



# **UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO**

---

---

**DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES Y ECONÓMICO  
ADMINISTRATIVAS**

**LA MEDIACIÓN COMO UNA ALTERNATIVA  
PARA SOLUCIÓN A CONFLICTOS.**

**TRABAJO MONOGRÁFICO**

**PARA OBTENER EL GRADO DE:  
LICENCIADA EN DERECHO**

**Presenta:  
Mildred Yaceli Trejo Puc.**

**Asesores:  
Mtro. Javier Omar España Novelo.  
M.C. Kinuyo Concepción Esparza Yamamoto.  
Lic. Reina Elizabeth Cruz Arguello.**

**Chetumal, Quintana Roo, México, Septiembre de 2010.**



# UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

Trabajo monográfico elaborado bajo la supervisión del comité y aprobado como requisito parcial, para obtener el grado de:

LICENCIADA EN DERECHO

COMITÉ DE TRABAJO MONOGRÁFICO

Asesor: \_\_\_\_\_  
Mtro. Javier Omar España Novelo

Asesor: \_\_\_\_\_  
M.C. Kinuyo Concepción Esparza Yamamoto

Asesor: \_\_\_\_\_  
Lic. Reina Elizabeth Cruz Arguello

Chetumal, Quintana Roo, México, Septiembre de 2010.

## AGRADECIMIENTOS

**A Dios** por haberme dado la vida y de haberme puesto en una familia tan hermosa que me ha enseñado muchas cosas en la vida y con quienes estoy disfrutando el comienzo de mi vida profesional.

**A mis Padres Elodia y Gonzalo**, quienes con su amor y su paciencia, me apoyaron incondicionalmente todo el tiempo para que terminara mi licenciatura, ya que fueron mi motivación para continuar día con día en mi carrera.

Hoy mi éxito es su éxito, gracias por dejarme esta herencia tan bonita en la vida que nunca dejare de agradecerles; por sus sabios consejos y los valores que me han inculcado, así como también, le doy gracias a Dios por haberme dados uno padres como ustedes que siempre me acompañarán en la vida. *¡¡¡Los quiero muchooo!!!*

**A mis Abuelitos** Ángel, Dominga, Anastasio y Josefa, que me vigilan y me cuidan desde el cielo y que son mis angelitos de la guarda. *¡Los quiero mucho!*

**A mis hermanos: Nelsy Lucely** por su responsabilidad, seguridad y fortaleza, ya que me diste tu apoyo sin pedir nada a cambio; por sembrar en mí esa semilla de lograr éxito y de pensar positivamente y a ti **Gonzalo** por ser mi mejor amigo y hermano a la vez, por enseñarme a valorar las cosas por empujarme a realizar mi sueño y por decirme sabios consejos; gracias por ser mis hermanos mayores y de corregir mis errores al igual que papá y mamá. A mis hermanitas **Ángeles Anahi** y **Gabriela Mayte** por sus pláticas y las aventuras que hemos tenido y las que seguiremos teniendo en nuestras vidas. Gracias por apoyarme y ser entusiastas en todo momento. *¡Los quiero Hermanitos!*

**A mis sinoduales** Javier Omar, Kinuyo Concepción y Reina Elizabeth; quienes con su paciencia, me guiaron para la culminación de este trabajo, así como también, me brindaron su tiempo y apoyo para lograr concretar este éxito. *¡Gracias y que Dios los Bendiga!*

**A mis amigas** de la licenciatura **Nayeli, Nubia, Cinthia, Suemi, Ali** y mis amigas **Minerva, Jazmín** y **Sandy**, quienes me brindaron su amistad en los buenos y malos momentos, por su apoyo incondicional, por el optimismo y la alegría que transmiten; gracias por respetar mi forma de pensar y de ser, ya que ustedes formaran parte de mis vivencias. *¡Las Quiero Phavitas!*

## ÍNDICE

	Pág.
Introducción .....	I

### CAPÍTULO I LA MEDIACION: PRINCIPIOS GENERALES

<b>1.1</b> Antecedentes Históricos .....	4
<b>1.2</b> La mediación .....	7
1.2.1 Definición .....	7
1.2.2.Fundamentos .....	8
1.2.3. Propositiones básicas .....	9
1.2.4. Aportes al concepto de mediación .....	11
<b>1.3.</b> ¿Porqué la mediación? .....	12
1.3.1. Factores que limitan la mediación .....	15
<b>1.4.</b> Mediación y litigio .....	17
<b>1.5.</b> Diferencia entre mediación, conciliación y arbitraje .....	18

### CAPÍTULO II EL CONFLICTO

<b>2.1</b> El conflicto .....	22
2.1.1. Concepto .....	22
2.1.2. Naturaleza del conflicto .....	23
2.1.3. La teoría del conflicto .....	25
<b>2.2.</b> Etapas del proceso de mediación .....	27
<b>2.3.</b> Funciones del mediador .....	34
<b>2.4.</b> Resolución y manejo de	

conflictos .....	35
2.5. Enfoques a la resolución de conflictos .....	36

### **CAPÍTULO III MEDIACION: EN AMERICA Y EUROPA**

3.1. Experiencia de la mediación comparada .....	38
3.1.1. Países Europeos .....	38
3.1.1.1. Alemania .....	38
3.1.1.2. España .....	39
3.1.1.3. Francia .....	41
3.1.1.4. Suiza .....	42
3.1.2. Países Americanos .....	43
3.1.2.1. Canadá .....	43
3.1.2.2. Colombia .....	45
3.1.2.3. Ecuador .....	46
3.1.2.4. Estados Unidos de Norteamérica. ....	47
3.1.2.5. México .....	48

### **CAPITULO IV EL MEDIADOR**

4.1 El mediador: Exigencias legales .....	52
4.1.1. Caracteres que debe reunir el mediador .....	52
4.1.2. Responsabilidades del Mediador. ....	52
4.1.3. Responsabilidad del .....	

mediador hacia otros mediadores .....	55
4.2. El abogado y la Mediación .....	56
4.2.1. Rol tradicional del abogado en la mediación .....	56
4.2.2. El rol del abogado en la mediación .....	57
4.2.3 El abogado mediador .....	59
4.3. El abogado litigante, el mediador y el juez: sus diferentes posiciones ante la ley. ....	60
4.3.1. El abogado litigante .....	60
4.3.2. El mediador .....	61
4.3.3. El juez .....	62

## **CAPÍTULO V LA MEDIACION EN DIVERSAS RAMAS DEL DERECHO**

5.1 Mediación Familiar .....	63
5.2 Mediación Penal .....	70
Conclusiones .....	73
Fuentes bibliográficas .....	76

## INTRODUCCIÓN

Como podemos darnos cuenta en el mundo, al menos en el ámbito judicial nos encontramos ante una sociedad multicultural y diversa, en el que día a día, habrá conflictos entre personas de carácter económico y social.

En los últimos años, se ha revelado un punto de saturación, debido a que los tribunales no pueden satisfacer los intereses de las partes dentro de un juicio, en el cual se deben replantear la forma de resolver los conflictos, pues los aspectos cuantitativos que configuran el rostro frío e impenetrable de nuestro sistema de justicia, son insuperables y han aumentado significativamente el número de juzgados; razón por la cual, se debe considerar formas diversas de resolver las controversias.

Tras la necesidad de solucionar conflictos ante una sociedad que cotidianamente exige justicia, se ha generado la búsqueda de nuevos medios alternativos de solución para las desavenencias presentadas por las personas e incluso corresponde a una técnica que se extiende a grupos sociales y aún Estado envuelto en discrepancias, los cuales buscan evitar una jurisdicción de jueces, tribunales u organismos institucionales.

Es por ello, que la mediación como un medio alternativo de resolución de conflictos, es para las personas que con una real y efectiva cultura de la paz, puedan solucionar sus problemas, ya que hoy en día la mediación es una de las vías más adecuadas de resolución de conflictos, ya que éste se basa en el diálogo, para tener una adecuada comunicación en la cual, participa una tercera persona llamada mediador, que se caracteriza por ser neutral, y así promueva la participación de las partes con técnicas de comunicación adecuadas, para que al momento de mediar el resultado sea exitoso generando propuestas mutuamente para una solución aceptable evitándose llevar diferentes asuntos dentro de los juzgados; ya que como si bien es cierto, las personas que llegan a un juicio sufren de un desgaste emocional, además de que pierden tiempo y dinero, aunado a que

se siguen desprendiendo más conflictos y se pierda la comunicación entre la sociedad.

En la actualidad la mediación de manera profesional se sitúa como una alternativa viable al proceso judicial, que permitirá a las partes de un juicio evitar situaciones de tensión y conflicto propias de todo juicio, en que el énfasis está en obtener el máximo de beneficios en perjuicio de la otra parte. Además, permitirá a las partes tomar una decisión libre en un proceso civilizado de negociación, cuyo objetivo es un equilibrio óptimo en el resguardo de derechos y bienes de las partes, pero fundamentalmente, del respeto personal sin que pueda haber forma de obligar a las partes ya que si alguna de las partes desea ponerle fin puede hacerlo.

Por lo expuesto antes, el primer capítulo contiene un esbozo de los antecedentes históricos de la mediación, así como también, la definición que algunos autores le dan a la mediación; sus fundamentos y las proposiciones básicas; el por que de la mediación; los factores que limitan la mediación y la diferencia que tiene con otros medios alternativos de solución de justicia.

En el segundo capítulo se hablará del conflicto; su naturaleza del conflicto; la teoría del conflicto y de cómo el ser humano tiende a solucionarlo; así mismo, las fases por la cual pasa el ciclo de de vida del conflicto y las etapas del proceso de la mediación.

En el tercer capítulo se acordará, sobre el surgimiento de la mediación y aplicación en cada uno de los países, en virtud, de que es parte importante para nuestro enriquecimiento y perfeccionamiento de la justicia alternativa de nuestro país.

En el cuarto capítulo se explicará de los caracteres que debe reunir el mediador como lo es la imparcialidad, neutralidad, inteligencia y paciencia misma que son indispensables para el que mediador pueda llevar una correcta mediación, así mismo, se hablará de las responsabilidades del mediador y el rol que tiene el abogado mediador. En el quinto capítulo se hablará de la mediación en materia

familiar sus principios y su relación con la solución judicial y de cómo se da la mediación en materia penal y en que momento será aplicable.

Para finalizar este trabajo monográfico, el objetivo de la mediación es de impulsar su aplicación, como medio alternativo de justicia a través de sus técnicas y el uso de habilidades para el manejo de los conflictos de forma favorable hacia las partes; así como también, el uso de estrategias para intervenir de manera más eficaz y creativa en la solución de conflictos para su aplicación en diversos ámbitos, ya que la mediación cumple con los principios de equidad, imparcialidad, profesionalismo, celeridad, confidencialidad y voluntariedad.

## CAPÍTULO I

### LA MEDIACION: PRINCIPIOS GENERALES

#### 1.3 Antecedentes Históricos

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.

Confucio hablaba de la existencia de una armonía natural en las relaciones humanas, que no debía interrumpirse.

La mediación a gran escala se sigue ejerciendo en la actualidad en la República Popular de China a través de la institución de los comités populares de conciliación. Incluso en el sistema legal chino se concede una importancia considerable a la autodeterminación y la mediación en la resolución en todo tipo de desavenencias.

En algunas partes de África, la costumbre de reunir una asamblea, o junta de vecindario, ha constituido durante largo tiempo un mecanismo informal para la resolución de una serie de desavenencias interpersonales. Cualquier contendiente o vecino puede convocar una asamblea donde una personalidad respetada, o “autoridad” actúa como mediador para ayudar a las personas interesadas a solucionar su conflicto de una manera cooperativa.

Durante siglos la iglesia o templo ha desempeñado un papel destacado en la resolución entre sus miembros. Con frecuencia, el párroco, sacerdote, ministro, o rabí local era invitado a intervenir como mediador, especialmente en desavenencias familiares, para sugerir formas en la que los contendientes podían convivir o reorganizar sus relaciones. Existe una rica tradición de mediación en el Nuevo Testamento que proviene del reconocimiento de que Pablo se dirigió a la congregación en Corinto, pidiéndoles que no resolvieran sus desavenencias en el tribunal, sino que nombraran a personas de su propia comunidad para conciliarlas.

Los grupos étnicos y religiosos, así como otras subculturas, han establecido históricamente sus propios sistemas alternativos para resolución de desavenencias. Con ello pretendían la imposición de los valores gubernamentales de la mayoría y conservar sus propios medios de resolución de conflictos.

La resolución de conflictos interpersonales y comerciales entre miembros de un subgrupo con la asistencia de terceras partes respetadas del mismo grupo era una manera de conservar la acariciada independencia y establecer normas. La mediación, y hasta cierto punto el arbitraje, representaban una forma de investir autoridad personal, cultural y religiosa, sin llegar a conceder el poder para decidir desavenencias personales al rey u a otra autoridad secular.

En Estados Unidos, los inmigrantes chinos establecieron la Chinese Benevolent Association para resolver a través de la mediación, desavenencias entre miembros de la comunidad y dentro de la familia. En 1920, la comunidad judía Norteamérica estableció su propio foro de mediación, el Jewish Conciliation Board, en la ciudad de Nueva York. Los primeros cuáqueros en los Estados Unidos ejercían tanto la mediación como el arbitraje para resolver sus desavenencias comerciales y desacuerdos maritales, sin recurrir al litigio.

A fines de la década de 1960 surgió entre la sociedad estadounidense un fuerte interés por formas alternativas de conciliación de desavenencias, aunque ya se había observado el interés anteriormente. Este periodo se caracterizó por las presiones y el descontento en numerosos frentes, se observó una mayor aceptación del divorcio como acontecimiento común de la vida. Conflictos que en el pasado podrían haberse resuelto a través de deferencia, rechazo o renuncia, se llevaron a los tribunales.

Los archivos de los tribunales respecto a quejas del orden civil y criminal, se expandieron rápidamente. Se multiplicaron los expedientes de casos de relaciones domésticas. En los círculos judiciales y legales se presentaron retrasos alarmantes. El público se vio cada vez más desilusionado con la formalidad, los

gastos y la lentitud de los trámites judiciales. Se externaron preocupaciones ante la negativa de acceso a la justicia.

En respuesta al uso exagerado del litigio, a la insatisfacción popular referente al sistema formal de justicia y a la vez mayor propensión de los estadounidenses a presentar demandas por agravios y quejas, una serie de organizaciones establecidas intentó proporcionar servicios de mediación. Además surgieron nuevas identidades para satisfacer la necesidad de formas alternativas de resolución de desavenencias.<sup>1</sup>

La American Arbitration Association (AAA) comenzó a establecer criterios y ofrecer capacitación para aplicar la conciliación, la mediación y el arbitraje en desavenencias relacionadas con el consumidor, la comunidad y asuntos domésticos. Profesionales de la AAA, el FCMS y otras organizaciones crearon la Society of Profesionales In Dispute Resolutions (SPIDR), con el objeto de promover un mayor uso de los neutrales para resolver todo tipo de desavenencias, una serie de secciones de la American Bar Association (ABA), formó comités de mediación y arbitraje para explorar la aplicación de resolución alternativa de desavenencias para temas específicos. A nivel local, cobraron numerosos centros de justicia de vecindarios y consejos de la comunidad similares al surgimiento, en los años 50, de los comités del buen vecino en Polonia. Asimismo, se establecieron centros y clínicas de mediación familiar en numerosas comunidades. Algunos de estos proyectos locales han estado asociados a los tribunales; otros se han declarado como la antítesis de cualquier entidad relacionada con los tribunales establecidos.

Algunas organizaciones locales, regionales y nacionales comenzaron a funcionar en los años 70 ofreciendo mediación para ciertos tipos de desavenencias El Institute for Enviromental Mediation en el Noroeste, y el Center for Enviromental Conflict Resolution (Resolve), actualmente parte de the conservation foundation, constituyen dos ejemplos de mediación relacionadas con los recursos naturales. El

---

<sup>1</sup> Taylor Folberg, *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*, México, limusa, 1997, pp. 23-24.

Rocky Mountain Center for the environment (ROOMCOE) actualmente denominado ACCORD Associates, fue el primer grupo de mediación relativa al ambiente, y se fundó en 1968. Las organizaciones especiales que emplean la mediación y otras técnicas de resolución de desavenencias para la conciliación de agravios institucionales y desavenencias entre entidades comerciales han proliferado en ambas costas.

Algunos estudiosos en derecho, en especial Lon Fuller (1963, 1971), Frank Sander (1976,1977,1982) y Roger Fisher (1978,1983), todos aquellos de la Harvard Law School, han contribuido en la formación de pensamiento profesional y público respecto a los procedimientos, la aplicación y las técnicas para la resolución de conflictos fuera de los tribunales. Robert Mnookin y Lewis Kornhauser (1979), analizaron el papel de las normas legales en la conciliación de las desavenencias domésticas, David Trubek, Marc Galanter y Stewar Macaulay del University of Wisconsin Dispute Processing Research Program (1983), dieron un carácter empírico al estudio de la conciliación legal de desavenencias. Tres destacados mediadores con estudios interdisciplinario: O.J. Coogler (1978), Howard Irving<sup>4</sup> (1980) y John Haynes (1981), han publicado durante los últimos años, libros que han contribuido a guiar y promover un rápido desarrollo en la aplicación de técnicas de mediación para desavenencias familiares y de divorcio.

## **1.4 La mediación**

### **1.4.1 Definición**

La historia de la mediación únicamente comienza a definir lo que ésta es; numerosas interrogantes acerca de la mediación se aclaran al comprender mediante el entendimiento de lo que es y lo que no es mediación.<sup>2</sup>

La mediación es, por principio y sobre todo, un proceso que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver.

---

<sup>2</sup> Ibid;p.27

La mediación es una alternativa a la violencia, la auto-ayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades.<sup>3</sup>

Algunos consideran que la meta principal de la mediación es el manejo del conflicto, y no la resolución de la desavenencia, y parte de la literatura se refiere a la mediación como un proceso de manejo de conflicto.

Según Highton y Álvarez, la mediación es un procedimiento no adversarial en la cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable.<sup>4</sup>

Para Moore, la mediación implica la intervención de un tercero aceptable, imparcial y neutro, que carece de poder de decisión y habilitado para ayudar a las partes contendientes a alcanzar voluntariamente el arreglo mutuamente aceptable de los temas en discusión<sup>5</sup>.

### **1.2.2. Fundamentos**

Los fundamentos para la mediación como alternativa a la controversia entre adversarios, como el efecto de los convenios derivados de la mediación, parecen darle un carácter prometedor, si no es que forzoso, cuando se le compara con el litigio como modelo del procesamiento. La mediación puede instruir a los participantes acerca de las necesidades mutuas, y ofrecer un modelo personalizado para conciliar desavenencias futuras entre ellos. Por lo tanto, puede

---

<sup>3</sup> Taylor Folberg, *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*, México, limusa, 1997, p. 27

<sup>4</sup> G. Dupuis, Juan Carlos, *Mediación y Conciliación: mediación patrimonial y familiar y Conciliación Laboral*, 2ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot 2001, p. 41.

<sup>5</sup> Idem

ayudarlos a aprender la forma de trabajar, aislar los problemas que requieren decisiones y darse cuenta de que, con cooperación puede obtener beneficios.

La mediación ofrece esta ventaja, porque no está sujeta a las reglas procesales ni a las del derecho sustantivo, ni a los principios que dominan la controversia judicial, la autoridad final en la mediación corresponde a los propios participantes, y esto pueden diseñar una solución única que les dé resultado sin estar sujetos estrictamente a los precedentes, o indebidamente preocupados respecto a los precedentes que puedan establecer otros.

A diferencia del proceso judicial, el énfasis no se hace en cuanto a quién tiene la razón o no, o quién gana y quién pierde, sino en establecer una solución práctica que satisfaga las necesidades únicas del participante. La mediación es un proceso de triunfo.

La mediación funciona de manera satisfactoria para muchos tipos de desavenencias. Los grupos y los individuos que intentan resolver sus diferencias mediante el uso de este proceso por lo general responden favorablemente a las evaluaciones de post-mediación acerca de su justicia y valor.

La mediación da resultados y ayuda a los participantes a sentirse mejor acerca del resultado, en comparación con otros métodos de resolución de desavenencias. En algunos estudios, incluso participantes que no firmaron una conciliación por mediación informaron que no modificarían su decisión de recurrir a ésta si tuvieran la oportunidad de hacerlo nuevamente. A pesar del resultado, opinaron que la mediación como proceso constituía una mejor opción.

### **1.2.3. Propositiones básicas**

Las proposiciones básicas de los mediadores comparten un conjunto de principios, aunque son pocas las ocasiones en que dichos principios se han definido en forma sistemática.

De igual forma, tienen el propósito de contribuir a formar un marco de valores y creencias que permita a los mediadores el desarrollo de una teoría compartida de práctica. La identificación, el sometimiento a pruebas y el perfeccionamiento de un conjunto de principios sobre los cuales los mediadores pueden llegar a un acuerdo, hará posibles que la mediación se desarrolle hacia una profesión independiente y distinta. La “profesionalización” de la mediación servirá mejor a los intereses del público, así como a las necesidades del mediador, estos principios, a los que llamaremos proposiciones, forman la filosofía de la mediación.

A continuación se detallan las siguientes proposiciones:

Proposición 1. Las personas tratan de eludir lo que perciben como negativo o destructivo (dolor), y se dirigen hacia lo que perciben como ventajoso y positivo (placer).

Proposición 2. Las personas toman decisiones más completas, y por lo tanto mejores cuando están conscientes de los sentimientos ocasionados por los conflictos, y se enfrentan a dichos sentimientos de una manera efectiva.

Proposición 3. Los participantes en una desavenencia personal pueden tomar mejores decisiones acerca de sus propias vidas, que cualquier autoridad externa como un árbitro.

Proposición 4. Los participantes de un convenio se sienten más inclinados a sujetarse a sus términos si sienten cierta responsabilidad por el resultado y desarrollan un compromiso hacia el proceso utilizado para alcanzar el convenio.

Proposición 5. En la mediación, la historia pasada de los participantes es importante sólo en relación con el presente, o como base para presidir las necesidades, intenciones, habilidades y reacciones futuras a las decisiones.

Proposición 6. Mientras mayor sea la precisión con que un convenio de mediación refleje las necesidades, intenciones y habilidades de los participantes mayor será la probabilidad de que éste dure.

Proposición 7. Dado que es probable que cambien las necesidades, las intenciones y las habilidades de los participantes, el proceso debe incluir una forma de modificar el convenio en el futuro. Por lo tanto, el cambio que se considera como una parte constructiva y viable del convenio y debe estar considerado en el proceso de mediación.

Proposición 8. El proceso de mediación es substancialmente el mismo para todos los participantes y todas las situaciones, pero las técnicas, el programa y las tareas a realizarse deben variar para ajustarse a las circunstancias, a los participantes, y al carácter único del mediador.

#### **1.2.4. Aportes al concepto de mediación**

La mediación se ubica, entre las técnicas alternativas de resolución de conflictos más utilizadas, junto con el arbitraje y la negociación. Si se reúnen los elementos comunes de diferentes definiciones se puede decir que la mediación es una técnica o un método para resolver conflictos a través del acuerdo y la participación activa de las partes involucradas, y que es concluido por una tercera parte neutral que no tiene facultades de decisión.

Singer se caracteriza como "...el método principal de negociación con hombre bueno" y describe al proceso como "...voluntario, confidencial formalmente flexible, limitado en tiempo, que se desarrolla con la participación activa de las partes, en la cual consta de una serie de etapas conocidas y aceptadas de antemano"; también dice que es una técnica sumamente versátil que se adapta con facilidad para ser utilizado en gran cantidad de asuntos.<sup>6</sup>

La misma autora menciona: "...el hecho de que los participantes en la mediación determinen ellos mismos sus soluciones, los hace tener un mayor compromiso con los resultados del acuerdo, que si éstos los fija un tercero"<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Singer L. R. resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresariales, familiar y legal. Buenos Aires, Paidós. 1996 pp. 31-49

<sup>7</sup> Ibídem p. 52

Otros autores incluyen en sus definiciones ciertos particulares, por ejemplo el énfasis en la que la mediación ofrece un foro neutral para dilucidar diferencias.<sup>8</sup>

Davis explica que la mediación es “de naturaleza, respetuosa” y que propicia la resolución de los conflictos por parte de los “expertos reales”, como denomina los partes involucradas.<sup>9</sup>

Cabe señalar que la mediación tiene las siguientes ventajas:

- ✓ Reduce significativamente los costos emocionales y económicos.
- ✓ Ofrece un espacio privado para ventilar los asuntos personales.
- ✓ Es una técnica flexible y adaptable para cualquier tipo de población.

Los campos en los que actualmente se han desarrollado más la mediación son:

- ✓ El sistema de víctima-ofensor.
- ✓ El de consumidor-Proveedor.
- ✓ El comunitario.
- ✓ El Escolar.
- ✓ El familiar, que se trata en este trabajo.

### **1.3. ¿Por qué la mediación?**

El interés de la mediación se debe a que los tribunales no pueden satisfacer la demanda de sus servicios y es un medio de resolución de conflicto, toda vez que la mediación es un proceso menos costoso, desde el punto de vista del dinero, del tiempo y de la energía emocional; así como también voluntaria y confidencial, que se lleva a cabo en una sala donde se encuentra las partes con una tercera persona neutral, que tiene la preparación necesaria para asistirlos en el proceso de negociación, pero que no tiene poder para decidir los acuerdos.

---

<sup>8</sup> Ostermeyer, M., “Realizar la Mediación”, en la mediación y sus contextos de aplicación, España, Paidós, 1991.

<sup>9</sup> Davis, W., “Diseño de Sistemas para Resolver conflictos: la experiencia como multipuertas en E.U.” en Mediación: una transformación de la cultura, pp.191-214

Peter Lovenheisem<sup>10</sup>, explica que el objetivo del juicio es la búsqueda de la verdad, pero que la búsqueda de la verdad y solución del problema, son la misma cosa; lo que las personas en conflicto buscan no es necesariamente la verdad sino la solución al conflicto, lo más rápidamente, justamente y menos costosamente posible. Sobre todo en casos en los que es conveniente conservar la relación, como cuando se trata de una larga amistad, un cliente, un vecino, un miembro de la familia, la búsqueda del error o de la culpa destruye rápidamente lo que puede haber quedado de la relación.

La mediación es ciertamente congruente con la cultura oriental. El oriental no bloquea la energía de otro, como pasa en un juicio donde cada uno defiende su posición. Más bien, aprovecha la energía de otro para conseguir lo que quiere. Esta inclusión del otro en el proyecto, es de tener en cuenta la necesidades del otro para satisfacer las propias, tiene que ver con el estilo de la negociación. Los orientales se sumergen en la experiencia para comprender, viven el proceso.

Para los orientales esto es tan común como el día que se transforma en la noche y la noche en el día. En cambio, para nosotros, los occidentales, es decir que sí y luego que no, significa retractarnos, contradecirnos, y esto lo evitamos por miedo a quedar mal. Éste es uno de los problemas con el que se enfrentan los mediadores. Como la negociación a veces es imposible son este flujo, sin este cambio de percepción el mediador es el que asume la culpa, el compromiso de la contradicción, para que no se bloquee el proceso.

En Estados Unidos la mediación se conoce ya en 1636, cuando los fundadores de Dedham, una comunidad de origen puritano situado cerca de Boston, organizaban un sistema informal de mediación. Los colonizadores holandeses de New Netherland, y más tarde, en 1800, los inmigrantes chinos en la costa oeste, los escandinavos en el centro-oeste y los judíos en Nueva York organizaban sus propios sistemas.

---

<sup>10</sup> Sparvieri Elena, Principios y Técnica de Mediación: un método de resolución de conflictos, 2ª ed., Argentina, Biblos, 1995 p. 15.

En la mediación las partes asumen el control, se comprometen con su situación vital, establecen una relación cooperativa, coparental, con el otro, que es de suma importancia para el desarrollo de los hijos. Por otro lado, la mediación es un proceso menos costoso, desde el punto de vista del dinero, de las emociones y del tiempo, pues no sólo es menos desgastante sino también más corto.

Las entrevistas que tratan los temas conflictivos de custodia, visitas y alimentos se llevan a cabo con las dos partes o en con cada uno por separado. Dado que es un proceso voluntario, esto depende de la decisión de las partes, por un lado y por otro, de la opinión del mediador. Si éste considera que el nivel de comunicación entre ellas es aceptable o si él puede establecer las bases para una buena negociación, propondrá reuniones conjuntas; de lo contrario serán más efectivas las reuniones individuales (caucus). Entonces, podemos decir que la mediación, como técnica alternativa de resolución de conflictos matrimoniales, tiene por objetivo a los hijos y el interés de ambas partes. Por ser voluntaria, posibilita a las partes incorporar en los acuerdos sólo si desean mantener el control de su funcionamiento o implementación. Esta negociación se da dentro del marco de la confidencialidad. El concepto de confidencialidad es de suma importancia para que nada de lo que se diga puede ser usado como testimonio contra el otro. No se cumple la confidencialidad en caso de delito hacia un menor, peligro de vida, o en el caso de autorización explícita.

Por otro lado, la creciente concientización de los derechos civiles, de los derechos del consumidor, del papel cambiante de la mujer en la sociedad, así como la amenaza a la paz en nivel internacional, trajeron aparejada una mayor frustración e intolerancia ante la injusticia del sistema formal y de los gastos y lentitud de los trámites que implica.

La mediación nace entonces como una respuesta a esta insatisfacción generalizada ante la forma adversarial de resolución de conflictos.

### **1.3.1. Factores que limitan la mediación**

Una seria limitación puede ser la violencia en las relaciones familiares, a menos que se puede contar con la contención terapéutica necesaria. Si el divorcio es del tipo de los llamados malignos o sea destructivo, la mediación es imposible. En este caso, no se admite responsabilidad por los hechos ocurridos, no hay reconocimiento ni cumplimiento de la sentencia o decisiones judiciales, el bienestar de los hijos no es objetivo, más bien se utiliza para establecer alianzas destructivas de modo que resulta imposible formalizar acuerdos con la mirada en el sistema familiar global.

Por otro lado, el cambio siempre se da con un cierto compromiso de la persona o sea en la que depende en gran medida del rol participativo que suman las partes y de su interés en continuar la relación, sea por elección o por circunstancia.

En Estados Unidos cerca de la mitad de las disputas traídas a los centros especializados no llegan al proceso de mediación. Esto se debe a la fuerte resistencia que el concepto de mediación genera en la parte que responde al pedido. Peter Loveheim (1989:61) cita a Anne Richan: “la mediación es un concepto desconocido para nuestra sociedad. Nos enseñan a palear hasta el final, y que gane el mejor. Y sino se puede ganar por los propios medios, el caso se lleva ante el juez. Sentarse a la mesa a discutir un conflicto es un cometido extraño y que a menudo asusta, de modo que pocas personas están dispuestas a intentarlo.”

A veces una de las partes no requiere mediar el conflicto por que desconoce los beneficios de la mediación o simplemente por que no quiere poner fin al litigio. A veces se piensa que un abogado va a proteger mejor los derechos, y revelar “la verdad” que pruebe que él/ella está en lo cierto y el otro equivocado. Muchas veces es el abogado de la otra parte el que aconseja rehusar, por desconocimiento, o porque su postura es contraria a la mediación e incluso, a veces, admitámoslo, hay buenas razones personales para negarse.

Si las relaciones que mantienen las partes son hostiles, es más efectivo que sea el mediador el que trate de convencer a la otra parte para que asista a la entrevista. Para ello, le enviará una carta enfatizando los beneficios de la mediación, costos y detallará la trayectoria del centro al que pertenece, o su trayectoria personal si trabaja como profesional independiente. En la carta le notificará que lo llamará dentro de un tiempo para responder a sus preguntas e informarse de su decisión. Este tipo de carta evita que el mediador llame espontáneamente y sin previo aviso, prepara al demandado y le da la oportunidad de considerar la viabilidad de la mediación antes de hablar con el mediador.

Si las dos partes se acercan a la mediación, se habrá dado un gran paso hacia la resolución del problema, pues significa que están dispuestos a cooperar y a aceptar la influencia de una tercera persona (la del mediador) en la resolución del conflicto.

Puede que exista un delito serio, por ejemplo, de violencia hacia la mujer o de abuso sexual de los hijos. Estos son crímenes y pertenecen al ámbito de la justicia. Por otro lado, si la mujer ha sido víctima de violencia no podrá participar libremente pues temerá la represalia y se sentirá intimidada, en caso de abuso, le será difícil al mediador mantener su posición neutral, y si siente que el prejuicio interfiere con su rol debe retirarse del caso. Si durante el proceso de mediación se revela nueva evidencia de abuso de la mujer o de los hijos, se debe interrumpir la mediación y remitir el caso a la justicia.

En el ámbito de las relaciones laborales, o en ciertos sectores de nuestra sociedad donde el hombre es el que tiene la responsabilidad económica del hogar y la mujer no trabaja, el poder no está equilibrado. Existen distintas posiciones respecto de este problema. Algunos aconsejan no mediar en situaciones de desigualdad porque es como enfrentar la oveja y el lobo. Pero los demás opinan que este motivo es infundado puesto que, siendo el proceso de mediación un proceso

voluntario, se supone que tanto el uno como el otro de los integrantes están interesados en el arreglo.<sup>11</sup>

#### **1.4. Mediación y litigio**

La mediación es un proceso en el cual las partes con intereses en conflicto puedan llegar a un acuerdo para solucionarlo. El camino para tal acuerdo es el diálogo entre ellos, facilitado por el mediador.

El litigio es el arte de conducir el reclamo de un derecho o la defensa ante tal reclamo, por medio de un procedimiento que supone la fractura en el diálogo entre aquellos que tienen intereses encontrados. En el primer caso el producto es un contrato, es decir un acuerdo de voluntades. En el segundo caso es una sentencia, esto es, una voluntad imperativa que impone a la de las voluntades en conflicto.

Graduarse en derecho es haber acreditado que tuvo la capacidad para explicar los textos y las leyes estudiadas. Sin embargo eso no garantiza que posea habilidad para ejercer la abogacía, ni dictar una buena sentencia, del mismo modo que el hecho de concluir los mejores cursos de mediación sólo asegura haberlos probado.

Sabemos que aprender las más calificadas técnicas de cualquier arte, no hará de quien las domine un virtuoso, sino apenas alguien que maneja esas técnicas. Queremos decir que siempre hace falta algo más o, más concretamente, mucho más que haber leído algunos libros y realizado ciertos ejercicios aleccionadores para ser artista.

El elemento común en los casos es el conflicto. La abogacía y la mediación requieren arte, si se tienen aptitudes (que no sabemos de donde vienen o cómo es posible convocarlos). Las enseñanzas tendrán un valor muy importante. De otro

---

<sup>11</sup> Sparvieri Elena, Principios y Técnica de Mediación: un método de resolución de conflictos, 2ª ed., Argentina, Biblos, 1995 pp. 21-23.

modo serán tan sólo ilustración que logrará ampliar los horizontes del alma y aún adquirir buenos hábitos y niveles de conversación pero nada más.

En los temas de familia, la condición de esa aptitud, o de ese don, es padecer el conflicto en el alma para esto ni siquiera es necesario ser consciente de ello, sino sólo tener la sensibilidad, en este caso, sinónimo de inteligencia, de vivir como mortal. Partiendo de esta base, entonces se estará en condiciones de ejercer el arte más difícil en nuestros días; escuchar a nuestros semejantes, ósea enfocándonos al tema de la mediación al cliente o las partes en conflicto. Por lo que es importante, prestar atención a lo que nos dicen, a lo que no nos dicen y a lo que nos dicen sin saber que lo dicen o bien creyendo que no tiene la menor importancia, ya que cada una de las partes del conflicto habla de la otra parte: a veces como de un reverso, otras como de algo alejado y aun demoníaco. Y aún, otras más, como si de sí mismo se tratara, y aquí tocamos los temas de familia.

Sin esta posición del mediador, o bien del abogado, las intervenciones o acciones que se emprendan padecerán del vicio sustancia de no conocer adecuadamente el campo en que se actúa. Con esa carencia, el resultado posiblemente conduzca al fracaso de los objetivos que se hubieran planteado.

Conocer el campo de trabajo no es agotarlo en sus sentidos, tarea imposible que sólo responde a una ilusión de la deformante enseñanza que todos padecemos. Conocer es estar provisto de los recursos del saber que nuestro medio social dispone para abordar determinada tarea. En los conflictos de familia, este saber está conformado fundamentalmente por el conocimiento del derecho y de los campos afectivos y económico en que tales problemáticas se desarrollan.

### **1.5. Diferencia entre mediación, conciliación y arbitraje**

Mediación: La mediación es un procedimiento orientado a facilitar la comunicación hacia las partes que se encuentren en un conflicto, en la cual se busca una solución aceptable, a la que podrán llegar con la ayuda de un tercero neutral

llamado mediador, que mediante el uso de habilidades aprendidas, intenta ayudar a las partes para que mutuamente generen propuestas aceptables, para llegar a un acuerdo.

Características:

- a) Al igual que en la conciliación, al mediador lo escogen o eligen las partes o un tercero, misión que deberá recaer en una persona que posea las dotes necesarios para hallar soluciones a un problema que las partes por iniciativa propia no están en capacidad de brindar.
- b) Constituye un sistema intermedio de solución de conflictos entre la conciliación y arbitraje, una puja adicional que permitirá a las partes inmersas hallar en familia, y de manera directa, la solución que no ha sido posible aún materializarse.
- c) Asimismo, se caracteriza por tratar de alcanzar una aceptación de las partes por intermedio de la propuesta de un tercero, que solo tiene fuerza de recomendación. El mediador no impone nada. La presencia y labor del mediador no restringe ni limita la iniciativa de las partes para lograr por si misma la solución directa del conflicto.
- d) El tercero pese a no tener autoridad sobre la decisión en si, sin embargo ayuda a las partes en el proceso de adoptarla, actúa como catalizador entre ellas

Conciliación: es un procedimiento autónomo y alternativo en la cual las partes enfrentadas que se encuentran en conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial que les manifiesta propuestas de solución para que les facilite la comunicación y puedan solucionar su conflicto.

Características:

- a) es un acto jurídico a través del cual las partes recurren a un tercero para que les ayude a resolver un conflicto.

- b) requiere la existencia de un tercero, este no decide, se limita a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismos estimen conveniente.
- c) es un mecanismo alternativo de solución de conflicto, ya que las partes pueden optar por la conciliación, por el arbitraje o por ir al Poder Judicial.
- d) la oralidad e intermediación están siempre presentes, pues el conciliador estará al lado de las partes que han solicitado su actuación, las que se realizarán sin intermediarios. Es inimaginable un proceso conciliador con escritos que van y vienen, pues la casi totalidad de negociaciones se efectivizan mejor sin la presencia de documento alguno o de formalidad específica.
- e) Ese tercero no propone, no decide, ni siquiera interpreta la norma en conflicto, menos hace esfuerzo alguno para su aplicación. Se limita simplemente a señalar el camino posible de solución de conflictos, pues en última instancia las partes se avendrán o no a las soluciones que ellos mismo estimen conveniente.
- f) pretende evitar un procedimiento heterónomo o la simple prosecución del proceso ya iniciado.
- g) trata de fomentar un acercamiento entre las partes con miras a demostrar que este es preferible a su total inexistencia, propiciando que el dialogo posibilite la solución del conflicto.
- h) carece de toda formalidad, es un acto informal por excelencia, por eso que se ha convertido en una herramienta flexible por la amplia libertad conservada al conciliador; empero nada quita al conciliador que tenga su propia metodología para lograr el éxito que se ha propuesto al iniciar su labor conciliadora.

Arbitraje: es un procedimiento en el cual las partes que no llegan a un acuerdo se someten a un tercero, que es ajeno e imparcial mismo que les resuelve el litigio mediante una decisión vinculativa y obligatoria.

#### Características:

- a) el proceso arbitral se desenvuelve conforme a etapas basado en determinadas formalidades propuestas por los poderes públicos, siendo por ese solo hecho, una respetable institución jurisdiccional.
- b) el laudo arbitral será siempre una solución de conciencia, toda vez que se emite conforme a las disposiciones legales pero sobre todo a la equidad, evitando por ello llegar a injustas desproporciones que puedan figurar en el derecho y las obligaciones de las partes en conflicto.
- c) es necesario la existencia de un conflicto entre dos o más partes para que sea necesario recurrir a la institución arbitral y que las partes involucradas hayan decidido esta vía de solución, para cuyo efecto suscriben previamente un acuerdo denominado compromiso arbitral.
- d) siendo las partes las depositarias del derecho solucionar sus diferencias como mejor les parezca, es posible que de mutuo y común acuerdo decidan que cada vez que surja un conflicto, este sea sometido obligatoriamente al proceso arbitral siempre que no se vulneran intereses, el orden publico ni derechos de terceros.
- e) Por un lado el juez tiene jurisdicción el arbitro carece de ella, el juez tiene facultades cautelares y ejecutivas que no tiene el arbitro, no obstante, para que obtenga estas tendrá necesariamente que recurrir a aquel.
- f) los árbitros deben emitir un fallo, tiene facultades propias de un juzgador, en tal sentido, pueden actuar y valorar las pruebas que les permitan arribar a una decisión final.

## **CAPÍTULO II**

### **EL CONFLICTO**

#### **2.1 El conflicto**

##### **2.1.1 Concepto**

La palabra conflicto tiene dos perspectivas. Una es la perspectiva filosófica, que abarca la esencia de la condición humana. Con esto se alude a la contradicción que significa para todo hombre su condición de mortal, por la cual el mismo acto de crecer es envejecer. Como vemos, se trata de un conflicto que no es susceptible de ser superado por una armonía en la que convivan ambos aspectos de manera contradictoria. Otra es la perspectiva que aquí consideramos: es el encuentro de intereses excluyentes entre dos o más personas.

Esta perspectiva, que implica el ocultamiento de la filosófica, está sustentada por categorías muy consolidadas en nuestros prejuicios cotidianos, siendo la verdad única y el bien como paradigma excluyente de su opuesto, el mal.

Decimos “ocultamiento” porque, desde el punto de vista filosófico, no hay exclusión posible de los aspectos del conflicto sino convivencia; en cambio, la segunda perspectiva considera que la superación del conflicto es posible, y lo es a expensas de la derrota del interés que no inviste el carácter de verdadero, con lo cual se logra el triunfo de la verdad que es el bien anhelado.

El conflicto es un presupuesto de la mediación. Que menciona, que si no hay una situación de choque, de combate o confronte, no habrá campo para la mediación, puesto que, en definitiva, no existiría desacuerdo que torne necesaria una solución.

De acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española, el conflicto, del latín *conflictus*, significa “lo más recio del combate” o el “punto en que aparece incierto el resultado de la pelea” o “el combate” mismo. Se trata, en sentido amplio, de una

controversia o confronte entre dos personas que sustentan una opinión distinta sobre un bien de la vida.

Analizando el conflicto en su integridad, podrá observarse que en él intervienen elementos subjetivos y objetivos, elementos racionales e irracionales, motivaciones personales, valores, emociones, etc. Y muchas veces el conflicto es más grave en la mente de los nombres que en la realidad.

De allí que se haya dicho que lo que cuenta es lo que la gente piensa sobre la realidad, más que la realidad misma. En tal sentido, Rubin define al conflicto no como divergencia de intereses, sino como la percepción de una divergencia de intereses.<sup>12</sup>

### **2.1.2. Naturaleza del conflicto**

Es de naturaleza humana, cuyos puntos en controversia para cada persona son distintos, ya que el ser humano es conflictivo.

Asimismo, deviene desde los profesionistas como lo son: los psicólogos, sociólogos, abogados, diplomáticos y servidores públicos que se enfrentan a conflictos en el desarrollo de su trabajo. Un conflicto, ya sea entre individuos, grupos o naciones, tiene determinadas características básicas. Como vemos cada disciplina y cada profesión han contribuido a que se llegue a un mayor entendimiento del conflicto desde un punto de vista específico, el número de estudios orientados hacia la comprensión de éste como entidad es reducido, y menor aún el de aquellos que han aportado conceptos comunes en circunstancias ajenas a los círculos académicos.

Los conflictos pueden dividirse en dos categorías: intrapersonales e interpersonales. La mediación está dirigida primordialmente a los conflictos interpersonales; es decir, las situaciones que surgen entre individuos o grupos de

---

<sup>12</sup> Rubin, Jeffrey Z., Conflicto From a psychological Perspective, citado por Hall(comp) Negotiation-Strategies from Mutual Gain-The Basic Seminar of the Program on Negotiation at Harvard Law School, Sage Publications, Newbury Park, California, 1993 pp. 123-37

éstos. A pesar de que los aspectos sujetos a discusión durante la mediación pueden dar lugar a que los participantes se vean expuestos a conflictos internos, ese paso resulta necesario para analizar ambos lados del problema, el interpersonal y la intrapersonal, y para diferenciarlos. Asimismo, es preciso diferenciar entre el conflicto y desavenencia, a pesar de que la literatura con frecuencia utiliza ambos términos de manera indistinta.

El conflicto no es necesariamente negativo, censurable o intolerable nuestra sociedad con frecuencia lo desaprueba por compararlo con situaciones de triunfo/derrota. El conflicto puede funcionar de maneras importantes y positivas: puede contribuir a establecer límites de grupo mediante el fortalecimiento de la cohesión dentro de él; reduce la tensión incipiente al poner los problemas de manifiesto; y ayudar a determinar normas de grupo. El conflicto puede generar una energía creativa y mejorar situaciones.

Los participantes de un conflicto viven esa situación como crisis y la mentalidad que impera en ella da lugar a procesos destructivos por la precipitación con que se suele recurrir a cualquier atenuante. Se han desarrollado técnicas de intervención que dan lugar a desenlaces constructivos de una crisis por conflictos intrapersonales. El mediador de un conflicto al controlar la percepción de las circunstancias implícitas, puede evitar resultados destructivos.

Rummel, ofrece un extenso análisis del conflicto. Este autor considera el conflicto como “el choque del poder que se manifiesta en la búsqueda de todas las cosas”, o como el conjunto de conducto social, un acontecimiento, o un proceso. Además, define al conflicto como “el proceso de poderes que se encuentran y se equilibran. Esta definición parece ser la más generaliza, y aplica de igual manera a las ciencias humanas y naturales. Dado que los mediadores trabajan con personas, vamos a centrarlos en lo que encierra éste definición respecto a los problemas interpersonales.

La mediación constituye uno de los procesos de búsqueda de equilibrio de poder en las formas no coercitivas, que conduce a ajustes y desemboca en un convenio.

El proceso de mediación puede utilizarse en dos momentos distintos. Es posible iniciarlo después de que un acontecimiento desencadenante o acción ha impulsado al conflicto hacia el terreno de la manifestación.

La mediación tiene una ventaja relevante sobre otros métodos de resolución de conflictos para obtener resultados constructivos, debido a que fomenta la resolución de conflicto en la forma de ganancia mutua o triunfo/triunfo.

Definimos lo opuesto al conflicto como convergencia: los objetivos, procesos, métodos o conducta que crean orden, estabilidad y unidad de dirección. Una analogía de las ciencias naturales puede resultar de utilidad para comprender la naturaleza de conflicto y convergencia.

### **2.1.3. La teoría del conflicto**

Así como existe el conflicto, el ser humano también tiende a solucionarlo. Esa solución puede ser pacífica y acordada entre las partes sin otra intervención que la de ellas mismas (transacción); impuesta por un tercero (caso juez y la sentencia o del árbitro y el laudo); o acordada con la intervención de un tercero, que actúa como facilitador (caso del mediador). Se excluyen los supuestos de solución unilateral mediante el uso de la ley del más fuerte por ser contraria a las formas civilizadas de solución de los conflictos.

El conflicto puede pasar por varias etapas que algunos autores han representado en la pirámide de la disputa, o una pirámide invertida en cuyo extremo superior se representa el área de las experiencias percibidas como injuriosas. Si se identifica al responsable, puede experimentarse un agravio. Y el paso siguiente será el reclamo, en que se le pide alguna cosa como compensación o reparación.

El ideal de cada parte es ganar o triunfar frente al conflicto. Pero ese ideal se ve limitado por las situaciones ventajosas que obran a favor de la contraparte. Es preciso evaluar, entonces, las posibilidades de éxito que se pueden tener. Los resultados del conflicto pueden ser destructivos o constructivos: a) pérdida para

las partes (pérdida-pérdida); b) éxito para uno, pérdida para el otro (triunfo-pérdida); c) éxito para ambos (triunfo-triunfo).

#### Ciclo de vida del conflicto

La doctrina especializada hace mención al llamado “ciclo de vida del conflicto” que puede resumirse en cinco fases:

- 1) El conflicto latente: cuando solo hay una estructura del conflicto generada por la existencia de intereses que tienen una tendencia a oponerse de manera recíproca.
- 2) La iniciación del conflicto: hay un hecho desencadenante que lo inicia, activa o exteriorizada. Es el equilibrio de poder: luego de diversos ajustes, se llega al equilibrio.
- 3) conflicto manifiesto.
- 4) Búsqueda de equilibrio del poder: las partes buscan equilibrar, las posiciones, para lo cual recurren a la fuerza o al derecho (sentencia). También pueden hacerlo mediante métodos no coercitivos como la mediación.
- 5) Ruptura del equilibrio: las condiciones pueden variar con el tiempo y se llega a la ruptura del equilibrio.<sup>13</sup>

Este proceso constituye una espiral continua o una hélice, que se moviliza a través del cambio. El paso por las cinco fases equivale a una vuelta de hélice, pudiéndose repetir el ciclo. La mediación tiende, precisamente, a la búsqueda del equilibrio, sea para evitar que surja el conflicto manifiesto o cuando este ya está presente para impedir su escala.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> G. Dupuis, Juan Carlos, Mediación y Conciliación: mediación patrimonial y familiar y Conciliación Laboral, 2ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot 2001. pp.35

<sup>14</sup> Álvarez, G.S.- Highton, E.I., Mediación para Resolver Conflictos, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, pág 65 y nota 20, con cita de Folberg- JAY- TAYLOR –ALISON, Mediación. Resolución de conflictos sin litigio, México 1992, págs. 37-44; WILD-GAIBROIS, mencionan a Keneth Boulding y a R.J. Rummel

## **2.2. Etapas del proceso de mediación**

**Etapa uno: Introducción- creación de estructura y confianza.** Normalmente la mediación comienza con un discurso de apertura o discurso inicial por parte del mediador, en la cual se busca desarrollar una confianza de las partes hacia el mediador, educar a las partes sobre el procedimiento de mediación. Asimismo, es vital para el establecimiento de una relación que va a facilitar el resto del proceso de mediación. El mediador debe proporcionar la estructura inicial, obtener la confianza y cooperación de los participantes, y fomentar su participación activa en el proceso.

Como podemos darnos cuenta, los mediadores comienzan a intervenir en una desavenencia por referencia o por opción directa de los participantes. La forma en que se inicia el proceso de mediación determina la cantidad de esfuerzo que requerirá el mediador para crear entendimiento y aceptación de la mediación. La parte importante de esta etapa es de evaluar las actitudes de los participantes acerca de la mediación, así como su disposición hacia el proceso. Asimismo, se utiliza para recabar información pertinente sobre las percepciones del conflicto, ya que es necesario reunir información esencial como la motivación de los participantes para usar la mediación; los antecedentes inmediatos, y los acontecimientos que dieron lugar al conflicto; los estilos de los participantes en cuanto a interacción y comunicación; el estado emocional actual de los participantes; las medidas para procesos legales y la intervención de otros participantes; el problema que se plantea en oposición al orden del día culto y la protección inmediata y aspectos de seguridad para cada participante y sus dependientes.

**Etapa dos: Planteamiento de hechos y aislamiento de problemas.** Antes de poder llegar a decisiones adecuadas, ambos participantes deben tener información por igual y comprender a fondo cuáles son los problemas. La etapa dos de la mediación se usa para descubrir todos los hechos importantes y aislar los verdaderos problemas para presentarlos a los participantes. El mediador debe ayudar a los participantes a que comprendan a fondo sus áreas de acuerdo y

conflicto. Es frecuente que, en la primera etapa, ya sea posible obtener una idea de los conflictos manifiestos y ocultos.

El mediador debe determinar la naturaleza de los conflictos ocultos y manifiestos de los participantes, a través de los siguientes criterios de evaluación: ubicación del conflicto, duración del conflicto, intensidad de los sentimientos acerca del conflicto, y rigidez de las posiciones.

El propósito de esta etapa de la mediación es ofrecer un espacio para hacer a un lado las defensas y traer a la superficie los problemas ocultos.

Como podemos darnos cuenta, antes de poder llegar a decisiones adecuadas, ambos participantes deben tener información por igual y comprender a fondo cuáles son los problemas; ya que ésta se usa para descubrir todos los hechos importantes y aislar los verdaderos problemas para presentarlos a los participantes. El mediador debe ayudar a los participantes a que comprendan a fondo sus áreas de acuerdo y conflicto para que determine la naturaleza de los conflictos ocultos y manifiestos de los participantes, a través de los criterios de evaluación: ubicación del conflicto, duración del conflicto, intensidad de los sentimientos acerca del conflicto y rigidez de las posiciones; por lo tanto la finalidad de esta etapa es de ofrecer un espacio para hacer a un lado las defensas y traer a la superficie los problemas ocultos para así definir sus problemas.

Esta etapa finaliza cuando el mediador sabe en qué punto se encuentran las desavenencias y conflictos, cuáles son los conflictos ocultos, y qué es lo que cada participante desea; al llegar a este punto, el mediador, junto con los participantes, debe determinar una serie de metas específicas según el caso, objetivos y estrategias que comprendan los valores e intenciones de los participantes. Son éstos quienes deben determinar si van a intentar que se resuelvan los problemas en su totalidad, o sólo algunos de ellos, mientras identifican y manejan aquellos que persisten. Es posible que se requieran diversas sesiones para llegar a la conclusión de esta etapa, dependiendo del número de conflictos ocultos que se relacionan con el autoconcepto de los participantes.

**Etapa tres: Creación de opciones y alternativas.** Esta etapa plantea una pregunta básica ¿De qué manera es posible hacer lo que se desea en la forma más efectiva? Ambos colaboran para encontrar la respuesta. Después de revisar el pliego de trabajo o las notas, el mediador debe analizar los puntos de conflicto. En ocasiones, la respuesta a la interrogante sobre una docena de aspectos residen en la contestación a la pregunta fundamental o al problema de más alta prioridad. Este suele ser el caso, cuando se trata de custodia de los hijos.

Después de revisar los problemas, el mediador debe hacer una lista de todas las opciones que se han mencionado y enseguida recordar a los participantes cuáles son los criterios en los que van a basar la evaluación de dichas opciones. Se mencionan algunos criterios para desarrollar alternativas:

1. Necesidades de los participantes y otras personas que se verán afectadas por la decisión
2. Proyecciones de acontecimientos pasados al futuro
3. Pronósticos generales sobre aspectos económicos y sociales que pueden afectar una opinión.
4. Normas legales y financieras, obstáculos y limitaciones
5. Nuevas personas y situaciones que es posible prever.
6. Cambios predecibles en cualquiera de estos criterios.

Tal vez se requiera que el mediador haga sugerencias sobre criterios más específicos sujeta a mediación.

Esta etapa contiene dos tareas principales: 1. Ayudar a los participantes a articular las opciones que conocen o desean, 2. Desarrollar nuevas opciones más satisfactorias que las anteriores. El papel del mediador debe reflejar esta dualidad, ya que es el mediador quien facilita la primera tarea, y quien origina o sintetiza la segunda. Es importante cuidar que el segundo papel no desplace al primero, ya que el mediador que ofrece demasiadas opciones nuevas en muy corto tiempo puede inhibir la propia expresión y puntos de vista de los participantes. Con el objeto de reducir este riesgo, algunos mediadores consideran útil hacer una lista

de todas las opciones que propongan los participantes, antes de ofrecer opciones adicionales.

Es probable que esta etapa de la mediación constituya la parte más creativa. Los mediadores deben pensar en forma asociativa y lineal, con el objeto de desarrollar opciones que unan fragmentos de información ya expresados durante la mediación. El mediador debe ofrecer nuevas opciones, de tal manera que los participantes no deben sentirse presionados para considerar una opción, ni para aceptar un periodo de prueba que no ven como positivo.

**Etapa cuatro: negociación y toma de decisiones.** El mediador puede utilizar preguntas para manejar mediante un lenguaje neutral, lo que las partes han expuesto.

La cooperación de los participantes constituye la tarea más importante de la etapa cuatro de la mediación, junto con un resultado que los participantes hayan convenido mutuamente. Es necesario insistir a ambos participantes para que se comprometan respecto a alguno de los puntos menos importantes, y así lograr que se lleve a cabo esta tarea. En cuanto a los problemas de mayor alcance, los participantes deben elegir las opciones que les parecen aceptables, aunque éstas no correspondan a su deseo original se le debe alentar para que asuman el riesgo y decidan.

Una de las formas en que los participantes pueden aproximarse a una decisión, es a través de formas sencillas de negociación, ésta puede adoptar la forma de “canje” o “esto por aquello”, simples intercambios de rasgos deseables u opciones, similares a los que se emplean en una negociación económica.

La etapa de negociación y toma de decisiones constituye un momento en que los participantes examinan la realidad y las consecuencias de las opciones que han desarrollado. La tarea del mediador consiste en replantear esta negociación, para hacer la pregunta ¿Cuál es la opción que se ajusta mejor a las necesidades generales? El mediador debe impulsar a los participantes para que cambien de

una negociación competitiva hacia una postura de cooperativa de solución de problemas, alentando la interacción entre ellos.

Durante esta etapa, se intercambian los patrones de conversación. Al principio, el mediador iniciaba la comunicación con cada uno de los participantes en forma individual; ahora, los participantes interactúan principalmente entre sí.

El mediador es un agente de la realidad; aquel que hace que los participantes duden de la aceptación responsable y la firmeza de sus posiciones originales a medida que van negociando.

Como oyente el mediador observa el proceso y da supervisión, interviniendo periódicamente en el intercambio, con el objeto de poner a prueba la práctica y es aconsejable que una opción puede ser así como para evitar la coacción. Durante esta etapa, los mediadores deben estar conscientes del contenido de la discusión, y del proceso que los participantes están usando para alcanzar una decisión. El mediador debe ayudar a los participantes, enfrentándolos a sus conflictos ocultos y a sus expectativas implícitas.

El papel del mediador durante esta etapa consiste en iniciar el intercambio entre los participantes, y posteriormente supervisar dicho intercambio, de tal manera que cada persona tenga la oportunidad de hablar, hacer proposiciones, y reflexionar respecto a ellas sin presiones indebidas. Ambos participantes deben tener la oportunidad de entender las perspectivas recíprocas, y sentir que su propio punto de vista ha quedado entendido.

Para ayudar a los participantes a llevar a cabo una negociación con base, el mediador debe orientarlos para que hagan a un lado la discusión sobre posiciones, alentándolos a desarrollar criterios objetivos para las decisiones.

La disposición para tomar decisiones constituye un asunto de índole personal. A veces requiere un cambio de percepción, aunque en otros casos solamente información adicional, o incluso un poco de tiempo para crear una modificación en desarrollo individual y la maduración. La mediación debe adquirir la capacidad de

evaluar la disposición de cada uno de los participantes antes de proseguir y saber la manera de tratar a los participantes que todavía no están listos.

**Etapas cinco: esclarecimiento y redacción de un plan.** Su función es producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes, sus decisiones y su conducta futura. Este convenio, o plan de acción, debe redactarse de manera que los participantes puedan leer con facilidad y revisar posteriormente cuando los problemas resurjan. La redacción debe ser concisa, aunque completa, con un lenguaje que los participantes entiendan, y un formato claro. Los participantes deben comprender que se trata de un documento de trabajo, que puede modificarse más tarde de acuerdo con la revisión legal o con las enmiendas que se redacten posteriormente, ajustándose a la realidad del momento.

El mediador debe ser la persona principalmente encargada de registrar, organizar y reflejar con precisión las decisiones alcanzadas.

El plan de mediación debe incluir, no solo algunas medidas acordadas mutuamente, para revisión legal y avance del proceso, sino también una declaración que se refiera a las políticas de revisión y los procedimientos que será posible aplicar cuando los cambios que se presenten requieran una nueva redacción del convenio.

Deben atribuirse copias del plan propuesto a los participantes, para que los estudien y revisen con otras personas antes de la siguiente sesión. Cuando existen conflictos ocultos que no se han resuelto durante las etapas de mediación anteriores, afloran en este momento, con frecuencia en forma de conflicto manifiesto respecto a la redacción de una sesión que trata sobre dicho conflicto oculto.

Cuando el plan definido a través de mediación tiene la firma de ambos participantes, puede convertirse en un contrato de índole legal, sujeto a cumplimiento ante los tribunales. Aunque cada documento debe reflejar una redacción única según la situación y la postura de los participantes, la secuencia de acuerdos dentro del plan elaborado por mediación debe seguir una forma

organizada y lógica de tal manera que los participantes puedan aplicar sus estipulaciones con facilidad.

**Etapas seis: revisión y proceso legal.** Cuando los conflictos sujetos a mediación deben relacionarse con la sociedad en general, el poder, el control y la responsabilidad dejan de estar en las manos de los participantes y del mediador.

La revisión y el proceso legal actúan como guardianes de las etapas anteriores, al someterse los acuerdos a procesos socialmente aceptados, que verifican y legitiman lo que se ha venido haciendo. Esta ratificación conduce a los participantes a la percepción de cierre y compromiso y, a su vez, contribuye a fomentar un sentido más amplio de propiedad en los convenios realizados por mediación. Asimismo, permite una breve pausa del esfuerzo que representan las tareas de desarrollar opciones y tomar decisiones.

Los casos de mediación que se refieren a divorcio o custodia deben procesarse a través de los tribunales y someterse a la aprobación legal de un juez; una etapa preliminar importante es presentar el plan establecido por mediación a un consejero legal, antes de entregarlo al tribunal.

Es frecuente que el plan trazado por mediación tenga que someterse a la revisión de superiores, comités, consejeros de directores, ejecutivos u otras autoridades para su ratificación final, especialmente cuando los convenios incluyen transferencia de tiempo, dinero y poder, como ocurre en las desavenencias laborales o educativas. Cuando éste es el caso, el mediador debe determinar a quiénes se debe notificar, y sugerir una forma conveniente de presentar el plan de la mediación a dichas personas.

**Etapas siete: puesta en práctica, análisis y revisión.** Esta tiene lugar fuera de los límites del lugar en que ocurre la mediación, y no requiere, la intervención activa y continua del mediador.

Asimismo, no aplica en forma universal a todas las situaciones bajo mediación, durante esta etapa, el inicio del proceso importante de seguimiento corresponde, ya sea el mediador o a los participantes que pueden requerir ayuda adicional.

Durante las primeras semanas y los primeros meses posteriores a la firmas del plan obtenido por la mediación, los participantes intentan vivir en la realidad lo que antes eran sólo conjeturas. Esto siempre resulta difícil. A pesar de su intención de apearse al convenio conforme a lo estipulado, la habilidad de los participantes de responder a sus propósitos puede verse súbita y drásticamente alterada

Si la revisión del plan original de la mediación revela conflictos importantes o revisiones solicitadas que requieren un trabajo considerable que modifique la redacción del convenio original, es necesario prever sesiones adicionales para esta etapa.

### **2.3 Funciones del mediador.**

Las funciones del mediador sirven para facilitar la mutua comprensión de las diversas pautas culturales de base; así como también, para facilitar la comunicación interpersonal; ofrecer un foro adecuado para la interacción, para pasar del conflicto al consenso y mediar en los bloqueos, por medio de negociaciones a partir de los puntos de interés común de las partes.

Asimismo, dirime los diferendos, no tiene imperium ni potestad decisoria, ni se expide respecto de los conflictos que llegan a su conocimiento, no reviste del rol en el juez privado como en los casos de juicio arbitral, tampoco alude a favor o en contra de algunas de la partes, simplemente escucha las posiciones de los recurrentes sesionando libremente con ellos a fin de conocer el alcance de sus pretensiones y tratar de ordenarlas, procurando su acercamiento y una mayor facilidad comunicatoria y teniendo con su intervención a coadyuvar para lograr la solución extrajudicial del caso planteado.

En lo que hace a los conflictos sometidos a la intervención del mediador, los mismos pueden ser tanto de naturaleza civil como comercial, por lo que observamos en esto una atribución dual de competencia a mediar.

## **2.4 Resolución y manejo de conflictos**

La resolución de conflictos crea un estado de uniformidad o convergencia de propósitos o medios; el manejo de conflictos únicamente realínea la divergencia, de tal manera que las fuerzas opuestas lo sean en una proporción menor, tanto en distancia como en daño mutuo.

El manejo de conflictos no requiere un propósito, método o proceso idéntico, como es el caso de la resolución de conflictos, sino sencillamente aquel que esté suficientemente alineado para permitir una evolución sin obstáculos para entidades individuales.

La necesidad de entender cómo el conflicto empieza y termina, y busca una convergencia de los intereses de los actores, entendiendo que se logra afrontar y, por decirlo así, erradicar el conflicto; esto sin embargo no es viable en todos los casos, ni tampoco el camino para llegar a esa resolución es en general tan despejado, pues en la búsqueda de las soluciones hay que atravesar por crisis acompañadas de diversas emociones que no permiten llegar directamente a decisiones definitivas.

Para el manejo de Conflictos se necesita tener ciertos estilos como lo son:

- 1) Negar/ evitar (perder/perder): Desconocimiento a la existencia del conflicto, pero el conflicto no desaparece y generalmente suele crecer hasta el punto de convertirse en inmanejable. Este estilo puede hacer terminar a las partes en la mediocridad. Se conduce a una estrategia de apartamiento, postergación, retraso, supresión de emociones, etc.

- 2) Complacer o suavizar (perder/ganar): No se reconoce el aspecto positivo de enfrentar el conflicto abiertamente, dejándose de lado las diferencias usando expresiones como: “no tiene importancia”, “la buena gente no pelea”, etc.

Este estilo consiste en acceder, consentir, apoyar a la otra parte descuidando su propio interés.

- 3) Competir o dominar (ganar/perder): Se intenta la solución recurriendo al poder como autoridad.

La estrategia consiste en ser firme, persuadir, imponer consecuencias, citar políticas y normas, ser inaccesible. Su abuso puede hacer perder la cooperación, reprimir las iniciativas, etc.

- 4) Comprometerse o compartir (ganar algo/perder algo): Es un estilo intermedio respecto a los intereses de las partes. “Tú cedes un poco, yo también”, conllevando a “transar”.

Este estilo busca el punto medio, compartir las diferencias, hacer concesiones, lograr situaciones aceptadas mutuamente, etc. El abuso de este estilo puede motivar a no cumplir lo pactado o regateado (soluciona el síntoma mas no la enfermedad).

- 5) Integrar o colaborar (ganar/ganar): Se analiza de forma realista las diferencias en busca de solución. “Este es mi punto de vista, me interesa saber el tuyo”, resolviendo el conflicto de intereses al 100%.

## **2.5. Enfoques a la resolución de conflictos**

La adjudicación y arbitraje son los métodos más rígidos y con frecuencia menos satisfactorios de resolución de conflictos para los participantes. Estos procesos operan con base en lo siguientes principios lógicos:

1. La persona 1 desea A.
2. La persona 2 desea B.
3. A y B son mutuamente excluyentes.

4. Es necesario elegir A o B.
5. No existen otras opciones.

Las partes en conflicto expresan sus puntos de vista y presentan su evidencia y el juez o árbitro toma la decisión con base en criterios predeterminados por las propias partes, o por una mayor autoridad. Howard señala que estos procesos constituyen sólo una forma de resolución de conflictos. No obstante, el litigio se ha utilizado en forma tan extensa dentro de nuestra sociedad, que se ha convertido en la norma.

El litigio, la adjudicación y el arbitraje se han usado de manera exitosa en sistemas jerárquicos que exigen una aceptación de mayor autoridad, pero parecen ser menos adecuados como primera opción para resolución de conflictos en una sociedad que concede gran valor a la opción individual y la libertad, en la cual las estructuras son más colectivas e igualitarias, y pocas personas o instituciones se aceptan universalmente como merecedoras de tener la autoridad necesaria para imponer decisiones.

## **CAPÍTULO III**

### **MEDIACION: EN AMERICA Y EUROPA**

#### **3.1. Experiencia de la mediación comparada**

##### **3.1.1. Países Europeos**

###### **3.1.1.1. Alemania**

La mediación en Alemania no es un método de resolución de conflicto, ya que no existe una ley y una norma que regule a la mediación, así como también no existe un registro formal de mediadores, ya que la formación de mediadores tiene lugar en empresas, organizaciones y universidades, que entre ellas se esfuerzan de adaptar sus niveles.<sup>15</sup>

La mediación se distingue de la mediación jurisdiccional asumida por jueces y abogados como intermediarios en el ejercicio de sus funciones. Es así por ejemplo que el artículo 86, apartado 1 de la ley de asuntos relativos a la jurisdicción voluntaria estipula que en el caso de la liquidación de una sucesión el tribunal de sucesiones debe, a petición de uno de los herederos, actuar como intermediario. El artículo 52a de la FGG regula el procedimiento de mediación en el caso de conflictos relativos a los derechos de visita. La función que corresponde al juez según el artículo 278 de la Ley de Enjuiciamiento civil (ZPO), dónde se establece que los jueces en toda circunstancia y fase del procedimiento tienen que tener en cuenta la posibilidad de solucionar el litigio o el asunto en disputa específico de mutuo acuerdo, es también una intervención que se inscribe entre las tareas del juez como mediador. La misión del intermediario en tanto que tercera persona consiste en limar las diferencias de modo que se pueda llegar a un acuerdo. Su actuación sólo se convierte en mediación en la medida en que sigue siendo neutral y no impone una solución a las partes interesadas, sino que ellas mismas de mutuo acuerdo logran solucionar los conflictos que les enfrentan. El mediador ayuda a favorecer la comunicación tanto durante los debates como durante el

---

<sup>15</sup> Aiello De Almeida María Alba, Mediación: formación y algunos aspectos claves, México, Porrúa, 2001, pp 51-58.

proceso destinado a encontrar un acuerdo. A diferencia de un juez, no dispone sin embargo de ninguna competencia decisoria y al contrario del árbitro o del conciliador no presenta tampoco propuestas de solución.

### **3.1.1.2. España<sup>16</sup>**

La mediación en España es un acuerdo previo que celebran las partes por su propia voluntad y que se dé de común acuerdo.

Hay distintas leyes autonómicas sobre Mediación Familiar:

Cataluña: 15 de Marzo de 2001 - Ley 1/2001.

Establece el marco inicial de la Mediación Familiar, es decir que las otras ramas de la Mediación no están comprendidas dentro de la misma.

Ámbito Objetivo: Establece un criterio de mediación total o parcial, según afecte a todas o algunas de las materias que habitualmente son tratadas en la Mediación Familiar.

Perfil del Mediador y Formación Profesional: El mediador debe ser un profesional que ejerza de abogado, psicólogo, trabajador social, educador social o pedagogo y que esté colegiado en su respectivo colegio.

Organización: Se ha creado el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, entidad adscrita al Departamento de Justicia.

Registro: Tanto el Centro de Mediación Familiar, como los Colegios Profesionales, gestionan registro de mediadores, siendo el registro del Centro el que reúne a todos los Colegios Profesionales.

Naturaleza de los Acuerdos: Los acuerdos deben referirse a materias de Derecho Privado Dispositivo, susceptibles de ser incorporados a procesos judiciales para

---

<sup>16</sup> Puede consultarse en: <http://www.usc.es/cde/documentoswebssummer2006/Mediacion%20en%20Europa>. Pdf

su ratificación o aprobación, según sea el caso, ante la autoridad judicial competente.

Galicia: 31 de Mayo de 2001 – Ley 4/2001.

Esta ley establece el marco inicial de la Mediación Familiar, es decir que las otras ramas de la Mediación no están comprendidas dentro de la misma.

Ámbito Objetivo: Establece como finalidades de la Mediación Familiar, el asesoramiento, la orientación y la consecución de un acuerdo mutuo o aproximación de las partes en conflicto.

Perfil del Mediador y Formación Profesional: El mediador puede ser cualquier persona que reúna los requisitos de experiencia profesional y formación específica que se establecerán por vía reglamentaria.

Organización: La Consejería competente en materia de familia realizará el seguimiento, control y evaluación de la aplicación de la Mediación Familiar.

Registro: La Consejería competente en materia de familia dispondrá del registro de Mediadores, en el que se inscribirán a los profesionales que reúnan los requisitos de experiencia y formación a determinar por vía reglamentaria.

Naturaleza de los Acuerdos: El acuerdo se trasladará, en su caso, a la propuesta de mutuo acuerdo del convenio regulador de la separación o el divorcio. También podrá ser empleado para el mejor cumplimiento de Sentencias en éstas materias.

Canarias: ha sido sancionada el 8 de Abril de 2003 – Ley 15/2003.

Ámbito Objetivo: Establece el marco inicial a fin de informar, orientar y asistir a los familiares en conflicto.

Perfil del Mediador y Formación Profesional: El mediador deberá tener formación universitaria en las carreras de Derecho, Psicología o Trabajo Social y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, así como en el registro Público de Mediadores Familiares de Canarias.

Si carece de titulación en Derecho deberá contar con el debido asesoramiento legal.

Organización: Será competente la Consejería que tenga atribuciones de competencia en Justicia.

Registro: La Consejería competente en materia de mediación familiar (Justicia) creará el Registro de Mediadores Familiares.

Naturaleza de los Acuerdos: Los acuerdos serán la base para redactar otros documentos, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos.

Comunidad Valenciana (Alicante, Valencia y Castellón): ha sido sancionada el 26 de Noviembre de 2001 - Ley 7/2001.

Esta ley establece el marco inicial de la Mediación Familiar, es decir que las otras ramas de la Mediación vg. Vecinal, Educativa, Comercial, etc., no están comprendidas dentro de la Ley 7/2001.

### **3.1.1.3. Francia**

La mediación aparece por primera vez en 1970, como una forma de tratar los conflictos que surgen de las relaciones de los ciudadanos; surge como una mediación de la Republica, una mediación vertical, esto es entre Instituciones y ciudadanos. Sin embargo más tarde se comenzó a dar de manera horizontal para resolver asuntos de diversas naturalezas entre los ciudadanos.<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> MilburnPhilip, La Mediation; Experiences et Compétences, 3<sup>a</sup> Ed., La Docouverte, París, 2002, pp. 11

En el año de 1973 se dicta la primera ley como tal reglando la actividad del mediador; avanzando así sistemáticamente en materia penal, en el cual otros países lo han excluido de su legislación.

La primera legislación de la mediación, que fue en 1995, sólo comprendía el ámbito del Derecho laboral, más concretamente se regulaban los límites del salario. Luego de 1957 se extendió a los demás conflictos laborales.

Como podemos manifestar el mediador debe reunir una serie de requisitos rigurosos de carácter intelectual moral y ético.

#### **3.1.1.4. Suiza.**

Cuenta con el documentos de la OMPI<sup>18</sup> que le sirve de apoyo para llevar a cabo la mediación como lo son: a) la guía para la mediación de la OMPI, Ginebra, 1996; b) reglas de mediación de OMPI, Ginebra, 1997 y c) los servicios del Centro de arbitraje de la organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI), Ginebra, suiza 1996.

Podemos hacer referencia al reglamento de mediación que dice:

1. El principio de la no-obligatoriedad de la mediación es la naturaleza jurídica básica de la institución.
2. Regla relativa a la designación de los mediadores, a la fijación de sus honorarios, a la división de costas del procedimiento y otros aspectos similares indispensables para el buen funcionamiento de cualquier instituto jurídico.
3. El principio de confidencialidad de la mediación, a fin de proteger a las partes contra el riesgo de que la información cruzada durante el procesos de mediación pueda ser utilizada en su perjuicio posteriormente, si no se

---

<sup>18</sup> "La Mediación en Uruguay", Electra de las carreras, Rev. El Acuerdo, Año 3, N°26, agosto/1998, Bs As. Argentina

produce un acuerdo, y las partes se ven en la necesidad de utilizar la vía arbitral, o la vía judicial.

Estos principios tienen validez universal por su generalidad, pudiendo ser utilizados como modelos universales en otro ámbito distinto de disputas sobre derechos intelectuales.

### **3.1.2. Países Americanos**

#### **3.1.2.1. Canadá**

En este país, la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, es muy importante fundamentalmente en la llamada mediación laboral, pues están prohibidos por la ley las huelgas y los cierres patronales, hasta tanto no se hubieren agotado las posibilidades por vía de la mediación, habiendo sometido el caso a un comité especial nombrado por las autoridades federales del país.

Se legisla la mediación como tal en el ámbito familiar, en 1985, con la ley federal de divorcio, aunque la práctica de la mediación se impuso desde 1970 y, al igual que en EEUU, de donde se tomó el modelo, se prioriza el trabajo disciplinario.

La Ley de Divorcio, en sus artículos 8 a 11, establece que el Tribunal competente podrá conceder el divorcio por razones del fracaso del matrimonio, si los cónyuges han vivido en residencias separadas por más de un año previo al inicio del proceso; o si el cónyuge en contra de quien se entabla el proceso ha cometido adulterio o trató al demandante con crueldad física o mental, por lo que la cohabitación de los cónyuges era intolerable. Dicho período de un año no se considera interrumpido cuando los cónyuges vuelvan a cohabitar con el claro propósito de intentar una reconciliación, por un total de menos de 90 días.

En el proceso judicial del divorcio, el juez debe determinar que no hay ninguna posibilidad de lograr la reconciliación de los cónyuges, salvo en los casos en los cuales sería claramente inapropiado intentar dicha reconciliación. Durante el proceso, cuando el juez estime que existe la posibilidad de lograr una

reconciliación, éste debe suspender el proceso para dar lugar a dicho intento y, con el consentimiento de los cónyuges o a la discreción del Tribunal, nombrar a una persona con experiencia en la orientación familiar o consejería familiar, o a otra persona idónea, para ayudar a los cónyuges lograr la reconciliación. Dicha suspensión durará solamente 14 días, si alguno de los cónyuges solicita que se reinicie el proceso.

Cabe señalar que se prohíbe que la persona nombrada como mediador o consejero para los cónyuges esté requerida para revelar cualquier admisión o comunicación de la cual tuvo conocimiento en dicha capacidad. En el mismo sentido, se declara como evidencia no aceptable, toda comunicación o admisión efectuada durante el transcurso del proceso de reconciliación.

Esta ley también establece que todo abogado que presta servicios a los cónyuges durante el proceso del divorcio deberá informarles de los artículos de la ley que tengan por objeto lograr la reconciliación de los mismos, a la vez que debe consultar con su representado la posibilidad de la reconciliación e informarle de la existencia de los servicios de orientación o consejería familiar que podrían ayudar a lograr la reconciliación, salvo que las circunstancias del caso sean tales que esto sea claramente inapropiado.

Por otra parte, es el deber del abogado consultar con su representado sobre las instancias de mediación que el conozca, en caso que se trate de asuntos relacionados a una orden con efectos patrimoniales en la disolución del vínculo matrimonial o la tutela de los niños. Se debe consignar que el abogado haya cumplido con estos deberes por escrito en cada documento presentado para iniciar en proceso del divorcio.<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup>Puede consultarse en: <http://www.usc.es/cde/documentoswebsummer2006/Mediacion%20en%20Europa.pdf>

### **3.1.2.2. Colombia**

La mediación en el país de Colombia, se contempló como ley en el año de 1991, y fue la ley de descongestión de tribunales, reglamentando algunos métodos alternativos de resolución de conflictos. Creando centros de mediación, controlados por el ministerio de justicia de ese país, que funcionan en dependencias barriales, cámaras de comercio locales, las facultades de Derecho, etcétera. Se crea un organismo de supervisión y se reglamentan los requisitos mínimos que debe reunir el mediador, como la formación, capacitación y otros.

El trámite, al igual que nuestra ley, tiene principios fundamentales como la confidencialidad, pero la asistencia letrada no es obligatoria. El requirente llena un formulario en el centro al que asista, dentro de los dos días se nombrá un mediador, que fija la fecha de audiencia para tratar de lograr el acuerdo. Asimismo, en 1989 se modificó el Código Procesal y en todos los campos del derecho hay conciliación previa obligatoria.

La ley número 383 de fecha 7 de octubre de 1997; y la más reciente, una novísima legislación sancionada el 7 de julio de 1998, la ley 446, denominada ley de descongestión de la justicia Colombiana, se divide en seis partes. La tercera de ellas titulada Mecanismos Alternativos de Solución de conflictos, posee algunas características que no se interesan comentar.

Es importante destacar que en esta ley se hace referencia a la conciliación, aunque, en verdad, su definición no muestra diferencias con la mediación, tal como la entendemos en Argentina.

La ley efectúa dos grandes divisiones: la conciliación ordinaria y la contencioso-administrativa. Resulta original, para nuestro medio, la segunda de ellas, toda vez que se autoriza expresamente a conciliar a las personas jurídicas de derecho público, quedando exceptuados los asuntos que versen sobre conflictos de carácter tributario.

En cuanto a la conciliación ordinaria, ella puede ser judicial o extrajudicial. La extrajudicial será institucional, cuando se realice en los centros de conciliación; administrativa en cumplimiento de sus funciones conciliatorias; y en equidad, cuando se realice ante conciliadores en equidad.

La conciliación prevista por la normativa en análisis admite su utilización para diversidad de materias: civil, comercial, agrario, familiar, laboral, contencioso-administrativo y, como pocas penal. Es decir, que se trata de una legislación avanzada. Eso sí, a pesar de que la ley admite Centros de conciliación privados, exige que en todos los casos en que entiendan conflictos de carácter familiar o laboral, los respectivos conciliadores deberán acreditar capacitación especializada en la materia en la que van a actuar como conciliadores.

### **3.1.2.3. Ecuador**

En este país, tanto la nueva Constitución publicada el 18 de junio de 1996, como la Ley RO/145, de fecha 4 de septiembre de 1997, se refieren a la materia; pues la segunda es la ley vigente que trata del Arbitraje y Mediación, y consta de 64 artículos.

Esta ley define a la mediación, como el procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario que verse sobre la materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto.

La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados. El sometimiento a ella es absolutamente voluntario, pudiendo originarse en: a) un convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación; b) la solicitud de las partes o algunas de ellas y c) derivación judicial, siempre que las partes lo acepten. Asimismo, en esta ley, al igual que en la de Colombia, se prevé que las personas jurídicas públicas, el estado o las instituciones del sector público; pueden someterse a mediación.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada, y se ejecutará del mismo modo que las sentencias, requiriendo un procedimiento especial en los casos de alimentos y menores.

Los centros de mediación previstos por la ley son los autorizados a habilitar a los mediadores independientes. Estos centros podrán ser organizados por los gobiernos locales, municipales o provinciales, las cámaras de la producción, asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones sin fines de lucro o por organizaciones comunitarias en general.

La ley contiene normas expresas sobre la formación de los centros de mediación, determinando en forma clara que aquellas instituciones que desarrollen actividades de capacitación de mediadores deberán contar con el aval académico de una institución universitaria. Destacamos que este hecho otorga seriedad a la formación de quienes se desempeñaran como mediadores.

#### **3.1.2.4. Estados Unidos de Norteamérica.**

La mediación en este país es voluntaria, a pesar de que ya existen otras opiniones como la de la profesora Kimberlee K. Kovach, que sostiene que ha llegado la hora de regular en el campo de la mediación.

Según su apreciación, la década de los años 70, puede ser retenida como la fase de experimentación para el movimiento moderno de procedimientos alternativos de solución de disputas; la década de los años 80, como la fase de implementación y la presente década, como la fase de regulación.

Y es que la mediación, aún siendo esencialmente un procedimiento voluntario requiere de algunas normas generales que delimiten su alcance y precisen algunos aspectos.

Asimismo, los Estados de Texas y Arizona tienen ya una relevante actividad en la mediación y conciliación. En Texas se organiza, en cada condado, la llamada

"semana de la conciliación", donde se ofertan al público servicios de medios alternativos mediante una amplia difusión. En Arizona existe gran experiencia en mediación familiar y comunitaria.

Por otra parte, en el Estado de Nueva York se utiliza la conciliación ante juez en materia de asuntos de arrendamiento. Existe en toda la unión americana una tendencia de los jueces a fomentar los arreglos entre las partes, y ni que decir de la institución llamada **plea bargain**, mediante la cual los inculpados negocian declaraciones de culpabilidad a cambio de que los fiscales pidan condenas menores, sujetando al juez del caso al convenio entre ellos. En materia civil, cada vez más los jueces intentan la conciliación en la fase llamada pre trial.

#### **3.1.2.5. México**

Las formas alternativas de resolución de conflictos que más desarrollo han tenido son el arbitraje y la conciliación; si bien no escapa al movimiento todo de América, la mediación va apareciendo con cierta timidez.

De hecho este país es uno de los tres que ha firmado el tratado de NAFTA, juntamente con EEUU y Canadá y el tratado de libre comercio, contempla como formas de solución de conflicto el arbitraje a través de los penales, que no son otra cosa que organismos arbitrales.

Cabe señalar que en el Estado de Quintana Roo, que mediante una reforma legal, que abarcó desde su constitución hasta la creación de nuevos cuerpos normativos, instauró en el año de 1997 centros de asistencia jurídica, donde se prestan servicios de mediación y conciliación, que operan hasta la fecha; una experiencia interesante es la del Centro de Mediación Municipal de San Pedro Garza García, en Nuevo León. En Querétaro funciona el Centro de Mediación del Tribunal Superior de Justicia desde septiembre de 1999; y a principios del año en curso el Ayuntamiento de Corregidora abrió un centro de mediación municipal.

El Estado de Quintana Roo tiene a nivel nacional el mérito de haber sido el primer estado del país en haber adoptado los medios alternos como la conciliación, la mediación y el arbitraje para acceder de una manera pronta, completa e imparcial a la justicia.

Asimismo y desde febrero de 1998 a través del Tribunal Superior de Justicia del Estado se viene brindando asesoría técnico-jurídica a personas que no pueden costear los honorarios de un profesionista de la materia. Este fue el sustento para la promulgación de la Ley de Asistencia Jurídica el 8 de abril de 1997, durante el periodo del licenciado Joaquín González Castro como presidente del Poder Judicial local.

Sin embargo y como actualización y refuerzo de este imperativo jurídico que ha distinguido a Quintana Roo como un estado preocupado por cumplir con el mandato del artículo 17 constitucional es importante mencionar que en fecha 20 de septiembre de 2007, el licenciado Félix González Canto, gobernador Constitucional del Estado de Quintana Roo presentó ante el H. Pleno Legislativo, la iniciativa de Ley mediante la cual se crea el Instituto de Defensoría Pública del Estado de Quintana Roo, la cual fue aprobada por el Congreso local en el mes de marzo del siguiente año.

La iniciativa, a través de la reforma al artículo 97 de la Constitución del Estado de Quintana Roo, buscaba, con atinada sustentación y en principio, el fortalecimiento jurídico, orgánico y presupuestario de una área tradicionalmente olvidada: la Defensoría de Oficio, aprobando en consecuencia la creación del Instituto de Defensoría Pública, que inició con gran tino labores en septiembre del 2008 y que tiene además la importante función de brindar asistencia técnico legal, en materias como la penal, civil, familiar y mercantil, a personas de escasos recursos que lo soliciten, conforme a los lineamientos establecidos en la Ley de la materia que fue aprobada por la anterior Legislatura local.

Con la aprobación de dicha reforma al artículo 97 de nuestra Constitución local, "el Poder Judicial del Estado a través de los Centros de Asistencia Jurídica proporcionarán a los particulares los medios alternativos de solución a sus

controversias jurídicas, tales como la conciliación o el arbitraje, de acuerdo a procedimientos de mediación, así como los procedimientos y eficacia de sus acuerdos y resoluciones".

El referido artículo reformado agrega:... "Asimismo tendrá la obligación (el Poder Judicial) de proporcionar los servicios de defensoría pública y de asistencia jurídica a los sectores sociales desprotegidos. Para tal efecto la Ley establecerá las facultades e integración de las instituciones que brindarán esos servicios".

La Iniciativa en su Exposición de Motivos sustenta de la siguiente manera la reforma:

"...El sector poblacional económicamente desprotegido debe contar con la posibilidad de allegarse la justicia mediante una debida representación legal que defienda sus derechos e intereses ante los Tribunales, para que la justicia no sólo sea de la clase económicamente privilegiada. En este sentido se hace necesario contar dentro de la legislación estatal con organismos específicos y con la regulación adecuada para alcanzar tan elevado fin.

Ante esta problemática se pretendió poner al alcance de los ciudadanos un organismo que provea los medios necesarios para que tuvieran justicia igualitaria, razón por la cual el artículo 97 de la propia Constitución del Estado, trató de cumplir con esta garantía social de igualdad, ya que en su párrafo cuarto delega al Tribunal Superior de Justicia la prestación de ese servicio; emitiéndose posteriormente para tal fin la Ley de Justicia Alternativa y creando el Centro de Asistencia Jurídica, como organismo encargado de brindar dichos servicios.

Sin embargo, el impacto social que ello generó, produjo que se conjuntaran en el Centro de Asistencia Jurídica, dos servicios de naturaleza disímil, sin advertir que una cosa son los medios alternativos no adversariales y otra muy diferente el ejercicio de las acciones o defensa de los derechos controvertidos ante Órganos Jurisdiccionales.

Al paso de los años sobre la base de la experiencia real y constatando la extensa población necesitada del ejercicio y defensa de sus derechos especialmente del sector económico, social y culturalmente desprotegido, se hace conveniente ahora para poder brindar debidamente el servicio de igualdad jurídica, separar la Justicia Alternativa de la asistencia técnico- legal, por lo que se hace necesario la creación de una institución con autonomía propia, que bajo el mismo principio brinde en forma concreta los servicios de defensoría pública y asistencia jurídica a los sectores sociales desprotegidos"...

Con esta reforma, aprobada en marzo del 2008 por el Congreso local, estamos seguros que el Programa de Justicia Alternativa, a través de los Centros de Asistencia Jurídica -cuya denominación por cierto se adecuará- saldrá fortalecida al dedicar todo el esfuerzo y energía que sus titulares y personal jurídico y administrativo han venido imprimiendo desde su creación en todo el Estado, al dedicarse exclusivamente a la aplicación de los medios alternativos de solución a las controversias planteadas.

El desprendimiento de la defensoría pública del Centro asistencial y ubicarlo en un Instituto que además tiene la función de otorgar asistencia legal a personas de escasos recursos, es un acierto desde cualquier óptica que se le mire.

Todo esto en tiempos en que la oralidad y la simplificación de los juicios se anuncian como la panacea para oxigenar nuestro sistema de procuración e impartición de Justicia en el plano nacional.<sup>20</sup>

Tanto la mediación como la conciliación resultan métodos flexibles y adaptables, que se prestan lo mismo para resolver conflictos de gran monto económico (por la necesidad de las partes de resolverlos rápidamente para evitar o reducir pérdidas), como en litigios donde las partes pertenezcan a sectores marginados con pocas probabilidades de acceso a la justicia formal o tradicional.

---

<sup>20</sup> Puede consultarse en: <http://www.sipse.com/opinion/3687--justicia-alternativa-acierto-quintana-.html>

## **CAPITULO IV**

### **EL MEDIADOR**

#### **4.1 El mediador: Exigencias legales**

##### **4.1.1. Caracteres que debe reunir el mediador**

Las características que debe reunir el mediador:

- a) Imparcialidad: significa una opinión no tendenciosa o la falta de preferencia a favor de algunos de los negociadores, el cual lo ayudará a ser más objetivo para que genere confianza hacia las partes.
- b) Neutralidad: alude al comportamiento o la relación entre el mediador y los contendientes. El mediador no debe promover actos perjudiciales para los intereses de alguna de las partes. También tiene que ver con este deber que el mediador no espere recoger beneficios o retribuciones especiales de una de las partes como compensación por los favores prestados al encauzar la mediación, manteniendo un papel imparcial y neutral en medio de una controversia.
- c) Inteligencia: Las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.
- d) Paciencia: Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.

##### **4.1.2 Responsabilidades del Mediador.**

Hacia las partes:

- Los acuerdos son voluntarios, así como la decisión de recurrir a mediación, salvo en caso de mandato legal, orden de la corte de justicia o contrato.

- Las partes deben estar informadas de los costos de la mediación de antemano.

Hacia el proceso de mediación:

- El mediador debe instruir a las partes para que asuman el compromiso del proceso de mediación.
- El mediador debe informar a las partes de las distintas opciones de resolución de conflicto y de las desventajas y ventajas de cada opción de acuerdo con las expectativas de los participantes.
- El rol del mediador no es solamente el de regular el conflicto o mantener la calma, puesto que debe ser fuente de información, sugerencias y recursos que asistan a las partes en el éxito de la negociación. Dado que las sugerencias del mediador tiene el peso de su autoridad, éste debe evaluar cuidadosamente el efecto de sus intervenciones a la luz de la honestidad y valor intrínseco de los que propone.
- Su actitud y desempeño profesional deben ser prueba de su integridad, objetividad y justicia, tanto como de sus atributos intelectuales, emocionales, sociales y técnicos.
- Un mediador no debe hacer falso alarde de sus habilidades, ni de los beneficios de la mediación.
- Neutralidad: el mediador debe determinar y revelar cualquier afiliación que tenga con algunas de las partes, que puede causar conflicto de interés o afectar la neutralidad de su rendimiento profesional.
- Confidencialidad: El éxito de la mediación depende en gran parte de la certeza que tengan las partes sobre la privacidad con que ha de conducirse el proceso. El mediador está obligado a guardar secreto acerca de las manifestaciones, documentos e informes obtenidos durante el desempeño de su función. Este deber de confidencialidad le es debido a las partes entre sí y también respecto de terceros. Sólo en el supuesto de que aquéllas lo

autorizaren podrá revelar las situaciones que haya conocido en la mediación. Pero este principio cede en algunos supuestos:

- ✓ Cuando tomare conocimiento de hechos que originaren o pudieran configurar delito.
  - ✓ Cuando del desarrollo del proceso pudiera inferir situaciones que pusieran en riesgo la integridad física o psicológica de alguna persona.
  - ✓ Cuando estuviera en presencia de un hecho ilícito. <sup>21</sup>
- 
- Uso de la información: dado que el éxito de la mediación puede depender de la confidencialidad de la información, el mediador debe aclarar a las partes que la información que obtiene de la otra durante la sesión de mediación podrá ser usada en futuros procesos adversariales.
  - Autorización en caso de que una de las partes necesite información adicional o asistencia para que la negociación prosiga de manera justa, o para lograr acuerdos eficientes y equitativos, el mediador la debe derivar a la fuente indicada.
  - Bienestar psicológico. Si durante el proceso de mediación el mediador opina que una de las partes necesita apoyo psicológico, debe derivarla al profesional correspondiente. El proceso de mediación no puede desarrollarse si uno de los participantes demuestra estar intoxicado o sufre desórdenes psicológicos que perjudican su criterio de realidad.
  - La Ley: el mediador no puede dar consejos legales, ni siquiera si es abogado. Si los participantes necesitan asesoramiento legal, los debe derivar al profesional correspondiente.
  - El acuerdo: el rol del mediador es asistir a las partes para que logren un acuerdo que sea justo para ambas. Si es posible, debe documentar por escrito el acuerdo logrado.

---

<sup>21</sup> Puede consultarse en: <http://www.fundacionlibra.org.ar/revista/art3-2.htm>

- Terminación de la mediación: en caso de que los participantes no puedan lograr el acuerdo y que el mediador opine que el proceso de mediación está estancado en una fase improductiva y no le vea una salida, tiene la obligación de interrumpir el proceso y de sugerir a las partes que lo den por terminado.<sup>22</sup>

#### Para con su centro o profesión

Debe ser consciente de que representa una organización; no debe usar su posición para obtener beneficio propio y no debe intervenir en ninguna actividad ni aceptar ningún empleo que sea conflictivo con su trabajo como mediador. No debe aceptar dinero ni objeto de valor aparte de sus honorarios o sueldo, ni recurrir en obligaciones para con algunas de las partes que interfieran en su imparcialidad.

Entrenamiento y aprendizaje: la tarea y aprendizaje: la tarea del mediador se aprende de diversas maneras: educación formal, programas de entrenamiento. Debe perfeccionarse y actualizarse continuamente, promover su profesión y contribuir mediante tareas de investigación, de publicación y otras formas de educación profesional y pública.

Capacitación: los mediadores deben practicar como tales únicamente en aquellas áreas para las cuales estén capacitados.

Servicios voluntarios: un mediador está obligado a prestar algún tipo de servicio voluntario para asistir a quienes no pueden pagar el servicio de mediación y para promover la tarea.

Los mediadores deben realizar evaluaciones individuales. Así como también la supervisión de otros mediadores que se encuentren en el centro.

#### **4.1.3. Responsabilidad del mediador hacia otros mediadores**

Un mediador no debe intervenir en una negociación asistida por otro mediador sin su consentimiento. En los casos en que intervienen más de un mediador cada una

---

<sup>22</sup> Sparvieril Elena, Principios y Técnica de Mediación: un método de resolución de conflictos, 2ª ed., Argentina, Biblos 1995, pp. 53-55

debe mantener a los otros informados del desarrollo del proceso en un mutuo esfuerzo de cooperación. Si algunos de los mediadores está de acuerdo con otro debe evitar la crítica o la demostración de su desacuerdo durante las sesiones. Las discusiones relativas a los diferentes puntos no deben violar los principios de confidencialidad.

## **4.2. El abogado y la Mediación**

### **4.2.1. Rol tradicional del abogado en la mediación**

El abogado es el perito en derecho positivo que se dedica a defender en juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses, los litigantes y también a dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan, asume un rol preponderante dentro de la tarea de abogar, el de la defensa en juicio, sea por escrito o de palabra, sin perjuicio de la tarea de consultor en temas legales, que también tiene el abogado.

Como podemos darnos cuenta el rol del abogado, se da mayormente en los tribunales ya que es casi imposible de separarlos del litigio diario en la cual se enfrenta con el juez para lograr que a su cliente le dé la razón.

Dentro de la sociedad los abogados se compenentran a tal punto de las razones que esgrimen a favor de sus clientes que dejan ver con objetividad el conflicto impidiendo que aquéllos den fin mismo en forma acordada por estimar que no es beneficioso para ellos, ya que buscan llegar a la sentencia que definirá el combate, en la creencia la comparten ambos contendientes, la lucha será sin cuartel, también la desilusión de algunos por el resultado adverso, que en el fragor de la pelea no pudieron prever. Como podemos darnos cuenta quienes están en conflicto son adversarios, y si uno gana, el otro debe perder.

Los conflictos deben resolverse por la aplicación de alguna regla general de derecho, lo que habitualmente se hace a través de la actividad de un tercero, el juez.

#### **4.2.2. El rol del abogado en la mediación**

Al introducirse la mediación como un método no adversarial, cooperativa, en el que las partes eluden el confronte entre ellas, aunque sin dejar de atacar al problema y buscando soluciones mutuamente satisfactoria, también el rol del abogado habrá de modificarse.

La cultura del litigio se ve sustituida ahora por la cultura de la negociación. Se introduce la idea de que es posible que las partes lleguen por sí mismas y con la colaboración y asistencia de sus letrados, aun acuerdo positivo para ambas.

El éxito del abogado estará vinculado ahora a lograr un acuerdo satisfactorio para su cliente, a la par que cubra los intereses de su contrario, se advierte de este modo que la búsqueda de la solución, desde la óptica de la negociación es mucho más creativa, porque exige sentarse a pensar un cúmulo de posibilidades que puedan conformar a ambos contendientes.

Por ello el abogado actual podrá asumir diferentes roles. Uno como litigante y otro como negociador, cuando el caso así lo requiera, lo cual torna necesaria una reeducación y formación en ese sentido. Para la búsqueda del acuerdo, es necesario que las partes y sus respectivos letrados asuman una actitud positiva. El primer requisito es que realmente tengan intención de negociar en vistas a una solución. Si no existe esa predisposición, nada se logrará. Y es función primordial del abogado:

- a) poner en conocimiento de su cliente la realidad de su situación, frente al derecho vigente. Él es un técnico en derecho, un estudioso del derecho positivo, como surge del concepto que hemos esbozado. La razón principal por la cual es requerido consiste en que la parte necesita de su auxilio profesional para solucionar un entuerto.

El abogado debe informar al cliente con total veracidad, las posibilidades de éxito y de fracaso que tiene su conflicto. Para ello deberá estudiar concienzudamente el caso, analizar sus particularidades de hecho, el

derecho aplicable, las dudas que pueden suscitarse, criterios jurisprudenciales encontrados e incluso la justicia la solución.

- b) Analizará los costos de una solución judicial: sus honorarios profesionales, tasa de justicia, gastos de la prueba, posibilidades de recupero, tiempo posible que demandará no sólo una sentencia, sino también su cumplimiento.
- c) Hará comprender el mecanismo de la mediación. La función del mediador: su carácter de tercero neutral, ajeno a las partes; el deber de confiabilidad. Y primordialmente, le hará saber que en la mediación el posible acuerdo lo buscan las partes, que el mediador es facilitador de la comunicación entre ellas.
- d) También evaluará cuál es el real interés de su cliente. Más allá de posición que pueda sustentarse. Y de ser posible, tendrá en cuenta los intereses de la contraparte. Sobre las bases de las posibilidades de éxito e intereses subyacentes, con su cliente intentará idear una gama de alternativa aceptables a fin de que durante el curso de la mediación esté preparado para responder a eventuales propuestas.
- e) Tratará de quitarse tensión al problema de modo tal que ello permita a su cliente centrar los esfuerzos en la búsqueda de soluciones inteligentes, que no se dejen llevar por las emociones, causando un posible perjuicio. Deberá introducir la necesidad de separar a las personas de los problemas.
- f) Insistirá en la búsqueda de criterios objetivos. Más allá de los concretas pretensiones de su cliente.

El abogado deberá dejar a un lado la mentalidad pleitista que hasta ahora los caracteriza, para dar a una mentalidad abierta al acuerdo. La búsqueda de las soluciones auto compuestas es la exigencia de la hora actual. La gente está agobiada por el intenso ritmo de vida, quiere soluciones rápidas y menos desgastantes.

### **4.2.3 El abogado mediador**

El abogado mediador nos brindará su opinión sobre la solución del caso, puesto que su función no es la de un juez que define la controversia aplicando el derecho, sino la de un tercero que facilita la comunicación entre las partes a fin de que lleguen, de ser posible, a una solución acordada.

El mediador no dirá a las partes cuál de ellas tiene más o menos razón. Dentro de la cultura del abogado está la tendencia a efectuar un análisis jurídico de los conflictos, para concluir en la razón o sin razón de la postura de cada parte en la cual el mediador deberá abstenerse de efectuar ese análisis.

Tampoco el mediador es un consejero profesional de las partes. Ello significa que no es función del neutral informar a una o a todas las partes de los aspectos jurídicos del problema, puesto que para ellos reiteramos están los abogados.

Deberá inducir a las partes a la búsqueda de criterios objetivos durante el curso de la mediación. Las partes en conflicto suelen estar muy sensibilizadas y cualquier opinión, palabra o comentario del mediador, por la posición que ocupa en las negociaciones, puede ser mal interpretada. Por ello, el mediador hábil habrá de cuidarse de lo que dice, a la par de inducir a las partes al análisis de determinados aspectos que le son negativos, para que sean quienes lleguen por sí mismas a la conclusión buscada. Asimismo no deberá presionar a las partes para que éstas lleguen a un acuerdo que él considere que es conveniente para ellas. Precisamente, en la sustancia de la mediación ésta el rol preponderante que deben tener las partes. Ellas serán las constructoras de su propio acuerdo, al que bien llegarán con la colaboración del mediador, nunca presionadas por éste.

### **4.3. El abogado litigante, el mediador y el juez: sus diferentes posiciones ante la ley.**

#### **4.3.1. El abogado litigante**

##### Diferente posición del abogado litigante, el mediador y el juez ante los sujetos en conflicto.

Es quien asesora a una de las partes en conflicto, para lograr que se resuelva con el mayor beneficio para los intereses de su cliente, normalmente este beneficio es a expensas de la otra parte.

Si la verdad y el bien son los valores fundamentales con los que fuimos formados al estudiar el derecho, esta valoración se singulariza en los intereses de nuestro cliente. Como esto también le ocurre al abogado de la otra parte, los intereses en conflicto se presentan ante los abogados como el conflicto entre el bien y la verdad y la mentira, y como hay una sola verdad y un solo bien, dado que cada bien es alternativo al del otro, se hace necesario que venga un tercero, el juez, quien de manera imperativa diga cual es el bien que el derecho tutela en ese conflicto y ese será la verdad del derecho sobre el caso particular. A veces dará la razón a uno, otras al otro y otra un poco cada parte.

Así, podemos pensar que el abogado litigante es el arma de cada parte en el ruedo del derecho.

##### El abogado litigante, el mediador y el juez: sus diferentes posiciones ante la ley

Su posición ante la ley está en función de su relación con la parte litigante que defiende, puesto que su estructura debe consentir diferentes interpretaciones en su aplicación, tanto por las singularidades de los casos a los que se aplica como por los cambios que acontecen en la realidad con el transcurso del tiempo. El abogado litigante no sólo actúa durante el litigio, sino aún antes, como asesor. Su asesoramiento está en función de la litigiosidad posible en relación con los intereses de su cliente. La posición del abogado litigante respecto de la ley es la de conocerla para hacerla jugar en beneficio de los intereses de su cliente.

### **4.3.2. El mediador**

Es la antífigura del abogado litigante. No defiende los intereses de ninguna de las partes. El interés que sostiene es el de la paz. Su objetivo es hacer cesar el conflicto. Pero no de cualquier modo, sino promoviendo un acuerdo que surja del diálogo entre los que están desavenidos. Así, logrado ese acuerdo, las partes estarán sometidas a su propia voluntad y no a la del mediador.

#### El abogado litigante, el mediador y el juez: sus diferentes posiciones ante la ley :

El mediador, quien ocupa un escenario tan importante en nuestros días, surge por que el valor de la ley y su cumplimiento como un interés supremo del Estado, el famoso “dura lex sed lex” han disminuido el desborde de litigiosidad y los despliegues de las variables de la pasión, que turnan antieconómico que la ley se cumpla con todo su rigor en cada caso en que es infringida.

El cumplimiento de la ley en su extensión primitiva hoy resulta caro, por lo que, en lugar de ese antiguo adagio, nuestra actual aspiración de justicia se resume en el refrán no tan prestigioso pero no menos sabio y antiguo “Más vale un mal arreglo que un buen juicio”.

Podemos decir, que la figura del mediador no es producto de una formación académica y filosófica, sino que viene de la manos del práctico en cosas de la vida cotidiana quien, por ello, deviene en conocedor del concreto interés del aquí y ahora de las partes del conflicto.

Su imagen es semejante a la del práctico, que está más apegado a los resultados beneficios concretos que a los valores de orden espiritual. Su paradigma está en que cada parte logre lo que mas le conviene con el menor sacrificio posible, más allá de lo que la ley diga. No impugna la ley, sino que se hace cargo de la contradicción entre la demanda de la gente y los pesados mecanismos que la ley establece, y que tornan ilusorios los mismos derechos que protege. La legitimidad del mediador proviene de la aceptación de su intervención por la partes, aunque sea la misma ley la que prevea esta intervención.

### 4.3.3. El juez

Su semejanza con el mediador radica en que su interés es hacer cesar el conflicto. Pero hay dos diferencias entre el mediador y el juez. Una que dirime la cuestión mediante la sentencia que expresa su voluntad en su carácter de funcionario del Estado y no la voluntad de las partes. Otra, que dicha voluntad es de carácter imperativo, pues obliga a las partes intervinientes en el conflicto en los deberes que les impone.

#### El abogado litigante, el mediador y el juez: sus diferentes posiciones ante la ley

El juez es la imagen de la ley ante las partes. Es invisible como la misma ley, cuya presencia no necesita de nuestros ojos ni de nuestra propia conciencia, puesto que se reputa conocida hasta por quien no la lee y aún por quien no sabe leer. Ella habita y despliega sus efectos sin tener en cuenta nuestra voluntad y, cuando su infracción no puede generar una nueva ley. Es capaz de actuar como una instancia interior y usar como instrumentos de su sanción nuestros propios actos.

El juez es el funcionario exclusivo de la ley, su instrumento. La sentencia es la palabra escrita de la ley para el caso particular. En esa medida, en lo singular, el juez legisla. La voz imperativa del juez es el imperativo de la ley por sobre los intereses particulares que, como derechos, la ley regula. Es quien puede utilizar, ante la ley, el poder del estado para ejecutar en cada caso la voluntad de la ley misma. Es quien pone en acción las ficciones que la ley espera de sus efectos: la justicia.

## CAPÍTULO V

### LA MEDIACION EN DIVERSAS RAMAS DEL DERECHO

#### 5.1 Mediación familiar

Según señala Bernal Samper<sup>23</sup>, la mediación en materia familiar aparece primero en Estados Unidos de América y después en Canadá como una alternativa al proceso litigioso, tratando de resolver los conflictos que la ruptura familiar conlleva, aunando criterios y procurando llegar a discusiones satisfactorias, o menos dañinas, para todos sus miembros.

La mediación familiar es un procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales calificados, imparciales, y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo.

Para esta especialidad requiere de presencia de personas expertas en relaciones interpersonales, manejo de conflictos, conocimientos de la ley de familia, todo lo cual torna adecuado el trabajo interdisciplinario. Será necesario que la mediación se delegue en quienes tengan una preparación específica. No nos referimos al entrenamiento genérico que se brinda a quien desee acceder a la matrícula de mediador, sino uno dirigido, especialmente a quienes se dediquen a tan difícil menester, a fin de que puedan penetrar dentro del mundo de cada familiar con una predisposición particular, que incluye el aprendizaje de aspectos sociales, es decir, de todo aquello vinculado a las relaciones interpersonales, en particular, familiares.

---

<sup>23</sup> Bernal Samper Trinidad, "la mediación en los procesos de divorcio o separación personal", Derecho de Familia-Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, nro. 8, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, pp..77 y sigs.

## Principios de la Mediación Familiar.

Existe un amplio consenso sobre los principios de la mediación, tanto en los instrumentos internacionales como en la doctrina, refrendado en la práctica de Asociaciones y en los Códigos deontológicos.

De manera general, todo proceso de mediación debe configurarse y regirse a partir de la ideología, voluntariedad, igualdad de las partes, imparcialidad, neutralidad, confidencialidad y profesionalidad; unidos a otros principios que varían según lo regulado en cada país como son la flexibilidad del proceso, la buena Fe, el carácter personalísimo del mismo y la observancia del interés superior del niño/a y de la familia.

- **Ideología:** es el sistema de valores, creencias, ideas que tienen los seres humanos. Este principio posibilita la transformación de las personas en la mediación, esta última garante de valores, comunicación, crecimiento personal. El mediador deberá tratar de restablecer las relaciones preexistentes, y para ello deberá apelar, a este principio.
- **Voluntariedad:** generalmente se hace alusión a ella para referirse: Primero a que son las partes las que deciden si acudir o no a la mediación y mantenerse en ella una vez iniciada; y Segundo a que son ellas las que deciden la forma en que debe concluir el proceso.

El primer aspecto en cuanto a la voluntariedad, dependerá del modo en que se regule la misma en cada Ordenamiento Jurídico. Se habla de mediación obligatoria o preceptiva y mediación facultativa, lo que no desacredita en modo alguno el principio de voluntariedad. En el primer caso lo obligado pudiera ser la asistencia a una sesión informativa previa para que con posterioridad las partes decidan si quieren continuar o no. En el último caso las partes acuden por su propia voluntad y pudiera incluso ser recomendada o sugerida, el juez que conoce del asunto podrá proponer a las partes su asistencia a un centro mediador.

El segundo aspecto sí constituye una característica consustancial de la mediación. No puede suceder que el resultado del proceso se derive de la imposición del mediador, sino que la solución del conflicto dependerá siempre de la voluntad concurrente de las partes. Y también puede ser voluntaria la selección del mediador/a en dependencia igualmente del servicio mediador al que se acojan las partes.

- Igualdad: La igualdad de las partes es un principio básico de la justicia. Cada parte debe ser asistida de igual forma y otorgársele las mismas posibilidades de participación.

- Imparcialidad: está referida a la participación de un tercero (mediador/a), encargado de acercar los postulados de las partes, viabiliza el proceso sin ejercer presión sobre las partes para lograr un acuerdo, por lo que “el mediador no dispone sino que propone”, debe involucrarse activamente en la negociación aunque sin tomar partido. Esto va con lo autocompositivo de este proceso; el mediador tiene que asumir una postura equitativa en relación a las partes, incluso se habla de abstenerse de participar en procesos en los que exista alguna situación de amistad, pleito, etc., con alguna de ellas, pudiendo ser recusado del conocimiento del asunto.

- Confidencialidad y neutralidad: existe discusión en relación a si deben ser principios diferentes o debe confundirse el uno con el otro, lo cierto es que lo primero permite que las cuestiones tratadas no trasciendan a terceros, fuera del mediador/a, quien deberá guardar en secreto todo lo que suceda entre las partes y en relación a la neutralidad, puede decirse que de ello dependerá en alguna medida el resultado del proceso. Esto no es absoluto en tanto pudiera rebasarse esa confidencialidad cuando se imponga el interés superior del menor, exista indicios de violencia física, etc.

- Profesionalidad: la formación del mediador/a es clave en el éxito de la mediación, lo cierto es que tiene que ser una o varias personas con un amplio espectro sobre las cuestiones a mediar.

Cabe hacer mención que en la mediación familiar tiene relación con la solución judicial como los son los siguientes puntos:

Amplitud de solución: el litigio familiar excede aspectos puramente legales. El mismo incluye cuestiones que entran dentro del terreno psicológico, emocional, etc.

Mantenimiento de relaciones futuras: al tratarse la mediación de un sistema no adversarial facilita el mantenimiento de las relaciones futuras, situación ésta de suma importancia en los conflictos de familia. La estructura propia del proceso judicial, en cambio, impone un mecanismo de ataque- contraataque. El sistema sobre el que se apoya consiste en convencer al juez de que el otro contendiente es culpable y uno inocente.

Como menciona Haynes que la naturaleza del sistema judicial requiere que los participantes se transformen en adversario. Sin embargo, no siempre las personas en conflicto son adversarios, e incluso si lo son, no tienen por qué serlo para siempre.<sup>24</sup>

El principio de confidencialidad: caracteriza a la mediación importa un resguardo de la privacidad de las partes. Y tratándose de conflicto familiares, generalidad de las personas prefieren que sus problemas no trasciendan a terceros.

Principio de celeridad. La mediación respeta en mayor medida el principio de celeridad. Este aspecto igual que el interior, ya lo hemos analizado. Pero es necesario volver sobre él en el caso de la mediación familiar puesto que en los conflictos de familia, el tiempo es un factor que socava y desgasta sus integrantes. Es sumamente positivo una pronta solución a los aspectos conflictivos, puesto que ello evitará que se profundicen las diferencias, sufrimientos y en definitiva, que las

---

<sup>24</sup> Haynes, John M., fundamentos de la mediación Familiar- Manual Práctica para Mediadores, Gaia, Madrid, 1995, p. 12

partes se sigan causando daño a sí mismas y a los hijos menores, que menores, que también están involucrados.

Resultados permanentes: los acuerdos logrados por las partes mismas, al responder a sus convicciones y al código de familia, produce resultados más permanentes. Y en este caso asume especial relevancia el tema, si se advierte que ellas atraviesan una situación de crisis, que deben enfrentar en el momento más vulnerable de sus vidas, por lo que es preciso evitar que se ahonden las diferencias.

Economías en dinero: aquí también es bueno reiterar el menor costo que involucra la solución acordada. Ese menor costo no sólo abarca el aspecto emocional, sino también el económico. Los largos pleitos que se suscitan frente a la ruptura de una familia imponen enormes costos dinerarios, no sólo en abogados, sino también en asistentes sociales, psiquiatras, etc. Lo cual tiene rápida incidencia en el bolsillo de las partes y en el nivel de vida de la familia que, por lo demás, frente a la ruptura, ya se vio mermado.

Mediante el uso del proceso de mediación, el mediador puede mostrar a los participantes una forma de llevar a cabo las actividades que es necesario efectuar de manera conjunta, y restablecer por lo menos la habilidad mínima para negociar y solucionar problemas.

Cuando los participantes frente al mediador no son capaces de negociar o llevar a cabo patrones constructivos de comunicación, es necesario realizar trabajo adicional para restablecer por lo menos los dos elementos mencionados. La mediación debe contribuir a restablecer los patrones constructivos de comunicación y negociación mediante la definición de expectativas razonables para ambas partes.

Los ciclos de la vida individual, se unen a través de la vida familiar en etapas familiares. Es necesario que los mediadores entiendan las etapas de desarrollo

para poder interpretar el mundo de percepción de los participantes en la mediación de divorcios.

Los mediadores que tengan experiencia para realizar funciones de asesoramiento pueden definir con claridad las diferencias en los papeles y no permitir que la mediación se convierta en sesiones de asesoramiento individual o de terapia familiar.

La mediación puede ser útil en muchos puntos del proceso de divorcio. Puede iniciarse a través de la recomendación de abogados cuando el litigio o la negociación no han dado resultado, por orden o regla de un tribunal, o como una alternativa a dichos procesos tradicionales antes de que los abogados entren en acción. La mediación también puede proporcionarse en forma posterior para ayudar a resolver cuestiones relacionadas con modificaciones o no cumplimiento de órdenes previas del tribunal. La mediación de divorcio y de la custodia se relaciona de manera estrecha con la percepción del participante en cuanto a su autovalorización y capacidad, particularmente con respecto a la sexualidad, a su papel y a su capacidad de ser padre. La mayoría de los casos de mediación de divorcio incluye las necesidades y derechos de otros que no están presentes en la sesión, ya que casi todas las parejas tienen hijos u otros dependientes.

La mediación en el caso de decisiones financieras, no necesariamente tiene que evitar el descubrimiento legal formal de datos en aquellos casos en que actúan abogados en representación de los participantes. Cuando los casos de divorcio comprenden una cantidad de bienes importantes, es indispensable insistir a los participantes que tengan su respectivo abogado durante el proceso de mediación, para garantizar que se haga una revelación completa de los activos y pasivos, y para hacer las consultas relativas a aspectos fiscales.

La mediación puede promover un planeación financiera y fiscal cooperativa al realizar el divorcio, que puede significar un ahorro para ambos participantes en dólares por concepto de contribuciones fiscales, y agrandar los activos financieros disponibles para la división en la mediación.

La mediación idealmente trata de llegar a una determinación centrada en el participante en cuanto a lo que es justo, así como a lo que puede funcionar para los dos. Asimismo, la mediación proporciona un enfoque para la resolución del conflicto que permite a la pareja considerar en forma cooperativa todas las alternativas de variables económicas pertinentes para la manutención. La mediación debe fomentar una revisión realista y una modificación de la cantidad de manutención que tiene beneficios obvios para ayudar a los cónyuges a determinar que es justo para ambos y para considerar todas las alternativas.

La mediación es particularmente de ayuda al resolver conflictos de los padres sobre los problemas de la custodia y visita de los hijos y para facilitar decisiones conjuntas sobre los hijos.

La inclusión de los hijos en el proceso de mediación es un problema no definido por los mediadores. Dorothy Huntington (1982), toma en cuenta las necesidades de desarrollo de un hijo y cuestiona la posición que ha tomado Haynes (1981), y Coogler (1978), en cuanto a que los hijos no deberían formar parte de las decisiones hechas durante la mediación. Ella sostiene que los hijos necesitan sentir que son parte de la decisión tomada sobre su propio futuro.

La mediación es un foro de toma de decisiones útil que proporciona una estructura y ayuda a los padres a revisar todas las opiniones y determinar el plan más apropiado para realizar en forma exitosa el trabajo de paternidad compartida. Las leyes estatales varían tanto que los mediadores deben familiarizarse con los estatutos y casos de sus propios estados relacionados con los siguientes problemas: una política de contacto continuo; la diferenciación entre custodia legal conjunta y custodia física conjunta; la concesión de una custodia conjunta a petición de padre; la preferencia del tribunal por una custodia conjunta; una suposición de custodia conjunta y el proceso si se niega la custodia conjunta.

La mediación durante o después del divorcio es una intervención en la estructura y función no sólo de la pareja, si no de toda la familia. Los mediadores deberán estar preparados para facilitar el proceso de mediación, pero también deberán

estar preparados para reflejar e interpretar la realidad de la situación actual y las alternativas futuras. Permitirle a la familia la libertad de explorar y elegir, mientras que a veces se les marque un alto en cuanto a las expectativas explícitas y la conducta, requiere algo de sabiduría por parte del mediador.

## **5.2 Mediación Penal**

Como búsqueda a nuevos modos de justicia, como alternativa del sistema tradicional de justicia penal, aplicando la justicia restitutiva que es reparadora en ella participan víctima y victimario. Es complementaria del sistema de procedimiento penal existente. Es un proceso confidencial de efectos jurídicos concretos en la pretensión punitiva.

Va dirigida a centrar la discusión en la ofensa ocasionada la reparación o reemplazo de los daños, material, mental o social ocasionados por el delito de negociar para obtener una solución justa del modo más expeditivo.

El mediador no es neutral en cuanto al delito, pero es imparcial con el autor y con la víctima. El mismo dirige y controla el proceso.

El magistrado interviene y él tiene la decisión final respecto de la pena y, en caso de incumplimiento de lo pactado, se continuará con la causa penal.

La mediación penal complementa y limita la potestad punitiva de Estado, realza la figura de la víctima como titular del conflicto y responde al interés y sus necesidades en la reparación de los daños causados.

La mediación penal sería aplicable a los delitos de contenido patrimonial, los culposos, los pasibles de inhabilitación o multa, los contravencionales.

El propósito de la mediación es el de proveer un procedimiento de resolución del conflicto que se perciba como justo tanto por parte de la víctima como del autor del hecho; proveer la oportunidad de discutir la ofensa, obtener respuestas y expresar sentimientos; y proveer la oportunidad de negociar un plan de reparación

mutuamente aceptable. La mediación no es nueva en nuestras sociedades; pero lo que es único en el tema de su aplicación en áreas penales es la institucionalización que se va desarrollando y los ajustes que el proceso requiere.

La mediación penal no significa que el ofensor “se salga fácilmente con la suya”, pues aún si acepta participar en el procedimiento de mediación, en caso, el reo tendrá que cumplir con la sentencia que le imponga el juez. Además, existe bastante experiencia que indica que una de las cosas más difíciles para el autor del hecho delictuoso es enfrentar a la víctima en una entrevista cara a cara.

Los cánones para establecer cuáles con los asuntos penales susceptibles de mediación aparecen algo nebulosos. Se ha propiciado la mediación para faltas menores, entre individuos que tienen una relación continuada. Se la ha desaconsejado firmemente ante la violencia, particularmente en supuestos de violencia doméstica. Pese a estos temores, la experiencia indica que se median con éxito casos que involucran violencia o crímenes graves. En atención a esta discrecionalidad en la selección de casos mediables, el profesional de la justicia criminal se encuentra muchas veces en medio de la corriente acerca de cuando es apropiada la mediación.

La mediación dentro del ámbito penal y juvenil, tiene como propósito que las partes puedan participar en forma directa en la comprensión de los hechos, y elaborar por sí mismas, después de escucharse, siempre con la intervención del mediador. Las diferencias, reflexiones, conductas o acciones que les permiten aliviar las consecuencias de la acción vivida. No se trata de negociar la graduación o la aplicación de la pena. El mediador evaluará la posibilidad de un encuentro personal entre las partes y determinará su oportunidad. La participación de la mediación no será tomada como indicio de culpabilidad.

Los objetivos de la mediación es una técnica de solución de conflictos en la cual las partes, logrando una comunicación eficaz, exploran junto al mediador alternativas, descubren las necesidades que deben atender y establecer un modelo de resolución de conflictos para el futuro.

Es fundamental que se logre un acuerdo que sea susceptible de cumplimiento; se prepara a las partes a aceptar las consecuencias de sus propias decisiones, se busca reducir la ansiedad y los efectos negativos del conflicto, utilizando valores, normas y principios para llegar a ello.

Tiene por objeto la reparación y compensación de las consecuencias de un hecho delictivo, donde el autor del delito voluntariamente acepta reparar el daño causado a la víctima u ofendido o la comunidad.

## CONCLUSIÓN

La utilización de la mediación como un medio alternativo de resolución de desavenencias, es el papel adecuado para que el litigio sea el último recurso cuando todas las formas de consenso en cuanto a la resolución de desavenencias ya sean agotado, sólo entonces resulta justificada la alternativa del litigio.

Hemos discutido la práctica de la mediación, así como sus fundamentos filosóficos, psicológicos, legales y sociales. Exploramos la naturaleza del conflicto y señalamos un proceso de mediación de siete etapas para la resolución de muchos tipos de conflictos. Comparamos la mediación con otros métodos de resolución de conflictos. La mediación tiene como premisa la conveniencia de las decisiones por consentimiento, y no como imposición de la autoridad, como ocurre en el litigio.

El papel adecuado para el litigio es el de último recurso cuando todas las formas de consenso en cuanto a resolución de desavenencias individuales ya se agotaron hasta lo razonable. Sólo entonces resulta justificada la alternativa de litigio.

En México, la conciliación está prevista como necesaria en la legislación. En materia obrera, el proceso se desarrolla fundamentalmente en la audiencia, cuya primera etapa es de conciliación a la que deben acudir las partes personalmente, sin abogados, asesores o apoderados. La junta intervendrá para la celebración de pláticas entre las partes los exhortará a las mismas para que procuren llegar a un arreglo conciliatorio.

En materia familiar, se cita a los divorciantes a dos juntas en el caso de divorcio voluntario judicial, y en ellas el juez los exhortará para procesar su reconciliación. En las controversias de orden familiar, el juez “exhortará” a los interesados a lograr un avenimiento resolviendo sus diferencias mediante convenio con el que puede evitarse la controversia, o darse por terminado el procedimiento.

En general, en los juicios civiles, se señala por el juez día y hora para la celebración de una audiencia previa y de conciliación, en ella se procurará la

conciliación, por ello se preparará y pondrá a las partes, alternativas de solución de litigio.

La Procuraduría Federal del Consumidor, entre sus funciones está la de procurar, la conciliación del consumidor y productor.

Como se ha mencionado en el procedimiento conciliatorio, se da en diversas ramas del derecho, motivo por el cual, sería adecuado incluir la mediación como un medio de solución a conflictos, ya que emplea un enfoque cognoscitivo y conductual no existencial; toda vez que como si bien es cierto, en la mediación el tercero neutral llamado mediador ayuda a que las partes mutuamente generan propuestas aceptables para llegar a un acuerdo y en la conciliación el tercero genera las propuestas para solución a su conflicto.

La mediación está orientada hacia los problemas y las metas. Está dirigida a los resultados, y no a las causas internas del conflicto.

La mediación no reemplaza las teorías actuales de conducta o terapia; no sustituye a largo plazo la terapia de problemas de conducta, de percepción o personalidad; asimismo, no sustituye la necesidad de información y asesoría legal. Sin embargo, puede ser una técnica de intervención útil cuando las circunstancias requieren un convenio estructurado para un conflicto.

Por lo que es importante señalar que se han generado iniciativas de ley, que tiene por objeto regular y fomentar el uso de medios alternativos para la solución de controversias entre particulares siempre y cuando se refieran a derechos de libre disposición, ya que en un procedimiento de mediación los interesados alcanzan voluntariamente el acuerdo que pone fin al conflicto y a través del tiempo se ha comprobado que las personas están más satisfechas y dispuestas a respetar un acuerdo que ha sido de su creación.

Solo podemos esperar que a medida que se fomente cada vez más el valor del desarrollo y la consideración de opciones creativas para la resolución consensual

de desavenencias personales, comenzará a disminuir el uso de la coacción y la fuerza en los conflictos internacionales.

Como respecto al mediador, éste debe reunir con las características para poder solucionar el conflicto, para que al momento de mediar no se encuentre afectada la identidad y la experiencia del mediador; no hay que olvidar que éste debe reunir condiciones básicas, para todo tipo de controversia, tales como inteligencia, tacto, experiencia, propuestas, sentido del humor, manejo de información específica del conflicto, capacidad de interpretación del lenguaje verbal y no verbal de las partes, habilidad ejecutora y orquestadora en el mecanismo de mediación.

En atención a lo anterior, los resultados que proporcione el proceso de la mediación serán plasmados mediante un documento escrito y firmado por las partes que tendrá la misma eficacia y seguridad que la que se obtiene mediante un juicio en donde se pronuncia una sentencia, pero sin que sea necesario el trámite de un proceso judicial, por lo que resulta beneficioso para las partes ya que evitarán pasar por una situación desgastante emocional y económicamente, como lo es ante un juzgado.

## BIBLIOGRAFÍA

1. AIELLO DE ALMEIDA María Alba, *Mediación: formación y algunos aspectos claves*, México, Porrúa, 2001.
2. ÁLVAREZ Gladis S. y HIGHTON, Elena I., *Desafíos actuales del movimiento de resolución alternativa de disputas* L.C. 1996-D-1022, suplemento de Resolución de conflictos a cargo del María Inés Burns.
3. AZAR MANSSUR Cecilia, *Mediación y conciliación en México: Vías Alternativas de Resolución de Conflictos*. Porrúa.
4. CAIVANO Roque, *Medios Alternativos de resolución de Conflictos J. A.*, número especial 5998, 14-VIII-1996.
5. FABIARO RAÑA Andrea y J. DIPLÁCIDO Fabian, *La mediación y el derecho Penal*, Argentina, 2004
6. FISAS V., *Cultura de Paz y gestión de conflictos*, Icaria, Antrazyt, España UNESCO, 1988.
7. FLOYER ACLAND, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, Paidós, 1993.
8. G. DUPUIS, Juan Carlos, *Mediación y Conciliación: mediación patrimonial y familiar y Conciliación Laboral*, 2ª ed., Argentina, Abeledo-Perrot, 2001.
9. I. HIGHTON Elena *Et al; Resolución Alternativa de Disputas y Sistema Penal*, 1ª ed., Buenos Aires, Ad-Hoc, S.R.L, 1998.

10. LASCAGA Jorge Hugo, *Aspectos Prácticos en Mediación*, Buenos Aires Argentina, Abeledo-Perrot,.
11. LÓPEZ José Ignacio, "Esquiú y la Juscia", *la nación*, 6-V.,1996.
12. MARTÍNEZ DE MURGUIA, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos: una guía introductoria*, México, Paidós, 1999.
13. OBARRIO María Carolina, *Mediacion penal "una resolución alternativa"*, Argentina, Quorum, 2004.
14. OYHANARTE M., "los nuevos paradigmas y la mediación", en *Mediación: una transformación en la cultura*, Argentina, Paidos, 1996.
15. ORTEMBERG D. Osvaldo, *Mediación Familiar, Apectos Jurídcos y Prácticos*, Argentina, Biblos, 1996.
16. OSTEMERYER, M, "Realizar la mediación", en *la mediación y sus contextos de aplicación*, España, Paidos, 1991.
17. PADILLA DE TRAINER María Teresa y RODRÍGUEZ VILLA Bertha Mary, *Mediación en el Divorcio: una alternativa para evitar las confrontaciones*, 2ª ed., México, Dirección General de Publicaciones y Fomento Editorial UNAM, 2002.
18. SINGER, L.R., *Resolución del Conflictos, Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y lega*, Buenos Aires, Paidos, 1996.

19. SPARVIERI Elena, *Principios y Técnica de Mediación: un método de resolución de conflictos*, 2ª edición, Argentina, Biblos, 1995.
20. TAYLOR Folberg, *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*, México, Limusa, 1997.
21. FORTALECIMIENTO Y MODERNIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA EN MÉXICO, *Medios Alternivos de resolución de conflictos, Memoria del Foro Regional: Métodos alternativos de Resolución de conflictos “tendencias contemporáneas de la mediación en sede judicial”* Unión Europea, México, 2006.
22. MADRUGA PICAZZO Reynaldo, La importancia de la mediación civil, *Revista Horizontes*, México, Poder Judicial de la Federación, Núm. 1, diciembre 2008,
23. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO DE QUINTANA ROO en: <http://www.tsjqroo.gob.mx/>, consulta de 23 de noviembre de 2009
24. LEY DE JUSTICIA ALTERNATIVA DEL ESTADO DE QUINTANA ROO en <http://www.tsjqroo.gob.mx/>, consulta de 23 de noviembre de 2009.
25. HERNÁNDEZ PÉREZ, M.: *La mediación familiar como perspectiva de garantía para el interés superior del niño/a en conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad en Cuba*, en Contribuciones a las Ciencias Sociales, en: <http://www.eumed.net/rev/cccss/06/mhp.htm>, consulta de 07 de abril de 2010.
26. LA MEDIACIÓN EN EUROPA EN: <http://www.usc.es/cde/documentoswebsummer2006/Mediacion%20en%20Europa>. Pdf, consulta de 01 de junio de 2010.

27. LA MEDIACIÓN FAMILIAR: un camino hacia la solución de conflictos en:  
[www.adimer.org/docus/lamf.pdf](http://www.adimer.org/docus/lamf.pdf), consulta de 19 de marzo de 2010

28. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS en  
<http://comunidad.vlex.com/aulavirtual/vado.html>, consulta de 13 de mayo de 2010.

29. MATILLA GARCÍA Rocio, La Mediación Como Procedimiento De Resolución De Conflicto en:  
<http://www3.uva.es/tsocial/documentos/Lamediacion.pdf>,  
consulta 15 de marzo de 2010.

30. Mediación: Resolución Alternativa De Conflictos en:  
<http://www.terapiafamiliar.org.ar/archivos/Trulls%20-%20Mediaci%F3n.pdf>,  
consulta de 30 de noviembre de 2010.

Sugerencias:

Consultar en:

- Manual de Procedimientos Mediación Penal:  
[www.justiciarestaurativa.org/aroundla/chile/manua](http://www.justiciarestaurativa.org/aroundla/chile/manua).
- Manual de Negociación y Mediación:  
[ww.jmcpri.net/.../EMALLORCA%5CE%20de%20Mallorca%2034.pdf](http://ww.jmcpri.net/.../EMALLORCA%5CE%20de%20Mallorca%2034.pdf).