera serias dudas sobre la integridad del proceso, el mediador debe declinar el nombramiento.

El mediador debe evitar la apariencia de que existe un conflicto de intereses tanto durante como después de la mediación. Sin el consentimiento de las partes, el mediador no debe establecer una relación profesional con una de las partes en un asunto relacionado con el objeto de la mediación, o en un asunto que no guarde relación con ella bajo circunstancias que puedan fundar cuestionamientos legítimos acerca de la integridad del proceso de mediación.

Comentarios:

-El mediador debe evitar conflictos de intereses al recomendar los servicios de otros profesionales. El mediador puede derivar a las partes a

servicios de asesoramiento profesional o a asociaciones que cuenten con profesionales calificados.

-Es posible que surjan conflictos entre el mediador y las instituciones que administran programas de mediación, y que se ejerza sobre el mediador una fuerte presión para que se llegue a un acuerdo en uno o algunos casos en particular. El compromiso del mediador debe ser con las partes y con el proceso. Las presiones que provienen de fuera del proceso de mediación nunca debe influir en el mediador para coercionar a las partes a acordar.

IV. Competencia

El mediador debe intervenir sólo cuando tenga la competencia profesional necesaria para satisfacer las expectativas razonables de las partes.

Cualquier persona puede ser nombrada mediador, siempre que las partes acepten su competencia profesional. El entrenamiento y la experiencia en mediación, no obstante, son a menudo necesarios para una mediación eficiente. La persona que manifieste estar disponible como mediador genera en las partes y en el público en general la expectativa de que tiene la competencia necesaria para mediar de manera efectiva.

Comentarios:

-Los mediadores deben poner a disposición de las partes la información relevante sobre su entrenamiento, estudios y experiencia.

-Las condiciones requeridas para poder aparecer en una lista de mediadores deben hacerse públicas y ponerse a disposición de los interesados.

-Cuando los mediadores son nombrados por los tribunales o alguna institución, éstos deben hacer todos los esfuerzos razonables para asegurar que cada mediador se encuentre capacitado para la mediación de que se trate en particular.

V. Confidencialidad

El mediador debe cumplir con las razonables expectativas de las partes respecto de la confidencialidad.

Estas expectativas dependen de las circunstancias de la mediación y de los acuerdos que se hayan celebrado al respecto. El mediador no debe revelar ninguna cuestión que las partes deseen mantener como confidencial, salvo que todas las partes lo autoricen a hacerlo, o en caso de estar obligado a ello por la ley o el orden público.

Comentarios:

-Las partes pueden dictar sus propias reglas sobre confidencialidad, o pactar la aplicación de las reglas pertinentes de un mediador en particular o de determinada organización.

-Si el mediador mantiene sesiones privadas con una de las partes, antes de hacerlo debe acordar las reglas sobre confidencialidad que se aplicarán en dichas sesiones privadas.

-Para proteger la integridad de la mediación, el mediador debe evitar la revelación de información sobre el modo en que las partes actuaron durante el proceso, los méritos de la causa o las ofertas de transacción que se hayan cursado las partes. El mediador puede informar, cuando así se le requiera, si las partes concurrieron a una mediación a que habían sido previamente citadas.

-Cuando las partes hayan acordado mantener como confidencial toda o parte de la información revelada durante la mediación, ese acuerdo debe ser respetado por el mediador.

-La confidencialidad no debe ser interpretada en el sentido de limitar o prohibir que personas responsables realicen un efectivo seguimiento, una investigación o evaluación de los programas de mediación. En circunstancias adecuadas, debe permitirse a los investigadores acceder a datos estadísticos y, si se cuenta con la autorización de las partes, acceder a los archivos de los casos particulares, observar mediaciones y entrevistas a los participantes.

VI. *Calidad del proceso*

El mediador debe conducir la mediación de manera justa, diligentemente y de acuerdo con el principio de autodeterminación de las partes.

El mediador debe trabajar para asegurar la calidad del proceso y para alentar el respeto mutuo entre las partes. Un buen proceso requiere que el

mediador se comprometa a actuar con diligencia y con sujeción a un proceso justo.

Debe brindarse a cada parte la oportunidad de participar de las discusiones. Las partes deciden cuándo y bajo que condiciones alcanzarán un acuerdo o decidirán finalizar la mediación.

Comentarios:

-El mediador debe aceptar su nombramiento sólo si está preparado para atender el proceso de manera eficiente.

-Los mediadores sólo deben aceptar casos cuando puedan satisfacer las razonables expectativas de las partes respecto del factor tiempo. El mediador no debe permitir que las partes o sus representantes prolonguen indebidamente la mediación.

-La presencia o la ausencia de personas en las sesiones de mediación depende del acuerdo que al respecto hayan celebrado las partes. Las partes y el mediador pueden acordar que ciertos terceros resulten excluidos de determinadas sesiones o del proceso entero de mediación.

-El objetivo principal del mediador es facilitar un acuerdo voluntario entre las partes. Esta función es sustancialmente distinta de la que se establece en otro tipo de relaciones entre un profesional y su cliente. Mezclar la función de mediador con el asesoramiento profesional es problemático, y los mediadores deben esforzarse por distinguir ambos roles. Para ello, el mediador debe abstenerse de brindar asesoramiento profesional. Cuando resulte apropiado, el mediador debe recomendar que las partes se provean de asesoramiento profesional externo, o consideren la posibilidad de resolver su disputa a través del arbitraje, la consultoría, la evaluación neutral u otro procedimiento. El mediador que se compromete, a requerimiento de las partes, a actuar en otro proceso de resolución de conflictos en el mismo asunto, asume una mayor responsabilidad y sus obligaciones pueden estar reguladas por los patrones de conducta de otras profesiones.

-El mediador debe renunciar a la mediación cuando resulte incapaz de brindar el servicio o cuando no pueda mantenerse imparcial.

-El mediador debe renunciar a la mediación, o postergar la sesión, cuando la mediación esté siendo utilizada para llevar a cabo una conducta

ilegal, o si una parte no está en condiciones de participar por haber ingerido alcohol, drogas o por cualquier otra incapacidad física o mental.

-Los mediadores no deben guiar su conducta por el deseo demostrar un alto índice estadístico de acuerdos.

VII. *Publicidad y ofrecimiento de servicios*

El mediador debe ser veraz en su publicidad y en el ofrecimiento de sus servicios.

La publicidad y otras formas de comunicación con el público que tenga por objeto ofrecer servicios profesionales o hacer conocer los estudios, entrenamiento y experiencia del mediador deben ser veraces. Los mediadores deben abstenerse de prometer o garantizar resultados.

Comentarios:

-Es imperativo que la comunicación con el público eduque e inspire confianza en el proceso.

-En la publicidad y en las otras formas de comunicación con el público, el mediador puede hacer referencia a que cumple con la calificación profesional requerida por el Estado, la Nación o una organización privada sólo si la entidad a que se refiera tiene un procedimiento para calificar mediadores y el mediador ha obtenido debidamente esa calificación.

VIII. *Honorarios*

El mediador debe revelar de manera completa y explicar las bases sobre las cuales se determinarán sus honorarios y los gastos que deberán afrontar las partes.

Las partes deben contar con suficiente información sobre honorarios antes de que comience la mediación, para que puedan decidir si contratan los servicios del mediador. Si el mediador percibe honorarios, éstos deben ser razonables, considerando, entre otros aspectos, el servicio de mediación, el tipo y complejidad del asunto, la experiencia del mediador, el tiempo que insuma el proceso y las tarifas que resultan habituales en determinada comunidad. La mejor manera de lograr un entendimiento sobre los honorarios es acordarlos por escrito.

Comentarios:

- El mediador que se retira de una mediación debe devolver a las partes los honorarios cobrados no devengados.
- El mediador no debe celebrar un acuerdo de honorarios que dependa del resultado de la mediación o del importe de la transacción.
- Los co-mediadores que compartan honorarios deben distribuirlos según pautas que resulten razonables.
- El mediador no debe aceptar un honorario por haber derivado un asunto a otro mediador o a cualquier otra persona.

IX. Obligaciones respecto del proceso de mediación

Los mediadores tienen la obligación de contribuir al mejoramiento de la práctica de la mediación.

Comentarios:

- Los mediadores son consideradas personas idóneas en el proceso de mediación. Están obligados a usar ese conocimiento para ayudar a educar al público sobre la mediación, a hacer accesible la mediación a aquellos que desearían utilizarla, a corregir abusos y a mejorar sus propias habilidades profesionales.

ANEXO N.º 7
TEMAS ÉTICOS DE DISCUSIÓN¹¹⁰

1. El tribunal le ha enviado un caso de litigio comercial, para llevar a cabo el proceso de mediación. Se da cuenta de que la firma que representa al acusado es donde trabaja su ex-esposa, pero no ve su nombre ni en las declaraciones ni en la correspondencia.

¿Debería comunicar esto a alguien? ¿A quién?

Si no lo comunicara a nadie y ella llegara al despacho, para representar al acusado ¿qué haría?

2. Abandona el despacho de abogados en el que trabaja para comenzar su práctica dedicada enteramente a la mediación. ¿debería tener prohibida la actuación como mediador en los casos en que sus antiguos colegas representen a una de las partes en conflicto?

3. Es contable de Samuel Murot que está involucrado en el complicado cierre de su empresa, con múltiples preocupaciones fiscales y legales, rondándole la cabeza. Además de los cinco socios de este negocio de 900 millones de ptas., dos son parientes suyos (un hermano y una tía), lo que ha complicado aún más la situación. El abogado de Samuel no ha mencionado la mediación, pero Vd. conoce la mediación por haber asistido a un proceso relativo a problemas inmobiliarios. ¿Qué hace?

4. Es doctor en psicología clínica, especializado en desarrollo infantil, y tiene una consulta privada. Durante los últimos cuatro meses ha tenido como paciente a Rafael, de 10 años, que demuestra problemas de comportamiento. Los padres han solicitado el divorcio, y cada uno de ellos le ha llamado. Parece ser que los dos han contratado abogados de estilo agresivo, ya que le han llamado para fijar la fecha de su declaración.

A) ¿Cómo responde a la solicitud de declaración?

B) ¿Debería presentar la mediación como una alternativa al divorcio?

110. KOVACH, Kimberlee, *Mediation principles and practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn, 1994, págs. 159 y 160.

¿Debería iniciar conversaciones con los abogados? ¿con los padres de Rafael? ¿con el tribunal?

5. Si la información «descubrible» o la información que puede llevar al descubrimiento, está exenta de la protección de la confidencialidad. ¿qué es confidencial?

6. Durante la mediación para resolver una disputa entre inquilino y propietario, el propietario informa al mediador, en privado, de que ha avisado al sheriff del condado para que arreste al inquilino por unas multas de tráfico sin pagar. El sheriff llegará en una media hora.

¿Qué hace como mediador? ¿supone una diferencia si la mediación se lleva a cabo en el tribunal o en su oficina privada?

ANEXO 8

EJERCICIOS DE ÉTICA PARA EL MEDIADOR

1. Durante el curso de una sesión de mediación, Ud. solicita se disponga una reunión privada con una de las partes porque la nota un poco agitada y a pesar de las preguntas que Ud. le hizo no logra saber que está pasando. En la reunión privada, él le dice a usted, que está tan enojado por la agresión verbal del vecino hacia su esposa, que piensa contratar a unos hombres para que le den una paliza. Ud. piensa que habla en serio ¿Qué haría?

2. Llegan las dos partes a la mediación. Una de ellas es el dueño de un hotel de mediana importancia y la otra es una ama de casa con un nivel educativo ostensiblemente bajo, muy tímida y que habla como pidiendo disculpas.

El problema lo ha traído la Sra. porque con las modificaciones introducidas recientemente en el hotel, han cambiado la ubicación de los baños de todas las habitaciones y los han puesto contra la medianera de la casa de la Sra. provocando filtraciones de humedad y daños en los muebles. El Sr. del hotel, que además es arquitecto, habla en un lenguaje muy técnico que la Sra. no llega a comprender, y Ud. ve que están negociando un acuerdo que es notoriamente desventajoso para la Sra. Ud. le aconsejó que buscara asesoramiento legal pero ella no lo ha hecho. ¿Qué debería hacer?

3. Vienen las tres partes a la mediación. Son dos vecinos que se quejan de una tercera persona porque hace ruidos y grita durante la noche, y además le reclaman el pago de la medianera. Ud. presiente que la Sra. de la cual se quejan tiene problemas de comprensión, y las otras dos partes finalmente le comentan que la Sra. se encuentra insana. ¿Qué correspondería hacer?

4. En el curso de una mediación Ud., en una sesión privada con la parte A, ésta le dice que el verdadero problema no son los perros como había manifestado al solicitar la mediación, sino los alaridos de la esposa y los hijos de la Parte B cuando él, en estado de ebriedad, les pega, situación que sucede casi a diario. También le piden que mantenga ésta información en reserva porque ellos temen por su propia seguridad y han decidido firmemente no acudir a la policía.

5. Una de las partes, luego de una mediación muy difícil en la que llegaron a un acuerdo, le hace llegar al equipo de mediación 15 días después, una invitación para el cumpleaños de su hija. ¿Es correcto que asistan?

6. Vienen a la mediación las partes. B es de nacionalidad boliviana. Dice que su vecino lo ha estado hostigando con agresiones verbales que trasuntan un claro contenido racista, con el pretexto de que lo que le molesta es un limonero que él tiene plantado en el fondo de su casa a cinco metros de la medianera de A. Dice también que el árbol tiene sus ramas y sus raíces dentro de su propio patio y que no le produce ninguna molestia, ni siquiera le afectan las condiciones de luminosidad del vecino. A insiste en que le molesta el limonero, porque cuando hay viento las hojas vuelan hacia su patio. Ud. observa que en realidad el problema es racial, ¿Cómo afrontaría la mediación? ¿Qué actitudes asumiría?

ANEXO N.º 9
CASOS PRÁCTICOS¹¹¹

Colossal Computers

Representa a Colossal Computers en un caso ante el Tribunal Supremo. Colossal ha sido demandada por Jaime Tomás, individualmente y en nombre de su hija de 5 años por la muerte de Margarita Tomás, esposa y madre. La muerte ocurrió cuando un camión de Colossal colisionó con su automóvil.

Colossal ha mantenido desde el principio que Margarita Tomás fue 100% negligente por no ceder la preferencia al camión.

Después de ser presentada la demanda, el juez Gartón ordenó iniciar el proceso de mediación. Después de 4 horas de mediación, un experto mediador declaró un bloqueo total por una diferencia de 3 millones de pesetas. Posteriormente, el caso llegó a los tribunales. A las dos semanas de iniciado el proceso, y durante los argumentos del demandante, el Juez declaró nulo el juicio, cuando uno de sus expertos mencionó el seguro. El Juez ordenó una segunda tanda de mediación. Durante la vista en que Colossal rechazaba la 2ª mediación, el juez declaró: Decidiré la fecha del 2º juicio, la selección del jurado, etc basándome en quien haya demostrado más disponibilidad a llegar a un acuerdo en la 2ª mediación.

Después de 9 horas, se llegó a una nueva situación de bloqueo. El mediador declaró: Aparecieron ambas partes y no se llegó a ningún acuerdo.

El juez, después de una llamada del Abogado de J. Tomás, alegando la mala fe de Colossal durante la mediación, fijó una sesión para determinar quien había actuado de buena fe durante la 2ª mediación. El juez también cita al mediador. El abogado del demandante contactó con la prensa local, para describir la situación en la 2ª mediación. El periódico publicó un artículo con el siguiente titular: Colossal no negocia en la 2ª mediación.

111. Kovach, cit, págs. 160, 200, 258 y 259.

Ni los estatutos del Estado ni las normas de sus tribunales se refieren directamente al asunto de la confidencialidad.

Deben realizarse las siguientes tareas:

- Preparar una moción para el tribunal, acompañada de un informe, indicando por qué el mediador no debería testificar.

- Preparar una moción solicitando sanciones, acompañada de un informe, respecto a la llamada del abogado del demandante al juez y a su entrevista con la prensa.

- Preparar una moción para prohibir a la prensa el acceso a la vista y a escribir sobre la mediación. Incluya un informe para apoyar la moción.

Parker

Es un abogado/mediador, con despacho propio. Ha contactado con el abogado del demandante en el caso Parker contra Polo Parkings y Seguridad, y ha aceptado la mediación. El caso es una demanda de la srta. Parker contra PPS por daños y perjuicios a causa de un asalto sexual. Los abogados del demandante, K. Blair y G. Weah, de la firma Curro y Blair Asociados, estaban presentes en la mediación junto con su cliente.

Durante las discusiones iniciales, Blair solicitó que la mediación no se realizara ni en los despachos de los abogados ni en el Tribunal. Opinaba que un ambiente más relajado sería más positivo. También se solicitó que fuera en sábado. Como mediador flexible que es, aceptó y se realizó la mediación, hace un mes, en un Centro de Conferencias.

Básicamente, el caso se trata de una demanda de 12 millones de pesetas contra un garage y la compañía que lo gestiona. Ambas compañías, así como sus abogados, estaban en la mediación. Se llegó a un acuerdo por 3.8 millones.

Durante la mediación, ambas partes, por razones diferentes pusieron énfasis en la confidencialidad. Los demandados querían evitar toda publicidad, y los demandantes, estaban tan preocupados por la confidencialidad que accedieron a retirar la demanda en cuanto se hubieron cumplido todos los términos del acuerdo. Le pareció un poco extraño, ya que nunca había visto un demandante tan dispuesto a mantener en secreto la cantidad otorgada. Sospecha que hay información que no le ha sido faci-

litada, pero no consigue obtener ningún dato aclaratorio. Se llega a un acuerdo de confidencialidad por las dos partes, los abogados y el mediador, y se finaliza la mediación.

En el momento de abandonar la reunión, los abogados le piden que destruya sus notas de la reunión, y la información referente al intercambio de dinero y documentos entre las partes, que tendría lugar en las dos semanas siguientes. La semana siguiente, aún oliendo algo extraño, destruye las notas y cierra el caso.

Hace una semana se encuentra con Paco Curro, uno de los socios de Curro y Blair Asociados. Sabía que los abogados del demandante obtenían el 40% en el caso en que había mediado. Al no suponer que un comentario inocente se hallaba dentro del concepto de confidencialidad, le dice: ¿qué? ¿cómo se va a gastar todo ese dinero?. Curro, muy sorprendido dice: ¿de qué habla?. En ese momento se da cuenta de que no estaba al corriente de la mediación ni del acuerdo al que se había llegado. Se inventa una excusa y siguen por su camino.

La semana siguiente recibe una llamada de Curro, solicitando su presencia voluntaria en una declaración. Durante la conversación se entera de que Blair y Weah estaban abandonando la firma, en la época en que la mediación se llevó a cabo. Con toda la intención, mantuvieron en secreto el proceso de mediación. Su intención era anunciar al acuerdo después de haber disuelto la firma.

Curro le ha pedido que informe de todo lo que ocurrió durante la mediación, así como de la cantidad acordada. Pide tiempo para meditarlo.

¿Qué hace como mediador?

La quiebra de «De Gorra»

Salvador Salino posee el 55% de las acciones de «De Gorra», un fabricante de sombreros de Valencia. Es también el presidente de la compañía.

En los últimos diez años se han conseguido unos beneficios substanciosos. Hace 18 meses, Salvador convenció al Consejo de Administración de empezar un plan de expansión nacional.

Aproximadamente al mismo tiempo, un descubrimiento revolucionario contra la caída del cabello, sumió las ventas de «De Gorra» en el desastre.

A causa de las presiones de los acreedores, Salvador declaró la quiebra de la empresa hace 4 meses.

El principal acreedor es Memorial Hipotecas, que tiene el primer derecho sobre toda la maquinaria. Memorial también reclama garantías personales de tres personas: Salino, JR Llorente, vicepresidente y accionista, y la Sra. Marga Salino, cuyo tatarabuelo fundó la Caja Rural, el siglo pasado.

Los restantes accionistas de «De Gorra» son un grupo de 12 amigos que, liderados por Llorente, han iniciado un proceso contra Salino por malversación de fondos de la compañía en gastos de viaje. Por otra parte, un proveedor de fieltro Onyx, pretende el cierre de «De Gorra» para recuperar un pedido de fieltro.

Marga Salino ha pedido el divorcio, y reclama la mitad de las acciones, propiedad de su marido. Hace aproximadamente 20 años, «De Gorra» inició su andadura con un propietario individual, gracias a un regalo de boda del padre de Marga. Posteriormente se transformó en una sociedad anónima, y se distribuyó el accionariado. La parte de Marga se estima actualmente en 230 millones de ptas.

El tribunal ha recomendado la mediación. Presentes en la mediación están Salino, Marga, Llorente, Raúl Pozo de Memorial, y Tamil Antanarivo, representante de Onyx. Cada uno de ellos es acompañado por un abogado.

Flores son amores

Una sociedad llamada Propiedades Caramelito (PC), posee especialidades comerciales de primera calidad, y otras no tan buenas. El presidente y accionista mayoritario de PC es Paco “Caramelito” Gutierrez.

El acusado es Pedro Aguilá, un programador de ordenadores que decidió jubilarse anticipadamente y cambiar de trabajo. Aguilá decidió abrir una auto-floristería, que permitía comprar flores sin bajarse del coche. Aguilá y PC negociaron un acuerdo de alquiler. Durante las negociaciones, Aguilá también negoció ciertas condiciones con un agente de la inmobiliaria, Susana Tormenta. Dichas condiciones incluían específicos requisitos de fontanería y calefacción, que inadvertidamente, no fueron puestas por escrito.

Aguilá llegó a un acuerdo de franquicia, con la compañía *Flores son Amores*, después de conocer su sistema en un programa de televisión. Después de firmar el contrato de alquiler, Aguilá dejó su trabajo y se trasladó a El Ejido, Almería, para un seminario de tres meses en la sede de *Flores son Amores*.

A los dos meses del seminario, y seis semanas antes de abrir la floristería, *Flores son Amores* declara la quiebra. Aguilá percibe el desarrollo de los acontecimientos como una señal divina, y decide olvidar el proyecto. Inmediatamente informa a PC de que la tienda no se abrirá, y renuncia al local.

Actualmente trabaja como programador free-lance.

«Caramelito» y Tormenta (que obtiene una comisión por cada alquiler) están enfadados. Además, se gastaron fondos adicionales (varios cientos de miles de pesetas) para acondicionar el local de acuerdo a las especificaciones de Aguilá: espacio de circulación de coches, sistemas de control de temperatura y riego automático, etc.

PC lleva a juicio a Aguilá por el total de la cantidad reflejada en el contrato de alquiler, Aguilá rebate que PC fue el primero en romper el acuerdo por no tener el local listo de acuerdo con el contrato de alquiler. El tribunal ha decidido enviar el caso a un mediador.

ANEXO N.º 10
LEY 9/1998, DE 15 DE JULIO, DEL CÓDIGO
DE FAMILIA,¹¹² PARLAMENTO DE LA GENERALIDAD
DE CATALUÑA

Título III, artículos 78 y 79

Artículo 78. *Aprobación judicial*

1. El convenio regulador citado en el artículo 77 debe ser aprobado judicialmente, salvo en aquello que sea perjudicial para los hijos. En tal caso, la autoridad judicial ha de indicar los puntos que deben ser objeto de modificación y fijar su plazo.

2. Si los cónyuges no llevan a cabo la modificación solicitada o si ésta tampoco puede ser aprobada por los mismos motivos a que hace referencia el apartado 1, el Juez o Jueza resuelve.

Artículo 79. *Falta de convenio regulador*

1. En los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial solicitada por uno solo de los cónyuges sin consentimiento del otro, la autoridad judicial resuelve directamente sobre los aspectos indicados en el artículo 76.

2. Si, dadas las circunstancias del caso, la autoridad judicial considera que los aspectos indicados en el artículo 76 aún pueden ser resueltos mediante acuerdo, puede remitir a las partes a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver las diferencias y que presenten una propuesta de convenio regulador, a la que, en su caso, se aplica lo dispuesto en el artículo 78.

112. BOE nº 198 de 19 agosto 1988, págs. 28310 a 28344.

ANEXO 11

LEY 1/2001 DE MEDIACIÓN FAMILIAR EN CATALUÑA

LEY Preámbulo

La presente Ley da respuesta al artículo 79.2 y a la disposición final tercera de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, y regula la mediación familiar de acuerdo con las bases establecidas por la mencionada disposición final y de acuerdo con los principios generales que informan la institución de la mediación.

La mediación, en general, como institución compleja, en la medida en que comporta la presencia y la intervención de una tercera persona, es de aplicación a diferentes ámbitos y consiste en un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, sea a iniciativa propia de las partes, sea a indicación de una autoridad judicial, que tiene como objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio.

La mediación familiar, y concretamente la modalidad encaminada a la solución extrajudicial de los conflictos matrimoniales, apareció en los Estados Unidos de América. En la segunda mitad de los años setenta buena parte de los estados de la Unión ya disponían de servicios de mediación vinculados a los tribunales.

Hay que buscar la causa determinante de la extensión rápida de la mediación familiar en aquel país en el aumento espectacular del número de divorcios, con el incremento consiguiente de la litigiosidad matrimonial y de los costes procesales.

Estas mismas circunstancias, que se producen cada vez más en muchos otros países desarrollados, han provocado la implantación generalizada de la mediación familiar, sujeta, naturalmente, a diferentes características y matizaciones, pero en todas partes con la misma finalidad: la solución extrajudicial de la conflictividad matrimonial.

A parte de la mediación como medio de solución de los conflictos matrimoniales, la presente Ley da una respuesta coherente a la institucionalización reciente que han alcanzado las uniones estables en el seno del derecho civil catalán, a partir de la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja. Ésta ha comportado el reconocimiento de derechos y obligaciones entre los convivientes, los cuáles pueden exigirlos ante los tribunales.

La mediación regulada por la presente Ley puede llegar a ser, por lo tanto, un instrumento válido para reducir también parte de la nueva conflictividad judicial que se pueda derivar de la aplicación de la Ley de uniones estables de pareja, y también para trasladar a este ámbito los efectos beneficiosos que se derivan de la autocomposición de conflictos que la mediación comporta.

Cabe decir que, si inicialmente la mediación se dirigía principalmente a la reconciliación de la pareja, actualmente se orienta más hacia el logro de los acuerdos necesarios para la regulación de la ruptura, como son los relativos al ejercicio de la potestad, la custodia de los hijos, el régimen de visitas, los alimentos y, si procede, la atribución de la vivienda familiar, la pensión compensatoria o los otros aspectos que, de acuerdo con la legislación aplicable y las circunstancias del caso, corresponda regular.

En Europa, la mediación familiar ha sido una solución eficaz de los conflictos familiares, tanto desde el punto de vista de la prevención como de la resolución de éstos, aplicada por los países de la Unión Europea más avanzados en políticas sociales.

Muy recientemente, el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que ya había impulsado, años atrás, en el ámbito de la familia, soluciones alternativas a la vía judicial, en la Recomendación núm. R (98) I, de 21 de enero de 1998, sobre la mediación familiar, insta a los gobiernos de los estados miembros a instituir la o, en su caso, a vigorizar la que ya tienen.

Dicha recomendación contiene una extensa exposición de motivos en la cual se formulan una serie de principios sobre la mediación que han sido debidamente recogidos en la presente Ley. Hay que destacar la atención especial que ha de tener la persona mediadora en la cuestión de saber si se ha producido violencia entre las partes o si es posible que se produzca en el futuro.

La Ley del divorcio de 1981 constituye el primer referente legal en España que faculta a las partes para pactar los efectos de su ruptura y establecer el convenio regulador de la separación o divorcio, sin derivar la solución hacia la vía arbitral o judicial. Además, en el procedimiento que se tramita de común acuerdo, se prevé la posibilidad de que intervenga un solo abogado o abogada, cuya intervención, en interés de ambas partes, le reviste de un cierto carácter de compenedor.

En Cataluña y el País Vasco, la situación es diferente. En esta última comunidad funciona, desde hace unos años, un servicio de mediación familiar subvencionado por el Gobierno autónomo con la participación de los servicios sociales locales.

En Cataluña, los equipos psicosociales, integrados por psicólogos y trabajadores sociales, adscritos a los juzgados de familia con la función de asesorar a la autoridad judicial, especialmente en la toma de decisiones relativas a los hijos menores de edad, han ampliado esta función con el asesoramiento a las partes en litigio, que siguen teniendo, de conformidad con el Código de familia vigente, la facultad de regular, de común acuerdo, los efectos de la separación, el divorcio o la nulidad de su matrimonio.

De esta forma, ha surgido de la práctica y la experiencia acumulada durante unos años de asesoramiento en la doble vertiente a la autoridad judicial y a las personas litigantes, un modelo de mediación familiar que se aplica en Cataluña con un resultado positivo.

La presente Ley recoge y canaliza todas estas experiencias con la finalidad de institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación familiar, que encaja perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico porque la mediación familiar devuelve a las partes el poder de decisión para resolver la crisis del matrimonio o de la unión estable de pareja, o las desavenencias del padre y la madre en relación con los hijos comunes menores de edad o discapacitados y los otros conflictos familiares que prevé la Ley en materia de alimentos y de tutela, en concordancia con el principio de autonomía de la voluntad, uno de los principios generales que informan el derecho civil de Cataluña, y favorece las soluciones pactadas, en la línea del pactismo, que constituye otra nota característica de la mentalidad y de la concepción jurídica del pueblo catalán.

Con estos objetivos, la Ley regula los aspectos jurídicos fundamentales de la mediación familiar y crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, que asume la responsabilidad de fomentar y organizar el servicio público de esta actividad, sin el propósito de abarcar la mediación que se pueda producir al margen de su intervención, con pleno respeto a la voluntad de los ciudadanos y a las iniciativas privadas que ya han nacido en forma asociativa y han alcanzado una experiencia teórica y práctica en el ámbito de la mediación. Regula también la intervención de los colegios profesionales afectados, y les da unas tareas importantes en los ámbitos de la formación y la capacitación de la persona mediadora mediante la posibilidad de creación de servicios de mediación familiares dependientes de los mismos colegios profesionales, así como deontológicas y sancionadoras.

La presente Ley se estructura en cinco capítulos.

El capítulo I establece las disposiciones generales que deben regir la actuación del Centro de Mediación Familiar de Cataluña y de los servicios de mediación familiar dependientes de los colegios profesionales o de estos mismos colegios profesionales: las funciones que deben cumplir; los ámbitos de aplicación de la mediación; las personas legitimadas; la titulación y la formación de las personas mediadoras, respecto a las cuáles la presente Ley opta por el modelo simple o unipersonal; la naturaleza de los acuerdos, priorizando el interés superior de los hijos, y los requisitos de acceso a la gratuidad del servicio.

El capítulo II está dedicado a la regulación de las características de la mediación familiar: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y el asesoramiento técnico de que deben disponer las personas mediadoras. Las dos primeras características garantizan, respectivamente, la libertad y la intimidad de las partes, y las otras dos garantizan la calidad del servicio. Finalmente, el carácter personalísimo de la institución mantiene la coherencia con el aludido retorno a las partes del poder de alcanzar por ellas mismas la solución del conflicto.

El capítulo III regula el desarrollo de la mediación y establece una tramitación muy simple, que permite limitar su duración y evitar que se pueda utilizar como un mecanismo dilatorio de la separación y el divorcio.

El capítulo IV crea los registros de personas mediadoras, que son las únicas que pueden ejercer la función de mediación regulada por la presente Ley.

El capítulo V establece el régimen sancionador.

La Ley concluye con dos disposiciones finales: una, por lo que respecta a la habilitación para el despliegue reglamentario que corresponda, y la otra, sobre su entrada en vigor.

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

Artículo 1. Objeto

1. La presente Ley tiene por objeto regular la mediación familiar como medida de apoyo a la familia y como método de resolución de conflictos en los supuestos que recoge la presente Ley, para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance.

2. Los colegios profesionales que incorporan a las personas que llevan a cabo mediaciones en el ámbito de la presente Ley pueden organizar sus servicios de mediación familiar.

Artículo 2. Organización

1. Se crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, entidad sin personalidad jurídica propia, adscrita al Departamento de Justicia, que tiene por objeto promover y administrar la mediación regulada por la presente Ley y facilitar que se pueda acceder a la misma.

2. El Centro de Mediación Familiar de Cataluña es el encargado de designar a la persona mediadora en las mediaciones que se solicitan a instancias de la autoridad judicial o de las personas interesadas.

3. Las personas interesadas también se pueden dirigir a los servicios de mediación familiar de los colegios profesionales que incorporan a los profesionales que llevan a cabo mediaciones en el ámbito de la presente Ley.

4. Los colegios profesionales realizan funciones de formación, capacitación de las personas mediadoras, así como una función deontológica y disciplinaria respecto a los colegiados que ejercen la mediación.

5. Los colegios profesionales deben colaborar en el fomento de la mediación regulada por la presente Ley.

Artículo 3. Funciones del Centro de Mediación Familiar de Cataluña

Para cumplir su objeto, el Centro de Mediación Familiar de Cataluña ejerce las siguientes funciones:

- a) Fomentar y difundir la mediación en el ámbito familiar establecida por la presente Ley.
- b) Estudiar las técnicas de mediación familiar.
- c) Gestionar el Registro general de personas mediadoras.
- d) Homologar, a efectos de la inscripción de las personas mediadoras en los correspondientes registros, los estudios, los cursos y la formación específica en materia de mediación.
- e) Designar, si procede, a propuesta de los servicios de mediación familiar de los diversos colegios profesionales, a la persona mediadora cuando no lo hacen las partes.
- f) Hacer el seguimiento de las mediaciones y arbitrar la solución de las cuestiones organizativas que se suscitan en relación con el proceso de mediación y no forman parte del objeto sometido a mediación.
- g) Elaborar propuestas y emitir los informes sobre el proceso de mediación que, en relación con sus funciones, le sean pedidos por la persona titular del Departamento.
- h) Elaborar una memoria anual de las actividades llevadas a cabo por el Centro.
- i) Remitir al colegio profesional correspondiente las quejas o las denuncias que se presenten como consecuencia de las actuaciones de las personas mediadoras inscritas en sus registros y hacer su seguimiento.

Artículo 4. Funciones de los colegios profesionales

Son funciones de los colegios profesionales que integran a los profesionales que llevan a cabo mediaciones en el ámbito de la presente Ley:

1. Llevar el Registro de personas mediadoras que estén colegiadas, declarar su capacitación y comunicar las altas y bajas al Centro de Mediación Familiar de Cataluña.

2. Proponer al Centro de Mediación Familiar de Cataluña la persona mediadora cuando las partes se dirijan al colegio profesional.
3. Comunicar al Centro de Mediación Familiar de Cataluña las medidas adoptadas como consecuencia de los expedientes disciplinarios que hayan sido incoados a personas mediadoras.
4. Hacer el seguimiento de las mediaciones llevadas a cabo por los colegiados.
5. Programar y llevar a cabo la formación específica en el ámbito de la mediación.
6. Colaborar con el Centro de Mediación Familiar de Cataluña en el fomento y la difusión de la mediación.
7. Estudiar las técnicas de mediación familiar.
8. Elaborar propuestas y emitir los informes sobre el proceso de mediación que, en relación con sus funciones, le sean solicitados por el Centro de Mediación Familiar de Cataluña.
9. Remitir al Centro de Mediación Familiar de Cataluña una memoria anual de las actividades del colegio profesional en el ámbito de la mediación.

Artículo 5. Personas legitimadas y ámbito de la mediación

1. Están legitimadas para instar la mediación familiar que regula la presente Ley las personas unidas por vínculo matrimonial o que forman una unión estable de pareja y las que, sin formar una unión estable de pareja, tienen hijos comunes, para la solución de conflictos en las situaciones que se indican:

Primero. Personas unidas por el vínculo matrimonial:

- a) En las crisis de convivencia surgidas antes de la iniciación de cualquier proceso judicial, para llegar a los acuerdos necesarios y para canalizar y simplificar el conflicto por la vía judicial del común acuerdo, cuando las partes ya han decidido romper la convivencia.
- b) En la elaboración de los acuerdos necesarios para el logro del convenio regulador de la separación o el divorcio contenciosos.
- c) En el establecimiento de las medidas en ejecución de las sentencias de nulidad de matrimonio civil.

d) En el cumplimiento de las sentencias recaídas en los procedimientos de separación y divorcio de matrimonio.

e) En la modificación de las medidas establecidas por resolución judicial firme, por razón de circunstancias sobrevenidas.

Segundo. Personas que forman una unión estable de pareja, regulada por la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja:

a) En las crisis de convivencia surgidas antes de la iniciación de cualquier proceso judicial, para canalizar de mutuo acuerdo los efectos de la ruptura de la unión y, en su caso, simplificar el conflicto.

b) En las cuestiones que hacen referencia a los hijos comunes menores de edad o discapacitados, tanto en el curso de la convivencia, con motivo de la ruptura o después de ésta.

c) En el establecimiento de las medidas en ejecución de las sentencias relativas al pago de compensaciones económicas o de pensiones periódicas.

d) En la modificación de las medidas aprobadas por resolución judicial firme, por razón de circunstancias sobrevenidas.

Tercero. Personas no incluidas en los apartados primero y segundo, en las cuestiones que surgen en el ejercicio de la potestad respecto a los hijos comunes.

2. También puede solicitar la mediación regulada por la presente Ley cualquier persona que tenga un conflicto por razón de alimentos entre parientes o de instituciones tutelares.

3. Fuera de los casos fijados por los apartados 1 y 2, las personas interesadas en solicitar los servicios de una persona mediadora se pueden dirigir a los registros de los colegios profesionales, pero no es de aplicación la presente Ley a la mediación que se lleve a cabo, excepto en el capítulo V por lo que respecta a la persona mediadora.

Artículo 6. Naturaleza de los acuerdos

1. Las cuestiones que se pueden someter a la mediación familiar, en el marco de las situaciones detalladas en el artículo 5 y, en consecuen-

cia, los acuerdos que se adopten, se han de referir siempre a materias de derecho privado dispositivo susceptibles de ser planteadas judicialmente.

2. Los acuerdos que se adoptan, si hay hijos, han de dar prioridad al interés superior y al bienestar de los hijos y, por consiguiente, establecer las soluciones más apropiadas para todos los aspectos referidos a la vida y al desarrollo de la personalidad de los hijos.

3. En caso de que no haya hijos comunes o de que sean mayores de edad o emancipados, se ha de dar prioridad al interés del cónyuge o del miembro de la pareja más necesitado, en atención a criterios de edad, de situación laboral, de salud física y psíquica y de duración de la convivencia, de conformidad, en todos los casos, con lo que establecen el Código de familia y la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja.

Artículo 7. El mediador o mediadora

1. El mediador o mediadora debe ser una persona que ejerza de abogado, de psicólogo, de trabajador social, de educador social o de pedagogo y que esté colegiada en el colegio profesional respectivo.

2. La condición de mediador o mediadora ha de ser declarada de acuerdo con la experiencia profesional y la formación específica que se establezcan por reglamento.

Artículo 8. Requisitos previos

1. Las partes que se someten a la mediación familiar deben aceptar las disposiciones y la tramitación establecidas por la presente Ley. También deben aceptar las tarifas de la mediación, las cuáles han de ser facilitadas antes de iniciarla, salvo que gocen del derecho a la gratuidad que establece el artículo 9.1.

2. La mediación se puede convenir antes de la iniciación de las actuaciones judiciales o en el curso de las mismas, pero en este último caso deben haber quedado en suspenso a petición de una de las partes, aceptada por la otra, o de ambas partes de común acuerdo.

3. Las partes pueden designar de común acuerdo a la persona mediadora entre las inscritas en el Registro General del Centro de Mediación Familiar de Cataluña o en los registros de colegios profesionales. De otro modo, deben aceptar la que sea designada por el Centro.

4. Ha de haber transcurrido un año, como mínimo, desde que se haya dado por acabada una anterior mediación sobre un mismo objeto o que ésta hubiera sido intentada sin acuerdo, a fin de que pueda haber una nueva mediación, salvo que el Centro de Mediación Familiar de Cataluña aprecie circunstancias sobrevenidas que aconsejen antes una nueva mediación, en especial, para evitar un grave perjuicio de los hijos, si son menores o discapacitados.

Artículo 9. Supuestos de gratuidad de la mediación

1. La mediación es gratuita para las personas que son beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita o que podrían serlo puesto que reúnen las condiciones necesarias y la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita así se lo reconozca.
2. La gratuidad de la mediación se atribuye individualmente, según la capacidad económica de cada parte.
3. La parte que no goza del derecho a la gratuidad debe abonar la mitad del coste de la actividad.

Artículo 10. Alcance de la mediación

La mediación parcial se limita a tratar algunas de las materias relativas a la custodia de los hijos, al ejercicio de la potestad del padre y de la madre, al régimen de visitas, al uso de la vivienda familiar o a las económicas. Si abarca todas las materias mencionadas se trata de mediación total.

CAPÍTULO II

Características de la mediación familiar

Artículo 11. Voluntariedad

1. La mediación familiar está basada en el principio de voluntariedad, según el cual las partes no solamente son libres de acogerse o no a la mediación, sino también de desistir en cualquier momento.
2. La persona mediadora también puede dar por acabada la mediación en el momento en que aprecie falta de colaboración en una de las partes o no respeto de las condiciones establecidas, y también la puede

dar por acabada si el proceso se vuelve inútil para la finalidad perseguida, considerando las cuestiones sometidas a la mediación. Esta decisión se traslada al servicio correspondiente del colegio profesional a que pertenece la persona mediadora, el cual, en el plazo de un mes, ratifica el acabamiento o pide al Centro de Mediación Familiar de Cataluña una nueva designación.

Artículo 12. Imparcialidad

1. La persona mediadora tiene el deber de la imparcialidad y, en consecuencia, ha de ayudar a los participantes a alcanzar los acuerdos pertinentes sin imponer ninguna solución ni medida concreta ni tomar parte.

2. Si en un momento determinado hay conflicto de intereses entre las partes y la persona mediadora, o algún vínculo de parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado, amistad íntima o enemistad manifiesta entre la persona mediadora y una de las partes, la persona mediadora debe declinar la designación. En caso de duda, la persona mediadora puede solicitar un informe a su colegio profesional.

3. En caso de que se produzca alguno de los supuestos establecidos por el apartado 2 y la persona mediadora no haya declinado la designación, la parte puede, en el plazo de cinco días desde que tiene conocimiento de la designación de la persona mediadora, recusar su nombramiento mediante escrito motivado donde haga constar las causas de la recusación. Este escrito se ha de presentar ante el Centro de Mediación Familiar de Cataluña.

Artículo 13. Confidencialidad

1. En la medida en que en el curso de la mediación se puede revelar información confidencial, la persona mediadora y las partes han de mantener el deber de confidencialidad en relación con la información que se trate. En cumplimiento de este deber, las partes se comprometen a mantener el secreto y, por lo tanto, renuncian a proponer la persona mediadora como testigo en algún procedimiento que afecte al objeto de la mediación; también la persona mediadora debe renunciar a actuar como perito en los mismos casos.

2. Las actas que se elaboran a lo largo del proceso de mediación tienen carácter reservado.

3. No está sujeta al deber de confidencialidad establecido por los apartados 1 y 2 la información obtenida en el curso de la mediación que:

- a) No es personalizada y se utiliza para finalidades de formación o investigación.
- b) Comporta una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

4. En cualquier caso, la persona mediadora está obligada a informar a las autoridades competentes de los datos que puedan revelar la existencia de una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona o de hechos delictivos perseguibles de oficio.

Artículo 14. Apoyo a la persona mediadora

Las personas mediadoras pueden solicitar apoyo o asesoramiento al Centro de Mediación Familiar de Cataluña, en los casos o las situaciones que requieren conocimientos especializados.

Artículo 15. Carácter personalísimo

Las partes y la persona mediadora deben asistir personalmente a las reuniones de mediación sin que se puedan valer de representantes o intermediarios.

CAPÍTULO III Desarrollo de la mediación

Artículo 16. Inicio de la función mediadora

1. La mediación se puede iniciar:

- a) A petición de ambas partes de común acuerdo.
- b) A instancia de una de las partes, siempre que la otra parte haya manifestado su aceptación dentro del plazo de diez días desde que el Centro la haya citado a tal efecto.

2. En el caso de que el Centro de Mediación Familiar de Cataluña nombre un mediador o mediadora designado de común acuerdo por las partes, la notificación del nombramiento sólo debe hacerse a la persona designada.

Artículo 17. Reunión inicial

1. La persona mediadora ha de convocar a las partes a una primera reunión en la cual les ha de explicitar el procedimiento y el alcance de la mediación; en especial, les ha de informar del derecho de cualquiera de ellas de dar por acabada la mediación y del mismo derecho que tiene la persona mediadora si aprecia que se producen las circunstancias que señala el artículo 11.2.

2. La persona mediadora ha de informar a las partes de la conveniencia de recibir asesoramiento jurídico durante la mediación y de la necesidad de intervención letrada a fin de asesorar en la redacción del convenio, si éste es procedente.

3. En la primera reunión, la persona mediadora y las partes han de acordar las cuestiones que hay que examinar y han de planificar el desarrollo de las sesiones que pueden ser necesarias.

Artículo 18. Acta inicial de la mediación

1. De la reunión inicial de la mediación familiar, se extiende una acta, en la cual se expresa la fecha, la voluntariedad de la participación de las partes y la aceptación de los deberes de confidencialidad establecidos por el artículo 13. En la medida en que sea posible, se identifica el objeto de la mediación y el número de sesiones previstas.

2. El acta se firma por triplicado, se entrega un ejemplar a cada una de las partes y el otro ejemplar lo conserva la persona mediadora.

Artículo 19. Deberes de la persona mediadora

La persona mediadora a lo largo de su actuación tiene el deber fundamental de facilitar un acuerdo voluntario y equitativo entre las partes y, por lo tanto, debe:

a) Facilitar la comunicación entre las partes, promover la comprensión entre ellas y ayudar a buscar posibles soluciones al conflicto suscitado.

b) Velar para que las partes tomen las propias decisiones y dispongan de la información y el asesoramiento suficientes para lograr los acuerdos de una manera libre, voluntaria y exenta de coacciones.

c) Dar a entender a las partes la necesidad de velar por el interés superior de los hijos menores o discapacitados.

d) Dar por acabada la mediación ante cualquier causa previa o sobrevenida, propia o ajena a la persona mediadora, que haga incompatible la continuación del proceso de mediación con las exigencias establecidas por la presente Ley. En este sentido, la persona mediadora ha de prestar una atención particular a cualquier signo de violencia doméstica, física o psíquica, entre las partes.

Artículo 20. Duración de la mediación

1. La duración de la mediación depende de la naturaleza y la complejidad de los puntos en conflicto. No puede exceder de tres meses, a contar desde el momento de la reunión inicial entre la persona mediadora y las partes. Mediante una petición motivada de la persona mediadora y de las partes, el Centro de Mediación Familiar de Cataluña puede acordar una prórroga hasta un máximo de tres meses.

2. Se ha de establecer por reglamento el número mínimo de sesiones de la mediación para cerrarla sin acuerdo, según cuáles sean las cuestiones sometidas a mediación, y el número máximo, tanto si acaba en acuerdo como si no.

3. A efectos estadísticos, las personas que se someten a la mediación han de responder, con carácter potestativo, un cuestionario en el cual han de hacer constar su parecer sobre la duración del proceso y sobre la actividad de la persona mediadora. En el tratamiento de los datos de este cuestionario se debe respetar su total confidencialidad.

Artículo 21. Acta final de la mediación

1. De la sesión final de la mediación se extiende una acta, en la cual deben constar exclusivamente y de manera clara y concisa los acuerdos totales o parciales logrados.

2. Si es imposible llegar a algún acuerdo sobre el objeto total o parcial de la mediación, se extiende una acta en la cual tan sólo se hace constar que la mediación ha sido intentada sin efecto.

3. El acta se firma tal y como establece el artículo 18.2 y se entrega un ejemplar a cada parte que, si procede, trasladan a los respectivos abogados.

Artículo 22. Comunicación de la mediación

1. El acuerdo conseguido mediante la mediación puede ser trasladado por los abogados de las partes al convenio regulador, y puede, así, ser incorporado al proceso judicial en curso o que se inicie, a fin de ser ratificado y aprobado.

2. En la mediación realizada por indicación de la autoridad judicial, con suspensión del curso de las actuaciones judiciales, la persona mediadora ha de comunicar a la mencionada autoridad, en el plazo máximo de cinco días desde la finalización de la mediación, si se ha llegado a un acuerdo o no. En el mismo plazo se ha de entregar a las partes el acta final de la mediación.

CAPÍTULO IV

Aspectos de registro y de organización

Artículo 23. Registro de personas mediadoras

1. Tanto el Centro de Mediación Familiar de Cataluña como los colegios profesionales que incorporan personas mediadoras gestionan los registros de las mismas. Las personas que cumplen los requisitos de acuerdo con lo que dispone el artículo 7 y quieren ejercer la función de mediación regulada por la presente Ley deben inscribirse en el registro del colegio profesional al cual pertenecen. Los colegios profesionales trasladan las inscripciones al registro del Centro de Mediación Familiar de Cataluña que tiene inscritos todos los profesionales.

2. Tanto el Centro de Mediación Familiar de Cataluña como los colegios profesionales han de aplicar un criterio de reparto equitativo de las mediaciones en los casos en que tengan que designar a la persona mediadora.

3. La estructura y el funcionamiento de los registros se han de determinar por reglamento.

Artículo 24. Retribución

1. Las personas que se acogen a la mediación y no tienen derecho a la gratuidad de la misma, regulada por el artículo 9, han de abonar a la persona mediadora, si la otra parte sí tiene reconocido este derecho, la mitad de las tarifas que el Departamento de Justicia establece.

2. El Centro retribuye a las personas mediadoras en los supuestos de gratuidad de la mediación, de acuerdo con las tarifas que el Departamento de Justicia establece.

3. Si ninguna de las dos personas que se acogen a la mediación tiene derecho a la gratuidad de este servicio y se inicia sin intervención de la autoridad judicial, han de abonar a la persona mediadora los honorarios que pacten al inicio de la mediación. Los colegios profesionales pueden establecer unos honorarios orientativos ponderados por la complejidad de la mediación y el tiempo dedicado. En este caso, únicamente es de aplicación el capítulo V por lo que respecta a las personas mediadoras, si bien pueden acordar que la mediación se desarrolle de acuerdo con los preceptos del capítulo III.

Artículo 25. Comunicaciones al Centro de Mediación Familiar de Cataluña

La persona mediadora ha de comunicar al colegio al cual pertenece y al Centro de Mediación Familiar de Cataluña, mediante un impreso normalizado, los datos relativos a cada mediación, a efectos estadísticos y de verificación. Estos datos, considerando que tienen carácter personal, deben quedar protegidos.

CAPÍTULO V Régimen sancionador

Artículo 26. Responsabilidad de la persona mediadora

El incumplimiento de las obligaciones establecidas por la presente Ley, que comporte actuaciones u omisiones constitutivas de infracción, da lugar a las sanciones correspondientes en cada caso, previo expediente contradictorio.

Artículo 27. Hechos constitutivos de infracción

Constituyen infracción los supuestos siguientes:

- a) Incumplir el deber de imparcialidad exigible en los términos establecidos por el artículo 12.
- b) Incumplir el deber de confidencialidad exigible en los términos establecidos por el artículo 13.
- c) Incumplir los deberes establecidos por el artículo 19.
- d) Incumplir las obligaciones establecidas por el artículo 22.2.
- e) Incumplir las obligaciones establecidas por el artículo 25.
- f) Incumplir el deber de facilitar previamente las tarifas en los términos establecidos por el artículo 8.1.
- g) Incumplir el deber de denunciar en los términos establecidos por el artículo 13.4.

Artículo 28. Tipos de infracciones

1. Son infracciones leves los hechos señalados en el artículo 27 c, d y e que no comportan perjuicios a las partes.
2. Son infracciones graves los hechos señalados en el artículo 27 a y b que no comportan perjuicios graves a las partes, y también la reiteración de una infracción leve en el plazo de un año. Asimismo, son infracciones graves las señaladas en el artículo 27 c, d y e que comportan perjuicios leves a las partes.
3. Son infracciones muy graves los hechos señalados en el artículo 27 a, b y c que comportan perjuicios graves a las partes, así como la reiteración de una infracción grave en el plazo de dos años.
4. En todos los casos, las violaciones de los deberes de imparcialidad y de confidencialidad tienen siempre, como mínimo, el carácter de infracción grave.

Artículo 29. Tipos de sanciones

Las sanciones que se pueden imponer son:

- a) Por una infracción leve, amonestación por escrito que se hace constar en el expediente del registro.
- b) Por una infracción grave, suspensión temporal para poder actuar como persona mediadora, de un mes a un año.

c) Por una infracción muy grave, suspensión temporal para poder actuar como persona mediadora, por un período de un año y un día a tres años, o baja definitiva del Registro de personas mediadoras.

Artículo 30. Órganos sancionadores

El colegio profesional al cual pertenece la persona mediadora es el organismo competente para iniciar de oficio o a partir de una denuncia el expediente, para instruirlo y para sancionar a la persona mediadora de acuerdo con los procedimientos y mediante los órganos que establecen sus normas disciplinarias.

Artículo 31. Normas deontológicas

Las personas mediadoras deben respetar las normas deontológicas del colegio profesional al cual pertenecen y las que apruebe el Departamento de Justicia a propuesta de los colegios afectados o después de haberlos oído.

Artículo 32. Régimen jurídico

1. Todos los actos administrativos que dimanen de los órganos de gobierno y administrativos del Centro de Mediación Familiar de Cataluña pueden ser objeto de recurso de alzada ante el órgano que sea el superior jerárquico del que ha dictado el acto. El recurso extraordinario de revisión se puede interponer ante el consejero o consejera de Justicia en los supuestos regulados en la legislación de procedimiento administrativo.

2. La interposición del recurso contencioso administrativo es procedente según lo que establece la ley de esta jurisdicción.

3. El ejercicio de acciones civiles y laborales se rige por las normas que le son de aplicación, y la reclamación previa debe ser resuelta por el consejero o consejera de Justicia.

4. A los actos de los órganos de los colegios profesionales, les es de aplicación el régimen de recursos establecido por los estatutos respectivos.

Disposición adicional. Estructura territorial del Registro

1. El Registro de personas mediadoras del Centro de Mediación Familiar de Cataluña se estructura en las demarcaciones que corresponden a las delegaciones territoriales del Departamento de Justicia.

2. Se autoriza al Gobierno para que, mediante un decreto, pueda establecer demarcaciones más reducidas que abarquen uno o varios partidos judiciales.

Disposición final primera. Despliegue por reglamento

1. Se faculta al Gobierno para que desarrolle las normas relativas a la organización, el funcionamiento y la publicidad del Registro de personas mediadoras, a la capacitación de las personas mediadoras, al régimen de tarifas, al establecimiento de los órganos sancionadores y las otras normas de despliegue que sean pertinentes.

2. El Gobierno ha de desplegar las actuaciones que sean pertinentes para ejecutar la presente Ley en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor.

Disposición final segunda. Entrada en vigor

La presente Ley entra en vigor a los nueve meses de haber sido publicada en el Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya.

Por tanto, ordeno que todos los ciudadanos a los que sea de aplicación esta Ley cooperen en su cumplimiento y que los tribunales y autoridades a los que corresponda la hagan cumplir.

Palacio de la Generalidad, 15 de marzo de 2001

ANEXO N.º 12

BREVE OJEADA A UN PROCESO DE MEDIACIÓN PRIVADA DE UN DIVORCIO¹¹³

Como ya hemos mencionado, las personas que recurren a un mediador privado para dirimir su divorcio son especiales. No sólo porque han elegido un procedimiento muy poco convencional, sino porque en la mayoría de los casos tiene que ingeniárselas ellos solos, para buscar el mediador, contactar con él y convencer al otro cónyuge de que también asista. A pesar de ser tan resolutivos, la experiencia me ha demostrado que estas parejas no son, precisamente, las que mejor se llevan o las que menos problemas tienen a la hora de negociar.

Como muestra de lo que sucede en un típica sesión de mediación he extraído el siguiente diálogo de unas notas sobre mi primera sesión con Gail y Steve Ryder. (He cambiado los nombres de los Ryder y los datos que les pudiesen identificar para proteger su intimidad). Los Ryder tenían unos cuarente y cinco años. Steve, era profesor de una escuela de comercio de la localidad; Gail representaba a una asociación comercial en sus relaciones con el Congreso. Llevaban casados veintitrés años y tenían dos hijos, Beth de quince años y Joshua de cuatro.

MEDIADOR: *Encantado de saludarles. Tengo curiosidad por saber cómo han llegado hasta mí.*

GAIL: *Bueno, ya nos hemos reunido anteriormente con un mediador, pero no paraba de decirnos lo que teníamos que hacer. Por eso le comenté, a Steve que si íbamos a recurrir a una mediación tendría que ser con otra persona. Steve estuvo de acuerdo, pero me dijo que tendría que buscar yo al mediador y, además, lo antes posible. Mi terapeuta me habló de usted y resultó que usted le había dado un curso sobre mediación a un amigo. Ambos corroboraron que usted dejaba que las personas tomaran sus propias decisiones.*

MEDIADOR: *Así es. Los tipos de mediadores varían mucho entre sí. Es un acierto que no quieran a un mediador con el que no se sienten cómodos.*

Quizás sería muy útil que les describiese el proceso que yo sigo, ya que puede ser bastante diferente de cualquier otro que hayan oído mencionar

113. SINGER, Linda, cit., págs. 69 a 76.

hasta ahora. Siéntanse totalmente libres para preguntar todo lo que quieran y para expresar sus dudas respecto a cualquier cosa que aquí se diga.

STEVE: *Eso me interesa. Pero también tengo un gran interés en saber que és lo que otros piensan de este proceso. ¿Hay algún hombre en mi situación con quien pudiera hablar?*

MEDIADOR: *Por supuesto. Conozco muchas personas que están dispuesta a hablar confidencialmente de sus experiencias con los posibles interesados en una mediación. Al final de la sesión, cuando sepa algo más sobre ustedes, les recomendaré aquellas personas que más les pueden ayudar.*

No quiero aburrirles, pero creo que es muy importante que todos nosotros estemos seguros de conocer a fondo lo que aquí vamos a desarrollar. Les describiré el proceso que yo sigo habitualmetne. No duden en interrumpirme con cualquier pregunta o preocupación, no me voy a sorprender.

Mi tarea consiste en ser imparcial y ayudarles a los dos a llegar a un acuerdo. No soy un juez. No tengo ninguna autoridad para tomar decisiones por ustedes.

Dado que ustedes han decidido venir aquí, intuyo que no buscan nada que se parezca a un juicio, sino más bien algo parecido a un abogado que les ayude a elaborar un convenio de separación. Evidentemente, un abogado también hablaría con ustedes durante el proceso, pero tendría la responsabilidad de conseguir un acuerdo entre ustedes. En un proceso de mediación serán ustedes mismos los que negocien. Les recomiendo que consulten por separado con sus respectivos abogados, tantas veces como quieran, pero ustedes siempre serán los responsables del grueso de la tarea, con mi ayuda por supuesto.

GAIL: *No esté tan segura de que no terminaremos ante el juez. Todo depende de lo que Steve esté dispuesto a hacer. No soporto más su táctica de cerrojo.*

MEDIADOR: *¿Por qué eligieron ustedes la mediación como primer recurso?*

STEVE: *Como podrá comprobar estamos muy enfadados el uno con el otro todavía. Pero tenemos dos hijos y sabemos que estamos condenados a tratar entre nosotros por su bien. Hemos pensado que si somos capaces de solucionar las cosas de este modo será mejor para ellos. Además, nunca me ha gustado la idea de ventilar mis intimidades ante los llamados expertos.*

GAIL: *Estoy totalmente de acuerdo, pero eso no significa que esté dispuesta a salir perdiendo. Sólo lo voy a intentar una vez más y después ya veremos si me ofreces el dinero suficiente.*

STEVE: *Has sido tú la que me has dejado a mí, no yo a ti. Y me has estado sangrando desde entonces.*

MEDIADOR: *Quizás deberíamos finalizar la discusión sobre el proceso, antes de entrar en detalles.*

STEVE: *Sí, Gail siempre interrumpe a la gente. Estoy cansado de tener que soportarlo.*

MEDIADOR: *Los dos van a tener infinidad de posibilidades de decirse todo lo que tengan en mente. Esto funcionará mucho mejor si hablamos por turnos. Lo mejor es que tomen lápiz y papel y rayan anotando todo lo que se les ocurra mientras habla el otro.*

STEVE: *¿Cuánto tiempo estima que durará?*

MEDIADOR: *Eso depende de cuantos temas tengamos que tratar, lo complicados que resulte, y en cuántos puntos estén ustedes de acuerdo. Yo, habitualmente, calculo que una pareja con hijos y bienes puede necesitar entre cinco y diez sesiones de dos horas. Pero a veces las cosas van más rápido.*

GAIL: *¿Por qué se va a reunir usted con nosotros por separado? Los otros mediadores no lo hacen*

MEDIADOR: *Ya sé que hay mediadores que no están de acuerdo con ello, pero yo creo que es muy importante tener por lo menos una sesión individual con cada parte. Quiero estar segura de conocer todas sus preocupaciones, y de saber si no se sienten cómodos hablando de ellas entre ustedes. Si alguno de ustedes quiere confesarme algo en la sesión individual, que no desea que el otro sepa, díganmelo.*

GAIL: *¿Y si Steve le dice que ha ocultado dinero y que no quiere que yo lo sepa?*

MEDIADOR: *Si alguien me pide que le guarde una confidencia semejante la haré ver que es esencial para el proceso compartir toda la información sobre los bienes. Si no media una sinceridad absoluta sobre puntos semejantes, el acuerdo se podría anular posteriormente. Si a pesar de ello se sigue negando a compartir la información, me vería obligada a abandonar la mediación.*

GAIL: *¿Pero no me lo diría?*

MEDIADOR: *No. En este proceso es fundamental que usted confíe en mí y si yo no guardo sus secretos usted no podrá hacerlo. Antes de que discutamos sus problemas con más detalle, les voy a pedir que lean y firmen un compromiso de mediación. En él se declara que todo lo que suceda durante el proceso será confidencial. Al firmarlo ustedes se comprometen a no llamarme como testigo si su caso acabase ante un tribunal. Esto nos protege a los tres. Cuanta más seguridad tengan de poder hablar aquí libremente, tanta más propensión tendrán a expresar todos sus problemas y, por tanto, habrá más*

posibilidades de que el acuerdo los contemple. En el acuerdo se comprometen también a declarar todas sus propiedades. Esto responde totalmetne a su pregunta Gail.

STEVE: *¿Quien decide los puntos a tratar?*

MEDIADOR: *Eso depende totalmente de ambos. Yo les recordaré, de cuando en cuando, que en un proceso de separación hay que tratar obligatoriamente determinados aspectos, para que no nos dejemos nada en el tintero. Pero de ustedes dependerá los asuntos a discutir y el orden en que los trataremos.*

STEVE: *¿Si alcanzamos un acuerdo de separación, será igual de bueno que el que hubiésemos firmado con un abogado?*

MEDIADOR: *Sí, será muy similar, les vinculará legalmente a ambos y será ejecutable ante un tribunal, si fuese necesario. Yo, de todos modos, preferiría que, antes de llegar a ello, volviesen a recurrir a la mediación.*

STEVE: *Bueno, si ya ha terminado de hablarnos de la mediación, me gustaría hablar de temas concretos. Estoy temporalmente realquilado durante el verano, porque Gail se niega a vender la casa. Pronto tendré que mudarme y necesito mi parte del dinero para pagar la entrada de un piso.*

MEDIADOR: *Antes de empezar a hablar de su situación, ¿hay alguna otra pregunta que quieran hacerme sobre el proceso?*

GAIL: *Sí, yo todavía tengo algunas preguntas que hacer.*

MEDIADOR: *Hablemos primero de ellas y veamos luego si podemos determinar los puntos a resolver.*

GAIL: *Steve se ha llevado la mitad de mis muebles.*

STEVE: *Bueno, Gail no respondió mi petición de que me prestase algunos muebles para mi apartamento, aunque se lo estuve pidiendo durante más de tres meses, de modo que entré en casa, mientras ella estaba en la playa, y me llevé algunos. Nos hemos gastado nuestro ahorros y no puedo pagarme unos muebles nuevos.*

GAIL: *Steve no ha pagado la pensión alimentaria de los niños desde hace dos meses. Eso es lo primero que hay que tratar. Vivo en una casa grande con un solo sueldo. El otro mediador me dijo que tenía que vender la casa, pero no estoy preparada para mudarme. Steve debería pagar su parte, yo estoy allí por el bien de nuestro hijos.*

MEDIADOR: *Asegurémonos de que no hay más preguntas. Después pasaremos de inmediato a tratar de los problemas concretos.*

STEVE: *Como usted sabe, ya intentamos solucionar nuestros conflictos mediante una terapia. ¿Varía mucho la mediación de la terapia?*

MEDIADOR: *El propósito de la mediación reside en solventar problemas concretos, como los que ustedes acaban de enunciar. Yo no soy una terapeuta y no voy a preguntarles por sus motivaciones ocultas o sus conflictos internos. Hay una amplia gama de posibles soluciones a un conflicto y ustedes mismos decidirán cuál es la que más les conviene. Si ustedes me piden información sobre un problema en concreto, yo intentaré responderles lo mejor que sepa. Pero yo no tengo la intención de aconsejarles e intentaré no decirles lo que pienso que deben hacer.*

GAIL: *Hace un par de años leí un artículo en la revista Cosmopolitan que afirmaba que la mediación era nociva para las mujeres. ¿Cómo puedo saber que no lo será en mi caso? Steve se ha llevado ya mis muebles y se ha gastado nuestro ahorros en un descapotable blanco. No tengo ni la menor idea de lo que teníamos, porque siempre fue él el que llevó la parte financiera. ¿Cómo puedo estar segura de que no me quiere jugar una mala pasada?*

MEDIADOR: *Bien, vamos a centrarnos en todo lo que pase a partir de ahora y a asegurarnos de que ustedes comprenden todo lo que está sucediendo. Les voy a dar a cada uno un formulario sobre sus finanzas, para que se lo lleven a casa y me lo traigan cumplimentado en la próxima sesión. Mucha gente considera que los formularios resultan un ejercicio muy pesado, pero les ayudará a conocer su propia situación. Si creen que pueden precisar ayuda, estaré encantada de recomendarles un contable que les facilitará la tarea. ¿Está sonriendo Steve?*

STEVE: *Sonrió porque Gail no va a rellenar nunca este formulario. Ha estado siempre demasiado ocupada para prestar atención a nuestras finanzas.*

MEDIADOR: *Es muy importante que los dos conozcan su situación financiera. Es la única manera de que tomen una decisión correcta.*

GAIL: *La compensará la columna de las deudas.*

MEDIADOR: *Quiero estar segura de que Gail disipe todas sus dudas sobre una situación desventajosa para ella. Ustedes tendrán múltiples ocasiones de comentarme si se sienten a disgusto con la marcha del proceso de mediación. Siempre que crean que no estoy comprendiendo adecuadamente su problemática podrán solicitarme una sesión individual. El asesoramiento de expertos, como por ejemplo un contable, puede ser muy útil. También les recomiendo que consulten con sus abogados. No esperen hasta que tengamos un borrador de acuerdo listo para la firma. Un abogado les resultará mucho más útil, si ustedes se van poniendo de acuerdo desde los inicios del proceso.*

GAIL: *Pero usted es abogado, ¿no es suficiente?*

MEDIADOR: *Siempre recomiendo a las partes que visiten a abogados por separado. Les voy a explicar la razón. Dado que soy abogado, yo puedo responder a sus preguntas sobre lo que las leyes determinan y lo que los tribunales fallan en casos como el suyo. Pero lo que no puedo hacer es representar los intereses de cada uno de ustedes por separado. Ustedes son negociadores «amateur», probablemente no hayan hecho una cosa así antes. Les puede ser de gran utilidad hablar con alguien que no esté tan comprometido como yo en que ustedes lleguen a un acuerdo, y contratado para representar los intereses de cada uno de ustedes y no los de la familia.*

GAIL: *¿Me está diciendo que usted está comprometida con los intereses de ambos y no con los míos personales?*

MEDIADOR: *Exactamente. Por lo general resulta muy práctico poder consultar a alguien conforme va progresando el proceso de mediación. La razón última reside en que si ustedes firman, al menos de momento, un acuerdo que contiene cláusulas de continuidad, como las referentes a la custodia de los hijos y la pensión, es posible que no se puedan ejecutar ante un tribunal, a no ser que ustedes tengan abogados separados. Por ello visitar a un abogado les protegerá.*

STEVE: *Yo ya tengo una abogada, pero no creo que simpatice con la idea de la mediación.*

MEDIADOR: *Eso puede ser un problema. Aunque ustedes consulten con sus abogados la decisión será únicamente suya. Los abogados, a veces, intentan decirles a sus clientes lo que tienen que hacer. Tengo una lista de abogados que ya han trabajado con mediadores o que, incluso, trabajan de mediadores, por si alguno de ustedes les quiere visitar. ¿Tiene alguno de ustedes alguna otra pregunta?*

GAIL: *Sí, una más. Nuestra hija es adolescente. Creo que es importante que decida con quién de nosotros desea vivir. ¿Podría hablar usted con ella y preguntárselo?*

MEDIADOR: *Si los dos están de acuerdo en que se hija decida esa cuestión por sí misma, se puede, por supuesto, tener sus deseos en cuenta. Dado que todavía no ha cumplido dieciocho años, ustedes siguen siendo responsables de dicha decisión. En ocasiones he hablado con los hijos, pero les sugieron que hablen ustedes dos primero con ella y luego decidiremos los tres juntos si conviene que ella venga a alguna sesión. ¿Más preguntas?*

STEVE: *No, creo que debemos proseguir.*

GAIL: *Yo quiero saber algo más. ¿A quién le corresponde decidir si nuestro acuerdo es justo? ¿Es competencia del juez?*

MEDIADOR: *No, por lo general los jueces aceptan lo que han acordado las partes. De hecho muchos jueces no exigen siquiera que los acuerdos de separación se sometan a la aprobación del tribunal.*

Voy a realizarles algunas preguntas para asegurarme de que lo han considerado ustedes desde todas las perspectivas. Sus abogados pueden, por supuesto, opinar sobre lo que es justo. Pero en la sesión final eso dependerá exclusivamente de ustedes.

GAIL: *Supongamos que él se compromete a algo que luego no cumple.*

MEDIADOR: *Los acuerdos mediados son tan vinculantes como cualquier otro acuerdo. Pero el hecho de que ustedes hayan decidido elaborar su propio acuerdo hace poco probable que surja este tipo de problema. Ya que el acuerdo estará hecho a la medida de su propia situación, será difícil que ustedes lo incumplan. También podemos incluir una cláusula que contemple la modificación de alguna circunstancia en el futuro.*

Pueden seguir preguntándome cosas sobre el proceso mientras continúe la sesión. Ahora les pido que cada uno me hable un poco sobre su situación concreta y que nos diga qué puntos necesita resolver.

ANEXO N.º 13
CUATRO SITUACIONES EN UN DIVORCIO¹¹⁴

Problemas de los hijos (ejemplos)		¿Qué se oculta?	¿Qué está confuso?	Escenario usual del divorcio	Extremo disfuncional
Arreglo Triangular	<i>Sistema con una sola brújula.</i> La madre usa a los hijos como brújula para encontrar en dónde se encuentra en la nueva relación. Los comentarios de los hijos y su conducta se utilizan para disminuir o acelerar el proceso de la relación. Los hijos modulan el sentido de la desubicación experimentada durante la transición para ser un nuevo grupo de tres. Los hijos no tienen libertad de comentar por medio de palabras o hechos; la madre es más consciente sólo de las «intromisiones» de los hijos, «no de la ayuda» que están ofreciendo los hijos.	La madre ostensiblemente ve a los hijos como «intrusos», pero también oculta que acepta a los intrusos porque sin ellos se siente perdida y los necesita como guía. Los hijos ocultan que no sólo es la ansiedad debido a que su papá ha sido traicionado, lo que les molesta. Es ver a su madre indefensa sin la orientación de los hijos. El argumento de la madre: «No soy todavía quieres a papá. ¿Puedo hacer que te calmes?» Los hijos sienten miedo cuando la madre no se decide sobre nuevas relaciones.	Parece un problema de hijos intrusos que producirán una modificación en la conducta. La madre parece controlar el paso de la relación. «Es sólo que mi hijo se mete en mis cosas». Bloqueando a los hijos como críticos, establecedores del ritmo o comentaristas, revela que la madre se organiza menos sin los comentarios de los hijos.	Divorciados como esposos, pero no como padres; la custodia de los niños es muy conflictivo, pero sin correr peligro.	La madre se encuentra perdida, desorientada, dependiente sin los comentarios y elecciones de los hijos. Los hijos se desconciertan aún más y se genera fobia a proteger a la madre. Elección errática de nuevos patrones; posibilidad de otro divorcio.

114. FOLBERG, cit., págs. 158 a 160.

<i>El ejecutivo lisiado.</i> La esposa se inutiliza como madre para asegurar la participación del esposo; los hijos se vuelven rebeldes, cuestionando las capacidades ejecutivas de la muerte. El esposo adopta una postura de ejecutivo por control remoto que no logra resolver el ciclo de la derrota, asegurando que le hablarán de nuevo.	Los hijos lloran y no se les puede parar, quieren dormir en la cama de la madre, todos los días resisten los intentos de sacarlos. Sobreestiman su poder sobre la madre, la cual, es producido de su coalición con la abuela y el padre.	La madre ostensiblemente quiere detener el llanto del hijo y va a dormir a su propia cama. La madre oculta que en verdad quiere la compañía del hijo para mitigar la soledad, para recompensar la presencia del padre y para evitar encarar sus propias tareas de restauración social.	Se ofrecerá un cambio pero se retendrá en el llanto del hijo, desarrolla sus propios intereses, mejora las relaciones con la abuela, no acepta la ayuda del padre, pero permite que el hijo se quede en la cama. La madre retiene un área sin cambio para poder probar su control independiente.	Divorciados como esposos, pero no como padres; la custodia de los niños es muy conflictiva; pero no la ponen en peligro.	La madre no puede recuperar la eficiencia sobre los niños a menos que el marido participe y se meta en su vida; permite que los niños retrocedan; restringe su propio campo interpersonal; se estanca. La madre entra a otro matrimonio empujada por parientes que apoyan su inutilidad; permanece unida a la abuela y otros parientes de apoyo.
<i>La raza desigual.</i> La madre se comporta perfectamente al mantener el cuidado y las visitas de rutina; cumple todos los deberes con cuidado. Recoge a los hijos y los devuelve puntualmente, los llama regularmente y en forma predecible. Los hijos detectan que algo está mal, tenso, pero no puede saber qué es. El padre es cortés y cooperativo así como «vé» a la madre para cualquier	Los niños están inciertos, sobrealertas, fase feliz. Portándose bien, el niño siente que mantendrá intacto lo que quedó de la parentalidad de los hijos a la larga se enfrenta a rupturas en las expresiones psicosomáticas retrasadas de tensión crónica; pérdida de cabello, marcas en la piel, problemas en la escuela.	La esposa que salió se presenta como fuerte, sin deseos de dar o conceder sus derechos. La esposa oculta que «sólo si cede a lo que él quiere se me permitirá que los visite cuando quiera». Tiene miedo de que no pueda ir con su posición de supervisión aventajada. Se opone al miedo de que no tenga suficiente tiempo para «redimir» con suficiente rapidez. Al principio, el esposo parece razonable, benevolente, listo para	Inicialmente parecen como un sube y baja equilibrado, una prueba justa de antagonistas equilibrados. La asimetría en el arreglo y los sentimientos que acompañan de desubicación por ambos (particularmente por la esposa); no se proyecta claramente. Los reencuentros sexuales son difíciles de juzgar. ¿Se están usando para obtener lo que quieren? ¿Qué pueden ho-	Divorciados como esposos pero no como padres; la custodia de los hijos es muy conflictiva, pero no la ponen en peligro.	Chantaje sexual. Los hijos desarrollan enfermedades psicosomáticas severas crónicas. La esposa siente que no puede escapar del esposo a menos de que se una a un protector fuerte que la alejara de la dominación de su esposo. Doble juego, triángulo de celos peligrosos, posible violencia a menos que alguien le ayude a ella a pasar de una relación a otra, pasando por una

Arreglo Triangular	Problemas de los hijos (ejemplos)	¿Qué se oculta?	¿Qué está confuso?	Escenario usual del divorcio	Extremo disfuncional
fracaso en las visitas y ruinas de cuidados. Un juego de presionar y ceder.	Los hijos sousacan y hasta sabotean hechos enfermizos. Actuación múltiple y acusadora, anarquía, robo, confrontación e intimidación a los padres. Emergen como consoladores de la madre en su tristeza. Los niños tienen miedo de que si actúan responsablemente se les dejará nuevamente a la deriva. Y se oponen porque tienen que proteger su propia libertad a costa de los padres.	negociar. Se opone el miedo de no poder verla como iguales y debe dominarla para regresar o lo demás será rechazado.	¿Parece como si el marido va a actuar, pero no lo hace. Momentos de inversión que parecen buenos se vuelven disimulados. La presión de la madre no es capaz de retener al marido. Dificultad al determinar cuales son las relaciones más importantes -coalición con los hijos, con una nueva compañera, con la ex-esposa-para motivar nuevos esfuerzos paternos para modificar la actuación.	Divorciados como esposos y como padres; ponen en peligro la custodia de los niños.	etapa de relaciones. Alto riesgo de un secuestro potencial.
<i>El concurso de Abdicación.</i> El esposo está a punto de contestar la llamada de la ex-esposa y actuar como padre, pero no lo hace. Ella actúa como si fuera la madre, pero lo deja para levantarse. Un ciclo repetitivo en el cual los hijos continúan actuando y los padres continúan inefectivos hasta que llegue ayuda externa: tribunales, policías, hospitales, etc.	Padre: «Debo pretender que estoy fuera para detenerlos y socializarlos, pero lo que verdaderamente quiero es la aprobación y consolidación de mis hijos. Quiero que estén a mi lado». La madre se convence y convence a otros que «él puede estar dejándose por- tege su autoestima, «Me deja porque algo está mal en él», por ejemplo, es homosexual.	Parece como si el marido va a actuar, pero no lo hace. Momentos de inversión que parecen buenos se vuelven disimulados. La presión de la madre no es capaz de retener al marido. Dificultad al determinar cuales son las relaciones más importantes -coalición con los hijos, con una nueva compañera, con la ex-esposa-para motivar nuevos esfuerzos paternos para modificar la actuación.	Divorciados como esposos y como padres; ponen en peligro la custodia de los niños.	Anarquía, delincuencia, psicosis. Alto riesgo de unirse a cultos religiosos.	

ANEXO N.º 14

ETAPAS DE DESARROLLO DE LOS HIJOS E IMPLICACIONES EN EL DIVORCIO¹¹⁵

<i>Grupos por edades</i>	<i>Problemas básicos</i>	<i>Témores de los hijos</i>	<i>Cómo pueden ayudar a los padres</i>
Preescolar (del nacimiento a 5+)	• Confusión • Explicaciones fantásticas • Conducta regresiva	• Abandono • Falta de cuidado en la comida y en físico • Violencia paterna • Refugio en dormirse, salidas a otras partes • Pérdida de ambos padres	• Asegurarse el entendimiento de nuevas estructuras • Decirle a los hijos por adelantado qué y cuándo • Asegurar cercanía física y confort
Escuela primaria inicial (de 5-1/12 a 8-1/12)	• Depresión reactiva • Extrañeza intensa del padre ausente • Pérdida de progreso académico • Ataque contra amigos, sistemas de apoyo • Conflicto de lealtad	• ¿Quién se está preocupando de cubrir el hueco del padre ausente? • ¿Seré reemplazado yo?	• Tratar con el enojo y la soledad • «No tienes que escoger entre uno de los padres» • Reasegurarle a los hijos sobre el cuidado y afecto del otro padre y la permanencia de su cariño.
Media (de 8-1/2 a 12)	• Padre bueno vs. malo • Acciones contra el padre «malo» • Gran enojo creciente • Dependencia en las enseñanzas religiosas o éticas.	• Preguntarles con quién quieren vivir • Ser totalmente excluidos de las decisiones	• Evitar una dicotomía de bueno/malo. • Escuchar, pero mantener el control
Adolescente (de 12-1/2 a 18)	• Falta de concentración en la escuela • Entendimiento del matrimonio y del divorcio • Comportamiento adulto inapropiado.	• Tener que mantener responsabilidades de adultos, cuidado de los padres • Pérdida de control paterno sobre la conducta • ¿Qué pasará conmigo? • ¿Cómo podría alguna vez tener una relación duradera?	• Ayudar a que los hijos logren su propia necesidad de desarrollo para prepararlos para ser independientes • No preguntar agresivamente por la conducta de los hijos • Clarificar los valores propios de los hijos con respecto al matrimonio y el divorcio en general.

115. FOLBERG, cit., pág. 182.

BIBLIOGRAFÍA

- ACLAND, Andrew, *Como utilizar la Mediación para resolver conflictos en las negociaciones*, Paidós. Barcelona, 1993.
- ALOISIO, Victoria, *Co-Mediación. Aporte emocional para fortalecer la relación con el otro*, Ad-Hoc, S.R.L. Buenos Aires 1997.
- BACOW, Lawrence y WHEELER, Michael, *Environmental Dispute Resolution*, Plenum Press, Nueva York.
- BEER, Jennifer, STIEF, Eileen, *The Mediator's Handbook*, New Society Publishers, Gabriola Island, BC, Canadá, 1997.
- BENJAMÍN, A. *The helping interview*, Houghton Mifflin, Boston, 1974.
- BENJAMÍN, A. *The Mediation of Business, Family and Divorce conflict: Practice Forms and Handbook*. Mediation and Conflict Management, St. Louis, 1994.
- BERNAL SAMPER, Trinidad, *La Mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*. Ed. Colex, Madrid 1998.
- BIANCHI, Roberto, *Mediación prejudicial y conciliación*. Ed. Zavalia, Buenos Aires, 1997.
- Boletín de Mediación, Núms. 1, 2 y 3, Fomed, Barcelona, 1998.
- BUSH, Robert y FOLGER, Joseph, *The promise of Mediation. Responding to conflict through empowerment and recognition*, Jossey Bass, San Francisco, 1994.
- CAIVANO, Roque, GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto, *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la Abogacía moderna*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.

- D'ABATE, Carlos M. "Mediación en la resolución de conflictos de las organizaciones" en Mediación x 7, Atelier Ed Barcelona, 2001.
- DAPENA, José, "La mediación y la reparación" en Mediación x 7, Atelier Ed. Barcelona, 2001.
- DIALLO, Issa, "Introduction a l'étude et la pratique de la negotiation", Ed. Pedon, Paris 1998.
- DIEZ, Francisco y TAPIA, Gachi, "Herramientas para trabajar la mediación", Paidós, Bs. Aires, 1999.
- DUGGER, Jim, "Le techniche d'ascolto," Franco Angeli Ed. Milán 2000
- DUPUIS, Juan Carlos G., *Mediación y Conciliación. Mediación Patrimonial y Familiar. Conciliación Laboral*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- FALCON, Enrique, *Mediación obligatoria en la Ley 24.573*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.
- FISHER, R. y URY, W. *Getting to yes*, Penguin Books, Nueva York, 1983.
- FORLBERG, Jay y TAYLOR, Alison, "Mediación. Resolución de conflictos sin litigio" Limusa ed., México, 1997.
- FOLGER, Joseph P. y JONES, Tricia S., "Nuevas direcciones en mediación", Paidos, Bs. Aires, 1997.
- GARRIGA, Abel y PIFERRER, Anna, *La Mediación como método alternativo de la resolución de conflictos*, en Revista de la Economía Social de la Empresa, n° 30, Barcelona, noviembre 1998.
- GARRIGA MOYANO, Abel, *El rol del abogado ante el proceso de Mediación*, en Boletín de Mediación n° 3, Fomed, Barcelona, septiembre 1998.
- GIMENEZ-SALINAS, Esther, "La mediació i la reparació. Aproximació a un model" en La Mediació Penal, Justicia i Societat, Generalitat de Catalunya, 1999.
- GODEFROY, Christian y ROBERT, Luis, *Cómo negociar con éxito*, Ed. Martínez Roca, Barcelona, 1995.
- GOLBERG, S., SANDER, F., ROGERS, N., *Dispute Resolution. Negotiation, Mediation and other Processes*, Little Brown. Boston, 1992.
- GOLEMAN, Daniel, *Inteligencia emocional*, Ed. Kairós, Barcelona, 1996.
- GOTTEIL, Julio y SHIFFRIN, Adriana, "Mediación: una transformación en la cultura", Ed. Paidós. Bs. Aires, 1996.
- GOZAÍNI, Osvaldo, A. *Formas alternativas para la resolución de conflictos: Arbitraje, Mediación, Conciliación, Ombudsman, Procesos alternativos*, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1996.

- GROVER DUFY, Karen, GROSCH, James, OLCZAK, Paul, *Community Mediation*, The Guilford Press, N. York, 1991.
- GUILLAUME-HOFNUNG, Michèle, "La Mediation", Ed. Presses Universitaires, París, 1995.
- HIGHTON, Elena y Álvarez, Gladys, *Mediación para resolver conflictos*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1998.
- HOROWITZ, Sara, Notas tomadas de sus clases en el Curso de Postgrado de Mediación en la Universidad de Barcelona, en noviembre de 1998.
- JUNCEDA, Javier, "Cuestiones medio ambientales", COLEX Madrid 1999.
- KOLB, Deborah, M., *When talk Works. Profiles of Mediators*, Josey bass Pub., San Francisco 1997.
- KOVACH, Kimberlee, *Mediation principles and practice*, West Publishing Co., St. Paul, Minn. 1994.
- LINCK, Delfina, *El valor de la Mediación*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- LLEVOT CALVET, Núria, "La mediación gitana: una respuesta al choque de culturas en las instituciones escolares", en *Mediación x 7*, Atelier Ed, Barcelona, 2001.
- MARTIN, Miguel y otros *Teoría y técnica de Mediación y Conciliación. Introducción a la Resolución de Conflictos*, Ed. Interoceánicas, S.A., Buenos Aires, 1995.
- MACKEN, J. J. y GREGORY, Gail, *Mediation of industrial disputes*, The Federation Press, Leichhardt, Australia, 1995.
- MNOOKIN, KOLB, RUBIN, BENJAMÍN, HOROWITZ, LÓPEZ FAURA Y GARAT, *Mediación. Una respuesta interdisciplina*, Ed. Eudeba, Buenos Aires, 1997.
- MOORE, Christopher, *The Mediation Process. Practical strategies for resolving conflicts*, Jossey-Bass Publishers, S. Francisco, 1996.
- MOORE, Christopher, *El proceso de Mediación*, Ed. Granica, Col. Mediación, Buenos Aires, 1997.
- NATÓ, Alejandro M., y RODRIGUEZ QUEREJAZU, Gabriela, "Mediación comunitaria: practicar una ética de la paz" en *Mediación x 7*, Atelier Ed Barcelona, 2001.
- NOGUERAS, Ana, "Elementos que aporta la mediación en el contexto penal juvenil", en *Mediación x 7*, Atelier ed. Barcelona, 2001.

- NOONE, Michael, *Essential Legal Skills. Mediation*, Cavendish Publishing Limited, Londres, 1996.
- PICHON-RIVIERE, E. y QUIROGA, A., *Psicología de la vida cotidiana*. Nueva Visión, Buenos Aires, 1985.
- PIFERRER AGUILAR, Anna, "Regulación y aspectos de mediación familiar", en *Mediación x 7*, Atelier Ed. Barcelona, 2001
- PIFERRER, A., ANSOATEGUI, C. y GARRIGA, Abel, «*Economist and Jurist*», año VII n° 32, agosto 1998, Barcelona,.
- PIFERRER, Ana y ECEIZA, Ángel, "Mediación multicultural", *Boletín de Mediación* No 11, FOMED, Barcelona, 2001.
- ROSEMBUIJ, Flavia, "Nuevas formas de acción en la protección del ambiente: la negociación de la Administración con el contaminador y la mediación de conflictos ambientales" en *Mediación x 7*, Atelier Ed. Barcelona, 2001.
- ROSEMBUIJ, Tulio, "En torno a la mediación fiscal", en *Mediación x 7*, Atelier, Ed. Barcelona, 2001.
- SINGER, Lidia, *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Ed. Paidós, Barcelona, 1997.
- SINGER, Lidia, *Settling disputes, conflict resolution in businnes, families and Legal Sistem*, EEUU, 1990.
- URY, William, *Alcanzar la paz*, Ed. Paidós, BS. Aires, 2000.
- URY, William, *¡Supere el no!. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*. Grupo Editorial Norma, Bogotá, 1997.
- VINYAMATA CAMP, E., "Manual de Prevención". *Resolución de Conflictos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1999.
- WILDE, Zulema y GAIBROIS, Luis, *Qué es la Mediación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1995.
- ZEIGLER, J. W., *The Mediation Kit*, John Wiley and Sons, Inc. Nueva York, 1998.