LAS AUTORAS

Ambas autoras son argentinas, en ejercicio del cargo de Jueces de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Se graduaron de abogadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, donde actualmente son Profesoras: *Elena I. Highton, Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, es Titular de Derecho Civil I (Parte General), Derecho Civil IV (Derechos Reales) y Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, y Gladys S. Álvarez se desempeña en el área de Filosofía del Derecho y como Directora de la Carrera de Posgrado de Actualización en Negociación y Resolución de Conflictos. La función docente de las autoras es muy conocida en los diversos ámbitos, tanto en el país como en el extranjero, habiendo disertado en universidades, escuelas judiciales, asociaciones profesionales, etcétera.*

Son autoras de gran número de obras jurídicas. *Entre los libros de la Dra. Highton pueden mencionarse:* Posesión; Dominio y Usucapión; Propiedad horizontal y prehorizontalidad; Derechos de garantía; Privilegios y derecho de retención; Hipoteca: la especialidad en cuanto al crédito; Juicio hipotecario; Lineamientos de derechos reales *(Ad-Hoc)*; Hipoteca en moneda extranjera *(Ad-Hoc); además de obras en colaboración como* Responsabilidad civil. Administradores, consorcios, consorcistas y vecinos *(Ad-Hoc)*; La relación médico-paciente: el consentimiento informado *(Ad-Hoc)*; Nuevas formas de dominio *(Ad-Hoc)*; Código Civil comentado; y Reformas al derecho privado. Ley 24.441.

En conjunto, Highton y Álvarez han escrito Mediación para resolver conflictos *(Ad-Hoc), obra que con satisfacción reimprimimos.*

La iniciación de las autoras a los fines del posterior desarrollo y desempeño en Resolución de disputas y Mediación *comienza con su contacto con jueces extranjeros en la Escuela Judicial de la Universidad de Nevada en el año 1989. Prosigue luego con estudios en la Universidad de Harvard, también en los Estados Unidos, donde se han especializado en Negociación y Mediación. Ambas han sido Miembros de las diversas Comisiones creadas en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional en relación a la Mediación y son integrantes del Comité con funciones de Dirección del Cuerpo de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación.*

Asimismo, son miembros de la Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas (S.P.I.D.R.) y consultoras de organismos internacionales, en cuyas conferencias han efectuado presentaciones sobre Resolución de disputas y mediación.

Son Miembros del Consejo Asesor (Álvarez como Presidente) de la Fundación Libra, *institución cuyo principal objetivo es desarrollar proyectos para la modernización del sistema judicial, en especial divulgar e impulsar la Resolución Alternativa de Disputas. Junto con la Fundación Libra y el Ministerio de Justicia de la Nación, las autoras han obtenido el* Special Award (año 1994) otorgado en el Programa de premios para la excelencia en Resolución Alternativa de Disputas del CPR Institute for Dispute Resolution *de Nueva York, premio que se discierne por primera vez fuera de los Estados Unidos.*

Elena I. Highton - Gladys S. Álvarez

MEDIACIÓN PARA RESOLVER CONFLICTOS

AD·HOC
S.R.L.

Capítulo II
EL CONFLICTO

CAPÍTULO III
CÓMO ENFRENTAR EL CONFLICTO

CAPÍTULO IV
EL MÉTODO CLÁSICO
DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:
LA MISIÓN DEL JUEZ ANTE EL CONFLICTO

Serie **Resolución Alternativa de Disputas**
RAD nº 1

Con la colaboración de *Damián D'alessio*
en los diagramas conceptuales

Primera edición: marzo 1995
Segunda edición: febrero 1996
Primera reimpresión: marzo 1998
Segunda reimpresión: marzo 2004

Highton, Elena I.
Mediación para resolver conflictos
Elena I. Highton y Gladys Stella Álvarez.
2ª ed - 2ª reimp. - Buenos Aires, Ad-Hoc, 2004.
436 p.; 23x16 cm.

ISBN: 950-894-025-5

1. Mediación. I Highton, Elena I. II. Título
CDD 347.09

DIRECCIÓN EDITORIAL
Dr. Rubén O. Villela

Dirección, Administración y Correspondencia:
Viamonte 1450 - Tel./Fax: 4371-0778 / 4371-6635
C1055ABB Buenos Aires, República Argentina
E-mail: info@adhoc-villela.com
Sitio: www.adhoc-villela.com
Librería virtual: www.editorialadhoc.com

Printed in Argentina

ISBN: 950-894-025-5

ÍNDICE

CAPÍTULO I
LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD)

CAPÍTULO II
EL CONFLICTO

Capítulo III
CÓMO ENFRENTAR EL CONFLICTO

Capítulo IV
EL MÉTODO CLÁSICO DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS: LA MISIÓN DEL JUEZ ANTE EL CONFLICTO

Capítulo V
MÉTODOS DIVERSOS AL LITIGIO PARA RESOLVER LOS CONFLICTOS

CAPÍTULO VI

ORÍGENES HISTÓRICOS Y DESARROLLOS ACTUALES DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD), ESPECIALMENTE DE LA MEDIACIÓN

Capítulo VII
DESARROLLO DE LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS (RAD), ESPECIALMENTE DE LA MEDIACIÓN EN LA ARGENTINA

CAPÍTULO VIII
PRESENTACIÓN DE LA MEDIACIÓN Y DEL MEDIADOR

Capítulo IX
LINEAMIENTOS DE PROCEDIMIENTO EN LA MEDIACIÓN

Capítulo X
PREPARACIÓN DE LA MEDIACIÓN

4

CAPÍTULO XI
ACTIVIDAD INTRODUCTORIA
A LA MEDIACIÓN

Capítulo XII
DINÁMICA DE LA MEDIACIÓN: SESIONES CONJUNTAS E INDIVIDUALES

Capítulo XIII
FORMACIÓN Y DESEMPEÑO DEL MEDIADOR

CAPÍTULO XIV
MONITOREO Y EVALUACIÓN
DE UN PROGRAMA DE MEDIACIÓN

5

CAPÍTULO XV
CUESTIONES ÉTICAS Y DEONTOLÓGICAS
QUE ENFRENTA EL MEDIADOR

CAPÍTULO XVI
LOS ABOGADOS ANTE LOS MÉTODOS
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Capítulo I

La Resolución Alternativa de Disputas (RAD)

SUMARIO: *1.* La cultura del litigio. *2.* Concepto amplio y restringido de sistemas alternativos. *3.* El movimiento en favor de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD). *4.* ¿Es correcto hablar de Resolución "Alternativa" de Disputas? *5.* Criterios para encarar el análisis de las formas alternativas de resolución de conflictos. *6.* Ventajas de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD). *7.* Críticas a la Resolución Alternativa de Disputas. *8.* Futuro del movimiento de Resolución Alternativa de Disputas. *9.* Motivaciones del juez para aceptar los métodos alternativos de resolución de disputas. *10.* ¿Se trata de una "privatización" de la justicia? *11.* La Resolución Alternativa de Disputas (RAD) y el concepto de justicia. *11.1.* Un concepto más amplio de justicia. *11.2.* La justicia restauradora. *12.* Elección de un procedimiento alternativo.

6

1. *La cultura del litigio*

El sistema jurídico, especialmente en su faz judicial, tiene un objetivo abstracto como es el de "descubrir la verdad"; con lo que no siempre se soluciona el problema, menos aún en forma rápida y económica, como le es necesario al hombre común, al ciudadano, al hombre de negocios, quienes desean dejar el conflicto atrás, terminar con el mismo para poder así continuar con su vida normal, con mayor razón si el litigio es con alguien a quien deben continuar viendo o con quien debe o le convendría proseguir manteniendo relación.

Los tribunales necesariamente utilizan un método adversarial de adjudicación, de modo tal que una vez que el pleito se ha desarrollado entre las partes, las que han ofrecido y producido prueba o arrimado los elementos para que de oficio ésta se produzca, un tercero neutral —en nuestro país el juez— resuelve la controversia. El juez arriba a su decisión después de que se han ventilado los hechos en tal procedimiento contencioso, lo que demanda tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los contendientes. Además, esto puede llevar aparejada la no deseada publicidad del juicio o de los hechos que en él se ventilan.

Aparece, en consecuencia, la grave y real necesidad de encontrar otros métodos —especialmente si no son adversariales— de solución de las controversias, con ventajas para el sistema judicial sobrecargado y para los ciudadanos comunes que no tienen acceso al mismo o que por distintos motivos, no pueden sobrellevar la pesada carga que impone un juicio.

Lamentablemente, nuestro sistema de resolución de conflictos es ineficaz ya que entran al tribunal más causas de las que salen; la duración de los procesos excede los tiempos razonables,

a los que debe agregarse otro tanto para lograr la ejecución de las sentencias; y el costo de litigar es alto en términos no sólo económicos sino de energías, ansiedades, esperas e incertidumbres.

Un somero análisis del sistema de resolución de conflictos que en la actualidad nuestra sociedad tiene disponible muestra que:

- una cantidad considerable de ellos (quizás la mayoría) deben ser decididos en Derecho por los tribunales;
- algunos pocos son resueltos por las partes entre sí o con ayuda de un tercero lográndose satisfacer sus necesidades e intereses;
- otros se resuelven por el triunfo del más poderoso en la disputa;
- finalmente, y no menos desdeñable, gran cantidad de conflictos queda sin resolver, porque el acceso a la justicia es complicado y costoso y las partes no tienen otros procedimientos disponibles.

La óptima directriz desde la cultura del litigio sería lograr el máximo posible de litigiosidad, de modo tal que la correlación entre agravio a un sujeto de derecho e intervención jurisdiccional fuera uno a uno. Dicho de otra manera, en este sencillo esquema, un sistema sería eficiente cuando para cada agravio proporcionara una intervención jurisdiccional; o sea, cuando para cada conflicto hubiese un litigio ante la judicatura.[1]

Ese esquema, sin embargo, resulta erróneo.

Un sistema de resolución de conflictos es eficiente cuando cuenta con numerosas instituciones y procedimientos que permiten prevenir las controversias y resolverlas, en su mayor parte, con el menor costo posible, partiendo de las necesidades e intereses de las partes, sobre la base del principio de subsidia-

[1] PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: "Sobre la necesidad de las formas alternativas para la resolución de conflictos", palabras pronunciadas en la Reunión de Ministros de Cortes Supremas Latinoamericanas realizada en Chile del 2 al 4 de noviembre de 1994; PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: "Sobre análisis económico y política judicial", palabras pronunciadas en el Seminario realizado en Buenos Aires el 30 de noviembre de 1994, organizado por Fundación Libra.

riedad que se expresa así:[2] "las cuestiones deberán ser tratadas al más bajo nivel en la mayor medida posible, en forma descentralizada; al más alto nivel sólo se tratarán los conflictos en que ello sea absolutamente necesario". Obvio es que, el más alto nivel está dado por el sistema judicial. Los tribunales no deben ser el lugar donde la resolución de disputas comienza. Ellos deben recibir el conflicto después de haberse intentado otros métodos de resolución, salvo que, por la índole del tema, por las partes involucradas o por otras razones el tratamiento subsidiario no sea aconsejable.

Es necesario, en consecuencia, pasar del sistema ineficaz o frustrante a un sistema efectivo. La ausencia de mecanismos diversos y adecuados para resolver los conflictos, hace que se recurra a los tribunales de justicia en forma irracional. Hay una cultura del litigio enraizada en la sociedad actual, que debe ser revertida si deseamos una justicia mejor y una sociedad también mejor; y lo que permite clasificar a una cultura como litigiosa no es, propiamente, el número de conflictos que presenta, sino la tendencia a resolver esos conflictos bajo la forma adversarial del litigio.

2. *Concepto amplio y restringido de sistemas alternativos* [3]

Además del litigio, siempre han existido otros modos de resolver conflictos, pues indudablemente, no es el derecho la única solución a que acuden los contendientes.

La cuestión puede verse desde dos ópticas:

1. Concepto amplio: Desde el punto de vista conceptual y del análisis social, todos los conflictos acaban por resolverse, sea por medio de la violencia, el abandono de la pretensión o de la

[2] URY, William L., Director Asociado del Programa de Negociación de la Facultad de Derecho de Harvard, Massachusetts, EE.UU., según lo expresó en la conferencia pronunciada en la 20ª Conferencia Anual de la Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas, Pittsburgo, EE.UU., octubre 8-11 de 1992. URY, William L.: "El arte de negociar", en *Revista Libra*, nº 2, pp. 17/19.

[3] PEÑA GONZÁLEZ, cit. en nota. 1.

relación social o la sumisión autoritaria, de manera que en los hechos, toda sociedad presenta una amplia gama de mecanismos informales de resolución.

2. *Concepto restringido:* Lo que interesa no es introducir formas alternativas, sino las adecuadas para encauzar positivamente las disputas, a más de las que se solucionan por vía de su ingreso al sistema judicial, considerándose tales —en sentido estrecho— las que conocen los abogados: arbitraje, mediación, conciliación.

3. *El movimiento en favor de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD)*

Circunscribiendo la cuestión a la promoción de sistemas adecuados a los ideales de moralidad política y social que deben sostenerse, es grande el movimiento en favor de la Resolución Alternativa de Disputas, y ello se debe a que los nuevos desarrollos en el área son extraordinarios, ya que existe una diversidad de alternativas creativas en reemplazo de —o junto a— el tradicional proceso judicial.

Los objetivos del movimiento de RAD son los siguientes:[4]

- mitigar la congestión de los tribunales, así como también reducir el costo y la demora en la resolución de los conflictos;
- incrementar la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos;
- facilitar el acceso a la justicia;
- suministrar a la sociedad una forma más efectiva de resolución de disputas.

En la medida en que estos objetivos se vayan logrando dentro del sistema social, estará produciéndose el pasaje de un sistema ineficaz de resolución de conflictos a uno eficaz. Sobre la base del principio de subsidiariedad por el cual "los conflictos

[4] Así lo enseña SANDER, Frank, profesor de ADR en Harvard Law School; GOLDBERG, Stephen B.; GREEN, Eric D., y SANDER, Frank E. A.: *Dispute Resolution*, Boston, 1985.

deberán ser tratados, primero, al más bajo nivel, en la mayor medida posible en forma descentralizada, y luego, cuando sea absolutamente necesario, al más alto nivel. Si el sistema es la sociedad en su conjunto, el más alto nivel está en la administración de justicia. Allí se recibirá el conflicto después de haberse intentado otros métodos, salvo que intereses superiores así no lo señalen.[5]

La incorporación de la RAD tanto en el ámbito privado como público es una condición para que el sistema de justicia funcione adecuadamente.

La enumeración de las formas alternativas al litigio, ilustrativa y no exhaustiva, comprende a: la negociación efectiva, participativa o cooperativa; la conciliación, la mediación, el arbitraje vinculante y no vinculante, la mediación/arbitraje (med/arb), la evaluación neutral previa, el minijuicio, el juicio sumario por jurados, el "alquiler" de un juez, la utilización de expertos neutrales o de esclarecedores de cuestiones de hecho.[6]

Pero, el movimiento no termina allí; es más amplio y revolucionario.

Las innovaciones no sólo incluyen nuevos modos de llegar a acuerdos o soluciones fuera de los tribunales, sino también formas de suplementar o reemplazar a los procesos llevados a cabo en las legislaturas para conceder fondos, en las empresas para tratar con los empleados, en las familias para tratar sus problemas, en las escuelas para dirimir cuestiones entre alumnos o entre éstos y maestros, o por los diplomáticos para responder a las crisis globales. En suma, han aparecido nuevos modos de resolver los litigios entre personas, familias, grupos y países.[7]

También se incluyen entre los modos de resolución de disputas algunas figuras institucionales como el *ombudsman*,

[5] Ver punto 1. de este capítulo.

[6] Puede verse un cuadro comparativo en donde se enuncian las principales características de cada método en GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.: *Dispute Resolution*, 1992, pp. 4/5. En el Capítulo V damos una breve noción de los diversos modos de resolver conflictos.

[7] SINGER, Linda R.: *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, 1990, p. 1.

controlador o defensor del pueblo, y algunos tribunales religiosos.)

4. *¿Es correcto hablar de Resolución "Alternativa" de Disputas?*

(El movimiento y la temática han aparecido y se han hecho conocer como Resolución Alternativa de Disputas, que puede sintetizarse en la abreviatura RAD.)

Utilizamos las siglas RAD por cuanto el movimiento y los métodos son conocidos en el mundo como ADR, abreviatura que resume el nombre completo de *Alternative Dispute Resolution*.

Se ha venido cuestionando la inclusión de la palabra "alternativa" en la denominación. De ahí que algunos hablen de "Resolución de Disputas" a secas; y que otros, para mantener las siglas, cambien la palabra "alternativa" por "adecuada", "apropiada", etcétera.

Las necesidades culturales de los pueblos hacen necesario ampliar permanentemente el vocabulario y combinar palabras para hacer referencia a nuevas instituciones. Las nuevas expresiones surgen y se desarrollan espontáneamente, de acuerdo a las necesidades de acrecentamiento del léxico.

Se ha cuestionado la terminología, basándose la crítica en dos aspectos:

- el modo más primitivo de resolver los conflictos no fue el judicial, por lo que el sistema judicial se constituyó en "alternativo" a los primeros métodos de resolución;
- estos modos diferentes de resolver los conflictos no son excluyentes del sistema judicial, sino que complementan al mismo.)

Por nuestra parte, mantenemos las voces clásicas, pues consideramos que las palabras sirven para dar nombre a las cosas y señalan cómo se conocen las mismas, sin perjuicio de que puedan existir otras denominaciones de mayor rigor científico o conceptual. (Las palabras expresan ideas, pero también son convenciones; y cuando decimos "Resolución Alternativa de Disputas", todo el mundo sabe a qué nos estamos refiriendo.

5. *Criterios para encarar el análisis de las formas alternativas de resolución de conflictos* [8]

El análisis de la resolución alternativa de disputas puede emprenderse con dos criterios:

a) *Punto de vista externo:* Se trata de indagar por la situación que les corresponde a los métodos alternativos en una política de justicia definida en base a criterios de bienestar social. Se destacan cuestiones como el menor costo relativo de estos sistemas o la ampliación del acceso que provocan.

b) *Punto de vista interno:* No se trata de postular a los sistemas alternativos como medios eficientes para el logro de una práctica social que provoque bienestar, sino que se trata de resaltar a estos mecanismos como formas interpersonalmente adecuadas de tratamiento del conflicto. Se destacan cuestiones como la mejor utilización que hacen estos sistemas del componente emocional insito en todo conflicto o el menor grado de agresividad que suponen.

6. *Ventajas de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD)*

Los métodos alternativos de resolución de disputas llegan a resultados más rápidos porque el tercero neutral, sea árbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a formular un resultado antes de que el proceso avance o inclusive previo —o en vez de— a que se inicie, descontando ya que se haya intentado la negociación directa entre las partes y que ésta haya fracasado.

Desde el punto de vista de los abogados, las ventajas de estos métodos alternativos son innegables, pues aunque sus honorarios de asistencia o consejo sean a veces menores, los cobrará antes; además, su actividad se limita a unas pocas semanas, lo que permite multiplicar los casos en que interviene. La clientela se lo agradecerá y se aumentará.[9]

[8] PEÑA GONZÁLEZ, cit. en nota. 1.

[9] Aparte de ello, aparece una nueva dimensión en la actividad profesional, ya que el abogado puede convertirse en árbitro, mediador, evaluador neutral, etc. Ver al respecto un desarrollo más exhaustivo en el Capitulo XV.

En líneas generales y sin perjuicio de sus particularidades propias, estas formas de resolución de disputas tienen las ventajas de ser:

- *Rápidas:* En vez de tardar años, puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de pocas horas.
- *Confidenciales:* Los procedimientos no son públicos, sino privados, con lo cual lo que ocurre en ellos es a puertas cerradas y de carácter confidencial, no se transcribe en un expediente ni puede filtrarse a la prensa.
- *Informales:* Si bien existen procedimientos, debe insistirse en el escaso formalismo que los rige.
- *Flexibles:* Las soluciones a que se arribe no están predispuestas por el precedente legal, ya que es posible que se haga justicia basada en los hechos únicos de su caso.
- *Económicas:* Los servicios se ofrecen con costos diversos, según el caso, mas siempre son baratos si se los relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de los tribunales formales.
- *Justas:* La solución a las controversias se adapta más a las necesidades de las partes.
- *Exitosas:* Una vez que los programas se encuentran en marcha, de acuerdo a la experiencia de países que han implementado los métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD), el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.

7. *Críticas a la Resolución Alternativa de Disputas* [10]

La preparación del abogado para prácticas más suaves que el combate judicial, como lo son la reconciliación y el acomodamiento de los intereses de las partes, ha traído duras críticas de quienes consideran que no puede generalizarse este tipo de solución sin poner en riesgo el valor justicia.

[10] Fiss, Owen M.: *Against settlement*, The Yale Law Journal, vol. 93:1073, 1984.

8

Entre los inconvenientes a la resolución alternativa de disputas encuentran:

a) *El desequilibrio de poder entre las partes:* Entienden que la resolución alternativa se inspira en la noción de un litigio judicial como controversia entre dos vecinos con similar poder y en situación de igualdad, quienes llegan a un acuerdo que no es más que el anticipo de lo que las partes predicen que hubiera resuelto el juez en la sentencia; pero, en la realidad, la mayoría de los juicios no involucra una cuestión de propiedad entre dos vecinos iguales, sino a personas con posición económica diferente, a miembros de minorías, etc. Y en tal situación, la escasez de recursos o la posibilidad de trasladar los costos invariablemente infectará el proceso de negociación. El sujeto de menor poder no estará completamente al tanto de sus derechos o posibilidades, se verá explotado, o forzado a acordar por falta de dinero.

b) *La falta de representación suficiente para dar consentimiento:* Entienden que la resolución alternativa presupone a individuos que hablan por sí mismos y se atan por las reglas que ellos crean; pero a veces los abogados o representantes de las personas jurídicas, grupos u organizaciones arriban a acuerdos que no son los que mejor atienden a los intereses de sus clientes, partícipes o subordinados.

c) *La falta de fundamento para la posterior actuación judicial:* Según los críticos, los que creen en la resolución alternativa minimizan la dimensión del juicio como remedio y erróneamente suponen que la sentencia pone fin al proceso, con lo cual piensan que el acuerdo será su sustituto. Sin contar la ejecución, hay muchos casos en que la decisión judicial no es más que el principio de una continua actuación del tribunal, la que se torna necesaria justamente porque las condiciones que motivan el pedido de asistencia del juez no cambian. Un ejemplo clásico es el de las relaciones de familia, en que el decreto de divorcio representa solamente la primera de una serie de interminables batallas; otros los de segregación racial, violaciones de leyes antitrust, reorganización institucional, etc. Luego del acuerdo, cuando las partes soliciten alguna modificación o decisión, el magistrado estará atado por lo convenido o no tendrá los elementos para hacerlo.

d) *La justicia debe prevalecer antes que la paz:* Advierten que los seguidores de la resolución alternativa consideran que el acuerdo equivale a la sentencia, lo que —dicen— sólo es concebible reduciendo la función social de la decisión jurisdiccional a la mera resolución de conflictos privados; dentro de esta tesitura, la transacción logra el mismo objetivo que la sentencia, es decir la paz entre los contendientes, con menor costo para la sociedad. Los críticos indican que el fin de la adjudicación debe ser estimado en términos más amplios, ya que incluye la interpretación de textos legales como el de la Constitución, con la explicitación de sus valores para poner la realidad a tono con ellos; y que esta misión no se cumple cuando las partes acuerdan, con lo cual se priva al tribunal de la oportunidad de emitir la interpretación y a la sociedad de tener a su alcance el auténtico criterio de justicia.

No obstante, cabe apuntar que los mismos críticos reconocen que las diferencias y desequilibrios de poder también pueden distorsionar un juicio, pues la falta de dinero suele tener influencia en presentaciones de menor calidad; que los representantes o abogados son los que ponen el caso ante un tribunal, por lo que pueden padecerse los mismos efectos de falta de representación suficiente para dar consentimiento, ya que según se trabe la litis, será el resultado que obligará a todos; que a veces los fallos son difíciles y los jueces sienten alivio ante el avenimiento que pone fin al juicio sin obligarlos a decidir.

Por otra parte, y sin cubrir absolutamente la totalidad de los litigios de todo tipo, los métodos alternativos tienen mecanismos que permiten obviar estos inconvenientes.[11]

8. *Futuro del movimiento de Resolución Alternativa de Disputas* [12]

El futuro del movimiento parece promisorio pues evoluciona permanentemente y se prevén desarrollos cada vez mayores.

[11] Sin tener la pretensión que todo conflicto sea susceptible de resolverse extrajudicialmente, a medida que avancemos en la obra, explicitaremos las características, en especial de la mediación, que permiten obviar las dificultades apuntadas por los críticos.

[12] JAFFE, Sanford; STAMATO, Linda: "The National Judicial College". *Dispute Resolution*, 1991.

No obstante, si el movimiento desapareciera, por haberse diluido como una moda pasajera, de todos modos habrá dejado su huella definitiva: Ya se ha alterado el modo de operar, pues lo que los reformadores han logrado es que se vuelva a pensar sobre los procesos y procedimientos, además de sobre algunas de las presuposiciones que subyacen al sistema.

El movimiento de Resolución Alternativa de Disputas se basa en nuevas premisas: que hay un modo mejor, más rápido, más barato, más efectivo, más satisfactorio, que mantiene a las partes en control de su conflicto, que logra mejores acuerdos; y aunque desaparezca el movimiento, estos logros permanecerán.

9. *Motivaciones del juez para aceptar los métodos alternativos de resolución de disputas* [13]

El rápido crecimiento del interés de los justiciables en las variadas técnicas de resolución alternativa sugiere un cambio en el rol y modo de pensar de los jueces.

No sólo interesa a las partes o a los abogados la resolución alternativa. Desde el punto de vista del juez, considerando sus ventajas, puede pensarse en implementar un programa de métodos alternativos, anexo o conectado a los tribunales debido a:

- el ahorro de tiempo y dinero, evitando de paso, la sobrecarga del sistema judicial;
- la obtención de "mejores" procesos, más abiertos, flexibles y atentos a las necesidades únicas de las partes;
- la obtención de "mejores" resultados, hechos a la medida de las partes y de la sociedad;
- el compromiso de la comunidad en la resolución de los conflictos;
- la ampliación del acceso a justicia.

El juez que siente la necesidad de anexar un programa de resolución de disputas a su tribunal para urgir la terminación

[13] RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E.: *Dispute Resolution and Lawyers*, St. Paul, Minnesota, EE.UU., 1987, p. 2; JAFFE; STAMATO: ob. cit. en nota 12; GOLDBERG; SANDER; ROGERS: ob. cit. en nota 6.

de las causas, tiene la sensación que el público no tolerará más demoras sin exigir cambios al sistema, por lo que su deseo de solucionar la sobrecarga, está mezclado con el anhelo de proteger la autoridad del Poder Judicial.

10. *¿Se trata de una "privatización" de la justicia?*

La resolución alternativa no constituye un modo de "privatizar" la justicia en contra de o por oposición al sistema judicial, sino un modo de fortalecimiento del mismo, permitiéndole dar un servicio más completo y adecuado a las circunstancias que se viven hoy en día. Sea que lo ofrezcan los tribunales o que se organice fuera del sistema judicial, la mayor satisfacción y más amplia gama de posibilidades que obtengan los partícipes en un conflicto, permitirá a los jueces dedicarse mejor y circunscribirse a los casos que no obtengan solución anterior.

Tan diferentes opiniones suscita el temor de "sacar" del sistema judicial a una cantidad de casos, que hay quienes consideran que el Poder Judicial sólo quedará para los pobres, ya que los ricos acudirán a estos nuevos modos de justicia "privada"; pero, otros creen que el Poder Judicial andando mejor y con lo caro que es, sólo quedará para los ricos, debiendo los pobres resolver sus conflictos por medios alternativos que son más baratos.

Cabe aclarar que la resolución alternativa no constituye una panacea, válida para todos los casos, sino un complemento de la decisión judicial, que como servicio y como Poder del Estado no puede desaparecer. El juez no debe claudicar en su alta misión, mas para que su tarea sea eficiente, otros modos de resolver los conflictos deben coadyuvar con el clásico.

11. *La Resolución Alternativa de Disputas (RAD) y el concepto de justicia*

11.1. Un concepto más amplio de justicia

Cuando pensamos en la Resolución Alternativa de Disputas, lo hacemos bajo una noción más amplia del concepto de justicia.

En principio, la palabra justicia se utiliza en una doble acepción:[14]

- como la virtud de la justicia, valor, anhelo de equidad político social e individual, y
- como referida al medio típico para actuarla, que es el Poder Judicial.

La RAD no sólo tiene que ver con la descongestión de causas del sistema, sino con el grado de insatisfacción que los integrantes de la sociedad han manifestado al sentir que no tienen acceso a una solución justa de sus conflictos.

Una cosa es "acceso a la justicia" (entendida como sistema judicial) y otra es "acceso a justicia" (entendida como solución justa).[15] Este punto merece una reflexión que está conectada con el concepto de "Justicia".

Si bien el interrogante ¿qué es la justicia? es uno de esos para el cual jamás se puede encontrar una respuesta definitiva, podemos preguntarnos sobre a qué alude la gente cuando afirma "aquí no hay justicia". Y llegamos a la conclusión de que la referencia no es al sistema judicial, o por lo menos no sólo al sistema judicial, sino a muchas circunstancias tales como inseguridad jurídica, lentitud, corrupción...[16]

11.2. La justicia restauradora[17]

El interés en los métodos alternativos, especialmente la mediación, aparece de la mano con la búsqueda de la justicia. La mediación se ofrece, en cierto sentido, para hacer posible el

[14] ALEGRIA, Héctor: "La justicia frente a la nueva orientación del desarrollo. Seminario Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 4 al 6 de febrero de 1993, publicado en Washington D.C., 1993, pp. 153/170.

[15] Las palabras referidas a esta diferenciación fueron pronunciadas por William DAVIS, quien planteó el tema en el "1er. Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas" realizado en Buenos Aires del 7 al 10 de noviembre de 1993, organizado por Fundación Libra y el National Center for State Courts.

[16] KELSEN, Hans: *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, 1981, pp. 11 y 110/120.

[17] PEACHEY, Dean E.: *What people want from mediation*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G. y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 300/321.

acceso a la justicia, al proveer un foro de bajo costo para lograrla.

En general, se ha presentado a la justicia como comprensiva de dos aspectos:

1) *Justicia procesal:* Se refiere a la percepción del individuo acerca de que las reglas de procedimiento que regulan el proceso en el cual se va a llegar a una decisión sobre su suerte, son justas. Dentro del sistema, este enfoque se refiere al entendimiento de que la justicia está dada por la correcta aplicación de la norma correcta.

2) *Justicia distributiva:* La noción de justicia distributiva puede aplicarse a los conflictos relacionados con la distribución o adjudicación de bienes, como recursos naturales, salarios, etc. Los criterios para distribuir pueden variar. Se pueden basar en la igualdad o en la proporcionalidad. De acuerdo a la teoría de la equidad, la distribución justa es aquella en que cada uno recibe algo proporcional a lo que ingresa; conforme a otras posiciones, la distribución debe hacerse según la necesidad, lo que puede ser adecuado entre amigos o parientes.

Pero, además pueden considerarse otras posibilidades, agregando a éstas una tercera noción:

(*Justicia restauradora:* Muchas veces es imposible volver las cosas atrás, por lo menos sin dejar huellas y fisuras. La justicia restauradora se relaciona con la noción de restaurar entuertos, de desagraviar relaciones o rehacer situaciones como mejor se pueda luego del perjuicio o la acción contraria al bienestar. En tanto la justicia distributiva se refiere a lograr beneficios positivos, la restauradora se hace cargo de los aspectos negativos, buscando remedio para el daño y el sufrimiento. La justicia distributiva es preventiva, la restauradora es reparadora.

El remedio restaurador del mal puede provenir de:

- *retribución:* implica castigo;
- *restitución:* implica reparación o reemplazo en especie de lo dañado;
- *compensación:* implica reemplazo por otra cosa de lo dañado;
- *perdón:* implica cancelación de la deuda.)

Debe darse a las partes mayor control sobre su conflicto,

para ir más allá de la mera retribución; aunque debe saberse por anticipado que en la mediación no se logrará una retribución en el sentido de venganza, en lograr que la otra parte sufra, pues difícilmente alguien acepte voluntariamente una sanción como la que podría provenir de un tribunal.

Dependerá del caso cuál es la variante a satisfacer, y cuál es el tipo de solución que las partes busquen.

Cabe pensar en campañas públicas de educación que modifiquen el modo de pensar de la población, a fin de lograr una comprensión mayor sobre el concepto y el rol de la justicia restauradora, con el objetivo de que la sociedad no se apoye ni tenga confianza exclusivamente en una justicia retributiva.

12. *Elección de un procedimiento alternativo*

Cuando se está dentro de un sistema que ofrece innumerables opciones y variantes de métodos de resolución para las diferencias entre quienes sostienen una disputa, ¿cómo se determina cuál procedimiento elegir para un conflicto en particular?

He aquí una lista de factores a considerar para determinar cuál método es el más adecuado al caso:[18]

- la naturaleza de las relaciones entre las partes;
- el contexto negocial;
- las cuestiones en juego;
- el estado del caso;
- los futuros costos de resolver la cuestión a través del litigio judicial;
- la preocupación por mantener privados los procedimientos;
- las relaciones con abogados externos;
- la probabilidad de llegar a un acuerdo;
- si no se arriba a un acuerdo, ¿el procedimiento afectará al juicio que necesariamente llegará?

[18] SCHIFFRES, Irwin J.: "Alternate dispute resolution", *American Jurisprudence*, 2ª ed., p. 7.

Marta Tejeiro

Capítulo II

El conflicto

SUMARIO: *1.* Qué se entiende por conflicto. *2.* Conflictos, intereses, valores y aspiraciones. *3.* La teoría del conflicto. *4.* Visión positiva del conflicto. *5.* Algunas características relevantes de los conflictos. *5.1.* ¿Hay más de dos partes? *5.2.* ¿Son las partes monolíticas? *5.3.* ¿Se repite el juego? *5.4.* ¿Se producirán efectos en cadena? *5.5.* ¿Hay más de una cuestión involucrada? *5.6.* ¿Es necesario llegar a un acuerdo? *5.7.* ¿Es necesaria la ratificación? *5.8.* ¿Son factibles las amenazas? *5.9.* ¿Existen restricciones temporales o hay costos relacionados con el transcurso del tiempo? *5.10.* ¿El acuerdo será vinculante? *5.11.* ¿Los negociadores son públicos o privados? *5.12.* ¿Cuáles son las normas del grupo? *5.13.* ¿Es posible la intervención de terceros? *6.* El conflicto como proceso dinámico. *7.* Causas de los conflictos. *7.1.* Los bienes como causa del conflicto. *7.2.* Los principios como causa del conflicto. *7.3.* El territorio como causa del conflicto. *7.4.* Las relaciones interpersonales implícitas como causa del conflicto. *7.4.1.* Diferencias de poder. *7.4.2.* Expectativas dentro de las relaciones. *7.4.3.* Choque de personalidades. *8.* El análisis transaccional como medio para analizar la conducta interpersonal. *9.* La comunicación. *10.* Barreras y factores desencadenantes de un conflicto o que pueden interferir en su solución. *11.* Fases de un conflicto.

1. *Qué se entiende por conflicto* [1]

La temática del conflicto ha sido reiteradamente estudiada, ya que se la ha tratado en las diversas disciplinas de las ciencias sociales, además de haberse analizado en áreas transdisciplinarias. Los estudios sugieren que las disputas se enfrentan de diversas maneras y que la selección de un método y de la gama de posibles soluciones depende de datos culturales. Los grupos y los individuos pueden buscar satisfacción o remedio contra sus adversarios de modo formal o informal, privado o público, acudiendo o no a terceras personas, estando o no las partes presentes, de modo dramático o mundano. El poder, junto con los recursos materiales y morales para presionar por los reclamos, es una constante.

(De acuerdo al vocabulario vulgar, el término "conflicto" significa "pelea, batalla o lucha", es decir, una confrontación física entre las partes. Pero el significado se ha extendido para incluir "un desacuerdo agudo u oposición de intereses, ideas, etcétera".) En una palabra, el término abarca los trasfondos psicológicos de la confrontación física además de la confrontación física misma. (En definitiva, el término "conflicto" ahora se utiliza con tanta amplitud que está en peligro de perder sentido específico.

Por ello, cabe adoptar un significado restrictivo, incluyendo bajo el concepto de "conflicto" a "una relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que son,

[1] PRUITT, Dean G., RUBIN, Jeffrey Z.: *Social conflict*, Nueva York, 1986, pp. 4/5 y 187; ENTELMAN, Remo F.: *Carrera de Post-grado de asesoría jurídica de empresas* (año 1991), papel de trabajo nº 1; KOLB, Deborah M., y BARTUNEK, Jean M.: *Hidden conflict in organizations*, California, EE.UU., 1992, p. 33.

5.3. ¿Se repite el juego?

(Deben contrastarse aquellas negociaciones que tendrán lugar por una sola vez, con aquellas en que las partes siguen la relación con nuevas operaciones que se continúan en el tiempo.) Cuando la negociación es repetitiva, cada participante debe ser cuidadoso de su reputación. Conviene tener en cuenta la posibilidad de fricciones que podrían llegar a arruinar las relaciones y la posibilidad de buenos resultados posteriores. En general, existe una tendencia a trabajar más cooperativamente, aunque no debe descartarse que —como política a largo plazo— alguien quiera hacerse la fama de negociador duro.

5.4. ¿Se producirán efectos en cadena?

(A veces ciertas negociaciones se interrelacionan, de tal manera que lo que se concede o contrata con uno, debe automáticamente extenderse a otros. Este encadenamiento puede asimismo surgir de operaciones reiteradas entre las mismas partes. O, puede ocurrir también que se ponga como condición para arribar a un resultado favorable en una cuestión, su interdependencia con otra que a la vez se deba necesariamente solucionar.)

5.5. ¿Hay más de una cuestión involucrada?

En los asuntos complejos no existe un solo punto de discusión, sino que aparecen varias cuestiones que interactúan entre sí. En estos casos, es más eficaz la negociación cooperativa y el trabajo conjunto para ir resolviendo los problemas a fin de que todos los participantes ganen en la medida de sus intereses prioritarios. A veces, la primera cuestión a determinar es la de cuáles son las cuestiones involucradas en la negociación.

5.6. ¿Es necesario llegar a un acuerdo?

Hay casos en que es más fácil levantarse de la mesa de negociaciones que en otros, según lo que se logre, pues ello

depende de las alternativas que se tengan fuera del acuerdo. A estos fines, debe conocerse cuál es el límite al que está dispuesto a llegar cada uno; mas existen supuestos en que necesariamente se debe llegar a un acuerdo en un tiempo razonable,[13] lo que no quita que la negociación se haga por pasos, con lapsos de mayor y menor presión o escalada en el conflicto, de modo tal que haya momentos de dureza en que alguno se retira y corta el diálogo; pero se sabe que en algún momento, sea como fuere, debe resolverse el conflicto.

5.7. ¿Es necesaria la ratificación?

En muchos casos, quien negocia por una parte está sujeto a la revisión o aval, es decir a la ratificación de lo acordado por su organización, país, etc. También puede crearse artificialmente tal necesidad, a efectos de tener más tiempo o de sacar una tajada más —la llamada táctica del "salame"— en el proceso de ratificación. En general, la necesidad de ratificación quita flexibilidad a las negociaciones y las convierte en menos amistosas o puede motivar que una parte se aferre a las posiciones tal como han quedado expuestas en su origen.

5.8. ¿Son factibles las amenazas?

Indudablemente, las amenazas pueden ejercer poderosa influencia en los resultados de una negociación; pero si se las utiliza indiscriminadamente, su efecto puede ser opuesto al querido, al endurecerse la posición de la parte amenazada. Se ha demostrado en situaciones de laboratorio que al aumentar el poder de una de las partes, el resultado es más pobre para esa misma parte (y generalmente, también para la contraria), lo que significa que el poder no siempre se usa adecuadamente. No obstante, las situaciones pueden ser muy diversas, pues las amenazas, por su propia naturaleza, tienden a interrelacionar los problemas y éstos muchas veces se interrelacionan

[13] Por ejemplo, en negociaciones salariales con los bomberos o la policía.

3

premeditadamente para tornar a las amenazas en posibles y creíbles.

5.9. ¿Existen restricciones temporales o hay costos relacionados con el transcurso del tiempo?

La parte que negocia con apremio generalmente está en desventaja. Las consecuencias del paso del tiempo pueden ser diversas para los distintos intervinientes en una negociación y esta discordancia puede utilizarse en su favor por la contraria. También puede una parte desaprovechar el tiempo, con desventaja para ambos. Inclusive, hay quienes —como táctica específica, pues no consideran convenientes las soluciones que vislumbran— intentan dilatar indefinidamente una negociación.

5.10. ¿El acuerdo será vinculante?

En los acuerdos arribados en conflictos interpersonales internos, el propio sistema jurídico o la homologación judicial aseguran que lo convenido sea vinculante y ejecutable; pero esto no puede predicarse de convenios internacionales entre países o grupos móviles o que dependen de políticas o gobernantes, en que impera la inseguridad. La inestabilidad hace que se busquen condiciones diferentes.

5.11. ¿Los negociadores son públicos o privados?

En su caso, resulta relevante saber cuán secretas son las negociaciones, lo que es difícil cuando se trata de personas públicas o de países, o cuando existen frentes internos en las organizaciones participantes. Por otra parte, el periodismo y la opinión pública están permanentemente interpretando las concesiones o logros, lo que obliga a mayor cuidado en los pronunciamientos.

5.12. ¿Cuáles son las normas del grupo?

A efectos de planificar la propia actitud, debe preverse el comportamiento de los otros y la conducta que se espera lleven

a cabo: cooperativa, sincera, honesta, abierta; o de mala fe, antagónica, indigna de confianza. Las negociaciones pueden fluctuar entre estas conductas.

5.13. ¿Es posible la intervención de terceros?

En tanto la intervención de un tercero ajeno a las partes como un árbitro o un mediador puede afectar enormemente las negociaciones, debe evaluarse esta posibilidad. Quien está participando en una negociación directa sin que exista un facilitador o alguien con poder decisorio, debe tener en cuenta que el desarrollo de un resultado puede ser diverso, más o menos conveniente, si no llega a un acuerdo y se requiere la ayuda del tercero.

6. *El conflicto como proceso dinámico*[14]

(El conflicto es un proceso esencialmente dinámico, sujeto a permanentes transformaciones desde su nacimiento hasta su resolución. Tal transformación puede y debe ser administrada. Cuando el conflicto comienza, las partes que persiguen la obtención de sus objetivos y por lo tanto una resolución del conflicto que les permita lograrlos, manejan por sí mismas las conductas conflictivas.) En realidad, manejan la propia, pero al hacerlo, manejan también la del oponente, ya que la interacción entre los protagonistas es de la esencia del conflicto. Y por definición, la interacción es un continuo de conductas sucesivas de distintos actores, cada una de las cuales puede ser relacionada con la anterior como su consecuencia. En la medida en que los contendientes no obtengan satisfactoria resolución del conflicto, la intensidad de la conducta conflictual tiende a aumentar, lo cual produce también un crecimiento de hostilidad en el nivel emocional y un incremento de la cantidad de actos negativos que unos y otros realizan.

[14] ENTELMAN, Remo F.: "Intervención de terceros y mediación", en *Revista Libra*, nº 1, pp. 32/37; WALTON, ob. cit. en nota 6, pp. 71/89.

pueden ser, o parecen ser para alguna de ellas, incompatibles" o, con un criterio más estricto aún, "una percibida divergencia de interés" o una "creencia de que las aspiraciones corrientes de las partes no pueden lograrse simultáneamente", lo que implica pensar en términos de impacto de estados mentales en la conducta social.)

Y en tales términos se considera posible desarrollar una teoría general del conflicto que trascienda los varios niveles de la sociedad con escasas excepciones, en tanto la mayoría de los procesos de conflicto significativos se encuentran en distintas relaciones, pudiéndose en cierta medida extrapolar las conclusiones de un campo de conflicto a otro.

2. *Conflictos, intereses, valores y aspiraciones* [2]

Puede conceptualizarse al conflicto como una percibida divergencia de interés, dando a la palabra "interés" sentido similar a "valor" o "necesidad". Puede también separarse la noción de "valor" de la de "interés" y "necesidad", considerando al valor jerárquicamente superior y dando al término el contenido de una creencia profunda del individuo, basada en la religión, ideología u orientación cultural que no es negociable. Aunque los valores pueden cambiar con el tiempo, son bastante permanentes, por lo menos para cada persona en particular, y —en principio— lo que tiene tal categoría no es susceptible de transacción ni compromiso alguno. No obstante, debe incluirse

[2] PRUITT, y RUBIN: ob. cit. en nota 1, pp. 10/12. COLEMAN, Susan: *Habilidades de la mediación para los negocios*, Nueva York, 1992. ACLAND, Andrew Floyer: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990, p. 117. FISHER, Roger; URY, William: *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, EE.UU., 1981. FISHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce: *Getting to yes*, EE.UU., 1991. FISHER, Roger; URY, William: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Colombia, 1985. URY, William L.; BRETT, Jeanne N., y GOLDBERG, Stephen B.: *Getting Disputes Resolved. Designing systems to cut the costs of conflict*, 1988. URY, William L.: *Getting past No: negotiating with difficult people*, 1991. FISHER, Roger; BROWN, Scott: *Getting together: Building relationships as we negotiate*, 1988. GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.: *Dispute Resolution*, 1992. SINGER, Linda R.: *Settling Disputes. Conflicts Resolution in Business, Families and the Legal System*, 1990.

su tratamiento en cualquier proceso de resolución del conflicto en base a la comunicación.

Los intereses constituyen sentimientos de las personas acerca de lo que es básicamente deseable, por lo que tienden a estar en el centro de los pensamientos y la acción de las personas, formando el núcleo de muchas de sus actitudes, metas e intenciones. Constituyen las necesidades prioritarias de cada una de las partes que deben satisfacerse para lograr un resultado equitativo y estable en las negociaciones. Aparecen dentro del concepto de intereses aspectos múltiples, pues no sólo se consideran las necesidades, sino también los deseos, preocupaciones y temores de las partes; y los intereses motivan a las personas y son el resorte silencioso que subyace en el conflicto.

Los intereses pueden describirse desde varias dimensiones:

- intereses virtualmente universales, tales como las necesidades humanas básicas de seguridad, de identidad, de reconocimiento y aprobación social, de felicidad, de pertenencia y claridad acerca de la naturaleza del propio mundo y cierto nivel de bienestar físico que lleva implícito el económico;
- intereses específicos de ciertos actores, tal como el deseo de los palestinos de una madre patria.

Algunos intereses son más importantes que otros, y tales prioridades difieren de persona a persona. Además, hay intereses a largo plazo y a corto plazo.

A fin de estar listo para negociar antes que confrontar, los intereses de la propia parte deben traducirse en aspiraciones, metas u objetivos y en pautas básicas o mínimas.

Un objetivo o aspiración es un fin más o menos preciso hacia el cual se lucha y que se expresa en una posición, tal como la meta de llegar a un aumento de $ 2.000 o el de alcanzar un nivel moderado de respeto en la profesión. Una pauta básica es un nivel mínimo de logros por debajo del cual uno ve los propios resultados como inadecuados. Por cierto que estas aspiraciones pueden luego ser incompatibles con las ambiciones del otro. Es decir, cada parte debe percibir que la satisfacción de sus aspiraciones imposibilita los anhelos del otro, y viceversa.

Cuanto mayor sea esta incompatibilidad, mayor será la divergencia percibida de interés; mas debe estarse atento a la percepción o comprensión de cómo piensa la otra parte. Por útil que sea el análisis de la realidad objetiva, finalmente es la realidad como la percibe cada una de las partes lo que constituye el problema en una negociación y lo que abre la vía de la solución.

Hay tres maneras por las cuales esta incompatibilidad percibida puede desarrollarse:

- las aspiraciones de una parte son altas;
- las aspiraciones de la otra parte son altas;
- no aparecen alternativas mutuamente beneficiosas.

Además del nivel de las aspiraciones propias y del otro, también cabe juzgar la importancia del conflicto sobre la base de la rigidez de estas aspiraciones. Cuando las aspiraciones aparecen como incompatibles, el conflicto se desarrolla en mayor profundidad y las aspiraciones rígidas hacen que el conflicto sea más difícil de resolver.

Hay dos puntos de partida para la rigidez de las aspiraciones:

- las aspiraciones se sustentan en valores muy importantes, como la seguridad, la identidad o el reconocimiento personal;
- las aspiraciones se sustentan en valores que sólo admiten dos alternativas, son insusceptibles de más o de menos en el sentido que o se los logra o no, con lo que el hacer alguna concesión requiere el abandono total del valor.

Resumiendo, el conflicto, caracterizado como divergencia percibida de interés, surge cuando no parece haber una alternativa disponible que satisfaga a las aspiraciones de ambas partes. Esto puede ocurrir porque una o ambas partes tienen altas aspiraciones o porque las alternativas de integración son pocas. Si tal conflicto existe, se presenta como especialmente severo cuando las aspiraciones de uno y de otro son rígidas e inmutables.

Al conceptualizar al conflicto como divergencia percibida y no como real, se parte de una noción útil para anticipar lo que la gente realmente hará, porque las percepciones ejercen nor-

malmente un impacto inmediato sobre la conducta (es decir, en la elección de las estrategias). Si bien los términos perceptuales dan la posibilidad de que una parte crea que hay un conflicto de interés mientras que la otra parte lo niegue, inclusive entonces esa parte trabajará, probablemente, sobre la base de sus percepciones. El conflicto no está en la realidad objetiva, sino en la mente de las personas.)

Por ello, de acuerdo al acta de constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), "Puesto que las guerras se originan en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben construirse las defensas de la paz".

3. *La teoría del conflicto*

El estudio del conflicto se remonta a la antigua Grecia y puede seguirse su evolución a través de las distintas culturas.

De acuerdo con el significado que se le atribuya a la palabra "conflicto" se abre una teoría que trata de describir, clasificar y analizar los conflictos; y también de acuerdo con el contexto en que se la formule, lleva el enfoque propio de cada disciplina: economía, política, psicología, derecho, antropología social. Sin embargo, existe un núcleo de conocimiento común a todos ellos. Tal actividad constituye el objeto de una disciplina sociológica que en nuestro medio se conoce unívocamente como "Teoría del Conflicto".(Nació primero para la problemática de los conflictos internacionales y se la ligó a investigaciones sobre la paz y, especialmente, sobre la guerra en Europa. Las áreas de trabajo de esta disciplina comprenden, a grandes rasgos: el análisis del conflicto, que suele dividirse en estático y dinámico, la previsión o anticipación del mismo, su prevención, el manejo, resolución y terminación, dándose a entender que se trata de diversos estadios o momentos del mismo fenómeno que acontece.[3])

[3] Hizo esta clasificación ENTELMAN, Remo F., durante su disertación en el Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas, Buenos Aires, noviembre 1993.

Queda así planteada la viabilidad de elaborar una teoría general del conflicto que abarque los distintos niveles y áreas de la sociedad, quizás circunscripta a los conflictos interpersonales, intergrupales, interorganizacionales e internacionales, dejando a otras disciplinas como objeto independiente de estudio, el conflicto intrapersonal. La complejidad del fenómeno social con características distintivas y propias en cada sector puede hacer peligrar estos emprendimientos abarcadores que no podrán prescindir de un enfoque multidisciplinario.

4. *Visión positiva del conflicto*

(En una simplificación extrema, podemos decir que en tanto un gran sector de los estudiosos visualiza al conflicto como una enfermedad social, otro lo ve como un elemento indispensable para la evolución de la humanidad. Más aún, podemos afirmar que este siglo, especialmente en las últimas décadas, ha dado como resultado una visión positiva del conflicto. Se lo concibe como un motor para el cambio, generador de energía creativa que puede mejorar las situaciones, una oportunidad para el crecimiento y el enriquecimiento personal. El conflicto puede ayudar a fortalecer los vínculos de los grupos, a reducir las tensiones incipientes al hacerse manifiesto. Inclusive, se considera que el conflicto es deseable desde que una relación en conflicto es una relación, y no la ausencia de ella.) En general, los participantes de un conflicto viven esa situación como crisis, un choque de intereses, de ideas, de emociones, cuya carga negativa se asocia con ideas como problema, traba, atascamiento, ruptura, peligro, trauma u otros que tienen que ver con una situación no feliz.[4]

Cuando hay un conflicto, para comprenderlo mejor no es disparatado examinar su correlación con el cambio. El conflicto se refiere a:

[4] Coser, Lewis: "Nuevos aportes a la teoría del conflicto social". Buenos Aires, 1970, citado por Aldao Zapiola, Carlos M., *La negociación*, Buenos Aires, 1992, p. 108.; Amidolare, Ana María: "Descubriendo el valor del conflicto", en *Revista Libra*, nº 3, pp. 46/49.

12

- quién tiene que cambiar;
- qué tiene que cambiar;
- a cargo de quién está el precio del cambio;
- cuál debe debe ser ese precio;
- cuándo y cómo debe pagarse.

El conflicto y el cambio son inseparables.[5]

En tanto el conflicto tiene una cantidad de funciones positivas, las condiciones que producen absoluta estabilidad y desalientan completamente el conflicto son una bendición a medias. Las comunidades que eluden el conflicto pueden fracasar en lograr cambios necesarios.

El conflicto interpersonal no necesariamente es malo o destructivo, por lo que ni quienes están directamente interesados ni los mediadores, deben siempre intentar eliminarlo de raíz. En muchos casos, las diferencias interpersonales, la competencia, la rivalidad y otras formas de conflicto tienen un valor positivo para los participantes y para el sistema social o la organización donde ocurren. Un nivel moderado de conflicto interpersonal puede aumentar la motivación y la energía; el conflicto puede alentar la innovación de los individuos y del sistema, gracias a que propicia una mayor diversidad de puntos de vista; además, los directivos de la organización de que se trate pueden ir conociendo mejor la propia posición, porque el conflicto los obliga a fundamentar y a sustentar los argumentos en que se apoyan.[6]

(Entre los beneficios del conflicto como factor de cambio, pueden incluirse:[7]

- El conflicto se opone a la osificación del sistema social, al ejercer una presión a favor de la innovación y de la creatividad.
- Al impedir el curso natural del conflicto, se puede llegar a tomar una decisión prematura. Las decisiones prematuras son, naturalmente, decisiones pobres.

[5] ACLAND, ob. cit. en nota 2, pp. 119/120.
[6] WALTON, Richard E.: *Conciliación de conflictos*, EE.UU., 1988, p. 4.
[7] PRUITT, y RUBIN: ob. cit. en nota 1, pp. 23/24.

- Ciertos malentendidos benignos no ayudan a los intereses de nadie, lo que ocurre cuando cada una de las partes tiene tanto miedo de contrariar al otro que ninguna expone su punto de vista para que el otro lo entienda.
- El conflicto es a veces necesario para alcanzar la justicia. Los tiranos y las *élites* sin sentimientos tratan de impedir la agitación que intenta enmendar querellas políticas. Una situación aparentemente tranquila puede servir para enmascarar grandes injusticias y la explotación interpersonal.

No obstante, la cantidad de conflicto que una sociedad puede tolerar tiene un límite, aunque se trate del tipo de conflicto más suave y productivo. El conflicto quita tiempo y energía de otras preocupaciones. Un grupo, una organización o un país pueden involucrarse en tanta controversia que les impida solucionar exigencias básicas, disminuyendo la productividad industrial.[8] Lo mismo las personas que pierden eficacia individual y energía positiva, ya que el conflicto suele debilitar a los protagonistas.

Es muy fina la línea que deben transitar los grupos y las sociedades o las personas para ubicarse en el lugar óptimo entre lo que es demasiado o muy poco conflicto. Es esencial conservar un nivel de estabilidad porque debe reducirse la cantidad de conflicto para mantenerla entre ciertos límites. Si todo se debatiera la mayor parte del tiempo, no quedaría lapso ni energía para afrontar y desarrollar otras actividades útiles.[9]

Por ello, los teóricos del conflicto no están contra el conflicto *per se*, ya que muchas veces se logra el progreso al incluir en una causa a personas no comprometidas para luego crear tensión y conflicto como estrategia para organizarlos en la forma deseada y se reconoce que muchos de los mejoramientos sociales han provenido de conflictos resueltos por fuerzas destructivas.[10]

[8] PRUITT, y RUBIN: ob. cit., pp. 23/24.
[9] PRUITT, y RUBIN: ob. cit., pp. 23/24.
[10] RAIFFA, Howard: *The art and science of negotiation*, Cambridge (Massachusetts), Londres, 1982, p. 7.

La visión productiva del conflicto no atiende tanto al peso argumental como a la apreciación de las diferencias en el litigio, hasta encontrar su punto de armonía.[11]

5. *Algunas características relevantes de los conflictos*[12]

Se han identificado las características relevantes de cada tipo de disputa, a fin de clasificar o reconocer los conflictos para mejor encarar su solución.

Las características más relevantes se desarrollan de acuerdo a los siguientes interrogantes:

5.1. ¿Hay más de dos partes?

Es muy diverso el conflicto que involucra a dos protagonistas de aquel en que intervienen más de dos personas. Una vez que aparecen tres o más partes existe una tendencia a formar coaliciones para actuar en contra de todos o algunos de los restantes participantes.

5.2. ¿Son las partes monolíticas?

Esta pregunta se refiere al frente interno de las partes. A veces, es más fácil negociar hacia el exterior que hacia el interior de la propia organización, país, grupo, etc. Es muy frecuente que la diversidad de opiniones de quienes están del mismo lado en una negociación cree dificultades, o que el representante ante terceros se vea tironeado por ambigüedades y contramarchas o fracturas internas. Inclusive, si quien participa es una sola persona, ésta también puede llegar a afrontar conflictos internos con similar efecto.

[11] MARISCAL, Enrique: "La armonía a través del conflicto", *Revista Libra*, nº 1, pp. 5/7.

[12] RAIFFA: ob. cit. en nota 10, pp. 11/19.

El dinamismo de los conflictos hace que de un ciclo al siguiente de un mismo conflicto, los problemas o la forma del conflicto manifiesto cambien de modo característico. La escalada de la disputa se refiere a la tendencia de una relación a volverse cada vez más conflictiva. El desescalamiento designa la tendencia hacia la *disminución del conflicto*. A veces es deseable una escalada temporal del conflicto, como parte de una estrategia general de su manejo, cuando se trata de liberar o dejar de controlar el conflicto. De modo similar, los esfuerzos encaminados a producir un desescalamiento implican control o resolución del conflicto.

7. *Causas de los conflictos*[15]

Separar los diversos motivos o causas del conflicto constituye una parte esencial del análisis que es propio de la mediación y constituye elemento de relevancia en la eventual resolución. Los mediadores deben tratar de determinar qué es lo que está realmente en juego en un conflicto.

A estos efectos, cabe señalar que los conflictos se pueden originar en causales relacionadas a:[16]

- los bienes en juego;
- los principios en juego;
- el territorio en juego;
- las relaciones interpersonales implícitas.

7.1. Los bienes como causa del conflicto

Cuando el conflicto trata sobre los bienes, se refiere a cosas que tienen, o representan, un valor material: dinero, tierra, propiedades, poder. Independientemente de cuál es el objeto en disputa, si hay conflicto es porque la posesión de ese bien representa un valor material para aquellos que lo desean. Sin embargo, muchas veces los bienes no son más que símbolos de alguna otra cosa, pues hay intereses subyacentes.

[15] ACLAND: ob. cit. en nota 2, pp. 93/116.
[16] Con frecuencia los motivos se superponen.

7.2. Los principios como causa del conflicto

El término principios se usa para referirse a los elementos no materiales de un conflicto que constituyen valores. Los principios abstractos (creencias religiosas, ideologías políticas, valores morales, reputación personal) pueden defenderse con fervor. Los principios abstractos y los valores son tan importantes como las posesiones materiales o incluso más. La historia está llena de personas que han muerto por sus creencias, lo que demuestra que, a menudo, estos valores son innegociables.

Todos los conflictos comienzan con la afirmación de una de las partes, o de ambas, de que sus posiciones "son innegociables" por los principios que llevan implícitos. Es posible que realmente lo crean. El hecho de afirmar de algo que es innegociable señala el elevado valor que se le atribuye. Pero si todo fuese tan innegociable como se afirma, el mundo no podría cambiar como lo ha hecho y sigue haciéndolo.

Frente a un conflicto de principios es importante descubrir todos los datos posibles:

- qué principios se cree que están en juego;
- de quién son esos principios pues los mismos principios pueden variar enormemente según quien los defienda;
- qué apareció primero: los principios, o la conducta que tienden a justificar;
- ¿se trata de un principio realmente relacionado con la situación, o es una cortina de humo para ocultar algo menos noble?

Cuanto más complicados son los conflictos, más importante es observar de qué clase son, y qué coherencia tienen los principios que se dice están implícitos.

7.3. El territorio como causa del conflicto

La tercera causa de conflicto es el territorio, tanto en el sentido literal como en el psicológico.

La mayoría de las personas que trabajan en organizaciones se han encontrado con el individuo que cuida celosamente su parcela, y esto produce inercia en las burocracias y las jerarquías.

14

El territorio psicológico es tanto o más importante que el territorio físico, al cuestionarse o verse amenazado el sentido de identidad de las personas. A medida que la sociedad se vuelve uniforme, y la carrera por escalar posiciones más desesperada, tememos la aniquilación de nuestro sentido personal de identidad.

El elemento territorial del conflicto se advierte mejor y se vuelve importante durante un proceso y período de cambio, porque representa la seguridad. No obstante, suele ocultarse bajo otros factores. Si un conflicto parece persistir, a pesar de todos los esfuerzos realizados para resolverlo, hay que pensar en la defensa del territorio, apenas visible y a veces subconsciente.

Hay que buscar el elemento territorial cuando en una situación conflictiva se presentan ciertas características como:

- objeciones triviales a las propuestas de cambio;
- cuestiones de principio dudosas;
- reticencia a delegar;
- procedimientos oficiosos;
- burocracia mezquina;
- campañas de rumores;
- personas que intrigan para lograr responsabilidades extras.

El hecho de aferrarse al territorio no es señal de fuerza, sino de inseguridad. La mejor manera de apartar a la gente del antiguo territorio es asegurándoles que tienen uno nuevo, en el que pueden invertir su seguridad y delimitar sus derechos.

7.4. Las relaciones interpersonales implícitas como causa del conflicto

Las relaciones humanas son fundamentales para nuestra vida personal, social y profesional. A veces resultan difíciles de mantener y son causa frecuente de conflictos. El mediador debe intentar encontrar las razones de la ruptura de relaciones como fuente de conflictos.

Entre ellas, pueden mencionarse:

7.4.1. Diferencias de poder

Las diferencias estructurales de poder dentro de las relaciones son una causa poderosa o se exponen a provocar conflictos. Una gran disparidad en el reparto del poder tienta al más fuerte a imponer su voluntad al más débil y al más débil a ofenderse y a resistirse. La represión del más débil por el más fuerte a menudo termina desembocando en un conflicto. Los mediadores admiten que las diferencias grandes y estructurales en las cuotas de poder constituyen una de las causas de los conflictos y un obstáculo para la mediación.[17]

7.4.2. Expectativas dentro de las relaciones

Las personas ponen expectativas en cada una de sus relaciones. Todas las relaciones implican contratos psicológicos que se basan en expectativas tácitas e inconscientes que cada uno tiene de los demás.

Los contratos psicológicos —las relaciones— están implícitas en todos los contactos humanos. La violación de estos contratos tácitos, inconscientes, constituye una importante fuente de conflictos, así como también un elemento perturbador en una situación conflictiva previa. Su violación también es, por definición, una violación de la confianza, porque la confianza mutua está implícita en cualquier contrato que no establecemos por escrito.

Todos los días se producen violaciones del contrato psicológico en diversos niveles de la sociedad. Las mentiras, los abusos sexuales, los actos de vandalismo, la violencia y el adulterio son violaciones de contratos psicológicos, porque se oponen a las expectativas que la gente tiene inconscientemente de los demás, imaginándolos honestos, amables, respetuosos y dignos de confianza.

Con frecuencia, el mediador descubre que las expectativas se han visto frustradas, que se ha violado el contrato psicológico, y

[17] Ver al respecto Capítulo VIII, punto 9.

que esto impide realizar cualquier inversión en una relación futura. Una de las tareas del mediador será la de establecer un nuevo contrato psicológico, preferentemente uno que sea suficientemente realista y flexible como para prever futuros problemas.

7.4.3. Choque de personalidades

También puede existir conflicto, cuando se produce un choque de personalidades, expresión que se emplea gráficamente para explicar por qué dos personas no se llevan bien. Significa que uno sencillamente no puede comprender a la otra persona; o es posible que se la comprenda enseguida y no se desee que la relación se desarrolle, tal vez porque la otra persona nos recuerda el aspecto menos atractivo de nuestra propia personalidad.

Puede existir una atracción mutua inconsciente, reconocida por los peligros que plantea a ambas partes. La antipatía mutua puede también ser base de una relación: a muchas personas las excita el conflicto, de ahí la antigua afirmación de que los polos opuestos se atraen. Es una forma de reconocer una rivalidad directa —consciente o inconsciente— y el deseo de evitarla, ya sea porque no serviría como base de una relación cooperativa, o por temor a perder ante el rival.

Independientemente de que el choque sea causado por atracción o por repulsión, si dos personas no tienen otro remedio que mantener una relación, de algún modo la situación tiene que superarse o, si es posible —y no se corre el riesgo de que el problema perturbe de nuevo— evitarse. La única manera de resolver realmente un choque de personalidades es afrontándolo: admitir su existencia y tratar de encontrar el origen. Tal vez la situación pueda encauzarse si se hace una búsqueda a fondo y con honestidad, analizando:

- los valores;
- las opiniones;
- las suposiciones sobre el otro;
- los prejuicios de cada uno respecto del otro.

El ejemplo de los choques de personalidad señala la necesidad del mediador de tener ciertos conocimientos de la

química existente entre las personas: qué cosas favorecen una buena relación y, algo importante en el transcurso de una mediación, por qué un gesto o una palabra puede provocar que la gente empiece a tratarse a gritos. El mediador debe intentar comprender las interacciones personales.

8. *El análisis transaccional como medio para analizar la conducta interpersonal*

¿Qué es el análisis transaccional?

El análisis transaccional es un medio directo, pero complejo, de analizar la conducta cotidiana interpersonal. Para los mediadores sin formación académica en psicología o en ciencias sociales, tiene la virtud de ser muy simple en esencia.

Básicamente, el análisis transaccional admite la existencia de tres "estados del ego" singulares. Nos movemos entre estos tres estados constantemente, al reaccionar ante las nuevas situaciones; y estos estados se denominan:

- padre,
- adulto, y
- niño.

Los estados influyen en nuestra conducta, con lo que los expresamos a través de:

- el tono de voz que usamos;
- nuestra manera de mirar, y
- las respuestas que damos.

Llevamos en nosotros dos clases de vestigios de nuestra infancia: los del padre y los del niño.

Los del *padre* están formados por lo que aprendemos de nuestros progenitores en los primeros años de vida:

- valores,
- actitudes,
- creencias,
- criterios del bien y del mal.

Todo está almacenado en algún lugar y lo invocamos cuando tenemos que criticar, controlar a nuestros hijos o dar un juicio moral sobre algo. Desde luego, nuestros padres no eran sólo severos y partidarios de la disciplina. Además —si fuimos

afortunados— eran cariñosos, atentos y protectores. De modo que también invocamos estas cualidades cuando las necesitamos.

El *adulto* es el estado en el que nos presentamos tranquilos y racionales, prácticos y reflexivos, en el que aplicamos la lógica, preguntamos, comprendemos y tomamos decisiones basadas en el sentido común. Ya no hay vestigios de la infancia. Es la parte de nosotros que:

- puntualiza y analiza;
- aplica los conocimientos y las técnicas acumuladas con la experiencia;
- sopesa el riesgo ante posibles resultados.

El estado del *niño* contiene otros vestigios de nuestra infancia, con todas las características infantiles:

- egocéntrico;
- exigente;
- llorón;
- vulnerable;
- malhumorado;
- dependiente;
- vergonzoso.

Pero también contiene los aspectos positivos de la infancia:

- espontaneidad;
- falta de inhibiciones;
- risa;
- interés;
- curiosidad;
- juego;
- afecto.

Es también el estado en el que somos más creativos, artísticos, intuitivos.

Los tres estados son importantes para nosotros si queremos tener una vida plena. El estado en el que nos encontramos con mayor frecuencia determina la manera como nos perciben los demás y la forma en que elegimos hacer nuestra vida.

Ninguno de estos estados es "mejor" o "peor" que los demás. En cada situación en la que nos encontremos, en cada respuesta que demos a otra persona, estaremos en uno de los tres estados

que determinará el carácter —y la adecuación— de nuestra respuesta. Estos encuentros se llaman "transacciones", y de ahí que el análisis transaccional sea la comprensión de todos ellos, basada en el estado en que nos encontramos nosotros y los demás: padre, adulto o niño.

El análisis transaccional brinda a los mediadores un método para observar la comunicación de las personas que se encuentran inmersas en un conflicto y también para vigilar las relaciones que esas personas mantienen. Cada palabra que se dice, cada gesto que se hace, vienen del padre, del adulto o del niño, y las responde el padre, el adulto o el niño de la otra persona.

El análisis transaccional permite al mediador comprender de qué modo reaccionan entre sí las partes en conflicto, e intervenir cuando las transacciones sean cruzadas. Es probable que esto pase sobre todo al comienzo de una mediación, cuando ambas partes están irritadas. En ese caso, las dos pueden estar hablando desde su padre al niño del otro.

¿Qué tipo de transacciones debe intentar el mediador? La mediación es un proceso racional, reflexivo, en el cual el adulto debe hablar al adulto, evaluar la situación con calma y encontrar una solución.

Esto no significa, sin embargo, que las transacciones adulto-adulto puedan contribuir exclusivamente al éxito de la mediación. La técnica del torbellino de ideas, por ejemplo, suele ser más productiva cuando las transacciones son niño-niño, cuando se utiliza la espontaneidad y la creatividad infantil, y se suspenden el juicio paterno y la insistencia adulta en lo objetivo y lo racional.

El valor del análisis transaccional para los mediadores es el de proporcionar una estructura para vigilar lo que realmente sucede cuando las partes están hablando. El modelo padre-adulto-niño puede ser excesivamente simple, pero por lo menos facilita un lenguaje que permite meditar sobre la situación y medir la calidad de la comunicación. Además, puede ayudar a los mediadores a saber cuándo intervenir.

9. *La comunicación*[18]

La comunicación se establece hablando o escuchando. Es frecuente que las palabras se digan en voz alta y enojada. En otros momentos, son suaves, punzantes, llenas de contenidos implícitos. Así se va desarrollando un proceso que es propio de la vida de las personas involucradas en el conflicto.

La comunicación puede verse desde dos puntos de vista:

a) *Como contenido:* qué es lo que las partes se están comunicando hace al contenido.

b) *Como dinámica:* cómo es que las partes se están comunicando hace a la dinámica.

Muchas veces los contendientes se encierran en patrones de comunicación que no son eficientes; otras inclusive éstos están rotos.

Los niveles de comunicación se obstruyen por barreras psicosociales que son difíciles de identificar, por cuanto operan en el inconsciente y son inherentemente subjetivas.

Entre los inhibidores específicos de la comunicación en ambientes de conflicto que puede llegar a los tribunales, se cuentan:

- la amenaza al ego, que restringe ofrecer toda información que pueda rozar la autoestima de la parte;
- la amenaza al caso, que restringe ofrecer toda información que la parte considere pueda perjudicar su situación jurídica;
- la conformación a ciertas normas sociales, según considere la parte que debe ser su comportamiento dada la situación;
- los prejuicios que pueden impedir que la parte sea franca ante profesionales o personas representantes de minorías;

[18] FRIEDMAN, Gary J.: *A guide to divorce mediation*, Nueva York, 1993, pp. 37/38. BASTRESS, Robert M.: HARBAUGH, Joseph D.: *Interviewing, counseling and negotiating. Skills for effective representation*, Boston, Toronto, Londres, 1990, pp. 175/196; WALTON, Richard E., y MCKERSIE, Robert B.: *A behavioral theory of labor negotiations*, Nueva York, 1991, pp. 155/161.

- las exigencias y limitaciones de tiempo que hacen que la parte esté preocupada por llegar inmediatamente a otro lado;
- el medio ambiente que puede afectar la comodidad y la disposición a hablar;
- la noción de que el tema que se está tratando es irrelevante o existen urgencias mayores;
- las experiencias traumáticas anteriores que hacen temer reabrir heridas al mencionar ciertas cuestiones implicadas;
- las fallas de memoria que impiden dar la información por un factor involuntario;
- el comportamiento inconsciente que provoca una actuación reactiva a la conducta de los restantes intervinientes.

Entre los facilitadores que tienen influencia psicosocial en la comunicación y permiten obtener información y legitimar a las partes, se cuentan:

- la relación favorable entre los participantes que proviene de la empatía, de la actitud de aceptación libre de juzgamiento, de la solidez del compromiso y la comprensión;
- la sensación de reconocimiento y estima;
- las recompensas extrínsecas que se espera obtener de la reunión;
- la catarsis como proceso de expulsión de sentimientos y tensiones negativas y desagradables mediante la referencia a las causas de tales tensiones;
- la satisfacción de expectativas que resultan explicitadas en la reunión;
- la apelación a sentimientos altruistas y valores superiores;
- el medio ambiente y conformidad con las normas sociales cuando existe comodidad.

Cualquier proceso de resolución de conflictos que se pretenda eficiente debe tender a un alto grado de comunicación.

10. *Barreras y factores desencadenantes de un conflicto o que pueden interferir en su solución*[19]

Ciertos problemas interpersonales pueden subyacer por largo tiempo como conflictos latentes, pues existen barreras que impiden su declaración como manifiestos, las que recién quedan superadas por acontecimientos desencadenantes precipitadores de las acciones.

Las barreras suelen ser internas o externas, de modo que el protagonista puede no sentirse con ánimo, espacio o energía suficiente para afrontar una disputa.

Algunas de las barreras internas están dadas por:

- las actitudes;
- los valores;
- las necesidades;
- los anhelos;
- los temores;
- las ansiedades;
- los patrones habituales de acomodamiento.

Las barreras externas pueden estar dadas por:

- los requisitos de la tarea;
- las normas del grupo;
- los conceptos personales del papel o función;
- la imagen pública;
- la percepción de la vulnerabilidad del otro;
- la percepción de la propia vulnerabilidad;
- el temor de que una oferta conciliadora pueda no ser respondida;
- las barreras físicas a la interacción.

A pesar de tantas barreras, algún acontecimiento o circunstancia puede ser capaz de precipitar el conflicto, desencadenando un ciclo de interacciones hostiles, un vigoroso desacuerdo, una confrontación sincera o una interacción que conduzca a una solución. Estos estímulos o acontecimientos desencadenantes pueden ejercer su efecto, sea aumentando la

[19] WALTON, ob. cit. en nota 6, pp. 75/79; SALACUSE, Jeswald W.: *Making global deals*, Boston, 1991, pp. 5/8.

magnitud e importancia de los problemas, sea reduciendo las barreras que obstruyen la acción.

El análisis de las barreras y los acontecimientos desencadenantes de un conflicto ofrece posibilidades para su manejo constructivo. Un aspecto importante del manejo de la disputa es elegir el problema, el lugar y el momento adecuados para su declaración, de modo tal que el inmediato tratamiento resulte productivo. Para ello es necesario conocer cuáles son las barreras involucradas, a efectos de reforzarlas si se desea impedir la manifestación o superarlas cuando se desea estimular un diálogo constructivo y se torna menester precipitar la expresión.

Las barreras para la solución de un conflicto, especialmente si las personas no pertenecen a un mismo grupo, pueden radicar en:

- el ambiente en que se negocia;
- la cultura;
- la ideología;
- la burocracia y las organizaciones;
- la legislación diversa y los poderes políticos;
- las diferencias en la moneda;
- la inestabilidad y la posibilidad de cambios bruscos.

11. *Fases de un conflicto* [20]

A partir de la diferenciación entre el conflicto latente y el conflicto actual o manifiesto, es posible establecer cinco fases en el ciclo de vida de un conflicto:

1) el conflicto latente;
2) la iniciación del conflicto;
3) la búsqueda de equilibrio del poder;
4) el equilibrio de poder, y
5) la ruptura del equilibrio.

El conflicto puede existir como latente cuando hay sólo una *estructura del conflicto* generada por la existencia de intereses

[20] FOLBERG, Jay, y TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, 1992, pp. 37/44.

que tienen una tendencia a oponerse de manera recíproca (etapa 1).[21] El conflicto que puede permanecer latente durante muchos años.

La *situación de conflicto* se activa cuando sucede un acontecimiento desencadenante, que inicia el conflicto propiamente dicho, al tornarlo en *conflicto manifiesto* (etapa 2).[22]

Ambas partes para equilibrar las posiciones pueden recurrir a la fuerza y hacer uso del poder, o al derecho mediante requerimiento judicial que derive en una sentencia; también pueden intentar buscar el equilibrio del poder mediante medios no coercitivos como la mediación (etapa 3).

Después de alcanzar un punto de equilibrio a través del proceso de resolución de conflictos y de hacer los ajustes para resolverlo (etapa 4) las condiciones pueden variar con el tiempo y se llega a una nueva ruptura (etapa 5).

Esta concepción del conflicto lo visualiza como una espiral continua, una hélice, que se pone en movimiento mediante el cambio, pero que se moldea a través del tipo de poder o sociedad en el cual se manifiesta. Cuando el problema ha atravesado por estas cinco fases, se completa una vuelta de la hélice. Estos cambios en valores y normas pueden afectar la estructura sociocultural, y, a su vez, pueden producir nuevos conflictos latentes (vuelta a etapa 1) o directamente crear un conflicto manifiesto (vuelta a etapa 2) al actuar como un nuevo desencadenante, con lo que se repite el ciclo.

La mediación constituye uno de los procesos de búsqueda de equilibrio de poder en las formas no coercitivas que puede utilizarse en dos momentos distintos de este ciclo de conflicto. Es posible iniciarlo después de un acontecimiento desencadenante o acción que ha iniciado el conflicto, pasándolo hacia el campo de lo manifiesto. O bien puede instituirse cuando las personas participantes están conscientes de una estructura de

[21] Tal es el caso de los intereses de los gremios portuarios y los prestadores de servicios de carga a los buques.

[22] Como la incorporación de maquinaria con cierto grado de automatización que ahorra mano de obra en operarios, lo que provoca que el gremio reclame y amenace con medidas de fuerza.

conflicto o de una situación de conflicto. Con ello, se logra desviar el movimiento progresivo de escalada del conflicto, eliminando la incertidumbre y la subsecuente necesidad de conductas adecuadas al conflicto manifiesto como amenazas, desconocimiento de derechos o violencia física. De hecho, el proceso de mediación puede utilizarse para evitar que surja una conducta de conflicto manifiesto.

Así como el conflicto es un proceso de divergencias, la mediación es uno de los procesos de convergencia. Estos términos divergencia/convergencia nos resultan útiles para distinguir la *resolución de conflictos* de lo que suele llamarse el *manejo de los conflictos*. Este último tiene como meta principal realinear la divergencia, de tal manera que las fuerzas opuestas lo sean en una proporción menor y la potencialidad de daño sea disminuida. La resolución de conflictos apunta a la resolución procesal del conflicto y a veces a la terminación del conflicto. En líneas generales suele no distinguirse entre manejo, resolución y terminación del conflicto.

Capítulo III

Cómo enfrentar el conflicto

SUMARIO: *1.* Comportamientos frente al conflicto. *2.* Factores para un diálogo productivo. *3.* La percepción de las aspiraciones de los otros. *4.* La ausencia de alternativas mutuamente aceptables *5.* El conflicto y los terceros neutrales. *6.* El papel que juegan los terceros. *7.* La estrategia del conflicto y la teoría de los juegos. *7.1.* La teoría de los juegos. *7.2.* Juegos de suma-cero, juegos de suma-variable, estrategias de equilibrio y puntos de equilibrio. *7.3.* La aplicabilidad de la teoría de los juegos a la estrategia del conflicto. *7.4.* El papel del mediador ante la teoría de los juegos. *8.* Teoría del análisis de las decisiones. *8.1.* Comparación con la teoría de los juegos. *8.2.* El papel del mediador en el análisis de las decisiones.

1. *Comportamientos frente al conflicto* [1]

Los estudios sociológicos han demostrado que ante un conflicto que se activa suelen darse al menos cinco comportamientos o conductas típicos. Éstos son: "competir o contender", "ceder o conceder", "convenir", "colaborar y resolver problemas", "evitar, no hacer nada o retirarse".

Estos comportamientos no son totalmente excluyentes, son estrategias que pueden ser usadas por las partes que están atravesando un conflicto. Resulta útil examinar las causas y las consecuencias del uso de cada uno de ellas.

Estas cinco conductas pueden ser consideradas como producto de la relación entre dos variables importantes que se juegan en todo conflicto:[2]

- la preocupación por los objetivos o metas propias;
- la preocupación por los deseos del otro u otros.

La combinación entre estas dos variables y la importancia mayor o menor que las personas den a cada una de ellas genera en la práctica al menos los enumerados cinco modos de reaccionar:

1) *Competir o contender:* "Competir o contender" importa una priorización de las propias metas por encima de las del otro.

[1] *Los conceptos que siguen están tomados del Manual de mediación* preparado por Fundación Libra para su utilización en cursos y entrenamientos; se basan en LEDERACH, John Paul: *La Regulación del Conflicto Social: Un enfoque práctico*, Akron, EE.UU., 1986, pp. 27/29 y 89/91; PRUITT, Dean G., y RUBIN, Jeffrey Z.: *Social conflict*, Nueva York, 1986, pp. 25/43.

[2] Si bien a la luz de los estudios psicológicos podría resultar cuestionable o simplista este análisis, coincidimos en que independientemente de si las partes tuvieron en mente o no los deseos del otro y de cuáles sean las razones conscientes o inconscientes de cada sujeto para adoptar uno (o algunos) de los indicados comportamientos, cada uno de ellos es indiciario, y trae aparejado en la realidad una menor o mayor satisfacción de las metas propias y de las del otro, por lo que el análisis resulta esclarecedor.

El que usa esta estrategia, trata de resolver el conflicto en sus propios términos, mantiene sus propias aspiraciones y trata de persuadir al otro para que ceda. Hay diversas formas de tratar de imponer la solución preferida por la propia parte a la contraria. Las tácticas incluyen las amenazas, los castigos o represalias que pueden quedar sin efecto si el otro se allana, la política de los hechos consumados para resolver la disputa unilateralmente sin el consentimiento del otro. Dentro de la negociación se pueden hacer reclamos exagerados presentados como inamovibles o presionar por la aceptación dentro de plazos excesivamente limitados. La amenaza de despido de un empleado que efectúa un reclamo es una conducta contenciosa que adopta la empresa. La lucha física o el empleo de la fuerza física es otra forma de contender.

2) *Ceder o conceder:* Al contrario de la anterior, el "ceder o conceder" implica la satisfacción de los deseos y aspiraciones de la otra parte por encima de los propios anhelos involucrados en el conflicto. Una parte resigna parte de sus aspiraciones y ello hace que la otra satisfaga las suyas.

3) *Convenir:*[3] "Convenir" implica una concesión parcial, pues trae aparejada la satisfacción de alguno de los deseos propios y al menos alguno de los ajenos; ambas partes ceden algo de su posición originaria, para poder acordar con el otro y satisfacer así también alguno de sus propósitos. Es el típico caso del regateo: uno hace una oferta, el otro una contraoferta y se divide la diferencia. Hay un pastel de determinado tamaño y lo que una parte toma afecta la del otro. Ambas partes se acomodan y logran diseñar un acuerdo. Cabría preguntarse si no podía haber surgido otra solución de más alta calidad en cuanto a la satisfacción de los intereses de las partes, si se hubieran decidido a resolver verdaderamente el problema.

4) *Colaborar y resolver problemas:* A diferencia de "convenir" al "colaborar" se obtiene una alta sino completa satisfacción de las propias metas y también de las del otro. En tanto al "convenir" las partes se "dividen el campo de la negociación", al "colaborar" lo agrandan. Éste es el comportamiento que satisfará a todos los

[3] Para PRUITT y RUBIN, ob. cit. en nota 1, pp. 25/43. "conceder" y "convenir" quedarían unidos como forma total y parcial de la misma conducta.

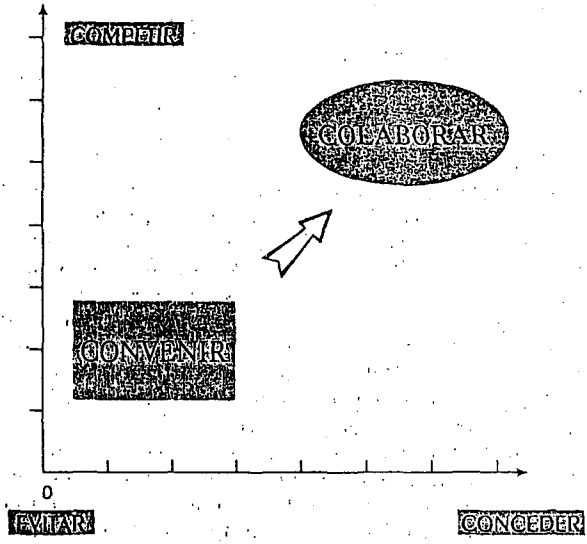
involucrados, en todos o la gran mayoría de sus intereses reales. Para lograr esto último las partes deberán trabajar juntas para trascender la posición originaria —la de la primera oferta y contraoferta—, haciendo una investigación real de los intereses y necesidades que hay detrás de ellas, generando nuevas alternativas, con lo que se incrementará el campo de la negociación. La resolución de problemas constituye una estrategia que consiste en la búsqueda de opciones de mutuo beneficio. Es una estrategia que conlleva esfuerzos para identificar los problemas que separan a las partes y desarrollar una solución que sea satisfactoria de los intereses de ambas. Cada parte trata de mantener su propia aspiración y, a la vez, reconciliarla con la obtención de la aspiración del otro participante. La solución se convierte en integrativa al promover y seleccionar opciones creativas que reconcilien los intereses de todos. La estrategia incluye movimientos osados pues debe intercambiarse información referida a intereses subyacentes, poner hipótesis como puntos de partida de las negociaciones, acudir al torbellino o tormenta de ideas *(brain storming)*.

5) *Evitar, no hacer nada o retirarse:*[4] "Evitar" o la mera inacción, implica mostrar desinterés tanto por las metas propias como por las del otro. Ésta puede a veces constituir una estrategia como movimiento temporario que deja abierta la posibilidad de reasumir el conflicto y otra conducta en el futuro.

El comportamiento de "retirarse" puede también implicar abandono definitivo de la controversia, en lugar de una inacción temporaria. Cuando se deja el escenario del conflicto, a veces es difícil distinguir la conducta de una concesión o de una controversia, según el caso. El divorcio de común acuerdo de una pareja en conflicto es una forma de este comportamiento. Este abandono también puede ser psicológico. Pero si un padre se retira de una disputa con su hijo sobre el uso del automóvil, este comportamiento implica vencer, con carácter de "contender"; y si es el hijo quien se retira, su actitud lleva aparejado el "ceder" al punto de vista del progenitor.

Estos modos de contender pueden representarse en un gráfico de coordenadas del siguiente modo:

[4] Para PRUITT y RUBIN, ob. cit. en nota 1, "retirarse" y "evitar" son conductas diversas dado su carácter de comportamiento definitivo y temporario.



COMPORTAMIENTO DE LAS PARTES EN LA NEGOCIACIÓN

- *Apreciación del problema*
- *Relaciones personales*

2. *Factores para un diálogo productivo* [5]

Se consideran como factores de valor para un diálogo productivo en un medio interpersonal, que un buen negociador o un mediador debe intentar fortalecer, los siguientes:

1) *La mutua motivación positiva:* Las partes necesitan tener incentivos para revolver o controlar el conflicto y si carecen de incentivos adecuados no habrá reciprocidad en cuanto a intercambio emocional ni de negociación sustantiva para arribar a una solución al problema.

2) *Equilibrio de poder en la situación:* La paridad de poder en un diálogo contribuye en sumo grado al éxito, en tanto la desigualdad mina la confianza, inhibe el diálogo y disminuye la probabilidad de un resultado constructivo.

3) *Sincronización de esfuerzos de confrontación:* Las iniciativas de confrontación por parte de uno de los protagonistas deben sincronizarse con la disponibilidad del otro para el diálogo. Las partes pueden experimentar dificultades para sincronizar sus iniciativas, ya que un protagonista puede elegir un momento y un lugar que no convienen al otro; cuando el segundo intenta realizar su propia confrontación, al primero ya no le parecerá tampoco oportuno, con lo que se obtienen evasivas, ofensas o más agravios. Las iniciativas conciliadoras contribuirán mejor a una solución si están sincronizadas en la disposición del otro a interpretarlas correctamente o a corresponder a ellas.

4) *Ritmo apropiado de las fases del diálogo:* En un diálogo efectivo propio de un conflicto, pueden distinguirse al menos dos fases: una fase de diferenciación y otra de integración. Durante la primera fase se describen los problemas o cuestiones que las dividen y se ventilan los sentimientos mutuos, tratando cada uno de ser comprendido por el otro. Durante la segunda, las partes aprecian sus semejanzas y reconocen sus metas comunes, aceptan aspectos positivos y expresan cordialidad y respeto. Es probable que si los protagonistas intentan acortar la fase de diferenciación, los diálogos aborten o den resultados inestables.

[5] WALTON, Richard E.: *Conciliación de conflictos*, EE.UU., 1988. pp. 90/107.

5) *Condiciones favorables para la franqueza:* Es frecuente el fracaso de los diálogos porque los intervinientes no sienten que pueden ser francos uno con el otro acerca de sus opiniones, observaciones y sentimientos, omitiendo datos esenciales para la comprensión del conflicto y el logro de su solución.

6) *Signos comunicadores confiables:* La conversación no progresará en forma productiva si cada uno de los protagonistas no entiende lo que el otro está diciendo; y son varios los factores que pueden limitar la fidelidad con que el mensaje de uno es descifrado por el otro. Tanto la percepción selectiva como la evaluación tendenciosa pueden contribuir a esta parcialidad, de modo que se interpretan los dichos del otro como confirmando las opiniones que ya se tienen.

7) *Tensión óptima en la situación:* Según estudios realizados, existe un nivel moderado de tensión en el sistema interpersonal que es óptimo para fomentar la capacidad de pensamiento complejo, asimilar y utilizar la información. Si el nivel de amenaza es muy bajo, no se siente urgencia o necesidad de buscar modos alternativos de comportamiento y no hay incentivo para propuestas conciliadoras; si es muy alto, disminuye la capacidad para analizar y percibir alternativas y las posiciones se hacen más rígidas y repetidas. No sólo es importante el nivel de tensión, sino también la sucesiva dirección del cambio de este nivel, que permite ir controlando el clima del proceso: una súbita disminución de la tensión deja la imagen de la necesidad de mejoramiento; un momento de liberación de emociones o de aumento de la interacción de las partes es muy tensionante, pero abre el camino del diálogo.

3. *La percepción de las aspiraciones de los otros* [6]

La comprensión sobre cómo piensa la otra parte, no constituye simplemente una actividad útil que ayudará a resolver o evitar el conflicto. Justamente, en su manera de pensar está el problema.

[6] PRUITT y RUBIN: ob. cit. en nota 1, pp. 16/17. FISHER, Roger. y URY, William: *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, EE.UU., en 1981. FISHER, Roger; URY, William. y PATTON, Bruce: *Getting to yes*, EE.UU., 1991. FISHER, Roger. y URY, William: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Colombia, 1985.

No es suficiente el tener altas las pretensiones para embarcarse en un conflicto. La parte debe creer además que el otro también tiene anhelos en un ámbito en el cual es imposible que ambas partes logren sus afanes. Si las aspiraciones de una parte son bajas o flexibles y ellas no representan una amenaza de las de la contraria, no hay conflicto.

Las duras experiencias con la frustración en manos del otro ahondan la divergencia de interés y, frecuentemente, generan impulsos agresivos, aumentando las probabilidades de que la parte comience a hacer valer sus derechos o exigir algo.

Por ello tales experiencias tienden a constituir un antecedente relevante de conductas de conflicto; aunque, por cierto, no siempre se necesita haber tenido una experiencia desagradable para que el conflicto se desarrolle. Puede alguien estar totalmente satisfecho con la propia situación y percibir que otro amenaza su posición; o se está proyectando una determinación que hace al futuro de una parte y otro toma posiciones divergentes acerca de cómo enfocar la decisión.

Asimismo, la confianza —o su negación, la desconfianza—, influyen en la apreciación de los recíprocos objetivos de las partes. En este contexto, la confianza implica la creencia que el otro está positivamente preocupado por los intereses de su contrario; la desconfianza, como su antítesis, está dada por la creencia que el otro es hostil o indiferente de nuestros intereses. La desconfianza tiende a favorecer la percepción que las aspiraciones del otro son incompatibles con las propias. La desconfianza, sin lugar a dudas, alienta el conflicto. La confianza desalienta al conflicto, al abrigar uno la creencia que el otro tratará de acomodar sus intereses.

4. *La ausencia de alternativas mutuamente aceptables* [7]

Para que surja un conflicto de intereses, es necesario, aunque no suficiente, tener altas aspiraciones y creer que los

[7] PRUITT y RUBIN: ob. cit. en nota 1, pp. 17/18.

otros también las tienen. Alguien debe, además, sentir que sus propios anhelos o ambiciones y los de la contraria son incompatibles. Es cuestión de ser consciente de la existencia o no de posibilidades de lograr los propios objetivos sin interferencia de la contraria. Si no se perciben, por lo menos a primera vista, alternativas que permitan el éxito de ambas partes, sus caminos interfieren.

Las opciones que satisfacen las aspiraciones de todos los intervinientes pueden llamarse soluciones integrativas porque reconcilian, es decir, integran los intereses de las partes. Toda situación que provea esperanza de encontrar alguna alternativa integrativa disminuye el conflicto, tal como se lo percibe en la mente de cada uno.

La sensación de ausencia de alternativas adecuadas puede o no ser realista; y a veces es errónea. Esto se debe con frecuencia al pensamiento de suma-cero, de quien cree que su ganancia sólo se consigue con la pérdida de la otra parte, y viceversa. Este pensamiento puede resultar de una actitud negativa hacia los demás, que deniega toda contribución hacia el bienestar del otro, o de un tipo de personalidad lindante con el autoritarismo, que lleva a la inevitable competencia con los demás.

5. *El conflicto y los terceros neutrales*

Un tercero es aquel que es externo a una disputa entre dos o más personas y que ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo.[8]

Tanto como diversas pueden ser las causas de un conflicto, también lo son los tipos de poderes utilizados y el papel de los terceros en intentar su solución. Establecido el conflicto, aparece la necesidad de encontrarle soluciones, y normalmente se lo hace enfrentando al adversario, aunque podría buscarse comprenderlo, ver en qué consisten las diferencias que separan a las partes, entablar un diálogo y entenderse cooperativamente,

[8] PRUITT y RUBIN: *ob. cit. en nota 1*, pp. 165/169.

Para ello es necesario encontrar cómo comunicarse bien, porque la deficiencia en la comunicación es una de las maldiciones de nuestro tiempo. La comunicación equívoca causa conflictos y también los agrava porque la interpretación de nuevos mensajes se ve influida por el recuerdo que tienen los interlocutores de lo que se ha comunicado antes y el clima que se ha creado.[9]

Las relaciones humanas son fundamentales para nuestra vida personal, social y profesional. A veces resultan difíciles de mantener y son una causa frecuente de conflictos. Independientemente de que el choque se origine por atracción o por repulsión, si dos personas no tienen otro remedio que mantener una relación, de algún modo la situación de conflicto tiene que superarse o, si es posible —y no se corre el riesgo de que el problema perturbe de nuevo— evitarse. La manera de resolver realmente un choque de personalidades es afrontándolo: admitir su existencia y tratar de encontrar la causa. Si se hace esto a fondo y con honestidad, analizando los valores, opiniones, suposiciones sobre el otro, y prejuicios de cada una de las partes, tal vez la situación pueda encauzarse.[10]

Mas, los conflictos manejados por los propios actores sin cooperación externa terminan por ser percibidos por ellos mismos como juegos de suma-cero en que todas las soluciones posibles tienen que ser de naturaleza ganador-perdedor, lo que significa que sólo la victoria o la rendición resultan los métodos posibles de resolución. Esto aunque las partes obtengan un acuerdo, si en éste una resulta ganadora y la otra perdedora. Por otro lado, a medida que el conflicto escala, las comunicaciones se hacen menos fluidas, lo cual dificulta soluciones que no recurren a alguna violencia. A esta altura de la disputa, la intervención de terceros se convierte en el único camino viable para obtener resultados satisfactorios.[11]

[9] ACLAND, Andrew Floyer: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990, p. 83.

[10] ACLAND: ob. cit., p. 107.

[11] ENTELMAN, Remo F.: "Intervención de terceros y mediación" en *Revista Libra*, nº 1, pp. 32/37. Respecto del concepto de juego de suma-cero, ver este mismo capítulo, punto 7.2.

De ahí que lo ideal es solucionar los conflictos en forma pacífica y no adversarial, aunque no siempre ello se logra; y menos aun lo logran las partes solas. Con ello va dicho que pueden necesitar de un tercero: juez, árbitro, facilitador; mas a efectos de ser aceptado por ambos contendientes o poderles imponer una decisión obligatoria y válida para ambos, debe tratarse de un tercero neutral.

Nos hacemos cargo de la noción según la cual la neutralidad absoluta no existe, pues todos estamos inmersos en la vida y cada uno ve las cosas desde su subjetividad. Es cierto que nadie puede ver y escuchar los problemas ajenos sin algún grado de identificación, emoción, tendencia a la parcialidad, etc., por lo que la objetividad total es imposible; cada persona está penetrada por su situación educacional, su pertenencia, su formación; es así que el facilitador, cualquiera sea su rol, debe tener una buena integración de sus áreas del sentir, del pensar y del hacer a fin de poder detectar en el plano de lo consciente sus propias tendencias, inclinaciones y proyecciones, lo que le permitirá manejar adecuadamente la situación para ofrecer un espacio neutral.[12]

De esta concepción se desprende que la idea de tercero neutral indica que el facilitador, tanto como el árbitro o el juez, tiene el deber de tratar en forma equidistante y sin favoritismos a los participantes en el procedimiento y de dar a conocer cualquier circunstancia que pueda constituirse en causal de prejuicio o de parcialidad.

6. *El papel que juegan los terceros*[13]

¿Cómo puede intervenir un tercero para ayudar a las partes?

[12] BUSTELO ELICABE-URRIOL, Daniel: *La mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, 1993, pp. 9/10 y 17/19.

[13] RAIFFA, Howard: *The art and science of negotiation*, Cambridge (Massachusetts), Londres, 1982, pp. 108/109.

1) *Reuniendo a quienes están en conflicto:* El facilitador puede identificar a las personas que deben sentarse a una mesa para tratar de limar sus diferencias e iniciar discusiones.

2) *Estableciendo un ambiente constructivo para las negociaciones:* El establecimiento de reglas puede incluir las bases de una discusión y debate civilizado, bajo el criterio de respeto al facilitador como líder, de seguimiento de una agenda de trabajo y de control de un proceso en que el conflicto interpersonal no obste a que las partes tengan oportunidad de conversar e intercambiar sus puntos de vista.

3) *Recolectando y comunicando selectivamente datos confidenciales:* Fundado en la tenencia de información reservada, el facilitador puede determinar si existen posibilidades de acuerdo.

4) *Ayudando a las partes a clarificar sus valores y explicitar sus exigencias mínimas:* Este trabajo se realiza por medio del análisis de cada contendiente de las consecuencias de la falta de acuerdo.

5) *Deflacionando los reclamos poco razonables y aflojando las posiciones:* El facilitador puede minimizar la confrontación si logra que las partes abandonen posturas rígidas y bajen las barreras.

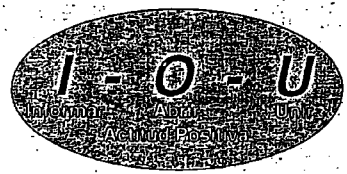
6) *Buscando ganancias conjuntas:* Los facilitadores pueden instar a las partes a ser creativas en la búsqueda de soluciones y pueden ayudarlas a negociar colaborativamente, explorando en conjunto sus diferencias de criterio y sus valores.

7) *Manteniendo viva la llama de la negociación:* Es importante mantener a las partes dentro de la mesa de negociaciones, por lo que —por diversos medios— debe buscarse que no se corten los canales de comunicación que deben quedar abiertos hasta que llegue un momento más propicio. Para ello es menester evitar los extremos de no retorno.

8) *Diseñando y redactando los núcleos del acuerdo:* Un facilitador puede exponer los resultados de la negociación de modo tal que las partes estén dispuestas a suscribir su aceptación e implementación.

ESTILOS - MÉTODOS - SISTEMAS

Evitar el conflicto
- Negar la realidad
- No hay posibilidad de cambio

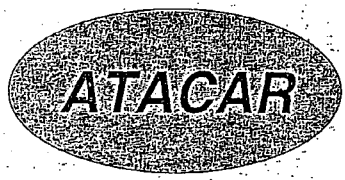


Negociación → Colaborativa

INTERESES/ NECESIDADES

Mediación

DERECHOS



Arbitraje

Litigio

Guerra

PODER

7. *La estrategia del conflicto y la teoría de los juegos*

7.1. La teoría de los juegos[14]

La teoría de los juegos fue construida para la toma de decisiones. Su objetivo consiste en analizar cómo deberían tomarse estas decisiones; y en un sentido más restringido, cómo se toman, de hecho.

Tiene bases matemáticas, apoyada en la experiencia y en los cálculos de probabilidades para establecer ventajas y desventajas, costos y beneficios, en su aplicación a los problemas sociales, económicos y políticos. La estructura matemática de esta teoría difiere profundamente de intentos previos de proporcionar bases matemáticas a las ciencias sociales en esfuerzo orientado hacia las ciencias físicas, que tuvieron relativo éxito por cuanto la naturaleza inanimada no muestra ninguno de los rasgos que prevalecen en los fenómenos sociales: los hombres actúan unos contra otros, o cooperan; tienen distintos grados de información él uno acerca del otro y sus aspiraciones los conducen por diversos caminos.

Se basa en la presunción que los problemas típicos del comportamiento económico coinciden totalmente con los principios matemáticos aplicados a determinados juegos de estrategia. Sin esta teoría, la descripción de los acontecimientos sociales no pasaría de ser una discusión puramente verbal de conocimiento limitado.[15]

En un juego existen varias personas que están tomando decisiones simultáneamente de acuerdo con sus propios intereses, y es preciso tener a todos en cuenta. Cada juego tiene sus reglas. En tanto hay una mezcla de intereses conflictivos

[14] Davis, Morton D.: *Introducción a la teoría de los juegos*, Madrid, 1986, pp. 11/20, 23/30; Schelling, Thomas C.: *The strategy of conflict*, Cambridge (Massachusetts), Londres, 1980, pp. 83/88; Raiffa: ob. cit. en nota 13, pp. 2/5 y 11.

[15] Los fundamentos de la teoría fueron expuestos por John von Neumann en 1928, habiéndolos publicado junto con Oskar Morgenstern en 1944 bajo el título *Theory of games and economic behavior*.

y de objetivos comunes, mientras uno de los jugadores está tratando de imaginar qué es lo que están haciendo los demás, los otros igualmente están pensando en cuáles serán las reacciones de su oponente, debiendo ponderar hasta qué punto sus objetivos coinciden o chocan con los objetivos de los restantes participantes, a fin de decidir una estrategia o plan de acción: si coopera o compite con todos o algunos de ellos.[16]

Los teóricos que se dedican a esta especialidad analizan qué deberían hacer en situaciones competitivas e interactivas las personas ultrainteligentes e impecablemente racionales, con actitud de casi superhombres.

Además, se marca una clara distinción entre los conflictos en que participan dos personas y aquellos en que intervienen muchos, interpretando este término como tres o más.

Diversos problemas que plantea la teoría se solucionan a través de teoremas.

7.2. Juegos de suma-cero, juegos de suma-variable, estrategias de equilibrio y puntos de equilibrio[17]

El término suma-cero o su equivalente suma-constante indica que ambos jugadores tienen intereses diametralmente opuestos. La expresión proviene de los juegos de salón como el póker, donde sólo hay una cantidad de dinero fija sobre la mesa. Así, cualquiera que gane alguna cantidad, tiene que ser porque otro de los jugadores la haya perdido ("ganar-perder"). Por el contrario, cuando se establecen intercambios comerciales, los protagonistas participan en un juego cuya suma no es nula, ya que ambas pueden beneficiarse simultáneamente ("ganar-ganar"). Un punto de equilibrio representa la existencia de un resultado estable del juego, asociado a un par de estrategias. Se considera estable porque cualquier jugador que modificase unilateralmente su comportamiento, se perjudicaría con el cambio.

[16] Por ejemplo, quien piensa hacer una campaña comercial, debe calcular qué harán los competidores para neutralizar su acción.

[17] Davis: ob. cit. en nota 14. pp. 34/80, 91, 107/110, 173, 188/231.

Se dice que dos estrategias están en equilibrio cuando ninguno de los jugadores mejora su posición si cambia unilateralmente su conducta. El resultado (a veces llamado pago) que corresponde a este par de estrategias es el que define el punto de equilibrio. Como sugiere su nombre, los puntos de equilibrio son muy estables. Cuando existe un punto de equilibrio en un juego bipersonal de suma-cero, a este punto se le llama solución. Los jugadores racionales deben adoptar estrategias de equilibrio.

Sin embargo, antes de tomar una determinación, el jugador debe acudir también a la teoría de la utilidad, pues sería poco realista pensar que a las personas les preocupan solamente las ganancias medias, no pudiéndose generalizar sobre los deseos de la gente: las personas son diferentes y tienen necesidades diferentes. Antes de tomar una decisión razonable, deben tener en cuenta tanto los objetivos de los contendientes como la estructura formal del juego. El problema consiste en encontrar un sistema por medio del cual el jugador se manifieste, de forma que su conducta pueda ser correctamente interpretada por quien tiene que tomar las decisiones.

En la realidad se presentan con más frecuencia los juegos cuya suma no es cero, es decir de suma-variable o no nula. En estos casos, el resultado final es más controvertido y las predicciones que se aventuran, más discutibles. Por ello, el grado de comunicación que pueda haber entre los participantes tiene una gran influencia en el resultado del juego. En tanto en los juegos de suma-cero que son altamente competitivos la comunicación no tiene ningún papel, en los juegos cooperativos —cuanto más coincidan los intereses de los participantes— más importante y necesaria será la comunicación y la posibilidad de transmitirse información es crucial; sin embargo, cuando también existen intereses contrapuestos, la comunicación tiene un rol más complejo.

En los juegos bipersonales de suma-cero con puntos de equilibrio, los participantes podrían conseguir siempre el valor del juego matemáticamente, y si no hay puntos de equilibrio, lo podrían conseguir como promedio; en los juegos bipersonales de suma-variable tendrían que compartir el control de sus

resultados con el contrincante, pero en contraprestación, podrían influir en la cuantía de los de éste, pudiendo utilizar esta dependencia como amenaza; en los juegos de *n*-personas ni siquiera esta amenaza es suficiente, debiendo formarse coaliciones y pensar qué proposiciones deben aceptar y cuáles deben rechazar. Cuando alguien se enfrenta por primera vez a un juego de *n*-personas, su primer impulso consiste en buscar y utilizar la mejor conducta para cada jugador, como lo haría en un juego bipersonal de suma-cero. Pero pronto se da cuenta que este objetivo es demasiado ambicioso, pues generalmente hay una variedad de resultados posibles cuando se juega en la vida real: hay demasiadas variables relevantes, como lo son la capacidad de negociación, las presiones sociales, la habilidad de cada uno, etcétera.

Sin embargo, lo que debe hacerse es limitar el número de resultados posibles, eliminando aquellos que claramente no se materializarán en la práctica. La teoría pura (aunque no siempre ocurre en la realidad debido a las presiones de los jugadores que desean mejorar sus pagos) supone que el pago final será un *óptimo de Pareto*. Una imputación o un pago es un *óptimo de Pareto* si no existe ningún otro pago en que algún jugador pueda mejorar sin que empeore ninguno de los demás.

7.3. La aplicabilidad de la teoría de los juegos a la estrategia del conflicto[18]

Entre las diversas teorías del conflicto se traza una línea divisoria entre aquellas que tratan a éste como un estado patológico y se interrogan sobre sus causas y tratamiento, y aquellas que toman al conflicto como algo dado y necesariamente existente y analizan el comportamiento asociado al mismo.[19]

Entre estos últimos hay una nueva clasificación entre quienes examinan a los participantes en una disputa en toda su complejidad —su comportamiento tanto racional como

[18] SCHELLING, ob. cit. en nota 14, pp. 3/6 y 83/118.

[19] Tal como adelantáramos en el punto 3 referido a la visión positiva del conflicto.

irracional, consciente o inconsciente, sus motivaciones y cálculos— y quienes se circunscriben a la conducta más racional, consciente, astuta e ingeniosa. Hablando crudamente, éstos tratan al conflicto como una especie de competencia en la cual los participantes están tratando de "ganar". Un estudio del comportamiento consciente, inteligente y sofisticado ante el conflicto —de comportamiento exitoso— constituye algo así como la búsqueda de las reglas del comportamiento "correcto" en el sentido de salir triunfador de la competencia.

Esta temática se conoce como la *estrategia* del conflicto. El término estrategia se ha tomado de la teoría de los juegos, que distingue los juegos de destreza, los juegos de azar y los juegos de estrategia. Así se denominan los juegos en que el mejor curso de acción para cada jugador depende de lo que cada uno de los restantes jugadores haga. El término pone el acento en la interdependencia de las decisiones de cada uno de los adversarios y en las expectativas de cada uno de ellos respecto de la conducta de los demás, lo cual no coincide con el uso militar de la palabra estrategia.

Es cierto que si se presume que toda conducta es racional, que se mueve en forma consciente según un cálculo de resultados y que se corresponde con un verdadero sistema interno de valores, se corre el riesgo de llegar a una aproximación de la realidad o a una caricatura de ésta. Pero la ventaja de analizar la estrategia de este modo no sólo surge de que —de todas las posibles aproximaciones para formular una teoría— es la más cercana a la verdad, sino de la presunción que el comportamiento racional es productivo.

Esta visión no significa negar que existen intereses comunes además de opuestos entre los participantes que tratan de "ganar". Por hipótesis, la riqueza del tema surge de que hay dependencia mutua además de oposición. El conflicto puro, en que los intereses antagónicos están en absoluta oposición, constituye un caso especial: sólo aparecería en una guerra de exterminio total del enemigo, pues de lo contrario, ni siquiera existe en la guerra. Por ello es que "ganar" un conflicto no tiene un sentido completamente competitivo; no significa "ganar" en relación al adversario, sino en relación al propio sistema de

valores; y se puede conseguir por medio del regateo, de la acomodación y concesión mutua y evitando conductas mutuamente dañinas.

En consecuencia, la estrategia en este sentido no se refiere a la aplicación eficiente de la fuerza; se relaciona con la explotación de la fuerza potencial. No sólo se aplica a enemigos que están disgustados, sino también a socios que desconfían o no concuerdan entre sí. No se relaciona únicamente con la división de ganancias y pérdidas, también con que ciertos resultados en particular sean peores (mejores) para ambos reclamantes que ciertos otros resultados. En la terminología de la teoría de los juegos, los conflictos internacionales más interesantes no son "juegos de suma-constante", ya que son "juegos de suma-variable"; la suma de lo que pueden ganar los participantes no es fija, de manera tal que más para uno, lleve inexorablemente implícito menos para otro. Además del interés divergente respecto de las variables en disputa, hay un interés común poderoso en favor de arribar a un resultado que sea mutuamente ventajoso y no enormemente destructivo de los valores de ambas partes.[20]

Aun en los juegos puramente colaborativos puede existir dificultad de percepción y comunicación, como generalmente ocurre en juegos de suma-variable, que impiden dividir las tareas de acuerdo a un plan explícito. El juego de pura coordinación es un juego de estrategia en el verdadero sentido técnico, ya que la interdependencia de las expectativas de cada jugador es precisamente lo que distingue a un juego de estrategia como diferente de un juego de azar o de destreza. En el juego del puro conflicto (suma-cero) los intereses son divergentes; en el juego de la pura coordinación los intereses son convergentes; mas en ninguno de los dos casos puede elegirse un curso de acción sin tener en cuenta la dependencia del resultado en las mutuas expectativas de los jugadores.

[20] Por ejemplo, una huelga de empleados que se pueda caracterizar como exitosa, no es aquella que destruye financieramente al empleador; puede, inclusive, ser una que jamás se lleva a cabo.

La realidad se mueve entre los límites extremos del juego suma-cero de conflicto puro en que uno gana y otro pierde, y el juego absolutamente colaborativo en que los jugadores ganan o pierden juntos. Con lo que va dicho que la realidad casi siempre involucra supuestos de intereses mixtos.

Según el criterio de Pareto, una situación social cualesquiera es óptima cuando es el caso que no se puede aumentar la utilidad de un miembro sin empeorar, por ese hecho, la situación de otro. El principio de optimalidad de Pareto define, pues, el momento de eficiencia económica como una situación de suma-cero, es decir una situación tal que lo que uno gana, inevitablemente, el otro lo pierde; o dicho de otro modo, cómo una situación en la que sólo caben decisiones distributivas. La justificación ética del *óptimo de Pareto* consiste en que entre dos situaciones cualesquiera, se considera superior aquella en que todos sus miembros están mejor o en la que alguno al menos está mejor sin que ningún otro esté peor.[21]

El elemento esencial del juego de estrategia radica en que la mejor opción de cada uno depende en lo que él espera que hagan los otros, sabiendo que los otros tienen similar directiva, de manera que cada uno debe tratar de adivinar qué es lo que adivina el otro que el primero va a adivinar, y así sucesivamente, en una espiral continua de expectativas recíprocas.

7.4. El papel del mediador ante la teoría de los juegos [22]

El papel del mediador constituye un elemento de análisis en la teoría de los juegos. Cuando el mediador está impuesto de las reglas de juego adoptadas por las partes para facilitar un resultado eficiente, puede ser visto como un elemento para

[21] PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: "Sobre la necesidad de las formas alternativas para la resolución de conflictos", palabras pronunciadas en la Reunión de Ministros de Cortes Supremas Latinoamericanas realizada en Chile del 2 al 4 de noviembre de 1994; PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: "Sobre análisis económico y política judicial", palabras pronunciadas en el Seminario realizado en Buenos Aires el 30 de noviembre de 1994, organizado por Fundación Libra.

[22] SCHELLING: ob cit. en nota 18, pp. 143/145.

favorecer la comunicación de los participantes o como un tercer jugador que tiene frente a sí una estructura de resultado propia, con un rol de gran influencia a través del control de la comunicación. Pero el mediador puede hacer mucho más que simplemente dirigir las comunicaciones, pues está a su alcance ordenar las ofertas, agregar material propio para el contexto de trabajo y movilizar su iniciativa para influir en las expectativas de los jugadores, de modo que no puedan los otros dejar de reconocerse mutuamente. Si no aparecen puntos de convergencia, puede acudir a sugerencias de cierto dramatismo, como un transeúnte que súbitamente salta y se coloca en una intersección donde el tránsito está atascado y comienza a dirigirlo, a quien se le concede el poder de dar paso a unos autos sobre otros, en beneficio inclusive de aquellos que quedan en segundo término: la coordinación requiere la aceptación común de sus sugerencias.

Los facilitadores también pueden ser el vehículo por el cual los jugadores racionales dejan de lado alguna de sus facultades lógicas. Puede llevar a cabo ciertas comunicaciones sin revelar todos los datos, puede comparar y compatibilizar ofertas como lo haría una computadora sin dar a conocer su contenido. Actúan en definitiva como escudriñadores que ciernen la información, suprimiendo parte de la misma, con lo que hacen posible ciertas comparaciones que están más allá de la posibilidad mental de los participantes, desde que ningún jugador puede convincentemente comprometerse a olvidar algo, pero pueden confiar los datos al mediador en lugar de a la contraria.

En definitiva, el mediador altera el sistema del conflicto y las relaciones entre los actores, entrando en interacción con ellos.

8. *Teoría del análisis de las decisiones* [23]

8.1. Comparación con la teoría de los juegos

En lugar de indicar —como los expertos en teoría de los juegos— qué es lo que deberían hacer los superhombres-

[23] RAIFFA: ob cit. en nota 13, pp. 2/5 y 20/25.

Tejeriz0

negociadores, quienes se dedican a la investigación del análisis de las decisiones estudian y tratan de entender el comportamiento de personas verdaderas ante situaciones de conflicto real, de manera de aconsejar a una parte cómo debe conducirse para lograr el mejor resultado que puede esperarse de acuerdo a las circunstancias. Este tipo de análisis ofrece reglas o cursos de acción respecto de la propia parte y es descriptivo acerca de la contraria. El consejo oscila entre qué ropa usar y cómo presentarse hasta la confección de cálculos complejos. Se entiende que no es necesario crear nuevas técnicas analíticas diseñadas específicamente para el proceso de negociación, sino estar atento al uso creativo del pensamiento analítico que explora las técnicas existentes.

8.2. El papel del mediador en el análisis de las decisiones

Un mediador avezado puede examinar cuáles son los factores que favorecen a cada una de las partes, con el objeto de generar una estrategia que combine lo mejor para cada uno. Si el mediador llega a comprender cómo pesan para cada uno de los protagonistas los múltiples factores a considerar para arribar al resultado por ellos preferido, está en posición ideal para pergeñar un compromiso.

Cada uno de los contendientes sólo tiene parte de la información y control parcial del conflicto, por lo que el mediador está en mejor situación para realizar el tipo de análisis que lleva a una solución conjunta del problema. A efectos de ejecutar esta tarea conjunta es necesario revelar información, algunas veces sensible; además se precisa fuerza de voluntad para coordinar las recíprocas actuaciones. Quienes están en conflicto pueden estar más dispuestos a participar en una actividad conjunta de solución del problema si se encuentra allí un mediador al que ambos respeten, estando a su cargo acumular en forma equilibrada la información de cada uno.

El facilitador puede también ofrecer a los protagonistas cierta habilidad analítica para la resolución del conflicto que excede de la hasta entonces disponible.

23

Si, por hipótesis, uno de los participantes en el conflicto hiciera un análisis omnicomprensivo de la cuestión, seguramente se convertiría en sospechoso por el otro, a diferencia del análisis hecho por el mediador que tiene más probabilidad de ser aceptado. La palabra análisis, de etimología griega, aquí significa la disolución y parcialización del todo en partes. Cualquier esfuerzo de solución que descompone un problema en sus partes ofrece dificultades, si los protagonistas no están de acuerdo en la estructura, en el pronóstico o en las interacciones entre estas partes; pero esto es justamente lo que un mediador puede explorar.

Capítulo IV

El método clásico de resolución de controversias: la misión del juez ante el conflicto

SUMARIO: *1.* Métodos adversariales y no adversariales de solución de controversias. *2.* Autocomposición vs. solución impuesta. *3.* El juez como poder del Estado. *4.* La decisión judicial como producto de un método adversarial de solución de controversias. *5.* Las facultades conciliatorias del juez. *6.* ¿En qué consiste la conciliación? *7.* Conciliación y transacción. *8.* El rol conciliador del juez en países del *common law*. *9.* Las facultades judiciales de conciliación en la Argentina. *10.* La oportunidad de la audiencia de conciliación. *11.* El procedimiento en la audiencia de conciliación. *12.* Técnicas usadas por los jueces en la conciliación. *13.* La conciliación en algunos países latinoamericanos. *13.1.* El Salvador. *13.2.* Chile. *13.3.* Costa Rica. *13.4.* Bolivia. *13.5.* Colombia. *13.6.* Uruguay. *14.* La práctica de la conciliación en la Argentina. *15.* Consejos para jueces conciliadores. *16.* Resultados y obstáculos a la conciliación judicial.

1. *Métodos adversariales y no adversariales de solución de controversias*[1]

Los métodos de resolución de los conflictos pueden ser adversariales o no adversariales.

Las principales diferencias entre los dos sistemas son:

a) *Métodos adversariales*

- Las partes están enfrentadas y son contendientes.
- Un tercero suple la voluntad de las partes y toma la decisión.
- Si una parte gana, la otra necesariamente pierde, soluciones llamadas de "Todo o Nada".[2]
- La decisión que pone fin al litigio, se basa en la ley o en la aplicación de un precedente, por lo que no necesariamente resuelve el problema satisfaciendo el interés de las partes.

b) *Métodos no adversariales*

- Las partes actúan juntas y cooperativamente.
- Las partes mantienen el control del procedimiento y acuerdan la propia decisión.
- Todas las partes se benefician con la solución que juntas han creado.

[1] Los conceptos que siguen están tomados del *Manual de Mediación*, preparado por Fundación Libra para su utilización en cursos y entrenamientos.

[2] Ello aun cuando se admita parcialmente la demanda o se haga lugar a una demanda y una reconvención, pues en cada uno de los puntos de la disputa es que uno gana y el otro pierde.

- La decisión a la que arriban las partes resuelve el problema de conformidad a sus propios intereses, sin importar la solución jurídica o los precedente judiciales.

2. *Autocomposición vs. solución impuesta* [3]

(Cuando se está ante la autocomposición, no es un tercero, sino las propias partes, quienes arriban a su propia solución al conflicto. Ningún tercero toma ni impone una decisión) a lo sumo, se utiliza a un tercero que actúa como facilitador de la comunicación, quien no ostenta poder de decisión. (Su misión es conducir la audiencia, de modo que puedan ponerse de manifiesto las verdaderas necesidades e intereses de las partes por encima de las posiciones esgrimidas, para que éstas encuentran una solución que favorezca a todos.)

Cuando los contendientes llegan a un acuerdo mutuamente aceptable y voluntario, según lo indica la experiencia de otros países, cumplen lo autoimpuesto espontáneamente con mucha mayor frecuencia que en los casos en que la cuestión ha sido decidida por sentencia final en juicio.

(Mas como no siempre ello es posible, es habitual que las partes deban acudir a la heterocomposición, es decir a una solución impuesta desde afuera.) La actividad conciliatoria, aunque sea efectuada por un tercero, nunca constituye heterocomposición, ya que ésta tiene lugar en ausencia de acuerdo. Los buenos oficios que ponga el conciliador para solucionar equitativamente el conflicto no torna lo actuado en proceso, sino que es un mero procedimiento voluntario que persigue atenuar temperamentos extremos favoreciendo proposiciones de autocomposición.

(La autocomposición puede también servir como medio para arribar a la heterocomposición, cuando se designa a un tercero que actúa por voluntad acorde de ellas, por ejemplo, un árbitro.

[3] Los conceptos que siguen están tomados del *Manual de Mediación*, cit. en nota 1. Ver también TAPIA, Graciela, y GRECO, Silvana: "¿Dónde está mi adversario?", en *Revista Libra*, nº 1, pp. 12/17; GOZAINI, Osvaldo Alfredo: "La conciliación", *LL*, 1992-E-928; ALVARADO VELLOSO, Adolfo: "La conciliación", *LL*, 1985-D-1159/1173.

La heterocomposición pura ocurre exclusivamente en el caso del proceso judicial.)

3. *El juez como poder del Estado*[4]

El derecho tiende a su actuación, imponiéndose independientemente del juicio subjetivo de quien debe conformar sus actos al mismo; y (dentro de las funciones del Estado, se atribuye al Poder Judicial formado por los jueces, la de mantener y restablecer el orden jurídico alterado. Ello supone la posibilidad del empleo de la fuerza, o sea el principio de coercibilidad. El Estado no sólo se limita a establecer el derecho, sino que garantiza su cumplimiento y éste es el contenido de la función jurisdiccional.

La actividad del juez en el proceso está reglada por un conjunto de principios que establecen sus deberes y facultades con el objeto de asegurar el correcto desempeño de su cargo y proporcionar a los litigantes la garantía de una sentencia justa.) Los jueces tienen facultades a las que deben someterse los litigantes en su actuación, pero éstos también tienen derechos que determinan en aquéllos deberes correlativos. A pesar de un esquema procesal clásico de carácter dispositivo que atribuía al juez interviniente en asuntos de derecho privado la única función de mantener el orden dentro de un proceso que pertenece a las partes, se ha abierto camino una tendencia hacia la ampliación de los poderes del magistrado para sacarlo de la situación expectante en que se lo había colocado.

(Tratándose de intereses privados, el litigio puede solucionarse de diversas maneras antes de ser necesaria la intervención del Estado. Excluida la violencia, el sistema más adecuado para solucionar el conflicto es la sumisión voluntaria

[4] ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1963, t. I, pp. 26/233; Buenos Aires, 1957, t. II, pp. 223/229. ENTELMAN, Remo F.: "Métodos no pacíficos de resolución de conflictos. El litigio", en *Revista Libra*, nº 3, pp. 21/25.

del obligado, con lo cual el restablecimiento del orden jurídico se obtiene por el reconocimiento de la obligación. Aun cuando ello no ocurra, el acuerdo puede sobrevenir y la solución se obtiene bajo la forma de una transacción. Mas puede ocurrir que, no obstante haber acuerdo en principio para buscar una solución pacífica, no lo haya sobre la cuestión misma, y entonces la definición suele delegarse en terceros, que dirimen la contienda por medio del arbitraje. Sólo cuando no hay acuerdo ni sobre los hechos ni sobre el modo de solucionar el conflicto, no queda otro remedio que la intervención del Estado, a fin de que los órganos que ejercen la función jurisdiccional lo resuelvan conforme a la ley. De donde resulta que la violencia viene a ser, por paradoja, la forma primaria y última de protección del derecho, sólo que en el primer caso es ilegítima porque es el individuo que la emplea contra la sociedad, en tanto que en el segundo es la sociedad quien la emplea contra el individuo, poniéndola al servicio del derecho.

Por ello, si bien los abogados han sido educados en la creencia de que el sistema jurídico y sus instituciones judiciales constituyen el método pacífico de resolución de los conflictos internos o intrasistemáticos, a poco que se profundice, se advierte que el litigio es un método que recurre a la fuerza, si bien sustraída de manos de los particulares a quienes se prohíbe el ejercicio directo, salvo en condiciones extremas.

La actuación de la voluntad del legislador expresada en la ley, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales del Estado no es, en consecuencia, una actividad complementaria, sino una forma extrema de solución del conflicto. Únicamente en defecto de métodos pacíficos, y tratándose de litigios en que su intervención inmediata no se justifica por la naturaleza del interés lesionado, el Estado toma a su cargo la protección del derecho a requerimiento de parte. Es así que el proceso civil no se inicia de oficio y que en su tramitación prima el principio dispositivo según el cual a las partes corresponde el impulso del procedimiento.

El juez decide porque está investido de poder para ello, sin que sea relevante el acuerdo o desacuerdo de las partes.

4. *La decisión judicial como producto de un método adversarial de solución de controversias* [5]

La jurisdicción se basa en la contienda. El proceso judicial es más que nada, un debate entre abogados donde las partes, en lo sustancial, quedan excluidas y en el cual, finalmente, un tercero —el juez— toma la decisión que es obligatoria para ellas.

Quien inicia un juicio acude a la protección del Estado para que actúe por intermedio de sus órganos con función jurisdiccional. Desde que la protección se invoca a través de la interposición de la demanda, que es el modo normal del ejercicio de la acción, hasta que el juez la acuerda o la niega en la sentencia, media una serie de actos de procedimiento cuyo conjunto toma el nombre de proceso. Adjudicar es declarar el derecho y el juicio supone una controversia.

Si bien el sistema legal en su faz judicial busca solucionar los concretos problemas de las concretas personas que se encuentran involucradas en un litigio, lo hace teniendo en la mira un objetivo bastante más abstracto: "descubrir la verdad".

El procedimiento judicial está construido de tal manera que el juez queda colocado como un espectador al que, con la prueba adecuada, se trata de situar en similar situación a la existente al momento de los hechos objeto del juicio. Lo frecuente es que el hecho y el desencuentro acaecido tiempo atrás deba ser trasladado a la presencia del juez y situado en coordenadas muy distintas a las originarias ¿Cómo es posible esa traslación, si el hecho es por naturaleza algo tan inaprehensible e inaferrable, algo puntual y fugaz que desaparece, acabándose?

Todo hecho es algo que impresiona o estampa la realidad circundante y que deja como resultado lo que vulgarmente se denomina huella o rastro, por lo que la percepción del hecho origina un cambio o alteración en muchas de las cosas que lo rodean y, por tanto, si bien el juez no ve la antigua realidad,

[5] ALSINA: ob. cit., en nota 4, pp. 399/401, 447 y 457/459; Buenos Aires, 1957, t. II, pp. 231 y 430/436. HIGHTON, Elena I.: "Carta de ciudadanía", en *Revista Libra*, nº 1, pp. 18/21. TAPIA y GRECO: ob. cit. en nota 3.

ve sus huellas, es decir las marcas que ha dejado el fenómeno. Los instrumentos probatorios están dados por la estampación de las huellas dejadas por una determinada realidad histórica que se intenta acercar al juez mediante los hombres o las cosas que constituyen prueba de lo antes acontecido.

El actor en su demanda afirma la existencia de un hecho constitutivo, impeditivo o extintivo de un derecho y deberá luego aportar al tribunal la prueba del mismo para justificar su pretensión; el demandado, por su parte, se ve precisado a oponer sus defensas, porque su silencio podrá ser interpretado como un reconocimiento tácito de los hechos en que se funda la demanda, produciendo en su caso, la prueba de descargo de que disponga. El juez provee a las peticiones, interviene en el diligenciamiento de las pruebas y, clausurado el debate, dicta la sentencia.

El proceso está constituido por una serie de actos ejecutados por las partes y por el juez, que tienden a un fin común: la sentencia. La preparación del material de conocimiento que ha de formar la convicción del juez está sometida a ciertas reglas, y se basa en el principio de contradicción, habiéndose establecido el régimen de bilateralidad y control de las partes. La obligación del juez es administrar justicia, para lo cual debe fallar, es decir resolver cualquier cuestión o asunto que se someta a su consideración. Si bien se encuentran sometidos a su consideración algunos asuntos que no suponen controversia, la principal misión de los jueces es resolver los casos litigiosos que se les someten, y ése es, fuera de toda duda, el verdadero sentido de la jurisdicción: la jurisdicción contenciosa.

El método jurisdiccional de toma de decisiones se enrola, en consecuencia, en lo adversarial: un juez decide después de haber escuchado a ambas partes en un procedimiento de contienda, utilizando un sistema de adjudicación. No se busca la cooperación ni la comprensión del problema por parte del otro, ya que las partes son contendientes: el objetivo es convencer al tercero que decide, es decir al juez, de la razón que se tiene.

Los tribunales necesariamente utilizan un método adversarial en que las partes se enfrentan en estilo de tipo combativo —en que cada una trata de convencer al tribunal de

su verdad destruyendo la argumentación de la contraria— y que culmina con la adjudicación, de modo tal que una vez que el pleito se ha desarrollado entre las partes, el tercero neutral resuelve la controversia.

(En definitiva, el juez arriba a su decisión después de que se han ventilado los hechos en procedimiento contencioso, lo que demanda tiempo, dinero, angustias y nuevas fricciones entre los contendientes.)

5. *Las facultades conciliatorias del juez*

No obstante, también puede el juez utilizar otras facultades que le son propias.

(El poder decisorio insito en el cargo de quien ostenta la jerarquía de magistrado, no quita que el juez tenga facultades para convocar a los contradictores a fin de intentar que arriben a un acuerdo anticipado, abortando así el largo camino hasta llegar al resultado natural del pleito, es decir la sentencia.)

6. *¿En qué consiste la conciliación?*[6]

Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín *conciliare*, que significa reunir, componer y ajustar los ánimos en diferencia, de los que estaban opuestos entre sí, o conformar dos o más proposiciones contrarias; (en definitiva, avenir las voluntades o poner a los contendientes en paz.) En tanto los conflictos se originan como antagonismos que después se juridizan y con-

[6] HITTERS, Juan Carlos: "La conciliación prejudicial o preventiva", *ED*, 145-952/958; GOZAÍNI: ob. cit., en nota 3, *LL*, 1992-E-928; ALVARADO VELLOSO: ob. cit. en nota 3; *LL*, 1985-D-1159/1173; MORELLO, Augusto Mario: "La conciliación prejudicial (La paz jurídica y los Colegios de Abogados)", *JA*, 1990-IV-935/939; TARRIO, Mario Carlos - BENIN CHIRICO, Graciela: "Las técnicas no adversariales de resolución de conflictos jurídicos", *LL*, 11/10/94; PEYRANO, Jorge W.: "Cartilla para jueces conciliadores", *LL*, 19/10/94; IVERSON, Rebecca, palabras pronunciadas en el 1er. Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas, realizado en Buenos Aires del 7 al 10 de noviembre de 1993, organizado por Fundación Libra y el National Center for State Courts.

notan un litigio, debe intentarse atajar el conflicto antes de que éste ingrese como controversia a los tribunales para brindarle una solución conveniente, con resultado positivo.

(La conciliación, como método de resolución de conflictos tiene una amplia trayectoria vinculada con las más antiguas formas de justicia y se ha mantenido paralelamente en las nuevas formas, prácticamente en todos los ordenamientos.

Están de acuerdo los procesalistas en que si bien la mediación tiene puntos de contacto, marca también algunas diferencias con la conciliación, ya que aquélla es ritualista, siendo ésta mucho más ágil e informal. La palabra mediación ha venido a aplicarse a ciertas técnicas o procedimientos más específicos dentro del campo de la resolución de conflictos. El mediador asume un rol mucho más activo que el conciliador, ya que se pone al frente de las tratativas, dirigiendo el trámite.[7]

Existen distintos tipos de conciliación. Según el ángulo desde el que se mire, a la conciliación judicial se oponen otras. Así, la conciliación puede ser:

- prejudicial (o preprocesal o preventiva o no contenciosa o anterior al proceso);
- judicial (intraprocesal).

O, desde otro ángulo más amplio:

- judicial (intraprocesal);
- extrajudicial (extraprocesal).

Así, en la extrajudicial el arreglo puede lograrse antes o después de haberse promovido el proceso.

La conciliación prejudicial o preventiva tiende a evitar la formalización del pleito.

(7 Más aún existen diferencias cuando se trata de audiencias de conciliación judiciales. Si bien los magistrados con frecuencia instan a las partes a llegar a un acuerdo en sus controversias utilizando algunas de las técnicas aplicadas por los mediadores, los jueces se hallan sujetos a sus propios códigos de ética y el manejo de las causas presentadas ante ellos está dentro del ejercicio de sus poderes y facultades propios, distinción que surge claramente de las Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales, Centro para la Resolución de Disputas, Instituto de Administración Judicial, EE.UU.)

A su vez, la conciliación prejudicial puede ser intentada:

1) por órganos jurisdiccionales (ejemplo, jueces ordinarios, de paz);

2) por órganos jurisdiccionales sin competencia general (por ejemplo en el Japón el *Conciliation committee;* en Alemania Federal, el *Schiedsmann;* en Francia, *el Conciliateur*);

3) por órganos no jurisdiccionales; con competencia específica, como ser para los conflictos comunitarios (v. gr., en San Francisco, Estados Unidos, los *Community Boards*) o provenientes de los consumidores (v. gr., en Francia, las *Commissions départamentales de Conciliation;* en México, la Procuración Federal de Consumidor; en Suecia, el *Public Complaint Board*, el *Consumer Ombudsman* y el *Market Coat*, etc.).

Según el caso, el trámite puede ser dirigido:

- por un particular;
- por un funcionario público.

7. *Conciliación y transacción*[8]

Al aceptar los contradictores la posibilidad de diálogo, aparece también la autocomposición pacífica del conflicto. Y tal autocomposición puede darse sobre la base de una de estas tres posibles soluciones:

- el pretendiente renuncia unilateralmente al total de su pretensión;
- el resistente renuncia unilateralmente al total de su resistencia;
- ambos contendientes renuncian simultánea y recíprocamente a parte de lo que aspiraban al entablarse el conflicto.

En estos tres supuestos, cabe decir que los interesados han conciliado sus intereses, en frase que utiliza el verbo conciliar en su verdadero sentido y preciso significado.

[8] COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1978, t. I, pp. 225/233; ALVARADO VELLOSO: ob. cit. en nota 3. *LL*, 1985-D-1159/1173.

6

Se advierte que en los tres supuestos, se muestra a la conciliación como un resultado al cual llegan los interesados voluntariamente, por el juego de renuncias que es factible concebir. Y es que tanto en el desistimiento como en el allanamiento y la transacción, las partes resuelven definitivamente el conflicto por un método de autocomposición puro.[9]

La conciliación es el género, la transacción es la especie. Siempre que se transa se concilia; no siempre que se concilia se transa. Los actos de autocomposición en que las partes resuelven amigablemente el proceso admiten las tres indicadas formas típicas de avenencia: el desistimiento, la transacción y el allanamiento. El desistimiento es el abandono del actor: un acto abdicativo que consiste en reconocer que no se tiene derecho a demandar con posibilidades de éxito; la transacción es el acuerdo mediante recíprocas concesiones; el allanamiento es el sometimiento del demandado.

La conciliación (como sinónimo de avenimiento) puede lograrse merced a esas tres formas: o por un reconocimiento por parte del actor que evite el proceso; o mediante un acuerdo de partes que lo haga innecesario, por aquello de que la transacción es el subrogado contractual de la sentencia; o porque el demandado comprende que el actor tiene razón y se rinde a él.

8. *El rol conciliador del juez en países del* common law

En los países del *common law*, como los Estados Unidos e Inglaterra, el juez impone su presencia física desde el primer momento, con su aparición oportuna y acción eficaz,[10] a fin de echar las bases para un cambio de opiniones con los abogados y las partes, en un estilo de comunicación que permite encontrar salidas satisfactorias de tipo transaccional.

[9] Además de como un resultado, la conciliación también aparece como un medio para posibilitar la autocomposición.

[10] Así lo afirma Cueto Rúa, Julio C.: "Medios necesarios para dar eficiencia a la justicia en busca de una mayor confianza de la ciudadanía". *LL*, 18/10/94.

El juez convoca a las partes a una audiencia preliminar en la que su presencia, la preocupación por el caso que demuestra, el análisis de su gravitación y la forma en que manifiesta su dominio del conflicto, que clarifica y especifica, haciéndolo accesible a la consideración racional de los otros abogados y de las partes, crea un clima que lleva fácilmente a una solución transaccional. En tal contexto, los abogados, con la asistencia de los jueces, conversan, discuten, miden, pesan y finalmente, encuentran soluciones transaccionales al margen de la sentencia final.)

9. *Las facultades judiciales de conciliación en la Argentina*

La conciliación inserta en el ámbito del proceso desenvuelve una modalidad específica de los fines que inspira el derecho procesal: conciliar sin sacrificio de intereses. La pacificación provocada por el activismo judicial en base a la audiencia fue y es un mecanismo dirigido a atenuar los ánimos exacerbados, evitando la prolongación del pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva. La utilidad de este tipo de disposiciones es innegable y la oportuna y discreta intervención del magistrado puede evitar la continuidad del litigio, con lo que las partes solucionan sus diferencias sin demoras y el tribunal alivia su tarea. Posicionar a la conciliación como acto del proceso, oportuno y eficaz, persigue justamente solucionar las controversias sin anudar las diferencias.[11]

(De acuerdo a la mayoría de los Códigos Procesales, los jueces deben procurar, en cuanto sea compatible con el ejercicio de sus atribuciones, que los litigantes pongan término a sus diferencias por medio de un avenimiento amigable y a ese efecto, tienen la facultad de convocarlos en cualquier estado del juicio, a una audiencia de conciliación. El juez puede entonces disponer en

[11] ALSINA: ob. cit. en nota 4, t. II, pp. 259/261; GOZAINI, ob. cit. en nota 3, *LL*, 1992-E-928.

cualquier momento, la comparecencia personal de las partes para intentar una conciliación. La mera proposición de fórmulas conciliatorias en esta oportunidad, no importa prejuzgamiento.

La conciliación es tanto el acto procesal que consiste en intentar ante un juez un acuerdo amigable, como el avenimiento que puede ser el resultado de ese acuerdo. Cuando ha habido acuerdo, se dice que se ha obtenido conciliación.[12]

La presencia del juez en la audiencia contrae sensibilidades distintas en el ánimo de los partícipes; no es ya puro voluntarismo el que decide la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que, sin generar prejuzgamiento, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta.[13]

Como se trata de una facultad judicial que la normativa libra a su criterio, no puede fundar recursos contra el auto que disponga la convocatoria. Pero, en principio, no importa de por sí una suspensión del procedimiento por lo cual no corresponde supeditar una resolución al resultado de la audiencia.

Esta facultad a veces se torna en una obligación, cuando las leyes imponen al juez la carga de llamar a un avenimiento o a las partes la acreditación de haberlo intentado antes de continuar con el litigio.[14]

10. *La oportunidad de la audiencia de conciliación*[15]

El tiempo y momento de la audiencia de conciliación tiene gran importancia. Los sistemas pueden ser distintos, de acuerdo al siguiente esquema:

- La actividad preventiva, cifrada como facultativa entre las partes al tener un órgano del Estado dispuesto a componer el conflicto sobre la base de aproximar con sus

[12] COUTURE: ob. cit. en nota 8, t. I, pp. 225/233.

[13] GOZAÍNI: ob. cit. en nota 3, *LL*, 1992-E-928.

[14] Así en el Uruguay, en que el art. 228 de la Constitución establece que "No se podrá iniciar ningún pleito en materia civil sin acreditarse previamente que se ha intentado la conciliación ante la Justicia de Paz, salvo las excepciones que establece la ley".

[15] GOZAÍNI: ob. cit. en nota 3, *LL*, 1992-E-928; ALVARADO VELLOSO: ob. cit. en nota 3, *LL*, 1985-D-1159/1173.

buenos oficios los intereses que colisionan; las partes pueden intentarla o no ante los funcionarios con especial competencia al efecto.

- La actividad prejudicial, establecida como requisito de admisibilidad de la demanda, donde se obliga a las partes a deducir sus pretensiones ante un juez de la conciliación o ante el mismo que deba conocer en el proceso; se establece así como requisito previo y obligatorio, realizado por funcionarios con especial competencia al efecto.
- La actividad celebrada en cualquier etapa del proceso, generalmente normada como actitud discrecional del juez, o disponible a petición de parte. Esta diligencia queda incluida entre las facultades ordenatorias del magistrado de la causa.
- La actividad realizada como diligencia necesaria y obligatoria en cierto tipo de procesos ante el mismo juez de la causa y una vez trabada la litis judicial; por ejemplo los de divorcio y nulidad de matrimonio (art 34, inc. 1º, segundo párrafo, Cód. Procesal) en que en la providencia que ordena el traslado de la demanda se debe fijar una audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso, a los fines de la reconciliación y avenimiento sobre los temas controvertidos; o los de alimentos en que existe disposición similar referida a una audiencia preliminar en el art. 639 Cód. Procesal.)
- La actividad desplegada antes de abrir a prueba el litigio, como lo establecen ordenamientos procesales que utilizan el acto como tentativa de conciliación y despacho saneador (por ejemplo, Brasil, Uruguay).

11. *El procedimiento en la audiencia de conciliación*[16]

(En principio, las partes deben acudir asistidas de su abogado, no existiendo reglamentación específica sobre el con-

[16] GOZAÍNI, ob. cit. en nota 3. *LL*, 1992-E-928.

27

tenido del procedimiento interno de la audiencia, que es absolutamente informal. La audiencia será dirigida por el juez, con todos los ribetes de seriedad y solemnidad que ello entraña.)

12. *Técnicas usadas por los jueces en la conciliación*[17]

(Los estudios realizados sobre técnicas utilizadas por los jueces en las audiencias de conciliación han servido para desarrollar entrenamientos en mediación; a su vez, las técnicas pueden ser adquiridas por otros jueces para mejorar su nivel de rendimiento.

Se han observado y descripto nada menos que 71 técnicas utilizadas por magistrados para facilitar acuerdos.)

No obstante, cabe señalar que también se ha discutido largamente sobre la frecuencia con que se acude a cada una de ellas o —inclusive— sobre la adecuación o grado ético y profesional del empleo de algunas.

(Pueden mencionarse entre las técnicas:

- hablar con los abogados sobre un acuerdo;
- pedir a los abogados que transen;
- expresar que una cierta cifra es razonable;
- sugerir una cantidad para el acuerdo luego de escuchar los puntos de vista de los abogados;
- al hablar a la parte, indicar lo justo de la cifra que se menciona;
- sugerir a la parte una cifra de acuerdo;)
- canalizar las discusiones hacia áreas que tienen más probabilidad de llevar a un acuerdo;
- (decirle a un abogado que existe gran riesgo si se lleva el caso a juicio o se continúa el juicio;
- hacer notar al abogado sobre el alto costo del litigio;)
- decirles a los apoderados que se concentren en los puntos relevantes;

[17] WALL, James A. Jr.; RUDE, Dale E.: *Judicial mediation of settlement negotiations*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G. y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 190/212.

- informar a un abogado que no ha tenido en cuenta cuestiones de hecho importantes;
- convencer a un abogado de que su visión del caso está distorsionada;
- presionar al abogado mal preparado;
- hacer saber a la parte de las ventajas de un acuerdo anticipado;
- enfatizar ante las partes el riesgo del juicio;
- presentar ante las partes los pros y contras del caso;
- argumentar el caso en favor de una parte, a la otra;
- comentar acerca de la credibilidad de los dichos de un testigo;
- hablar separadamente con cada uno de los abogados sobre las ventajas del acuerdo;
- argumentar a fin de lograr concesiones;
- aprobar sutilmente las concesiones logradas;
- instar al abogado a hablar inmediatamente con el cliente a fin de obtener respuesta a una propuesta de acuerdo;
- hacer una evaluación de las posibilidades del caso para alguno o cada uno de los abogados;
- analizar el caso para los abogados;
- interpretar ciertos puntos para los abogados;
- ofrecer fórmulas de acuerdo sobre las que no habían pensado los abogados;
- indicar que se partan las diferencias;
- informar a los abogados sobre el modo en que se han transado casos similares.

13. *La conciliación en algunos países latinoamericanos*[18]

13.1. El Salvador

El Salvador tiene previsto en algunos procesos como, por ejemplo, los accidentes de tránsito sin lesiones que se tramitan

[18] Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas. Buenos Aires, noviembre 1993. Informe de Taller nº 1.

ante los jueces de Paz, una audiencia de conciliación obligatoria. También tiene en el Código Procesal prevista la conciliación que ha perdido eficacia, ya que los resultados son magros. Igualmente, existe en derecho de familia y en derecho laboral.

13.2. Chile

En Chile, la legislación civil prevé la conciliación a invitación del juez, quien orienta el arreglo sin que se considere prejuzgamiento. En lo laboral existe la conciliación en el juzgado.

13.3. Costa Rica

En Costa Rica el régimen es similar al de Chile, aunque la conciliación que se realiza durante el proceso ha sido considerada dilatoria. La conciliación laboral no se realiza en el juzgado, sino ante la Inspección de Trabajo.

13.4. Bolivia

En Bolivia se norma la audiencia de conciliación judicial.

13.5. Colombia

Colombia tiene conciliación en todos los campos del derecho, la que es previa y obligatoria desde 1989 en que se modificó el Código Procesal Civil.

13.6. Uruguay

En Uruguay, por mandato constitucional, se prevé la conciliación previa al juicio, aunque también durante la sustanciación de éste. En la actualidad, la Corte Suprema está tratando de que se designe un cuerpo de jueces exclusivamente para conciliación. Además, existe la conciliación previa obligatoria antes de iniciar un juicio laboral, que se realiza en el ámbito del Ministerio de Trabajo. También hay conciliación en las

Defensorías de Pobres que pertenecen al Poder Judicial, que intervienen en diversas materias y fueron creadas en 1827.

Los dos pilares sobre los que se ha sentado la conciliación en Uruguay son los jueces y los abogados, fundamentalmente los jueces de Paz, que son los de primer nivel. Y todos los jueces en sus distintos niveles de actuación. Es decir, que hay conciliación extraprocesal e intraprocesal. Y también los abogados que tienen la costumbre de llevar a cabo las negociaciones correspondientes para llegar a una conciliación.

Rige el Código General de Proceso desde hace cuatro años, y que es la puesta al día con respecto a Uruguay del Código Tipo para América Latina, llevado a cabo durante muchas jornadas por todos los procesalistas de América Latina; establece expresamente que no solamente en los procesos judiciales, sino también en los arbitrales, debe intentarse la conciliación de una manera obligatoria. Obligatoria el esfuerzo, no la solución.

Se ha sugerido la utilización de la conciliación para pequeñas causas o causas de poca significación (especialmente los conflictos de vecindad), sea en la justicia oficial —para lo que es imprescindible su acercamiento a los lugares del conflicto— sea de la justicia arbitral (no oficial), como también extenderla a los ámbitos penal y agrario.[19]

14. *La práctica de la conciliación en la Argentina*

(En mayor o menor medida, se utiliza la conciliación en todos los tribunales del país.)

Luego de la Asamblea de 1813 se instituyó el Tribunal de Concordia, a modo de justicia depuradora y conciliatoria. Su finalidad era determinar si los hechos expuestos por las respectivas pretensiones daban motivo a la intervención jurisdiccional y, si lo fuera, provocaba una audiencia de avenimiento tendiente a evitar la prosecución del conflicto. El Estatuto provisional de 1815 derogó la modalidad, pero sirvió de notable antecedente

[19] Gelsi Bidart, Adolfo: "Conciliación y conflictos de vecindad", *JA*, 1992-I-949.

por la utilidad que había prestado; y esta tendencia a la composición amigable que indicaba que los jueces debían invitar a las partes a un avenimiento fue receptada en cada ordenamiento adjetivo dispuesto.[20]

(La conciliación judicial es generalmente facultativa (36 inc. 2 y 125 bis, Cód. Procesal), aunque por excepción es obligatoria en materia laboral, arrendaticia y sobre todo en cuestiones de familia, según el caso.[21]

Los Códigos Procesales disponen que el juez puede ordenar la comparecencia personal de las partes a estos fines en cualquier estado del proceso. Se trata de una facultad que el precepto, aun sin requerimiento de parte, pone en cabeza de todos los jueces (y tribunales) instándolos a que la practiquen activamente, a cuyo fin dispondrán la comparecencia de las partes.[22]

Lamentablemente, los índices de conciliación son más bajos de lo que sería de desear. Según el informe producido por el Dr. Carlos Gregorio, quien realizó una investigación sobre la demora judicial concebida por William Davis, consultor del National Center for State Courts, tomando por ejemplo el fuero laboral, que es el que históricamente tiene en su haber mayor número de transacciones, un muestreo sobre 100 causas en trámite a fines de 1992 arrojó 12 % de conciliaciones concretadas antes de la apertura a prueba y 16 % durante la producción de ésta. En el fuero Federal Civil y Comercial sólo el 5 % en la etapa de prueba. En materia civil los índices son sumamente bajos.

Tal vez, ello se deba a que en la práctica, según algunas opiniones, la conciliación se ha convertido en un ritual más en la normal administración de justicia, de modo tal que dentro del proceso judicial, constituye un paso que no se toma como principal, sino como vía accesoria.[23]

Donde tiene mayor éxito el permanente ejercicio de la facultad judicial de conciliación es en los juzgados de familia)

[20] GOZAÍNI: ob. cit. en nota 3, *LL*, 1992-E-928.
[21] HITTERS: ob. cit. en nota 6, *ED*, 145-952/958.
[22] MORELLO, ob. cit. en nota 6.
[23] TARRIO - BENIN CHIRICO: ob. cit. en nota 6, *LL*, 11/10/94.

materia en la que constituye una herramienta fundamental. Así, puede mencionarse la experiencia que en la vida judicial significan algunos juzgados civiles con competencia exclusiva en Familia,[24] que llevan a cabo una permanente actividad de inmediación y conciliación para la tutela de los valores humanos y sociales involucrados en la administración de justicia, enviándose cartas a los litigantes como primer paso de todo expediente que involucra a una familia en crisis. En estas cartas, entregadas a los abogados y que tienen como destinatarios a los padres, el juez les comunica cuál es el esquema de trabajo que distingue y caracteriza a su juzgado, priorizándose la audiencia sobre la sentencia. Se trabaja a través de una Cámara de Gessell, que consiste en una sala con vidrio unidireccional comunicada con otra sala desde la que se puede ver —sin ser visto— lo que sucede en la primera.

15. *Consejos para jueces conciliadores*

(Según la experiencia habida en nuestro país, se han sugerido algunas pautas que nos permitimos transcribir:[25]

- Resulta fundamental para un desarrollo exitoso de la audiencia conciliatoria que, previamente, el juez interviniente haya tomado un cabal conocimiento de las actuaciones respectivas.
- Inicialmente, el juez conciliador debe informar a las partes sustanciales presentes los alcances y fines de la audiencia de conciliación, siendo necesaria la asistencia personal de las partes sustanciales y de sus letrados, a quienes se asegurará que lo hablado no saldrá del recinto del tribunal.
- Salvo supuestos de excepción, el juez debe requerir que la actora reduzca la litis a términos económicos concretos.

[24] Por ejemplo, el Juzgado a cargo del Dr. Eduardo Cárdenas, experiencia que se relata en CÁRDENAS, Eduardo José: *Familias en crisis*, Buenos Aires, 1992.

[25] Pertenecen a PEYRANO, ob. cit. en nota 6, *LL*, 19/10/94, quien no sólo tiene oficio como juez de primera y segunda instancia, sino que es procesalista destacado.

- El juez debe procurar evitar ciertos diálogos o manifestaciones de los participantes en la audiencia de conciliación.
- Es tarea del juez ejercitar su colaboración activa en la búsqueda de fórmulas de conciliación.
- No debe arredrarse el juez, a fin de agotar la instancia conciliatoria.
- Se estimula la conveniencia de incluir, en su caso, una cláusula resolutoria en el acuerdo conciliatorio concertado *ad referendum*.

Como se advierte, si bien puede existir algún paralelismo, no hay total coincidencia con los principios de la mediación.

16. *Resultados y obstáculos a la conciliación judicial*

Aparentemente, entre las causas que confluyen al fracaso de la conciliación judicial cabe mencionar:

- la falta de preparación de los jueces y secretarios (o empleados judiciales en quienes se delega la toma de la audiencia) en técnicas de negociación y mediación;
- la reticencia de las partes para revelar los verdaderos intereses ante quien luego va a decir quién es el vencedor de la contienda;
- la falta de tiempo del juez para tomar personalmente las audiencias.

Indudablemente, el tiempo es el recurso más valioso del juez, y cuando no le alcanza tiene que emplearlo en la elaboración de las sentencias, pues esta tarea es la base de la función jurisdiccional y no puede ser llevada a cabo por otra persona.

Consideramos que el poder que tiene el juez sobre las partes puede actuar como elemento de persuasión para que lleguen a un acuerdo, mas que justamente por esta situación pueden no sentirse en total libertad. Además, dado su papel de factor de última decisión, aun cuando las normas procesales explicitan que la proposición de fórmulas no implica prejuzgamiento, los contendientes están buscando en el juez una señal de su razón y la sinrazón de la contraria.

Las disconformidades que se muestran respecto de la conciliación judicial se apoyan en el hecho de que la atribución de la tarea conciliatoria al propio judicante de la causa no siempre llega a buen término, en la medida que no es fácil distinguir el rol de "decisor" y el del "conciliador" que tiene que cumplir el magistrado, de modo que las partes generalmente actúan bajo "presiones inconvenientes" de la persona que luego va a decidir el pleito. Por ello se propicia la conciliación, como función atribuida a órganos no jurisdiccionales o por lo menos, distintos de los que luego deben fallar.[26])

Según una encuesta efectuada en los Estados Unidos[27] los abogados desearían que los jueces se involucraran en tal forma en las audiencias de conciliación como para:

- señalarles los puntos de derecho o de prueba que los letrados hayan omitido considerar o no hayan interpretado correctamente;
- sugerirles una cantidad de dólares aproximada para un acuerdo razonable;
- sugerir, en audiencia privada a cada abogado, qué concesiones su cliente podría considerar hacer;
- evaluar en privado con cada abogado, la razonabilidad de la propuesta de acuerdo de cada parte.

Se entiende así que los jueces deben ser vistos como imparciales flexibles y de mente abierta, deben estar al tanto de los hechos y prueba de la causa, deben comprender el derecho que es relevante para el caso y deben proceder analíticamente para hacer recomendaciones o dar consejos. Lo que más valoran los abogados de los jueces es la disposición para expresar una opinión bien informada en las audiencias de conciliación y es también lo que más resultado da a fin de llegar al acuerdo.[28]

[26] HITTERS: ob. cit. en nota 6, *ED*, 145-952/958. En contra: GOZAINI: ob. cit. en nota 3, *LL*, 1992-E-928, quien se pronuncia en favor de los beneficios que reporta la conciliación jurisdiccional, cuyas virtudes no desconocemos, sino que consideramos pueden enaltecerse.

[27] BRAZIL, Wayne D.: "What do lawyers expect from judges? The Federal Judiciary's Role in the settlement arena", *Trial*, 69-71 (septiembre 1985).

[28] BRAZIL: ob. cit., *Trial*, 69-71 (septiembre 1985). Similar criterio en el sentido que una vez que el juez está al tanto de las diferencias que separan a

29

El juez está en condiciones de reunir a las partes a fin de intentar un acercamiento entre sus posiciones, actuando como facilitador de la negociación; puede imponer plazos; puede acortar las diferencias entre los contendientes; puede sugerir fórmulas de avenimiento e insinuar soluciones y está a disposición de los litigantes para implementar los acuerdos.[29]

Mas queda claro que tal activismo judicial en la audiencia de conciliación está contemplada en el sistema norteamericano, pues proviene de quien no va a decidir, sea porque luego el juicio será resuelto por un jurado, sea porque si se trata de decisión por un juez, el magistrado que va a decidir traslada la iniciativa de la audiencia a otro colega,[30] derivación que hasta el presente no es dable hacer en nuestro sistema.

(El juez tiene ciertas restricciones cuando pretende usar el ropaje del mediador o conciliador pues, en cierto momento, puede tener que ponerse nuevamente su toga para decidir conforme a derecho. Es necesario extremar el cuidado en este procedimiento en que se actúa de facilitador, pues su participación no debe significar prejuzgamiento para el supuesto que el caso vaya a juicio.[31]

Justamente porque la actividad conciliatoria está catalogada como no jurisdiccional, podría ser realizada por otro magistrado distinto al juez natural.)

las partes debe ofrecer su evaluación, puede verse en DESIMONE, Samuel E.: "Fostering settlements through judicial activism", The National Judicial College, *Dispute Resolution*, 1991; LACEY, Frederick B.: "The Judge's role in the settlement of civil suits", The National Judicial College, *Dispute Resolution*, 1991.

[29] RAIFFA: ob. cit., pp. 225/226.

[30] DESIMONE: ob. cit., *Dispute Resolution*, 1991.

[31] RAIFFA: ob. cit., pp. 225/226.

Capítulo V

Métodos diversos al litigio para resolver los conflictos

SUMARIO: 1. La utilización de métodos diversos al litigio para resolver disputas. 2. Breve noción de algunos métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD). *2.1.* Negociación. *2.2.* Conciliación. *2.3.* Arbitraje. *2.4.* Mediación. *2.5.* Mediación/arbitraje (med/arb). *2.6.* Arbitraje/mediación (arb/med). *2.7. Medaloa. 2.8.* "Alto-Bajo" *(high-low). 2.9.* Pericia arbitral. *2.10.* Evaluación neutral previa. *2.11.* Experto neutral. *2.12.* Oyente neutral. *2.13.* Esclarecedor de cuestiones de hecho *(fact-finder). 2.14.* Consejero especial *(special master). 2.15. Ombudsman. 2.16.* Programas de quejas y reclamos. *2.17.* Juicio sumario por jurados. *2.18.* Acuerdo determinado por el jurado *(jury determined settlement). 2.19* Grupo asesor circunscripto *(focused group). 2.20.* Minijuicio. *2.21.* "Alquiler" de un juez. *2.22.* Tribunales religiosos. *2.23.* "Embellecimiento" de contratos. *2.24.* "Operador" del proceso. *3.* Datos comparativos entre los principales métodos de resolución de conflictos y la mediación. *3.1.* Arbitraje, mediación y litigio. *3.2. Ombudsman* y mediación.

1. *La utilización de métodos diversos al litigio para resolver disputas*

Aun antes de que la Resolución Alternativa de Disputas (RAD) constituyera un movimiento, se utilizaban métodos distintos al litigio para resolver los problemas por lo que no existe la pretensión de haber inventado algo totalmente nuevo, sino de buscar entre lo que existe, agregarle una cuota de creatividad y sistematizarlo.[1] Lo nuevo está dado por el análisis, profundización y utilización preconcebida y dirigida.

Entre los métodos o modos de resolver conflictos y sus variantes, son múltiples los que merecen mención, por lo que haremos una síntesis de ellos.

2. *Breve noción de algunos métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD)*

2.1. Negociación

La negociación se hace directamente entre las partes, sin ayuda ni facilitación de terceros y no necesariamente implica disputa previa. Es un proceso voluntario, predominantemente informal, no estructurado, que las partes utilizan para llegar a un acuerdo mutuamente aceptable.

Generalmente, las personas en controversia tienen posiciones asumidas respecto a cómo quisieran que el conflicto se resuelva y ven a la negociación como un choque al que van con

[1] Así lo hacen GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.: *Dispute Resolution*, 1992, pp. 3/12 y 405/430, quienes a los efectos de implementar un sistema completo incluyen una taxonomía de los métodos y criterios para clasificar los casos según diversas variables.

actitud defensiva o agresiva, lo que condiciona un esquema competitivo. Los negociadores competitivos igualmente se sienten en confrontación cuando se trata de celebrar un contrato, tratando de obtener todo y destruyendo a la contraparte en el camino.

Con otros criterios más colaborativos, se puede lograr pasar de las posiciones a los intereses de las partes que subyacen bajo éstas, generándose así opciones que permiten llegar a una mejor solución al problema, con lo que los contratantes pueden suscribir un acuerdo en el cual ambos ganen más que lo que hubieran obtenido de su mejor alternativa fuera de la negociación; o —conociendo cuál es el límite de su conveniencia— pueden levantarse de la mesa sin haber arribado a un acuerdo, manteniendo la relación para otra oportunidad más provechosa.

2.2. Conciliación

Aunque el término es ambiguo, podría decirse que la conciliación consiste en un intento de llegar voluntariamente a un acuerdo mutuo, en que puede ayudar un tercero quien interviene entre los contendientes en forma oficiosa y desestructurada, para dirigir la discusión sin un rol activo.

Puede también reservarse el vocablo para la facilitación de un acuerdo presidido por un juez, terminología conforme con la mayoría de los Códigos Procesales de Latinoamérica. En tal sentido, la conciliación está regulada normativamente para permitir que el juez convoque a las partes en litigio a fin de intentar que lleguen a un avenimiento.[2]

2.3. Arbitraje[3]

El arbitraje es un método de resolución de conflictos tradicional y de carácter adversarial pues —si bien en forma más

[2] Ver Capítulo IV.

[3] Respecto del arbitraje puede verse CARVANO, Roque J., *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993. En cuanto al arbitraje en la Argentina refiere su falta de difusión y escaso arraigo

rápida y menos formal que a través de un juicio— es un tercero neutral quien decide la cuestión planteada, siendo su decisión —en principio— obligatoria. En consecuencia, las partes se convierten en contendientes a efectos de lograr un laudo favorable a su posición.

El arbitraje clásico funciona en forma paralela a la jurisdicción a la que necesita recurrir en algunas oportunidades (recursos, ejecución). Las partes tienen algún poder de decisión sobre aspectos del procedimiento, además de participar en la elección de los árbitros o la institución que los proveerá.

Es frecuente su utilización para dirimir disputas de naturaleza comercial, donde las partes previamente han dispuesto su sometimiento al fallo de un árbitro, puesto que la resolución es más inmediata y económica que en el litigio.

El arbitraje puede ser *juris* —es decir de derecho— o de amigables componedores, también llamados arbitradores, que fallan según su leal saber y entender, es decir, en equidad.

Existen nuevas variantes de este método que se caracterizan por no tener la decisión arbitral fuerza vinculante para las partes, estando estas facultadas para no acatar la decisión e iniciar un juicio o acudir a otro remedio. Dentro de ellas se encuentra el "adjudicador", quien recibe de las partes en forma confidencial, la presentación de sus posiciones y sus pruebas, especialmente cuando se trate de documentación técnica que contiene secretos de fabricación que no se desean ver divulgados.

Otras nuevas formas son vinculantes, pero restringen el poder de decisión del árbitro al laudar, como el arbitraje denominado "de la última oferta". Las partes negocian en forma directa, y si no logran un acuerdo someten al árbitro la última

---

en nuestro país, no obstante que la estructura normativa brinda —en general— un marco apto para su desarrollo. Rescata el art. 19 de la Constitución Nacional, en tanto atribuye a los hombres la libertad de autodeterminarse, en la medida que la materia o el objeto de la convención no afecte el orden público. También el Código Civil, en su art. 101, aunque el art. 2113 —indica— demuestra una marcada desconfianza del legislador hacia el arbitraje. También existe desde muy antiguo la regulación del arbitraje en los Códigos Procesales aun cuando encuentre este autor aspectos criticables.

y mejor concesión o propuesta que puedan hacer; éste sólo está facultado para elegir una u otra oferta, no pudiendo partir diferencias. (El procedimiento está diseñado para instar a las partes a negociar todo lo que puedan a fin de poner a disposición del árbitro propuestas razonables, pues cuanto más se alejen las posiciones de las partes, más puede perder cada uno.

Cuando el recurso al arbitraje surge de una orden judicial, éste no es vinculante.)

2.4. Mediación

(La mediación es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral ayuda a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. Constituye un esfuerzo estructurado[4] para facilitar la comunicación entre los contrarios, con lo que las partes pueden voluntariamente evitar el sometimiento a un largo proceso judicial —con el desgaste económico y emocional que éste conlleva— pudiendo acordar una solución para su problema en forma rápida, económica y cordial.

El mediador no actúa como juez, pues no puede imponer una decisión, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de la controversia, a explorar las posibles bases de un pacto y las vías de solución, puntualizando las consecuencias de no arribar a un acuerdo. Por esos medios, facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses. Plantea la relación en términos de cooperación, con enfoque de futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio en que la postura es antagónica, por lo que una parte gana y otra pierde. En la mediación todas las partes resultan ganadoras puesto que se arriba a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse "perdedor" al tener que cumplir lo decidido por juez. En definitiva, puede

[4] Pues aunque es flexible, existe un procedimiento en el que se cumplen diversos pasos. El procedimiento es informal, por lo que el mediador no está obligado por las reglas procesales; y dado su entrenamiento puede rápidamente simplificar el caso y descartar lo irrelevante.

decirse que realmente "la mejor justicia es aquella a la que arriban las partes por sí mismas", en tanto el haber participado en la solución torna más aceptable el cumplimiento. No hay aquí obligación o constreñimiento, sino libre voluntad de concluir una situación conflictiva. Esa predisposición al cumplimiento que deriva del acuerdo no impuesto y de que las relaciones con la parte contraria no se han deteriorado —llegando en algunos casos a mejorarse— determina que los contrayentes encaren el cumplimiento de aquello a que se han obligado sin resistencia y con buena voluntad, modificando su actitud al respecto.

Es propio de la mediación que por someterse a su procedimiento, las partes nada tengan que perder, pues un intento frustrado de mediación, es decir si los contendientes inician este acercamiento y tras la discusión mediada no llegan a un acuerdo, les asisten todos sus derechos legalmente adquiridos y pueden utilizar otras opciones como el arbitraje o el litigio.)

2.5. Mediación/arbitraje (med/arb)

(Pueden combinarse algunos métodos, por ejemplo, la mediación y el arbitraje de modo secuencial, con la cláusula "med/arb": las partes se comprometen a intentar la resolución de su conflicto en forma escalonada, haciendo uso de la mediación, y en caso de fracasar ésta, continuar con el arbitraje.)

Se trata de una combinación de ambas figuras y constituye una opción por la que los contrincantes consienten la mediación, pero con la cláusula adicional que si la mediación no produce un acuerdo, será seguida del arbitraje automático.

La elección de la fórmula "med/arb" da la seguridad de que quien entra a la mediación, de un modo u otro, saldrá con su conflicto resuelto. O llega a un acuerdo, o quien luego actúe como árbitro, dictará un laudo. Si bien puede preverse que el mediador actúe como árbitro para tomar una decisión final y vinculante en la causa, consideramos preferible que el arbitraje se conduzca por una persona distinta que aquella que actuó como mediador. Esto requiere una audiencia totalmente nueva, pero elimina la posibilidad de que el mediador —convertido en árbitro— se vea inadecuadamente influenciado por las expresiones vertidas en confianza por las partes durante las reunio-

31

nes. A la inversa, esta variante conlleva el riesgo que —sabiendo que el mediador puede luego convertirse en árbitro con el poder de decidir el caso— las partes no hablen libremente, manteniéndose duramente en su posición, lo que podría frustrar la posibilidad del acuerdo propio de los contendientes.

2.6. Arbitraje/mediación (arb/med)[5]

(La combinación de las figuras se da de manera inversa a la anterior, con la ventaja de no estar el laudo influenciado por lo conocido en audiencias confidenciales.

El procedimiento comienza con un juicio arbitral ordinario. Cuando el árbitro llega a una decisión, coloca el laudo en un sobre y sale un momento de la habitación. Les dice a las partes que pueden leer juntas el fallo o retomar el control de su disputa y comenzar a negociar. Al reingresar el árbitro, puede ocurrir que los participantes hayan decidido leer el fallo o que, por el contrario, se abstengan de ello. Si cuando vuelve a la sala las partes están hablando entre sí y no han abierto el sobre con el laudo, el tercero se transforma en mediador. En caso que lleguen a un acuerdo, el facilitador se guarda el sobre y nadie sabe cuál era la decisión.

En forma similar, se puede pactar que el árbitro haya decidido y tenga su laudo guardado en el bolsillo antes de comenzar una mediación ordinaria. El facilitador toma su decisión la noche anterior y la reserva hasta el fin de la mediación. Si no hay acuerdo, abre el sobre con el laudo y lo da a conocer. El laudo tiene carácter vinculante por pacto previo.)

2.7. *Medaloa*[6]

(Cuando el mediador advierte que las negociaciones están absolutamente trabadas, que ya están todos por levantarse de

[5] COULSON, Robert: "How to come to closure in mediation", presentación en *Dispute Resolution Across the Continents*, 22nd Annual Conference, octubre 26-29, 1994, Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas (Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR).

[6] COULSON: ob. cit.

la mesa, sugiere una oportunidad más para llegar a un acuerdo: se ofrece a actuar como árbitro por el sistema del arbitraje de la última oferta, es decir eligiendo entre la última oferta de cada parte, sin poder partir la diferencia. Ello motiva a las partes a hacer nuevas concesiones. Si no llegan a cerrar la brecha que las separa, el procedimiento da lugar a un último acto de arbitraje del modo indicado.)

2.8. "Alto-bajo" (*high-low*)[7]

(Se trata de una metodología que se puede utilizar para acordar una cifra máxima y otra mínima que puede obtener el acreedor, luego de que un tercero neutral árbitro determine si tiene derecho a la prestación.[8]

Es útil cuando las partes tienen pendiente no sólo la cantidad adeudada, sino que también están enfrentadas acerca de la calidad de acreedor y deudor, por lo que puede ponerse a decisión de un árbitro lo básico: si quien pretende ser acreedor resulta tal. Si lo es, obtendrá la cifra mayor acordada, pero si no lo es, igualmente obtendrá la mínima, con lo que nunca perderá del todo.

El método se utiliza para incitar a aceptar el arbitraje, el que será vinculante. Mas, reiteramos, el arbitraje sólo se refiere a la calidad de acreedor de una parte y no incluye la cifra a abonar, ya que la cantidad a pagar está predeterminada en dos cantidades fijas, una alta y una baja, acordadas por los interesados.)

2.9. Pericia arbitral[9]

(En nuestro país, el Código de Comercio estableció la pericia arbitral como expeditivo modo para la solución de diferendos que

[7] FOLBERG, Jay, en una conferencia ofrecida en Buenos Aires el 22 de noviembre de 1994, en el Primer Congreso Internacional de Abogacía Preventiva - Primeras Jornadas Interdisciplinarias sobre Prevención.

[8] Por ejemplo, una víctima de daños y perjuicios cuando está en tela de juicio la responsabilidad o culpa del agente del daño.

[9] ANAYA, Jaime L.: "La olvidada pericia arbitral", *ED*, 134-605/608.

en la ejecución de ciertos contratos se suscitase sobre cuestiones de hecho;[10] y el sometimiento impuesto en estos casos al juicio de árbitros peritos para la determinación de los hechos a que se refieren las reglas del Código de Comercio configura una prueba legal, y lo decidido por un laudo puede hacerse valer como cosa juzgada con relación a tales hechos.)

Tal solución dista de ser disvaliosa en este ámbito, en tanto resulta acorde con el estilo de mercaderes y hasta puede ser tomada como una de las más adecuadas para una ágil superación de diferendos del tráfico negocial. A través de este medio se tiende al expeditivo esclarecimiento sobre circunstancias o cuestiones de hecho "concretadas expresamente" (art. 773, Cód. Procesal), que requieren una dilucidación premiosa, confiada a especialistas en la materia, atendiendo a que toda dilación puede tornarse frustránea o impeditiva por la presumible incidencia del transcurso del tiempo en el estado de cosas, origen de la controversia. Resulta coadyuvante la sumariedad del procedimiento.

(La pericia arbitral puede ser extrajudicial o practicarse judicialmente.)

2.10. Evaluación neutral previa

(Consiste en la presentación del caso a cargo de ambas partes (o sus abogados) ante un tercero neutral, que puedan hacer una evaluación de cómo el caso prosperaría en los tribunales. En el ámbito empresarial, puede efectuarse ante los funcionarios superiores de las organizaciones en conflicto, en cuyo caso, el tercero puede actuar como un moderador y, en su caso, ofrecer su evaluación.)

2.11. Experto neutral

(Cuando las disputas dependen de la solución de cuestiones técnicas, las partes pueden contratar (o un tribunal puede

[10] Arts. 128, 573, 179, 180, 182, 256; la más controvertida de las funciones en la reticencia del contrato de seguro (entonces, art. 498, Cód. de Com., actualmente 5, ley 17.418).

designar) a un experto neutral) El experto, las más de las veces proveerá a las partes con una opinión imparcial sobre los hechos o pautas técnicas aplicables o dictaminará haciendo una predicción sobre cuál de los contendientes podría ser considerado en falta por un tribunal que eventualmente juzgara el caso.[11] Puede pactarse el procedimiento a utilizar y también convenir sobre los alcances del dictamen y consecuencias de la aceptación o desconocimiento de éste.

(Cuando el experto es designado por un tribunal en el contexto de un juicio, no se está propiamente ante un método alternativo de resolución del conflicto, aunque sirve el propósito de remover un obstáculo al quitar un tema difícil y decisivo de la necesidad de solución por la vía adversarial) El juez acudirá a esta designación de un experto neutral cuando los peritos de parte difieren por tener criterios técnicos o científicos francamente opuestos.

(Cuando las partes en común eligen a un experto, que por tal modo de selección no se convertirá en perito de parte, su opinión admitida como prueba en juicio e informado el jurado de su carácter de neutral provee de importantes incentivos para la autocomposición.

También se ha sugerido que si un pleito tiene aspectos técnicos difíciles de sortear, el juez puede requerir a los contendientes que se pongan de acuerdo sobre la selección de un experto neutral o un panel de expertos para que estén presentes durante la audiencia de conciliación con el cometido de ayudar *en la formulación de un plan para el avenimiento.)*

2.12. Oyente neutral[12]

(Se trata de un procedimiento extrajudicial sencillo, rápido y directo. Las partes designan oyente neutral a una persona de

[11] En nuestro sistema procesal, la pericia arbitral tiene cercana relación con la figura.

[12] CUETO RÚA, Julio C.: "Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los Estados Unidos", *LL*, 1991-B-785-790; Proyecto de reforma al Código Procesal, Libro Sexto sobre procedimientos alternativos de resolución de conflictos. Capítulo II, "Tercero neutral", según Comisión *integrada por* Colombo, Carlos; Cueto Rúa, Julio C.; Etcheverry, Raúl; Umaschi, Héctor.

destacados antecedentes en quien confían. El tercero recibe de cada una de las partes la mejor propuesta que cada una de ellas se siente en condiciones de efectuar a la otra. El oyente examina ambas propuestas, las compara y luego informa a las partes si las propuestas se acercan lo suficiente como para justificar la celebración de reuniones con el fin de ajustar o transar la diferencia. No necesita explicitar qué criterio usó para indicar la cercanía de las ofertas suministradas.

El oyente neutral debe mantener la más estricta reserva sobre el contenido de cada propuesta, a menos que las partes lo releven expresamente de tal obligación.)

2.13. Esclarecedor de cuestiones de hecho *(fact-finder)*

(Tradicionalmente, se acude a este procedimiento para que el interviniente neutral con tal cometido presida una audiencia referida a las circunstancias que han llevado a una situación de bloqueo en las negociaciones.

En este caso, el tercero neutral dará a los contendientes (o a aquél a quien éstos hayan transferido el poder decisorio) una opinión imparcial sobre cómo ve se han desarrollado los hechos en contradicción; puede combinarse su capacidad de emitir opinión con la facultad de ofrecer una solución recomendada, de carácter no vinculante, en cuyo caso escribe un informe que contiene su recomendación para el acuerdo.)

2.14. Consejero especial *(special master)*

(Si bien no estamos verdaderamente ante un método alternativo de resolución de controversias, pues este tercero opera dentro del esquema del litigio, a veces figura como tal, pues su contacto directo e inmediación con las partes y terceros reclamantes le permite ejercer una actividad conciliatoria y de composición de intereses; y, si bien tiene cierto poder, no es juez, ya que su jerarquía es menor.) A su vez, es alguien que por su prestigio en una área merece respeto, con lo que su opinión tiene fuerza de persuasión.

(Se trata de un funcionario judicial o designado *ad hoc* por un juez, persona con gran experiencia en ciertos temas, al que un tribunal encomienda tareas concretas y determinadas sobre su especialidad, a efectos de que cite y escuche a las partes y a testigos, se forme una opinión y luego elabore y recomiende un plan a seguir que debe presentar al juzgado en un dictamen o informe escrito. El carácter de su informe es el de una mera recomendación) mas una vez aprobado por el juez, se convierte en decisión del tribunal. Por ejemplo, en una quiebra, puede tratarse de un plan de inversión y pago, previa citación a acreedores; en una cuestión de familia, de un plan de régimen de visitas, luego de un análisis pormenorizado de la situación; inclusive la Corte Suprema de los Estados Unidos designa un *special master* para hacer recomendaciones en casos de competencia originaria.

2.15. *Ombudsman*

(El *ombudsman* ocupa un lugar alternativo al sistema adversarial, especialmente para resolver disputas entre los ciudadanos y reparticiones públicas.

El *ombudsman*, controlador o defensor del pueblo, puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado, cualquier investigación conducente al esclarecimiento de actos, hechos u omisiones de la administración pública y sus agentes que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio, negligente, gravemente inconveniente o inoportuno de sus funciones, incluyendo aquellos capaces de afectar los intereses difusos o colectivos, entre ellos la tutela ambiental, el control del equilibrio ecológico, la preservación de bienes vinculados al resguardo de la calidad de vida de grupos o categorías de personas, ocupándose además de aspectos de la protección masiva como la defensa del consumidor, la lealtad comercial en la oferta y la calidad y seguridad de los productos.) El *ombudsman* focaliza los problemas en las demandas por aspiraciones de reparación y justicia, despersonalizando el interés individual y tomando en consideración la globalidad del perjuicio o la masificación del interés que

trasciende la mera estima personal. Subyace cierto transpersonalismo que asienta en la solidaridad.[13]

(Este funcionario supervisa a las oficinas gubernamentales, toma a su cargo las denuncias del público contra la injusticia y la mala administración y tiene poder para investigar, criticar y publicitar, requerir información y revisar documentos, pero no el de revertir la actuación estatal. Puede proponer soluciones a problemas específicos, pero no está facultado para imponer una decisión.)

También se da la figura a nivel privado en versiones institucionales; así en los diarios o en las agencias públicas, son los que investigan denuncias de ciudadanos; en las empresas, las de empleados o clientes; en las universidades, las de alumnos y profesores; en los sanatorios o geriátricos, las de pacientes; e intentan solucionarlas. Los *ombudsmen* trabajan fuera de la cadena de mando de la respectiva organización a efectos de mantener la necesaria independencia.[14]

2.16. Programas de quejas y reclamos[15]

(Entre los posibles mecanismos de resolución de disputas que pueden utilizar con ventaja los consumidores se encuentran las secciones de reclamos o quejas en oficinas gubernamentales

[13] GOZAINI, Osvaldo Alfredo: "Las costas en los procesos sobre intereses difusos (El caso del *ombudsman* frente a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires)", *LL*, 7/1/94, quien apunta que puede implementarse a niveles locales y nacional. En nuestro país se ha instituido a nivel local en varias provincias por legislaciones propias y en la Capital Federal se creó el Controlador General Comunal por Ordenanza 40.831/85. La Defensoría del Pueblo a nivel nacional surge de la ley 24.284 (B.O. 6/12/83).

[14] SINGER, Linda R.: *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, 1990, p. 25.

[15] Respecto del tema remitimos a nuestro trabajo. HIGHTON, Elena I., y ÁLVAREZ, Gladys S.: "La Resolución Alternativa de Disputas (RAD) y el consumidor. El consumidor ante el conflicto, ¿qué modos tiene de resolverlo?", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 5, "Consumidores", Santa Fe, 1994. Asimismo, puede verse, de las mismas autoras, la Ponencia: "La resolución de conflictos del consumidor", presentada al II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario (Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe), Rosario, 11 al 13 de mayo de 1994, Comisión nº 5: Mecanismos de protección.

(especialmente las fiscalías), u operadas por los medios de prensa y comunicación, como ser diarios, radio y televisión. Se basan en la conciliación y la mediación, generalmente efectuada por correo o por teléfono.

Algunas empresas también han decidido que el desarrollo y utilización de formas innovativas de manejo de los reclamos y quejas de consumidores y de empleados puede mejorar su imagen pública, sus ventas y sus relaciones con sus trabajadores y han establecido innovaciones tales como el "análisis de problemas por grupos de pares" o "programas de atención de clientes", lo que además de satisfacer a aquellos a quienes estaban dirigidos, constituyen sistemas para evitar ir a los tribunales.

También existen programas formales de denuncias, reclamos o quejas en escuelas, prisiones, etc., que combinan la negociación, la mediación, el arbitraje y la conciliación en forma progresiva a fin de evitar la escalada del conflicto.

2.17. Juicio sumario por jurados

En los países en que existe el juicio por jurados, puede darse otra modalidad dentro del ámbito del tribunal, por disposición de éste, con acuerdo de los litigantes,[16] a fin de que los contendientes puedan tener criterios para predecir el resultado de un juicio completo y jurídicamente válido, sin los riesgos y costos de llevarlo a cabo.

Se ha diseñado el sistema a efectos de aligerar al juez de un largo juicio a través de audiencias abreviadas ante jurados que darán sólo una opinión evaluativa o informativa que servirá como guía a la acción futura de las partes, pero no tendrá la potencia de un veredicto. Se utiliza el método para solucionar

[16] Según SINGER: ob cit. en nota 14, p. 26, se ha debatido, con resultado diverso según las jurisdicciones, si los jueces pueden mandar a las partes a o sus letrados a participar de este modo de resolución de su controversia. Una experiencia interesante de juicio sumario por jurados se relata en *Alternatives*, publicación del Centro de Recursos Públicos (Center for Public Resources - CPR), vol 12, nº 7, julio 1994.

33

casos complejos, con el objetivo de persuadir a los contendientes acerca de las bondades de un avenimiento, sobre bases realistas. El sistema constriñe a los letrados a pensar sobre cómo condensar la presentación del pleito y conlleva la necesidad de evaluar las fuerzas y flaquezas de su caso.

Interviene un jurado con menor número de miembros (generalmente sólo seis personas), tomados de entre quienes ya están convocados a los fines de cumplir con este servicio ciudadano. Habitualmente, los miembros del jurado no están en conocimiento de que su veredicto no será vinculante, por lo cual lo emiten como lo harían normalmente.[17] Luego el juez permite a los abogados hablar con los jurados, quienes pueden explicarlo a los contendientes y sus abogados, contestar preguntas, etc., tras lo cual se pasa a la audiencia de conciliación presidida por el magistrado.

A veces, luego de presentar el caso ante un jurado de doce miembros, se lo divide en dos para deliberar y emitir veredictos separados, lo que ofrece más variantes y perspectivas para el acuerdo.

En suma, se trata de un modo de resolución de disputas no vinculante, que permite continuar las negociaciones luego de oír una opinión realista, que se recomienda usar en ciertos casos en que se maximiza su potencial aplicación:[18]

- cuando hay discrepancias serias entre los abogados contrarios sobre algunos rubros difíciles de cuantificar;
- cuando los abogados discrepan sobre cómo el jurado interpretará los hechos en supuestos de conceptos jurídicos poco claros;
- cuando una de las partes carece de una evaluación realista del valor del caso;
- cuando una de las partes desea firmemente tener su "día en la corte", es decir necesita ser oído por un jurado imparcial.

[17] Excepcionalmente, en algunas jurisdicciones se les informa de la calidad de su decisión, por cuanto no se considera honesto ocultarles que no están sirviendo de verdaderos jurados.

[18] GIFFORD, Donald G.: *Legal negociation. Theory and applicadons*, St. Paul, Minn. EE.UU., 1989, pp. 216/217.

2.18. Acuerdo determinado por el jurado *(jury determined settlement)*[19]

(Es similar al juicio sumario por jurados, excepto en cuanto a que los participantes convienen por adelantado en ciertos topes máximo y mínimo, dentro de los cuales aceptarán el veredicto. En este procedimiento, la decisión es vinculante, aunque recortada dentro de los límites preestablecidos. Si el fallo constituye decisión intermedia, que no roza los límites, queda firme el laudo; si excede o es inferior a alguno de los límites, la cantidad contenida en la condena se reduce o aumenta, y el laudo se torna obligatorio por la cantidad más alta o baja predispuesta de común acuerdo.)

2.19. Grupo asesor circunscripto *(focused group)*

(El llamado *focused group* o grupo asesor circunscripto a ciertos temas, consiste en un panel de ciudadanos seleccionados por las partes, que ofrece una opinión asesora.[20])

2.20. Minijuicio

(El minijuicio no es un juicio, sino una presentación oral efectuada por los abogados ante los directivos de las empresas entre las que se ha suscitado una controversia, quienes luego intentan arribar a un acuerdo. Se trata, en definitiva, de un intercambio de información entre los contendientes, utilizado para cuestiones complejas y de gran envergadura, en que los abogados presentan los elementos más relevantes de su argumentación y prueba en forma privada a sus propios principales y los de la contraria en forma conjunta. Ello permite a quienes no han intervenido todavía directamente en el conflicto

[19] Ellis, Rene S. - Cohen, David: "Dispute resolution design: How to choose the best approach for your case", presentación en *Dispute Resolution Across the Continents*, 22nd Annual Conference, octubre 26-29, 1994, Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas *(Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR)*.

[20] Lerer, Silvio: "La Justicia, la mediación y el futuro de los abogados", *LL*, 14/10/1994.

(manejado hasta tal momento por sus subordinados o departamentos legales), tomar contacto con las dos versiones —generalmente diferentes y contrastantes— del eventual pleito y tener un sentido de realidad sobre el futuro desarrollo del caso, al oír y ver en ejercicio de la argumentación y presentación de pruebas, no sólo al letrado de su empresa, al que pueden ya haber escuchado sobre la propia fuerza y razón de su parte, sino —por primera vez, quizás viendo y evaluando otro punto de vista y la razón que también le asiste— al de la contraria. El procedimiento da gran resultado, por cuanto recién al oír la otra campana, los interesados tienen un cuadro completo de la situación y se confrontan con la noción de cómo puede aparecer "su caso" ante un tribunal.

La audiencia es en cierta medida similar a la de un juicio, se lleva a cabo a puertas cerradas y según las reglas pactadas entre las partes. Está presidida por un "consejero neutral", para lo que habitualmente se elige a un abogado eminente, a un profesor o académico reconocido o a un juez retirado, cuyo único cometido es el de actuar de moderador y preservar el orden en las presentaciones, tras las cuales los directivos, sin sus abogados, se retiran a otra habitación a negociar.

Si no llegan a un avenimiento, puede el "consejero neutral" actuar como evaluador neutral, como mediador o como árbitro, de acuerdo a lo que se haya convenido previamente. Pueden existir también etapas de negociación directa intermedias entre los pasos, todo ello conforme a lo previsto, pues el procedimiento no es único y depende de las necesidades de los interesados.

Se considera como una herramienta ventajosa para resolver disputas entre empresarios, siempre que los abogados estén familiarizados con el sistema, haya cierta confianza recíproca en cuanto a la credibilidad de los profesionales y ejecutivos y el poder de negociación sea equilibrado.[21]

Este proceso es satisfactorio por cuanto permite a los principales de las empresas mantener el control de la decisión,

[21] HENRY, James F.; LIEBERMAN, Jethro K.: *The managers's guide to resolving legal disputes*, 1985; pp. 36/56, apuntan extensivamente las ventajas y desventajas del minijuicio.

la que queda en la esfera de los negocios; simultáneamente, da a los abogados la oportunidad de "sacarse los ojos" y lucirse con la presentación, haciendo aquello para lo que fueron entrenados. Combina así algunos de los mejores elementos de los métodos adversariales y no adversariales.

2.21. "Alquiler" de un juez

(El "alquiler" de un juez constituye una variante del arbitraje a la que se acude cuando los tribunales están atestados de casos y tienen una demora de varios años. Se trata de un procedimiento privado, para el cual las partes contratan a quien deberá actuar en la toma de decisión, el que generalmente es un juez retirado. A diferencia del arbitraje, en que el laudo puede ser dado en equidad, este método se caracteriza por cuanto hay que fallar según el derecho y los precedentes legales.)

Este modo se distingue de otros por ser más formal, al regirse, en principio, por las normas procesales y de prueba, aunque las partes pueden conformar el procedimiento, por lo cual si lo desean será el de un juicio tradicional completo, o más flexible, según sus necesidades. Los contendientes y sus profesionales son los que tendrán control sobre los términos que demandará cada paso del juicio y la fijación de las fechas de audiencias, lo que les ahorrará estar ellos y los testigos reservando su agenda a la espera de ser convocados, con el consiguiente costo en tiempo y dinero. Además, evitan la participación del público, pues no se prevén mecanismos para dar a conocer los horarios y lugares de las audiencias.

Por lo menos en 48 jurisdicciones de los Estados Unidos se permite la derivación de casos por consenso de ambas partes a un juez privado, aunque difieren los Estados respecto del tipo de cuestiones de hecho o de derecho que pueden someterse a este procedimiento; también existen diferencias respecto de la remuneración u honorarios devengados por la contratación, ya que en tanto en algunas jurisdicciones los particulares pagan, en otras ello está prohibido y paga el Estado.

34

2.22. Tribunales religiosos[22]

Los grupos étnicos y religiosos han establecido históricamente sus propios sistemas alternativos de solución de desavenencias, a fin de eludir la aplicación de los valores gubernamentales de la mayoría y conservar sus propias tradiciones y medios de resolución.

(Durante siglos, la iglesia o templo ha desempeñado un papel destacado en la resolución de conflictos entre sus miembros. Con frecuencia el párroco, sacerdote, ministro o rabino local eran invitados a intervenir como mediadores, especialmente en desavenencias familiares, para sugerir formas en que los contendientes podían convivir o reorganizar sus relaciones. Existe una rica tradición de mediación en el Nuevo Testamento y la mediación es congruente con el perdón, la reconciliación y la comunidad, con variadas bases bíblicas que aprueban a los mediadores como pacificadores.

A su vez y desde antiguo, también la comunidad religiosa judía desarrolló sus propios sistemas de resolución de disputas en tiempos en que los tribunales seculares les eran hostiles. Luego, los practicantes tradicionalistas de la religión continuaron sometiendo sus conflictos de negocios o de familia a la corte rabínica.

Asimismo, los puritanos, cuáqueros y mormones son proclives a resolver sus controversias dentro de las propias comunidades.

Las decisiones de este tipo de tribunales se toman de acuerdo a los usos y costumbres y conforme a las prácticas religiosas y no según la ley del Estado, a fin de mantener la independencia y establecer normas propias.

En general, los tribunales laicos han tratado estos procedimientos como formas de arbitraje.)

[22] SCHIFFRES, Irvin J.: *Alternate dispute resolution*, American Jurisprudence, 2ª ed., p. 21; FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, 1992, pp. 22/23.

2.23. "Embellecimiento" de contratos[23]

(Se trata de un procedimiento poco ortodoxo que fuera utilizado en forma experimental, mas da idea de que la creatividad en la materia no tiene límites. El "embellecedor" no es mediador ni árbitro, sino algo intermedio.

Supongamos que las partes tienen en trámite negociaciones complejas. Inmediatamente después que cada una comprende de qué se trata o cuáles son los puntos sobre los que están por decidir, interviene el facilitador. Comienza por entrevistar por separado a cada parte, con carácter confidencial, sobre sus necesidades, percepciones, posibles concesiones, etc., yendo a fondo en las cuestiones. Luego, sin revelar nada y sin otra intervención, se retira del lugar hasta que terminen las negociaciones normales. Como conoce mucho sobre las creencias, valores, aspiraciones y limitaciones de cada uno, está en condiciones de apreciar si las partes han arribado a un acuerdo eficiente, es decir, el más fructífero posible. Si no es así, comienza su tarea para "embellecer" el contrato, es decir, para diseñar el acuerdo alternativo óptimo, que debería ser preferible para ambos. Pero, como podría estar equivocado, en la próxima etapa pregunta su opinión a cada uno, por separado y en forma reservada, para averiguar si los contendientes están dispuestos a aceptar su punto de vista. Si se llega a este punto de armonía, sustituye el convenio por el sugerido. No hay nuevo regateo respecto del proyecto.

Como remuneración, el tercero recibe una proporción (por ejemplo, un quinto) de la diferencia o valor agregado al contrato con su actuación, en tanto éste quedó mejorado.

En suma, las partes sin ayuda llegan a un acuerdo; y el "embellecedor" del contrato, conociendo los valores, las creencias y las restricciones de ambas partes, intenta lograr un acuerdo más eficiente, que es el que ambos preferirían con relación al texto logrado.)

[23] RAIFFA, Howard: *The art and science of negotiation*, Cambridge (Massachusetts), Londres, 1982, p. 221.

2.24. "Operador" del proceso[24]

(A este tercero se le otorga, o tiene, el poder de manipular o ajustar las normas del proceso, es decir de modificar las reglas de juego que se utilizan en la negociación, alterando o restringiendo el contexto en que se opera.

Se trata de imponer, no una solución de fondo, sino un procedimiento para la resolución de la disputa. Dentro del concepto también se incluye la noción de poder prohibir cierto modo de actuación negativo.)

3. *Datos comparativos entre los principales métodos de resolución de conflictos y la mediación*

(3.1. Arbitraje, mediación y litigio

En la mediación un tercero neutral actúa para alentar, estimular y facilitar la resolución de un conflicto sin indicar cuál debe ser su solución. Es un proceso informal no adversarial que tiene como objetivo ayudar a las partes involucradas, a alcanzar una solución satisfactoria para todas. El mediador es un intermediario que no decide como juez ni asesora o aconseja a las partes como abogado.[25]

En el arbitraje, en cambio, el tercero neutral —sea individual o colegiado—, atendiendo a los argumentos de las partes, llega a una decisión que puede ser vinculante o no, según el caso. El arbitraje se distingue de la mediación, en tanto requiere que se entregue el control del litigio a una tercera persona que toma el lugar y la posición de un juez.[26] El arbitraje no ayuda ni invita

[24] RAIFFA: ob. cit., p. 221.

[25] Aunque sea abogado, por lo que las partes que deseen asesorarse sobre sus derechos deben acudir a un profesional de su confianza, el que puede estar presente durante la sesión de mediación.

[26] Ello sin entrar en la polémica sobre la naturaleza jurídica del arbitraje. Para alguna posición el arbitraje tiene naturaleza contractual —desde que deviene de la voluntad coincidente de los otorgantes— y los árbitros desarrollan su actividad en una fase de cumplimiento del contrato originario de compromiso y constitución del tribunal arbitral. En este orden de ideas se ha sostenido que esta forma de juzgamiento es categoría afín a la transacción o que los árbitros no son otra cosa que simples mandatarios de quienes los nombraron. Para otros,

a las partes a que negocien y encuentren una solución justa y factible de implementar. En el arbitraje, como en los tribunales, debe convencerse al árbitro de que se tiene razón y de que el contrario está equivocado. El árbitro es libre de conceder todo a una parte y nada a la otra, pudiendo partir diferencias.[27]

Si en la mediación no se logra llegar al acuerdo, las partes quedan libres para recurrir a otra solución.

Respecto del tiempo que insumen, se debe puntualizar que la mediación es la que se realiza en forma más rápida, el arbitraje demora unos meses más y en el litigio el tiempo que transcurre hasta la decisión es —en general— considerable. A este acortamiento de los tiempos ayuda la informalidad del procedimiento y la falta de constricción de las reglas procesales. Es fácil en ambos métodos descartar lo irrelevante para simplificar el caso o reducir el conflicto a los puntos centrales, lo que no siempre se logra en el litigio judicial.

El arbitraje es confidencial como la mediación, pues las audiencias son generalmente privadas y no hay registro público; también es informal, pues no se aplican reglas de prueba estrictas; y flexible, en el sentido que un árbitro no está vinculado por el derecho ni por el precedente jurisprudencial; tiene amplia autoridad para dictar su decisión o laudo basado en los hechos únicos del caso.

El costo es bajo en la mediación, moderado en el arbitraje y alto en el litigio; tanto en el arbitraje como en el litigio la relación entre las partes es antagónica, mientras que en la mediación es de cooperación; la comunicación en el arbitraje y en el litigio está bloqueada y la tensión en ambos continúa;

---

la naturaleza es de carácter y efecto jurisdiccional público emergente de la propia ley que bajo determinadas circunstancias permite sustraer del conocimiento de los jueces la composición de un conflicto. Ver al respecto, CAIVANO, Roque J.: *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, pp. 91/104; ANDRADE, Daniel Alberto: "Procedimiento arbitral", *Juris*, t. 90, pp. 537/548.

[27] Salvo en el arbitraje de la última oferta, en que el árbitro no puede más que elegir la oferta final más razonable, sea de una o de la otra parte, lo que las obliga a intentar acercarse en lugar de alejarse, como cuando el árbitro parte diferencias. Así lo hacen GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.: *Dispute Resolution*, 1992, pp. 223/225.

35

muchas veces quien pierde, se resiste o apela para evitar el cumplimiento, el que en consecuencia deberá ser forzoso.

En la mediación hay compromiso, se afloja la tensión, hay mejor comunicación y generalmente se cumple espontáneamente el acuerdo.

El arbitraje generalmente se adecua mejor a algunas clases de disputas que a otras. Tiende a funcionar bien con casos que tienen una solución en "pesos y centavos". Los casos que involucran disputas interpersonales en que las partes desean preservar una relación, no son generalmente apropiadas para el arbitraje, sino para la mediación.

3.2. *Ombudsman* y mediación[28]

Las funciones del *ombudsman* son múltiples, por lo que —si bien debe mantener la imparcialidad— está obligado a intentar lograr un equilibrio en la solución misma, además de respecto del proceso. El *ombudsman* no sólo debe considerar el interés público, sino también el interés de todas las partes directamente involucradas en la disputa.

En cumplimiento de su deber de promover la eficiencia y equidad en los servicios públicos, el *ombudsman* puede reforzar el poder de alguna de las partes al promover investigaciones y averiguación de hechos. El *ombudsman* puede llegar a abogar por una solución que él recomienda y puede llegar a promover el cambio de determinadas políticas o la modificación de cierta legislación. Con ello puede ocurrir que no solucione el problema del individuo que inició un trámite o denuncia, pero que impida que algo similar le ocurra a otros, lo que excede el desenvolvimiento de otros terceros neutrales.

Por otra parte, los *ombudsmen* institucionales tienen un importante rol, inclusive formal, como mediadores.[29]

[28] MILLS, Michael P.: "Mediation vs. Ombudsmanry", en *Beyond Borders*, 1991 Proceedings - 19th Annual Conference, octubre 17-20, 1991, publicación de la Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas (Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR), pp. 98/100.

[29] KOLB, Deborah M.: *Labor mediators, managers and ombudsmen: roles mediators play in different contexts*, en KRESSE, Kenneth; PRUITT, Dean G. y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 96/99.

Capítulo VI

Orígenes históricos y desarrollos actuales de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD), especialmente de la mediación

SUMARIO: *1.* Panorama introductorio. *2.* Bases para la resolución alternativa, especialmente de la mediación. *3.* Algunos aspectos de la situación de la RAD en otros países. *3.1.* Estados Unidos. *3.2.* Canadá. *3.3.* Colombia. *3.4.* Brasil. *3.5.* Chile. *3.6.* Bolivia. *3.7.* Uruguay. *3.8.* Honduras. *3.9.* Francia. *3.10.* Italia. *3.11.* Suecia. *3.12.* Gran Bretaña. *3.13.* Alemania. *3.14.* España. *3.15.* Comunidades africanas. *3.16.* China. *3.17.* Japón. *3.18.* Australia. *3.19.* Nueva Zelandia.

1. *Panorama introductorio*

El concepto de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD) ofrece una nueva etiqueta para cubrir una gran gama de opciones a fin de intentar obtener solución a los conflictos apartándose del tradicional sistema judicial adversarial de los tribunales, lo que significa que estamos en presencia de una nueva terminología para tratar con un problema antiguo, ya que por distintas razones, siempre han existido segmentos de la sociedad que han preferido componer sus divergencias sin acudir al litigio judicial.

En su forma más rudimentaria, la mediación ha existido por siglos, pues en tanto hayan habido conflictos, han existido terceras partes involucradas para resolverlos. En su forma más reciente, la mediación ha surgido como parte de la amplia gama de métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD). Este movimiento incluye otros procesos tales como: arbitraje, juicio sumario por jurado y minijuicio.

El movimiento de RAD, con mecanismos básicos a los que se le han ido sumando nuevas técnicas, tiene más de dos décadas en los Estados Unidos, larga trayectoria en China, desarrollos en grado diverso en Francia, Inglaterra, Noruega, Nueva Zelandia, Canadá, entre otros. En Latinoamérica es Colombia uno de los primeros países que comenzó a trabajar en este campo alrededor de 1983 y hoy es uno de los más avanzados, al menos en el sector privado y con relación al arbitraje comercial y a la allí llamada "conciliación", que se asemeja bastante al modelo de mediación tal como es mayormente conocido.

Si bien en la mayoría de los países, preferentemente en las comunidades indígenas se practican formas de RAD y en los

sistemas normativos se regula generalmente la conciliación y el arbitraje, hasta hace pocos años no se tenía la visión global de este movimiento y de su importancia en la sociedad.

2. *Bases para la resolución alternativa, especialmente de la mediación*[1]

Si nos remontamos al significado que a la mediación le han atribuido los filósofos griegos, nos encontramos con que dicho concepto, era utilizado para aquellos supuestos en que tenían necesidad de encontrar un modo de relacionar dos elementos distintos. Mediación entonces, fue entendida como la actividad propia de un agente facilitador que era, a la vez, una realidad "intermedia". Decimos realidad intermedia por referirnos a aquel individuo que "mediaba" o "acercaba" dos elementos distintos.

Así, la idea de mediación subyace en la concepción de que hay intermediarios entre Dios y el alma. En el Cristianismo, Cristo es concebido como perfecto mediador.

Acercándonos un poco más en el tiempo, vemos que el concepto de mediación no ha variado demasiado.

En el campo del derecho internacional, la mediación es uno de los medios de solución pacífica de conflictos. Estos últimos, clasificados en diplomáticos, jurisdiccionales y coercitivos, incluyen a la mediación entre los primeros.

Los medios pacíficos de solución de conflictos consisten en todas aquellas medidas que no implican el estado de guerra.[2]

La mediación, como medio pacífico de solución de conflictos, consiste en la intervención de un tercero que, oficial u oficiosamente, se interpone entre las partes mediando entre ellas.

[1] Algunos de los conceptos que siguen han sido extractados del Anexo que acompañó el Ministerio de Justicia junto con el proyecto del decreto 1480/92, para fundamentar la necesidad del dictado de una normativa sobre mediación, titulado "La mediación como medio alternativo de resolución de conflictos".

[2] El concepto es más amplio que el de adversarial y no adversarial que utilizamos, considerando que los métodos adversariales no son en realidad pacíficos.

Se han dado casos de mediación en la antigüedad, se repiten y multiplican en la Baja y Alta Edad Media y continúan en las épocas posteriores.

La antigua sociedad ateniense solicitaba que los conflictos se dirimieran sin necesidad de recurrir al juicio, a cuyo fin encargaban a los Thesmotetas la disuasión y persuasión de los espíritus en crisis para avenirlos en transacción o compromisos arbitrales. Del derecho romano nos llegan los llamados jueces de avenencia, y de la época de Cicerón los juicios de árbitros que acudían a la equidad para resolver las disputas.[3]

En el mundo hispanoamericano existe una línea histórica de resolución alternativa de conflictos. A título de ejemplo, puede citarse el Tribunal de Aguas de Valencia,[4] España, que desde 1239 (o desde 1321 bajo el reinado de Jaime II) media entre los campesinos para regular el tipo de conflicto más importante de aquella región: el uso del agua. La huerta valenciana constituye una inmensa llanura con quintas, casas de labranzas, barracas y pueblos. La tierra fragmentada dio ejemplo patente de la actividad: laboreo durante el día, riego durante las noches; y la administración del agua estaba controlada por el Tribunal de las Aguas, el que se reunía (y se reúne todavía) una vez por semana (habitualmente los jueves al mediodía), en las puertas de la catedral de Valencia.

Dentro de América Latina, en Oaxaca, México, hay instituciones que regulan el conflicto popular y que son una afortunada combinación de procesos y culturas indígenas y castellanas. La idea zapoteca de "Balance" tiene un sentido muy especial: no es el "ojo por ojo", sino la búsqueda de lo que restablece el equilibrio entre las relaciones interpersonales.[5]

El concepto de mediación gana perfección con la Primera Conferencia de la Paz de La Haya, realizada entre el 18 de mayo y el 29 de julio de 1899, en la que tomaron parte los principales

[3] GOZAINI: ob. cit., *LL*, 1992-E-928.

[4] ÁLVAREZ, Gladys Stella: "En los zapatos del otro", en *Revista Libra*, nº 1, pp. 8/11; YUNGANO, Arturo R.; BLASCO, Ibáñez: "El Tribunal de las Aguas", *LL*, Actualidad, 20/4/93.

[5] ÁLVAREZ: ob. cit. en nota 4, en *Revista Libra*, nº 1, pp. 8/11.

Estados de la época. En el artículo 4º de la misma se estipula que "el papel del mediador consiste en conciliar las reclamaciones antagónicas y apaciguar los sentimientos de agravio que puedan haber surgido entre los Estados desavenidos".

Varios son los instrumentos interamericanos (resoluciones, actas, tratados) donde aparece esta figura jurídica, pero sin darse especial contenido a la misma.

Sin embargo, en el artículo XII del "Tratado Americano de Soluciones Pacíficas" se conceptúa la mediación estableciendo que: "Las funciones del mediador o mediadores consistirán en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable. El mediador se abstendrá de hacer informe alguno, y en lo que a él atañe, los procedimientos serán absolutamente confidenciales".

A nivel de las relaciones internacionales, el concepto de *mediación en la doctrina moderna*, se basa en una misma idea coincidente en todos los autores que la tratan. Según el criterio prevaleciente, consiste en la acción de una tercera potencia, destinada a obtener un arreglo entre dos Estados en litigio: el Estado mediador interviene en la negociación y propone una solución del litigio. Lo mismo ocurre cuando se trata de una persona, quien, a pedido de las partes, interviene en un rol activo preponderante, pues no sólo se limita al intento de acercamiento, sino que también asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones, que los interesados están en plena libertad de aceptar o no.[6]

Por el contrario, el concepto de conciliación implica la facultad de acercar a las partes y luego de escucharlas, emitir una decisión, proponiendo los términos de un acuerdo no vinculante, pues requiere el consentimiento de ambas partes para poder imponerse. Se utilizó este mecanismo en el comercio

[6] UZAL, María Elsa: "Solución de controversias en el comercio internacional", Buenos Aires, 1992, pp. 42/43; ALVARADO VELLOSO, Adolfo: "La conciliación", *LL*, 1985-D-1161/1162. Como se advertirá al leer la presente obra, especialmente cap. VIII, punto 4, la noción abarca aspectos que exceden de la mediación según nuestra concepción, e ingresan en el campo del arbitraje no vinculante.

internacional de la preguerra. Cuando fue creada la Cámara de Comercio Internacional, hace unos 70 años, se solía acudir a los Comisionados de los países miembros que formaban una Comisión administrativa, con sede en París, quienes aportaban su experiencia como abogados y hombres de negocios, a los que se les requería actividad conciliatoria. El sistema aún existe, a través de los miembros de la Corte de Arbitraje, quienes han tomado el lugar de los conciliadores honorarios.[7]

A su vez, existen convenciones internacionales sobre arbitraje comercial internacional, como el Protocolo de Ginebra de 1923, la Convención Internacional de Ginebra de 1927, la Convención de Nueva York de 1958, el Convenio de Washington de 1965, las que son universales; la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961, el Acuerdo de París de 1962 y la Convención Europea de Estrasburgo de 1966, las que se circunscriben a Europa; y los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, el Código de Derecho Privado (Código Bustamante de 1928), la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP I, Panamá 1975), la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias de 1991 suscripto dentro del marco del Mercosur, en el ámbito americano.[8]

Se encuentran, además, la Ley Modelo (CNUDMI o UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985; el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL); el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y su Corte de Arbitraje; y otros instrumentos generales como las Reglas de Arbitraje del Centro para el Arbitraje Internacional de la Comisión Económica para el Asia y Lejano Oriente de las Naciones Unidas o el

[7] UZAL: ob. cit. en nota 6. p. 43.
[8] UZAL: ob. cit. en nota 6. pp. 62/63.

37

Convenio de Moscú de 1972 sobre decisión por vía de arbitraje de los litigios derivados de relaciones de cooperación entre países del Consejo de Asistencia Económica Mutua (COMECON).[9]

La XXVII Conferencia de la Federación Interamericana de Abogados (Cartagena de Indias, mayo 1989) creó en el seno de la FIA, el Comité Internacional de Derecho Arbitral. Al año siguiente, la XXVIII Conferencia de la FIA (Washington, octubre 1990) definió al arbitraje como la figura jurídica para solucionar un conflicto entre partes sometiendo su decisión a un tercero imparcial que dicta un laudo definitivo sin recurrir a otra autoridad que la pueda modificar.[10]

3. *Algunos aspectos de la situación de la RAD en otros países*

Es evidente que el movimiento de Resolución Alternativa de Disputas se va extendiendo en el mundo a pasos agigantados. A modo de muestreo de lo que está ocurriendo en el mundo, sin la pretensión de ser exhaustivos, consignamos algunos datos a continuación:

3.1. Estados Unidos

Los primeros puritanos, los cuáqueros y los colonizadores holandeses utilizaron la mediación, el arbitraje y la conciliación para asegurarse el cumplimiento de los principios morales y las tradiciones de su grupo, acudiendo al sistema legal sólo como último recurso. Así, en 1636, los puritanos de Dedham, una comunidad local del sudeste de Boston, previeron un sistema informal de mediación. En Nueva Betherlan, los colonizadores holandeses establecieron una Junta de Nueve Hombres, para servir como mediadores amistosos y árbitros.

También los mormones, como los inmigrantes chinos que se establecieron en la costa oeste, los escandinavos en Minnesota y

[9] UZAL: ob. cit. en nota 6, p. 63.

[10] ANDRADE, Daniel Alberto: "Procedimiento arbitral", *Juris*, t. 90, pp. 537/548.

los judíos del lado este de Manhattan desarrollaron sus propios mecanismos comunitarios de resolución de conflictos, como reacción a la hostilidad que percibían de la sociedad externa.

El movimiento también se advierte en la historia comercial en áreas como los seguros marítimos, pieles y la industria de las sedas, en que las firmas tenían una relación estable y operaban regularmente entre ellas. Los propios comerciantes y las asociaciones de comercio establecieron canales privados para resolver sus diferencias. El arbitraje comercial nació en 1768 cuando la Cámara de Comercio de Nueva York instaló su manera de resolver conflictos de acuerdo a las prácticas, más bien que por los principios jurídicos. La mayoría de los Estados tiene leyes de arbitraje que siguen el modelo del Acta Uniforme de Arbitraje. También se utiliza el Acta Federal de Arbitraje para convalidar acuerdos de arbitraje.

En materia de conflictos laborales se desarrolló un esquema para evitar la violencia y las huelgas según el cual en 1913 el Congreso autorizó al Secretario de Trabajo para nombrar "comisionados de conciliación", a pesar de lo cual no se pudo evitar el autoritarismo y el uso de la fuerza. Entre 1930 y 1940 algunos Estados iniciaron servicios de mediación patrocinados por oficinas públicas. Durante la II Guerra Mundial el Congreso consideró que la lucha industrial era muy costosa para ser tolerada, y se establecieron procedimientos de quejas, arbitraje y otras innovaciones para solucionar los conflictos de la industria. En 1947 el Congreso creó una agencia independiente, a los que se someterían los conflictos laborales: el Servicio Federal de Mediación y Conciliación. La intervención del gobierno se limita a proporcionar servicios en numerosas agencias estatales de mediación, que suelen ocuparse de situaciones menos importantes y más localizadas; a su vez, el Directorio Nacional de Mediación tiene jurisdicción en las industrias de ferrocarriles y de aviación comercial.

Respecto de los demás supuestos en los cuales la mediación actúa como medio alternativo de solución de conflictos, desde fines de la década del 60 comenzaron a aparecer los llamados "centros comunitarios de mediación" en todos los Estados Unidos de América.

En los años 70 comenzó el énfasis en la discusión sobre los métodos extrajudiciales de resolución de disputas para aliviar la falta de acceso a los remedios propios de la sentencia por parte de los pobres y aun de la clase media, pensándose en proveer mecanismos más baratos y menos formales para decidir los conflictos. Por ejemplo, el presidente de la Corte Suprema estadounidense, Warren Burger, expresó en una conferencia acerca de la resolución de cuestiones de menor cuantía, que "la noción de que los ciudadanos comunes quieren jueces con toga negra, abogados bien vestidos y tribunales bien revestidos como marco para resolver sus disputas, no es correcta. La gente con problemas, lo mismo que la gente con enfermedades, quiere remedios, y los quiere lo más rápido y barato que sea posible".[11]

En mayo de 1975 se abrió en Florida,[12] en el condado de Dade, el primer Centro de Acuerdos de Disputa entre Ciudadanos. A continuación, se implementaron en otros condados los primeros programas de mediación.

En 1977 esta forma de mediación fue apoyada a nivel nacional, cuando el fiscal general patrocinó el establecimiento de tres "Centros de Justicia Vecinal modelos".

En 1978 se creó, en el ámbito del Estado de Florida, el primer Comité de la Suprema Corte estatal en Resolución Alternativa de Disputas, que recomendó, en su informe final, el desarrollo de un programa comprensivo de Mediación y Arbitraje para los tribunales de Florida. En 1987, se dispuso que tal legislación (capítulo 44) entrara en vigencia a partir del 1º de enero de 1988. El alcance de esta legislación colocó a Florida a la vanguardia de la mediación anexa a los tribunales.

Los aspectos singulares de esta legislación y las leyes que le siguieron incluyen:

[11] Burger fue Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos desde 1969 hasta 1986 y su constante trabajo en favor de la evolución y propuestas de cambio para mejorar la administración de justicia puede verse en BURGER, Warren E., *Delivery of Justice*, Minnesota, EE.UU., 1990.

[12] Para mayores detalles sobre la mediación en el Estado de Florida, ver TAPIA, Graciela: "El Estado de Florida. Un pionero que hizo historia", en *Revista Libra*, nº 3, pp. 13/19.

1) dar a los jueces amplia discreción en cuanto a la remisión de un caso a mediación, y
2) detallar los requisitos de capacitación y de certificación que deben reunir los mediadores.

A la Suprema Corte se le delegó la facultad de promulgar las normas de procedimiento que fueran necesarias para implementar el Estatuto. Se nombró un Comité de Reglamentaciones, y las normas proyectadas fueron posteriormente aprobadas por la Corte.

Se demostró interés adicional en esta materia cuando en 1986 se creó el Centro de Resolución de Disputas de todo el Estado de Florida, como programa conjunto de la Corte Suprema del Estado y la Facultad de Derecho de la Universidad del Estado. El Centro de Resolución de Disputas ejerce funciones de capacitación, educación e investigación y además provee de asistencia técnica y apoyo a los programas de Resolución Alternativa de Disputas anexos a los tribunales. El Centro ha provisto personas para las comisiones de la Suprema Corte (Reglamentos y Capacitación), ha patrocinado sesiones de entrenamiento en mediación y arbitraje, y ha coordinado congresos y talleres de Resolución Alternativa de Disputas. El Centro de Resolución de Disputas cuenta con una videoteca sobre varios tipos de Resolución de Disputas.

En 1980 el Congreso estadounidense convirtió en ley el Acta de Resolución de Disputas, a fin de brindar medios poco onerosos para solucionar conflictos menores. Se trata de una Ley Federal de Resolución de Disputas, que dispuso la elaboración de un programa de resolución de disputas dentro del Departamento de Justicia que, a su vez, crearía un Centro de Información para la Resolución de Disputas y un Comité Asesor, con la provisión de la ayuda financiera necesaria. El objetivo de este programa fue el desarrollo y la implementación de mecanismos para la resolución de disputas menores.

Algunos métodos que fueron surgiendo con mayor o menor éxito en su implementación son:

- mini-juicios;
- alquiler de un juez;
- mediación;

- arbitraje;
- negociación, y
- conciliación.

Si bien en un principio se sometieron a estas alternativas procesos menores, su campo de acción se ha visto en la práctica considerablemente ampliado y algunos de los conflictos que se someten a estos métodos son:

- disputas comerciales;
- mala praxis médica;
- accidentes de tránsito;
- familia;
- controversias laborales relativas a empleados públicos, y
- convenciones colectivas de trabajo.

En 1985, la Comisión Legislativa de Estudio de Resolución Alternativa de Disputas del Estado de Florida recomendó, en su informe final, el desarrollo de un amplio programa de mediación y arbitraje para sus tribunales.

Finalmente, en 1988, también en Florida, se otorgó sanción legal a la mediación y se implementaron programas de capacitación y asistencia técnica para mediadores.

En otros Estados, estos mismos programas reciben nombres como "centros de justicia vecinal" o similares donde trabajan voluntarios, en un ámbito comunitario, a efectos de ayudar a la gente a resolver sus diferencias. Hubo gran desarrollo en California (de los métodos de resolución en general, sin perjuicio de un específico crecimiento de la mediación familiar y comunitaria) y Texas (de la mediación en particular). También merece citarse la evolución de la mediación en el Estado de Virginia.[13]

De ahí en más, el desarrollo fue imponente, extendiéndose a la materia ambiental, de salud pública, del consumidor, etcétera.

Comenzó también la enseñanza de RAD en las Facultades de Derecho, en las escuelas secundarias y en las primarias. Se

[13] Al respecto, remitimos a D'Alessio, Damián: "El Estado de Virginia: Servir para la paz", en *Revista Libra*, nº 4, pp. 22/27.

establecieron sociedades y asociaciones profesionales en resolución de disputas.

En los años 90 se puso el énfasis en institucionalizar e incorporar a la legislación la RAD y el Congreso impuso a los tribunales federales la obligación de designar una comisión para estudiar los modos de implementar el uso de los métodos alternativos. Los empresarios de la industria y el comercio también están exigiendo a sus profesionales resolver sus desavenencias a través de estos mecanismos.

Al tiempo presente hay multiplicidad de programas públicos y privados, institucionales e independientes, referidos a la resolución de conflictos en todos los Estados. A nivel privado merece mención el Centro de Recursos Públicos (CPR) patrocinado por los abogados de las más grandes empresas y sostenido por éstas. Existen 400 organizaciones institucionales dedicadas al arbitraje, de las que vale nombrar a la American Arbitration Association (AAA) de nivel nacional.

3.2. Canadá

En materia laboral, se prohíben las huelgas y los cierres patronales hasta que las partes hayan agotado las posibilidades de mediación y hayan sometido, además, su caso a un comité de conciliación especial nombrado por las autoridades federales.

En materia familiar, existen servicios de mediación. Así, en Quebec se trabaja seriamente en ello desde los años 70. El principio de mediación familiar está reconocido a nivel federal y provincial, aunque la legislación hace por primera vez referencia a la mediación en la Ley Federal de Divorcio de 1985. El tema está en continua evolución y análisis a fin de mejorar el sistema. Se trata de un esquema multidisciplinario, basado en el modelo de los Estados Unidos.[14]

También se acude a otros métodos como el arbitraje y los expertos neutrales.

[14] LAURENT-BOYER, Lisette: *La médiation familiale*, Quebec, Canadá, 1992.

3.3. Colombia[15]

El Congreso Nacional de Colombia, a través de la ley 23 del año 1991, creó una serie de mecanismos, que actúan como alternativos a la justicia, tendientes a descongestionar la tarea de esta última.

Los llamados Centros de Mediación (contemplados en la citada ley), están bajo control del Ministerio de Justicia. Éste autorizará el funcionamiento de centros dentro de asociaciones, agremiaciones y Cámaras de Comercio. Asimismo, si a juicio del Ministerio de Justicia, las actividades de mediación no cumplieran con los requisitos y objetivos legales, o se cometieran faltas a la ética, podrá suspender las facultades mediadoras de los centros.

La ley obliga a los consultorios jurídicos de las Facultades de Derecho a organizar su propio Centro de Mediación, donde el servicio prestado deberá ser gratuito. A su vez, se determina un contenido mínimo obligatorio de los reglamentos internos y se establece la necesidad de capacitación de los mediadores. Al respecto se establece que deberán ser abogados titulados, con una capacitación especial obtenida a través de la asistencia a cursos preparados a ese efecto.

En cuanto a las materias comprendidas en la mediación, se dispone que pueden someterse a la misma todas aquellas que sean susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.

En lo que se refiere al trámite, es confidencial. La asistencia letrada no es obligatoria y el procedimiento se inicia llenando las partes un formulario ante el Centro de Mediación. Dentro de los dos días hábiles de la presentación, se nombrará mediador y se citará a las partes a una audiencia. En la audiencia, el facilitador interrogará a las partes para establecer los hechos en conflicto y avenirá a las mismas al logro de un acuerdo.

Existe, en el ámbito de la ley colombiana, otro tipo de mediación, más informal, denominada mediación comunitaria. Ésta consiste en la posibilidad que se les da a los jueces de elegir,

[15] Para mayores detalles, ver D'Alessio, Damián: "La mediación en el mundo. Colombia". *Revista Libra*, nº 1, pp. 26/30.

39

de una lista que se presenta a su consideración, los mediadores, que actuarán conforme equidad. El ejercicio de dicha función será gratuito y el facilitador deberá contar con una capacitación especial. El ámbito de actuación es el mismo que en el otro tipo de mediación: materias susceptibles de transacción, desistimiento o conciliación.

En todos los campos del derecho hay conciliación previa obligatoria desde 1989 en que se modificó el Código Procesal.

3.4. Brasil[16]

El sistema brasileño de conciliación tiene dos instancias:

1) *Prejudicial:* Instrumentado a través de los Consejos de Conciliación facultados para dar adecuado cauce a las "pequeñas causas" de tipo patrimonial, mediante la institución de la conciliación y en caso de no tener éxito, la proposición del arbitraje.
2) *Judicial:* A través de tribunales de la justicia ordinaria para procesos de reducido valor económico (derechos patrimoniales cuyo monto no exceda los 20 salarios mínimos). En este ámbito están en juego los principios de oralidad, simplicidad, informalidad y economía procesal y se tiene en mira lograr siempre la conciliación.

En ese país, los jueces, los conciliadores y los árbitros son los encargados de resolver estos conflictos. El primero, dirige el pleito con amplias libertades para admitir las pruebas y apreciarlas, debe adoptar la decisión más ecuánime atendiendo a los fines sociales de ley y a las exigencias del bien común. Los conciliadores son auxiliares de la justicia y los árbitros son abogados colegiados.

3.5. Chile

Se ha previsto en la legislación el arbitraje forzoso para asuntos comerciales y el arbitraje voluntario.[17]

[16] ANDRADE: ob. cit. en nota 10, *Juris*, t. 90, pp. 537/548; HITTERS, Juan Carlos: "La conciliación prejudicial o preventiva", *ED*, 145-952/958.

[17] Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas. Buenos Aires, noviembre 1993. Informe de Taller nº 1.

El arbitraje en el campo institucional se halla encargado a la Cámara Central de Comercio y, desde 1968, a la sección chilena de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, las que constituyeron la Confederación de la Producción y del Comercio y someten a arbitraje los litigios mercantiles.[18]

Asimismo, organismos tales como el Servicio Social de la Mujer, Servicio Social del Menor, la Comisión de Derechos Humanos y la Comisión de Derechos del Pueblo realizan mediación, que luego es volcada en escritura pública. Asimismo, hay jueces vecinales que resuelven conflictos que no son judiciales mediante mediación.[19]

3.6. **Bolivia**[20]

Bolivia está avanzando en la implementación de la conciliación, que tiene reconocimiento constitucional. Y tanto los funcionarios públicos como los jueces tienen tareas conciliadoras, así como también vecinos relevantes dentro de ciertas comunidades, controlados por el Estado, a cuyo cargo está también la capacitación de los individuos que trabajan en los centros de conciliación. Existen planes de mediación en comunidades indígenas, habiéndose comenzado a estudiar los métodos de resolución de conflictos desde abajo, desde la comunidad, a fin de averiguar cómo es que el grupo resuelve sus problemas y qué necesidades tiene. Se propone un análisis sociológico de la población, con el objetivo de ver qué actitud hay frente a las instituciones, ver el grado de religiosidad de las comunidades, qué tipo de confianza hay en los líderes propios. Ello en tanto, en la organización social de Bolivia, existe una suerte de respeto hacia ciertas personas reconocidas en pequeñas comunidades o barrios, por lo que, sin tenerla sistematizada, la mediación existe en tales comunidades, a

[18] ANDRADE: ob. cit. en nota 10, *Juris*, t. 90, pp. 537/548.

[19] Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas, Buenos Aires, noviembre 1993, Informe de Taller nº 1.

[20] Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas (nota 19) y datos recogidos por los autores en visita a Bolivia.

través de estos líderes que acercan a las partes para que resuelvan sus problemas.

Gran cantidad de habitantes, fundamentalmente de extracción rural, presenta un alto grado de informalidad, sin acceso a los sistemas jurídicos por los mecanismos habituales, por lo que tiene que buscar sus formas de lograr justicia y lo hace según la tradición de tipo aimará, en la cual hay formas de mediación y conciliación de 700 años atrás que se están utilizando. Por ejemplo el padrinazgo, forma en que el padrino de un matrimonio participa claramente en la solución de los problemas sin imponer ninguna posición. Simplemente reúne a las partes a nivel de familia y ayuda a solucionar los problemas. O las juntas de vecinos, que participan en la solución de los problemas comunitarios buscando conciliaciones o mediaciones.

Ciertas organizaciones están trabajando con la comunidad, habiéndose desarrollado una serie de centros comunitarios, donde hay diferentes servicios y ahora se está intentando prestar un servicio adicional de mediación, mas no exclusivamente con personas profesionales del campo jurídico, sino con líderes de la comunidad juntamente con profesionales. Se entiende que tienen que participar los líderes naturales de la comunidad, que son los que tienen acceso a la población, quienes serán capacitados en mediación y conciliación; contarán con asesoramiento y capacitación de profesionales o estudiantes universitarios de cursos superiores. Esta simbiosis permitirá llegar a la comunidad. La promoción de los centros se debe hacer en las ferias, donde se reúne la gente una o dos veces a la semana, porque muchos ni siquiera tienen el nivel suficiente para escuchar radio o leer un folleto.

Está aceptado que el tema de los medios alternativos en Bolivia es uno nuevo, por lo menos en la forma actual de su tratamiento. Al respecto, se ha llegado a una fase de planteamiento de un instrumento legal que permita regular el tema de los medios alternativos de una manera integral. El Ministerio de Justicia ha concluido la tarea de revisión y formulación de un anteproyecto de ley de arbitraje, conciliación, mediación y otros medios alternativos, a fin de lograr establecer un tratamiento

normativo con respecto a los distintos métodos y procedimientos de resolución alternativa de conflictos.

Las Cámaras de Comercio, que son referentes institucionales muy sólidos en el país, han concentrado la actividad de actualizar la tarea a partir de sus centros de arbitraje y conciliación.

Se está trabajando con las Universidades de Derecho, para sembrar la idea de los medios alternativos.

3.7. Uruguay[21]

El sistema uruguayo se asienta en dos pilares sobre los que se ha construido la conciliación, que son los jueces y los abogados, fundamentalmente los jueces de Paz. Por otra parte, los abogados acostumbran llevar a cabo las negociaciones para llegar a una conciliación.

En el Uruguay rige el Código General de Proceso, que es la puesta al día para el país, del Código Tipo para América Latina. Establece normas por las que no sólo en los procesos judiciales, sino también en los arbitrales, debe llevarse a cabo la conciliación previa de manera obligatoria.

3.8. Honduras

Honduras está trabajando sobre la posibilidad de implementar la mediación comunal, para lo cual ha efectuado una consulta popular, de la que ya están estudiándose los resultados; a partir de lo que la misma comunidad proponga o necesite, se implementarán métodos alternativos.[22]

3.9. Francia[23]

Los antecedentes de este país datan de la figura del *ombudsman*, personaje que actúa como tercero mediador entre

[21] Citado en nota 19.
[22] Citado en nota 19.
[23] Al respecto, ver SANTI, Andrea Mariana: "La mediación en el mundo. Francia", *Revista Libra*, nº 2, pp. 24/27.

40

los particulares y los distintos organismos estatales. Esta institución data del año 1973 en que se dictó una ley instituyendo el Mediador de la República, la que fue complementada y modificada en 1989 y 1992.

Actualmente, la figura de la mediación ha desbordado el ámbito administrativo, penetrando —informalmente hasta el momento— en el procedimiento civil, mas se están haciendo serios análisis sobre la potencialidad de su utilización en materia penal.

El primer ámbito donde se comenzó a desarrollar la mediación es el del Derecho del Trabajo. En el año 1955, la mediación fue instituida con el fin de regular el límite de los salarios y la renovación y creación de las convenciones colectivas. Más adelante, en 1957, se extendió a todo tipo de conflictos colectivos.

En Francia funciona desde 1977 la figura del conciliador vecinal, que actúa en forma unipersonal, en calidad de simple vecino, designado por el presidente del Tribunal Regional de Apelaciones.

Un proyecto de ley[24] instituye la mediación para la jurisdicción civil en general, siendo su único límite la exclusión de asuntos penales. Puede aplicarse tanto en primera instancia como en grado de apelación.

El juez deberá evaluar el tipo de hipótesis en la que puede decidir emplearla, conforme su experiencia judicial.

Uno de los principios generales rectores del procedimiento civil es el que prescribe que el juez debe buscar la conciliación de las partes cuando sea posible. Por ello, la mediación se inscribe dentro de estos principios, habilitándose al juez para que, con el acuerdo de las partes, designe a una persona a su elección para que actúe como mediador entre ellas.

En cuanto a las cualidades que debe reunir el mediador, cabe destacar que la doctrina francesa es bastante rigurosa al respecto, no sólo con las de índole intelectual, sino también con

[24] Lamentablemente, ignoramos, al tiempo de la presente publicación, si ha logrado actualidad y vigencia legislativa.

las de carácter moral y ético. Asimismo es imprescindible la independencia, prudencia, mesura y conducta intachable del mediador.

3.10. Italia

De acuerdo al decreto del año 1923, el Reino de Italia administraba justicia por medio de conciliadores y pretores, además de los tribunales. Luego se mantuvieron las figuras, existiendo por lo menos un conciliador en cada comuna.[25]

La mediación es casi desconocida en Italia, aunque comienza a utilizarse en materia familiar. Así, en la comuna de Milán comenzó a trabajar un equipo de expertos en divorcio, para constituir un centro público de asistencia y de mediación en la separación para casos de alto riesgo.[26]

3.11. Suecia

Suecia es el país de donde se ha tomado en el mundo la figura del *ombudsman*, que desde 1809 interviene en favor de los ciudadanos a efectos del control de distintos organismos estatales.

Los procedimientos de solución de conflictos laborales constituyen el caso de máximo recurso a procesos privados de decisión y mínima intervención del gobierno. Los conflictos sobre las condiciones de los convenios colectivos no están regulados por ley, excepto en cuanto a que pueden participar en la negociación mediadores por propia iniciativa. Suecia cuenta con un Tribunal Laboral que tiene jurisdicción para interpretar los convenios colectivos y para decidir sobre supuestas violaciones. Nunca se ha recurrido mucho al Tribunal Laboral; el número de casos, absorbidos por la mediación, descendió de 103 en 1945 a 39 en 1960.

[25] ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1962, t. I, pp. 156/167.

[26] RONFANI, Paola: "Nuovi modelli di regolazione del conflitto fra i coniugi. La mediazione nella separazione e nel divorzio", *Sociología del Diritto*, nº 3, 1989, pp. 85/139.

3.12. Gran Bretaña

El arbitraje comercial se implementó en Inglaterra desde tiempos inmemoriales.

Gran Bretaña ha instrumentado procedimientos de arbitraje para la resolución de litigios de escasa cuantía, entre consumidores o usuarios y comerciantes a través de los County Courts y organizaciones particulares instrumentadas por las Asociaciones Profesionales.[27]

Asimismo, ha aparecido la mediación en el ámbito industrial; y aunque no se la utiliza en medios comunitarios, se ha innovado recientemente en cuestiones de divorcio en que se ha visto influenciada por la teoría sistémica. Asimismo, se han adoptado técnicas de mediación en los servicios de custodia de condenados penales.[28]

Un indicio del auge del tema surge de que en 1990 se creó en Londres el Centro para la Resolución de Disputas. Este centro se define a sí mismo como "una organización independiente sostenida por asesores profesionales e industriales, y fundada para promover y alentar una resolución comercial más eficaz de las disputas".[29]

3.13. Alemania[30]

En la República Federal Alemana existían instituciones de arbitraje creadas a la luz de la ley de competencia desleal, así como oficinas de conciliación y arbitraje en las Cámaras de Comercio e Industria y en las diferentes asociaciones sectoriales y organizaciones profesionales.

[27] ANDRADE: ob. cit. en nota 10, *Juris*, t. 90, pp. 537/548.

[28] *Dispute Resolution Forum*, publicada por el National Institute for Dispute Resolution, octubre 1989.

[29] ACLAND, Andrew Floyer: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990, p. 34.

[30] ANDRADE: ob. cit. en nota 10, *Juris*, t. 90, pp. 537/548.

3.14. España

Ya el Tribunal de Aguas de Valencia, media desde 1239 entre los campesinos para regular el conflicto suscitado por el uso del agua. Aun hoy, los días jueves, se puede presenciar su funcionamiento y comprobar que está constituido por personas del pueblo respetadas por todos.[31]

La conciliación encuentra antecedentes en las ordenanzas de Burgos y Sevilla (siglo XVI), las cuales la consagraron con carácter voluntario y preventivo para temas comerciales; y luego fue obligatoria en las ordenanzas de Bilbao (1737), Burgos (1776); el texto luego pasó a la Novísima Recopilación, de acuerdo al siguiente tenor: *"Cuando cualquiera persona compareciere en este tribunal a intentar alguna acción, mando que no se le admita ni pueda admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que primero el Prior y Cónsules hagan comparecer ante sí a las partes y oyéndolas verbalmente sus excepciones y defensas, procuren ajustar el pleito y diferencia que hubiere con la mayor brevedad; y no pudiéndolo conseguir, les admitirán sus peticiones por escrito"*. Texto similar se reproduce en las normativas posteriores hasta el Real decreto de 1827, que no obstante incorpora la figura. De ahí en más comienza una suerte de evolución hacia la obligatoriedad de la conciliación, que se plasma en la Constitución de 1812, que veda toda actuación judicial sin que conste fehacientemente que se ha intentado el medio de la conciliación. Dados los resultados poco satisfactorios del acto de conciliación, en 1984 se le ha dado el carácter facultativo.[32]

Por su parte, la exposición de motivos de la Ley de Arbitraje de 1953 comienza con una introducción en la que el legislador aparece delineando el rol que toca desempeñar al arbitraje

[31] ÁLVAREZ: ob. cit. en nota 4, en *Revista Libra*, nº 1, pp. 8/11; LEDERACH, John Paul: "La regulación del conflicto social: Un enfoque práctico". Akron, EE.UU., 1986.

[32] ALVARADO VELLOSO: ob. cit. en nota 6, *LL*, 1985-D-1159/1173, quien aclara que la Constitución quedó nula en 1813 cuando un Tratado permitió la vuelta de Fernando VII. A la muerte de Fernando VII se vuelve al régimen de la conciliación obligatoria.

41

dentro del contexto de la administración de justicia.[33] España cuenta, desde 1988, con una Ley de Arbitraje que sustituyó el régimen jurídico anterior, que se consideraba concebido para el derecho civil, mas no para el derecho mercantil y menos aún para el tráfico internacional. Introdujo novedades tales como la eliminación de la distinción entre el contrato preliminar de arbitraje y el compromiso; el principio de libertad formal en el convenio arbitral; la consagración legislativa del principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio de un negocio jurídico principal; y sobre todo, la posibilidad de que las partes defieran a un tercero el nombramiento de los árbitros, incluso, la organización del sistema arbitral. Se dota de un amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad de gran parte del procedimiento arbitral, pero se adoptan las cautelas lógicas frente a la posibilidad de situaciones de desigualdad contractual en las que puedan encontrarse las partes. Se respetan los principios de audiencia, de contradicción y de igualdad.

También se ha comenzado a trabajar en mediación, por lo menos en el área familiar.[34]

3.15. Comunidades africanas[35]

En el continente africano existe una gran preferencia en favor de la conciliación no contenciosa, como resultante de la contextura sociológica y de la influencia religiosa del derecho musulmán.

En algunas partes de África existe la costumbre de reunir en asamblea o junto al vecindario, lo que ha constituido un mecanismo informal para la resolución de una serie de desavenencias interpersonales. Cualquier contendiente o vecino

[33] CAIVANO, Roque J.: *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, p. 36.

[34] De ello dio cuenta BUSTELO, Daniel, al presentar su libro *La mediación familiar interdisciplinaria*, Madrid, 1993, en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

[35] ANDRADE: ob. cit. en nota 10. *Juris*, t. 90, pp. 537/548; HITTERS: ob. cit. en nota 16, *ED*, 145-952/958; FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, 1992, p. 22.

puede convocar a la asamblea, en la que una personalidad respetada actúe como mediador para ayudar a los involucrados a resolver el conflicto de manera cooperativa. El papel del personaje y la tradición de la asamblea pueden variar de una comunidad a otra, pero todas parecen buscar la conciliación sin un juez o árbitro ni el uso de sanciones.

En tiempos más modernos, la mediación ha servido al proceso de democratización de Sudáfrica.

3.16. China[36]

La situación en este país se torna más peculiar debido a la superpoblación que se traduce en una multiplicación de los conflictos.

En la antigua China, la mediación era el principal recurso para resolver desavenencias. Según Confucio, la resolución óptima de una desavenencia se lograba a través de la persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción, con la noción de una armonía natural en las relaciones humanas que no debía interrumpirse.

Con este antecedente, es razonable que gran cantidad de litigios y causas criminales leves se resuelvan en China por mediación, sin recurrir al tribunal. El trabajo de mediación, forma ya parte del sistema legal chino, pues se concede gran importancia a la autodeterminación y a la mediación para resolver todo tipo de desavenencia.

Existen los llamados Comités de Mediación o Comités Populares de Conciliación, que constan de cinco a once miembros, creados en 1954 por el Consejo de Asuntos Administrativos. La mediación se efectúa, conforme a la política y los decretos del Gobierno Popular, con el consentimiento de las partes y sin imponerse a ninguna de ellas, ya que no constituye

[36] Los conceptos que siguen han sido extractados del Anexo que acompañó el Ministerio de Justicia junto con el proyecto del decreto 1480/92, para fundamentar la necesidad del dictado de una normativa sobre mediación, titulado "La mediación como medio alternativo de resolución de conflictos"; y FOLBERG y TAYLOR: ob. cit., pp. 21/22.

un procedimiento indispensable de la demanda. El Tribunal Popular tiene derecho a corregir o anular la decisión del Comité de Mediación que contravenga a los decretos del gobierno. La tarea de los comités consiste en reconciliar los pleitos civiles generales y causas criminales leves, y difundir la política, las leyes y los decretos durante su labor. La mediación se realiza gratuitamente, en el tiempo libre.

Hace mucho tiempo que los trabajadores chinos sostienen la tradición de resolver sus disputas por este medio. Esto tiene su explicación en que, en la vieja sociedad, el gobierno y los tribunales no tenían políticas de protección de los derechos de los trabajadores y, por ello, éstos preferían recurrir a parientes, amigos o personas que veían como imparciales, en vez de a los tribunales, para solucionar sus diferencias.

La tercera reunión nacional sobre la labor judicial, que se celebró en 1953, decidió establecer y perfeccionar la organización de la mediación en todo el país.

En cuanto a la capacitación de los mediadores, existe la figura del asistente judicial, que trabaja bajo la dirección de la oficina y el tribunal distrital. Este funcionario tiene por tarea cooperar en el establecimiento y perfeccionamiento de las organizaciones de mediación; entrenar al personal de los comités destinados a esta actividad, y orientar su trabajo. Los comités pueden estar integrados por amas de casa, obreros, jubilados, etcétera.

Una vez a la semana, el asistente judicial convoca a una reunión de los Comités de Mediación, para darles explicaciones sobre leyes y decretos, y estudiar problemas relativos a las funciones del mediador. Después de estudiar así las políticas y las leyes, los miembros de los comités las difunden entre los habitantes.

Las estadísticas existentes en relación al funcionamiento de la mediación no son demasiado completas, pero sirven para dar una idea aproximada de la realidad.

En China, existen 810.000 Comités de Mediación, con 5.750.000 integrantes, que reconciliaron 6.120.000 casos, alrededor de 10,8 veces el número de causas civiles vistas por los tribunales populares durante ese mismo período. Por ejemplo,

en el distrito de Naukai, los pleitos civiles mediados disminuyeron de 4.235 en 1977 a 2.216 en 1980, con una población de 510.000 personas.

Hacia fines de 1988, China tenía más de 1.002.600 organizaciones de mediación y 6.370.300 mediadores. Entre los años 1981 y 1988 el mecanismo de la mediación permitió la resolución de un total de 57.559.100 disputas civiles.

En cuanto a las materias sujetas a mediación, los casos más comunes incluyen querellas entre vecinos, desavenencias entre suegra y nuera, diferencias conyugales y posibilidad de divorcio por motivos impulsivos, negativa de los hijos a sustentar a sus padres ancianos, conflictos relativos a bienes inmuebles, etc. Es interesante destacar que, una vez que las partes se ponen de acuerdo en someterse a mediación, ésta puede ser implementada en cualquier etapa del procedimiento civil.

La mediación en China no es obligatoria, salvo para el caso de divorcios; además, no puede ir contra la ley y, si no tiene éxito, se dicta sentencia inmediatamente. Si la mediación da resultado y las partes llegan a un acuerdo, los tribunales deben redactar los términos del mismo, que obtiene fuerza legal inmediata.[37]

3.17. Japón [38]

La conciliación y la mediación tienen una rica historia en la ley y las costumbres japonesas. A tal punto la tradición de conciliación está imbuida en la vida del japonés, que en su momento se esperaba que el líder de una población ayudara a los miembros a resolver sus desavenencias y las disposiciones legales para la conciliación de los conflictos son anteriores a la Segunda Guerra Mundial.

En el Japón, un tercio de los casos litigiosos son resueltos en la instancia conciliatoria. Y, aunque ya están en decadencia,

[37] Un buen ejemplo de mediación en China, con sus propias características que la diferencian de otros modelos conocidos, puede verse en la película "Kuiu Ju, una mujer china".

[38] HITTERS: ob. cit. en nota 16. *ED*, 145-952/958; ANDRADE: ob. cit. en nota 10, *Juris*, t. 90, pp. 537/548; FOLBERG y TAYLOR: ob. cit. en nota 35, pp. 21/22.

42

también hay comisiones de conciliación que tienen como misión escuchar a las partes y sugerir una adecuada solución.

3.18. **Australia**

La Corte Federal de Australia tiene un programa de resolución de disputas asistido. Quienes sean parte en los procesos pueden utilizar varios mecanismos anexos a los tribunales para resolver su caso antes de la audiencia oral y pública.

El programa comprende una experiencia piloto de evaluación neutral anticipada conjunta con el Colegio de Abogados, además de procedimientos de mediación y arbitraje, a los que se agrega la necesidad de asistir a audiencias de conciliación ante los jueces o funcionarios especiales.[39]

Asimismo, se ha creado recientemente el Centro Australiano para las Disputas Comerciales.[40]

3.19. **Nueva Zelandia**[41]

Los tribunales de familia han tendido a cambiar el clásico sistema adversarial por uno predominantemente conciliador, a cuyo fin existen previsiones especiales tendientes a minimizar los conflictos familiares, recurriéndose a la mediación, opción que tiene una particular aplicación en las cuestiones de tenencia de hijos. Se considera adecuada la presencia de los abogados y de un profesional de la salud mental en el proceso de mediación, particularmente a fin de disminuir el conflicto parental; como así también es preferible el trabajo de un equipo multidisciplinario, con asistencia psicológica a la familia involucrada, debiendo el mediador tener conocimientos de terapia familiar.

[39] El material nos ha sido suministrado directamente por colegas pertenecientes al Poder Judicial de Australia que participaron juntamente con nosotros en los cursos de Mediación de la Universidad de Harvard.

[40] ACLAND: ob. cit. en nota 29, p. 34, quien indica que el Centro resolvió, con éxito, 139 casos de los 149 que se le presentaron.

[41] Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Abogados de Familia (ADEFA), "La mediación familiar y el decreto 1480/92", *JA*, nº 5862, 5/1/94.

Capítulo VII

Desarrollo de la Resolución Alternativa de Disputas (RAD), especialmente de la mediación en la Argentina

SUMARIO: *1.* Métodos utilizados en la Argentina. *2.* El arbitraje. *2.1.* El arbitraje en los Códigos Procesales. *2.2.* El arbitraje en ámbitos privados. *2.3.* Futuro del arbitraje. *3.* Antecedentes de la mediación. *4.* El Plan Nacional de Mediación del Ministerio de Justicia. *4.1.* Presentación del Plan. *4.2.* Capacitación y difusión de la mediación. *4.2.1.* En la Capital Federal. *4.2.2.* En el interior. *5.* El decreto 1480/92 del Poder Ejecutivo. *5.1.* Dictado del decreto. *5.2.* Declaración de la mediación de interés nacional. *5.3.* Principios básicos de la mediación según el decreto 1480/92. *5.4.* Creación de un cuerpo de mediadores. *5.5.* La experiencia piloto de mediación. *5.6.* Encomienda al Ministerio de Justicia para la formulación de la normativa pertinente. *5.7.* Delegación en el Ministerio de Justicia de la formulación de un programa nacional de mediación. *5.8.* Invitación a las provincias. *6.* Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas.

1. *Métodos utilizados en la Argentina*

En principio, hasta hace muy poco solamente se conocían en el país los clásicos métodos adversariales de resolución de conflictos, habiéndose acudido por excelencia a la adjudicación por resolución judicial.

Al lado del sistema judicial yace dormido el arbitraje, método conocido pero poco utilizado.

Recientemente se ha introducido la mediación que ha ganado rápido predicamento.

Si bien la población todavía no tiene demasiada información sobre los métodos alternativos de resolución de conflictos, de acuerdo a una reciente encuesta,[1] al indagar sobre el acuerdo/desacuerdo de la población con algunos de los principales aspectos de la reforma judicial, se advierte un acuerdo altamente mayoritario para los tribunales vecinales y la mediación (73 %), lo que está conforme con la noción de concentración, transparencia y desburocratización que lleva implícita la incorporación de la resolución alternativa de conflictos, dejando al juez libre para hacer su tarea en cuanto sea verdaderamente necesaria, lo que, a su vez, descongestiona a los tribunales y les da mayor eficacia en su quehacer.

2. *El arbitraje*

2.1. El arbitraje en los Códigos Procesales

Si bien el mecanismo del arbitraje tiene ciertas dificultades prácticas en su utilización, era ya tradicionalmente conocido en

[1] Realizada por el Instituto Gallup de la Argentina.

la Argentina por estar incluido en los Códigos Procesales. El arbitraje ha sido receptado normativamente en su forma tradicional en el Código Procesal como un procedimiento extrajudicial. El laudo es obligatorio para las partes y ejecutable judicialmente; es susceptible de revisión judicial mediante impugnación de nulidad. Dado que es el árbitro el que decide la disputa luego de un proceso y conforme a normas jurídicas de fondo, esta forma de resolución de conflictos es similar a la sentencia judicial en cuanto a su carácter adversarial. Cuando los árbitros pueden decidir según sus propias convicciones dentro del concepto amplio de justicia y equidad se los llama en nuestro Código, "amigables componedores". Las partes pueden firmar un "compromiso arbitral" y convenir qué procedimiento lo regulará. Si nada se establece, se rige por el Código Procesal.

2.2. El arbitraje en ámbitos privados

En el sector privado, la Bolsa de Comercio de Buenos Aires, cuenta con un Tribunal General de Arbitraje.[2] Funciona desde 1962, como tribunal de arbitraje permanente, con un procedimiento preestablecido, en el que el nombramiento de árbitros es ajeno al poder político; su funcionamiento estructural proviene del campo privado y cuenta con tres árbitros permanentes elegidos por concurso. Actúan como arbitradores amigables componedores, pero son profesionales.[3]

Como es habitual en los arbitrajes, el tribunal debe procurar un avenimiento en una audiencia especialmente convocada luego de contestada la demanda. Es obligatoria la presencia de por lo menos dos de los árbitros en la audiencia. Si la conciliación no se logra, en el mismo acto las partes deben presentar los puntos controvertidos y comunes. El director del procedimiento tiene facultades para rechazar los que le sean ajenos a las cuestiones planteadas.

[2] VERGARA DEL CARRIL, Ángel D.: "El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio", *ED*, 131-919/920.

[3] Aunque no excluyente, el título de abogado ha predominado.

El patrocinio letrado no es obligatorio, pero la experiencia indica que siempre ha existido.

En cuanto a los costos, la retribución de los árbitros está a cargo de la Bolsa de Comercio (no hay entonces honorarios arbitrales) y el arancel de demanda, es del 1 ó 2 % del monto cuestionado, según el caso.

Si bien este tribunal tuvo auge alrededor de 1970, el número de casos nunca fue significativo; batió el record en 1980 con 40 casos, cuya tramitación insumió entre 8 meses y 2 años; hoy la actividad es mínima.

No obstante, en estos últimos años, debido a la crisis judicial, se han creado nuevos tribunales arbitrales tales como el del Colegio Profesional de Ciencias Económicas, el de la Cámara de la Propiedad Horizontal o el de la Unión Industrial, además del perteneciente al Colegio Público de Abogados.

También la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y el Colegio de Escribanos de la Capital Federal han instalado un Tribunal General de Arbitraje y Mediación dotado de un preciso reglamento y de instalaciones para su funcionamiento.

Últimamente, varios estudios jurídicos o empresas privadas han comenzado a publicitar servicios de arbitraje.

Probablemente ello constituya una respuesta a las necesidades, en tanto algunos consideran que el arbitraje está haciendo avances,[4] ya que aunque no haya aumentado el número de casos sometidos a él, se está en una etapa previa de inclusión de cláusulas arbitrales en los contratos, lo que hace suponer que los juicios arbitrales no tardarán en llegar.[5]

[4] A título de ejemplo, cabe recordar que la Dirección de Capacitación y Comunicación del Ministerio de Justicia organizó un seminario que se llevó a cabo en agosto de 1991, sobre el modo de implementar el arbitraje en pequeñas causas con la colaboración por parte de abogados en ejercicio profesional, que dedican ciertas horas semanales a tal actividad. Asimismo, convocó a abogados interesados en realizar cursos de arbitraje, los que tuvieron gran éxito.

[5] Así lo afirma Cayano, Roque J.: "El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual", *LL*, 25-2-94.

2.3. Futuro del arbitraje

Pese a ello, hasta el momento, la actividad es casi nula, por lo que podría decirse sin temor a equivocarse que hasta el presente, el arbitraje no ha funcionado, y es necesario remozarlo e incorporar nuevas formas.

Se ha dicho respecto del desarrollo del arbitraje tanto nacional como internacional:[6] "El arbitraje se ha ritualizado, y se ha sublimado el concepto de orden público, lo cual convierte al sistema en un mecanismo bastante complejo, que siempre da lugar a que se pueda atacar por vicios de forma a través del recurso de anulación de los laudos arbitrales con lo cual se le resta toda eficacia, todo el sentido que dio lugar al pacto mismo arbitral ... los costos... no han sido siempre los más bajos ... Concluye el tema afirmando que el arbitraje *ad hoc* ha fracasado y el futuro podría darse solamente en la medida en que el arbitraje se institucionalice, es decir que haya organismos detrás del sistema administrándolo, capacitando árbitros, dotando de secretarios profesionales a los tribunales de arbitramiento, con salas adecuadas donde el proceso oral sea una realidad".

En ese sentido el Ministerio de Justicia elevó durante el año 1992 al Poder Ejecutivo un proyecto de Ley de Arbitraje.[7]

En el año 1994 el Ministerio de Justicia elevó al Poder Ejecutivo un proyecto de Reforma del Código de Procedimientos Civil y Comercial que introduce importantes modificaciones en toda la estructura normativa procedimental, incluyendo el arbitraje e incorporando la mediación y otras formas alternativas de resolución de disputas.

[6] Las palabras pertenecen a MARTÍNEZ, Néstor, representante del BID (actual ministro de Justicia de Colombia), en la disertación que pronunció en Buenos Aires, en el 1er. Encuentro sobre Resolución Alternativa de Disputas que se celebró en Buenos Aires del 7 al 10 de noviembre de 1994, organizado por The National Center for State Courts y la Fundación Libra con el auspicio de la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID) de los Estados Unidos.

[7] Preparado por una Comisión dirigida por Sergio LEPERA.

44

3. *Antecedentes de la mediación*

En el país, el progreso se ha dado especialmente en materia de mediación, método de resolución de controversias del cual hasta hace muy poco —como tal— apenas se conocía.

Pueden detectarse algunos antecedentes de la mediación en el plano nacional, cuando se han designado mediadores para que intervengan en conflictos públicos, políticos o gremiales, aunque no siempre lo que hacen estos terceros neutrales responde a lo que académicamente se entiende por *mediación*.

También existen antecedentes en el ámbito privado, en especial en círculos o instituciones relacionados con tratamientos de conflictos personales o familiares.[8]

En el plano internacional fue sometido a la mediación del Sumo Pontífice el caso del Canal de Beagle, en el que la Argentina y Chile disputaban la soberanía sobre tres islas del sur del continente. El Papa Juan Pablo II actuó como mediador para guiar a las partes y asistirlas en la negociación, para terminar produciendo una especie de fallo que decidía el conflicto sobre la base de que este laudo sería consentido por las partes, con lo que el mecanismo se pareció a un arbitraje no vinculante, tal como es de estilo en materia de derecho internacional público. Finalmente fue aceptado por ambos países el 29 de octubre de 1984, con lo que concluyó el conflicto.[9]

[8] Puede verse URIARTE, Jorge A., y PAGANO, Luz M.: "Mediación familiar: Primeros desarrollos en nuestro derecho", *JA*, 21/12/94.

[9] Al respecto, remitimos a SABATÉ LICHTSCHEIN, Domingo: "La propuesta de mediación del Papa Juan Pablo II en el problema de la Zona Austral", *LL*, 1984-D-1072/1091, quien dice que por acuerdo del 8/1/79 se reconoció al Sumo Pontífice Juan Pablo II la facultad de llevar a cabo tal gestión; y estimando dar todo su valor a esta disponibilidad de la Santa Sede, acordaron solicitarle actuara como mediador con la finalidad de guiar a los países en las negociaciones y asistirlos en la búsqueda de una solución del diferendo para el cual ambos gobiernos habían convenido buscar el método de solución pacífica más adecuado. Ambos gobiernos declararon no poner objeción a que la Santa Sede, en el curso de estas gestiones, manifestara ideas que le sugirieran sus detenidos estudios sobre todos los aspectos controvertidos del problema de la Zona Austral, con el ánimo de contribuir a un arreglo pacífico y aceptable para ambas partes y declararon su buena disposición para considerar las ideas que la Santa Sede pudiera expresar. El Papa reunió a los cancilleres el 12/12/80 en la Ciudad del Vaticano y les entregó en forma pública su proposición de mediación, documento titulado "Propuesta del mediador - Sugerencias y consejos".

4. *El Plan Nacional de Mediación del Ministerio de Justicia*

4.1. Presentación del Plan

A comienzos de 1991, por Resolución nº 297/91 del Sr. Ministro de Justicia, se creó una Comisión de Mediación.[10] La Comisión elaboró un proyecto que fue entregado al Sr. Ministro de Justicia en septiembre de 1991 como informe final. Si bien la designación tuvo como objeto principal la elaboración de un anteproyecto de ley, la Comisión completó su actuación con la sugerencia de estabiecer un programa o Plan Nacional de Mediación.

El Plan Nacional de Mediación contempla la implementación de programas de mediación en distintos sectores de la sociedad —comunidad, escuelas, colegios profesionales, Poder Judicial— y su inclusión en los planes de estudio de las carreras universitarias. Asimismo se aconsejó la formación de un Cuerpo de Mediadores, la creación de una Escuela de Mediadores y la realización de una experiencia piloto en algunos tribunales del fuero civil.

El programa está destinado a:

a) insertar en la conciencia social las ventajas del método, y

b) contar con un plantel de mediadores entrenados para llevar a cabo la tarea.

Este Programa Nacional de Mediación confeccionado por la Comisión, estableció la conveniencia de:

1) Elaborar un anteproyecto normativo en el cual se estableciera la mediación para conflictos jurisdiccionales y no jurisdiccionales, proponiendo llevar a cabo una experiencia piloto, con carácter voluntario en la generalidad de los casos y obligatorio en el fuero civil respecto de ciertos reclamos previamente seleccionados. Esta experiencia

[10] Formada por los jueces Gladys S. Álvarez, Zulema Wilde, Elena I. Highton y Luis Mauricio Gaibrois y por los abogados Eduardo Zannoni y Carlos Arianna, con lo que se combinaba la especialización en las áreas patrimonial y familiar.

comenzaría en los juzgados de primera instancia designados a estos fines.

2) Crear un Cuerpo de Mediadores cuyos miembros cumplieran con los requisitos de capacitación respectivos.
3) Crear una Escuela Nacional de Mediación con el fin de entrenar y capacitar mediadores, con especialización en mediación patrimonial y familiar, sin perjuicio de la ampliación posterior hacia otras especializaciones.
4) Suscribir convenios con organismos públicos y privados con el objeto de divulgar esta técnica de resolución de disputas.

4.2. Capacitación y difusión de la mediación

4.2.1. En la Capital Federal

En noviembre de 1991, la Dra. Sharon Press —directora del Centro de Resolución de Disputas de Tallahassee creado por un programa conjunto de la Suprema Corte de Justicia y la Facultad de Derecho de la Universidad Estatal de Florida— fue invitada a dictar un curso introductorio de mediación. Se invitó a este curso cuyo objetivo principal era informativo, a jueces de diversos fueros, abogados, miembros del Colegio de Abogados, de la Asociación de Abogados, profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, psicólogos, asistentes sociales y otros profesionales de diferentes áreas. Durante su estadía, Sharon Press se entrevistó con los presidentes de las instituciones invitadas, con miembros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con el decano de la Facultad de Derecho, etc. Ello con la finalidad de incluir a todos los sectores comprometidos con el quehacer judicial en este nuevo movimiento. Asimismo se trató de dar la mayor publicidad posible en diversos medios, radio, televisión, comenzando una campaña de divulgación y familiarización de la población con esta nueva forma de resolver conflictos.

Igual procedimiento se siguió con dos entrenadores norteamericanos que tuvieron a su cargo dos entrenamientos sucesivos. Aconsejado por la Comisión de Mediación, uno de ellos,

David Jenkins, proviene del sector privado, y con atención especial de conflictos patrimoniales multipartes; la otra, Patricia Roback, mediadora en asuntos de familia, presta servicios en un Centro Público de Mediación anexo a un tribunal en Los Ángeles, California. De este modo, para fines del año 1992, ya el Ministerio contaba con 60 mediadores certificados. También se convocó, en el año 1993, a la directora del Servicio de Resolución de Conflictos de Richmond, Virginia, Bárbara Hulburt, quien dio diversas charlas en lugares estratégicos, tales como la Asociación de Abogados, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y las Facultades de Derecho, estatal y privadas. La mediadora volvió en 1994 para realizar entrenamientos y evaluar el Centro de Mediación anexo a los tribunales.

Luego de estos entrenamientos, los abogados de los Centros de Asistencia Jurídica Barriales o Comunitarios que el Ministerio de Justicia estableció años atrás (cuatro distribuidos en la Capital Federal) comenzaron a utilizar técnicas de negociación y mediación para conciliar a las partes. Si se hace un convenio, una de las cláusulas del convenio es que cada una de las partes podrá solicitar la homologación judicial en caso de que sea necesario. Estos centros tienden a desalentar todas las expectativas litigiosas, haciéndole conocer al asistente cuáles son sus derechos y obligaciones; alientan así sus expectativas de conciliación.

A partir de noviembre de 1992 la Fundación Libra comienza a dictar cursos, seminarios y talleres sobre principios generales de métodos alternativos de resolución de disputas, mediación y negociación (en Buenos Aires, en el interior del país y en algunos países latinoamericanos) y a presentar temas de mediación para programas radiales y televisivos.

En 1994 los docentes de la Fundación Libra en su labor de apoyo al Ministerio de Justicia dentro del contexto de la Escuela de Mediadores, según convenio suscripto, con la colaboración del Colegio de Escribanos de la Capital Federal y la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ofrecieron los primeros entrenamientos de mediadores capacitados por capacitadores argentinos de acuerdo a las pautas oficiales.

45

4.2.2. En el interior

El Ministerio de Justicia con apoyo del cuerpo docente de la Fundación Libra no sólo se circunscribió al área de la Capital Federal, sino que llevó el proyecto a gran parte de los estados provinciales, con respuesta muy satisfactoria.

En diciembre de 1992 se realizó en Buenos Aires un encuentro federal con todos los presidentes de los superiores tribunales de justicia de la provincia a los efectos de conformar un plan con relación a la reforma de la administración de justicia y se establecieron pautas de cooperación entre las provincias, incluyendo la capacitación en mediación.

Con ese programa se empezaron a realizar entrevistas en todas las provincias, previo a la firma de convenios que se realizaron, el Ministerio de Justicia con los tribunales. Los primeros convenios se suscribieron con las provincias de La Rioja, Tucumán, Salta, Santa Cruz, Santa Fe, Tierra del Fuego y Santiago del Estero. A raíz de ello se convinieron acciones de capacitación en las que tuvo directa vinculación la Dirección Nacional de Capacitación y Comunicación. Y trabajamos junto con los profesionales que integran el Cuerpo de Mediadores.

Es así que a raíz de demandas realizadas por las provincias, se comenzaron a preparar cursos de capacitación en mediación para algunas de ellas, encontrándose con una comunidad ávida de soluciones reales para los problemas.

La acción se ha ampliado en 1994, cubriendo gran cantidad de estados provinciales.

5. *El decreto 1480/92 del Poder Ejecutivo*

5.1. Dictado del decreto

En agosto de 1992, el Presidente de la Nación dictó el decreto 1480/92, que constituye la primera norma jurídica aconsejada en el Plan Nacional de Mediación, por el cual se declara a ésta de interés nacional. Además, encomendó al Ministerio de Justicia la elaboración de un Plan Nacional de Mediación y dispuso la creación de un Cuerpo de Mediadores, de la Escuela de Mediación y la realización de una Experiencia

Piloto en la Justicia Civil a cuyo fin se facultó al Ministerio para invitar a la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

5.2. Declaración de la mediación de interés nacional

El art. 1º del decreto declara de interés nacional la institucionalización y el desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos.

Ello implica una importante declaración de principios al acoger un método no adversarial de resolución de controversias, por oposición a los clásicos sistemas adversariales hasta entonces incorporados a la legislación: el judicial y el arbitral.

A su vez, el Poder Ejecutivo Nacional asume compromisos en cuanto a la institucionalización y desarrollo de la mediación, que está llevando a cabo a través de la acción del Ministerio de Justicia.

5.3. Principios básicos de la mediación según el decreto 1480/92

El decreto señala cómo principios básicos de la mediación en su art. 4º:

1. *El procedimiento será voluntario para las partes*

El decreto es claro en cuanto a que el procedimiento es voluntario, lo que no podía ser de otra forma dada su jerarquía normativa.

Si se la consagrara legislativamente, la comparecencia obligatoria a una sesión inicial de mediación por mandato judicial podría resultar apropiada, cuando existieran mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes, del sistema judicial y del público, que con la comparecencia voluntaria. La derivación obligatoria a veces puede significar arriesgarse a forzar a las partes a participar en un proceso que por una u otra razón, puede ser inapropiado. Puede engendrar programas institucionalizados que ofrezcan justicia de baja calidad, o, en el peor de los casos, poner obstáculos costosos e innecesarios

a las partes, quienes preferirían resolver o probablemente resuelvan sus conflictos mediante otros medios. En tal supuesto, debe ponerse especial cuidado en la selección de los casos a derivar y en la constante re-evaluación de tales programas.[11]

De todos modos, la mediación es voluntaria en el sentido de que las partes son libres de llegar o no a un acuerdo, por lo que siempre la continuación del proceso debe entenderse como una manifestación de las partes de que las negociaciones continúan siendo productivas.[12]

2. *El procedimiento será absolutamente informal*

No obstante que se trata de un método informal, existe una estructura procesal de la mediación,[13] por lo que no resulta adecuado decir que el proceso es "absolutamente" informal. La terminología utilizada en el anteproyecto de la Comisión era la siguiente: "El procedimiento que seguirán los mediadores para la resolución de los conflictos, no se encontrará sujeto a formalidades legales estrictas...", con lo que se significaba que no se seguirían las normas de los Códigos Procesales ni —estrictamente— las que se consignaran en una eventual normativa específica.

Mas, como la mediación es flexible y éste es uno de sus valores, se la trata como informal, pudiendo su forma ser más o menos rígida de acuerdo a la situación y las partes implicadas.

De todos modos, aun cuando el proceso fuera el más formal (dentro de los propios de la mediación), el clima y estructura no son los de un proceso judicial. Además, es disponible, pudiendo los interesados pactar con el mediador cuáles van a ser las pautas procesales a utilizar en su caso, sentando las bases del acto a llevar a cabo, para el que pueden acordar algunos aspectos o modalidades.

[11] De las normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales, Centro para la Resolución de Disputas, Instituto de Administración Judicial, EE.UU.

[12] De las normas recomendadas, cit. en nota 11.

[13] Ver Capítulo IX sobre el procedimiento de la mediación.

3. *Los plazos serán prorrogables a juicio y voluntad de las partes*

Si ya se han iniciado las actuaciones judiciales, la remisión del caso a mediación por acuerdo de partes implica, en principio, la suspensión de los plazos procesales por el término que acuerden las partes. Conforme al art. 157 del Cód. Procesal, los apoderados no podrán acordar una suspensión mayor de 20 días sin acreditar ante el juez o tribunal la conformidad de sus mandantes. Por otra parte, y con relación a actos procesales determinados, según el art. 155 del mismo cuerpo legal, las partes podrán circunscribir la prórroga a un plazo, si no desean suspender todo el procedimiento; o, simplemente, se puede hacer la derivación a mediación —si bien no es la situación ideal— sin suspender plazo alguno.

El artículo no dice cuál es el término normal que debería llevar el procedimiento ante el mediador, para ser éste susceptible de prórroga (como surgía del proyecto de la Comisión); con lo que la mediación en sí misma, no tiene plazo, salvo en su relación al expediente judicial. En consecuencia, la norma parece referirse a la eventual necesidad de una nueva suspensión de los términos procesales judiciales una vez que se ha iniciado la mediación, para poder continuar ésta cuando aparece como productiva. El tema en realidad, está regido por el Código de forma y conviene que los contendientes expresamente establezcan o los jueces declaren las pertinentes suspensiones a fin de evitar sorpresas.

El tribunal podría establecer plazos límites probables para el procedimiento de mediación, los que podrán ser prorrogados por acuerdo de partes si consideraran que la continuación contribuirá a la resolución del conflicto.

Si no se han iniciado las actuaciones judiciales, la mediación puede llevar todo el tiempo que necesite, más aún cuando estamos ante actuaciones por voluntad de las partes. Debe recordarse, sin embargo, que la presentación del caso ante un mediador sin tener iniciada la demanda no produce la interrupción de la prescripción, por lo que si ésta está pronta a acaecer, deberá iniciarse la demanda, siquiera al solo efecto interruptivo de la prescripción.

46

4. *Las partes deberán concurrir personalmente a los actos que integran el procedimiento de mediación*

Los protagonistas del conflicto son las partes, y la mediación, dado su carácter no adversarial y de obtención de la propia solución a la controversia, necesita que, en principio y salvo fuerza mayor, los contendientes estén personalmente cara a cara.

En la mayoría de los supuestos, la comparecencia a la audiencia de mediación requiere la participación de todos los implicados en el conflicto, con poder suficiente para transar. No obstante, se puede admitir que en casos que involucran a grandes entidades o a muchos interesados, puede no ser factible contar con la presencia de todas las partes cuyo consentimiento sea necesario para llegar a un acuerdo final. En tales casos, se puede dar la posibilidad de reemplazar la presencia física por la participación por teléfono.[14]

5. *Las actuaciones de mediación serán confidenciales, aun para los jueces de la causa*

Una de las características más importantes de la mediación es la confidencialidad.[15]

La confidencialidad en la comunicación aumenta las perspectivas de arribar a un avenimiento en la disputa, pues permite instar a las partes a hablar con sinceridad y a explorar exhaustivamente las cuestiones en juego.

Es especialmente relevante que el decreto haya incluido a los jueces de la causa entre las personas que no pueden conocer el contenido de las audiencias de mediación, pues justamente una de las ventajas de la mediación sobre la conciliación judicial radica en la posibilidad de hablar libremente sin estar considerando que quien es receptor de ciertas confidencias (o hechos y alegaciones diferentes a los contenidos en la demanda y conteste) es el que va a resolver el litigio si no se llega a un

[14] De las normas recomendadas, cit. en nota 11.
[15] Ver Capítulos VIII y XV, punto 12.

acuerdo.[16] Y si se pone al juez en conocimiento de lo dicho, se pierde este candor en la exposición y discusión de las partes ante el mediador.

Lo puntualizado en el decreto es de avanzada, ya que en los países que ya llevan varios años practicando mediación, por ejemplo los Estados Unidos, se recomienda que se promulgue la normativa pertinente para establecer la confidencialidad, ya que ésta constituye una regla propia de la mediación y, en líneas generales, está aceptada jurisprudencialmente, mas se busca ratificarla con su consagración legal, situación que se ha hecho efectiva en algunos de los Estados norteamericanos.[17]

Las políticas sobre la confidencialidad del intercambio de información entre el tribunal y el mediador —tanto en forma oral como escrita— deben ser claramente establecidas. Los mediadores no deben hacer recomendaciones a los tribunales sobre el contenido de una causa ni sobre una solución. Indudablemente, el intercambio de información entre los tribunales y los mediadores concerniente al contenido de la mediación, y el ofrecimiento de una solución recomendada, destruye la confidencialidad y arruina la integridad del proceso, sea porque desalienta la comunicación abierta, sea porque permite que los mediadores utilicen la información revelada en contra de los intereses de la parte.[18]

Sin embargo, las políticas relacionadas con la confidencialidad no deben ser interpretadas como una limitación o prohibición a la supervisión, investigación o evaluación eficaces del programa de mediación. La investigación, supervisión y evaluación eficaces del programa pueden requerir no sólo la acumulación de estadísticas, sino también el acceso a registros de casos particulares y/o la observación de sesiones de mediación, así como también entrevistas con las partes, los mediadores y el personal del programa de mediación. Los

[16] Ver Capítulo IV.

[17] La pretensión de legislar la confidencialidad además de consagrarla, lo que ya es una realidad aceptada, incluye la noción de ponerle límites claros cuando se le contraponen principios de orden público.

[18] De las normas recomendadas, cit. en nota 11.

tribunales deben equilibrar la necesidad de obtener este tipo de datos con la necesidad de proteger la confidencialidad.[19]

Existen varias formas de lograr este equilibrio. Los datos pueden estar a disposición solamente de aquellas personas a cargo de actividades de investigación y evaluación autorizadas oficialmente. Los investigadores y evaluadores mismos pueden estar sujetos a las políticas sobre confidencialidad de los tribunales. Se pueden desarrollar protocolos para asegurar que los nombres sean reemplazados por números y que ciertos datos identificatorios específicos sean alterados para proteger a las partes. Se pueden diseñar procedimientos para asegurar que las sesiones de mediación puedan ser observadas sólo con el consentimiento de las partes.[20]

Dada la existencia de tales protocolos y procedimientos, y la necesidad de los tribunales de obtener ciertos datos para cumplir con su responsabilidad de asegurar la calidad, el suministro de información para supervisar los programas, evaluarlos y realizar investigación, no debe interpretarse como una violación a las políticas sobre confidencialidad en la mediación.[21]

6. *La actividad de los mediadores se desarrollará respecto de conflictos judiciales o extrajudiciales*

La mediación preventiva de litigios judiciales es la que esperamos para el futuro, pues significará que el instituto rinde sus frutos en el sentido de lograr evitar que quienes mantienen una disputa lleguen a los tribunales innecesariamente, con los consiguientes costos en energía, tiempo y dinero para sí y para el Estado.

La mediación de conflictos judiciales puede presentarse por derivación del tribunal en las condiciones legalmente admitidas o a pedido directo de parte.

[19] De las normas recomendadas, cit. en nota 11.
[20] De las normas recomendadas, cit. en nota 11.
[21] De las normas recomendadas, cit. en nota 11.

7) *El rol del mediador se limitará a proponer a las partes soluciones posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan*

La noción que señala la normativa, que el mediador propone soluciones posibles y que no resuelve el pleito, aparece en el decreto seguramente con fines pedagógicos. No obstante, el rol del mediador en realidad se limita a facilitar la búsqueda de soluciones posibles y no a proponer soluciones a las partes. Dada la novedad de la figura, cabe lamentar el primer concepto referido al mediador, "proponiendo" soluciones como equívoco, pues puede dar a entender que en lugar de comportarse como un mero facilitador en la exploración de alternativas, opciones y propuestas por las partes, el mediador presenta las fórmulas, es decir sugiere cuáles deberían o podrían ser los términos del acuerdo.

8) *Quedarán excluidas del ámbito de la mediación todas las cuestiones penales*

En nuestro sistema legal esta formulación es indudable, dada la indisponibilidad de la acción penal.

El derecho penal regula intereses que escapan a la competencia de las personas privadas. Éstas sólo intervienen en la esfera del derecho penal como sujetos activos o pasivos de los delitos. Los intereses que atañen al derecho penal son públicos y, en caso de conflicto, su regulación y la decisión a su respecto sólo corresponden a los órganos del Estado. La voluntad de los particulares nunca puede representar aquí la ley libremente reguladora del caso. Entre nosotros, la ley puede establecer delitos y penas, y sólo la justicia puede resolver los conflictos jurídico-penales, los cuales, aunque tengan su causa en el ataque de un particular a la persona o los derechos de otro particular, no se presentan como relaciones entre personas jurídicamente equiparables, sino como relaciones de subordinación entre el Estado y los gobernados. De ello se desprende que el derecho penal no puede realizarse legítimamente frente a un

47

conflicto en forma privada. En todos los casos el pronunciamiento sobre la situación creada respecto de la existencia de delito, la responsabilidad y el castigo del autor, deberá emanar de un órgano público, el que debe ser de orden judicial. La realización judicial de la ley penal no es libre, sino que exige un juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, y la sentencia debe ser dictada por los jueces naturales del imputado.[22]

El derecho penal se vincula con el control social respecto de comportamientos desviados para los cuales el Estado amenaza sanciones concretas. Sin embargo, las sociedades realizan, por medio de órganos con competencia para ello y mediante procedimientos formales, una selección de comportamientos desviados que serán objeto del derecho penal. Dentro de tal contexto, se ha puesto de manifiesto una fuerte tendencia racionalizadora del fenómeno penal que reserva el derecho penal a los casos en que el conflicto social no tiene posibilidades de ser resuelto por otros medios de política social. Dentro de este marco se inserta la despenalización de hechos de poca trascendencia social para reemplazar la represión penal por formas más eficaces, menos costosas y de menos consecuencias desocializadoras.[23]

Según los autores abolicionistas, la intervención que el sistema penal realiza ante un hecho que puede ser considerado delito, implica la expropiación del conflicto a las personas originariamente involucradas en él. Este proceso de expropiación se realiza mediante procedimientos formales puestos en obra por órganos extraños a la situación, capaces de dar respuestas "incomprensibles" a quienes son, como autor y víctima, los directamente involucrados en la acción definida como criminal. Así se entiende que la víctima en un caso penal, en nuestra sociedad, es una especie de perdedor por partida doble: en primer lugar, frente al infractor; y después, frente al

[22] Núñez, Ricardo C.: *Derecho penal argentino*, t. I, Parte General, Buenos Aires, 1959, pp. 37/39.

[23] Bacigalupo, Enrique: *Derecho penal*, Parte General, Buenos Aires, 1987, pp. 28 y 105.

Estado. Está excluido de cualquier participación en su propio conflicto. El Estado le roba su conflicto.[24]

Dentro de esta nueva tesitura, podrían las víctimas utilizar la mediación como método alternativo de resolución de su conflicto.[25]

9) *Los acuerdos arribados a través de la mediación, respetarán en cada caso las limitaciones que establezca la ley de fondo*

No existe duda de que el mediador o la mediación no pueden ser modos de violar la ley sustantiva, por lo que la indicación de la norma simplemente se limita a reconocer un principio consagrado. Consecuentemente, si lo acordado está fuera de tales limitaciones de la ley de fondo, por más que haya sido fruto de la común voluntad de las partes, no tendrá efecto.

En general, al estar los acuerdos sujetos a la homologación judicial, se podrá mantener incólume lo aquí expresado.

5.4. Creación de un cuerpo de mediadores

El art. 3º del decreto crea el Cuerpo de Mediadores a funcionar en el ámbito del Ministerio de Justicia, en quien delega reglamentar la composición, funcionamiento y designación de sus integrantes. El art. 5º del decreto también se refiere al tema, en tanto indica que los mediadores se ajustarán a las reglamentaciones, disposiciones administrativas y códigos de ética profesional.

El Cuerpo de Mediadores ya se encuentra en funcionamiento y ejercicio de su actividad, la que se despliega con gran éxito. Para principiar la ejecución, se seleccionaron 10 me-

[24] Bovino, Alberto: "La víctima como preocupación del abolicionismo penal", en Eser, Albin y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Buenos Aires, 1992, pp. 261/279; Christie, Nils: "Los conflictos como pertenencia", en Eser, Albin y otros: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 157/182.

[25] Coscia, Osvaldo A.: "Reparación versus represión. ¿Es posible mediar en el conflicto penal?", *Revista Libra*, nº 3, pp. 33/39.

diadores entre los entrenados y certificados por ese organismo para prestar servicios en un Centro de Mediación.

5.5. La experiencia piloto de mediación

El art. 9º del decreto delega en el Ministerio de Justicia solicitar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que, por sí o por intermedio de las respectivas Cámaras Nacionales de Apelaciones, designen tribunales de primera instancia de cada fuero, a fin de llevar a cabo una experiencia piloto de mediación, considerando aconsejable comenzar por el fuero civil.

En cumplimiento de este cometido, el Ministerio de Justicia de la Nación dictó la Resol. nº 983/93 por la cual puso en ejecución la Experiencia Piloto en el Fuero Civil.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por Resolución nº 62 del 14 de febrero de 1994 declaró de interés la experiencia piloto de creación de un Centro Judicial de Mediación llevada a cabo por el Ministerio de Justicia de la Nación.

Dado que la experiencia se realiza dentro de la estructura normativa del clásico Código Procesal aún no reformado, la derivación al Centro de Mediación sólo se produce a pedido de parte y por invitación del juez en los asuntos en que éste considere apropiada la mediación. Si no hay acuerdo, no hay mediación. Si las partes piden la mediación, se suspende el procedimiento por el término que éstas convengan, se llena un formulario de pedido de intervención del Centro de Mediación que se remite, quedando el expediente en el juzgado.

La primer actividad que se cumple en el Centro de Mediación luego de registrarse el pedido, es entregar a las partes y sus abogados un instructivo acerca del procedimiento de la mediación, a fin de que estén debidamente informadas sobre sus características, rol del mediador, posibilidad de realizar sesiones conjuntas o separadas con cada una de ellas, carácter de estas sesiones, deber de confidencialidad y consecuencias de un acuerdo total o parcial. También se les informa sobre sus derechos, tales como retirarse de la mediación cuando así lo consideren.

Una vez concluida la mediación, el Centro de Mediación comunica al juez el resultado, con remisión del convenio, en su

caso. El juez procede conforme a derecho (homologa, da vista al asesor de menores, etc.).

En el Centro sólo queda el legajo de la mediación que contendrá:

a) el formulario de solicitud de mediación;
b) recibo del instructivo;
c) convenio de confidencialidad;
d) constancia de las notificaciones a toda persona citada;
e) constancia de las reuniones celebradas y de las personas presentes;
f) toda otra diligencia realizada y acta de finalización de la mediación.

Está previsto un seguimiento y evaluación del comportamiento de las partes y sus abogados frente a la mediación, durante y con posterioridad a la realización de las audiencias; asimismo y fundamentalmente, se evaluará tanto las mediaciones como el desempeño y perfil de los mediadores.

5.6. Encomienda al Ministerio de Justicia para la formulación de la normativa pertinente

El art. 2º del decreto encomienda al Ministerio de Justicia la formulación de proyectos legislativos y el dictado de normas de nivel reglamentario para la puesta en marcha de la institución de la mediación. A estos fines, el art. 8º crea una Comisión a efectos de formular el Proyecto de Ley Nacional de Mediación, a desempeñarse *ad honorem*.[26]

En cumplimiento de tal cometido, el Ministerio de Justicia dictó resoluciones consistentes en el Reglamento del Cuerpo de Mediadores y de puesta en marcha del Plan Piloto de Mediación. La Comisión colaboró en la preparación del indicado Reglamento del Cuerpo de Mediadores.

Asimismo, se entregó el proyecto de ley, sin perjuicio de considerar que el mismo recién debía prepararse definitivamente

[26] La Comisión estaba formada por los Dres. Gladys Álvarez, Antonio Boggiano, Luis Mauricio Gaibrois, Remo Entelman, Elena Highton de Nolasco y Mario Ernesto Kaminker.

luego de recogidos los frutos y experiencia del Plan Piloto a que se refiere el art. 9º del decreto.[27]

5.7. Delegación en el Ministerio de Justicia de la formulación de un Programa Nacional de Mediación

El art. 6º del decreto delega en el Ministerio de Justicia la formulación de un Programa Nacional de Mediación y su implementación, pudiendo a sus efectos celebrar convenios con entidades nacionales, provinciales o municipales, ya sean públicas o privadas.

El programa se encuentra en marcha, habiéndose suscripto varios convenios.

5.8. Invitación a las provincias

En consonancia con el interés nacional que motivó la cuestión de mediación, el decreto en su art. 10 invita a las provincias, y en su caso a las municipalidades, a adoptar en sus respectivos ámbitos normas similares a las contenidas en el propio decreto.

Varias provincias están realmente interesadas en el programa de mediación y en implementar en sus respectivas jurisdicciones, planes piloto o proyectos similares, para lo cual están preparándose y recibiendo capacitación.

6. *Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas*[28]

En noviembre de 1993 se llevó a cabo en Buenos Aires el Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa

[27] Cabe señalar que luego se nombraron nuevas comisiones para la reforma integral del Código Procesal que incluyeron el tema de la mediación; y asimismo, tiene estado parlamentario un proyecto de ley elaborado directamente por el Ministerio de Justicia.

[28] El Encuentro se organizó por Fundación Libra y el National Center for State Courts. Se han publicado sus conclusiones en un Reporte final en español e inglés, bajo el cuidado de sus organizadores. Estamos organizando el Segundo Encuentro, el que tendrá lugar en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, en marzo/abril de 1995.

48

de Disputas, con la presencia de representantes de Cortes Supremas, Superiores tribunales, jueces, miembros de los Ministerios de Justicia, etc. de 17 países.

Este Primer Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas tuvo múltiples propósitos.[29]

- Primero, se constituyó en una oportunidad para evaluar la diversidad de usos novedosos de la resolución alternativa en nuestro hemisferio.
- Segundo, facilitó el intercambio de ideas y puntos de vista que son tan vitales para la reforma y modernización entre los países hermanos en las Américas.
- Tercero, proveyó oportunidades para forjar relaciones continuas y duraderas entre organizaciones dedicadas al mejoramiento de la administración de justicia en las Américas.

Se trató el tema de medios alternativos dentro del Poder Judicial, en juntas vecinales y el uso de mediación escolar, para crear otra dinámica en la sociedad. Además se tuvo la posibilidad de discutir la experiencia en el sector privado, generándose gran entusiasmo y compromiso en el país y en el extranjero, especialmente en la temática de la mediación.

[29] Del discurso de VISNICK, Marc.

Capítulo VIII

Presentación de la mediación y del mediador

SUMARIO: *1.* Concepto de mediación. *2.* Aspectos salientes y ventajas de la mediación. *3.* Otras características de la mediación. *4.* La característica definitoria del origen del acuerdo. *5.* Casos en que se recomienda especialmente la mediación. *6.* Supuestos en que la mediación no es recomendable. *7.* Criterios para la derivación judicial de los casos. *8.* Momento procesal para la derivación judicial de casos. *9.* La cuestión del equilibrio de poder entre las partes. *10.* La mediación como una negociación colaborativa facilitada por un tercero. *10.1.* La negociación colaborativa. *10.2.* La mediación como negociación colaborativa facilitada. *11.* El mediador. *12.* Tipos de tácticas que utiliza un mediador. *13.* Características de un mediador eficiente. *14.* Necesidad de entrenamiento. *15.* El rol transformador de la mediación.

1. *Concepto de mediación*

Cuando entre las personas se suscita un conflicto, lo ideal es que acudan a un método colaborativo para solucionar el problema, lo que no siempre es fácil pero merece un esfuerzo, especialmente si la disputa llega a un punto muerto o si las partes deben apoyarse una en la otra en el futuro. Cuando esto ocurre, la solución está en la mediación.[1]

La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes, ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a identificar los puntos de la controversia, a acomodar sus intereses á los de la contraria, a explorar fórmulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas.[2]

Mediación es un término utilizado para describir un conjunto de prácticas diseñadas a ayudar a las partes en controversia. En líneas generales, el término se utiliza para describir un procedimiento en el cual un tercero imparcial ayuda a las partes a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas, en un esfuerzo por resolver su conflicto.[3]

El mediador no es un mero oyente amable y pasivo que asiente con la cabeza para mostrar compasión mientras las

[1] PRUITT, Dead G. - KRESSEL, Kenneth: *Introduction: an overview of mediation research*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G. y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 1/2.

[2] GLOSARIO: Términos técnicos usados en la resolución alternativa de conflitos, en *Revista Libra*, nº 1, pp. 56/57.

[3] Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales. Centro para la Resolución de Disputas. Instituto de Administración Judicial. EE.UU.

partes describen sus aflicciones. Por el contrario, es un oyente activo, modelador de ideas, que mostrará el sentido de realidad necesario para lograr los acuerdos convenientes. Esto lo hará a través de una gama de estrategias y técnicas que favorece el cambio de actitudes.[4]

La mediación es un procedimiento por el cual el mediador, como tercero neutral, actúa con iniciativa suficiente para instar y facilitar la discusión y consiguiente resolución de la disputa, sin indicar cuál debe ser el resultado. Es un sistema informal aunque estructurado, mediante el cual el mediador ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Justamente el mediador es un intermediario; no es un juez que decide, ni un abogado que aconseja o patrocina a las partes, ni un terapeuta que las cura. Su única función es acercar a las partes. Pero lo hace en un ambiente adecuado, con un procedimiento de múltiples pasos, utilizando sus habilidades expresamente adquiridas a estos efectos, rompiendo el hielo entre los contendientes, sacándolos de sus rígidas posiciones, abriéndolos a soluciones creativas.

2. *Aspectos salientes y ventajas de la mediación* [5]

El procedimiento es *informal*, por lo que el mediador no está obligado por las reglas procesales; y dado su entrenamiento, puede rápidamente simplificar el caso y descartar lo irrelevante.

Los contendientes deben llegar a un *acuerdo mutuamente aceptable*, y el mediador debe estar en condiciones de reducirlo a cláusulas escritas, de modo tal que —de ser necesario— pueda ejecutarse con posterioridad. Como el acuerdo ha sido mutuo y voluntario, los contendientes cumplen espontáneamente con mucha mayor frecuencia que en los casos de sentencia final en juicio.

En la mediación son *las partes las que se encuentran frente a frente*, entre sí y con una tercera persona especialmente

[4] *Manual de mediación* preparado por Fundación Libra para su utilización en cursos y entrenamientos; STULBERG, Joseph B.: *County Court Mediation. A Mediator's Manual*, Florida, EE.UU., 1989, revisado por PRESS, Sharon.

[5] *Manual de mediación* ob. cit. en nota 4; Stulberg, ob. cit. en nota 4.

entrenada que los ayuda a encontrar juntos una solución a su conflicto. El mediador utiliza técnicas especiales y con habilidad escucha a las partes, las interroga, desbroza el problema, crea opciones y logra que los contendientes lleguen a su *propia solución del conflicto*. No se trata sólo de partir diferencias, sino de que *ambos ganen*. El mediador hace que las partes descubran cuál es verdaderamente el tema en debate, entiendan *la diferencia entre lo que quieren y lo que necesitan*, entiendan los requerimientos y necesidades de la contraria y consideren las opciones con realismo. El mediador motiva sin manipular e insta a lograr un arreglo sin coercionar. Debe llegar a crear ciertas dudas e inseguridades en cada una de las partes, para que vean más endeble su posición y abran sus mentes al avenimiento y al compromiso.

El mediador modifica las relaciones entre los contendientes, enalteciendo y controlando la comunicación entre ellos, modificando sus percepciones, equilibrando sus diferentes fuerzas y debilidades y no proponiendo y defendiendo acuerdos específicos. Si el mediador es eficiente y logra que las partes participen, hace que lleguen a *colocarse por un momento en el lugar del otro* y vean las cosas desde el punto de vista de la contraria, además del propio.

A diferencia de otros procedimientos en que se entrega a un tercero la decisión del problema por lo que escapa al interesado el control del conflicto, en la mediación son las partes quienes intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y *no delegando el control en un tercero*.

Nada tienen que perder las partes en la mediación, pues con un intento frustrado, es decir si prueban este acercamiento y tras la discusión mediada no llegan a un pacto, *mantienen todos sus derechos* y oportunidades de proseguir con otro medio de resolución de su controversia.

No es raro que a un mediador, sea en sesión conjunta o en sesión privada con cada una de las partes, se le pida opinión sobre la razón o sinrazón de la posición propia o del contrario, mas el mediador *no puede expresar opinión sobre el resultado del pleito*, pues perdería su imparcialidad perjudicando todo el procedimiento en forma negativa. Su actuación nunca puede ser la de juez ni árbitro.

El procedimiento de mediación pone *énfasis en el futuro*, pues no se trata de juzgar sobre un pasado a fin de averiguar quién estaba errado, quién es el culpable, sino de encontrar una solución al problema y diferencias de que se trate.

Esta forma de resolución de disputas tiene la ventaja de ser:

1) *Rápida:* En vez de tardar años, puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de una o dos horas. Aunque la mayor parte de las veces se llega a un acuerdo después de sólo una audiencia, las disputas complejas pueden requerir sesiones adicionales. Puede no alcanzar el tiempo de una audiencia o los contrincantes pueden querer consultar a sus cónyuges o socios antes de aceptar la propuesta, pero la solución llega luego casi inmediatamente. Por comparación, uno de los inconvenientes más graves del sistema judicial, no sólo de la Argentina sino de todo el mundo, es la tardanza, de modo tal que, a menudo, cuando llega la sentencia, ya es tarde.

2) *Confidencial:* Una de las características más importantes del proceso mediado, es la confidencialidad. No hay mayor obligación para el mediador que el deber de preservar el secreto de todo lo que le sea revelado en la o las audiencias. Sin este deber la mediación no funcionaría, porque las partes no se sentirían libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo. Las partes deben estar seguras de que nada de lo que dicen será usado en su contra para el caso de que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal. Por ello, las sesiones de mediación son siempre a puertas cerradas; todo lo que se habla y se dice en las audiencias es confidencial, no se transcribe en un expediente ni puede filtrarse a la prensa. El mediador tampoco puede difundirlo porque una de las reglas básicas de su oficio es la confidencialidad. Por comparación, las constancias de un litigio ante la justicia dentro de sistema formal, más aun si el procedimiento es público y oral, carecen de toda confidencialidad y las partes están expuestas a los medios masivos de comunicación. La mediación siempre es estrictamente privada. Inclusive si no se logra el acuerdo, el centro de mediación o el mediador puede hacer saber al juzgado interviniente en el pleito

que la mediación no tuvo éxito en el sentido de haber logrado acuerdo, pero no puede informar sobre lo dicho ni sobre lo revelado por las partes.

3) *Económica:* Los servicios se dan a cambio de contribuciones mínimas, especialmente si se las relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de tribunales formales.

4) *Justa:* La solución a toda controversia se adapta a las necesidades comunes de ambas partes, pues son ellas las que la encuentran.

5) *Exitosa:* Una vez que el programa se pone en marcha, de acuerdo a la experiencia de países que han implementado la mediación, el resultado es estadísticamente muy satisfactorio.

3. *Otras características de la mediación*

Además de los caracteres generales que hacen al concepto de la mediación, hay otros especiales que pueden darse.

a) La mediación puede ser solicitada u ofrecida. En el primer caso, que suele ser menos frecuente, alguna o ambas partes en una controversia requieren a un tercero que medie entre ellas para lograr zanjar la disputa. El otro caso se da cuando, por el contrario, la iniciativa de mediar surge del tercero que pretende coadyuvar a que la cuestión suscitada entre dos o más personas o Estados sea solucionada pacíficamente; también puede ser ofrecida por un tribunal.

b) Según el número de mediadores, puede asumir el carácter de singular o colectiva, llamada ésta co-mediación, en cuyo caso es muy efectiva cuando se la lleva a cabo en forma multidisciplinaria.

4. *La característica definitoria del origen del acuerdo* [6]

El acuerdo debe provenir de las partes.

[6] GIFFORD, Donald G.: *Legal negotiation. Theory and applications*, St. Paul, Minn., 1989, p. 206.

50

Si el facilitador hace fuertes sugerencias y explicita propuestas, si ingresa en los aspectos propios del contenido sustantivo del convenio a negociar, virtualmente se convierte en adjudicador o árbitro y deja de ser mediador. El acuerdo probablemente no satisfará los intereses de las partes y cualquiera de ellas puede intentar obviarlo, con la sensación de que le fue impuesto.

MEDIACIÓN

UNA NUEVA FORMA DE RESOLVER LOS CONFLICTOS

CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN

- COOPERACIÓN
- AUTOCOMPOSICIÓN
- CONFIDENCIALIDAD
- ACENTO EN EL FUTURO
- ECONOMÍA DE TIEMPO, DINERO Y ENERGÍAS
- INFORMAL PERO CON ESTRUCTURA

5. *Casos en que se recomienda especialmente la mediación* [7]

De acuerdo a la experiencia de los que hace tiempo están en la actividad, la mediación ha demostrado mayor éxito en ciertos casos como:

- Cuando hay dos o más partes que tienen una relación que se perpetúa en el tiempo, por lo que quieren terminar con el problema pero no con la relación.
- Cuando las partes quieren conservar el control sobre el resultado de su conflicto.
- Cuando las partes comparten algún grado de responsabilidad por el estado del conflicto.
- Cuando ambas partes tienen buenos argumentos y existe una variada gama de posibilidades de solución del conflicto y de prevención de litigios futuros.
- Cuando la ley no provee la solución que desean las partes.[8]
- Cuando la disputa no conviene a nadie y ninguno realmente desea entablar juicio.
- Cuando se desea mantener una situación de anonimato, privacidad y confidencialidad.
- Cuando no existe gran desequilibrio de poder.
- Cuando la causa del conflicto radica en una mala comunicación previa.
- Cuando las partes necesitan, más que nada, una oportunidad para desahogarse.
- Cuando estén en juego cuestiones técnicas muy complejas
- Cuando se quieren minimizar los costos.
- Cuando se quiere resolver el conflicto rápidamente.

En cuanto a la materia y contenido de los conflictos, en principio no existen límites, salvo el orden público. Inclusive, según los países, además de cuestiones civiles o de derecho

[7] Los conceptos que siguen están tomados del *Manual de mediación*, ob. cit. en nota 4. Ver también LOVENHEIM, Peter: *Mediate, don't litigate: how to resolve disputes quickly, privately, and inexpensively without going to court*, Nueva York, 1989, Capítulo II; ACLAND, Andrew Floyer: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990, pp. 51/52.

[8] Por ejemplo, en cuestiones de familia o entre vecinos en que no hay reclamos legalmente fundados, sino controversias por desconfianza mutua.

privado, puede tratarse de casos penales menores, además de disputas públicas como cuestiones de medio ambiente y enfrentamientos raciales o religiosos.

6. *Supuestos en que la mediación no es recomendable* [9]

La mediación no es una panacea universal.

Existen algunos casos en que la mediación no es recomendable, pues no dará satisfacción al interés real de alguna o ambas partes. Entre ellos, pueden mencionarse:

- Cuando alguna de las partes quiere probar la verdad de hechos.
- Cuando alguna de las partes tiene una cuestión fundamental de principios e innegociable de la que no puede salir por propia voluntad.
- Cuando alguna de las partes tiene un interés punitivo o una noción de justicia retributiva que desea ver reconocidos en una decisión emanada de un juez.
- Cuando lo que se desea es sentar un precedente legal.
- Cuando una de las partes está ausente o incapacitada.
- Cuando una de las partes no tiene interés en llegar a un acuerdo.
- Cuando ninguna de las partes está en condiciones de considerar la posibilidad de una avenencia.
- Cuando la lentitud del procedimiento judicial favorecerá mucho por lo menos a una de las partes.
- Cuando el actor quiere obtener —como si se tratara de una lotería con premio— sumas colosales.
- Cuando la controversia involucra un delito de acción pública o violencia o malos tratos a menores.

[9] Los conceptos que siguen están tomados del *Manual de mediación*, ob. cit. en nota 4. Ver también LOVENHEIM, Peter: *Mediate, don't litigate: how to resolve disputes quickly, privately, and inexpensively without going to court*, Nueva York, 1989, Capítulo II; PEACHEY, Dean E.: *What people want from mediation*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 300/321.

- Cuando está involucrado el orden público y la jurisdicción de un tribunal es esencial.

Si el facilitador detecta que la mediación no puede lograr el objetivo que se busca o es inadecuada al caso, dadas sus propias limitaciones, debe reconocerlo y recomendar se radique la causa en un tribunal o se busque a un tercero que decida sobre la legitimidad de las pretensiones y los reclamos.

7. *Criterios para la derivación judicial de los casos*[10]

Cuando corresponde a los tribunales seleccionar cuáles son los casos o categorías de casos para las cuales se ofrece la mediación debido a la falta de recursos, tal selección debe realizarse sobre la base de criterios claramente establecidos.

Dichos criterios pueden incluir lo siguiente:

a) Existe un alto grado de probabilidad de que la mediación tenga éxito en los casos en particular o en categorías de casos en cuanto a la cantidad y la calidad de los acuerdos.

b) Aun cuando la probabilidad de éxito de la mediación no sea alta en un caso en particular o en una categoría de casos, la continuación del proceso judicial podría perjudicar a terceros, o la disputa afecta a importantes relaciones continuas, o la causa, en caso de no ser sometida a mediación, podría llegar a requerir de una participación prolongada del tribunal.

Las siguientes consideraciones pueden influir en contra, a fin de considerar el caso inadecuado para ser derivado a mediación:

a) Cuando existe la necesidad de sanción pública de una conducta.

b) Cuando reiteradas violaciones de leyes y reglamentos requieren ser tratadas de manera colectiva y uniforme.

[10] Normas recomendadas, cit. en nota 3.

c) Cuando una parte o las partes no pueden negociar de manera eficaz por sí mismas o con asesoramiento legal.

8. *Momento procesal para la derivación judicial de casos*[11]

Aun cuando el tiempo para la derivación a mediación pudiera variar según la clase y las necesidades del caso en particular, la derivación debe realizarse lo antes posible a partir de que las partes puedan realizar una elección informada sobre su participación en la mediación.

Los tribunales deben brindar la oportunidad, de manera ininterrumpida, para que tanto las partes como los jueces puedan determinar el tiempo apropiado de derivación de un caso a mediación.

Si un caso ha sido derivado a mediación con carácter obligatorio, las partes pueden hacer consideraciones sobre el momento en que la causa debe ser sometida a tal procedimiento, pero es el tribunal mismo quien debe hacer la determinación final sobre cuál es el tiempo apropiado para tal derivación.

Los tribunales deben establecer plazos límites probables para el proceso de mediación, los que pueden ser prorrogados por el tribunal si las partes demuestran que la continuación del procedimiento contribuirá a la resolución del conflicto.

9. *La cuestión del equilibrio de poder entre las partes*[12]

Las partes a veces llegan a la mediación en situación de desigualdad relativa de poder, pudiendo entenderse que no debe

[11] Normas recomendadas, cit. en nota 3.

[12] DAVIS, Albie M.; SALEM, Richard A.: "Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes", en *Mediation Quarterly* nº 6, San Francisco, 1984 (el trabajo está traducido bajo el título de "Tratamiento de los desequilibrios del poder en la mediación de disputas interpersonales", en *Revista Libra*, nº 4, pp. 35/44, con una presentación de ÁLVAREZ, Gladys Stella: *La mediación, una forma de nivelar el poder de las partes*; también tratan el tema LOVENHEIM, Peter: *Mediate, don't litigate: how to resolve disputes quickly, privately, and*

iniciarse o, en su caso, continuarse con la mediación, si las fuerzas no están equilibradas o no son equilibrables.)

(El tema preocupa profundamente a los profesionales mediadores y hay diferentes opiniones sobre cómo tratarlo, ya que algunos piensan que intentar mediar con uno de los oponentes demasiado pobre o débil es como llevar a un cordero al sacrificio; para otros, por el contrario, la mediación tiene una amplia protección para la parte más débil: la voluntariedad que hace que cualquiera de las partes pueda levantarse e irse si no se siente adecuadamente posicionada; la posibilidad de que un letrado vea el acuerdo antes de firmarlo la parte; o la eventualidad de que quien así lo desee pueda acudir a la audiencia acompañado por un amigo, un familiar u otra persona de confianza; entre otras.)

Por cierto que las diferencias en el poder relativo de las partes podrían impactar negativativamente sobre la calidad del procedimiento y la del acuerdo. Sin embargo, hay quienes recomiendan especialmente a la mediación como un método para resolver conflictos que tiene particular eficacia en casos de desequilibrio de poder por su propia potencialidad igualadora: aunque en casos extremos, el mediador debe considerar dar por finalizado su cometido cuando una parte se ve intimidada o tan desinformada que puede llegar a aceptar cualquier propuesta.

El mediador no puede perder su neutralidad favoreciendo a la parte que advierte en desventaja, por lo que su modo de mantener un ambiente adecuado, en el que se pueda arribar a un acuerdo justo, podrá ser aconsejando a ambas partes que se asesoren jurídica o técnicamente, indicándoles que busquen más información fáctica o recomendándoles acudan con patrocinio letrado si no lo tienen.

Obviamente, existen ciertos límites, ya que una diferencia no balanceada puede llevar a que la parte débil acepte acuerdos extremadamente injustos. Además, debe cuidarse la seguridad

inexpensively without going to court, Nueva York, 1989, Capítulo II; y BUSH, Robert A. Baruch - FOLGER, Joseph P.: *The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition*, San Francisco, 1994, pp. 20/22, 79/104, 191/208 y 229/259.

de los participantes si el desequilibrio de fuerzas es físico y existe violencia y estado de peligro personal. Los mediadores deben estar especialmente capacitados para detectar los casos extremos y poder trabajar sin riesgos, cómoda y responsablemente con y dentro de estos conflictos, debiendo tener estricto control del proceso. Si establecen las reglas básicas, pueden ser imparciales ante las partes y, al mismo, tiempo condenar los actos de violencia y declarar que la seguridad física no es negociable.

No puede decirse que la cuestión del desequilibrio de poder esté definitivamente resuelta y archivada. Debe ser encarada en cada mediación. Afortunadamente, y desde cierto punto de vista, la mediación, quizás más que cualquier otro modo de resolución de conflictos, está adecuadamente equipada para manejar los desequilibrios de poder, pues constituye una opción que permite dar poder al más débil, por lo que debe estar disponible para el mayor número posible de personas.

En definitiva, la mediación ofrece, más allá de los remedios legales, la posibilidad de que las partes recuperen su poder y construyan un modelo propio de resolución de conflictos; mas, si no puede lograrse una virtual equiparación, debe suspenderse el procedimiento.

10. *La mediación como una negociación colaborativa facilitada por un tercero*[13]

10.1. La negociación colaborativa[14]

En principio, la negociación colaborativa se compone de cinco pasos.

[13] Los conceptos que siguen están tomados del *Manual de mediación*, cit. en nota 4.

[14] El método es creación de la Escuela de Negociación de Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. Su expresión básica se encuentra en el trabajo de Fisher, Roger; Ury, William: *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, publicado por primera vez en Boston, en 1981. Fisher, Roger; Ury, William; Patton, Bruce: *Getting to yes*, 2ª ed., EE.UU., 1991. En versión española apareció como Fisher, Roger; Ury, William: *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Colombia, 1985. Ha sido seguido y difundido por gran cantidad de autores, pudiéndose mencionar como obras principales: Ury, William

Quienes llegan a una instancia de negociación, generalmente tienen posiciones o posturas asumidas respecto a cómo quisieran que se resolviera ese conflicto.

Si bien las posiciones son, en parte, reflejo de sus intereses, no constituyen sus intereses, sino más bien el lugar desde donde cada uno piensa que puede protegerlos o defenderlos mejor.

Además, como en una situación de negociación se presupone que hay un choque de voluntades, las situaciones de negociación generalmente se realizan dentro de un esquema competitivo, en los términos ganar-perder, pensando que sólo se puede ganar avanzando, tomando lo que el otro pretende, haciéndolo perder.

Esta doble asunción, que las personas negocian desde posiciones y que se manejan dentro del esquema ganar-perder, son el punto de partida de la teoría de la negociación colaborativa, que contrapone a la negociación basada en posiciones, la negociación basada en intereses.

El método puede dividirse en tres grandes etapas:

1) La *primera etapa* es de ampliación del campo de negociación. Comprende los dos primeros pasos:
   a) El primer paso, es lograr pasar de las posiciones a los intereses reales de las partes. Los intereses son mucho más amplios que las posiciones, por lo que se trata de explorar cuáles son y trabajar sobre ellos para entenderlos.
   b) Una vez que los intereses emergen y se han analizado exhaustivamente, hay una serie de métodos para generar opciones. El más común es el del "torbellino de ideas". El objetivo es que, sobre la base de los intereses, se puedan generar distintas aproximaciones a una solución al problema.

L.: BRETT, Jeanne M., y GOLDBERG, Stephen B.: *Getting Disputes Resolved. Designing systems to cut the costs of conflict*, 1988. URY, William L.: *Setting past No: negotiating with difficult people*, 1991. FISHER, Roger; BROWN, Scott: *Getting together: Building relationships as we negotiate*, 1988. La adopción en materia de mediación puede encontrarse en GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.: *Dispute Resolution*, 1992; SINGER, Linda R.: *Settling Disputes. Conflicts Resolution in Business, Families and the Legal System*, 1990.

52

2) La *segunda etapa* consiste en fijar los límites del campo que se ha abierto y abarca los pasos tres y cuatro.

c) Encontrar *standards* o criterios objetivos, independientes de la voluntad de los individuos (valor de mercado, estadísticas) a fin de poner límites externos al campo de la negociación.

d) Encontrar la "mejor alternativa al acuerdo negociado" (MAAN), es decir, la mejor solución que cada uno tiene fuera de la negociación, para la preservación de sus intereses si no llega a un acuerdo. Esa alternativa importa un límite subjetivo, pues obliga a cada uno a reflexionar sobre qué va a hacer en el supuesto de levantarse de la mesa de negociación.

3) Una vez que se ha ampliado en lo posible el campo de la negociación —porque se han contemplado los intereses y generado opciones— y luego de establecidos los límites objetivos y subjetivos de cada una de las partes, es posible generar propuestas para lograr un acuerdo.

Si no hay acuerdo, cada parte recurrirá a su mejor alternativa. Si el acuerdo se logra, lo que cada parte obtiene debe estar por encima de esa alternativa para que la negociación sea ventajosa.

En síntesis, quien pretenda tener éxito en una negociación debe poder:

- separar las personas del problema;
- centrarse en los intereses y no en posiciones;
- trabajar junto al otro para crear opciones que puedan satisfacer a ambas partes;
- negociar con gente que tiene más poder, que no acepta las reglas o que recurre a trucos sucios.

Tengamos presente que existen intereses opuestos, comunes y diferentes.

- Intereses *opuestos*, son aquellos en los que todo lo que se lleva uno, lo pierde el otro, y la única manera de congeniar las aspiraciones de las partes es partiendo las diferencias;[15]

[15] Por ejemplo la cantidad de dinero a dar y recibir en una operación de compraventa.

- intereses *comunes* son aquellos que ambas partes comparten y en los que coinciden que son objetivos a alcanzar para ambos frente al conflicto;[16]
- intereses *diferentes* son aquellos que se apoyan en visiones, expectativas, deseos o modos de encarar la realidad que son propios de cada una de las partes en un conflicto y que responden a su personal y única vivencia de la realidad.[17]

Desde un punto de vista estrictamente analítico, todo acuerdo negociado se basará en la potenciación de los intereses *comunes*, en la transacción sobre los intereses *opuestos* y en lograr la mayor satisfacción posible de los intereses *diferentes* que cada una de las partes tiene.

[16] Por ejemplo llegar a un acuerdo, no ir a juicio, proteger los intereses de un tercero, preservar la imagen de ambos, etcétera.

[17] A uno le interesa la imagen, a otro el dinero; uno quiere ahorrar tiempo, el otro quiere pagar menos, etcétera.

ALGUNOS ELEMENTOS BÁSICOS DE LA NEGOCIACIÓN

(The Coleman Group, Intl.)

POSICIÓN
INTERÉS O NECESIDAD
SENTIMIENTOS

NIVELES DE INFORMACIÓN

VALORES

CLIMA

Técnica del *REPLANTEO*

- Sólo sobre los intereses.
- Apunta al cambio de clima.
- Da lugar a la generación de opciones.

ESTILOS de NEGOCIAR

(The Coleman Group, Intl.)

A	E	I	O	U
ATACAR	EVADIR	INFORMAR	ABRIR (Open)	UNIR
Amenazar Insultar *Criticar* Culpar Subestimar Interrumpir * Ignorar	* *Cambiar de tema* Posponer	*Posición* Necesidad Sentimiento	Escuchar atentamente Preguntar s/n juzgar Resumir s/n aceptar	• Aumentar el entendimiento mutuo • Buscar los puntos en común • Formular el replanteo • Realizar el "Brainstorming" • Elegir propuestas de acuerdo mutuamente satisfactorio

10.2. La mediación como negociación colaborativa facilitada

En general y salvo casos especiales, colaborar o cooperar se torna difícil para las partes en conflicto, quienes repiten conductas y actitudes competitivas, evasivas y hasta acomodaticias, antes que colaborativas.

Aparece, en consecuencia, la necesidad del mediador, tercero que —cuando debidamente entrenado en técnicas de negociación colaborativa basada en los intereses— puede intervenir durante todo el procedimiento para generar una conducta colaborativa entre las partes.

De ahí que pueda caracterizarse a la mediación, en tales casos, como una negociación colaborativa basada en los intereses, facilitada con la ayuda de un tercero, que como método de resolución alternativa de disputas procura, en general, el mayor grado de satisfacción de los intereses y necesidades de todas las partes involucradas en un conflicto.

Es importante señalar que los conceptos que se utilizan en el ámbito de la negociación son aplicables al trabajo del mediador, cuya tarea consiste en hacer de "facilitador" de la comunicación y la negociación entre las partes en conflicto. Esto quiere decir que el mediador tratará de ayudar a que los involucrados en una disputa se conviertan en negociadores reflexivos y razonables y puedan intercambiar datos e ideas sobre la base de sus intereses, comunicándose sin interferencias.

Los intereses son aquellas cosas que les importan a las personas e involucran no sólo aspectos cuantitativos, monetarios, materiales y prácticos, sino también cuestiones de imagen, prestigio, temores, expectativas y de relación. Elementos de seguridad, reconocimiento, pertenencia, bienestar y control, subyacen, generalmente, por debajo de las posturas de cada parte.

El mediador utilizará diversas tácticas para hacer emerger esos intereses, pero básicamente será interrogando con el recurso a preguntas abiertas y el planteo de situaciones hipotéticas. Las partes deberán sentirse escuchadas y entendidas para poder

mostrar cuáles son sus verdaderos intereses en el conflicto en cuestión.

Una vez identificados los intereses, se podrá ir haciendo una lista decreciente, de más importante a menos importante —si es posible, junto con la parte— a fin de explorar cuál es la relación de esos intereses con las posiciones adoptadas, induciendo a cada participante a mirar "desde afuera" el problema y a reflexionar sobre él como si fuera de otro.

Probablemente, las partes advertirán que las posiciones expuestas al inicio no expresan adecuadamente la defensa de sus intereses más vitales; o que han puesto demasiada energía en reclamar por intereses que están en niveles inferiores de importancia.

El mediador intentará también que cada parte entienda y pueda evaluar correctamente los intereses de la contraria. La técnica más usual es inducirla a ponerse en los zapatos del otro y —desde esa posición— hacer una lista de sus intereses.

11. *El mediador*[18]

Si bien se habla en singular del mediador, no existe un solo tipo de mediador. En el mito de la mediación, hay un mediador genérico, aunque con diferentes características y estilos. En realidad, la comunidad de mediadores está formada por diversidades, pues los mediadores no constituyen un grupo homogéneo.

(No obstante, se ha llegado a la conclusión que existen tres tipos básicos de mediadores:

1) *Quienes actúan como promotores públicos y constructores del área:* Se trata de quienes son públicamente conocidos por la promoción de la mediación como sistema para resolver conflictos. Estos mediadores escriben y hablan de la mediación, con llegada a grandes auditorios, por lo que son los voceros del método, de sus propósitos y su justificación.) Promueven a la

[18] Kola, Deborah M., y asoc.: *When talk works: profiles of mediators*, San Francisco, 1994, pp. 459/465.

mediación como alternativa legítima y creíble, por ser menos costosa, más eficiente, equilibradora de poder, transformadora de las relaciones personales y solucionadora de problemas. Sus puntos de vista y su ubicación en las primeras filas ante los terceros justifican el trabajo de los demás mediadores, por lo que contribuyen en forma significativa a la expansión del área. Su función principal es "vender" la mediación a los potenciales usuarios que originariamente puedan ser escépticos y hasta hostiles.

(2) *Quienes practican y ejercen la mediación como forma de vida de tiempo completo:* Se trata de profesionales que se ganan la vida como mediadores, sea en una práctica pública o privada.) Aunque ocasionalmente hablan o escriben sobre su experiencia, su preocupación se centra en las cuestiones relativas al campo laboral, conseguir clientes o su imagen en el mercado. Los que ejercen en privado, deben legitimarse y ser creíbles, "venderse" a sí mismos, al mismo tiempo que a sus servicios; al contrario, los que ejercen en contextos institucionales tienen más casos de los que pueden manejar y su preocupación muchas veces ronda por interrogarse sobre si a alguien le importa realmente lo que hacen. Todos enfrentan el desafío propio de la práctica, especialmente el de llevar a las partes recalcitrantes a un difícil acuerdo, y hay gran debate sobre cómo debe hacerse la tarea.

(3) *Quienes ofician de mediadores pero sin considerarse ni ser profesionales de la mediación:* Existen quienes median desde afuera de la profesión. Son abogados, funcionarios, políticos o diplomáticos que utilizan y practican nuevas formas de facilitación. Utilizan ciertas técnicas y dan nuevo lustre a la profesión, al servir propósitos nobles como la paz mundial y la armonía social.) Ello aprovecha a los mediadores comunes, pero a la vez trae cierta confusión, pues estos interventores en los conflictos llevan su propia agenda, además de atender a las de las partes, al estar interesados en desarrollar las instituciones y ciertos mecanismos y ambiciones de propia imagen y afirmación de autoridad que excede la de un mediador profesional. De ahí que los ajenos muchas veces queden desilusionados con actuaciones que no siempre pueden calificarse de esfuerzo colaborativo o que a menudo carecen de efectos concretamente

vislumbrables. Si estos facilitadores fracasan, puede producirse un impacto negativo sobre la profesión; si tienen éxitos rotundos, esto se refleja con energía favorable y da a todos un sentido de trascendencia.[19]

12. *Tipos de tácticas que utiliza un mediador*[20]

Las tácticas a utilizar por el mediador son de diversa índole. Se las ha identificado como de tres tipos:

1) *Reflexivas:* Se refieren a la orientación del mediador hacia la disputa y a crear las bases de su concreta actividad en una determinada disputa. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, tratar de hablar el mismo lenguaje que las partes; crear el clima adecuado y de buena imagen del mediador; permitir que los intervinientes ventilen emociones; mantener la discusión enfocada en los temas relevantes; o evitar aparecer como parcial hacia alguna de las partes, especialmente en las audiencias conjuntas.

2) *Sustantivas:* Se refieren a las cuestiones contenidas en el fondo de la disputa. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, la posibilidad de sugerir algún punto de acuerdo; tratar de modificar las expectativas de los participantes; tratar de que las partes entiendan que están fuera de la realidad; lograr situaciones en que las partes puedan mantener la propia imagen no obstante estar haciendo importantes concesiones; hacer surgir argumentos que permitan a los participantes presentar los posibles acuerdos a sus superiores o familiares; o intentar sacar a las partes de posiciones en que se encuentran enquistadas.

3) *Contextuales:* Se refieren a la facilitación del proceso de resolución de la disputa. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, crear un clima de confianza con el mediador y entre las partes; usar el humor para alivianar las tensiones; clarificar los inte-

[19] Por ejemplo, el Presidente de una Nación que esté oficiando de mediador en conflictos internacionales entre otros países o comunidades o quien pretenda modificar la forma en que los que viven en las calles interactúan entre sí.

[20] CARNEVALE, Peter J. D. - LIM, Rodney G. - MCLAUGHLIN, Mary E.: *Contingent mediator behavior and its effectiveness*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 213/223.

54

reses y necesidades de cada parte) clasificar los temas de conformidad a prioridades; dejar traslucir agrado cuando las partes progresan; intentar obtener acuerdos parciales sobre cuestiones menores; o simplemente, dar a los interesados la impresión que se puede llegar a un punto muerto, a fin de instarlos a llegar a compromisos.

13. *Características de un mediador eficiente* [21]

El mediador perfecto debería poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.

(Las principales cualidades que se predican del mediador son:

1) *Neutralidad:* La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia.

2) *Capacidad para abstenerse de proyectar su propio juicio:* El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.

3) *Flexibilidad:* Debe estimular la fluidez en las comunicaciones.

4) *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.

(5) *Paciencia:* Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.

6) *Empatía:* El mediador debe de ser capaz de valorar las percepciones, miedos e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.

[21] *Manual de mediación* cit. en nota 4; STULBERG: ob. cit. en nota 4, revisado por PRESS, Sharon; LOVENHEIM, Peter: *Mediate, don't litigate: how to resolve disputes quickly, privately, and inexpensively without going to court*, Nueva York, 1989, Capítulo III.

7) *Sensibilidad y respeto:* El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.

8) *Oyente activo:* Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos.

9) *Imaginativo y hábil en recursos:* Es importante que el mediador tenga capacidad de aportar y generar ideas nuevas.

10) *Enérgico y persuasivo:* A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr flexibilidad en las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.

11) *Capacidad para tomar distancia en los ataques:* Si alguna de las partes hace un comentario despectivo o agresivo hacia el sistema de mediación o hacia el mediador, es conveniente no actuar a la defensiva, de lo contrario se estableceria una nueva disputa.

12) *Objetivo:* El mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.

13) *Honesto:* No debe prometer a las partes algo que no pueda cumplir.

14) *Digno de confianza para guardar confidencias:* Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así.

15) *Tener sentido del humor:* Es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable.

16) *Perseverante:* Cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.)

ACTITUD del MEDIADOR

NEUTRAL - ESCUCHA ATENTO y ACTIVO
FLEXIBLE - RECEPTIVO - CONDUCTOR
IMAGINATIVO - RESPETADO

- Posturas Corporales
- Tono de Voz
- Gestualidad
- Miradas

- Clima y Desarrollo de la Mediación

14. *Necesidad de entrenamiento*

El mediador no se improvisa. Quien intente conducir un proceso de resolución de conflictos como el de mediación, debe capacitarse para ello.

Aun quien tenga condiciones personales, como ser aptitud para comunicarse, habilidades naturales para la negociación, capacidad para reducir la tensión emocional, paciencia, actitud escucha, disposición abierta para aceptar diferentes estilos de vida, u otras muchas, debe capacitarse con la ayuda de entrenadores, a fin de incorporar una variedad de técnicas, destrezas, habilidades e información adquiridas y desarrolladas por quienes tienen experiencia debido a sus vivencias anteriores.

No es nada fácil ser mediador. La mediación involucra mucho más que solamente juntar a las personas y hacerlas hablar sobre su problema, por lo que se requiere de un adecuado adiestramiento para dominar las reglas y técnicas de la facilitación, para conocer las propias fuerzas y flaquezas; desarrollando los aspectos positivos y superando los negativos, experimentando conductas. El mediador debe motivar sin manipular, halagar sin coercionar, debe tratar de crear dudas en la mente de cada parte a fin de que ésta pueda ver las debilidades de su propia posición para abrirse hacia un acuerdo y para todo esto debe aprender a escuchar activamente, a interrogar, a parafrasear, a transformar el lenguaje en neutral, etcétera.

El mediador trabaja para ayudar a las partes a:[22]

- descubrir los verdaderos temas involucrados en el conflicto;
- entender la diferencia entre lo que quieren y lo que necesitan;
- entender los deseos y las necesidades de la otra parte;
- considerar realísticamente las opciones posibles.

En el entrenamiento se enseña a resolver algunos de los problemas frecuentes que se le pueden presentar al mediador en el transcurso del procedimiento, por ejemplo, cómo actuar cuando siente que puede haber perdido la neutralidad y se ve

[22] LOVENHEIM, ob. cit. en nota 21.

55

en situación de estar aconsejando a alguno, cuando se siente atraído por una de las partes, cuando las partes le están exigiendo que defina las cuestiones sin participar activamente por sí mismas, cuando se encuentra actuando conforme a su propio esquema de ideas personal sin tomar en cuenta la visión de las partes, cuando aparece un desborde de las emociones y sentimientos de las partes, cuando las partes atacan al mediador, cuando se nota a sí mismo más preocupado por llegar rápidamente a un acuerdo en lugar de que sean las partes quienes exploren y clarifiquen los asuntos a fin de llegar a resultados mutuamente satisfactorios, etcétera.

ALGUNAS SITUACIONES DIFÍCILES EN LA MEDIACIÓN

AGRESIVIDAD
DESINTERÉS
DESBALANCES DE PODER
OCULTAMIENTO
FALSEDADES
DILACIONES
DESCONFIANZA
DESINFORMACIÓN

RECORDAR LAS REGLAS DEL JUEGO...

- Comportamiento
- Funcionamiento

☞ ***INFORMACIÓN***

MANEJO DEL TIEMPO

CORTAR LA MEDIACIÓN

15. *El rol transformador de la mediación*[23]

La mediación tiene la potencia de transformar a las partes en conflicto y a la sociedad, llevando hacia un mundo en que la vida de la comunidad sea más rica.

La premisa del valor transformativo de la mediación le otorga a este método de resolución de disputas una función originadora de crecimiento moral en las personas y en la población en general. Más allá de satisfacer los intereses y necesidades de las partes individuales en conflicto, o de que éstas arriben a su propia justicia para el caso, la mediación logra que las personas sepan encarar mejor sus problemas y los aprendan a resolver de un modo creativo y pacífico, por lo que, consecuentemente, no sólo cambia la situación particular de las personas, sino a las personas mismas. Bajo estos parámetros, la meta de la mediación es la de lograr un mundo mejor.

Por ello, el futuro de este modo de resolver controversias es promisorio, no sólo para los concretos particulares en conflicto, sino también para la sociedad toda.

[23] BUSH, Robert A. Baruch - FOLGER, Joseph P.: *The promise of mediation: Responding to conflict through empowerment and recognition*, San Francisco, 1994, pp. 20/22, 79/104, 191/208 y 229/259.

Capítulo IX

Lineamientos de procedimiento en la mediación

SUMARIO: *1.* Las ventajas de una estructura en el procedimiento de la mediación. *2.* El significado de la palabra "procedimiento" en mediación. *3.* El control del procedimiento. *4.* La mayor o menor informalidad en la mediación. *5.* La agilidad y rapidez del procedimiento. *6.* La actividad del mediador según los diversos momentos del procedimiento. *7.* Tareas a desarrollar por el mediador. *8.* Distintos modelos y enfoques para encarar la mediación. *9.* Roles del mediador. *10.* Variables que influyen en la actividad del mediador. *11.* Determinación del cometido del mediador. *12.* Finalización de la mediación.

1. *Las ventajas de una estructura en el procedimiento de la mediación*

No obstante que se trata de un método informal, existe una estructura en el procedimiento de la mediación. Es importante para el mediador señalar las reglas a que se ajustarán las partes y él mismo, para luego seguirlas y cumplirlas. Muchas veces, le será necesario recordarlas a los intervinientes, cuando ello convenga para calmar los ánimos y prevenir la escalada en el conflicto. El propio procedimiento funcionará entonces como una herramienta más en manos del mediador.

La mediación brinda un escenario donde las partes pueden relatar los hechos tal como los ven, presentar su posición, expresar sus sentimientos, intercambiar información, comunicarse y arribar a un acuerdo, todo ello en presencia de un tercero neutral quien escucha atentamente y participa de acuerdo a su papel. El procedimiento brinda una forma ordenada y contenida para satisfacer estas necesidades y está diseñado para lograrlo.

En el procedimiento se reconocen diversas etapas, fases o estadios. Cuáles son las etapas y qué contiene cada una no es algo fijo, pues cada mediador estructura el procedimiento a su medida, utiliza los pasos con los que se siente cómodo. No obstante, una vez establecidas las reglas de actuación, las cumple —y las hace cumplir por las partes— estrictamente en ciertos aspectos como por ejemplo, la necesidad de dejar hablar y no interrumpir debido al tratamiento que merecen y deben darse las partes, el pasaje de las frases hirientes a lenguaje neutral, etcétera.

Como el mediador no tiene poder sobre las partes, el procedimiento es su única arma; y a ella debe acudir cuando los ánimos se caldean.

El proceso de la mediación mantiene una secuencia, en tanto cada paso lleva al próximo; así es que el proceso es cíclico y se va reforzando a sí mismo.[1]

Por ello, el reconocimiento de la existencia de etapas no quita que el mediador pueda volver atrás y repetir o modificar ciertos pasos, ya que la flexibilidad de la mediación lo permite. Las circunstancias determinan si es necesario utilizar todas las etapas, cuánto dura cada una, si se repiten y el orden en que deben sucederse.

El procedimiento mismo de la mediación es importante y característico de la institución, porque está diseñado (o cada mediador lo diseña) teniendo en cuenta el modo de garantizar la participación igualitaria de las partes, de permitirles expresarse y defender sus intereses sin poner en peligro los de los demás, debiéndose a estos efectos establecer una relación de respeto y comunicación suficiente como para posibilitar una solución verdaderamente aceptable para todos los intervinientes.

Inclusive, cabe aclarar que el objetivo primordial de la mediación no es el acuerdo, sino brindar un proceso en que las partes puedan comunicarse, explorar el conflicto y darse cuenta de las distintas opciones para solucionarlo, si es que éstas existen. Lo menos que habrán logrado del procedimiento de mediación habrá sido comprender mejor su conflicto. Además, aunque el resultado del acuerdo no sobrevenga en tal momento, quizá pueda llegar después, a lo que habrá contribuido la mediación.

2. *El significado de la palabra "procedimiento" en mediación*[2]

Los mediadores utilizan la palabra "procedimiento" con dos significados diferentes:

[1] ROGERS, Nancy H.; SALEM, Richard, A.: *A student's guide to Mediation and the Law*, Nueva York, 1987, pp. 7/39.

[2] ACLAND, Andrew Floyer: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990, pp. 193/194.

a) para indicar la serie o conjunto de actos o de fases en la evolución de la mediación, hasta llegar a su culminación;

b) para indicar el carácter, los medios y el método con que esos actos se llevan a cabo.

Este segundo significado reviste la mayor importancia en la mediación, pues el mediador tiene la responsabilidad de la conducción del procedimiento en cuanto a:

- cómo se comunican los protagonistas;
- cómo se expresan;
- cómo abordan los problemas;
- cómo se tratan entre ellos;
- cómo presentan nuevas ideas;
- cómo elaboran propuestas;
- cómo llegan a un acuerdo.

Resulta claro, en consecuencia, que la noción de "procedimiento" excede de la clásica que, en principio, se refiera a actos o fases hasta llegar a la culminación de un proceso.

3. *El control del procedimiento*

El motivo por el que participa el mediador es justamente para ayudar a las partes a discutir sus problemas. La discusión de los problemas es propia de los protagonistas. La forma en que se discuten —cómo se discuten— es de incumbencia del mediador y forma parte del procedimiento.

Por ello, en tanto en la negociación las partes controlan el procedimiento y la solución, en la mediación mantienen el control de la solución, pero ceden al mediador el control del procedimiento.[3]

4. *La mayor o menor informalidad en la mediación*

La mediación es flexible y éste es uno de sus valores. Por ello, la mediación puede ser:[4]

[3] GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy, H.: *Dispute Resolution*, 1992, pp. 3/6.

[4] ACLAND: ob. cit. en nota 2, pp. 42/43.

57

a) *Formal:* Por ejemplo, para resolver una disputa entre dos hombres de negocios o una compleja controversia entre muchas partes.
b) *Menos formal:* Como un método para discutir problemas conflictivos dentro de una organización o una disputa vecinal en una comunidad.
c) *Informal:* Como un medio cotidiano de afrontar los problemas de las personas, discusiones de poca monta en la oficina o disputas familiares.)

El grado de formalidad será determinado por la situación y las partes implicadas, las que para una mediación formal pueden, inclusive llegar a suscribir un acuerdo de mediación, sentando las bases del proceso a llevar a cabo, para el que las propias partes pueden acordar algunos aspectos o modalidades.

De todos modos, aun cuando el proceso fuera el más formal, el mediador no debe lograr un clima similar al de un tribunal de justicia, sino crear una atmósfera adecuada para la negociación y para motivar en las partes una intención favorable a la resolución de su conflicto.[5]

5. *La agilidad y rapidez del procedimiento*

(Cuando hablamos de un procedimiento, para más dividido en etapas, no debemos imaginar algo parecido al juicio ante un tribunal, ya que todas las etapas pueden cumplirse en un solo día; inclusive en un par de horas; o a lo sumo, en pocas semanas.) La concreta dimensión del término de una mediación dependerá de la envergadura del caso, cantidad de partes o urgencia que tengan en resolverlo, pero el tiempo siempre será breve.

La mención de las fases de la mediación se hace en base al conocimiento de la dinámica del conflicto y de una negociación exitosa, por lo que las etapas se van sucediendo ininterrumpidamente en una continuidad que las hace parte de un todo único.

(En definitiva, la mediación siempre constituye un proceso rápido y continuo.)

[5] SANDER, Frank E. A.: Harvard Law School, "Mediation Workshop", 1993.

6. *La actividad del mediador según los diversos momentos del procedimiento*

El mediador debe estar atento a la dinámica del conflicto que tiene ante él, pues los diversos estadios de la mediación y el diseño de sus intervenciones deben ser adecuados al estado de desarrollo del conflicto; muchas veces es difícil identificar la fase en que se encuentra la disputa, pues la interacción es continua. No obstante, se entiende que el desarrollo de las negociaciones y su consecuente facilitación por el mediador sigue un esquema de movimiento de acuerdo a situaciones críticas que, en concordancia a la observación de los investigadores, los contendientes experimentarán.[6]

(Pese a que la clasificación en etapas es variable, las tareas del mediador pueden dividirse en dos categorías básicas:

1) el trabajo de prenegociación y preparación que realiza antes de reunirse con las partes en sesión de mediación, y

2) la actividad a desplegar una vez que el mediador ha entrado formalmente en la mediación.

Para algunos,[7] los estadios de la mediación son tres, aunque luego se subdividen:

- *Estadio 1* — Montaje del escenario:
  a) clarificar las reglas de juego;
  b) recolectar información, y
  c) ejercer control social.
- *Estadio 2* — Solución de problemas *(problem solving)*:[8]
  a) plantear los puntos a discutir;
  b) generar alternativas, y
  c) tratar de mejorar el clima interpersonal.
- *Estadio 3* — Logro de un acuerdo viable:
  a) instar al acuerdo;

[6] MOORE, Cristopher: *The mediation process*, San Francisco, 1986. The National Judicial College, *Dispute Resolution*, 1991.

[7] PRUITT, Dean G.; Mc GILLICUDDY, Neil B.; WELTON, Gary, L.; RICKFRY, William: *Process of mediation in dispute settlement centers*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 376/384.

[8] El tema es equivalente a la noción de negociación colaborativa.

b) insistir en el acuerdo, y
c) sugerir métodos de implementación.

Llegado el momento, el mediador diseñará una hipótesis de trabajo, utilizará estrategias apropiadas y ejecutará los movimientos específicos que correspondan. Los movimientos del mediador tienen una secuencia y desarrollo y el objeto de sus intervenciones es asistir a las partes a que cumplimenten tareas específicas en tiempos prefijados del proceso de negociación. Si una tarea a realizar por las partes —solas o con ayuda del mediador— queda incompleta, las más de las veces aparecerán serias dificultades para proseguir y pasar al estadio siguiente de la negociación. Aunque los mediadores efectúan una variedad de intervenciones para ayudar a las partes a progresar en la negociación, sus movimientos no serán idénticos en todos los casos; aunque hay comportamientos y movimientos habituales, el mediador tendrá que modificar su actividad de acuerdo a las variables que presente cada caso.[9]

(En líneas generales, en el procedimiento de la mediación pueden encontrarse los siguientes pasos:

- *Paso 1:* Preparación de la mediación.
- *Paso 2:* Presentación de las reglas a que se sujetará la mediación.
- *Paso 3:* Narración de hechos e identificación de problemas.
- *Paso 4:* Detección de intereses y necesidades.
- *Paso 5:* Replanteo.
- *Paso 6:* Generación de opciones.
- *Paso 7:* Selección de opciones.
- *Paso 8:* Propuestas.
- *Paso 9:* Convenio.
- *Paso 10:* Seguimiento y evaluación de la mediación.

A efectos didácticos y de comprensión del procedimiento, puede dividirse éste en cuatro etapas, de acuerdo al siguiente esquema:

[9] MOORE: ob. cit. en nota 6.

ETAPAS DE LA MEDIACIÓN

Etapa I:

Organizar la mediación

Etapa II:

Comprensión de la Perspectiva de las Partes
Clarificación de Intereses y Necesidades

Etapa III:

Replanteo
Generación de Opciones

Etapa IV:

Lograr un acuerdo

Lo importante es el esquema y la noción de que se trata de un procedimiento flexible aunque estructurado, que va avanzando hacia la meta en forma planificada y no necesariamente la exacta determinación de las etapas. Ello, en tanto hay mediadores que dividen a cada una de las indicadas etapas en varias y otros que las unifican para considerar dos o más conjuntamente como una sola; o que, siguiendo distintas metodologías y escuelas, saltean ciertos pasos o agregan otros.

7. *Tareas a desarrollar por el mediador*

La tarea comprende innumerables aristas, habiéndose identificado como situaciones críticas a ser resueltas:[10]

1) *Contactos iniciales con las partes en conflicto:*
   - tomar contacto inicial con las partes;
   - ganar su confianza;
   - establecer con ellas una relación armoniosa;
   - instruir a las partes sobre el proceso;
   - promover su compromiso con el procedimiento.

2) *Selección de una estrategia para conducir la mediación:*
   - ayudar a las partes a evaluar diversos modos de aproximarse al manejo y resolución de su disputa;
   - ayudar a las partes a seleccionar un modo de resolución de su disputa;
   - coordinar los modos de aproximación al manejo de su disputa elegidos por cada parte.

3) *Recolección y análisis de antecedentes:*
   - recolectar y analizar datos relevantes sobre las personas, la dinámica y la sustancia del conflicto;
   - verificar la corrección de los datos;
   - minimizar el impacto de datos incorrectos o no disponibles.

[10] MOORE: ob. cit. en nota 6.

4) *Diseño de un plan detallado de mediación:*
- identificar estrategias y consecuentes movimientos no contingentes que permitirán a las partes avanzar hacia un acuerdo;
- identificar movimientos contingentes para responder a situaciones peculiares al conflicto en particular.

5) *Promoción de la confianza y la cooperación:*
- preparar psicológicamente a los contendientes a participar en negociaciones sobre temas de fondo;
- manejar emociones fuertes;
- controlar las percepciones y minimizar el efecto de las opiniones preconcebidas;
- obtener reconocimiento de la legitimidad de las partes y de los asuntos en juego;
- edificar la confianza;
- clarificar la comunicación.

6) *Comienzo de la sesión de mediación:*
- abrir las negociaciones entre las partes;
- establecer un tono abierto y positivo;
- sentar reglas básicas de actuación y patrones de comportamiento;
- ayudar a las partes a expresar sus emociones;
- delimitar las áreas y cuestiones a discutir;
- ayudar a las partes a explorar sus compromisos, prejuicios, temas relevantes e influencias recíprocas.

7) *Definición de las cuestiones y establecimiento de un programa:*
- identificar globalmente los temas que preocupan a las partes;
- obtener acuerdo sobre los puntos a discutir;
- determinar la secuencia en que se van a encarar los temas.

8) *Descubrimiento de los intereses ocultos de las partes:*
- identificar los intereses sustantivos, procesales y psicológicos de cada una de las partes;

- obtener el reconocimiento de cada parte acerca de los intereses de la contraria.

9) *Generación de opciones para un acuerdo:*
- desarrollar en las partes el reconocimiento de la necesidad de encontrar opciones;
- alejar a las partes de sus posiciones o de una única alternativa;
- generar opciones, sea por medio del regateo o de una negociación basada en los intereses.

10) *Evaluación de opciones para un acuerdo:*
- repasar los intereses de las partes;
- evaluar cómo los intereses pueden satisfacerse con las opciones disponibles;
- evaluar los costos y beneficios de la selección de opciones.

11) *Negociación final para lograr algún avenimiento:*
- por la vía de mayor convergencia en las posiciones;
- por el acercamiento hacia acuerdos globales;
- por el desarrollo de fórmulas de consenso;
- o siquiera, mediante el establecimiento de metodología para arribar a un acuerdo futuro.

12) *Obtención de un acuerdo formal:*
- identificar los pasos de procedimiento para hacer operativo el acuerdo;
- establecer un procedimiento de evaluación y monitoreo del cumplimiento;
- formalizar el acuerdo y crear un sistema de garantía y ejecución.

Este detallado accionar no es único ni universal, sino que proviene de la observación de distintos mediadores que, según su estilo, practicarán unas actividades u otras, delegarán ciertas tareas o simplemente las obviarán. Así, por ejemplo, hay quienes no toman ningún contacto personal con las partes hasta estar

frente a las dos en conjunto en el momento de la mediación; otros que no dejan espacio para expresar las emociones o las minimizan en lo posible, etcétera.)

8. *Distintos modelos y enfoques para encarar la mediación*[11]

(No hay una sola, sino diversas formas de practicar una mediación y los especialistas entienden que cada una de ellas puede producir resultados únicos, según las categorías de partes involucradas.

Los modelos varían, pero tienen características comunes. Así, siempre la tarea del mediador será la de crear una atmósfera adecuada al trabajo en común) Este cometido, aparentemente simple, puede no serlo tanto, pues para cuando llegan a la mediación muchos de los contendientes ostentan tal pesimismo que creen que, para ellos, los obstáculos son insuperables.

Independientemente del enfoque, (los mediadores deben comenzar por ofrecer ciertas esperanzas a los protagonistas, lo que ocurre cuando éstos desde un primer momento advierten que pueden ver las cosas desde otras perspectivas, que son tratados con respeto y que cada parte queda legitimada en sus necesidades e intereses.

Al comienzo de la mediación, todos los mediadores tienen un pequeño espacio, un corto momento en el cual lograr la confianza y el respeto de las partes, y generalmente ganarán la partida si muestran a los participantes que existe una oportunidad de tener éxito. Tienen que utilizar este tiempo para "venderse" y "vender" su modelo de mediación. Lo pueden hacer dejando ver diplomas colgados de la pared, relatando buenos resultados pasados, describiendo en forma simple la facilidad de los acuerdos, o mostrando las desventajas de la falta de avenimiento)

Los enfoques y modos de aproximarse a la mediación pueden variar en todas dimensiones: en cuanto a los roles del

[11] SCHWEBEL, Andrew I.; GATELY, David W.; RENNER, MAUREENA A.; MILBURN, Thomas W.: "Divorce mediation: Four models and their assumptions about change in parties' positions", *Mediation Quarterly*, vol. 11, nº 3, 1994, pp. 211/227.

59

mediador, la cantidad y duración de las sesiones, los temas a incluir, el orden en que los temas deben ser considerados, cómo manejar las emociones, si deben participar los niños, la cantidad de mediadores y entrenamiento requerido, el papel que juegan los abogados y cuál es el camino a seguir ante la falta de avenimento.

Sin embargo, hay una variable que es clave y está dada por la "presunción central" sobre qué es lo que provoca el cambio. De acuerdo al enfoque, habrá un distinto modo de provocar el cambio, modificar las posiciones y lograr el acuerdo.

Hay modelos que:

- privilegian lo legal y el procedimiento más estructurado y formal a fin de instar la cooperación, partiendo de la presunción que las audiencias bien organizadas crean las condiciones que permitirán a las partes trabajar eficazmente;
- promueven un regateo en base a los propios intereses de las partes, partiendo de la presunción que los acuerdos mutuamente aceptables y justos nacen de una discusión de igual a igual entre quienes tienen los conocimientos y las habilidades para ello;
- incluyen una intervención psicológica u otras aproximaciones terapéuticas,[12] partiendo de la presunción que cuando los contendientes no pueden participar efectivamente para resolver sus problemas, es porque existen factores intrapersonales o interpersonales que interfieren;
- proveen una apertura interdisciplinaria legal-psicológica, partiendo de la presunción que si las partes tienen disponible información suficiente sobre comunicación, asistencia legal, estrategias para prever lo que deben esperar del futuro, y la intercambian durante las audiencias, surgirán acuerdos justos y mutuamente aceptables.

En cada modelo, el rol del mediador será diferente y también lo será el procedimiento.

[12] Especialmente en cuestiones de familia.

9. *Roles del mediador*[13]

Durante el curso de la mediación, el mediador desempeña varios roles, en los que debe:

- facilitar la discusión;
- abrir los canales de comunicación;
- traducir y transmitir información;
- distinguir posiciones de intereses;
- crear opciones;
- ser agente de realidad.

10. *Variables que influyen en la actividad del mediador*

A efectos de establecer el plan de acción, el mediador debe tener en cuenta ciertas variables del caso:[14]

- El nivel de desarrollo del conflicto y determinación del momento óptimo para que el mediador intervenga en el mismo, según cuyo estado puede ser necesario comenzar por utilizar estrategias para restablecer el clima de confianza y cooperación; así cuando las partes ya han estado negociando largamente, se han visto impotentes para hacer progresos y el conflicto ha escalado, por lo que ya se sienten frustradas y al borde del fracaso.
- La mayor o menor capacidad de las partes para resolver su problema y lograr su propia solución; así cuando las partes no tengan experiencia en negociación y resolución de sus conflictos o estén experimentando fuertes emociones.
- La relación de poder entre los contendientes y el rol del mediador como nivelador y agente de equilibrio de poderes; así cuando una parte se vea débil e influenciable por la otra.

[13] SANDER, Frank E. A.: *Mediation for the professional Training Manual*, Harvard Law School. "Mediation Workshop", 1993.

[14] MOORE: ob. cit. en nota 6.

- La complejidad del caso y los temas involucrados; así cuando el caso verse sobre cuestiones difíciles de dilucidar, muy controvertidas y con múltiples partes.
- El rol y las tareas del mediador de acuerdo a lo mutuamente acordado con las partes.

Según la valoración que haga el mediador de cada elemento, será diferente su consecuente conducta. Dirigirá su accionar hacia definidas y diversas metas según el caso, considerando los factores en juego.

11. *Determinación del cometido del mediador*

La definición sobre cuáles son los movimientos que debe hacer y los pasos que debe tomar el mediador para acercar a las partes hacia un acuerdo depende sobre la visión que tenga de su propio rol.[15]

Para una escuela, el mediador debe conocer con profundidad el tema de fondo que se discute, pues su calidad de tercero neutral no le impide trabajar con las partes directamente ayudándolas en las cuestiones sustantivas, a fin de lograr un avenimiento justo que esté de acuerdo con la escala de valores del mediador.

Para otro grupo de pensamiento, el énfasis del mediador debe estar puesto en el procedimiento, ya que las partes conocen el tema de fondo mejor que nadie, pueden y deben asesorarse sobre la materia en discusión y están suficientemente informadas sobre lo sustantivo del conflicto, por lo cual lo único que necesitan es una facilitación procesal para conducir las negociaciones. Ellas son las que deben encontrar su propia conveniencia y acuerdo y si el mediador sólo participa para ordenar el procedimiento, será más clara su posición imparcial, lo que insta a la confianza.

Dependiendo del rol que se asigne a sí mismo, o que le asignen las partes, el mediador decidirá el nivel y la envergadura de su participación, el objetivo de su cometido, el enfoque y la intensidad de su intervención.

[15] MOORE: ob. cit. en nota 6.

(Por nuestra parte, estimamos que el rol es el de conductor del procedimiento, aunque no cabe duda que su conocimiento sobre la materia de fondo le permitirá asentar su credibilidad y obtener el respeto y confianza de las partes y sus profesionales, comprender mejor las posiciones de las partes, parafrasear y retraducir las pretensiones a lenguaje simplificado y neutral, advertir cuando alguna de las partes está absolutamente desinformada y en inferioridad, indagar sobre los verdaderos intereses y necesidades y, en fin, llevar a buen puerto la negociación.) Pero a veces este conocimiento puede obrar en forma negativa, ya que puede tentar al mediador poco experimentado o apresurado a expresar sus opiniones y a imprimir a la negociación y al acuerdo su impronta personal, a instarlos hacia "su" solución (la del mediador), en vez de conducirlos hacia la solución de las partes. Insistimos en que, de acuerdo a nuestro criterio, el mediador no debe influenciar ni manipular el contenido de la solución.

La base de la mediación es la negociación entre las partes y la tarea del mediador consiste en introducir algunas características especiales para modificar el enfoque basado en la confrontación, que plantea la negociación como un campo de batalla y orientarla hacia la solución del problema.[16] El mediador ayuda a las personas a dialogar y comunicarse, evitando generar o logrando superar malentendidos, establece relaciones de trabajo cooperativo, aclara los problemas y busca que las partes arriben a soluciones aceptables para ambas. (El papel del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aun cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución, por lo que debe abstenerse de proyectar su propio juicio, inclusive aunque las partes parezcan —o insistan en— pedírselo.[17] Las partes son las que deben asumir la responsabilidad de sus decisiones y controlar el resultado, con madurez y libertad.)

[16] ACLAND: ob. cit. en nota 2, p. 32.

[17] Las personas raramente tomarán una decisión, si pueden evitarlo, dice SANDER: ob. cit. en nota 13.

60

12. *Finalización de la mediación*

(La mediación puede finalizar, bien sea porque la gestión obtiene el éxito de un acuerdo o, en caso contrario, sin haberse llegado al avenimiento. En la primera de ambas hipótesis, lo más corriente es que se deje constancia de ello mediante un acto escrito, donde se suele indicar el resultado obtenido. En el segundo caso, en general se levanta también acta con las constancias de la comparecencia y falta de acuerdo.

Aun en estos supuestos, puede medirse el éxito de la mediación. Si las partes han logrado mejor comunicación y ha existido intercambio de información en un ambiente de mutuo respeto, el procedimiento habrá sido fructífero, si bien no definitivamente conciliatorio.)

Capítulo X

Preparación de la mediación

SUMARIO: *1.* El acercamiento de las partes a la mediación. *2.* Convocatoria a las partes. *2.1.* Necesidad de la citación. *2.2.* Importancia de la imagen que se presenta a las partes. *2.3.* Forma de la citación. *2.3.1.* Citación por carta. *2.3.2* Citación por teléfono. *2.3.3.* Citación personal. *3.* La derivación judicial como modo de llegar a la mediación. *3.1.* La mediación en relación con los tribunales. *3.2.* Disponibilidad de la mediación. *3.3.* Grado de control del tribunal. *3.4.* Información sobre la mediación. *4.* Presupuestos de la comparecencia obligatoria a la mediación. *5.* Comparecencia personal y reunión de las partes. *6.* Estilo personal del mediador y preparación de la mediación. *7.* Comunicación verbal y no verbal. *8.* Percepción del espacio. *8.1.* El modo de relacionarse de las personas. *8.2.* Diversos modos de recoger información. *8.3.* Diversos modos de sentir el espacio. *8.4.* La recepción a distancia. *8.5.* Las distancias de interacción. *8.6.* Aprovechamiento de los conceptos por el mediador. *9.* La preparación del lugar del encuentro. *9.1.* Elección del lugar. *9.2.* Requisitos mínimos del lugar. *9.3.* Muebles y útiles de trabajo. *9.3.1.* Ubicación del mediador. *9.3.2.* Ubicación y tipo de mobiliario. *9.3.3.* Otros útiles necesarios. *10.* La vestimenta del mediador. *11.* Preparación del mediador para la audiencia. *12.* Modo de ubicar a las partes en el espacio físico. *12.1.* La importancia de planificar la ubicación. *12.2.* Ventajas y desventajas de las diversas posiciones en que se pueden ubicar las personas. *12.3.* Posibles modos de ubicación en la mediación. *13.* La disposición del ambiente debe adecuarse al estilo de cada mediador.

1. *El acercamiento de las partes a la mediación*[1]

Para quienes consideran que la mediación siempre beneficia a las partes en conflicto, resulta difícil creer que una de las mayores dificultades está en lograr que se pongan de acuerdo en acudir a la mediación, es decir en acercarlas a la mesa de la negociación facilitada.

Las personas pueden llegar a la mediación por:

- contacto de una parte con un mediador o un centro de mediación que a su vez contacta a las restantes partes;
- derivación judicial;
- propuesta de un mediador;
- obligación legal de mediar.

El modo de preparar la estrategia de la mediación será distinto según el caso, pues indudablemente, si ambos contendientes en un conflicto ya vienen voluntariamente y convencidos de que quieren probar resolverlo por mediación habrá un gran camino recorrido en relación a los supuestos en que hay obligación o presión para mediar, independientemente de no haberla para llegar a un acuerdo.

2. *Convocatoria a las partes*

2.1. Necesidad de la citación

Salvo que ambas partes se acerquen en conjunto y se notifiquen de la fecha de audiencia, será necesario convocarlas a la sesión de mediación, previa explicitación de las carac-

[1] Rogers, Nancy H.; Salem, Richard A.: *A student's guide to Mediation and the Law*, 1987, Nueva York, pp. 7/39.

teristicas del procedimiento, la que deberá ofrecerse aun cuando ya se hayan puesto en conocimiento de los interesados por otra persona o por otros medios.

Según las posibilidades de comunicación y preferencia del mediador, la convocatoria se hará por carta o por teléfono. Inclusive, se podría pensar para algunos casos en la presentación personal en el domicilio de la parte.

2.2. Importancia de la imagen que se presenta a las partes[2]

Es especialmente importante y delicado el tenor y modo de la convocatoria, cualquiera sea el medio que se use, pues va a ser la primera presentación de la mediación o del mediador a las partes. Son muchos y difíciles los vericuetos para llevar a los protagonistas del conflicto a la mesa de las negociaciones hasta llegar a comenzar el proceso de mediar entre ellos. En este primer momento debe establecerse la afinidad con el mediador y la mediación y hacer surgir la necesidad del proceso facilitador en las condiciones ofrecidas.

2.3. Forma de la citación

2.3.1 Citación por carta

Cuando se lleva a cabo la citación por medio escrito, conviene utilizar un sistema con el que se pueda conocer si la misiva fue recibida por el destinatario, pues de lo contrario —si no comparece— será difícil saber si no concurrió porque no quería o simplemente porque no se enteró que lo estaban convocando.

La carta debe contener una breve explicación del cometido de la mediación, consignando datos de quien pidió la resolución del conflicto e invitando a obtener mayor información en forma personal.

[2] Jenkins, David: *Mediando casos complejos de partes múltiples*, San Francisco, 1992.

2.3.2. Citación por teléfono[3]

Comienza el proceso en una fase de comunicación directa con la parte, sea del mediador o de un delegado y la impresión que se cause es crucial.

El contacto telefónico se constituye en una oportunidad para averiguar someramente las necesidades de la parte, sus vivencias del conflicto o elementos que ayuden a organizar el esquema de la disputa y al mismo tiempo, convencerla para acercarse a la mediación y conseguir su acuerdo a estos efectos, para lo cual es menester establecer un clima de confianza y afinidad. Corresponde preparar al convocado para la mediación, asegurarse de que venga con suficiente información sobre el proceso a llevarse a cabo y sobre el contenido de su caso, y con poder suficiente para resolverlo. Además deben proporcionársele los datos sobre la gratuidad o pago que deba efectuar el convocado a fin de que esté debidamente preparado.

En la convocatoria telefónica hay un ritmo propio del medio utilizado que debe pulsarse y medirse adecuadamente, pues la comunicación no debe reflejar ansiedad ni desinterés: quien convoca debe responder a todos los interrogantes con buena disposición de ánimo y preocupación por las inquietudes y necesidades que surjan, las que debe tratar de identificar, comprendiendo el territorio de cada parte. Necesita experiencia para dirigirse a las necesidades de quien tiene un problema por vía telefónica y poder responder dándole las bases más evidentes del procedimiento de mediación. Es necesario trabajar para establecer la confianza y afinidad, satisfacer las preocupaciones, elegir las palabras y organizar las frases apropiadas para dirigirse al citado. Y, además, estar atento a sus reacciones.

Son componentes relevantes de la buena comunicación la graduación de:

- el tono de voz;
- el ritmo de las oraciones;
- la inflexión;
- la dicción;

[3] Jenkins: ob cit. en nota 2.

- la entonación, y
- el control de la respiración.

No debe olvidarse que los mensajes pueden significar una cosa a nivel de la palabra y comunicar algunas veces algo distinto a otro nivel; y que las palabras, dichas en un contexto y ambiente, pueden interpretarse diferentemente según el comportamiento y ambiente del receptor. La comunicación se puede frustrar principalmente porque no se comprende que el citado vive en un mundo perceptual diferente.[4]

2.3.3 Citación personal

Puede ocurrir que el interesado comparezca personalmente a la oficina del mediador, sea porque es el peticionante del servicio o por cuanto alguna de las partes le ha informado de la futura intervención. En casos excepcionales, podría el mediador ir al domicilio u oficina del convocado y presentarse a hablarle del cometido que le ha sido encargado.

En este caso, la impresión es más fuerte, por cuanto a la voz y el oído se agregan los demás sentidos. El cliente tendrá a la vista la recepción y sala de espera con lo que tomará una apreciación más verdadera (o por lo menos, más directa) de lo que está por pasar en la mediación y, muy especialmente, se formará opinión sobre las personas que lo atiendan observando su lenguaje no sólo verbal, sino también gestual. Recordemos que la comunicación humana se efectúa más mediante gestos, posturas, posiciones y distancias relativas que por cualquier otro método. La mayoría de los investigadores coincide en que el canal verbal se usa principalmente para proporcionar información, mientras que el canal no verbal se usa para expresar las actitudes personales, y en algunos casos, como sustituto de los mensajes verbales.[5]

[4] Hall, Edward T.: *El lenguaje silencioso*, México, 1990, pp. 7/8; Hall: *La dimensión oculta*, México, 1985, p. 11.

[5] Pease, Allan: *El lenguaje del cuerpo*, Buenos Aires, 1992, pp. 9/13.

3. *La derivación judicial como modo de llegar a la mediación*[6]

3.1. La mediación en relación con los tribunales

La mediación tiene relación con los tribunales, cuando se trabaja por derivación judicial. Cabe dar relevancia a este modo de acceso a la mediación, ya que en tales programas el juzgado —sea por mandato o por invitación del juez a las partes— deriva casos.

3.2. Disponibilidad de la mediación

Cuando la mediación está en condiciones de ofrecerse en forma generalizada, estos servicios deben estar disponibles de la misma manera que cualquier otro servicio brindado por el tribunal. Para garantizar que las partes tengan acceso igualitario a la mediación, quienes tengan a su cargo la selección y decisión sobre los casos a derivar deben responder a políticas, procedimientos y criterios claramente establecidos por escrito para guiarlos en tal derivación.

3.3. Grado de control del tribunal

El grado de responsabilidad de un tribunal en cuanto a la actuación de los mediadores y desarrollo de los programas de mediación dependerá de si el mediador es un empleado o depende del Poder Judicial, o si el programa recibe casos derivados del tribunal, o si las propias partes lo han elegido.

Si el tribunal controla el programa o si el caso proviene de un tribunal y la tarea se hace a través de un mediador que no pertenece al tribunal, el programa o el mediador individual tienen la responsabilidad de informar al tribunal, a los efectos de posibilitar la supervisión y la evaluación.

[6] Los criterios han sido extractados de las Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales. Centro para la Resolución de Disputas. Instituto de Administración Judicial, EE.UU.

62

3.4. Información sobre la mediación

Corresponde se tomen oportunamente las medidas necesarias para asegurar que los litigantes que actúan sin patrocinio letrado realicen una elección informada sobre la mediación, es decir que acudan a ella conociendo de qué se trata, sus beneficios y sus eventuales desventajas; además, la información sobre la organización de la mediación debe ser ampliamente difundida. Inclusive, deberá suministrarse orientación y capacitación a abogados, personal judicial y población en general, concerniente a la disponibilidad, naturaleza y utilización de los servicios de mediación.

Antes y durante la tramitación de un litigio, los tribunales deberán proporcionar a las partes y a sus abogados información a fin de que estén al tanto de la disponibilidad de la mediación.

Los tribunales, en colaboración con los abogados y organizaciones profesionales de mediación, son responsables de informar al público, a los abogados, a los jueces y al personal de los tribunales respecto de:

- el procedimiento de mediación;
- la disponibilidad de programas;
- las diferencias entre mediación, proceso judicial y otros procesos de resolución de disputas;
- la posibilidad de ahorro de costos y tiempo, y
- las consecuencias de la participación.

Los tribunales deben proporcionar la siguiente información:

a) A los jueces, al personal de los tribunales y a los abogados acerca de:

1) los objetivos y limitaciones del o de los programas dentro de la jurisdicción;

2) los fundamentos para la selección de casos;

3) la forma en que funciona el programa;

4) la información que debe suministrarse a abogados y litigantes en cada causa en particular;

5) la forma en que interactúan el proceso judicial y el de mediación;

6) la ejecución de los acuerdos, y

7) leyes y normas aplicables a la mediación.

b) A los usuarios (partes y abogados) además de la información requerida en el apartado a):

Información general:

1) temas aptos a ser tratados en mediación;
2) posibles mediadores y cómo serán seleccionados;
3) elección de mediadores a cargo de las partes, si correspondiera;
4) honorarios o derechos a pagar;
5) funcionamiento del programa, incluyendo lugar, horarios, procedimientos de admisión, persona a cargo;
6) disponibilidad de servicios especiales para personas que no hablen el idioma del país o tengan discapacidad motriz, de comunicación, u otro tipo de discapacidad, y
7) posibilidad de ahorros o gastos adicionales de dinero o tiempo.

Información sobre el procedimiento:

1) naturaleza y propósito de la mediación;
2) confidencialidad del proceso y de los registros;
3) rol de las partes y/o abogados en la mediación;
4) rol del mediador, incluyendo falta de autoridad para imponer una solución;
5) aceptación voluntaria de toda resolución o acuerdo;
6) ventajas y desventajas de la participación en la determinación de soluciones;
7) ejecución de acuerdos;
8) posibilidad de recurrir a la sentencia judicial si no se logra e implementa una solución o un acuerdo;
9) la forma en que interactúan los procesos judiciales y de mediación, incluyendo el intercambio de información permitida entre mediadores y tribunal, y
10) ventajas y desventajas de la ausencia de expedientes formales.

El tribunal debe estimular a los abogados a que informen a sus clientes de la disponibilidad de programas de mediación anexos a los tribunales.

4. *Presupuestos de la comparecencia obligatoria a la mediación* [7]

La comparecencia obligatoria a una sesión inicial de mediación puede resultar apropiada, pero sólo cuando el mandato tenga mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes (incluyendo a las no representadas por un asesor legal), del sistema judicial y del público, que la comparecencia voluntaria.

Los tribunales deben imponer la comparecencia obligatoria sólo cuando:

a) el costo de la mediación se cubra con fondos públicos y sobre bases comparables a los de la administración de justicia;

b) no exista coerción inadecuada para lograr un acuerdo, ya sea bajo la forma de informes al juez, o penas pecuniarias si se decide continuar el juicio, y

c) los mediadores y programas de mediación de alta calidad

1) sean de fácil acceso;

2) permitan la participación de las partes;

3) permitan la participación de abogados cuando así lo deseen las partes, y

4) brinden información clara y completa sobre los procedimientos.

Los tribunales pueden utilizar una variedad de mecanismos para seleccionar casos para su derivación obligatoria a mediación. Todo mecanismo que haya sido seleccionado debe proveer una evaluación de cada caso en particular, para determinar si es apto para su remisión a la mediación, en cuyo caso debe tomar en consideración el conocimiento relativo de las partes, su experiencia y sus recursos.

Todo sistema de derivación obligatoria a mediación debe ser evaluado en forma periódica, a través de encuestas a las partes y de otros mecanismos, con el objetivo de corregir deficiencias

[7] Normas recomendadas, cit. en nota 6, e Informe de la Comisión Directiva de la Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas sobre Participación obligatoria y apremio para llegar a un avenimiento.

en el mecanismo de implementación seleccionado, y para determinar si el mandato tiene mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes, al sistema judicial y al público, que la comparecencia voluntaria.

5. *Comparecencia personal y reunión de las partes*

Aunque el ideal es la reunión de las partes y el mediador cómodamente sentados alrededor de una mesa, no siempre la mediación se realiza así.

En la práctica, puede realizarse de diversas maneras:

a) por teléfono:

- cuando se trata de una situación sencilla que se puede resolver fácil y rápidamente;[8]
- cuando, no obstante tratarse de una cuestión compleja, alguna de las partes relevante para la negociación está en otra ciudad o inclusive en otro país.[9]

b) Con el mediador actuando como puente de la comunicación entre los interesados, sin que éstas se reúnan. El mediador va y vuelve sucesivamente de una parte a la otra:[10]

- cuando la hostilidad es tal que las partes no aceptan verse frente a frente;
- cuando por existir antecedentes de violencia, una de las partes corre riesgo;
- cuando ésta es la única forma de contrarrestar el desequilibrio de poder por la influencia psicológica que ejerce una parte sobre la otra;

[8] Este tratamiento se ve a veces en programas para los consumidores. Ver HIGHTON, Elena I., y ÁLVAREZ, Gladys S.: "La Resolución Alternativa de Disputas (RAD) y el consumidor. El consumidor ante el conflicto, ¿qué modos tiene de resolverlo?", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 5 "Consumidores", Santa Fe, 1994.

[9] Esto puede ocurrir en importantes asuntos internacionales, como hemos tenido oportunidad de observarlo personalmente en los Estados Unidos, en una mediación en que uno de los interesados estaba en París, llevándose el procedimiento a cabo con él mediante conferencia telefónica.

[10] En el contexto internacional, se designa a esta forma como *shuttle diplomacy*.

63

- como método elegido por alguna escuela de mediadores, por lo menos hasta el final en que recién se reúne a las partes.

c) Cara a cara, con la presencia personal de todos los protagonistas del conflicto con poder suficiente para resolverlo

6. *Estilo personal del mediador y preparación de la mediación*

Insistimos en que no hay un criterio único para llevar a cabo la mediación. Hay distintas escuelas y distintas personalidades, pues se trata de un arte y una técnica que va variando de mediador en mediador. Un mediador se sentirá más cómodo con ciertas formas de mediar que con otras, con cierta organización del procedimiento que con otro, con cierta modalidad de trabajo y de preparación del espacio físico que con otros.

Más allá de las destrezas requeridas para la mediación efectiva, el desarrollo de ciertas características personales es importante. Cada mediador tiene estilo propio y distinto de mediación. Su tono de voz, su apariencia física, la manera normal de dirigir sus asuntos personales, servirán para definir su estilo propio de facilitación. Esta gama de estilos enriquece el proceso de mediación y constituye una de sus fuerzas dominantes y de su éxito para ayudar a resolver los litigios entre las personas.[11]

7. *Comunicación verbal y no verbal*[12]

Muchos profesionales, especialmente si son especialistas en derecho, tienden a concentrarse en las precisas palabras

[11] STULBERG, Joseph B.: *County Court Mediation. A Mediator's Manual*, Florida, EE.UU., 1989, revisado por PRESS, Sharon.

[12] BASTRESS, Robert M.; HARBAUGH, Joseph D.: *Interviewing, counseling and negotiating. Skills for effective representation*, Boston, Toronto, Londres, 1990, pp. 131/144.

intercambiadas, sea entre ellos, sea con los clientes. Gran parte de los abogados creen que lo que se dice en una entrevista es mucho más importante que cómo se dice, por cuanto han sido entrenados para ostentar precisión en la selección y uso de las palabras. Los juristas son producto de un modo de aprendizaje que ignora las circunstancias no verbales que rodean al discurso y pone énfasis en el lenguaje utilizado por las partes. Creen que las palabras constituyen el núcleo de una disputa jurídica y del ejercicio de la abogacía.

Sin embargo, profesionales de otras ciencias han descubierto diversas formas de comunicación no verbal, a la que atribuyen un papel importante en crear una relación.

La comunicación no verbal se integra con tres canales de expresión:

- *Proxemia:* Referida a la relación en el espacio.
- *Kinesia:* Referida al movimiento (o falta de movimiento) del cuerpo.
- *Paralingüística:* Se refiere al ritmo, tono o volumen de la voz, independientemente del contenido de lo que se dice.

Con todo ello se crea una impresión global sobre el "escucha" de la comunicación no verbal. Ninguno de los niveles prevalece sobre otro, pero pueden variar en importancia según el caso. La combinación de los tres canales constituye una fuente muy rica de información y las variaciones se funden simultáneamente para llegar a los sentidos como mensaje compuesto.

Para enviar y recibir adecuadamente la comunicación no verbal, deben conocerse sus componentes a fin de apreciar su significación. En la mayor parte de los individuos estos canales operan espontáneamente, de manera involuntaria y subconsciente, mas el mediador debe estar al tanto de lo que pasa y controlar estos mecanismos, especialmente para no ser incongruente entre su mensaje verbal y no verbal. (Aunque todo tipo de información puede fluir por medios no verbales, se expresan especialmente actitudes y sentimientos, en particular los negativos que por cortesía tienden a suprimirse en el trato social.)

8. *Percepción del espacio*[13]

8.1. El modo de relacionarse de las personas

Para entender al hombre y a su modo de relacionarse, todos y especialmente el mediador debe saber algo de la naturaleza de sus sistemas de percepción y de cómo la información recibida a través de ellos se modifica por la cultura.

El aparato sensorial del hombre se divide en dos categorías que, aproximadamente, pueden clasificarse en:

a) los receptores de distancia, relacionados con el examen de los objetos distantes, o sea los ojos, los oídos y la nariz;

b) los receptores de inmediación, empleados para examinar lo que está contiguo o próximo, o sea el tacto, las sensaciones que se reciben de la piel, las mucosas y los músculos.

Sin embargo, no todo es tan puro ya que no obstante que la piel es el órgano principal del tacto, es también sensible al aumento o la disminución del calor, ya que lo detecta. Por eso, la piel es tanto un receptor de distancia como de inmediación.

8.2. Diversos modos de recoger información

Es difícil de calcular la cantidad de información recogida por la vista, pero si se toma en consideración el tamaño de los nervios que comunican con los centros cerebrales, será de 18 veces más que el oído; aunque se cree que en sujetos normalmente vigilantes podría ser hasta 1.000 veces más eficaz la vista que el oído, ya que el espacio que el oído puede ocupar en la vida cotidiana es en extremo limitado. A 30 metros es difícil la comunicación, en tanto que la vista tiene un alcance fácil de 100 metros y puede llegar a los 1,5 km.[14] Además, las ondas sonoras viajan a 335 metros por segundo y la luz a 300.000 km por

[13] HALL: *La dimensión...*, ob cit. en nota 4, pp. 56/96; HALL: *El lenguaje...*, ob cit. en nota 4, pp. 173/195.

[14] Así quien no advertiría a distancia la presencia de un muro por el oído, lo percibiría por la vista.

segundo, a lo que se agrega que la información visual tiende a ser menos ambigua.[15]

La percepción del espacio no es sólo lo que puede percibirse, sino también lo que puede eliminarse, y las personas que se han criado en diferentes culturas, aprenden de niños, sin darse cuenta de ello, a excluir cierto tipo de información, para atender a otra. Por ejemplo, los japoneses se conforman con paredes de papel para la eliminación acústica, pero los alemanes necesitan paredes gruesas y puertas dobles para eliminar los ruidos.

En cuanto al aparato olfativo, varias culturas occidentales lo tienen subdesarrollado. El uso de desodorantes y la supresión de los olores da por resultado una pobreza olfativa, un ambiente soso al respecto, siendo que el olor es uno de los medios más antiguos y fundamentales de comunicación, que permite la identificación no sólo de los individuos, sino también de su estado emocional. Por ello, da incomodidad un fuerte perfume masculino o el aliento en la cara, que en otras culturas con prácticas diferentes produce otros efectos.

8.3. Diversos modos de sentir el espacio

Hay también diversos conceptos respecto del espacio y el modo que tiene la gente de sentirlo. La cantidad de niveles, de escaleras, de espacios circulares, típicos de algunas culturas, no lo son de otras. Una oficina norteamericana, por ejemplo, se limitará al espacio que requiere estrictamente el empleado para desempeñar su trabajo y todo lo que pase de la necesidad mínima se considera superfluo. El único criterio que determina la ubicación de las cosas es que se pueda hacer el trabajo sin tropezar con nadie, lo que no ocurre en culturas orientales.

En el empleo del espacio interior, los japoneses dejan despejados los rincones de las piezas porque todo sucede en el medio, en tanto que los europeos tienen tendencia a llenar los rincones poniendo muebles pegados a las paredes.

[15] Salvo en una persona ciega que aprende a atender selectivamente las audiofrecuencias, lo que le permite inclusive localizar los objetos situados en una habitación.

64

8.4. La recepción a distancia

La información recibida de los receptores de distancia tiene un papel tan importante en la vida diaria, que nos olvidamos de que la piel es un órgano principal de los sentidos. Sin embargo, la capacidad de apreciar el calor y el frío es relevante; también se han descubierto algunas notables propiedades térmicas de la piel, que tiene capacidad de enviar y descubrir el calor radiante, pudiendo el hombre emitir mensajes relativos a su estado emocional por medio de cambios de temperatura en la piel de diversas partes del cuerpo; como por el enrojecimiento del rostro como señal visible, o cambio de coloración hacia la más oscura por la hinchazón de los vasos sanguíneos de la frente. La parte inflamada está a más grados que el resto del cuerpo, lo que se puede observar por el tacto. Así también pueden detectarse otros estados de ánimo como el sudor frío que denota miedo o nerviosismo.

El aumento de calor en la superficie del cuerpo de otra persona puede descubrirse de tres modos: por los detectores termales, si las personas están suficientemente cerca; por la intensificación de la interacción olfativa, ya que la loción o el perfume pueden olerse a mayor distancia con el calor; y por el examen visual.

La mayor temperatura hace que las personas se sientan más apretadas. Para conservar el mismo grado de comodidad o ausencia de participación, una multitud en un ambiente caliente requiere más espacio que en un lugar frío. Así, en un aeropuerto o en una cola, las personas se sienten más juntas e implicadas si no hay aire acondicionado. Hay culturas que aceptan el hacinamiento más que otras.

Hay también relación entre lo visual y lo táctil, lo que se advierte en los niños pequeños que se llevan todo a la boca, hasta que aprenden que la experiencia debe pasar por lo visual; por lo que existen quienes, como los japoneses, no sólo producen belleza visual, sino que toman en cuenta la textura, y es la memoria de las experiencias táctiles la que nos permite apreciar la textura desde lo visual.

8.5. Las distancias de interacción

Las distancias de interacción también son importantes, inclusive obligan a hablar de modo distinto. Si las personas están muy cerca, deberán utilizar un susurro, si están medianamente cercanas, una voz suave; si están más lejos, una voz más alta. Hay distancias privadas y públicas, íntimas y neutrales, pero también serán diversas las que cada uno considere apropiadas según la cultura. Así, en Latinoamérica, la distancia de interacción es mucho menor a la de los Estados Unidos y las personas no hablan a gusto a menos que se encuentren más cerca de una distancia que, en los Estados Unidos, motiva el alejamiento o incomodidad del interlocutor.

En definitiva, la sensación que el hombre tiene del espacio está condicionada por su sensación de sí mismo que es producto de la transacción con su medio. El hombre tiene aspectos táctiles, visuales, térmicos y de movimiento muscular —respecto de su propia persona— que pueden ser inhibidos o favorecidos en su desarrollo con el medio. Mas, debe tenerse en cuenta que no hay dos personas que registren exactamente la misma cosa cuando emplean sus sentidos, ya que no todas las personas se relacionan del mismo modo con el mundo que las rodea.

8.6. Aprovechamiento de los conceptos por el mediador

Estos principios pueden ser aprovechados por el mediador y lo son, en tanto la mediación, en gran parte, se basa en ello.

La percepción del mediador debe ser amplia y no sólo en cuanto a lo visual, sino que debe ser especialmente un escucha activo y estar atento al lenguaje del cuerpo. Pero también debe aprovechar los conocimientos sobre el espacio para preparar adecuadamente el ambiente en que se va a realizar la mediación. El hombre ha desarrollado su territorialidad hasta un punto increíble y tiene distintas distancias y sensaciones que se pueden motivar a través del adecuado arreglo del espacio físico, ya que los cambios espaciales matizan la comunicación, la subrayan y, a veces, incluso sobrepasan la palabra hablada. El movimiento y la variación de la distancia entre las personas,

cuando interactúan, es una parte integrante del proceso de la comunicación que debe ser especialmente considerados por el mediador.

9. *La preparación del lugar del encuentro*

9.1. Elección del lugar

Un mediador privado puede tener que elegir el lugar del encuentro específico para cada caso, pues no siempre contará con su propio estudio, especialmente si debe trasladarse a otra ciudad, lo que ocurre habitualmente con los mediadores de renombre y prestigio. Es conveniente que el lugar de reunión no sea la oficina propia de ninguna de las partes, sino un lugar neutral, pues siempre favorecerá el clima de equilibrio que uno de los contendientes no actúe de "local" y el otro de "visitante". Si ambos son extraños, tienen ya algo en común.

Un mediador perteneciente a un Centro de Mediación generalmente tendrá una sala de audiencias para mediar dentro de la institución. No obstante, podría ocurrir que para una mediación multiparte muy numerosa tuviera que buscar otro local más espacioso, el que podría estar dado por una institución deportiva, un hotel, un teatro o el atrio de una iglesia. El mediador debe preocuparse de que se trate de un lugar neutral para no afectar la sensibilidad de las partes y no ver teñida su propia imparcialidad.

9.2. Requisitos mínimos del lugar

El espacio físico adecuado constituye elemento fundamental para el éxito de las mediaciones.

Se requiere, al menos:

- Una sala de recepción y espera donde deberán estar las partes antes de la mediación, con la posibilidad de que no estén juntas si existe un alto nivel de carga emocional en el conflicto.
- Un ambiente principal para realizar la mediación.
- Uno o más ambientes secundarios para separar a las partes durante las sesiones privadas.

Los ambientes deben ser cálidos e invitar a la distensión, con música, juegos, café, televisión, revistas, etc., en la sala de espera y sin elementos que interfieran en las salas de mediación.

9.3. Muebles y útiles de trabajo[16]

9.3.1. Ubicación del mediador

El mediador debe asegurarse que la sala de mediación esté preparada de la manera que considere más conducente para llevar a cabo una audiencia positiva.

¿Qué requiere la sala?

Lo principal es que el mediador pueda estar ubicado en el "medio", para que las partes hablen entre ellas a través del mediador, cuando por el clima de ira o de emociones, ello fuera necesario.

9.3.2. Ubicación y tipo de mobiliario

El mobiliario debe disponerse a fin de asegurar tal ubicación Debe haber:

1) Una mesa, cuya forma se seleccionará cuidadosamente según ciertas pautas:

- *Rectangular:* Esta mesa tiene un lugar de preeminencia en la cabecera. Además, es casi inevitable que quienes se sienten a los lados de la mesa queden frente a frente, cada uno más alejado que el otro del lugar de preeminencia.

  En una reunión de persona de igual *status*, la que se ubica en la cabecera tendrá la influencia más fuerte, siempre que no dé la espalda a la puerta. Si así fuera, sería la del lado contrario la más fuerte.
- *Cuadrada:* Esta mesa no tiene un lugar prevaleciente, aunque generalmente en ella no se logra ubicar a más de cuatro personas, salvo que su tamaño sea muy grande

[16] Stulbero: ob cit. en nota 11, revisado por Press, Sharon; Pease, Allan: *El lenguaje del cuerpo*, Buenos Aires, 1992, pp. 144/153.

65

y se puedan acomodar ocho. En tal caso, salvo la inexistencia de cabecera, tiene limitaciones similares a las de la mesa rectangular.
Cuando se trata de dos personas solamente, la mesa cuadrada crea una relación de competencia o una actitud de defensa, por lo que se tiende a conversar poco sobre algún tema determinado o a crear la relación superior-subalterno.

- *Redonda:* En esta mesa no existe un lugar de autoridad y preeminencia y puede acomodarse a la gente a distancias regulares, según cuántos sean, con mayor o menor espacio intermedio. Su forma permite acercamientos más fáciles a medida que se trabaja y no da a las personas sensación de estar enfrentadas.

Una mesa redonda crea una atmósfera de informalidad y tranquilidad que es ideal para las conversaciones entre personas de un mismo *status* y cada persona tiene derecho a una misma cantidad de territorio. Sin embargo, si el *status* de una persona es más alto que el de las demás, altera el poder y autoridad en la mesa, transformándola en las relaciones en algo similar a la mesa rectangular.[17]

2) Suficientes *sillas cómodas*, pero que no inviten a repantigarse demasiado, las que no deben diferir en tamaño o importancia. No puede sentarse a uno en un sillón blando y bajo mientras que a otro le toca una alta e incómoda silla de madera o un banquito sin respaldo. La influencia de las sillas en el aumento o disminución del *status* y el poder depende de varios factores como el tamaño de los asientos y sus accesorios, la altura de la silla tomada desde el suelo y la ubicación relativa respecto de las otras personas.

9.3.3. Otros útiles necesarios

¿Qué otros detalles deberá revisar el mediador?

[17] Por ejemplo, el rey Arturo utilizaba una mesa redonda para reunir a los caballeros con la idea de conferirles la misma autoridad y posición social. No obstante, como el rey detentaba el poder máximo, les confería en forma no verbal más poder a los sentados a su lado, más que nadie al que estaba a su derecha; y la autoridad iba disminuyendo a medida que los asientos se alejaban del que ocupaba el rey.

Si se puede fumar en la sala, deben existir ceniceros suficientes.

Debe disponerse de papel y lápiz para que cada parte pueda escribir sus anotaciones respecto de lo dicho por la contraria o ideas propias que quieran compartir con el mediador sin olvidarlas mientras el otro tiene la palabra.

Debe haber luz y ventilación adecuada.

La sala debe estar limpia y ordenada

Conviene que exista un pizarrón o un rotafolio para poder consignar en forma visible para todos y a medida que se van descubriendo en común, los intereses, opciones, alternativas y propuestas de las partes, y por último, las pautas del acuerdo.

También es importante tener información sobre la posibilidad de usar fotocopiadora, máquina de escribir, teléfono, fax y acceso a los sanitarios, aunque debe cuidarse que el teléfono no suene dentro de la sala, salvo cuando sea para una comunicación telefónica propia de la mediación, con algún ausente que por este medio participe en ella.

10. *La vestimenta del mediador*[18]

No hay ningún "código de vestimenta oficial" para los mediadores, pero hay algunos principios que deberían guiar su actitud al respecto.

Primero, el mediador debe estar confortablemente vestido. Es difícil hacer sentir cómodos a los demás si el propio mediador está incómodo con lo que lleva puesto. Si se pone traje y corbata, cuando la temperatura dentro del edificio es de 30 grados y no hay aire acondicionado, se traslucirá que está molesto y transmitirá el disgusto a los demás.

Segundo, debe vestirse con el atuendo que usaría normalmente. No debe tratar de ponerse ropa demasiado vistosa ni provocativa ni de expresa última moda o muy costosa para llamar la atención. Su meta es ayudar a las partes a resolver su problema, no lucirse.

[18] STULBERG: ob cit. en nota 11.

La regla básica para recordar es simple: la manera en que el mediador se presenta a una audiencia marca el grado de respeto que muestra hacia los problemas de las partes y hacia ellos como individuos, y debe tratar a las partes y a sus problemas con dignidad.

11. *Preparación del mediador para la audiencia*[19]

Si bien cada mediador tiene su estilo y hay quienes no desean saber nada del caso ni de sus protagonistas hasta tenerlos delante, otros prefieren prepararse, a cuyo fin deberían:

1) Revisar la documentación e información escrita que posean, a fin de tomar contacto con quiénes son las partes en conflicto y los temas involucrados. Esto no significa que con tales elementos el mediador deba dar por conocidos los hechos ni el estado de la situación, pues ésta puede haber variado y además, el mediador no debe posicionarse al respecto de antemano con preconceptos.

Los datos mínimos que el mediador debería tener sobre la situación a mediar son:

- nombre y domicilio de las partes;
- la naturaleza de la demanda;
- vínculo existente entre las partes.

También convendría que conociera:

- cuánto es el tiempo transcurrido entre el incidente en disputa y la fecha de la audiencia;
- el tipo de compensación, remedio o satisfacción que se pretende.

El personal administrativo quizás pueda darle al mediador más información, como por ejemplo que el demandado llamó por teléfono después de recibir la notificación de la audiencia y adujo que también tenía reclamos que formularle al actor. El mediador debe tener presente que la mayoría de las veces, toda la

[19] SANDER, Frank E. A.: *Mediation for the professional. Training Manual*, Harvard Law School. "Mediation Workshop", 1993; STULBERG: ob. cit. en nota 11, revisado por PRESS, Sharon; *Manual de Mediación* preparado por Fundación Libra para su utilización en curso y entrenamientos.

información contenida en el archivo proviene de la parte que inició el proceso, por lo que es parcial, aunque puede proporcionar alguna idea sobre lo que ha ocurrido, cómo ha sido la relación entre las partes y dónde han ido previamente para tratar de resolver la cuestión.

2) Cerciorarse quiénes son los que tienen el poder de decisión para resolver el conflicto y si van a estar presentes; en su caso, señalar audiencias adicionales para incluir a todas las partes necesarias y limitar la audiencia del día a los temas o aspectos preliminares que pueden decidir los presentes.

3) Considerar el rol que se dará a los abogados de las partes, los que se les explicarán, a veces previamente antes de la sesión. Si los profesionales insisten en representar a su cliente, considerar preguntas directas para hacerle a la parte, a fin de involucrarla personalmente en el proceso.

4) Familiarizarse con el lugar físico y organizar la sala, acondicionarla de la mejor manera para una buena comunicación, cuidando que no haya lugares ni muebles preferenciales. Cada mediador, según su estilo, eligirá la ubicación y distribución que más lo satisfaga, mas debe preverla antes.

5) Cambiar ideas con el co-mediador en la hipótesis que la mediación se hiciera con otro, a fin de intercambiar mutuas impresiones sobre el caso, acordar dónde se va a sentar cada uno, las partes y sus profesionales, anticipar —aunque ello no signifique rigidez, sino un plan general— cuáles son los problemas o dificultades que pueden irse presentando en la mediación, convenir alguna división de tareas o aproximación a las partes, quién y cómo va a hacer las presentaciones.

12. *Modo de ubicar a las partes en el espacio físico* [20]

12.1. La importancia de planificar la ubicación

Ubicarse estratégicamente respecto de los demás es una manera efectiva de obtener su cooperación.

[20] STULBERG: ob. cit. en nota 11, revisado por PRESS, Sharon; ACLAND, Andrew Floyer: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990, pp. 202/204; PEASE, Allan: *El lenguaje del cuerpo*, Buenos Aires, 1992, pp. 144/153.

Hay diversos esquemas para ubicar a los presentes en una mediación y el mediador debe planificar, elegir uno y no dejar que las partes o sus profesionales al entrar se sienten en cualquier lado. Cortésmente y con seguridad, el mediador debe dirigir el proceso en el momento de sentarse los protagonistas, quienes deben hacerlo dónde éste les indica.

Cuando el mediador invita a las partes a pasar a la sala, debe decirles dónde deben sentarse, ya sea verbalmente o dirigiéndolas a un grupo particular de sillas a un lado de la mesa. No debe permitir que las partes simplemente entren a paso lento y se sienten en cualquier parte que les guste. El mediador está tratando de estructurar un proceso claro de comunicación; si una parte se sienta a la mesa y la otra en un rincón, el proceso ya queda desviado.

12.2. Ventajas y desventajas de las diversas posiciones en que se pueden ubicar las personas

Dentro de este contexto, el mediador debe asegurarse de que su silla y sus materiales estén situados de manera que, desde la perspectiva de las partes, esté "en el medio". Los abogados, testigos y amigos u observadores deben sentarse cerca de las respectivas partes, o donde el mediador lo considere apropiado.

La colocación de las sillas y la de la mesa debe ser tal que el mediador sea el que esté más cerca de la puerta.

Considerando una reunión de dos, las personas pueden adoptar cuatro posiciones relativas básicas respecto cada una de la otra:

1) *Posición en ángulo:* Las personas se acomodan cerca de una esquina de la mesa, una a cada lado del ángulo recto.

Se comparte comúnmente por quienes conversan de manera amistosa e informal. Esta posición permite el contacto visual ilimitado y proporciona la oportunidad de usar numerosos gestos y observar los gestos del otro. El costado de la mesa o escritorio a su vez, constituye una barrera parcial si una de las personas empieza a sentirse amenazada, y esa posición evita la división territorial encima de la mesa.

2) *Posición de colaboración:* Las personas se acomodan juntas, una al lado de la otra, del mismo lado de la mesa o escritorio.

Se comparte cuando dos personas se llevan bien, piensan de igual manera o realizan juntas algún trabajo. Es una de las posiciones más estratégicas para que se tenga en cuenta lo que dice el otro. Es importante que quien llega al lugar tome esta posición sin que el otro se sienta invadido en su territorio.

3) *Posición competitiva-defensiva:* Las personas se acomodan enfrentadas, a ambos lados de la mesa o escritorio, con éste de por medio.

Sentarse frente a una persona con la mesa de por medio crea un ambiente competitivo y sugiere que se está a la defensiva, lo que puede llevar a cada participante a afirmarse en su punto de vista porque la mesa es una barrera sólida entre los dos. También la adoptan las personas que se hacen reproches una a la otra. Establece una situación de superioridad cuando las entrevistas se realizan en la oficina del que está detrás del escritorio. La posición competitiva no cumple la finalidad que el otro se sienta cómodo y tranquilo. Las conversaciones son más cortas y más específicas en esta posición con relación a otras. Cuando dos personas se sientan enfrentadas, inconscientemente dividen la mesa en dos territorios iguales. Cada una posee un territorio y resiente el avance sobre él.

4) *Posición independiente:* Las personas se acomodan sin querer interacción con la otra, como en un banco de plaza o en una biblioteca o restaurante.

Sentarse de esta manera indica falta de interés y si una traspasa la barrera territorial hacia la posición de la otra, se manifestará hostilidad. Está claro que debe evitarse esta posición cuando se desea una conversación franca.

12.3. Posibles modos de ubicación en la mediación

Posibles modos de ubicación de las partes cuando no hay abogados presentes, obviamente buscando una tercera posición para el mediador:

- enfrentados;
- en ángulo recto;
- uno al lado del otro.

Posibles modos de ubicación cuando hay abogados presentes:

- el mediador entre los abogados y las partes;
- las partes entre el mediador y los abogados;
- los abogados entre las partes y el mediador;
- cada abogado en una segunda línea, atrás de su parte.

ETAPA I
ORGANIZAR LA MEDIACIÓN

UBICACIÓN DE LAS PARTES Y MANEJO DEL ESPACIO

- ✔ Comodidad (Luz - Temperatura)
- ✔ Buen contacto visual y auditivo
- ✔ Asegurar la intercomunicación
- ✔ Clima favorable para la interacción
- ✔ Actitud y control del mediador

13. *La disposición del ambiente debe adecuarse al estilo de cada mediador*

Cada mediador deberá actuar conforme a su propia comodidad y experiencia, mas teniendo en cuenta a las partes de que se trate y el tipo de mediación o la estrategia que utilizará. Obviamente, también los medios con que se cuenta, que no siempre serán los óptimos.

Por ejemplo, si la mediación es de tipo familiar o de otro tipo en que deben prevalecer y son importantes las relaciones entre las personas, el ideal es un espacio más pequeño sin llegar a ser íntimo y una mesa redonda, de tamaño razonable, con sillas iguales alrededor a fin de crear un ambiente de tranquilidad y trabajo, sin posiciones preeminentes y que permita el acercamiento cuando haya llegado —si llega— el momento.

Si la mediación es de tipo patrimonial y multiparte, el ambiente debe ser más amplio por la cantidad de personas involucradas y porque las distancias entre quienes sólo piensan "hablar de negocios" en un estilo más cercano al regateo, deben ser mayores. Por ello es conveniente que se tenga una sala mayor de reuniones con una amplia mesa rectangular que pueda utilizarse para mediaciones multiparte o que requieran de alguna estrategia especial.

En general, cuando hay abogados, si se los coloca entre el mediador y la parte, tenderán a hablar ellos excluyendo al cliente, por lo que aparece como más adecuado colocar a los protagonistas entre el mediador y los profesionales, a fin de conservar su papel protagónico. De todos modos, los abogados podrán hablar cuando sea necesario y para ellos la mayor distancia no impedirá la comunicación, pues están acostumbrados a distancias más públicas y neutrales.

Si el local tuviera mucho ruido proveniente del exterior, debería intentarse amortiguarlo por medio de alfombras o paneles apropiados, pues la menor interferencia mejorará el clima de calma y tranquilidad.

Puede convenir que el lugar esté pintado y decorado con mobiliario moderno y de colores claros para dar una idea de optimismo, informalidad y libertad. Normalmente los muebles

grandes y antiguos, las cortinas pesadas, los paneles oscuros, parecen aplastar a los participantes o darles una idea de formalidad mayor que puede entorpecer la confianza y espontaneidad de la comunicación.

La luz debe ser suficiente y estar bien distribuida sin que encandile o moleste a alguna de las partes.

En definitiva, lo importante es conseguir un ambiente cálido y apropiado a la comunicación, sin que llegue a invadir a las personas, donde las partes y todos los intervinientes se sientan cómodos y listos para hablar y negociar con sinceridad y apertura. El mediador es un facilitador de esta comunicación y de la negociación, pero verá enormemente facilitada su tarea si cuenta con un lugar adecuadamente dispuesto según las circunstancias.

Capítulo XI

Actividad introductoria a la mediación

SUMARIO: *1.* Las sesiones de mediación. *2.* Ingreso a la sala de audiencias. *3.* Las presentaciones. *4.* Toma de notas por el mediador y por las partes. *5.* La postura y el lenguaje del mediador. *6.* Negativa de una parte a continuar con el procedimiento. *7.* Contenido de la sesión conjunta inicial. *8.* Importancia del discurso inicial del mediador. *9.* Preparación y práctica del discurso del mediador. *10.* Puntos a tener en cuenta en el discurso del mediador. *10.1.* Autopresentación y decisión sobre el modo de dirigirse a las partes. *10.2.* Aclaración sobre la imparcialidad y asentamiento de credenciales. *10.2.1.* La imparcialidad. *10.2.2.* El asentamiento de credenciales. *10.3.* Explicación del papel del mediador y del concepto de mediación. *10.4.* Explicación del procedimiento a seguir. *10.5.* Explicación de la regla de confidencialidad. *10.6.* Contestación de preguntas y aclaraciones. *11.* Modelos de discurso de apertura.

1. *Las sesiones de mediación*

La mediación puede llevarse a cabo en una o más audiencias de duración variable, tiempo que puede oscilar entre una o varias horas, a uno o vários días.

Normalmente, las partes se reúnen en sesión conjunta. Pueden o no utilizarse reuniones en privado (o por separado) con cada una de las partes. Habrá supuestos en que solamente se utilizarán reuniones privadas. Todo dependerá de cada mediador y de las circunstancias del caso y características de las partes.[1]

Lo habitual es comenzar por una sesión conjunta inicial, cuya primera parte es introductoria al procedimiento de mediación.

2. *Ingreso a la sala de audiencias*[2]

Llegado el momento de comenzar la mediación, es el propio mediador quien abre la puerta, sale, e invita a las partes a pasar a la sala de audiencias. En principio, las partes deben pasar conjuntamente, por lo que si alguno no ha arribado, la audiencia no empieza.[3]

[1] Ver Capítulo IX sobre procedimiento.

[2] STULBERG, Joseph B.: *County Court Mediation. A Mediator's Manual*, Florida, EE.UU., 1989, revisado por PRESS, Sharon; *Manual de mediación* preparado por Fundación Libra para su utilización en cursos y entrenamientos.

[3] Salvo que el mediador tenga una estrategia especial por la cual tratará a las partes por separado desde un principio, sin reunirlas. Mas, si no es así y hace pasar a uno primero sin tener al otro, quien llegue después puede temer que el mediador ya haya tomado partido por su contrario, al no saber qué se habló.

Recordamos que es el mediador quien ha preparado todo e indica —cortés pero firmemente— a las partes dónde sentarse.[4]

Corresponde hacer pasar a todos los que se hayan presentado, aun cuando no estén sólo los protagonistas, sino también sus acompañantes. Justamente ésta es una de las diferencias con el proceso judicial en que únicamente se permite comparecer a las partes. Es importante dar seguridad a quien tiene miedo o desconfianza, a quien cree que necesitará consultar a alguien antes de arribar a un acuerdo, por lo que si una de las partes llega acompañada, debe aceptarse su situación. Sin embargo, deben excluirse los testigos, salvo que se justifique su presencia.

En caso que deban estar presentes observadores, corresponde hacerlo saber a las partes y pedirles su consentimiento.

El mediador debe asegurarse de que todos los presentes estén en condiciones de comenzar a participar en una negociación facilitada provechosa.

Si las partes ingresan en actitud hostil recíproca o se agreden, es necesario utilizar recursos para calmarlas, ya que no será posible comenzar la mediación en tal clima alterado.

Si uno de los protagonistas presenta un impacto emocional marcado, llanto o profunda depresión, hay que tranquilizarlo e infundirle confianza sin dar lugar a pensar que será protegido por el mediador, pues ello dará imagen de parcialidad.

Si una de las partes aparenta estar bajo la influencia de estupefacientes o bebidas alcohólicas y sin dominio de sí mismo, debe suspenderse la audiencia hasta nueva fecha.

Corresponde al mediador dar una imagen de autoridad (aunque no autoritarismo) y seguridad, por lo que debe conducir el proceso con firmeza. Si bien debe ser flexible, también debe ser claro en cuanto a las pautas del procedimiento y a las decisiones que tome respecto a la eventual necesidad de postergar la sesión.

[4] Ver Capítulo X.

3. *Las presentaciones* [5]

Una vez que están todos ubicados, el mediador se presenta nuevamente con su nombre y apellido, reiterando que es el mediador designado o elegido para el caso.

Luego pide a las partes que se presenten con su nombre y apellido y ubicación relativa o papel que juegan en el conflicto. El mediador debe asegurarse de saber escribir y pronunciar bien el nombre de cada uno.

4. *Toma de notas por el mediador y por las partes* [6]

El mediador no debe confiar exclusivamente en su memoria, por lo que es importante que tome notas. Además, las anotaciones le servirán como guía cuando deba decidir el rumbo que seguirá si se estanca el procedimiento, le ayudarán a identificar los temas que necesitan profundizarse o a cerciorarse de cuáles son aquellos puntos sobre los que ya hubo acuerdo.

Desde el comienzo, debe tener frente a sí una hoja de papel en la que pueda escribir lo que considere necesario. Según su costumbre y el tipo de caso, serán diversos los datos que consignará, recordando que los apuntes del mediador no tienen como propósito ser una transcripción completa de la audiencia.

Hay mediadores que consideran que debe anotarse todo, sin descansar la mano, pues puede omitirse algo importante.

Otros piensan que cuanto menos se anote, más se puede mirar directamente a las partes, con lo cual se obtendrá una mejor comunicación. Consideran que hay dos grandes peligros en tomar voluminosas notas:

- Las partes se cuidan más de lo que dicen por temor al registro que quede de ello, a pesar de lo que prometa el

[5] STULBERG: ob. cit. en nota 2, revisado por PRESS, Sharon; COLEMAN, Susan: *Habilidades de la mediación para los negocios*, Nueva York, 1992.

[6] STULBERG: ob. cit. en nota 2; COLEMAN: ob. cit. en nota 5; SANDER, Frank E. A.: *Mediation for the professional. Training Manual*, Harvard Law School, "Mediation Workshop", 1993; JENKINS, David: *Mediando casos complejos de partes múltiples*, San Francisco, 1992; *Manual de mediación* preparado por Fundación Libra para su utilización en cursos y entrenamientos.

mediador, con lo que se sofoca la espontaneidad y el ritmo de la presentación.

- Al tomar demasiadas notas, el mediador muchas veces tiene que mirar lo que escribe, en lugar de dedicar su mirada, preocupación y atención a la persona que expone el problema, lo que atenta contra la comunicación personal que debe cuidar el mediador.

En definitiva, qué y cuánto se anota depende del estilo de cada mediador.

No debe olvidarse registrar con exactitud los puntos que las partes quieren tratar; luego aquellos hechos que aparezcan como importantes.

Es operativo dividir el papel de anotaciones en dos columnas, trazando una línea vertical por el centro. Usando la izquierda para lo dicho por el demandado y sus acompañantes, y el de la derecha para la otra parte.

Conviene tener la hoja dividida por zonas de antemano a fin de facilitar el ingreso de información, para no confundir la perteneciente a cada una de las partes. También se recomienda al mediador hacerse su propia taquigrafía, con flechas, círculos, triángulos, u otros símbolos, para indicar elementos recurrentes. Inclusive, es posible dejar constancia con ellos del tono o disposición de las partes.

Puede comenzar por anotar el nombre de las partes y los roles de cada uno. Para recordarlos, le servirá tener preparado un diagrama con la ubicación de las sillas a fin de ayudarse escribiendo quién se sienta en cada lugar. Así en forma inmediata, el mediador se puede dirigir a cada uno por su nombre, lo que facilita la comunicación y evita el lenguaje adversarial (actor-demandado).

También dará una o más hojas de papel a las partes para que anoten cualquier duda o pregunta que tengan, explicitando que lo deben hacer en lugar de interrumpir a quien esté en el uso de la palabra.

Debe aclararse que las notas del mediador y de las partes serán destruidas al final de la mediación pues sólo se toman a efectos de las audiencias, no para un acta ni como prueba.

69

En suma, lo que las partes deben saber respecto a las notas es que:

- son para tener presente y poder seguir el ritmo de lo que se va diciendo durante la sesión;
- serán destruidas al final de la mediación;
- no quedará registro alguno de ellas.

5. *La postura y el lenguaje del mediador* [7]

Si bien la neutralidad absoluta no existe, pues todos estamos inmersos en un mundo donde hemos vivido, hemos tomado posiciones y hemos tenido experiencias respecto de diversas situaciones, la postura y el lenguaje del mediador deben reflejar imparcialidad.

No sólo hay que ser imparcial, sino que hay que parecerlo. Encontrar las "palabras exactas" para decir lo que se debe decir es parte del adiestramiento del mediador.

Hay que ser sensibles a las ansiedades y miedos que las partes traen, sus esperanzas y sospechas sobre las posibles alianzas que puedan hacer ellas mismas o la contraria con el mediador, y también respecto de sus intentos de lograr o evitar las preferencias hacia uno de ellos.

En consecuencia, el mediador debe actuar con mucha cautela y cuidar sus gestos y lenguaje, para no provocar situaciones adversas, especialmente frases o declaraciones tales que puedan ser interpretadas por las partes como que ya tiene un juicio formado respecto del conflicto. Es peligroso menear la cabeza afirmativamente cuando una de las partes expone su opinión, pues esto puede hacer creer que da la razón a éste.

El mediador debe mirar equilibradamente a los ojos a todas las partes y no hablarle "a una sola".

Debe acentuar para ambos que si tienen interrogantes sobre los procedimientos o acerca de la función que va a desempeñar el mediador, no deben vacilar en preguntarlo. Debe asegurarse que nadie sienta "que se queda afuera", porque no entiende qué

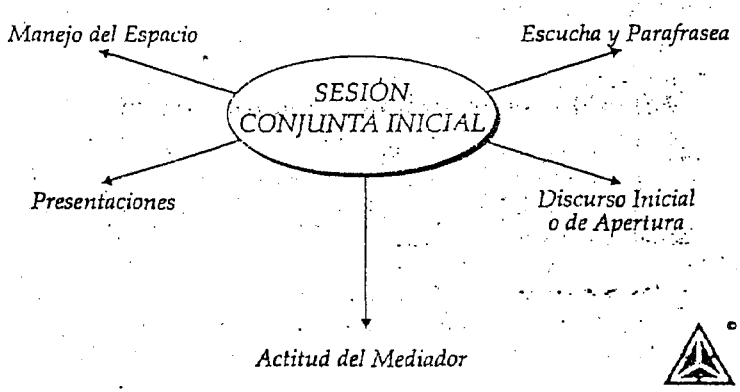
[7] STULBERG: ob. cit. en nota 2; SANDER: ob. cit. en nota 6.

es lo que está ocurriendo. Explicitará que se tomará el tiempo que sea necesario a estos fines, aunque se requiera luego de otra sesión para cumplimentar la mediación y tratar sobre las circunstancias que los traen a ella.

Además, la actitud del mediador que va a ayudar a las partes a resolver un problema, no puede reflejar superioridad. Si el mediador da idea de que la disputa es trivial o que está por debajo de sus habilidades, o que advierte diferencias entre las respectivas situaciones o *status* propio con relación al de las partes o alguno de los participantes, su intervención habrá perdido toda utilidad.

MEDIACIÓN

UNA NUEVA FORMA DE RESOLVER LOS CONFLICTOS



6. *Negativa de una parte a continuar con el procedimiento*

Antes de empezar la audiencia, puede aclararse —o por lo menos el mediador debe tener en cuenta— que el procedimiento es voluntario, en el sentido que nadie está obligado a llegar a un acuerdo.

Según cómo se lo haya legislado, cada parte debe por lo menos:

- haber tenido una reunión informativa sobre la mediación;
- haber escuchado el discurso de apertura y sabido sobre el contenido y las reglas de la mediación;
- haber proseguido todo el procedimiento de mediación de buena fe.

Sin embargo, parece claro que el mediador no tendrá poder para retener a ninguna de las partes que desee retirarse, cualesquiera sean las consecuencias legales de su alejamiento de la mesa de negociación.

Por ello, conviene que el mediador explicite que el proceso es voluntario y que cada uno es libre de retirarse en cualquier momento, instándolos a que se esfuercen al máximo de sus posibilidades por quedarse a fin de resolver el problema dentro del tiempo asignado.

7. *Contenido de la sesión conjunta inicial* [8]

En la sesión conjunta inicial existen dos partes diferenciadas. Si bien no hay una clara línea demarcatoria entre ambas, ya que se llevan a cabo sin solución de continuidad, aparecen dos momentos diversos:

- el discurso de apertura o exposición inicial del mediador, introductorio a la mediación;
- el relato y participación de las partes, con que empieza la sesión conjunta propiamente dicha.

[8] SANDER: ob. cit. en nota 6.

8. *Importancia del discurso inicial del mediador*[9]

Durante el breve período introductorio de la sesión de mediación, el mediador intentará lograr tres objetivos:

- dar información a las partes y orientarlas acerca del procedimiento;
- lograr la confianza de las partes;
- obtener información acerca de la disputa y las personas involucradas en él.

Al comenzar a hablar durante el discurso de apertura queda abierto el proceso formal de mediación. La hora siguiente será desafiante, exasperante, estimulante o frustrante pero, ¡es muy improbable que sea aburrida!

Aunque según cómo se presenten las partes quizás haya que improvisar algo diferente en cuanto a cómo empezar a dirigir la audiencia, es menester hacer una exposición inicial formal para describir las responsabilidades del mediador, su actitud y las reglas a seguir para conducir la audiencia. Es esencial que las partes entiendan claramente el papel propio y el del mediador.

Cada mediador debe encontrar una manera de comunicar la información en sus propias palabras y en su propio estilo. Un discurso de apertura efectivo es importante por cuanto:

- establece las reglas básicas y el rol del mediador en la audiencia;
- asienta el control de la audiencia por parte del mediador;
- sirve para que los presentes se sientan cómodos;
- comunica a las partes la sensación que el mediador tiene seguridad y está adiestrado, invitándolos por ello a confiar tanto en el mediador como en el procedimiento;
- permite a las partes reconocer y aceptar la discordancia entre lo que creían poder obtener a través de la mediación y la realidad.

El discurso de apertura debe ser claro y conciso. No debe utilizarse vocabulario especializado y difícil de entender. Esta exposición inicial es valiosa y debe ser lo suficientemente larga

[9] JENKINS: ob. cit. en nota 2; STULBERG: ob. cit. en nota 2, revisado por PRESS, Sharon; COLEMAN: ob. cit. en nota 5; SANDER: ob. cit. en nota 6.

como para tratar el tema, aunque lo suficientemente breve como para mantener la atención y el interés de las partes.

9. *Preparación y práctica del discurso del mediador* [10]

Pronunciar el discurso de apertura es difícil. Hace falta encontrar las palabras justas para expresar en vocabulario adecuado la información necesaria de una manera imparcial, y encontrar el propio lenguaje corporal para hacerlo, y al mismo tiempo estar observando, analizando y estudiando el lenguaje corporal de los presentes; todo lo que implica la necesidad de memorizar las palabras para poder atender a los restantes elementos.

Por ello, el propio discurso exige práctica y ensayo, preferentemente delante del espejo o ante familiares de confianza; por lo menos, deben ensayarse las palabras en voz alta. Pueden tenerse los puntos principales escritos como apuntes en tarjetas en el momento de hablar, pero no puede leerse el discurso, sino que hay que decirlo mirando a las partes. No debe subestimarse la importancia de comenzar la audiencia en forma articulada, informativa y tranquila.

No existe una manera determinada para pronunciar un discurso de apertura; ya que el objetivo es que el mediador cubra todos los puntos con su estilo particular. Pero cada mediador debe tenerlo preparado de acuerdo a su propia personalidad.

10. *Puntos a tener en cuenta en el discurso del mediador* [11]

Para formular de manera precisa la exposición inicial, debe tenerse en cuenta que el discurso de apertura tiene varios componentes:

[10] STULBERG: ob. cit. en nota 2, revisado por PRESS; JENKINS, ob. cit. en nota 6; COLEMAN: ob. cit. en nota 6.

[11] STULBERG: ob. cit. en nota 2, revisado por PRESS; JENKINS, ob. cit. en nota 6; COLEMAN: ob. cit. en nota 5, y SANDER: ob. cit. en nota 6.

70

10.1. Autopresentación y decisión sobre el modo de dirigirse a las partes

Esto parece simple, mas antes de hacerlo, el mediador debe decidir cómo quiere que las partes se dirijan a él, pues así se presentará:

- con el nombre de pila solamente;
- con el apellido solamente;
- con el nombre y apellido conjuntamente;
- con el título universitario o tratamiento académico;
- con el carácter de funcionario.

La opción que elija el mediador servirá para establecer el tono o clima de la audiencia y también el tenor en que luego se dirigirá a las partes.

No obstante, al principio, el mediador siempre se dirigirá a cada uno de los presentes como "señor" o "señora" (y "doctor/a", "licenciado/a", o lo que corresponda, a los profesionales) no por sus nombres o apellidos directamente, salvo que se trate de niños pequeños a quienes conviene llamarlos por sus nombres de pila; y en general, es conveniente mantener una atmósfera de calidez y de respeto, por lo que debe observarse en qué medida el trato menos formal no hace que las personas se sientan invadidas. Las distancias que deben mantenerse y que cada uno tiene como burbuja a su alrededor, no sólo son físicas, sino también de trato y de mayor o menor formalidad, más aun en el idioma español que —a diferencia de otras lenguas— tiene dos formas básicas muy diferenciadas de dirigirse a otro, a través del tratamiento de "usted" o del tuteo (inclusive el voceo en la Argentina).

10.2. Aclaración sobre la imparcialidad y asentamiento de credenciales

Procede que el mediador haga ciertas aclaraciones a efectos de poner a la vista, frente a los interesados, la imparcialidad que lo guía en el caso y que asiente suficientes credenciales como para inspirar la adecuada confianza.

Uno de los objetivos principales del mediador en esta etapa inicial es el de obtener la confianza de las partes, ya que éstas

—al estar enojadas entre sí— desconfían una de la otra y del mediador. Por ello, cualquier esfuerzo en este aspecto no constituirá gasto innecesario de energía, ya que sin confianza, los presentes no se arriesgarán y probablemente la sesión no resultará en un acuerdo.

10.2.1. La imparcialidad

La aclaración en cuanto a que no existe parcialidad alguna por parte del mediador tiene un doble objetivo. El mediador quiere asegurar a las partes que:

- es neutral;
- está preparado para resolver sus problemas.

La credibilidad depende del hecho de que el facilitador de la negociación no aparezca como predispuesto hacia algún resultado predeterminado en favor de una de las partes, es decir, que sea neutral e imparcial.

¿Cómo hace para asegurarles eso a las partes?

Puede explicitar que no ha conocido antes a ninguno de los presentes, o que no ha hablado con ninguno sobre las cuestiones a resolver. Aunque es probable que las partes presten poca atención a tal enunciación, resultará útil para traerlo a colación cuando, durante la audiencia, alguna parte lo acuse de no ser imparcial.

Obviamente, si el mediador conoce a alguna de las personas, no debe ocultar sino revelar tal información, sea para que otra persona pueda servir de mediador, sea para que las partes conozcan el hecho a fin de considerarlo. Si para él, el conocimiento previo no le impedirá ser objetivo, así debe decirlo, dando oportunidad a las partes para cierta oposición. No se trata de un proceso formal, sino de ver si las partes se sienten cómodas luego de estar al tanto de la circunstancia.

En realidad, cabe reconocer que no existe una asepsia y neutralidad absoluta, pues el mediador tiene su propia personalidad que le provocará reacciones tanto positivas como negativas frente a las partes. No obstante, es de suma importancia para la eficacia de la mediación que las partes mantengan confianza en que el mediador tiene habilidad suficiente para ser

justo y comportarse con imparcialidad o para asegurarles un espacio neutral.[12]

10.2.2. El asentamiento de credenciales

Las partes no solamente quieren saber que el mediador es imparcial, sino también que es competente para ayudarlos. No quieren escuchar toda su biografía y *curriculum vitae*, pero ayuda a establecer credibilidad el informar que se es un mediador entrenado, certificado y con experiencia.

10.3. Explicación del papel del mediador y del concepto de mediación

Resulta relevante la explicitación del papel del mediador, del concepto de la mediación y de las diferencias entre mediación y otras formas de resolución alternativa de conflictos.

El mediador debe informar brevemente a las partes sobre qué rol desempeñará durante la audiencia; y debe hacerlo aunque todos los presentes ya hayan sido informados por quien remitió la causa, o por los empleados administrativos de recepción, o por un video explicativo o cualquier otra forma de divulgación del método de resolución de conflictos. Ni siquiera debe saltearse este paso aunque las partes hayan intervenido en otra mediación diferente por otro problema. Jamás debe presumirse que todos hayan entendido lo anterior ni que lo recuerden. La explicación del rol del mediador y del proceso debe hacerse en palabras fácilmente comprensibles, con descripciones simples y gráficas, evitando el vocabulario y clasificaciones jurídicas y técnicas.

Dirá que su tarea consiste en escuchar, en cerciorarse de haber entendido la situación en su totalidad desde el ángulo de cada uno de los protagonistas, para luego poder determinar con ellos cómo pueden llegar a resolver su problema. Aclarará que no es su propia opinión la que vale, sino la de las partes, que él no es parte, sino intermediario para explorar opciones.

[12] Ver Capítulos II, III y XV.

Jamás debe dejar de recalcar que no es juez y que no tiene autoridad para imponer una decisión, ya que ésta solamente puede provenir de los interesados; y que su rol consiste en considerar y evaluar, junto a las partes, diferentes posibles opciones y soluciones a la situación.

También puede aclarar que si después de la discusión las partes coinciden en lo que harán, se escribirá el acuerdo, lo firmarán y cada uno se llevará una copia; en su caso, que el acuerdo será sometido al tribunal.

Debe también describir qué pasa si la mediación no resulta en un acuerdo, para que sepan que nada pierden y pueden acudir a otro sistema, especialmente el judicial.

10.4. Explicación del procedimiento a seguir

Es menester que quede muy clara la explicación de los procedimientos que gobernarán la conducción de la audiencia, en lenguaje sencillo y didáctico.

Recordamos que si bien las partes son las dueñas del acuerdo, el mediador es el dueño del procedimiento, en el sentido de establecer las reglas básicas sobre cómo se llevará a cabo la audiencia. El mediador debe dar a las partes lineamientos claros, acerca de la manera en que conducirá la sesión.[13]

En general, conviene ir recogiendo el asentimiento, siquiera implícito, de las partes a las reglas a medida que se van explicando.

Para ello, una vez más, debe encontrar frases y palabras con las que se encuentre cómodo, aunque es preciso que abarque los siguientes puntos:

- orden de la discusión;
- no interrupción;
- respeto mutuo;
- si se permite fumar o no;
- margen de tiempo con que se cuenta para la sesión;

[13] Ver Capítulo IX, *sobre el procedimiento y la toma de decisiones respecto del mismo.*

71

- toma de notas o apuntes y clarificación de su destino después de la audiencia;
- privacidad;
- rol de los testigos, peritos, etc., en los pocos casos supuestos en que participen;
- uso de la sesión privada o individual.[14]

10.5. Explicación de la regla de confidencialidad[15]

La explicación de la regla de confidencialidad es definitoria para la mediación. Si existe en la legislación, se la hará saber de acuerdo a la normativa respectiva. En caso contrario, se firmará un convenio de confidencialidad.

Es importante que las partes confíen en la habilidad del mediador para mantener absoluta reserva sobre todo lo dicho durante las audiencias. Esto significa no hablar con nadie fuera del contexto de la mediación y no compartir la información confidencial de una parte con la otra parte.

La regla de la confidencialidad permitirá a cada parte involucrada en un proceso de mediación, negarse a revelar e impedir que cualquier otra de las personas intervinientes revele información obtenida durante el procedimiento.

La confidencialidad tiene varios aspectos y direcciones e implica que:

1) Respecto de quienes intervienen en la mediación:
   - el mediador no hará saber a la contraria lo que una parte le confíe en una sesión privada, salvo autorización.
2) Respecto de terceros ajenos a la mediación:
   - el mediador no divulgará el contenido de la mediación fuera de las sesiones con las partes;
   - el mediador no saldrá de testigo en favor o en contra de ninguna de las partes;

[14] Llamada *caucus* en inglés, palabra que a veces se transcribe o utiliza directamente en obras en español.

[15] Ver Capítulos VII y XV sobre la confidencialidad.

- las partes se comprometen recíprocamente a respetar el deber de confidencialidad.

Existen excepciones a la confidencialidad, por lo que se deben tener en cuenta a fin de indicar a las partes que el privilegio:

- no se extiende a la información referida a la comisión de un crimen o a la violencia sobre —o abuso de— menores;
- no impide utilizar datos que surgen de las reglas de prueba, es decir, que de otra manera podrían ser objeto de prueba. Dicho de otra manera, los datos que se puedan obtener por otros medios independientes no quedarán protegidos sólo por haber sido mencionados durante la sesión de mediación.

10.6. Contestación de preguntas y aclaraciones

El mediador ha dado o ratificado mucha información en poco tiempo, por lo que antes de comenzar con el caso y con carácter previo a que las partes empiecen a hablar sobre su problema en concreto, debe preguntarles si tienen dudas acerca de los respectivos roles, los posibles resultados o los procedimientos o de cualquier otra índole.

ETAPA I
ORGANIZAR LA MEDIACIÓN

¿QUIÉNES? → Presentaciones Personales

¿QUÉ? → Explicar el Método. Dar las características.
Neutral - Voluntario - Colaborativo - Confidencial.
Partes con Poder - Mirada al futuro.

¿CÓMO? → Normas y Modos en el desarrollo de la Mediación.

REGLAS DE: → Comportamiento
→ Funcionamiento

→ Eventuales sesiones privadas
→ Firma del Convenio de Confidencialidad

¿ALGUNA PREGUNTA? → Asegurarse la total comprensión de las reglas de juego.

11. *Modelos de discurso de apertura*

A continuación transcribimos los discursos de apertura provenientes de los mediadores estadounidenses David Jenkins, Sharon Press y Susan Coleman, los que se insertan en distinto tipo de letra a fin de poder apreciar comparativamente las diferencias. Se trata de meros ejemplos, que deben adaptarse al vocabulario y a la idiosincrasia argentina y al estilo de cada mediador.

David Jenkins
Sharon Press
Susan Coleman

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

"Hola. Mi nombre es Sr. ..... y yo seré el funcionario de la audiencia de esta noche".

"Buenas tardes. Es un gusto saber que ambos decidieron intentar la mediación. Mi nombre es ..... . Permítanme asegurarme de tener los nombres de ambos y de que están escritos correctamente ¿..... se pronuncia así? Bien. ¿Están cómodos en sus asientos? Bien. Bueno, ahora vayamos a los negocios."

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

"Sra. Z, Sr. X, ¿podrían revisar esto para asegurarnos de que sus nombres y sus domicilios actualizados están escritos correctamente?"

"¿Alguno de Uds. ha recurrido a la mediación para resolver una disputa en el pasado? Bien, permítanme ex-

plicarles el proceso entonces. Parte de lo que voy a decir podrá parecerles repetitivo, pero quiero asegurarme de que todo quede claro, ya que es importante para tener éxito."

"Todo lo que se diga aquí será confidencial. Las anotaciones que haga son para mí, para clarificar y explicar temas que surjan durante la sesión. El único registro resultante de esta audiencia será el acuerdo, si es que lo logran. No estoy autorizado a compartir ninguna información que reciba aquí ni con el juez ni con ningún otro. Hay solamente dos excepciones a este reglamento:

1) yo no puedo garantizar que la información acerca de un crimen o de un fraude será protegida.

2) Además, la información que se pueda obtener por medios independientes no quedará protegida sólo por haber sido mencionada durante esta sesión."

"Casi siempre me gusta comenzar la reunión conjunta haciendo que todos los participantes firmen una copia del acuerdo de confidencialidad. Este convenio sirve para subrayar lo que ustedes probablemente ya hayan comprendido, es decir que yo no podré revelar a la contraria nada de lo que me digan en confianza mientras nos encontremos en audiencia privada, a menos que Uds. lo autoricen expresamente. Además, confirma el acuerdo entre todos Uds. en cuanto a que nadie pueda obligarme a hacer tal revelación en ningún otro procedimiento adjudicatorio subsiguiente si no logramos resolver el caso por medio de estas negociaciones mediadas."

"Antes de empezar a debatir el problema que los ha traído aquí, permítanme explicarles cómo funciona la mediación y lo que nosotros esperamos lograr aquí esta noche."

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

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

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

"Mi objetivo es prestar mis servicios como tercero neutral, no el de tomar partido por alguno de ustedes. Si en algún momento ustedes no confían en mi imparcialidad, deseo que me lo hagan saber."

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

"El fin hacia el cual nos dirigimos aquí hoy, es lograr una solución que resulte favorable para ambos. No siempre es posible encontrar una solución que satisfaga plenamente a ambas partes, aunque por supuesto, esto ocurre a veces. Sin embargo, es posible, por cierto, idear la mejor solución para ambos. Nosotros apuntamos a una solución 'ganar-ganar'. Probablemente hayan oído a otras personas hablar en estos términos."

"Después de la suscripción de este acuerdo —y generalmente comenzando por el actor— me gusta oír un breve resumen, en que cada parte o su representante relate cómo ve su posición en esta disputa y los fundamentos que invoca, concentrándose en lo que cada uno considera como el resultado más apropiado ... técnicamente hablando, ésta es la declaración de la posición negociadora de cada uno. Aunque, yo las insto a poner suficientes datos sobre la mesa como para resultar convincentes, las partes están facultadas para retener cualquier información concreta que crean que no es de su mejor interés revelar frente a los demás participantes durante la sesión conjunta."

"Conversemos un poco acerca de la estructura general de

la sesión. Hemos programado el día de hoy y el de mañana para esta mediación. Esperamos con optimismo, haber resuelto los puntos centrales del conflicto dentro de este plazo, o al menos, muchos de ellos. ¿Existe algún motivo que pueda causar una interrupción durante este período? Bien."

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

"Quisiera pedirles que acepten ciertas normas de procedimiento para la discusión de los temas a considerar esta tarde. En primer lugar, necesito que ambos escuchen atentamente mientras el otro habla, y que no interrumpan. Esto es difícil de lograr a veces, pero es muy importante que escuchen realmente lo que la otra persona está diciendo. Quiero que ambos escuchen de manera tal que puedan sintetizar la esencia de lo que la otra persona está diciendo y, de hecho, a menudo les pediré que hagan simplemente eso. Si surgiera algo sobre lo que ustedes quisieran dar una respuesta, les sugiero que tomen nota de ello en el papel provisto, para que no se olviden. También quisiera que se traten respetuosamente a lo largo de la sesión. A veces la gente no logra hacer esto cuando hay un conflicto de por medio, pero resulta muy contraproducente que se ataquen, se desairen o se insulten de alguna otra manera. Les recordaré esta norma, si fuera necesario. La última norma de procedimiento es que hagan gala de todas sus habilidades para encontrar una solución favorable de este conflicto mientras el proceso de mediación esté en marcha ¿Aceptan ambos cumplir estas normas de procedimiento? Bien."

"Una vez que hayamos dado la vuelta completa a fin de exponer las diversas posiciones iniciales, podremos decidir si resulta útil extender la sesión conjunta para incluir preguntas

aclaratorias ... la única condición es, por supuesto, que todos se sientan cómodos."

"En algún momento, yo podría sentir como beneficioso para nuestras discusiones el reunirme en forma privada con cada uno de ustedes. Si eso ocurre, les avisaré y les describiré el procedimiento a seguir."

"Puede suceder que en algún momento durante la sesión, les solicite hablar con cada uno de ustedes en forma privada. Permítanme decirles que si eso sucede no tiene ningún significado especial, simplemente, estaré tratando de recabar toda la información acerca de la situación. Si bien a menudo hablaré con las partes la misma cantidad de tiempo, no tiene relevancia alguna el hecho de detenerme con uno de ustedes por más tiempo."

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

1. Darme la posibilidad de escuchar alguna información que ustedes hayan pensado que no era prudente revelar durante la sesión conjunta frente a la parte contraria y que pudiera ser relevante para arribar a una solución.

2. Darme la oportunidad de hacer el papel de abogado del diablo, cuando sea apropiado, con el propósito de que las partes hagan una evaluación —lo más equilibrada posible— de su propia posición, para que puedan a su vez

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

"Si resolvemos este problema, lo haremos por escrito como acuerdo entre ustedes y lo someteremos al tribunal. Si no podemos resolver el problema o en cualquier tiempo alguno de ustedes no quiere continuar, clausuraremos la sesión y ustedes volverán al tribunal".

"¿Hay preguntas?"

73

"¿Tienen Uds. alguna pregunta?"

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

"Muy bien, ¿quién quisiera hablar primero?"

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

Capítulo XII

Dinámica de la mediación: sesiones conjuntas e individuales

SUMARIO: *1.* Presentación de cada posición por relato de las partes. *2.* La expresión de emociones. *3.* Recapitulación o paráfrasis por el mediador. *4.* Diálogo e intercambio de información entre las partes. *5.* El rol del mediador en el proceso de recolección de datos. *6.* Identificación de los núcleos del conflicto. *7.* Estructuración de la discusión. *8.* Tiempo de las sesiones. *9.* La sesión privada. *10.* Causas que justifican las sesiones privadas. *11.* Principios que rigen las sesiones privadas. *12.* Cómo se dirige la sesión privada. *13.* Contenido de la sesión privada. *14.* Éxito de la sesión privada. *15.* Conclusión de la mediación. *16.* Falta de acuerdo. *17.* Acuerdo. *18.* Sentir de las partes luego de la mediación.

1. *Presentación de cada posición por relato de las partes*[1]

Luego de explicado el objetivo de la mediación, el rol del mediador y las reglas básicas en el discurso de apertura, sólo queda por comenzar el proceso participativo de negociación.

Corresponde, en consecuencia, dar la palabra a los interesados. Una señal definitoria por parte del mediador, generalmente verbal, indica la necesidad de que la persona asuma una parte activa en la comunicación. Este primer movimiento consiste en el relato de cada punto de vista del problema, es decir de su posición, por cada una de las partes. La cesión de la palabra muestra la disposición del mediador de hacer frente abiertamente a las tendencias emocionales más importantes, y pone de manifiesto una verdadera imagen de las interacciones. Es indispensable no sólo alentar esta participación, sino también recompensarla de manera verbal, puesto que expresar sentimientos personales profundos es arriesgado y amenazador para los participantes. Tenemos la certeza de que esta posición abierta reduce la tendencia hacia una conducta pasiva-agresiva, que podría menoscabar las negociaciones posteriores.

Si bien los mediadores utilizan diversas técnicas y formatos, los procedimientos incluyen la presentación de una breve historia de los hechos reseñada por cada parte, como también

[1] SANDER, Frank E. A.: *Mediation for the professional. Training Manual*, Harvard Law School, "Mediation Workshop", 1993; STULBERG, Joseph B.: *County Court Mediation. A Mediator's Manual*, Florida, EE.UU., 1989, revisado por PRESS, Sharon; JENKINS, David: *Mediando casos complejos de partes múltiples*, San Francisco, 1992; COLEMAN, Susan: *Habilidades de la mediación para los negocios*, Nueva York, 1992; FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, 1992, p. 58; SCHWARZ, Norman E.: *Section IV*, Miami, Florida, EE.UU.

su punto de vista sobre responsabilidades y pretensiones. Ello habitualmente se hace en presencia de todos los interesados, es decir en sesión conjunta.

El orden en que las partes presentarán su caso es variable. Puede comenzarse por:

- el que parezca más ansioso por contar;
- el que parezca más perturbado o disgustado;
- el más pasivo;
- el que presentó la demanda;
- el que pidió la mediación;
- el que está a la derecha del mediador;
- el que se ofrezca a hablar primero;
- el que acuerden las partes que hablará primero.

Lo relevante es que se dé igual oportunidad a todos y se oiga al primero con el mismo interés que al último. Es importante que cada parte sienta que logró que el mediador la escuchara y que pudo exponer su caso ante el otro protagonista.

Debe escucharse el relato con atención, sin perder detalle de lo dicho y de la forma en que el protagonista lo dice, tratando de advertir el lenguaje corporal y el énfasis que la parte pone en cada aspecto de su historia.

El mediador puede permitir que cada parte explique su versión de los hechos mientras él mismo y el otro participante escuchan en silencio, o bien cada uno de los participantes explica su situación al mediador y éste hacer las preguntas pertinentes para ya comenzar a indagar las necesidades y sentimientos subyacentes.

Normalmente, en esta primera etapa conviene que los participantes hablen mirando al mediador, más que al otro, pues suele subir el nivel emocional. Hay quienes aconsejan permitir que la narración de los acontecimientos sea interrumpida cuando los participantes están abiertamente indignados, verbalmente agresivos e incluso explosivos, a fin de darles oportunidad de expresar estos sentimientos, que luego de liberados con ciertos límites, dejarán a las partes en condiciones de negociar productivamente. No obstante, el mediador no puede ceder el control de la situación y debe dar la imagen de que no va a dejar que las partes pierdan el dominio, a pesar de sus fuertes

emociones. A veces le será necesario recordar las reglas procedimentales convenidas.

Si las partes están acompañadas por sus abogados, comúnmente éstos tomarán una postura jurídica y adversarial al hacer el relato. El mediador debe dar su lugar a los profesionales, para luego pedir a la parte que continúe con sus propias palabras y exponga los hechos y puntos centrales desde su punto de vista.

No debe apurarse a la parte para que hable y diga todo lo relevante que ocurrió, lo más pronto posible. El mediador debe tener paciencia; sin embargo, si el que habla se dispersa demasiado, puede hacer alguna pregunta para encauzarlo. Resulta a menudo útil pedir a cada parte que hable del núcleo del conflicto.

El relato directo y personal por el interesado tiene como objetivo:

- permitirle al relator tener la oportunidad de expresarse y hacerse oír;
- permitirle a la contraria oír el relato de boca de la parte;
- permitir a cada parte evaluar cómo se oyen los respectivos relatos presentados ante un tercero neutral.

El relato constituye una etapa crucial en el proceso de la mediación que no puede saltearse. Las partes generalmente sólo se han oído a sí mismos y a su abogado que les ha dado ánimo para la lucha y el litigio. A veces, al asistir a la explicación del contrario, comienzan a pensar que él también tiene cierta fuerza de convicción.

2. *La expresión de emociones* [2]

La mayoría de los problemas que se traen a mediación están teñidos de intensidad emocional. Un mediador realista debe esperar que algo de emoción, enojo, resentimiento o frustración aparezca en la audiencia. El desafío consiste en aceptar este tipo de manifestaciones y responder a ellos de tal manera que le

[2] STULBERG: ob. cit. en nota 1; revisado por PRESS, Sharon.

permita mantener el control de la audiencia y a la vez lograr la descarga catártica.

La actitud del mediador puede variar según su personalidad, intensidad de las emociones y modo de expresión. Hay situaciones donde es válido interrumpir para recordar las reglas básicas del ordenamiento, en momentos de exabruptos, desorden, palabras agresivas y violencias.

El objetivo básico que subyace es el de controlar la audiencia permaneciendo imparcial y no defensivo. El mediador no puede permitir que la dirección de la sesión pase a una parte por medio de interrupciones que lleguen a un punto en el cual, con su manera de actuar, esté marcando el ritmo y el tiempo del debate.

Es importante que el mediador se asegure que los participantes hayan tratado con realismo sus cuestiones, y esto podría incluir el desahogo, el enojo, la frustración y la hostilidad. Ignorar o aplastar estos sentimientos, podría provocar una audiencia "calma", pero también podría "tapar" diferencias de fondo, lo que iría en desmedro de la resolución. De otra forma, si las partes están muy cargadas, no podrán trabajar productivamente hasta tanto hayan expresado en alguna medida sus sentimientos.

Definir la línea entre "control" y "pérdida de control" en una audiencia de mediación es una apreciación difícil; lo importante para el mediador es conservar la conducción del proceso.

3. *Recapitulación o paráfrasis por el mediador*[3]

Cuando cada parte termine su relato, el mediador lo repetirá en forma sintética, tomando sólo los hechos y pretensiones relevantes, pasando el relato a un lenguaje más neutral que el utilizado por el protagonista. Se trata de parafrasear lo entendido, haciendo una síntesis verbal que refleje la presentación de la parte, aunque apuntando a uno o varios puntos centrales del conflicto que se hayan podido identificar en este primer nivel.

[3] JENKINS: ob. cit. en nota 1; COLEMAN: ob. cit. en nota 1.

Constituye una técnica de oyente activo. Esta técnica permite controlar si el mediador ha comprendido lo que se está diciendo y le asegura a las partes que está escuchando verdaderamente. Una precaución que debe tomar el mediador si está usando esta técnica, es la de traducir lo que se está diciendo a un lenguaje neutral y no repetir simplemente como un loro. Si el mediador se limita a repetir, hasta puede llegar a enojar a las partes.

Es un momento de calma que contribuye a bajar la tensión del relato inicial. Constituye una cierta interrupción de la secuencia de participación de las partes que en este momento serán ellas mismas atentas escuchas.

El mediador debe cuidar de poner en boca de la parte lo que repite, no tomándolo como propio o como verdad aceptada, a través de términos como "Ud. dice", "Ud. piensa", "Ud. siente" o "Ud. declaró". No debe olvidar de hacer estas introducciones, pues de lo contrario, la parte restante creerá que el otro ya lo convenció.

Cuando termina de hacer la paráfrasis, debe cerciorarse con la parte involucrada que lo dicho es fiel transcripción de su postura, a fin de que quede claro que el mediador tiene clara conciencia del relato. Si no comprendió, seguramente las partes así se lo comunicarán.

La habilidad de haber escuchado activamente es lo que le permitirá al mediador hacer un resumen de lo dicho por los protagonistas del conflicto, como asimismo transmitir de manera eficaz la sensación que ha comprendido realmente lo que trataron de decirle y, al mismo tiempo, ayuda a construir un clima de confianza y entendimiento.

La paráfrasis tiene por objetivo:

- mostrar que el mediador escucha;
- mostrar que el mediador entiende de qué se trata;
- permitir al mediador reconocer y confirmar las posiciones;
- reformular lo dicho en lenguaje neutral;
- fortalecer las credenciales del mediador;
- hacer oír a la contraria cada relato en boca de un tercero;
- identificar puntos centrales del conflicto.

75

Puede inclusive ayudar a las partes a dar y obtener información adicional, porque al escucharlo resumir, advertirá cuál es la información que omitieron.

Es fundamental para el mediador dar imagen de comprensivo y a la vez imparcial, de haber entendido con el intelecto y también haber advertido los sentimientos y las emociones del relator, todo ello sin perder la neutralidad frente a las restantes partes.

Esta recapitulación puede ayudar a que las partes comiencen a escuchar la perspectiva del otro, ya que es más fácil cuando dicha perspectiva es expresada por un tercero neutral. Éste puede recién ser el primer momento en que una parte escuche a la otra, a través de la boca del tercero. Cuando una parte llega al pleito, muchas veces por falta de comunicación no sabe qué piensa ni qué quiere ni cómo ve la cosa su contraria. Sólo ha oído de su propio abogado el acogimiento de la propia razón. Cuando oye la paráfrasis, puede comenzar a ver que tal vez la contraria tenga cierta razón también, o que así puede verlo otro tercero, tal vez el juez.

ESCUCHA EFECTIVO: TECNICAS

- *Siéntase psíquicamente confortable.*
- *Elimine Distracciones.*
- *Establezca contacto visual.*
- *Observe el lenguaje corporal.*
- *No emita juicios.*
- *Pregunte con claridad.*
- *Repita lo que entendió de lo que fue dicho/Parafraseo.*
- *Resuma los puntos de vista básicos.*

4. *Diálogo e intercambio de información entre las partes*[4]

Finalmente las partes comienzan un diálogo constructivo. La discusión de expectativas o posiciones tiende a exponer la agenda oculta o los elementos que están bajo el *iceberg*, es decir, conflictos que los participantes reconocen muy escasamente. A través de preguntas abiertas e intervalos de silencio, el mediador puede facilitar la discusión y, simultáneamente, mantener el control y la expresión de reconocimiento y aliento al intervenir con interpretaciones y síntesis. La mayor parte de la conversación debe estar a cargo de los participantes, quienes con frecuencia se exasperan ante la visión y percepciones de uno y otro.

El objetivo en esta etapa es el de hacer que las partes informen sobre la situación en que se encuentran; una manera es estimulándolos a describir el conflicto. Una vez que comienzan a hablar sobre sí, descubren que se sienten menos seguros sobre lo que sucedió, menos seguros de conocer cuál es la "mejor solución" y más dispuestos a considerar otros puntos de vista.

En cada punto central del conflicto, el mediador debe ayudar a las partes a comprender las posiciones, necesidades y sentimientos del otro. La tarea del mediador consiste en comprometer a las partes a un esfuerzo conjunto para resolver la disputa y para ello comienza comprometiéndose en las "circunstancias del problema", aunque a diferencia de las partes, no puede quedar "atrapado" por ellas. El mediador puede sumergirse en el problema, mas sólo lo suficiente como para apreciar los hechos y la dinámica del mismo; luego debe salir, tomar distancia y apreciar los hechos y la dinámica del conflicto desde una óptica objetiva, para poder:

- identificar necesidades prioritarias;
- aclarar las presuposiciones y prejuicios;
- destacar el terreno común;
- poner énfasis en el futuro;

[4] Folberg y Taylor: ob. cit. en nota 1; p. 58; Stulberg: ob. cit. en nota 1.

- implementar y reforzar el procedimiento;
- revalorizar y estimular a las partes;
- replantear el problema;
- facilitar el surgimiento de ideas *(brainstorming)*.

La mediación es un proceso fluido, por lo que con frecuencia el mediador avanzará para luego tener que retroceder, lo que aparecerá como un cierto desorden. Lo que ocurre que la mediación no es tan exacta como en las explicaciones teóricas.

Cuando las partes están en conflicto hacen presuposiciones acerca del mundo basadas en sus propias pautas culturales, su personalidad y la información limitada con que cuentan. Por ello, el intercambio es rico, y origina el trabajo cooperativo y el entendimiento. Lo ideal es ayudarlas a que tomen distancia de lo emocional y aumenten el nivel de conocimiento del tema de fondo para poder vislumbrar la perspectiva del otro.

A efectos de promover la comunicación, el mediador puede:

- sugerir que las partes se hablen directamente en lugar de hacerlo a través del facilitador, cuando considera llegado el momento;
- pedir a las partes que informen a la contraria sobre las necesidades subyacentes y prioritarias;
- pedir a las partes que resuman las posiciones, necesidades y sentimientos expresados por la contraria.

El mediador no hace esto en forma directa, sino a través de hábiles interrogatorios y sugerencias que faciliten los comportamientos informativos y cooperativos.

5. *El rol del mediador en el proceso de recolección de datos*[5]

Durante las primeras etapas de la audiencia, la tarea del mediador es la de aprender todo lo que pueda sobre lo ocurrido entre las partes y hacer una evaluación inicial, basada en esos hechos y percepciones, en cuanto a los parámetros de una solución posible.

[5] STULBERG: ob. cit. en nota 1.

76

El mediador puede hacer esta parte de su trabajo eficazmente apoyándose en los enfoques y las destrezas siguientes, que parten básicamente del escuchar. El rol del mediador es conseguir que las partes hablen. Si la parte es locuaz, lo único que necesita hacer es quedarse callado. Si la parte es indecisa o tímida, podría tener que alentarla o incitarla para que hable.

a) *Tener paciencia:* No debe apurarse a completar el pensamiento de la parte, sino dejarla que termine de decir lo que está pensando.
b) *No interrumpir:* El mediador no puede escuchar a una parte si está hablando.
c) *Entender antes que evaluar:* Lo importante es aprender a informarse de lo que la parte cree, y no determinar si lo que él o ella creen es correcto.
d) *Concentrarse:* Es conveniente eliminar todas las actividades secundarias que lo distraigan. La toma de apuntes, el café, etc., deben hacerse de tal manera que no distraigan al mediador de lo que está escuchando.
e) *Controlar el nivel de la discusión:* El rol del mediador durante esta etapa de recolección de datos, es calma pero firme. Debe esforzarse para que las partes se tranquilicen y se reduzca la naturaleza del enfrentamiento, intentando reorientar las perspectivas de las partes desde una postura adversarial hacia una en que visualicen la existencia de objetivos mutuos. El interrogatorio deberá ser preciso. El rol del mediador no es pasivo, debiendo además reconocer y legitimar las preocupaciones de las partes.

ETAPA II
COMPRENSIÓN DE LA PERSPECTIVA DE LAS PARTES

- Otorga ordenadamente la palabra ➡ RELATOS.
- Toma notas personales.
- Alienta a que las partes tomen notas.
- Pregunta sobre detalles importantes del relato.
- Parafraseo.
  - → a cada parte - **[IMPARCIALIDAD].**
  - → sirve para presentar el asunto - **[ORGANIZACIÓN].**

6. *Identificación de los núcleos del conflicto* [6]

Las cuestiones a identificar consisten en algún asunto, tema, práctica o acción que aumenta, frustra, altera, o de alguna manera afecta adversamente a los intereses, objetivos, o necesidades de alguna persona.

La mediación sólo puede resolver cuestiones negociables y no todo cuanto preocupa o frustra a las partes. Cuando son los valores los que están en juego, será difícil, sino imposible, lograr una negociación a su respecto. Por ello, debe indagar sobre las necesidades a fin de generar una dinámica adecuada que avance hacia una solución posible.

Las necesidades se han enumerado y clasificado según criterios variados; y quien puede satisfacerlas a todas completamente, es una persona autorrealizada.[7]

Existen necesidades de diversa índole:

a) Necesidades biológicas básicas de supervivencia:
- alimentos;
- agua;
- aire;
- eliminación.

b) Necesidades psicológicas.
- amor;
- seguridad;
- poder;
- control;
- reconocimiento;
- pertenencia.

c) Necesidades altruistas:
- autoestima;
- desarrollo personal.

Una vez que el mediador identifica el núcleo del conflicto, debe intentar presentar las cuestiones a tratar de maneras

[6] STULBERG: ob. cit. en nota 1, revisado por PRESS, FOLBERG, y TAYLOR: ob. cit. en nota 1, pp. 86/89; JENKINS: ob. cit. en nota 1.

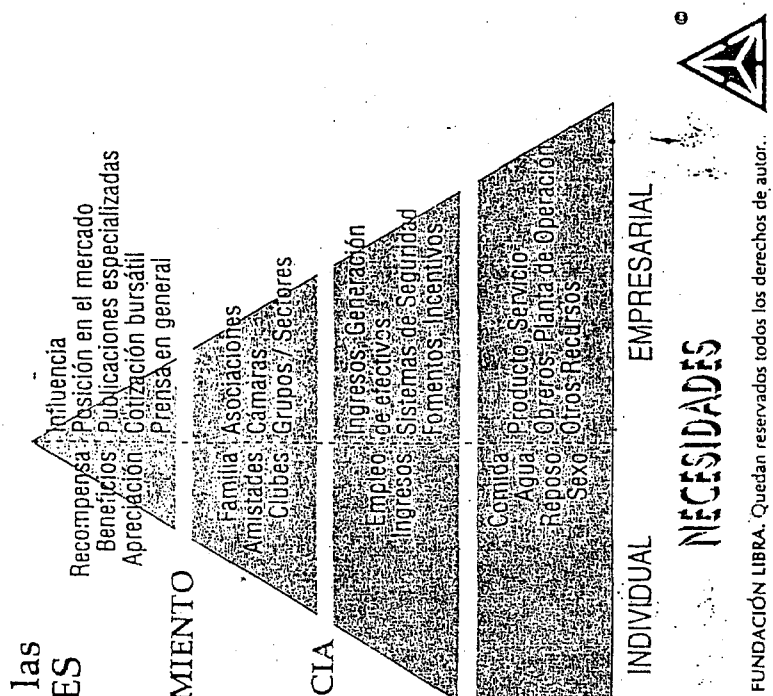
[7] La explicitación de la pirámide de necesidades pertenece a MASLOW, Abraham H.: *Motivation and personality*, Nueva York, 1954.

diferentes, teniendo en cuenta que si no se satisfacen las necesidades básicas y prioritarias, no se puede llegar a un nivel superior.

La mediación es una técnica de resolución de conflictos efectiva, porque el mediador puede ver la disputa de manera diferente a cómo la ven las partes. El facilitador que simplemente acepta la enunciación del problema en el lenguaje que han usado las partes se encierra, al quedarse con la primera identificación de la disputa; debe recordar que justamente en esa identificación radica, en parte, la razón por la que han llegado a un punto irreconciliable.

Asistir a las partes para identificar qué es lo más relevante para ellos es la gran tarea y establece una atmósfera en la cual el compromiso es posible.

77



7. *Estructuración de la discusión* [8]

Una vez que el mediador tenga en claro cuáles son los puntos a discutir, debe considerar el orden en que se tratarán. La organización de la agenda puede tornarse en un elemento importante para que las partes lleguen a un acuerdo, por lo que lo correcto es ordenar el debate de manera que ayude a las partes a encaminarse hacia el acuerdo.

Se recomienda discutir los puntos más simples y fáciles primero, para crear entusiasmo.

Una vez que las partes hayan explicado sus preocupaciones, el mediador probablemente estará en condiciones de estimar cuál punto se resolverá con más facilidad. Este juicio es tentativo y puede llegar a reajustarse.

Cuando un tema —por pequeño que sea— se soluciona, ya parece que la discusión entra en un clima favorable y pueden abordarse puntos más difíciles de manera más productiva.

Corresponde al mediador tomar el control de la discusión, a cuyo efecto procede que tenga en cuenta:

a) *La clasificación de los temas:* A veces las cuestiones encuadran dentro de categorías como asuntos patrimoniales y no patrimoniales o financieros, y de conducta. Las categorías apropiadas variarán según la naturaleza de la disputa. Al dividir los temas, el mediador ayuda a que las partes "seccionen la disputa" en sectores manejables.

b) *La naturaleza de los remedios:* Algunas preocupaciones de las partes pueden satisfacerse en forma recíproca, ya que son susceptibles de remedios mutuos, como por ejemplo, el intercambio de disculpas. La propia reciprocidad, generalmente torna a la cuestión en más fácil de resolver. En otros casos el cumplimiento no impone una carga pesada a una de las partes, por lo que con un poco de buena voluntad puede comenzar a ceder.

c) *El tiempo:* Conviene identificar las restricciones de tiempo que sienten los participantes a fin de abordar primero la

[8] STULBERG: ob. cit. en nota 1; COLEMAN: ob. cit. en nota 1.

preocupación más urgente; si así no se da el caso, pueden tratarse los problemas por orden cronológico.

d) *La relación de las partes con las cuestiones a discutir:* Cuando alguna de las partes se siente comprometida con alguna cuestión, ya sea desde el punto de vista filosófico o de índole personal, el punto se convierte en particularmente difícil de resolver, por lo que es preferible diferir su discusión hasta que otros temas hayan sido resueltos. Si al comenzar a tratarse algo se torna evidente que existen este tipo de valores en juego, el mediador debe estar atento para pasar a otra área de discusión.

e) *La lógica:* En algunos casos pueden concatenarse los puntos a discutir según la relación lógica que tienen entre sí. Sin embargo, este método de organización debe usarse con cautela, pues puede llevar a concentrar indebidamente los esfuerzos y la negociación sobre hechos pasados en lugar de tratar las posibilidades futuras.

La presencia de una estructura y un orden racional en los temas a tratar, sirve para:

- hacer posible que las partes progresen en puntos compatibles con sus intereses;
- aportar un enfoque más agudo sobre la naturaleza del desacuerdo remanente.

Es importante destacar que la estructuración de la discusión no es para enmascarar las diferencias entre las partes; por el contrario, está diseñada para despejarlas.

8. *Tiempo de las sesiones* [9]

El cálculo del tiempo durante y entre las sesiones de mediación es de crucial importancia para la eficacia del proceso. Es útil consultar diversos factores al establecer un programa de sesiones. El contexto fáctico y personal de un conflicto, probablemente tenga un fuerte efecto en el ritmo del proceso de su resolución.

[9] FOLBERG y TAYLOR: ob. cit. en nota 1, pp. 288/291; STULBERG: ob. cit. en nota 1.

A veces, alguno de los participantes tiene sobre sí un límite de tiempo para la terminación de la mediación, sea por imposición objetiva y externa (un tribunal, una reunión de consejo antes de la cual deban alcanzarse decisiones), sea por criterios personales internos (un aniversario, las vacaciones de verano). En lo posible, estos datos deben hacerse explícitos en la primera sesión, pues obligarán a traer rápidamente a la superficie los conflictos ocultos y a acelerar la toma de resoluciones.

Se ha experimentado al respecto, habiendo algunos llegado a la conclusión que las sesiones de una hora son demasiado cortas, y que la productividad real disminuye después de dos horas. Por ello, se recomienda establecer una duración de dos horas y evaluar el estado de las partes quince minutos antes del vencimiento de este lapso. Debe controlarse de no exceder en más de media hora el período prefijado.

El número de sesiones que se requiere en la mediación periódica, así como los intervalos entre sesiones, son también importantes para un proceso efectivo. Cuando los intervalos son demasiado breves, los participantes pueden agotarse por las exigencias emocionales y sentirse abrumados por la mediación. No obstante, si se trazan programas demasiado extendidos en el tiempo, las audiencias se descontrolan y se dedica demasiada energía a recuperar la afinidad y revisar lo que se dijo. Las sesiones semanales aparecen como ventajosas. Los intervalos de más de dos semanas interfieren seriamente con la continuidad del proceso.

Algunas situaciones requieren que se trabaje en una sola sesión de maratón, es decir prolongada hasta finalizar.

El programa también debe prever un tiempo de descanso para la eficacia del mediador, que le permita relajarse y refrescarse para evitar su agotamiento. Si las sesiones son de dos horas, el calendario de citas debe fijar audiencia cada tres horas, dos con más cierta tolerancia para el comienzo y fin de la sesión, con media hora para las necesidades personales del mediador.

En cuanto a las audiencias privadas, la cantidad de tiempo que el mediador pasa con cada una de las partes no necesita ser idéntica, pero debe ser similar. Aunque —de utilizar sesiones individuales— el mediador debe proveer a cada una de las partes

78

la oportunidad de reuniones separadas, los tiempos no necesitan ser idénticos. Si, por ejemplo, la causa para convocar a una reunión privada es la de advertir a la "parte recalcitrante", el mediador tendrá que consumir una cierta cantidad de tiempo para movilizarla. Una vez logrado el avance, es probable que no tenga un motivo sustancial para reunirse con la contraria. Sin embargo, este participante tuvo tiempo de estar solo y volver a pensar las cosas por sí mismo y puede haberle surgido alguna cuestión para conversar en privado. De todos modos, algo deben hablar para mantener la igualdad en el procedimiento.

Nunca debe ser largo el tiempo de las sesiones privadas, por cuanto a quien quedó excluido siempre le parecerá más.

9. *La sesión privada* [10]

Éste es un aspecto del proceso al que los mediadores suelen acudir para generar cambios y descubrir intereses al reunirse con las partes por separado en un encuentro confidencial. La posibilidad de este tipo de audiencias debe haberse adelantado en el discurso de apertura a fin de no sorprender a los participantes y no atemorizarlos.

Hay quienes lo hacen indefectiblemente, como paso necesario de la mediación; otros, acuden a la sesión privada sólo cuando lo estiman necesario, considerando que si las partes están progresando no procede, y que llevarlas a cabo con excesiva frecuencia puede crear tensiones. Para otros, en fin, el reunirse separadamente con una sola de las partes constituye una táctica muy controvertida a la que sólo debe acudirse en casos extremos.[11]

Hay cuatro características de la sesión privada que aconsejan su utilización:

[10] STULBERG: ob. cit. en nota 1; JENKINS: ob. cit. 1; SCHWARZ: ob. cit. en nota 1; SANDER: ob. cit. en nota 1; COLEMAN: ob. cit. en nota 1; PRUITT, Dean G.; Mc GILLICUDDY, Neil B.; WELTON, Gary L.; RICKERT, William: *Process of mediation in dispute settlement center*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 384/387.

[11] Inclusive, hay quienes rechazan totalmente la audiencia privada.

1) Como la parte contraria no está presente estimulándolo negativamente, cada participante está más tranquilo, menos enojado y a la defensiva y, en consecuencia, se muestra más flexible.

2) Como la parte contraria no está presente para escucharlo, el participante se siente más libre y, en consecuencia, es más fácil que pueda hablar con el mediador sobre sus intereses subyacentes y verdaderas motivaciones personales.

3) Como la parte contraria no está presente, el mediador puede actuar más libremente y en forma más íntima con cada uno de los participantes, sin temor a aparecer parcial; puede inclusive hacer comentarios favorables a la contraria o utilizar argumentos del abogado del diablo, sin envalentonar o empequeñecer a una de las partes.

4) Como la parte contraria no está presente, el mediador puede instar a cada participante a asumir sus propias responsabilidades para resolver el problema.

Cualquiera sea el caso, el mediador debe preparar la sesión, en tanto ésta tiene un objetivo y cuanto más se planifique el contenido de la audiencia, mejor será su resultado.

El mediador debería tener una lista que mostrara:

- áreas de acuerdo, para formar la base del consenso;
- áreas de desacuerdo, para reconciliar diferencias;
- puntos que son importantes para una parte y no para la otra, para lograr concesiones.

La sesión privada puede ser una técnica muy útil durante una audiencia de mediación. El mediador debe familiarizarse con la técnica y estar cómodo utilizándola, teniendo siempre en cuenta que las reuniones privadas son nada más que una herramienta y deben ser utilizadas adecuadamente.

10. *Causas que justifican las sesiones privadas* [12]

Para los mediadores que no las consideran como etapa necesaria del procedimiento, las sesiones privadas deben estar

[12] STULBERG: ob. cit. en nota 1; COLEMAN: ob. cit. en nota 1.

fundadas en una causa apropiada que merezca interrumpir el tratamiento conjunto de los temas.

El acróstico ESCAPE marca seis causas apropiadas para interrumpir y pasar a una sesión privada:

- **E**xplorar opciones para el acuerdo.

- **S**eñalar signos de alarma, cuando una de las partes exhibe conductas que amenacen la posibilidad de llegar a algún acuerdo.

- **C**onfirmar cambios de postura.

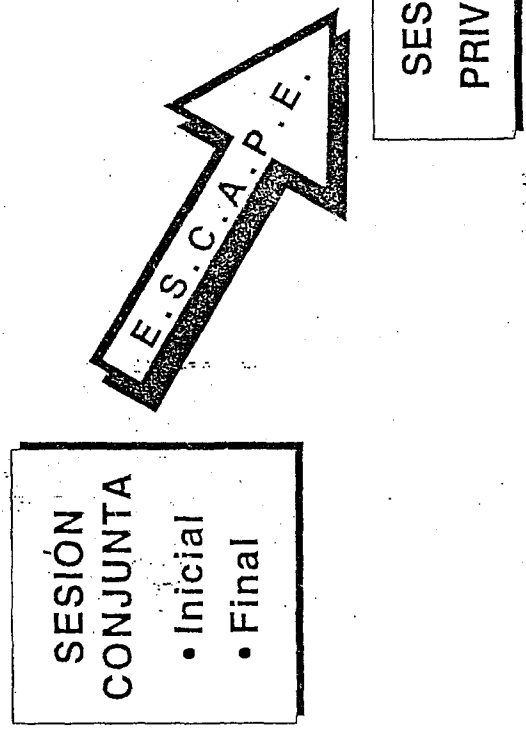
- **A**dvertir a la parte recalcitrante que, de no manifestar algún cambio, la ruptura de toda posibilidad de acuerdo es inminente.

- **P**ausa para que las partes recuperen la calma.

- **E**valuar el impacto de aceptar o de rechazar propuestas que hayan surgido.

Las reuniones privadas pueden mejor realizarse cuando se ha llegado a un estado de estancamiento, o cuando el mediador advierte que una de las partes parece estar reteniendo información que él necesita para ayudarlos a lograr el acuerdo, o cuando el clima es tenso, hostil y competitivo.

TIPOS DE SESIONES



79

11. *Principios que rigen las sesiones privadas* [13]

La audiencia privada se rige por ciertos principios:

a) Todo lo hablado es confidencial, a menos que la parte involucrada autorice al mediador a compartir el contenido de lo conversado.

b) Cada vez que convoca a reunión privada, el mediador se reúne en forma sucesiva con cada una de las partes para:
- impedir que una parte sospeche de lo que ocurrió durante la reunión privada en la cual ella no participó;
- proporcionar a cada parte la oportunidad de compartir información con el mediador.

c) La meta de cada reunión privada es la de discutir cuestiones que sean relevantes para elaborar un acuerdo.

12. *Cómo se dirige la sesión privada* [14]

Cuando llega la hora de las reuniones privadas, el mediador declara su intención de llevarlas a cabo, indica el orden de las audiencias, cuánto tiempo durarán, y excusa o permite salir a las restantes partes.

Con una sola parte en la sala, el mediador está en condiciones de proceder.

- Debe registrar al principio de sus notas la hora en que la reunión comenzó, pues al hablar en privado con una parte, el tiempo pasa engañosamente rápido.
- Debe separar las notas de la reunión privada de las correspondientes a sesiones ordinarias.
- Debe alertar a la parte acerca del objetivo y de las reglas de la sesión privada.

13. *Contenido de la sesión privada* [15]

El motivo que lo llevó a convocar a sesión privada es lo que determinará la agenda del mediador. Sin embargo, corresponde

[13] STULBERG: ob. cit. en nota 1.
[14] STULBERG: ob. cit. en nota 1.
[15] STULBERG: ob. cit. en nota 1; JENKINS: ob. cit. en nota 1; COLEMAN: ob. cit. en nota 1; SANDER: ob. cit. en nota 1.

que antes que nada, reitere las reglas específicas que rigen la sesión privada.

Antes de comenzar esta reunión, el mediador debe haber considerado por qué la convocó, por dónde comenzará, y cómo la terminará.

El lenguaje utilizado por el mediador durante la reunión privada, así como el de la sesión conjunta, debe ser neutral. Es importante recordar esto, ya que es muy fácil quedar atrapado dentro del lenguaje que usa una parte cuando sé está a solas con ella. Aunque la otra parte no esté presente, el mediador debe mantener prudencia y no debe consentir comentarios negativos sobre la contraria.

La sesión privada permitirá al mediador:

- ganar más confianza;
- interrogar con más libertad;
- cerciorarse de que la pretensión expresada sea sincera;
- obtener información adicional de carácter más confidencial;
- averiguar cuáles son los verdaderos intereses;
- determinar el campo del interés;
- averiguar los sentimientos y necesidades;
- sopesar la verdad;
- confirmar dudas o suposiciones;
- establecer un marco de referencia;
- desarrollar opciones viables;
- evaluar el poder de decisión;
- señalar las debilidades de la posición;
- recordar la difícil predictibilidad del resultado de un juicio;
- discutir puntos específicos a negociar;
- replantear los temas;
- reformular las pretensiones.

14. *Éxito de la sesión privada* [16]

En algunos casos, la sesión privada tiene tanto éxito, que lo que las partes han compartido con el mediador individualmente, realmente constituye un acuerdo. Sin embargo, por el hecho de que el mediador es la única persona que sabe esto, debe decidir de qué manera revelará a los interesados este consenso oculto. Para ello tiene dos opciones:

1) puede reunir a las partes, anunciar que se ha logrado un acuerdo y luego exponer las condiciones del mismo;
2) puede reunir a las partes, y permitirles que ellas mismas descubran la existencia del acuerdo.

El método preferente es el de hacer que las propias partes anuncien la decisión por sí mismas. De todas maneras, el mediador puede optar por la primera alternativa y anunciar el acuerdo, en casos en que considere que los intervinientes pueden cambiar de idea antes de decirlo, que lo dirán incorrectamente, o que iniciarán su enunciación del acuerdo con algunos comentarios negativos sobre la contraria, lo que a su vez puede frustrar el avenimiento.

Cuando el acuerdo es fruto de sesiones individuales, el mediador debe tener cuidado de que esté totalmente cerrado en todos los aspectos, pues puede estar tentado de juntar a las partes para reducirlo a un documento escrito y allí advertir que subsisten diferencias que pueden ser fatales. Por lo tanto, debe cerciorarse que el acuerdo, en todos sus detalles, satisface a los contendientes, antes de reunirlos en una reunión conjunta final.

[16] STULBERG: ob. cit. en nota 1; SANDER: ob. cit. en nota 1.

ETAPA II
CLARIFICACIÓN DE INTERESES Y NECESIDADES

- *DETECTAR DEL RELATO*
  - Posiciones.
  - Intereses y Necesidades.
  - Sentimientos.*
  - Ideas - Creencias.
  - Valores.

- *SALTAR DE LAS POSICIONES A LAS NECESIDADES*

Pregunta Clave:	*¿Para qué ...?*
*** Sentimientos:**	*Es una llave (¡No forzar!)*
Ideas - Creencias - Valores:	*Es una pared (¡Esquivar!)*

ETAPA III
REPLANTEO - GENERACIÓN DE OPCIONES

PREGUNTA DE REPLANTEO

↓

ES UN REENCUADRE DEL CONFLICTO

↓

PREGUNTA SOBRE LA BASE DE LAS NECESIDADES

↓

APUNTA A SATISFACERLAS INTEGRALMENTE

↓

INICIA EL TORBELLINO DE IDEAS

→ ***Técnica altamente colaborativa para generar opciones de acuerdo.***

ETAPA III
REPLANTEO - GENERACIÓN DE OPCIONES

MEDIADOR

Formula Preguntas
A B I E R T A S

→

PARTES

Dan Respuestas
ELABORADAS

↓

Mayor Información

↓

Más Material

↓

Mejor Conocimiento

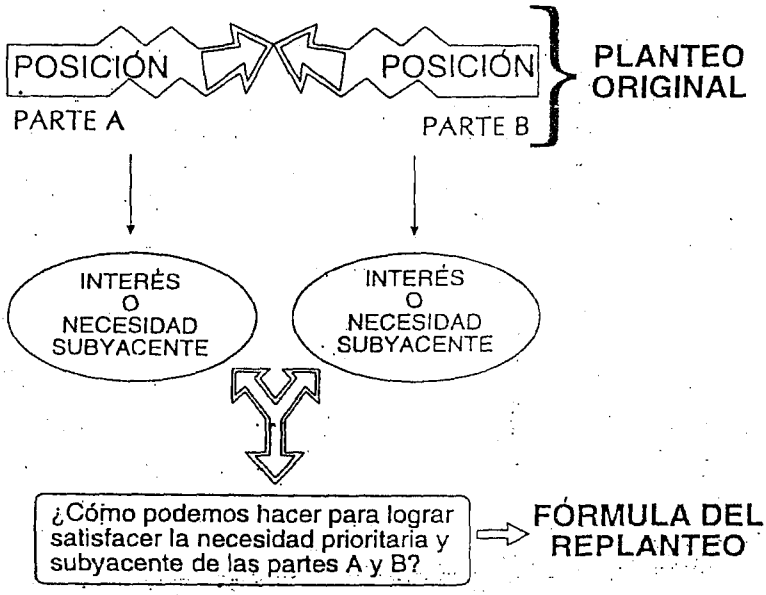
↓

Más oportunidades de generar ***OPCIONES***

- *No apuntan ni al "sí" ni al "no".*
- *Hacen "trabajar" a las partes.*

PREGUNTA CLAVE DE REPLANTEO

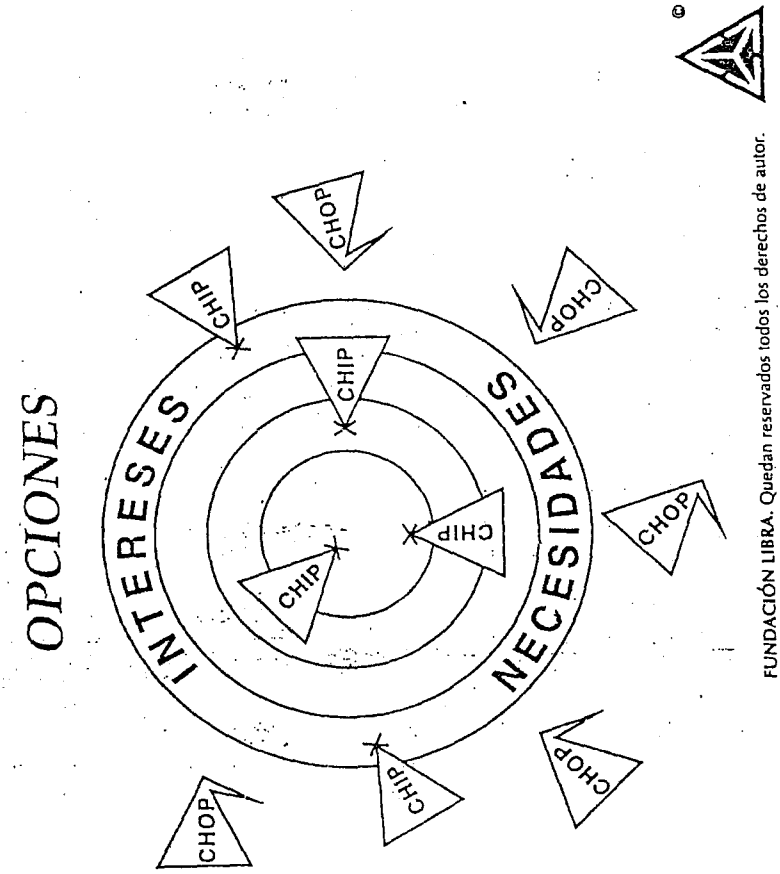
(The Coleman Group, Intl.)



Vuelve sobre las posiciones originarias.

¡Sí!

1. *Da lugar al "Torbellino de ideas" (Brainstorming).*
2. *Produce un cambio de clima.*



81

INSTRUCCIONES PARA HACER UN TORBELLINO DE IDEAS

("Brainstorming")

1.- *CLIMA:*

Informal, Permisivo al máximo.

Sin críticas, sin exigencias metódicas (*).

2.- *OBJETIVO:*

- Desarrollar y ejercitar la imaginación creadora —→ Capacidad de establecer nuevas relaciones entre las opciones o de integrarlas de una manera distinta.
- Producir ideas originales o soluciones nuevas.

3.- *PASO BÁSICO:*

Buscar CANTIDAD.

(*) Existe la posibilidad de que en el conjunto disperso e inconexo de ideas, aparezca la solución que justifique todo lo demás.

15. *Conclusión de la mediación* [17]

La mediación puede concluir de tres maneras:

1) Las partes se ponen total o parcialmente de acuerdo en las condiciones del convenio, las cuales dejan sentadas por escrito.

2) Las partes fracasan en su cometido, es decir no llegan a un acuerdo y no creen que se justifique la programación de más sesiones de mediación.

3) Alguna de las partes (o ambas) decide que no desea continuar o el propio mediador entiende que no están dadas las condiciones para continuar.

A veces no se trata de una finalización definitiva de la mediación, aunque sí de la audiencia, lo que ocurre cuando los intervinientes se ponen de acuerdo en suspender la sesión para poder reunirse más adelante, con los elementos de prueba requeridos para concluir el procedimiento de mediación. También puede ocurrir que el facilitador considere oportuno un paréntesis para aumentar la información o por alguna otra circunstancia personal atinente a una o ambas partes.

16. *Falta de acuerdo* [18]

Si el mediador ha escuchado con atención, ha sido paciente, ha explorado juntamente con los interesados toda la variedad de posibles opciones y las partes todavía están en desacuerdo, su tarea queda cumplida. Debe recordarles a los participantes las opciones disponibles, con cautela, y con un lenguaje imparcial.

El mediador, se lamenta primero no haber podido ofrecerles una asistencia efectiva; eso los hace sentir cómodos. Luego, les pregunta si tienen alguna otra pregunta para hacer. Algunas veces las partes se sienten tan temerosas o incómodas en este momento, que encuentran una manera de volver a empezar la conversación acerca de las soluciones posibles que es precisamente lo que el mediador quiere y está buscando. Si no aparecen tales indicios, la audiencia se declara concluida.

[17] STULBERG: ob. cit. en nota 1.
[18] STULBERG: ob. cit. en nota 1.

Una manera más tradicional de afrontar esta situación sería la de revisar aquellos puntos sobre los cuales los interesados se pusieron de acuerdo, delinear las áreas de diferencias remanentes y luego bosquejar las opciones, incluyendo un retorno a la mediación, para resolver el conflicto.

El fundamento de estas conductas está en dar a los participantes algún motivo para pensar que no perdieron el tiempo.

Al recordarles que han progresado algo (aunque más no sea el hecho de haber conversado durante 30 minutos sin gritarse), el mediador los está alabando y dándoles elementos para pensar que es posible que ellos logren resultados mejores. El hecho de decirles que la mediación está todavía a su disposición no debe ser ofrecido como una muleta, sino como para indicarles que el mediador y el programa de mediación se preocupan de lo que les pase y que no los abandonará, si ellos creen que pueden prestarles un servicio. El mediador debe agradecer a los participantes por su presencia, darles la mano, y asegurarse que se vayan con el tono más positivo posible bajo las circunstancias.

17. *Acuerdo* [19]

El gran objetivo de la mediación es el acuerdo.

Pero el trabajo del mediador no termina ahí, pues aunque las partes logren un avenimiento y resuelvan sus asuntos, debe redactar las condiciones del acuerdo.

El acuerdo debe:

- resolver el conflicto inmediato, es decir el que llevó a las partes a la mediación;
- prevenir conflictos similares o relacionados.

A efectos de estructurar el convenio, ¿en qué orden va a enumerar los elementos del acuerdo? La organización de los puntos acordados es de vital importancia. El acuerdo escrito será la primera evidencia tangible de lo que las partes convinieron hacer. Si una parte ve que debe hacer seis cosas y su contrario tiene que hacer un solo cambio (aún habiendo ya llegado a un acuerdo en tales términos) puede llegar a dudar

[19] STULBERG: ob. cit. en nota 1.

sobre la sabiduría de su decisión y echarse atrás. De manera que el mediador debe tener una sensibilidad especial en cuanto a cómo van a aparecer los puntos del acuerdo.

Algunos consejos acerca de cómo encarar el orden en que se registren los puntos del acuerdo son los siguientes:

- Colocar primero aquellos puntos que requieren que ambas partes hagan algo; luego esbozar las respectivas obligaciones individuales contraídas. Esto sugiere un sentido de equilibrio, de igualdad entre las partes.
- Clasificar los elementos del acuerdo y colocar primero aquellas categorías que aparentan ser menos onerosas para la parte que contrae la obligación.
- Clasificar el acuerdo según lo que cada parte se ha comprometido en hacer para la otra y luego consignar los elementos del convenio, alternando lo que una y otra parte ha aceptado hacer. Esta pauta es importante, pues el acuerdo por escrito debe reflejar el mayor sentido de equilibrio entre las partes.

Las partes firmarán el convenio y el mediador agregará su firma. Asimismo debe asegurarse que cada parte esté provista de una copia del acuerdo firmado antes de retirarse de la sala.

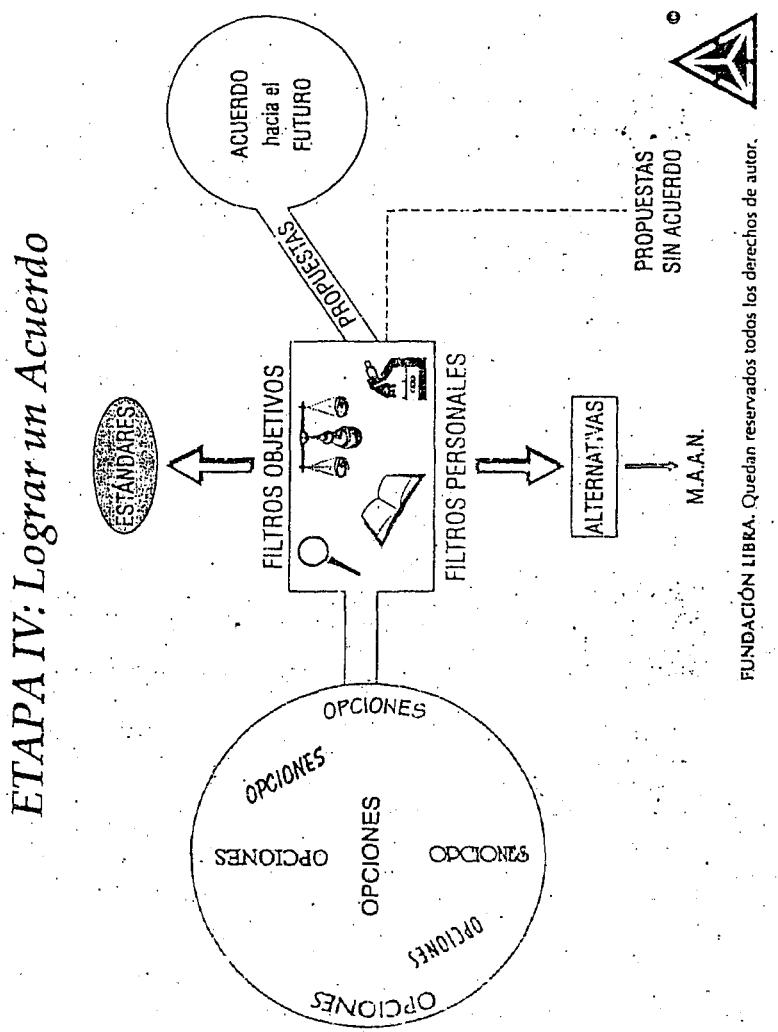
Redactar el convenio lleva tiempo. Ese tiempo puede implicar un silencio difícil de manejar. Si el mediador cree que las partes estarán más cómodas permaneciendo separadas mientras prepara el acuerdo, convendrá ubicarlas en diferentes salones fuera de la sala de audiencias, mientras lo redacta. Si en cambio se sienten bien juntas, pueden permanecer en la sala.

Antes de que las partes firmen el convenio, el mediador debe leerles lo que ha escrito. Se puede haber olvidado de algo; es posible que el lenguaje no les parezca adecuado o claro, y puedan ofrecer sugerencias.

Si el mediador está trabajando en un programa que provee apoyo de empleados administrativos para pasar a máquina el acuerdo, deberá leer a las partes lo que ha preparado, y recién después de recibir su aprobación derivarlo a los fotocomponedores. Una vez pasado en limpio lo mostrará a las partes, les permitirá leerlo, y luego se procede a firmarlo.

Una vez que se ha logrado esto, el mediador está en condiciones de clausurar la audiencia.

82



18. *Sentir de las partes luego de la mediación*[20]

El "éxito" es un término muy relativo en mediación pues no necesariamente significa que todas las partes se sentirán extraordinariamente felices y excitadas. Algunas personas se mostrarán visiblemente aliviadas, otras agradecerán profusamente y otras aparecerán dubitativas acerca de si el acuerdo resolverá algo, pero estarán dispuestas a intentar probarlo.

Al cerrar la sesión, la función del mediador consiste en dar a los participantes una sensación de confianza, mostrándoles que han trabajado arduamente, que han progresado resolviendo las cuestiones en disputa y que con su participación demostraron un alto grado de respeto recíproco.

Los mediadores difieren en si les dicen a los interesados lo que ocurrirá si no cumplen el acuerdo. Algunos opinan que esto es una invitación a violar el acuerdo, mientras que otros lo consideran un incentivo para que las personas cumplan. El incluir o no tal información queda a juicio de cada mediador, y este juicio dependerá de su evaluación de los individuos involucrados.

El facilitador siempre debe terminar con un comentario positivo.

[20] STULBERG: ob. cit. en nota 1.

Capítulo XIII

Formación y desempeño del mediador

SUMARIO: *1.* La jerarquía social del mediador. *2.* La función del mediador. *3.* La habilidad natural y el entrenamiento. *4.* Certificación de mediadores. *5.* A quiénes debe reclutar un programa de mediación. *6.* ¿Cómo calificar a quien pretende ayudar a resolver un conflicto? *7.* ¿Cómo evaluar la profesionalidad de un mediador? *7.1.* Competencia profesional. *7.2.* Criterios posibles. *7.2.1.* Criterio del entrenamiento. *7.2.2.* Criterio de la experiencia. *7.2.3.* Criterio del desempeño. *8.* Principales puntos de un programa de entrenamiento. *9.* Estrategia docente. *10.* Importancia de la técnica del *role playing*. *11.* Apuntes para un entrenamiento en mediación.

1. *La jerarquía social del mediador* [1]

El mediador —más aún si es elegido para servir en programas anexos a los tribunales— presta un servicio vital para su comunidad. Quien se desempeñe en tal tarea, descubrirá que este servicio constituye uno de los esfuerzos mejor recompensados a nivel personal.

Ser facilitador en conflictos que se desarrollan ante los tribunales es una empresa sumamente importante, ya que el mediador contribuye a modelar el sistema de justicia de su país. Al desempeñar un rol activo en la resolución de conflictos, tendrá que recurrir a muchas de sus habilidades y cualidades personales; su actitud para comunicarse claramente, su capacidad para reducir la tensión emocional, su disposición a ser paciente, su voluntad de aceptar distintos estilos de vida, etcétera.

2. *La función del mediador* [2]

En términos generales, es fácil describir la función del mediador.

El mediador, como tercero imparcial, ayuda a quienes están en conflicto a identificar claramente los asuntos en disputa y a explorar soluciones posibles, que puedan ser aceptables para las partes.

Ésta o cualquier otra definición sobre la función del mediador fallan al no mencionar la gama dinámica de estrategias

[1] STULBERG, Joseph B.: *County Court Mediation. A Mediator's Manual*, Florida, EE.UU., 1989, revisado por PRESS, Sharon.

[2] STULBERG: ob. cit. en nota 1.

y técnicas que un mediador emplea deliberadamente cuando intenta reorientar las posiciones para lograr un acuerdo. El rol del mediador no es el de un oyente amable y pasivo que asiente con la cabeza para mostrar compasión mientras las partes le describen sus aflicciones y desgracias. Todo lo contrario. El mediador es un oyente activo, modelador de ideas, y, frecuentemente, el único haz de luz de pensamiento del "mundo de la realidad", contra quien las partes pueden hacer rebotar su odio, sus acusaciones, y, en última instancia, su gratitud. Ese es el rol que es difícil y debe aprenderse a desempeñar.

3. *La habilidad natural y el entrenamiento* [3]

La mediación, como proceso de resolución de conflictos, requiere la participación activa de los litigantes, así como también una guía y dirección firmes por parte del tercero que dirige el proceso.

El mediador aporta al programa de adiestramiento una variedad de destrezas y de información adquiridas y desarrolladas en vivencias anteriores. Este tipo de programa no pretende enseñarle ni sensibilidad, ni comprensión, ni compasión, ya que estas cualidades deben haberse desarrollado en otros aspectos de su vida. Más bien, el intercambio estará enfocado hacia aquellas destrezas y estrategias sustanciales de solución de conflictos que moldean el rol del mediador. El programa le permitirá identificar su potencial contribución y las dificultades que se presentan para asumir un rol neutral e imparcial en la solución de los conflictos y señalará estrategias deliberadas que conviene al mediador adoptar al tratar de elaborar un acuerdo. También indicará las trampas que el mediador debe evitar.

Sin embargo, más allá de las destrezas requeridas para la mediación efectiva, es importante el desarrollo de ciertas características personales. Cada mediador tendrá un estilo propio y distinto. Su tono de voz, su apariencia física, la manera normal

[3] LOVENHEIM, Peter: *Mediate, don't litigate: how to resolve disputes quickly, privately, and inexpensively without going to court*, Nueva York, 1989, Capítulo III; STULBERG: ob. cit. en nota 1.

8

de dirigir sus asuntos personales, servirán para definir su estilo propio de mediación. Esta gama de estilos enriquece el proceso de mediación y constituye una de sus fuerzas dominantes, para resolver los litigios entre ciudadanos.

Aun los que tengan habilidad natural y cierta experiencia en intermediar entre personas con problemas, deben adecuar debidamente sus aptitudes para manejar productivamente el conflicto y dirigir su actuación hacia las necesidades de los implicados en la disputa que pretenden resolverla por vía de una mediación formal. Quien desea ser mediador debe aprender a reconocer y utilizar sus habilidades, debe capacitarse para desarrollar estrategias conducentes y debe conocer a fondo las reglas esenciales y específicas que el procedimiento de mediación lleva aparejadas.

La legislación puede o no imponer requisitos mínimos, pero nadie se convierte en mediador sin completar un programa de entrenamiento y aprendizaje.[4]

No obstante, no hay una currícula fija para el entrenamiento, pues la disciplina de la mediación es nueva, no sólo en la Argentina, sino también en el mundo. Consecuentemente, el entrenamiento varía de país a país, de Estado a Estado y de ciudad a ciudad.

Independientemente de los cursos teóricos o introductorios o de lecturas sobre mediación que hayan efectuado, en la mayoría de los programas de entrenamiento los futuros mediadores deben completar por lo menos 30-40 horas[5] de capacitación intensiva, generalmente concentradas en un período de una a tres semanas. El aprendiz de mediador estudiará

[4] De acuerdo a las Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales, Centro para la Resolución de Disputas, Instituto de Administración Judicial, EE.UU., cuando se trata de mediación anexa a los juzgados, no es necesario que los tribunales certifiquen los programas de entrenamiento, pero deben asegurar que la capacitación recibida por los mediadores a quienes derivan casos incluya dramatización e interacción con sus resultados.

[5] Cada vez se pide mayor capacitación, por lo cual los programas exigen más horas, en particular cuando se trata de mediación especializada (familiar, laboral, de políticas públicas, etc.).

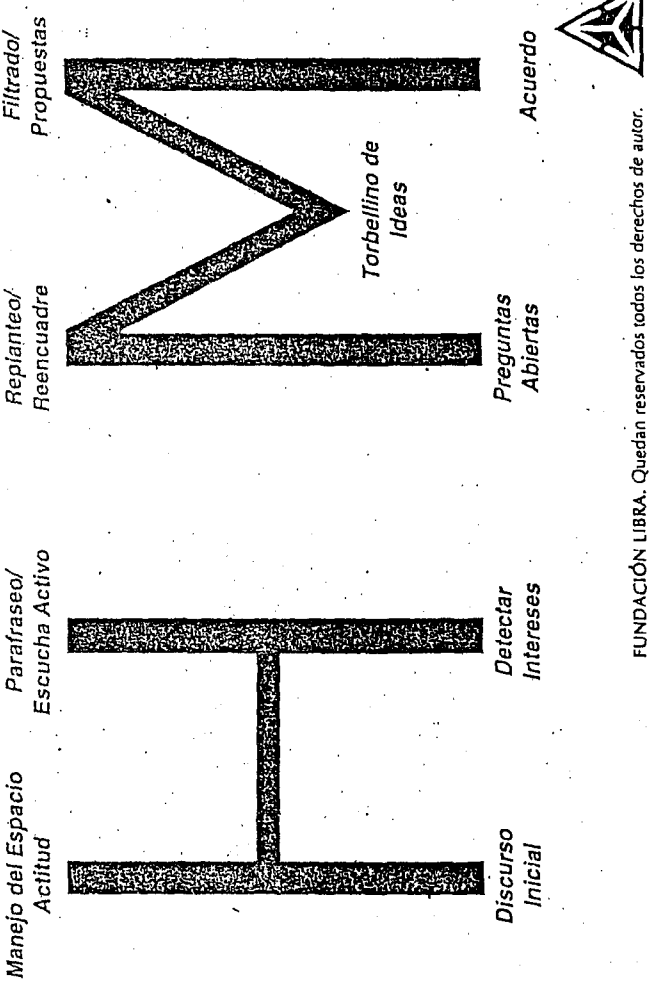
y practicará técnicas de mediación bajo la forma de dramatizaciones y *role-playing*, para incrementar sus habilidades de escucha y negociación, para revelar sus propios prejuicios, para aprender a detectar conflictos interpersonales ocultos o subyacentes, pues serán éstas las capacidades que necesitará luego para ayudar a resolver disputas reales.

Una vez que ha completado el entrenamiento, comenzará con un primer aprendizaje ante los casos reales, observando cómo se conducen en las audiencias los mediadores expertos. El trabajo del futuro mediador es tratar de entender las técnicas que deben usar y que están utilizando en un momento concreto y determinado. Esta experiencia expone al aprendiz a diferentes estilos de mediación y lo pone en contacto con cuestiones que se presentan en el ejercicio de la especialidad.

El paso siguiente es la comediación, pues durante esta etapa el debutante conduce algunas partes de la audiencia.

El último escalón llega cuando se le permite mediar casos por su cuenta, observado por un mediador experimentado, quien intervendrá sólo si el principiante vacila. El observador comentará y revisará después las técnicas utilizadas.

Por ejemplo, la Academia de Mediadores Familiares (Academy of Family Mediators), de acuerdo a datos publicados en *Mediation News*, vol. 11, nº 3, 1992, exige a sus miembros un mínimo de 60 horas de entrenamiento en mediación familiar, de las cuales por lo menos 30 deben tener la forma de un proceso de entrenamiento de mediación familiar integrado; además se necesitan algunas horas de entrenamiento en sensibilización a cuestiones de violencia doméstica. El requerimiento de experiencia está dado por 100 horas de mediación familiar cara a cara extendidas en por lo menos 10 mediaciones diferentes. A ello se agregan 20 horas de educación continua cada dos años.


ENTRENAMIENTO BÁSICO
(Habilidades del Mediador)
Manejo del Espacio
Actitud
Parafraseo/
Escucha Activo
Replanteo/
Reencuadre
Filtrado/
Propuestas
Discurso
Inicial
Detectar
Intereses
Torbellino de
Ideas
Preguntas
Abiertas
Acuerdo
©
FUNDACIÓN LIBRA. Quedan reservados todos los derechos de autor.

4. *Certificación de mediadores* [6]

Los aprendices que completan con éxito el programa de entrenamiento, son candidatos a ser certificados por la autoridad de aplicación, sea ésta un Centro de Mediación, el Tribunal Supremo del lugar, el Ministerio de Justicia, etcétera.

Generalmente el certificado se entrega en acto público bajo formal ceremonia. En algunas comunidades, los nuevos mediadores deben prestar juramento de obediencia a las reglas que rigen la materia, comprometiéndose a ser imparciales y a guardar la confidencialidad de la información llegada a su poder por razón de la mediación.

La educación y el entrenamiento del mediador no terminan, sin embargo, con la certificación. En muchos centros se requiere la capacitación continua y los mediadores tienen que asistir a programas de actualización una o más veces al año. Estas sesiones de avanzada cubren aspectos más profundos y permiten compartir experiencias.[7]

Los profesionales en resolución de disputas han debatido largamente y siguen discutiendo sobre la necesidad y las ventajas del establecimiento de pautas y procedimientos de certificación nacionales o locales.

Cuando y donde no existe una profesión reglamentada de la mediación, de todos modos el público —como consumidor— debe estar protegido de practicantes no capacitados. En otros

[6] LOVENHEIM: ob. cit. en nota 3; ALFINI, James J.: "A brief history of Court-sponsored mediation in Florida", Florida Dispute Resolution Center, *Newsletter*, nº 9, 1991, pp. 6/7; POSEY, Risette: "An update of the certification process", Florida Dispute Resolution Center, *Newsletter*, nº 9, 1991, p. 1; FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, 1992, pp. 253/256.

[7] Por ejemplo, en Florida, EE.UU., se exige la actualización permanente. Inclusive, en julio de 1991 caducaron las certificaciones de todos los mediadores del Estado, y se implementó la necesidad de nueva presentación ante la autoridad de aplicación, que en el caso es la Corte Suprema estatal. Éstos, a su vez, debían reiterar su petición a los dos años; y así sucesivamente, según los períodos que en cada caso se fijen.

Según una encuesta realizada por la Academia de Mediadores Familiares (Academy of Family Mediators), publicada en *Mediation News*, vol. 11, nº 3, 1992, el 64 % de los requeridos piensa que la certificación debería renovarse cada 2 a 3 años.

países, la mayoría de los mediadores pertenece a institutos, academias o sociedades de profesionales del área, con lo que aunque no exista una certificación impuesta, aparece la necesidad de una voluntaria.[8]

Existe en la actualidad una tendencia a reglamentar las calidades de los mediadores, especialmente cuando deban trabajar en el sector público, estableciéndose requisitos legales y administrativos en relación a las credenciales y experiencia exigidas. Especial cuidado debe tenerse en la preparación del mediador cuando deba trabajar en programas anexos a los tribunales, pues en el supuesto de derivación judicial, el juez y el conjunto del sistema judicial tienen un derecho-deber de controlar la calidad del servicio.

El explosivo crecimiento de la mediación en casos relacionados al sistema judicial presenta un serio desafío: ¿cómo asegurar servicios de calidad? La respuesta está dada por un control de calidad imbricado en el propio sistema a través de la cuidadosa determinación del nivel de los cursos de entrenamiento y la exigencia de requisitos rigurosos para la certificación de los mediadores, a lo que se agrega la necesidad de reválida de la certificación o re-certificación periódica.

5. *A quiénes debe reclutar un programa de mediación*[9]

El programa de mediación debe encontrar personas que, en lo posible:

- compartan el compromiso hacia la resolución pacífica de controversias;

[8] De acuerdo a la indicada encuesta realizada por la Academia de Mediadores Familiares *(Academy of Family Mediators)*, publicada en *Mediation News*, vol. 11, nº 3, 1992, el 89 % de los requeridos está de acuerdo en la conveniencia de la certificación voluntaria, para sí y para los restantes mediadores, a fin de asegurar al público que la persona certificada posee un nivel mínimo de capacidad. A su vez, el 83 % considera que la certificación mejora la posibilidad de tener buena imagen en el mercado, el 87 % que da prestigio y el 90 % que da credibilidad a la profesión.

[9] STULBERG: ob. cit. en nota 1.

- hayan tenido experiencia en ayudar a resolver problemas, sea personal o profesionalmente;
- hayan trabajado en agencias de servicios sociales;
- hayan manejado problemas y conflictos;
- hayan desarrollado destrezas de comunicación de grupo.

A efectos de enfatizar las características de un mediador eficiente, conviene recordar que la cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de hacer sentir a las partes que es imparcial en medio de una controversia.

Pero hay muchas otras características que hacen posible desempeñar este rol eficazmente. Aunque algunos de los términos son equivalentes, he aquí una lista de cualidades que serían ideales en el mediador:[10]

- Flexible
- Dúctil
- Inteligente
- Sagaz
- Paciente
- Tolerante
- Persuasivo
- Digno de respeto
- No defensivo
- Objetivo
- Desapasionado
- Libre de prejuicios
- Honesto
- Sincero
- Oyente eficaz
- Imaginativo
- Creativo
- Hábil
- Enérgico
- Dinámico
- Honrado
- Probo
- Íntegro
- Empático
- Con sentido del humor
- De buen talante
- Perseverante
- No debe formarse su propio juicio

Aunque se podrían nombrar más características, éstas son suficientes para dar una idea de por qué este rol no es para todo el mundo.

Según se ha dicho, el mediador debe tener:[11]

1) la paciencia de Job;

[10] Ver Capítulos VIII y XV.

[11] SINGER, Linda R.: *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, 1990, p. 22, con cita de SIMKIN, William E.: *Mediation and the Dynamics of Collective Bargaining*, 1971.

2) la sinceridad de un inglés;
3) el ingenio de un irlandés;
4) la resistencia física de un corredor de maratón;
5) la habilidad de escabullirse de un jugador de fútbol;
6) la creatividad para estratagemas de un Maquiavelo;
7) la aptitud para conocer la personalidad de un psiquiatra;
8) la capacidad de ganarse la confianza de un mudo;
9) la piel de un rinoceronte;
10) la sabiduría de Salomón.

6. *¿Cómo calificar a quien pretende ayudar a resolver un conflicto?*[12]

Hasta hace muy poco, no se había regulado la resolución de disputas y cualquiera, no obstante su falta de todo conocimiento o habilidad, podía dedicarse a trabajar en el área.

Se ha abierto el debate sobre cómo calificar a un tercero neutral, a fin de considerarlo apto para resolver o ayudar a resolver una disputa. Las legislaturas, los tribunales y las reparticiones gubernamentales en diversos lugares del mundo han comenzado a plantearse el interrogante y en su consecuencia, a imponer *standards* o parámetros pautados sobre quién está en condiciones de ser un tercero neutral apto para esta tarea y quién no lo está. Cada vez más, se perfila la preocupación de desarrollar criterios válidos sobre los que exista consenso respecto de las calidades propias de un profesional en resolución de disputas.

El propósito de fijar cánones surge de:

- la necesidad de proteger a los consumidores;
- la necesidad de proteger la integridad de los procesos de resolución de disputas;

[12] Dispute Resolution Forum. National Institute for Dispute Resolution. mayo 1989; SINGER: ob. cit. en nota 11, pp. 168/171; PRESS, Sharon: "Rules Committee makes final recommendations for standards of conduct and rules of discipline", Florida Dispute Resolution Center, *Newsletter*, nº 9, 1991, p. 2.

- la necesidad de asegurar su seriedad y hacer a estos procesos más creíbles entre los profesionales.

Asimismo, existe la preocupación de que:

- individuos con poca o ninguna información o habilidad en materia de resolución de disputas, simplemente pongan una chapa y ofrezcan sus servicios;
- personas inexpertas, con poca o ninguna preparación, ofrezcan entrenar a otros.

Los riesgos son muchos, pues pueden resultar dañados los intereses de las partes por prácticas poco competentes y, además, puede confundirse la imagen y comprensión del público sobre lo que significa cada uno de los servicios específicos en materia de resolución de disputas. Ello puede llevar aparejada insatisfacción y la noción de que se está ante una justicia de segunda clase.

En general, se ha llegado a la conclusión de que lo relevante no son los grados y títulos académicos limitativos del ingreso al área, sino los programas de entrenamiento bien diseñados que ponen énfasis en habilidades y técnicas específicas; ya la experiencia indica que éstos son de importancia crítica para dar credenciales de aptitud y competencia como facilitadores de la resolución de conflictos. Se ha entendido así que los títulos académicos no deberían ser un prerrequisito necesario para servir como mediador, pues el criterio calificatorio debe basarse en la performance, con el acento puesto en el conocimiento y práctica de las destrezas necesarias para un ejercicio profesional competente.

A fin de asegurar que las aptitudes se mantengan en un campo nuevo y siempre cambiante como lo es el de la mediación, los programas de resolución de disputas, las entidades que patrocinan a profesionales en resolución de disputas y los propios profesionales, tienen el permanente deber de continuar su capacitación para mantener, mejorar y perfeccionar el conocimiento y las habilidades adquiridas a través de entrenamientos, de prácticas y de estudios adicionales.

Además, para maximizar el resultado de un entrenamiento, quienes ofrecen cursos de capacitación deben establecer requisitos mínimos y preseleccionar a los aspirantes.

7. *¿Cómo evaluar la profesionalidad de un mediador?*[13]

7.1. Competencia profesional

La competencia en la práctica profesional del mediador deriva de habilidades, conocimientos y actitudes, que se ejemplifican con las de facilitar la comunicación, manejar las interacciones, mantener la imparcialidad, demostrar empatía y ayudar a generar opciones y acuerdos.

Lo más controvertido es averiguar si se han obtenido estas calificaciones y esta evaluación se puede tomar de maneras diversas.

7.2. Criterios posibles

La idoneidad de los mediadores debe basarse en sus habilidades, las que variarán de acuerdo a las diferentes categorías de casos, que pueden requerir distintos tipos y grados de habilidades. En principio, ningún título académico en particular debe considerarse como prerrequisito para la prestación de servicios como mediador, sino que deben contar con habilidades adquiridas a través de entrenamiento y experiencia.[14]

Es así que pueden tomarse en consideración diversos factores o modos de estimar a un buen mediador, como:

- el criterio del entrenamiento y la educación formal;
- el criterio de la experiencia;
- el criterio del desempeño;
- el criterio de la combinación de todos los factores.

[13] Los criterios de evaluación del desempeño surgen de la Comisión Especial sobre Calificación de Neutrales de la Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas *(Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR)*, publicadas en *Dispute Resolution Forum*, National Institute for Dispute Resolution, mayo 1989.

Ver también *Alternatives*, publicación del Centro de Recursos Públicos *(Center for Public Resources - CPR)*, vol. 12, nº 7, julio 1994; y *SPIDR News*, publicación de la Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas *(Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR)*, vol. 17, nº 4, 1993.

[14] Ello surge de las Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales, Centro para la Resolución de Disputas, Instituto de Administración Judicial, EE.UU., para casos de derivación judicial.

86

7.2.1. Criterio del entrenamiento

El entrenamiento es extremadamente relevante y útil para quien desee ser mediador, en tanto constituye un modo en que los aspirantes a facilitadores adquieren habilidades. Sin embargo, no es condición suficiente de calidad y excelencia en el ejercicio, pues —lamentablemente— el solo entrenamiento no es garantía de un buen mediador.

7.2.2. Criterio de la experiencia

La profesionalidad del mediador surge del desempeño más que de su educación formal, por lo que es importante identificar y medir cuáles son las características y capacidades que determinan su competencia como tal.

El criterio de la experiencia es relativamente fácil de aplicar, aunque ésta no se debe medir por el número de años durante los cuales se ha sido mediador, sino por las horas de práctica efectiva, como los pilotos aéreos, cuya experiencia se mide por horas de vuelo.

A estos efectos, pueden tomarse diversas pautas:

- cantidad de horas como tercero neutral;
- número de casos;
- monto de los casos;
- diversidad de procesos;
- complejidad de los casos;
- manejo de casos multiparte;
- manejo de casos en que intervienen miembros de minorías;
- manejo de casos en que intervienen sectores habitualmente discriminados de la población.

7.2.3. Criterio del desempeño

Por otra parte, se ha reconocido que la tarea de evaluar la *performance* es difícil, mas posible, como se lo hace en cuanto a otras prácticas como —nuevamente— un piloto de aviones. Este tipo de prueba es relativamente nueva en materia de

profesionales en resolución de disputas por lo cual los criterios no son definitivos ni universales y están sujetos a nuevo análisis e investigación.

No obstante, se entiende que:

A) Las habilidades necesarias para el desempeño competente, incluyen:

1) Como tercero neutral en general:

a) habilidad para escuchar activamente;

b) habilidad para analizar problemas, identificar y separar las cuestiones involucradas, organizar y reformular estas cuestiones para su resolución o toma de decisiones;

c) habilidad para usar lenguaje claro y neutral al hablar y al escribir;

d) sensibilidad frente a los valores fuertemente arraigados de quienes están en disputa, inclusive los referidos a diferencias de género, étnicas y culturales;

e) habilidad para lidiar con material fáctico complejo;

f) presencia y persistencia, esto es, una actitud de compromiso abierto con la honestidad, comportamiento digno, respeto por las partes y la habilidad de mantener el control de un grupo diverso de disputantes;

g) habilidad para identificar y para separar sus propios valores personales de las cuestiones que se están considerando, y

h) habilidad para comprender los desequilibrios de poder.

2) Como mediador en particular:

a) habilidad para comprender el proceso de negociación y el rol del abogado;

b) habilidad para ganarse la confianza y mantener la aceptación de las partes;

c) habilidad para transformar las posiciones de las partes en intereses y necesidades;

d) habilidad para detectar los casos no susceptibles de mediación;

e) habilidad para ayudar a las partes a inventar opciones creativas;

f) habilidad para ayudar a las partes a identificar principios y criterios que puedan guiarlos en la toma de decisiones;

g) habilidad para ayudar a las partes a evaluar sus alternativas fuera del acuerdo;

h) habilidad para ayudar a las partes a hacer sus propias elecciones informadas;

i) habilidad para ayudar a las partes a evaluar si el acuerdo al que arribaron puede implementarse.

B) El conocimiento del proceso específico de resolución de disputas que se está utilizando incluye:

1) familiaridad con las normas de práctica existentes referidas al proceso en particular, y

2) familiaridad con los dilemas éticos que deben enfrentarse más frecuentemente.

C) El conocimiento de la gama de métodos de resolución de disputas que se encuentran disponibles, de manera que, cuando sea apropiado, los casos se puedan derivar a otro procedimiento que resulte más conveniente.

D) El conocimiento del contexto institucional en el que se originó el conflicto y dentro del cual debe ser resuelto.

E) El conocimiento del procedimiento que se empleará para resolver el conflicto si no se llega a un acuerdo, como ser proceso judicial o administrativo, o arbitraje.

F) El conocimiento de los criterios legales que serían aplicables si el caso se llevara ante un tribunal u otro foro. Cuando se encuentran involucrados los derechos, recursos y defensas de las partes.

G) Observancia de normas éticas.

8. *Principales puntos de un programa de entrenamiento* [15]

Un programa formal de entrenamiento en mediación consiste en conferencias, discusiones, problemas breves y repre-

[15] *Mediation News*, publicación de la Academia de Mediadores Familiares *(Academy of Family Mediators)*, vol. 11, nº 3, 1992; y *SPIDR News*, publicación de la Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas *(Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR)*, vol. 17, nº 4, 1993; STULBERG: ob. cit. en nota 1.

87

sentación de los distintos papeles propios de los protagonistas del proceso (partes, mediador, testigos, expertos, etc.).

Cada componente del programa está diseñado para enfatizar los principios que sustentan el rol del mediador y las diversas maneras prácticas en que se aplican aquellos principios en los conflictos reales que será llamado a resolver.

Existen diversos criterios sobre lo que debe constituir el núcleo básico de un entrenamiento en mediación, mas puede decirse que es conveniente trabajar sobre:

- habilidades y conocimientos sobre comunicación;
- habilidades y conocimientos sobre negociación;
- habilidades y conocimientos sobre organización y planificación estratégica;
- habilidades y conocimientos sobre análisis y manejo del conflicto;
- habilidades y conocimientos sobre relaciones interpersonales o interacción personal;
- habilidades y conocimientos sobre cómo hacer para recolectar información;
- habilidades y conocimientos sobre resolución de problemas *(problem solving)*;
- habilidades y conocimientos sobre valores éticos y consecuentes decisiones;
- habilidades y conocimientos profesionales;
- conocimientos básicos sobre los contenidos de fondo a tratar en las mediaciones.

Entre los materiales didácticos es conveniente contar con videofilmes, que pueden cubrir algunos de los temas siguientes.[16]

- audiencia simulada de mediación;
- desarrollo y selección de temas a tratar;
- cómo se recoge información;
- supuestos de intervención de terceras personas;
- técnicas de persuasión;
- reunión con las partes en sesión privada;

[16] Enumeramos los temas de los videos de acuerdo a los que se utilizan en el Estado de Florida, EE.UU.

- redacción del acuerdo;
- ética.

Además de recibir entrenamiento en las técnicas y habilidades de la mediación, los mediadores a quienes el tribunal deriva casos, deben asistir a un curso de orientación sobre procedimiento judicial, ya que para ser eficientes, los mediadores deben conocer el contexto institucional de los casos que están tratando, incluyendo cómo el tribunal procesó el caso antes de ser derivado a mediación, cómo será procesado posteriormente, y todas las normativas de plazos y mecanismos en vigencia. Asimismo, se debe informar periódicamente a los mediadores a cargo de casos derivados por los tribunales sobre cualquier cambio en los procedimientos judiciales.[17]

9. *Estrategia docente*

Es imprescindible que el entrenamiento se haga por medio de docentes especializados que garanticen calidad en la formación de los mediadores.

Las estrategias procurarán crear situaciones de acercamiento a la realidad en la que realizarán sus prácticas los futuros mediadores. Asimismo, promoverán un aprendizaje vivencial y participativo. Dentro de las técnicas previstas se incluyen las siguientes: simulación, análisis de casos y dramatizaciones, exposiciones dialogadas, pequeños grupos de trabajo y empleo de recursos audiovisuales.

Las actividades de intercambio grupal se focalizan en:

- aspectos vivenciales (sentimientos, percepciones, etc.);
- dinámica de la mediación;
- opiniones y puntos de vista de los diferentes miembros del grupo;
- estructura, flujo, estrategias, rol del mediador;
- elaboración de acuerdos simulados.

[17] Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales, Centro para la Resolución de Disputas, Instituto de Administración Judicial, EE.UU.

Los responsables de la asistencia técnico-pedagógica y los tutores utilizarán instrumentos metodológicos que orienten a los futuros mediadores para la observación y registro de datos. Los coordinadores pedagógicos deben realizar reuniones periódicas a fin de explicitar el marco teórico sobre el que se fundamenta la elaboración de los instrumentos metodológicos.

La metodología se apoya en recursos tecnológicos que acompañen las instancias de capacitación y en recursos varios como diagramas conceptuales, cuadros, casos, material bibliográfico impreso, videograbaciones, etcétera.

10. *Importancia de la técnica del* role playing [18]

La representación de papeles de mediador y de partes le permite al aprendiz experimentar, sea desde su protagonismo como mediador, sea viéndose como persona en conflicto ante el facilitador. Por ello, la capacitación recibida por los mediadores debe necesariamente incluir dramatización e interacción con sus resultados, es decir con devolución personalizada. Aunque el entrenamiento por sí solo no garantiza la competencia, los programas experimentales en los que se trabaja con simulaciones y en donde los participantes reciben observación personalizada e interacción con los resultados, tienen más probabilidades de mejorar la calidad de la actuación de los mediadores.

Todos nos equivocamos. El mejor lugar para cometer esos errores es durante el entrenamiento, pues ahí nadie se lastima. La representación de un papel a través del uso del *role playing* como técnica de capacitación, hace resaltar en vivo los errores que se cometen, ya que es mucho más fácil identificar los errores que señalar las acciones acertadas que —en última instancia— aseguran una mediación exitosa.

[18] STULBERG: ob. cit. en nota 1, revisado por PRESS y JENKINS: *Mediando casos complejos de partes múltiples*, San Francisco, 1992; COLEMAN, Susan: *Habilidades de la mediación para los negocios*, Nueva York, 1992; Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales. Centro para la Resolución de Disputas, Instituto de Administración Judicial, EE.UU.

11. *Apuntes para un entrenamiento en mediación* [19]

La formación de mediadores exige diseñar un proceso de capacitación, que puede comenzar en un nivel básico que articule aspectos teóricos y prácticos de la mediación como técnica alternativa de resolución de disputas.

Los objetivos generales del nivel básico consisten en:

a) Comprender los aspectos teóricos y prácticos fundamentales del proceso de mediación.

b) Comprender la interrelación teoría-práctica como elementos articulados de una misma realidad dentro del contexto de la formación de mediadores.

c) Vivenciar, a través de distintas instancias de formación:
- los componentes estructurales y funcionales del proceso de mediación;
- las habilidades y aptitudes requeridas para el desempeño eficaz del rol del mediador;
- la importancia de la mediación como propuesta no adversarial de resolución de disputas.

El entrenamiento en mediación para el nivel básico, puede consistir en:

a) Un curso teórico-práctico de capacitación en mediación.

b) Una pasantía que comprenda las siguientes etapas:
- observación;
- comediación;
- mediación supervisada.

Los objetivos generales del curso teórico-práctico de capacitación en mediación consisten en:
- conocer las características teóricas fundamentales de los sistemas no adversariales de resolución de disputas;
- identificar a la mediación como un tipo específico de negociación facilitada;
- conocer los componentes estructurales y dinámicos del proceso de mediación y las funciones del mediador en cada momento del proceso;

[19] De acuerdo a lo programado por la Escuela de Mediación del Ministerio de Justicia de la Nación.

- valorar las diferentes habilidades y aptitudes necesarias para el eficaz desempeño del rol del mediador;
- lograr una aproximación al proceso de mediación, a través de actividades de simulación, que permita la construcción de los fundamentos conceptuales orientadores de la tarea profesional.

Los contenidos pueden desarrollarse en módulos que abarquen ciertos aspectos como:

Módulo I: *Técnicas alternativas de resolución de disputas*

- Definición de los sistemas adversariales y no adversariales. Características del arbitraje, la conciliación, la negociación y la mediación. Sus semejanzas y diferencias. Legislación y aspectos jurídicos.
- El proceso de la negociación, su dinámica, estilos y estrategias. La mediación como tipo específico de negociación facilitada.

Módulo II: *El proceso de la mediación*

- Aspectos estructurales: componentes básicos.
- Aspectos dinámicos: flujo y funcionamiento del procedimiento de la mediación.
- Aspectos técnicos del proceso: encuadre ambiental; distribución de sesiones; manejo de los tiempos; apelación a la cooperación; el rol del mediador; la confidencialidad y el compromiso recíproco.

Módulo III: *La tarea del mediador*

- El perfil del mediador y su función durante las distintas etapas del proceso.
- La imparcialidad como condición para el ejercicio de la mediación.
- Utilización de diferentes estrategias para la facilitación de soluciones creativas.

Módulo IV: *Las partes*

- El problema en común; posiciones enfrentadas; intereses subyacentes; necesidades; reclamos; temores; riesgos; sentimientos de éxitos y fracasos.
- Importancia de la comunicación durante las sesiones conjuntas. Satisfacción ante el acuerdo.

Una vez terminados los cursos, procede continuar el entrenamiento por medio de pasantías que contemplen instancias sucesivas de aproximación a la práctica de la mediación, observación de sesiones de mediación, comediación y mediación supervisada. Cada pasante requiere un seguimiento pormenorizado e individualizado, a través de tutorías y reuniones.

Los objetivos generales de las pasantías, consisten en:

- Lograr una aproximación práctica al proceso de mediación, a través de etapas progresivas: observación, comediación y mediación supervisada
- Aplicar los fundamentos conceptuales teóricos adquiridos en el curso teórico-práctico en las diferentes etapas de la pasantía
- Reformular el modelo conceptual construido durante el curso teórico-práctico a partir de las experiencias obtenidas durante el desarrollo de la pasantía
- Adquirir habilidades y actitudes necesarias para el desempeño eficaz del rol del mediador.

Los contenidos de las observaciones de los pasantes pueden ser los siguientes:

- Observación global.
- Observación focalizada en la estructura de una mediación.
- Observación centrada en la figura del mediador. Habilidades y actitudes. Estrategias.
- Análisis de las distintas alternativas de resolución.

Se requiere también que la capacitación se complemente con cursos de formación continua, destinados a mediadores en ejercicio.

Capítulo XIV

Monitoreo y evaluación de un programa de mediación

SUMARIO: *1.* Responsabilidades del mediador para con el programa de mediación. *2.* Supervisión y evaluación de un programa de mediación. *2.1.* Quién evalúa y a quién se evalúa. *2.2.* Objetivos de la supervisión y evaluación. *2.3.* Especial control en programas de derivación obligatoria a mediación. *2.4.* Métodos de evaluación de las cualidades de los mediadores. *2.5.* Mejoramiento de las cualidades de los mediadores. *2.6.* El acceso a registros y datos para evaluar. *2.7.* Mecanismos de control de calidad. El peligro de centrarse en el número de acuerdos logrados. *2.8.* La satisfacción de las partes y su relación con la imagen del mediador. *2.9.* Información para la adecuada supervisión y evaluación. *2.10.* Seguimiento de los casos en los cuales se llegó a un acuerdo.

1. *Responsabilidades del mediador para con el programa de mediación*[1]

Es importante que los mediadores sepan las responsabilidades y los compromisos que tal servicio acarrea.

La integridad del programa de mediación depende de la imparcialidad del mediador.

Si el mediador conoce a una de las partes de la disputa, debe informarlo inmediatamente, para que otro mediador se haga cargo del asunto. Obviamente, si tiene un interés personal, financiero o de alguna otra índole, debe excusarse para el caso. Cuando esté en duda acerca de si existe un conflicto de interés dude excusarse de conducir ese caso particular. Si alguna vez ocurriera que una parte se enterara después de una audiencia que el mediador era amigo de la otra parte, y la parte afectada lo mencionara al juez, al fiscal o a los medios de comunicación, el programa quedaría en situación comprometida, y con justa razón.

Tampoco pueden los mediadores discutir en público sobre ningún caso concreto. Las menciones y los intercambios de ideas sobre casos con el personal o en reuniones internas es aceptable, pero bajo ninguna circunstancia se le permite a un mediador conversar los hechos de un caso particular, dando los nombres de las verdaderas partes, en estrados públicos. Si un mediador está dictando una conferencia sobre el programa de mediación y quiere ilustrar acerca de los tipos de casos que maneja, debe asegurarse de no mencionar los nombres específicos de las partes o de no contar la historia de tal manera que todo el

[1] STULBERG, Joseph B.: *County Court Mediation. A Mediator's Manual*, Florida, EE.UU., 1989, rvisado por PRESS, Sharon.

público sepa de quién se está hablando. Cualquier ruptura de la confidencialidad resultará en la remoción del mediador del cuerpo de mediadores.

2. *Supervisión y evaluación de un programa de mediación*[2]

2.1. Quién evalúa y a quién se evalúa

Cuando se trata de mediación por derivación judicial, los tribunales deben supervisar de manera continuada la actuación de los mediadores a quienes remiten causas y deben cercionarse de que su actuación sea siempre de alta calidad.

La supervisión de los programas es generalmente una función interna e implica la evaluación permanente del funcionamiento del programa y si las políticas y procedimientos han quedado implementados de la manera planeada. La evaluación es, con frecuencia, realizada por una entidad externa e implica un intento periódico de determinar, desde una perspectiva de formulación de políticas, si el programa está cumpliendo con los objetivos planteados para su implementación en relación a otros esfuerzos de programación reales o potenciales. Por ejemplo, la supervisión puede responder a la pregunta: "¿se obtienen acuerdos anticipados con la mediación?", mientras que la evaluación puede determinar si las partes están logrando acuerdos antes que si se empleara el proceso judicial.

2.2. Objetivos de la supervisión y evaluación

Aunque la supervisión y la evaluación se llevan a cabo por diferentes razones, ambas son esenciales para que los tribunales puedan cumplir con su responsabilidad de garantizar la calidad de los programas a los que derivan casos.

El procedimiento de seguimiento y evaluación tiene diversos objetivos:

[2] Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales, Centro para la Resolución de Disputas, Instituto de Administración Judicial, EE.UU.; STULBERG: op. cit. en nota 1.

- demostrar la preocupación por los individuos que usan el servicio;
- identificar potenciales problemas en el comienzo del programa;
- ayudar a mejorar y corregir un programa;
- permitir conocer cuál es el mejor camino para seguir;
- determinar si se debe continuar o no con un programa;
- proporcionar al programa y al mediador información relacionada con la eficacia del facilitador;
- reunir apoyo público y económico para un programa;
- satisfacer los requerimientos de un organismo que subvencione programas;
- aumentar el conocimiento general sobre la resolución de conflictos.

Las evaluaciones deben cumplir un rol formativo en el desarrollo de los programas. Los tribunales deben garantizar que los programas a los que derivan casos tengan mecanismos que traduzcan los resultados de la investigación en mejoras para sí mismos. La evidencia empírica sobre el funcionamiento y las consecuencias de los programas debe utilizarse para identificar las deficiencias en las políticas y procedimientos, con el fin de meritual dichas deficiencias y hallar maneras de corregirlas.

A medida que se institucionalizan los programas, puede afianzarse cada vez más la resistencia al cambio. No debe suponerse que la supervisión de rutina a través de la recopilación de información sobre casos o series de casos constituya una evaluación administrativa. La evaluación incluye estar dispuesto a considerar el valor de las prácticas a la luz de la evidencia y realizar los cambios necesarios en respuesta a dicha estimación.

Es necesario implementar un proceso de continua evaluación, intervención conforme a dicha evaluación, y re-evaluación, para garantizar que se efectúan los cambios necesarios.

2.3. Especial control en programas de derivación obligatoria a mediación

La necesidad de control sobre el programa es mayor aún si el sistema conlleva derivación obligatoria a mediación, el que

debe ser evaluado en forma periódica, a través de encuestas a las partes y de otros elementos, con el objetivo de corregir deficiencias en el mecanismo de implementación seleccionado en particular, y para determinar si el mandato tiene mayores probabilidades de servir a los intereses de las partes, al sistema judicial y al público, que la comparecencia voluntaria.

Durante el primer período de un programa obligatorio, es especialmente importante recabar información para determinar si se están cumpliendo los objetivos fijados por quienes lo planificaron. Como parte de este proceso, es importante examinar las consecuencias del programa en cuestiones tales como los costos, interés y satisfacción de las partes, así como también el efecto sobre los recursos del tribunal.

En las etapas iniciales, se debe recabar información para convenir cuantos participantes considera que la obligatoriedad resultó ser una carga para ellos o un perjuicio para sus intereses, o si, desde su punto de vista, los costos superaron a los beneficios.

2.4. Métodos de evaluación de las cualidades de los mediadores

Los tribunales cuentan con diversos métodos para evaluar las cualidades de los mediadores. Algunos los seleccionan de acuerdo a cuestionarios o al *curriculum vitae*. Otros entrevistan a los candidatos en forma individual. En algunas oportunidades confían a organizaciones externas la tarea de certificar a los mediadores. También puede requerirse la utilización de programas tutoriales. Asimismo se ha apoyado la evaluación basada en el desempeño, que fue empleada con éxito por varios programas de mediación anexos a los tribunales.

Pero no es suficiente hacer una determinación inicial sobre la idoneidad de los mediadores a quienes se derivan casos. La supervisión de su actuación tiene la misma importancia que el proceso inicial de selección. Esto garantiza que los programas ofrezcan un método de resolución de conflictos basado en la colaboración y que no degeneren en procedimientos de deliberaciones o consultas sobre el estado de un caso.

La recolección de datos puede demostrar los puntos fuertes de determinados mediadores que pueden ser especialmente eficaces con las partes de cierta edad o con asuntos de una materia específica. Este conocimiento es importante para el personal del programa en el momento de asignar los casos.

2.5. Mejoramiento de las cualidades de los mediadores

El programa debe asegurarse de que los mediadores mejoren continuamente sus cualidades y reciban entrenamiento, instrucción y práctica adicionales en forma permanente. Aunque la educación permanente por sí sola no garantiza la calidad de la actuación, es una forma para que los mediadores mantengan y mejoren su capacitación, y los tribunales deben promoverla. Algunas jurisdicciones inclusive exigen el entrenamiento permanente. El entrenamiento constante y la supervisión a cargo de sus pares son métodos importantes para asegurar la calidad de los mediadores. Dicho entrenamiento y supervisión deben enfatizar otros aspectos del rol del mediador además de promover el acuerdo de las partes, como por ejemplo la capacidad de comunicación o la habilidad para tratar los temas en forma eficaz.

Los tribunales también deben asegurarse de que los mediadores a quienes derivan casos reciban permanentemente información sobre cambios en las normas y procedimientos judiciales, así como también sobre sus responsabilidades éticas.

La supervisión permanente de la calidad de los mediadores y la remoción del registro de los mediadores que no satisfacen las expectativas, son los componentes más importantes de todo sistema que busca asegurar mediadores competentes. Existen diversas formas de enfrentar el caso de actuación insatisfactoria de un mediador. Los tribunales pueden exigir que los mediadores cuya actuación no satisface sus expectativas reciban entrenamiento adicional, supervisión, o realicen co-mediación con un mediador experimentado durante un determinado periodo. No obstante, es necesario que los tribunales establezcan procedimientos para asegurar que los mediadores que no tengan una actuación satisfactoria, aun después de haber recibido

90

asistencia adicional, no reciban futuras derivaciones de casos por parte del tribunal.

Si la actuación es realmente satisfactoria, se pueden buscar maneras de recompensar la excelencia en el desempeño, como por ejemplo dar a los mediadores roles más importantes dentro del programa mismo, instituir programas de recompensas especiales, o darles la posibilidad de actúar como entrenadores o tutores.

2.6. El acceso a registros y datos para evaluar

El sistema debe tender a evaluar parámetros tanto cualitativos como cuantitativos. Los datos obtenidos en la evaluación deben ser controlados cuidadosamente y usados permanentemente a fin de corregir las deficiencias que se detecten en los mecanismos de selección.

La investigación, supervisión y evaluación eficaces del programa pueden requerir no sólo la acumulación de estadísticas, sino también el acceso a registros de casos particulares y la observación de sesiones de mediación, así como también entrevistas con las partes, los mediadores y el personal del programa de mediación. Los tribunales deben equilibrar la necesidad de obtener este tipo de datos con la necesidad de proteger la confidencialidad.

La evaluación no debe entenderse como un proceso que solamente recopila y analiza información cuantitativa. La información cualitativa recogida a través de la observación y de entrevistas con final abierto por ejemplo, puede aclarar aspectos del carácter y la calidad de los servicios de mediación.

Los tribunales también deben recordar que la evaluación de programas puede comprender desde la recopilación y análisis de un completo banco de datos empíricos que se pueden o no comparar con grupos de control y "experimentales", e incluir observaciones e informes de la actuación de los mediadores, hasta la revisión periódica de información recopilada en forma regular y continuada en casos individuales. El grado de evaluación a realizar dependerá de los objetivos del programa y de los recursos, y del tipo de programa que se esté evaluando. Por

ejemplo, cuanto más experimental y nuevo sea el programa, tanto más rigurosa debe ser la evaluación.

2.7. Mecanismos de control de calidad. El peligro de centrarse en el número de acuerdos logrados

Existen mecanismos para controlar la calidad de la actuación de los mediadores. La revisión por parte de los pares y la corrección a cargo de los supervisores son valiosas, así como lo son las encuestas à las usuarios del servicio, las devoluciones efectuadas por los jueces que derivaron los casos y los datos de los resultados de la mediación.

Sin embargo, este último parámetro debe utilizarse con mucha cautela, debido a que el éxito en lograr que las partes lleguen a un acuerdo no es la única medida para determinar la competencia de un mediador. El índice de acuerdos no debe ser el único criterio para la concesión de fondos, el ascenso de los mediadores, o la evaluación del programa. Si bien son importantes los resultados, éstos se miden considerando hasta qué punto los convenios alcanzados por mediación han redundado en beneficios conjuntos para ambas partes, o cómo perduran los acuerdos en el tiempo.

Centralizarse exclusivamente en los parámetros que reflejan eficiencia, como el tiempo y la cantidad de avenimientos logrados, puede tener efectos perjudiciales, como por ejemplo el aumento de coerción inadecuada para lograr un acuerdo en la mediación y la creación de formas inferiores de justicia.

Si el 90 % de los casos en los cuales actúa el mismo mediador resultan en acuerdos, de los cuales ninguno se cumple 30 días más tarde, este dato constituye información importante acerca de su desempeño. Quizás el facilitador está apresurándose para lograr un convenio a cualquier costo, o quizás, sus acuerdos escritos tienen un lenguaje poco preciso, ocasionando problemas subsiguientes. Sea como fuera, debe investigarse el significado de esta información.

A medida que los programas de mediación anexos a los tribunales se institucionalizan y pasan a ser una parte integral

del sistema de justicia público, existe el riesgo de que el proceso se convierta en rutina burocrática. Las recompensas e incentivos administrativos pueden llegar a concentrarse en la cantidad de acuerdos logrados por medio de la mediación. Los mediadores pueden comenzar a sufrir de "agotamiento", restando importancia a las cuestiones involucradas y a la dinámica en particular de cada caso, y dando más importancia al hecho de que las partes arriben a un acuerdo. Todos estos factores pueden dar como resultado que las partes sufran presiones para acordar a fin de justificar la existencia de estos programas y servicios.

De ahí que la evaluación de los programas no deba concentrarse exclusivamente en la cantidad de convenios logrados por medio de la mediación. Se deben tener en cuenta otros objetivos que hayan sido definidos por los tribunales al implementar estos programas. Éstos pueden incluir el aumento de la participación de las partes en el proceso de resolución de sus conflictos, el aumento de la satisfacción de las partes y del cumplimiento de los resultados logrados en la mediación, o la asistencia a las partes para que desarrollen un espectro más amplio de resultados de los que se podrían lograr por medio de un proceso judicial. La percepción por parte de los litigantes de la legitimidad e imparcialidad del procedimiento se encuentra entre los elementos fundamentales de la evaluación.

En consecuencia, el fracaso de la mediación por lograr un advenimiento no debe afectar de forma adversa el trato que los tribunales den a las partes a su vuelta al litigio.

2.8. La satisfacción de las partes y su relación con la imagen del mediador

Cuando en la evaluación de los programas de Resolución de Disputas se consulta con los ciudadanos,[3] varios factores relacionados a la estructura del programa guardan correlaciones significativas con el grado de satisfacción o insatisfacción de los

[3] STULBERG: op. cit. en nota 1, quien se refiere a la evaluación de los programas en el Estado de Florida, el de experiencia más antigua en la materia.

intervinientes; e incluyen componentes tales como quién las ha derivado a mediación, la naturaleza del conflicto y la naturaleza del acuerdo.

Entre los factores no estructurales relacionados a los niveles de satisfación de los participantes, uno de los más relevantes está dado por el impacto del mediador, en tanto a medida que la opinión de las partes sobre la actuación del facilitador se hace más positiva, aumenta el nivel de satisfacción. Este hallazgo enfatiza la necesidad de reclutar y capacitar mediadores de la manera más óptima posible.

2.9. Información para la adecuada supervisión y evaluación

La supervisión y evaluación deben estar incorporadas en la operación de rutina de los programas, con un sistema de información cuidadosamente diseñado para proveer datos precisos de manera permanente, no debiéndose entender que las políticas sobre la confidencialidad prohíben o limitan la supervisión y evaluación eficaces. En consecuencia, debe requerirse que los programas recaben la suficiente y precisa información para permitir una adecuada y *constante* supervisión y una periódica evaluación.

El tipo de información recabada debe incluir los tiempos y resultados de cuestiones clave, como por ejemplo, la fecha de la derivación, si se llevó a cabo la sesión de mediación, la fecha de la sesión, si se llegó a un acuerdo, si el acuerdo significó la solución parcial o completa del caso, y los tipos de asuntos que fueron resueltos (o que no fueron resueltos).

Cada programa de mediación varía algo en cuanto al tipo de información que se requiere que el mediador registre. Completar la documentación requerida es de suma importancia y a su vez, constituye una parte esencial de la tarea del mediador.

Esto no es simple burocracia. Los programas de mediación se interesan, naturalmente, en identificar éxitos. Pero lo que más les importa es saber qué tipo de problemas de los que se presentaron podrían corregirse en lo administrativo. El media-

91

dor es la mejor fuente para este tipo de información, por lo que debe proveerla. ¿Cuánto tiempo duró la audiencia? ¿Fue de una extensión inusual? Si fue así, ¿por qué? ¿Estuvieron las partes representadas por un abogado? Si no se logró un acuerdo, ¿cuál fue la causa que lo impidió?

Es importante no postergar para otro momento la tarea de completar la información en el archivo de mediaciones. Si el mediador piensa que un cierto caso particular podría llegar a ser problemático en cuanto al cumplimiento por las partes, conviene también que consigne el dato y advierta al personal a tal efecto.

El principio básico es que aun respetando la confidencialidad, el mediador comparte con el programa, ya sea por escrito o verbalmente, la sustancia de lo ocurrido, de manera que se ejecute con sensibilidad el seguimiento programático de casos individuales, y como para que se pueda beneficiar el programa en general de la experiencia derivada de casos individuales. Un resumen de lo ocurrido en la mediación constituye un elemento importante para evaluar si el foro de mediación responde y es efectivo en el trato de las necesidades de los ciudadanos.

2.10. Seguimiento de los casos en los cuales se llegó a un acuerdo[4]

Un programa correctamente administrado necesita saber si se cumplen los acuerdos logrados a través de la mediación. La mayor parte de los programas se conectan rutinariamente con las partes a intervalos preestablecidos (en general a los 30 días y luego nuevamente a los 90 días de la audiencia) para asegurarse de que todo esté marchando bien. Si las partes identifican cualquier problema relacionado a posibles incumplimientos, un integrante del personal designado al efecto intenta mediar la situación telefónicamente, o podría mandar correspondencia advirtiendo que debe cumplir con las condiciones del acuerdo.

[4] STULBERG: op. cit. en nota 1.

El sistema de información del programa debe diseñarse de modo que sea factible supervisar los casos, así como también evaluar la mediación tanto a corto plazo (por ejemplo, el índice de acuerdos, el tiempo transcurrido entre la derivación y el acuerdo en casos que hayan o no sido mediados con éxito), como a largo plazo (por ejemplo, el índice de cumplimiento, el índice de reiniciación del proceso judicial). Se debe también recordar que existen diversas fuentes de información a evaluar, incluyendo la información que brindan las partes mismas (por ejemplo, el grado de satisfacción de los usuarios con la mediación, si dicho grado de satisfacción varía según el sexo, doctrina del derecho, o expectativas). Esta información se puede obtener por medio de encuestas periódicas a los participantes, incluyendo las partes y sus abogados.

Capítulo XV

Cuestiones éticas y deontológicas que enfrenta el mediador

SUMARIO: *1.* La deontología profesional. *2.* Las dudas que se le suscitan al mediador frente a ciertas situaciones. *3.* Concepto sobre la propia función como mediador. *4.* Tipos de dilemas éticos. *5.* Normas éticas para los mediadores. *6.* La imparcialidad como norma ética. *7.* La ética y el conflicto de intereses. *8.* Deber de excusación. *9.* Actitud del mediador cuando se encuentran comprometidos intereses de terceros. *10.* Publicidad y promoción del mediador. *11.* Cuestiones de honorarios. *12.* La confidencialidad como norma ética. *13.* Rol de los mediadores en el acuerdo. *14.* La distinción entre el cometido del mediador y la incumbencia de otras profesiones. *15.* ¿Es la mediación apropiada al caso? *16.* El "consentimiento informado" de las partes en cuanto al proceso de mediación y al acuerdo. *17.* La necesidad de mantener un nivel de aptitud adecuado para la tarea como preocupación ética. *18.* Servicio a la comunidad. *19.* Quejas de los usuarios. *20.* Normas éticas a que están sujetos los mediadores del Centro de Mediación.

1. *La deontología profesional* [1]

La deontología se refiere al deber ser y en cierto sentido, designa a la ciencia de la moralidad o el ideal de la perfección del hombre, ya que es comprensiva de los deberes que corresponden a determinadas situaciones sociales. Aunque no pueda decirse que sólo los deberes concernientes al ejercicio de una actividad profesional merecen la consideración de un tratamiento desde este punto de vista, es aquí donde la estructura y la función del deber se configuran como deontología. Cabe una deontología general de las profesiones. Sin embargo, lo frecuente es que cada profesión presente sus propias facetas; no obstante, es en la esfera de las profesiones que ni el deber moral queda reducido a un sublime postulado sin ninguna consecuencia de orden práctico derivada de su transgresión, ni tampoco el tratamiento del deber resulta asumido por entero en una formulación jurídica completamente normativizada.

Las normas deontológicas tienen un carácter preferentemente ético y presentan puntos de contacto con la costumbre; tienden a transformarse en normas jurídicas. Su contenido sustancialmente moralista no autoriza, sin embargo, a considerarlas como normas de carácter moral. Las definiciones de deontología profesional tienden a configurarla como un conjunto de reglas de comportamiento basadas en la costumbre profesional y subrayan su carácter moral, limitándose a considerarla bajo su aspecto ético.

Cuando el postulado moral se presenta de un modo general y en toda su pureza, estamos en los dominios de la moral o,

[1] LEGA, Carlo: *Deontología de la profesión de abogado*, Madrid, 1976, pp. 7/9, 19/32.

si se prefiere, de la ética. Cuando, por el contrario, aun habiendo presupuestos morales, éstos son completamente normativizados y dotados de positividad y vigencia, estamos de un modo pleno en el campo del derecho y de las disciplinas a él consagradas. La deontología queda en una zona intermedia, donde ni todo son normas absolutas de pleno y exclusivo alcance ético, ni todo son normas jurídicas estrictas. Éstas se nutren de un contenido moral o, al menos, mantienen una inseparable vinculación con ese contenido en el plano de los presupuestos y de los fines; y aquéllas, las normas morales, se acoplan a las específicas exigencias de un comportamiento profesional y reciben la impronta de la exigibilidad jurídica de que, de suyo, carecerían.

La deontología designa el conjunto de las reglas y principios que rigen determinadas conductas del profesional de carácter no técnico, ejercidas o vinculadas de cualquier manera, al ejercicio de la profesión y a la pertenencia al grupo profesional. Es, en sustancia, una especie de urbanidad profesional.

Se habla de la existencia de un específico *ethos* que es propio de cada grupo profesional y que consistiría en la cultura profesional de personas que se conducen moralmente, desarrollada en el seno del grupo mismo mediante el cumplimiento de sus obligaciones. El concepto comprende aquellos comportamientos que caracterizan a una cultura o a un grupo profesional en cuanto que éste promueve un tipo de conducta sometido a ciertos valores o a cierta jerarquía de valores. El *ethos* implica un concepto de pertenencia a una determinada profesión entendida como aptitud, en el sentido de servicio imprescindible para la comunidad, que persigue el logro de valores más que la consecución de un beneficio económico. Y mientras que el código ético tiende a promover y garantizar el *ethos*, la moralidad del profesional es, por el contrario, la realización subjetiva y personal de la inserción de aquél en la profesión.

El carácter ético de estos principios se evidencia en mayor grado en las profesiones con trasfondo humanitario como el arte forense y el arte médico; y en tanto se predica que la deontología es propia de las profesiones médica y forense, por tratarse de verdaderas artes cuyo objeto se centra sobre la persona hu-

mana, el concepto puede hacerse extensivo a la conducta del mediador que comparte tales responsabilidades.

2. *Las dudas que se le suscitan al mediador frente a ciertas situaciones* [2]

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

Por ello, las habilidades necesarias para el desempeño competente como tercero neutral incluyen la observancia de normas éticas.

3. *Concepto sobre la propia función como mediador* [3]

Los mediadores, así como otros profesionales, tienen preconceptos acerca de su trabajo y de la función que desempeñan. Este preconcepto puede influir fuertemente las reacciones de un mediador ante dilemas éticos. Los mediadores se ven a sí mismos incluidos básicamente dentro de alguna de las categorías siguientes:

a) *Componedores:* La función del mediador es la de componer tantos casos como pueda y de la manera más rápida posible.

b) *Enmendadores:* El trabajo del mediador consiste en conseguir un acuerdo óptimo. Los mediadores no se interesan en cualquier acuerdo, sino que buscan la mejor solución posible para ambas partes.

c) *Protectores:* La tarea del mediador consiste en asegurarse de que nadie salga dañado del proceso, como también la de lograr un resultado final justo.

[2] STULBERG, Joseph B.: *County Court Mediation. A Mediator's Manual*, Florida, EE.UU., 1989, revisado por PRESS, Sharon.

[3] STULBERG: ob. cit. en nota 2.

93

d) Capacitadores: El rol del mediador e
partes a ejercer la autodeterminació
dad.

e) Reconciliadores: El rol principal del
lograr que las partes se miren de u
el de desarrollar un entendimiento

No todos los papeles mencionados se exc
pero algunos sí. Por ejemplo, en la mayor
mediador que se considera componedor no
actuar como reconciliador; por otro lado,
sacrificar un acuerdo si siente que el resulta
estando las partes de acuerdo.

Según al rol en el cual cada mediador s
variará su visión de los dilemas éticos y c
una situación dada.

4. *Tipos de dilemas éticos* [4]

Desde el punto de vista ético, los m
nalmente maduros se preocupan por:

[4] STULBERG: ob. cit. en nota 2. Respecto de los
pertenece a BUSH, Robert A. Baruch: "Efficiency and pro
and recognition?: the mediator's role and ethical standar
L. Rev. 253, 26-73, 1989; BUSH: "The dilemmas of me
1992.

formas de negociar, para evitar la aplicación de estereotipos al tratar con las partes en la mediación.

Integra la imparcialidad el abstenerse de imponer los propios valores o juicios a las partes.

7. *La ética y el conflicto de intereses* [7]

Los conflictos de intereses pueden surgir debido a relaciones anteriores o futuras entre los mediadores y las partes. Estas relaciones pueden ser profesionales o personales. Los códigos existentes apoyan tres tipos de respuesta ante los conflictos de intereses:

- abstención;
- excusación;
- revelación.

El mediador no debe comenzar ni continuar con una mediación, si advierte que su participación como facilitador puede crear un claro caso de conflicto de intereses.

El criterio más estricto es el de la total abstención, según el cual el mediador no debe representar a ninguna de las partes, en ningún asunto legal, durante o después del proceso de mediación. En caso que él haya representado a una de las partes con anterioridad, el mediador no debe participar en la facilitación. Según esta idea, se prohibe que los mediadores continúen con la tarea encomendada.[8]

También deben revelar toda circunstancia que pueda crear o dar la apariencia de que existe tal conflicto de intereses o que pueda crear dudas en cuanto a su imparcialidad.

Un supuesto evidente de conflicto de intereses se da ante una representación anterior, por lo que si un mediador representó a alguna de las partes, debe dar a conocer a las restantes esta circunstancia. Después de que el mediador haya informado, las partes pueden elegir continuar o no con el mismo

[7] Normas citadas en nota 5.

[8] Esta concepción es la de las Normas de la American Bar Association o Asociación de Abogados de EE.UU., cuya posición es firme hacia los abogados que actúen como mediadores de quienes hayan sido sus clientes.

facilitador. El mediado
brindado servicio legal
participantes. Si se br
debe proseguir, a men

- se haya aclarado
- se haya formula
  del mediador y l
- los participantes
  libremente cont

El mediador debe ta
relaciones sociales o
pueden comprometer
neutral.

Un mediador debe
y significativa, presente
cualquiera de las pa
mediación, y el mediad
ción del proceso en ca

El deber de infor
a lo largo de todo el proc
cualquier representaci
o pasada, con cualquie
en la mediación. Tambi
pecuniario pertinente.
deben realizarse tan
mediador advierta el

La experiencia h
tranjeras ha permitido
debe revelarse inform

- la participación
- la función como
- el cobro de ho
- la posesión de
  inversión);
- la existencia d
- la presencia de
  financiero o d
  partes.

En realidad, se debe informar a las partes sobre cualquier relación previa que pueda percibirse como conflicto de intereses.

Independientemente del deseo expresado por las partes, un mediador debe excusarse si considera o percibe que existe un claro conflicto de intereses.

Los mediadores no deben utilizar información revelada durante el proceso de mediación para obtener algún beneficio o ventaja privados, ni tampoco deben tratar de lograr publicidad a través de su participación en una mediación, con el objeto de mejorar su posición.

8. *Deber de excusación* [9]

La mayoría de las normas recomienda la excusación de los mediadores que no pueden mantener la imparcialidad requerida en una mediación.

Sabemos que la neutralidad absoluta no existe, pues cada persona tiene su propi· subjetividad y siempre habrá algún grado de identificación con algún aspecto del problema; el mediador debe estar en condiciones de detectar sus propias tendencias e inclinaciones a fin de poder manejar adecuadamente la situación y excusarse cuando sea conveniente.[10]

El mediador tiene el deber de ser imparcial y estar libre de conflictos de intereses que pudieran afectar de algún modo su desempeño para conducir un proceso neutral y equilibrado. Si apareciera algún conflicto de intereses o alguna cuestión que pueda afectar la imparcialidad, antes o durante el curso de la mediación, tiene la obligación de informarlo a los participantes. Si el conflicto fuera tal como para afectar su habilidad en la conducción imparcial del proceso, está obligado a declinar la designación o retirarse de la mediación.

Quien pretenda ser tercero neutral deberá excusarse de participar si tuviera, con cualquiera de los que intervengan, una

[9] STULBERG: ob. cit. en nota 2; JENKINS, David: *Mediando casos complejos de partes múltiples*, San Francisco, 1992; COLEMAN, Susan: *Habilidades de la mediación para los negocios*, Nueva York, 1992; Normas cit. en nota 5.

[10] Ver Capítulos II, III, VIII y XI.

95

relación de parentesco, amistad íntima, enemistad, sociedad, comunidad o juicios pendientes, o cuando sea acreedor, deudor o fiador de alguno de ellos, o cuando los hubiera asistido profesionalmente, o haya emitido dictamen u opinión respecto del conflicto, o si existieran otras causales que, a su juicio, le impusieran abstenerse de participar en la mediación por motivos de decoro o delicadeza.

Inclusive, a efectos de ganarse la confianza de las partes, puede explicitar en el discurso de apertura que no ha conocido antes a ninguno de los presentes, o que no ha hablado con ninguno sobre las cuestiones a resolver, lo que no debe ocultar de ser de otro modo.

Aun cuando el mediador sienta que algún hecho o circunstancia determinados no empecen a su imparcialidad y no obstan a su intervención en el proceso, igualmente debe revelar la información necesaria para que las partes la consideren. Un mediador tiene el deber de ser imparcial y de advertir a todas las partes sobre cualquier cuestión que tenga influencia sobre posible parcialidad, prejuicio o imparcialidad. Si según su conciencia, la circunstancia no le impedirá ser objetivo, el mediador así debe decirlo, dando oportunidad a las partes para decir la última palabra.

Además, hay otros prejuicios que pueden llevar al mediador a no ser imparcial, que no se relacionan con las personas, sino con el contenido de la disputa. Quien en su vida privada es propietario o locatario probablemente sienta más empatía por la posición del propietario o del locatario, aun creyendo que puede permanecer imparcial. Es relevante cómo lo percibe el propietario o el locatario.

La cuestión puede ir más allá convirtiéndose en algo personal. Quien ha sufrido problemas familiares de alcoholismo, quien ha sido abandonado por su cónyuge, quien ha sido discriminado por razón de sexo, raza o religión, se encuentra en una situación que lo puede acercar más a este tipo de problemática y, por lo tanto, puede ser útil para las partes; pero, al contrario, también esta experiencia puede haberlo afectado de manera negativa, empañando su imparcialidad.

En estos supuestos de violencia íntima, solamente el mediador puede tomar la decisión acerca de si puede o no

prestar un servicio imparcial en un caso particular. Pero si tiene, aunque sea la más mínima, duda en cuanto a su imparcialidad o considera que —dadas las circunstancias— las partes podrían no considerarlo neutral, debe excusarse.

9. *Actitud del mediador cuando se encuentran comprometidos intereses de terceros* [11]

A veces es necesario considerar si están participando en la mediación todos aquellos que tienen interés en el asunto.

El facilitador debe tener presente, en su caso, la eventual existencia de intereses de terceros que, si bien no están presentes ni representados en la mesa de negociaciones, pueden resultar afectados de modo tal que pueda quedar perjudicada la validez del acuerdo o la posibilidad de cumplimiento del mismo. Así, el interés de los menores en un conflicto de familia o el interés general del público o de ciertos grupos en supuestos donde esté en juego el medio ambiente.

En tales circunstancias, las normas éticas se sitúan en un punto intermedio, en tanto el mediador sólo debe asegurarse de que las partes involucradas estén advertidas de la existencia de tales intereses y los tengan en cuenta al proseguir el proceso. No obstante, algunos mediadores van más allá y preguntan si hay terceros ausentes cuya participación es necesaria para arribar a un acuerdo total o para su completa implementación. Si surgiera esta realidad, explorarían la posibilidad de incluir a los ausentes, pudiendo llegar a retirarse de la mediación.

10. *Publicidad y promoción del mediador* [12]

No existen normas éticas concretas que prohiban la promoción publicitaria, mas un mediador sólo debe hacer manifesta-

[11] SINGER, Linda R.: *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, 1990. pp. 173/174; *Making the tough calls. Ethical Exercises for Neutral Dispute Resolvers*, publicación de la Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas (*Society of Professionals in Dispute Resolution* - SPIDR), 1991.

[12] Normas citadas en nota 5. LEGA: ob. cit. en nota 1, pp. 101/108.

ciones precisas y sin exagerar sobre el proceso de mediación, sus costos y beneficios y las propias cualidades como mediador. La propaganda debe dar una idea honesta sobre cuáles son los servicios ofrecidos. No se deben realizar declaraciones de resultados o promesas específicas que impliquen favorecer a una de las partes con el objetivo de lograr clientela.

No obstante, quien pretende desempeñarse como facilitador y tercero neutral debe estar advertido que algunas formas de propaganda no son apropiadas. Es un problema de límite y de medida. Una cosa es hacer público el propio nombre con las cualificaciones profesionales adquiridas y con las indicaciones indispensables para la individualización del lugar donde se atiende, en términos de absoluta objetividad y seriedad, y otra cosa es hacerse publicidad en el sentido comercial y propagandístico que dañe el decoro profesional.

11. *Cuestiones de honorarios* [13]

Es norma general que el mediador dé a conocer los honorarios antes de prestar el servicio y se prohíbe que los honorarios sean fijados de acuerdo al resultado de la disputa.

Es deber del facilitador explicar a las partes desde el principio las bases de su remuneración, los aranceles y gastos, si éstos existieran. Cuando las partes se hacen cargo de los costos y honorarios, el mediador debe celebrar un acuerdo por escrito respecto a la forma de pago antes de comenzar con la mediación.

El tercero neutral no podrá percibir ni dar comisiones, reembolsos u otras formas similares de remuneración por la derivación de clientes.

12. *La confidencialidad como norma ética* [14]

La mediación es un procedimiento privado, aun cuando haya sido ordenado por un tribunal u otra autoridad pública.

[13] Normas cit. en nota 5.
[14] Normas cit. en nota 5; Bush: ob. cit. en nota 4.

Las normas éticas requieren el cumplimiento estricto de la promesa de confidencialidad como un elemento integral del proceso de mediación. Mantenerla es esencial al proceso de resolución de disputas. Con ella se promueve la sinceridad, la divulgación de información reservada, la total exploración de los temas y posibilidades de acuerdo, y la aceptación del tercero neutral. No obstante, y he aquí un dilema ético, existen límites y casos en que no es posible mantener la confidencialidad de los procedimientos por contraponerse otros valores superiores.

Excepto en dichos casos, el tercero neutral debe resistirse a revelar información fuera del procedimiento. También debe respetar el compromiso asumido de guardar reserva de cierta información dentro mismo de su actuación.

En definitiva, la confidencialidad tiene diversos niveles que conllevan dificultades éticas:

a) Con relación a terceros:
- información sobre violencia o crímenes reales o amenazados;
- comunicación de datos al tribunal, sea espontáneamente, sea a requerimiento de éste;
- derivación necesaria a otro profesional a lo que la parte es renuente.

b) Entre las partes:
- información que no conoce una de las partes y que, de conocerla, probablemente no suscribiría el acuerdo al que ha llegado;
- información que no conoce una de las partes y que, de conocerla, probablemente llegaría a un acuerdo.

Antes del comienzo de la mediación, el mediador tiene la obligación de informar a las partes —de manera que puedan comprender razonablemente—, acerca de las siguientes cuestiones:
- que todos los memorandos, trabajos y materiales contenidos en los archivos del mediador o del programa de mediación serán confidenciales;
- que cualquier comunicación relacionada con la controversia mediada, efectuada a una de las partes o a un mediador, o a cualquier persona que hubiera participado en el procedimiento, es confidencial.

En ausencia de una ley que establezca lo contrario, el mediador debe dar tratamiento confidencial a la información que llegare a conocer durante la mediación. El facilitador tiene el deber de explicar que no podrán revelarse los datos confidenciales ni los dichos expresados durante la mediación en un procedimiento judicial o administrativo, excepto:

a) Información que debe revelarse por obligación legal.

b) Renuncia a la confidencialidad acordada por escrito entre todas las partes.

c) Casos específicos establecidos como excepción a la regla general de confidencialidad, los que deben ser explicitados al comienzo de la mediación. Ellos comprenden:
- información que, a juicio del mediador, pusiera en riesgo la integridad física de una parte o de un tercero;
- información cuya reserva no puede garantizarse y sobre la cual el mediador ha puesto en conocimiento a las partes;
- evidencia de conducta poco ética por parte de otro mediador.

El mediador debe informar a las partes en su primera reunión sobre la existencia de alguna restricción a la confidencialidad.

Ello en tanto hay casos en que el deber de confidencialidad entra en conflicto con otras responsabilidades del mediador. Por ejemplo, los mediadores pueden tomar conocimiento de un caso de abuso de menores y, por ley, estar obligados a informar sobre el hecho a pesar de existir un compromiso general de confidencialidad. De manera similar, los abogados que actúan como mediadores pueden sentirse obligados a informar a los tribunales o al colegio de abogados sobre conducta poco ética por parte de los abogados en la mediación.

Se ha interpretado[15] que el requisito de confidencialidad contenido en la decisión de derivación a mediación por parte de un tribunal no tiene como objeto impedir que el mediador

[15] Caso Waller, Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia, 573. A. 2d 780 (D.C. App. 1990).

6

informe al juez sobre un posible conflicto de intereses por parte de uno de los abogados, porque se trata de un tema que no tiene relación con las negociaciones entre las partes, pero podría afectar la administración de justicia.

Es importante que las partes sepan desde el comienzo qué se considera confidencial y qué no se considera confidencial, para lo cual se requiere que los mediadores expliquen a las partes todas las excepciones a la confidencialidad.

El mediador debe informar a las partes en la primera reunión sobre todas las restricciones a la confidencialidad, tal como la obligación judicial o legal de revelar información. El mediador debe informar a las partes sobre las circunstancias en las que los mediadores pueden ser compelidos a dar testimonio ante los tribunales. El mediador debe discutir con los participantes sobre las consecuencias potenciales de la revelación recíproca de hechos que se produzca durante el proceso de mediación.

Las normas sobre confidencialidad con frecuencia incluyen disposiciones para proteger los registros y otro tipo de información escrita. Las partes pueden acordar revelar información tanto verbal como escrita en ciertos casos.

La norma de confidencialidad no impide participar en la evaluación de los programas ni en actividades de investigación.

13. *Rol de los mediadores en el acuerdo* [16]

Una de las bases de la mediación, de conformidad a principios aceptados, es la autodeterminación y el control sobre la propia solución que corresponde a los participantes, quienes deben decidir los términos de su eventual avenimiento sin que nada se les imponga emanado de una autoridad extraña.

El mediador no tiene un interés específico en el resultado de la mediación; y si bien puede hacer surgir opciones a la consideración de las partes, no puede recomendar ninguna de

[16] Normas cit. en nota 5; Manual de mediación preparado por *Fundación Libra* para su utilización en cursos y entrenamientos; SINGER: ob. cit. en nota 11, p. 174.

las posibles soluciones, ni coaccionar para que las partes lleguen a un convenio sobre los puntos objeto de la mediación. Este criterio constituye la llave de la imparcialidad.

Para ello, el facilitador debe enfrentarse con:

a) La tentación de dar a las partes la solución, lo que lleva aparejado un dilema cuando:
- las partes piden al mediador una recomendación o una decisión;
- el mediador vislumbra una solución ideal en que las partes no han considerado, pero que el facilitador cree aceptarían.

b) La tentación de oponerse a una solución formulada por las partes cuando:
- la solución es ilegal;
- la solución es injusta debido a un desequilibrio de poder;
- la solución es injusta según la opinión del mediador, aunque no exista desequilibrio de poder;
- la solución es contraria al interés de un tercero ausente.

Antes de cerrar un acuerdo, el mediador tiene la obligación de verificar:
- que las partes hayan considerado los diversos aspectos que el acuerdo representa y las posibles consecuencias que pudieran derivarse;
- que las partes hayan considerado también los intereses de otras personas que puedan resultar afectadas por el acuerdo;
- que las partes hayan accedido al acuerdo en forma voluntaria.

El mediador alentará a que las partes revisen el proyecto de acuerdo con sus asesores en forma independiente, con carácter previo a suscribirlo con carácter definitivo.

Además, es responsable de supervisar que los intervinientes examinen las condiciones propuestas, y debe tener la capacidad de detectar la presencia de presiones inapropiadas para lograr un convenio. Para ello, el facilitador puede considerar aconsejable instruir a las partes o hacer cesar la mediación para permitirles obtener asesoramiento especializado.

Por definición, la mediación es un proceso en el que son las partes y no los mediadores los encargados de tomar decisiones. Los mediadores, a diferencia de las partes, no tienen participación en el resultado. No obstante, su rol es el de ayudar a las partes y llevar a cabo un procedimiento transparente, el que existirá en la medida en que las partes conozcan las posibles consecuencias del eventual acuerdo proyectado; debe estar alerta para detectar casos extremos en que la continuación del proceso pueda perjudicar seriamente a algún participante. Por ejemplo, si hubiera un antecedente de violencia entre las partes y el acuerdo requiriera contacto directo entre éstas, pueden vislumbrarse dificultades futuras.

Como son las partes quienes tienen la responsabilidad última de solucionar el conflicto, la obligación del mediador consiste en asistirlas para que lo solucionen de manera voluntaria y luego de una elección informada. Los facilitadores no deben jamás y bajo ninguna circunstancia, coaccionar a las partes para que acepten los acuerdos, ni pueden tomar decisiones de fondo por ninguno de los contendientes. Los mediadores están facultados para explorar opciones, hacer sugerencias o redactar propuestas sometidas a consideración de las partes, pero las propias partes deben tomar todas las decisiones en forma voluntaria.

Corresponde al mediador informar a los participantes sobre el derecho que les asiste a retirarse de la mediación en cualquier momento y por cualquier razón. Si un mediador considera que los participantes no están capacitados para participar en forma constructiva, o que no existen mayores probabilidades de concretar un acuerdo razonable, puede suspender o cancelar la mediación, y debe instar a las partes a que busquen otras formas de asistencia para la resolución de su disputa. Si los participantes llegan a una situación de estancamiento final, el mediador no debe prolongar discusiones improductivas que podrían resultar en nuevos costos emocionales o monetarios para los participantes.

Los mediadores deben dar por terminada la mediación si consideran que la continuación del proceso o los acuerdos proyectados pueden causar daño a las partes.

Los facilitadores se sentirán satisfechos de haber cumplido con su tarea cuando los acuerdos logrados con su intervención no sean contrarios a la integridad del procedimiento.

Si el mediador llegara a considerar que podría resultar una injusticia manifiesta con la suscripción del acuerdo, deberá retirarse de la mediación.

14. *La distinción entre el cometido del mediador y la incumbencia de otras profesiones* [17]

La mediación es un procedimiento diferente y particularizado de resolución de disputas, distinto no sólo a la jurisdicción y el arbitraje, sino también a la terapia y al patrocinio letrado; mas, a veces, es difícil trazar la línea, ya que los facilitadores se sienten llamados a acciones que son fronterizas o se convierten en asesoramiento terapéutico o legal.

Estas situaciones problemáticas pueden aparecer cuando:

a) Las partes necesitan información y consejo profesional especializado y el mediador estaría en condiciones de darlo, sea
- información terapéutica;
- información legal.

b) El mediador se tienta a expresar un juicio profesional, sea
- consejo terapéutico;
- consejo legal.

c) Una de las partes necesita un terapeuta o un abogado.

Los conflictos en juego susceptibles de resolverse por mediación no son los mismos que son objeto del psicoanálisis; la valoración del escuchar del mediador no se superpone con la escucha psicoanalítica y la ética que subyace no es la ética del psicoanálisis. La mediación cuestiona y desafía la certeza y los lugares clásicamente entronizados por el discurso jurídico de raigambre más positivista y parece más bien solidaria de la posición crítica de dicho discurso. Pero la mediación como práctica, pertenece íntegra al discurso jurídico mismo, como

[17] Bush: ob. cit. en nota 4.

97

estructurante y estructurado en el complejo de las relaciones sociales en las que tiene lugar. Por cierto que propone una inflexión en la práctica tradicional, pues pretende introducir otra concepción de la subjetividad y toma una posición respecto al sufrimiento humano.[18]

Aunque los buenos mediadores no cruzan la línea, a veces sienten la tensión del momento en que estas situaciones se presentan.

15. *¿Es la mediación apropiada al caso?*[19]

Para establecer que la mediación es apropiada al caso, el mediador, durante el curso del proceso, deberá determinar que:

- la mediación es un proceso apropiado para las partes;
- cada parte está facultada para participar efectivamente en el contexto de la mediación;
- las partes están dispuestas a participar en el proceso de buena fe.

16. *El "consentimiento informado" de las partes en cuanto al proceso de mediación y al acuerdo*[20]

Al iniciar o antes de iniciar el proceso, el mediador tiene la obligación de informar a las partes y determinar que comprenden razonablemente todo lo relacionado con:

- la naturaleza del proceso de mediación;
- la naturaleza del rol del mediador;
- los procedimientos a seguir en la mediación;
- que el mediador puede proveer información legal, pero no asistencia legal;

[18] GONZÁLEZ, José Luis: "¿Nuevos desafíos para el discurso jurídico?", en *Revista Libra*, nº 4, pp. 28/33.

[19] Los conceptos que siguen están tomados del *Manual de Mediación* preparado por Fundación Libra para su utilización en cursos y entrenamientos.

[20] Manual cit. en nota 19; *SPIDR*.... ob. cit. en nota 6; BUSH: ob. cit. en nota 4. Ver también, Highton, Elena I.: "Consentimiento informado en R.A.D.: Relación abogado-cliente. ¿Ha llegado el momento de requerir consentimiento informado antes de ir a juicio cuando existen disponibles otros métodos de resolución alternativa de disputas?", *Revista Libra*, nº 4, pp. 16/21.

- que se requerirá a las partes proveer información substancial para alcanzar un acuerdo justo;
- que las partes tienen oportunidad de consultar con sus letrados en cualquier momento del proceso;
- que se instará a que los letrados de las partes revisen el acuerdo antes de firmarlo;
- que el acuerdo afectará los derechos y las responsabilidades de las partes;
- los efectos procesales de la mediación sobre un juicio pendiente de resolución;
- el marco temporal de la mediación;
- cuestiones de gastos y honorarios relacionados con el procedimiento de mediación;
- cualquier relación que pudiera existir entre el mediador y alguna de las partes.

Además, como el procedimiento de mediación es por definición consensual, ya que ambas partes deben consentir a cualquier propuesta de acuerdo, es menester que quienes participan hagan una elección informada de la solución que mejor satisfaga a sus intereses. Los dilemas éticos que se presentan al mediador se refieren a que:

a) La posibilidad de coerción, que puede surgir de:
- el temor o intimidación de una parte respecto de otra;
- la acción de algún abogado que impide a una parte participar o comunicarse adecuadamente con la contraria o con el mediador;
- la propia actitud del facilitador que puede pasarse de la línea de la persuasión a la de la coerción para lograr el acuerdo.

b) La sospecha de incapacidad temporaria o permanente de una parte.

c) La ignorancia de una parte, sobre:
- aspectos fácticos;
- aspectos jurídicos.

Todas estas cuestiones ponen en contraposición valores diversos, pues la actuación del facilitador para darles solución puede comprometer la confidencialidad o la imparcialidad.

17. *La necesidad de mantener un nivel de aptitud adecuado para la tarea como preocupación ética* [21]

La mediación es un procedimiento que requiere habilidades, que se supone posee el mediador al ingresar al ejercicio de esta especialidad profesional. No obstante, por sobre el nivel básico, se requiere responder a situaciones difíciles referidas a:

a) El reconocimiento y diagnóstico de ciertas situaciones que se contraponen a los principios básicos sobre los que descansa la mediación, entre ellos la existencia de:
- abuso o violencia;
- incapacidad o ineptitud mental para comprender.

b) La comprensión y el manejo de aspectos específicos de un problema que exceden de sus conocimientos, información o habilidades.

El mediador se ve confrontado con estas dificultades y la cuestión es cómo responder adecuadamente. Si prevé la situación, tiene la obligación de rehusar su designación; sin embargo, a veces es difícil anticipar que en un caso determinado se requerirá de un conocimiento o de una técnica que exceda su propio nivel de experiencia.

18. *Servicio a la comunidad*

Cuando sea apropiado, el mediador tiene la obligación hacia la comunidad de proveer sus servicios cobrando honorario reducido.

19. *Quejas de los usuarios* [22]

Todo programa de mediación, sea o no controlado por el tribunal, debe diseñar un mecanismo para que los usuarios puedan hacer saber sus quejas sobre el procedimiento. El sistema debe detectar los reclamos que no alegan mala conducta, sino falta de idoneidad y habilidades en los mediadores,

[21] Bush: ob. cit. en nota 4.
[22] Normas cit. en nota 5.

separándolos a estos efectos de los que tengan relación con aspectos éticos.

Conviene implementar procedimientos oficiales que permitan a las partes presentar sus quejas contra un mediador o el programa de mediación, con posterior proceso disciplinario y de investigación. Se han sugerido diversos modelos, con interrogantes sobre el nivel de formalidad necesario, la participación de las partes y de los mediadores involucrados en las quejas, los tipos de sanciones y los mecanismos de apelación o revisión.

El procesamiento de las quejas debe estar presidido por un código de conducta para mediadores. La mayoría de las normas éticas para mediadores no se caracterizan como "normas", sino como "guías de comportamiento razonable".

20. *Normas éticas a que están sujetos los mediadores del Centro de Mediación*

De acuerdo al Reglamento dado para regir la conducta de los mediadores habilitados por el Ministerio de Justicia y el Centro de Mediación, Capítulo VI, arts. 23 a 26, las normas éticas a que deben guardar fidelidad los mediadores argentinos son:

> Artículo 23: *El Mediador deberá excusarse de participar en una mediación si tuviera con cualquiera de los que intervengan una relación de parentesco, amistad íntima, enemistad, sociedad, comunidad, juicios pendientes, o cuando sea acreedor, deudor o fiador de alguno de ellos, o cuando hubiera asistido a alguno de ellos profesionalmente, o haya emitido dictamen u opinión respecto del pleito o si existieran otras causales que a su juicio le impongan abstenerse de participar en la mediación por motivos de decoro o delicadeza. Dado este supuesto, el Centro asignará otro Mediador para el caso.*

La regla de la excusación es básica en todo aquel que participe como tercero neutral en un conflicto. Se han incluido todas las causales generales de excusación como símil del

Código Procesal art. 30. La regla es más rígida, pues no se exige gravedad en los motivos de decoro o delicadeza, sino simplemente que a juicio del facilitador éstos existan.

> Artículo 24: *El Mediador podrá ser recusado por los motivos citados en el artículo anterior ante quien esté a cargo del Centro de Mediación.*

La otra cara de la moneda de la excusación es la recusación, que atiende a motivos equivalentes, salvo el decoro o delicadeza que es de apreciación puramente personal y subjetiva.

> Artículo 25: *En ningún caso el Mediador podrá asistir profesionalmente a las partes luego de la mediación, cualquiera fuera su resultado.*

La regla de continuar como tercero y de no poder utilizar el conocimiento habido de las partes ni la información obtenida para asesorarlas o patrocinarlas o asistirlas como terapeuta ni en ninguna otra calidad no tiene límite en el tiempo.

> Artículo 26: *El Mediador no podrá comentar el caso antes o después de la mediación, salvo en reuniones de trabajo o estudio o para aprendizaje y a este solo efecto. En todos los supuestos evitará revelar los datos personales de las partes o características salientes que hicieran reconocible la situación o las personas, no obstante omitirse su identificación.*

La norma que incorpora la confidencialidad al reglamento figura con anterioridad, y en el presente se corrobora la imposibilidad de hablar siquiera del tema. La eventualidad de utilizar el caso para análisis con objetivos de aprendizaje del propio mediador o del grupo y para enseñanza o investigación académica no constituye excepción, en tanto ni siquiera debe poder conocerse quién es el protagonista. Se utilizan sólo los hechos y circunstancias, con las necesarias modificaciones para distorsionar datos que podrían revelar la identidad o ayudar a determinarla a quienes conocen a los participantes.

La limitación al mínimo de las normas éticas no significa que los mediadores no estén sujetos a principios éticos más amplios y generales propios de todo ciudadano o de todo profesional.

Capítulo XVI

Los abogados ante los métodos de resolución de conflictos

SUMARIO: *1.* El modo clásico de ejercer la abogacía. *2.* Nuevos modos de ejercer la abogacía y de entender el rol del abogado. *3.* La relación entre el abogado y el cliente. *4.* Dirección y planeamiento de la estrategia de un litigio. *5.* Obstáculos para la adecuada actuación de los abogados en las alternativas al clásico litigio. *6.* La introducción del abogado en los principios de la mediación. *7.* Lo que debería saber un abogado para estar actualizado. *8.* Ilustración al cliente sobre la disponibilidad de métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) antes de ir a juicio. *9.* Colaboración de los abogados en la información sobre los métodos alternativos de resolución de disputas. *10.* Mediación con abogados. *11.* La decisión sobre la presencia de los abogados en la mediación. *12.* Ventajas y desventajas de la participación de los abogados. *13.* El rol de los abogados en la mediación. *13.1.* Relevancia del rol de los abogados. *13.2.* Qué deben los abogados informar a sus clientes. *13.3.* Funciones de los abogados en conexión con la participación de los clientes en la mediación. *13.4.* Actuación del abogado en la revisión del acuerdo. *14.* Los riesgos de participar en la mediación sin abogados. *15.* Posible acción del mediador cuando las partes no cuentan con abogados. *16.* La organización de los estudios jurídicos para atender a los sistemas alternativos. *17.* Nueva especialización del abogado: patrocinio en mediación. *18.* Una nueva dimensión profesional: el abogado mediador.

1. *El modo clásico de ejercer la abogacía*

En líneas generales, los abogados realizan su tarea profesional en los expedientes judiciales.

El litigio es el nivel de análisis en que se entroniza la pelea mediante "representantes" de las partes en disputas, para que un tercero —el juez— dirima sobre las posiciones de los implicados; y debido a antiquísimas cuestiones de escuela, el diploma y la matrícula de abogado consagran su valía y su identidad sólo si ha llevado muchos juicios.[1]

Sentado el principio que no admite la defensa propia del derecho, en los supuestos de violación del mismo se recurre a la protección del Estado, que actúa por medio de los órganos en los cuales ha delegado su función jurisdiccional;[2] y —en tanto los jueces no deben proveer ningún escrito que impulse el procedimiento, ni pliegos de posiciones, ni interrogatorios, etc., sin que lleven firma de letrado— la preparación, suscripción y presentación de escritos judiciales como actividad profesional del abogado es el modo más clásico y habitual de trabajo.

Indudablemente, nuestra enseñanza del derecho ha tendido hasta ahora hacia el litigio, la controversia y el favorecimiento del sistema adversarial; por ello, no debe extrañar que el modo natural de ejercer la abogacía sea a través de la lucha y el pleito, habiéndose introducido recién últimamente, en forma casi excepcional y por unos pocos profesores, algunos conceptos de negociación y resolución alternativa de disputas en los cursos de grado.

[1] GONZÁLEZ, José Luis: "¿Nuevos desafíos para el discurso jurídico?", en *Revista Libra*, nº 4, pp. 28/33.

[2] ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, Buenos Aires, 1963, t. I, pp. 399/400.

El abogado tradicional parte de dos presunciones:[3]

- que quienes están en conflicto son adversarios, y si uno gana, el otro necesariamente debe perder;
- que los conflictos deben resolverse por aplicación de alguna regla general de derecho, lo que habitualmente se hace a través de la actividad de un tercero, el juez.

Estas presunciones son contrarias a los principios de la mediación, donde se presume:

- que todas las partes pueden ganar si se llega a un acuerdo en base a una solución creativa;
- que cada situación es única, por lo cual no necesariamente debe estar regida por un principio general, a menos que las partes lo acepten.

El tipo de ejercicio tradicionalmente adversarial de la profesión valora especialmente ciertas facetas o cualidades negativas del ser humano, ya que el temor a perder, a ser demandado, la agresividad, el estar a la defensiva, la culpa —aun la mentira o falta de sinceridad— son moneda corriente; no obstante, estos datos que no la muestran como lo mejor, parece que la única vía posible para la mayoría de los abogados es la de litigar en sede judicial.[4]

Además, el abogado a quien se le exige que cumpla ese rol como si fuera la única justificación de su existencia, se burocratiza y demanda por inercia, tratando a todo asunto como "una carpeta más" a incorporar en las planillas de su estudio, dándole al caso una respuesta despersonalizada y distante, que meramente lo incorpora al sistema judicial.[5]

[3] RISKIN, Leonard L. - WESTBROOK, James E.: *Dispute Resolution and lawyers*, St. Paul, Minnesota, 1987, pp. 57/60.

[4] FRIEDMAN, Gary J.: *A guide to divorce mediation*, Nueva York, 1993, pp. 4/7; PADILLA, Roberto E. - CAIVANO, Roque J.: "Abogacía moderna vs. abogacía tradicional", *LL*, 20/10/94.

[5] FUCITO, Felipe: "La otra cara del cambio cultural: los abogados", *LL*, 18/10/94.

2. *Nuevos modos de ejercer la abogacía y de entender el rol del abogado* [6]

La mentalidad tradicional del abogado, aquella en que sin duda se ha formado en las Facultades de Derecho con planes de estudio que se basan en la confrontación y el litigio, que llevan a pensar en términos de ganar o perder, a avanzar sobre el otro hasta destruirlo o a cavar escollos insalvables que impidan el logro de la verdad, debe ceder para conformar una actitud cooperativa entre las partes, donde el consejo al cliente apunte a buscar soluciones creativas para que todos ganen, dejando de lado un criterio de competencia que lejos está de dar satisfacción a los reales intereses de los defendidos.

De ahí que sea imprescindible que los abogados cambien su mentalidad de litigantes por una mentalidad conciliadora para aquellos casos en donde la resolución del conflicto por medio de la negociación sea factible, facilitando de esta manera el mejoramiento de la justicia. Corresponde que los profesionales del Derecho sean más eficientes, para lo cual deben concientizarse y modificar sus hábitos y patrones culturales, rechazando el rol de "perro de presa" que se lanza indiscriminadamente sobre todo oponente.

El abogado debe estar preparado para resolver problemas, tanto o más que para defender exclusiva y exhaustivamente a una de las partes en un conflicto. El profesional de Derecho puede ser más que abogado para su cliente, en el sentido que no sólo debe "abogar" o defender en juicio sino, con un criterio más noble, amplio y pacificador, tiene una misión más verdadera, principal y abarcadora, cual es la solución de proble-

[6] Morello, Augusto Mario - García Berizonce, Roberto O.: "Abogacía y colegiación", Buenos Aires, 1981, pp. 5/7; Morello, Augusto Mario - Berizonce, Roberto O.: "Formación de jueces y abogados. La especialización", *JA*, 30/3/94; Riskin - Westbrook: ob. cit. en nota 3, Prefacio y pp. 52/70; *Alternatives*, publicación del Centro de Recursos Públicos *(Center for Public Resources - CPR)*, vol. 12, nº 7, julio 1994; Rabinovich, Silvia Beatriz - Simari, Virginia: "Mediación. Una alternativa eficaz frente al conflicto", *LL*, 14/11/94; Tarrio, Mario Carlos - Benin Chirico, Graciela: "Las técnicas no adversariales de resolución de conflictos jurídicos", *LL*, 11/10/94; Padilla: ob. cit. en nota 4; Caivano: ob. cit. en nota 4; Fucito: ob. cit. en nota 5.

mas. Los abogados deben ser algo más que argumentadores o defensores de una parte: son solucionadores de problemas; y la argumentación de una posición, dentro o fuera de juicio, es sólo una manera de aproximarse a un problema.

Elegida la abogacía como carrera, existen diversas posibilidades en el quehacer de la profesión. El desafío, en estas horas, más dramático y urgido, es que la profesión de abogado se haga cargo y acierte en la respuesta a la imperiosa alternativa de encontrar nuevas tareas —el auténtico quehacer, o los varios quehaceres— más graves y más altos y valiosos del abogado. De ahí que se le exija el cumplimiento de otras misiones, además de las primitivas, a través de un modo de actuación diversificado. Es así que aparecen nuevas y diferentes formas de ejercer la profesión, referidas a asesoramientos continuados que exceden la clásica concepción de las tareas de patrocinio judicial.

Aparentemente, ha llegado la hora de la sustitución de los tradicionales modelos del abogado de pleito, por una nueva cultura que se afianza sobre los principios de la búsqueda de soluciones autocompuestas de los conflictos.

Los abogados enfrentan los conflictos de diversa y variada manera. Los letrados en ejercicio dan consejo sobre cómo prevenir, evitar y resolver la controversia, y participan en muchos de los procesos de resolución de conflictos. Pueden *representar o asesorar a las partes en un arbitraje*, en la mediación o en la negociación. También pueden tener importantes funciones como terceros neutrales, es decir como árbitros, mediadores, evaluadores previos, consejeros en minijuicio, entre otras.

El conocimiento del Derecho y el ejercicio de un rol conciliador en beneficio de los intereses de su cliente o de todos los intervinientes en un conflicto, permite al abogado alcanzar, o ayudar a que las partes alcancen acuerdos ventajosos, que exceden muchas veces en su calidad, pero además siempre en su inmediatez, lo que se obtendría en una contienda judicial.

Los abogados tienen que cambiar su mentalidad pleitista y capacitarse para actuar en sistemas alternativos; y hay diversas razones que justifican el cambio:

- las que derivan de la responsabilidad profesional, que conlleva dar el mejor consejo a su cliente;
- las que derivan de la responsabilidad social, ya que son auxiliares en la administración de justicia y deudores de un mejor servicio a la comunidad, y
- las que derivan de la propia conveniencia, ya que su especialización significará un modo menos frustrante de ejercer la profesión, además de una eventual mejora o suplemento en las ganancias.

La mayoría de los nuevos letrados utilizan su tiempo entrevistando, aconsejando y negociando, tareas que requieren técnicas actualizadas. No obstante, tienen poco o ningún entrenamiento formal en resolución alternativa de disputas y carecen de familiaridad con la mediación, el arbitraje u otros procedimientos novedosos, como también respecto de cómo elegir un proceso adecuado, con lo cual muchos clientes que podrían beneficiarse con la resolución alternativa pierden oportunidades.

No se trata de fomentar una inclinación ciega hacia toda alternativa al clásico litigio, sino de entender mejor los procedimientos disponibles, inclusive el mismo pleito; evaluar sus ventajas y desventajas relativas en diversos contextos; apreciar el impacto que el procedimiento puede tener sobre los contrincantes y la comunidad. A menos que el abogado haya adquirido ese entendimiento y facultad de apreciación, su nivel de asesoramiento a los clientes será bajo y operará el riesgo del poco conocimiento.

Los juristas deben estar preparados tanto para ayudar a otros, sean éstos sus clientes o la comunidad, para seleccionar el método más apropiado a la resolución de una disputa o para consumar una transacción, como para poder participar efectiva y eficientemente en tales procedimientos, una vez elegidos. Para muchos profesionales, será suficiente con entender la mediación, sin que sea necesario que la lleven a cabo personalmente ni que tengan gran interés en ella.

En otros países, la resolución alternativa de disputas ya constituye trabajo normal y de rutina junto a la tarea del litigio judicial. Ya los abogados no diferencian entre sus actividades tradicionales de solución adversarial y los nuevos procedimientos.

En la sociedad moderna los profesionales del derecho tienen tres funciones principales:

- la de representación y patrocinio de un cliente como abogado, defensor y consejero;
- la de diseño de un nuevo encuadre que dé lugar a esfuerzos colaborativos;
- la de servicio al público en general.

Para ejercer estas funciones y hacerlo de modo de favorecer los intereses del cliente, los abogados con experiencia saben que sólo unos pocos son siempre capaces de lograr un buen acuerdo a través de diestras negociaciones. Mas también saben que no se nace negociador diestro. La aptitud para negociar con eficacia no es un rasgo como los ojos azules. Se aprende a negociar desarrollando habilidades. Los abogados aprenden sobre negociación "legal" mirando a otros profesionales más experimentados que negocian con ellos o contra ellos. Eventualmente, adquieren las técnicas de negociación —en general, en forma lenta y errática—. Algunos abogados debutantes tienen la suerte de comenzar a trabajar con negociadores capaces, otros no tienen tanta suerte.

También puede aprenderse el arte y la ciencia de la negociación en forma más sistemática y organizada. La perspectiva de entrenarse para ser un negociador más efectivo no debe sorprender, pues el contexto teórico y las habilidades pueden adquirirse con lecciones y práctica adecuadas.

La esencia de la negociación "legal" radica en el papel del abogado como representante y asesor de su cliente. Este tipo de negociación no sólo conlleva relaciones entre abogados entre sí como negociadores, sino también relaciones entre cada abogado y su cliente. La interacción con el cliente es fundamental.

3. *La relación entre el abogado y el cliente*[7]

La relación entre el abogado y el cliente debe considerarse desde varios puntos de vista:

[7] LEGA, Carlo: *Deontología de la profesión de abogado*, Madrid, 1976, pp. 181/196; BASTRESS, Robert M.; HARBAUGH, Joseph D.: *Interviewing, counseling and*

- enfoque *jurídico*, respecto de los derechos y obligaciones que derivan para las partes;
- enfoque *sociológico*, respecto del comportamiento que las mismas partes observan en ocasión del desarrollo de la relación profesional;
- enfoque *deontológico*, por lo que concierne al modo de actuar no técnico del abogado frente al cliente y en atención a la ética forense.

El abogado no sólo debe estar dotado de las cualidades técnicas, morales y dispositivas adecuadas a la profesión forense y a la especialidad eventualmente elegida, sino también de dotes de introspección psicológica, al efecto de aprehender aspectos recónditos de la personalidad de su asistido.

En la relación entre los dos sujetos, el abogado es quien está destinado a desempeñar una función de dirección, encontrándose, al menos en teoría, en una superioridad respecto al cliente desconocedor de las reglas jurídicas y del ambiente forense y judicial, quien sufre, por lo general, el trauma psíquico del litigio en el que se ve envuelto.

En dicha relación es indispensable un mutuo conocimiento con vistas a conseguir la necesaria compenetración inherente al éxito en la causa. En la llamada exploración del cliente, el abogado —como se deduce de la deontología— debe comportarse con la máxima limpieza, probidad y reserva.

Normalmente, el cliente espera que el abogado emita su parecer y lo aconseje sobre el plan de acción a seguir. Inclusive, pide que el letrado tome la decisión por él. Algunos abogados exceden su grado de control del caso, al hacer todo lo necesario para ganar el permiso implícito que le permita tomar decisiones por el cliente. Tal profesional dirige el proceso decisorio con el objetivo que el cliente se allane a su sabiduría.

Sin embargo, de acuerdo a los principios éticos y criterios modernos sobre autodeterminación, el cliente debe recibir su-

---

negotiating. Skills for effective representation, Boston, Toronto, Londres, 1990, pp. 255/258; FRIEDMAN, Gary J.: *A guide to divorce mediation*, Nueva York, 1993, p. 477; RABINOVICH - SIMARI: ob. cit. en nota 6; PADILLA - CARVANO: ob. cit. en nota 6.

ficiente información para estar en condiciones de decidir por sí solo y en forma libre y democrática, sobre lo que debe hacerse. El letrado no sólo tiene responsabilidad en identificar las alternativas de su cliente, sino también en ayudarlo a analizar su situación y arribar a una decisión; y sólo en la medida en que incorpore nuevas posibilidades valiosas de plantear ante los conflictos que se le presenten, podrá cada abogado transmitir a sus defendidos la realidad de los caminos dignos de recorrer en busca de soluciones adecuadas. Los profesionales del derecho son los receptores de las inquietudes de los clientes y a quienes compete derivar, orientar y asesorar a estos clientes acerca de los modos de enfrentar un conflicto actual o potencial.

Si están a la altura de los tiempos se posicionarán mejor en un ambiente de alta competitividad profesional.

4. *Dirección y planeamiento de la estrategia de un litigio* [8]

Los buenos abogados —quienes pretenden excelencia profesional— aprovechan (o deben aprovechar) de ciertas prácticas de gerenciamiento y manejo del conflicto comprensivas de herramientas de comunicación y planificación preliminar que proveen bases para la utilización del método más apropiado a la solución del problema traído por el cliente; o, si el litigio es inevitable, para el cálculo y control de los costos implicados.

Probablemente, en su ejercicio profesional, más de una vez alguien —el cliente o el letrado de la contraria— le pregunte al abogado si el avenimiento es posible. A fin de estar preparado, el abogado debe ser un iniciado en el proceso de negociación, por ser éste un importante sistema de toma de decisiones.[9]

La preparación, por cierto, requiere del conocimiento de la ley sustantiva que rige el caso y de la habilidad para analizar

[8] RISKIN - WESTBROOK: ob. cit. en nota 3, pp. 6, 15 y 52/70; GIFFORD, Donald G.: *Legal negotiation. Theory and applications*, St. Paul, Minnesota, 1989, pp. 1/21.

[9] En los Estados Unidos se ha llegado a considerar que el sistema más prevaleciente o importante de toma de decisiones en el ámbito legal es el proceso de negociación.

las cuestiones jurídicas involucradas. Nada es tan importante para el proceso de negociación como haberse preparado adecuadamente: saber cuáles son los hechos relevantes, cuál el derecho aplicable, cuáles los intereses del cliente.

La primera etapa comprende la revisión de los textos legales, su interpretación por vía de la doctrina y los precedentes judiciales, cálculos de gastos y honorarios y sistema de cobro, previsiones para el seguimiento del caso y el control de la prueba, disponibilidad de recursos internos, necesidad y selección de asesores o consultores externos, modo de cooperar con los letrados de la contraria u otras partes interesadas, análisis de riesgos y dotación que se destinará al caso. La propia personalidad y el conocimiento que se tenga de los profesionales adversarios también jugarán su rol.

El análisis del buen abogado también incluye (o debe incluir) estrategias para lograr transacciones y prevenir la profundización del conflicto. Y aunque los buenos abogados —a través de su consejo y asesoramiento en el momento oportuno— siempre han tratado de evitar el choque y la iniciación de la controversia, cuando ello no fue posible han concluido que la única y natural salida era el tribunal, como obvio método de resolución del conflicto.

5. *Obstáculos para la adecuada actuación de los abogados en las alternativas al clásico litigio* [10]

Existen algunos obstáculos a la adecuada intervención de los abogados en los métodos alternativos para resolver disputas.

En primer lugar, la falta de familiaridad o de costumbre en su utilización, que puede surgir de una suerte de desprecio por lo que no es estrictamente jurídico o de una concepción errónea respecto de su valor. Muchos letrados comprenden poco los métodos alternativos, sea porque carecen de estudios o de interés al respecto.

En segundo lugar existe un temor a lo desconocido, combinado con la noción de que se ganará menos dinero o se perderá control del procedimiento, si el cliente —y él mismo

[10] RISKIN - WESTBROOK: ob. cit. en nota 3. pp. 52/70.

como profesional— se ve involucrado en sistemas diferentes al judicial.

El tercer obstáculo es que muchos abogados vislumbran su papel primario como defensores ante un contrincante y ello afecta el modo en que ven el mundo. Esta perspectiva adversarial, tan valiosa en ciertos contextos, muchas veces constriñe la manera en que funcionan los hombres de Derecho en circunstancias en que una perspectiva más favorable a la solución del problema es más adecuada.

6. *La introducción del abogado en los principios de la mediación* [11]

Seguramente, en poco tiempo comenzarán a distinguirse los abogados que se hayan capacitado en sistemas alternativos de resolución de conflictos de aquellos que se hayan quedado atados a los esquemas tradicionales del litigio judicial.

Existen ventajas en el jurista cuya educación incluyó la resolución alternativa y específicamente, la mediación. La provisión de servicios de mediación junto a los clásicos servicios legales podría ayudar a los abogados, a los colegios profesionales y a las Facultades de Derecho a llenar el fuerte impulso —muchas veces no explícito— de hacer que las ciencias jurídicas den mayor respuesta a las necesidades de los individuos y de la sociedad. Un buen entrenamiento en mediación permite al estudiante descubrir sus propias necesidades emocionales, lo orienta en cuanto a sus propios valores y los de los demás. El futuro abogado puede agudizar su aptitud para entender los dos flancos de un caso —no sólo con su cerebro, sino también con su corazón—. Esta sensibilidad le permitirá, luego, a nivel instrumental, percibir las necesidades de su cliente y trabajar más eficientemente.

Además, la mediación destaca la interconexión entre los seres humanos. Los hombres de Derecho que advierten esta interconexión están menos expuestos a sobreestimar el papel

[11] RISKIN - WESTBROOK: ob. cit. en nota 3, pp. 69/70; LERER, Silvio: "La Justicia, la mediación y el futuro de los abogados", *LL*, 14/10/1994; PADILLA - CAIVANO: ob. cit. en nota 6.

adversarial que ha traído cierta reputación siniestra a la profesión. Los abogados que pueden sentir los dos lados de una controversia —no solamente entender los argumentos jurídicos— estarán atentos a las consecuencias, para sentar guías de conducta paralelas a las reglas establecidas respecto del comportamiento del abogado. Esto puede limar algunas asperezas de su carácter adversarial. Puede también ayudarlos a reconocer que, aun cuando su cliente individual vaya muy bien con su juicio en la faz judicial, en muchos sentidos el sistema no los está sirviendo tan bien como debiera.

El abogado que haya experimentado la perspectiva de la mediación tendrá dificultades en mantener las anteojeras adversariales y, más probablemente, pueda reconocer las limitaciones que existen en el sistema contradictorio. La perspectiva de la mediación puede también llegar a hacerlo pensar en soluciones creativas e integrales para problemas sistémicos y no sólo individuales. El entrenamiento y la práctica en la mediación pueden ayudar al abogado a cuestionar ciertas presuposiciones —muchas veces inconscientes— que subyacen bajo la conducta normal del profesional sobre cómo deben comportarse los abogados y qué quieren los clientes. En definitiva, el entrenamiento en mediación puede sacar a los letrados de los compartimentos característicos de su mundo convencional. Esto puede no llevar a la mediación, sino a servicios jurídicos que ofrezcan mejores respuestas a las necesidades de los clientes y la sociedad.

Como es obvio, los abogados también pueden ser mediadores, para lo cual necesitan entrenamiento específico. No es suficiente la mentalidad conciliadora para ser buen mediador.

7. *Lo que debería saber un abogado para estar actualizado* [12]

Los profesionales de derecho quieren y necesitan responder al llamado de los tiempos, a las necesidades de sus clientes y

[12] Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales, Centro para la Resolución de Disputas, Instituto de Administración Judicial, EE.UU.; RISKIN - WESTBROOK: ob. cit. en nota 6, Prefacio y pp. 1/8 y 52/70; PADILLA - CAIVANO: ob. cit. en nota 6.

de la comunidad. Estas necesidades incluyen factores materiales y económicos, además de factores interpersonales y psicológicos. Para ello, la comprensión de los nuevos métodos es esencial y los abogados están comenzando a reconocerlo. Pronto, habrá abogados que podrán ofrecer a sus clientes un nuevo campo mucho más amplio y más eficiente de soluciones, mientras otros sólo seguirán llevando empecinadamente escritos a tribunales. No hay duda que el abogado que se adecue a la nueva realidad correrá con ventaja, ya que estará capacitado para ofrecer algo más que un juicio. En la medida en que la sociedad comience a exigir de su abogado un perfil diferente, el que se detenga en el tiempo y persista en la creencia que litigar es el único modo de defender los derechos e intereses de su patrocinado, comenzará a perder prestigio y clientela.

La realidad impone una toma de decisiones. El surgimiento de un marcado interés en diversos y novedosos métodos de resolución de controversias, creados muchas veces por quienes no son abogados, que funcionan en foros no jurídicos y en los que los profesionales de derecho tienen un rol menor o no tienen papel alguno, ha creado en el jurista la necesidad de ingresar en el área para no quedarse afuera de un extendido campo que hasta ahora le estaba reservado; y para ello, es imperioso estar a la altura de los nuevos procesos, las diferencias entre unos y otros, y las consecuencias jurídicas diferentes que de cada uno dimanan.

Los abogados deberían conocer más sobre los métodos alternativos para prevenir y resolver disputas, por su propio bienestar, el de sus clientes y el de la sociedad en general. Los profesionales en ejercicio tendrían que aconsejar a sus clientes sobre cómo encarar diferendos y ayudarlos a llevar a cabo algunos procedimientos nuevos y diversos de resolución de estas controversias.

Además, los egresados de las facultades de derecho cumplen muchas funciones en el mundo de hoy. Se convierten en jueces, legisladores y funcionarios o jefes de Estado. Participan en comisiones de los Colegios de Abogados y grupos comunitarios y como asesores en las más diversas empresas o acometimientos públicos y privados. En consecuencia, es importante que los

estudiantes de derecho empiecen a ver la resolución de conflictos desde muchas perspectivas, aparte de aquella del abogado al servicio de un cliente particular.

De todos modos, el rol principal de los profesionales de derecho es el de ayudar a sus clientes a solucionar problemas, y las artes o habilidades del abogado comprenden diversas técnicas para lograrlo.

Respecto de los métodos de resolución de conflictos en general, el jurista debería tener instrucción sobre:

- cómo elegir el método apropiado para cada conflicto;
- cómo negociar y llevar a cabo una buena transacción;
- cómo participar eficazmente en el proceso elegido.

En cuanto a la mediación en particular, los abogados deberían tener instrucción sobre:

- la diferencia entre el rol del abogado en la mediación y su rol en la representación tradicional, y
- las ventajas y desventajas de una participación activa de las partes y abogados en las sesiones de mediación.

El papel adecuado de los abogados en las sesiones de mediación varía de acuerdo al tipo de caso y el relativo conocimiento de los procedimientos que tengan las partes. Generalmente desempeñan un papel más activo en mediaciones por daños personales que en mediaciones por casos de divorcio, supuestos en que es más común que las partes concurran a las sesiones sin asistencia letrada. En general, el rol del abogado tiende a concentrarse más en el asesoramiento legal antes, durante y después de las sesiones de mediación.

En otros países, durante los últimos años se ha evidenciado un vasto incremento en el conocimiento por parte de los abogados sobre la mediación, aunque dicho conocimiento no está distribuido de manera uniforme. Para ser realmente útiles al ayudar a sus clientes a considerar si la mediación puede resultar una elección correcta en un litigio dado, los abogados deben conocer mucho más sobre este proceso.

En definitiva, los profesionales de derecho tienen que comprender cuál es la naturaleza esencial de los diversos procesos básicos, qué se puede lograr con cada uno —inclusive el juicio—, sus ventajas y desventajas, y estar atentos para poder

enfrentar decisiones de política o plan de acción a seguir, que llevan aparejada responsabilidad profesional y cuestionan la función del abogado que surge en la hora.

8. *Ilustración al cliente sobre la disponibilidad de métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) antes de ir a juicio* [13]

En tanto pueda existir una diversidad de alternativas creativas en reemplazo del —o junto al— tradicional proceso judicial, cabe preguntar si es necesario ilustrar al cliente sobre ello, antes de embarcarlo en un juicio.

Tanto como el médico debe intentar tratamientos incruentos antes de aconsejar cirugía mayor, el abogado debería explorar la posibilidad de otro modo de resolver el conflicto antes de aconsejar el litigio ante los tribunales.

En los Estados Unidos se está considerando seriamente el tema, habiendo llegado muchos estudiosos a la conclusión que si a los médicos se les requiere discutir alternativas y métodos de tratamiento menos invasivos con sus pacientes, también debe ello ocurrir entre los abogados y sus clientes, de manera tal que el más completo y celoso patrocinio y representación requiere que el abogado asesore y aconseje al cliente respecto de las formas de Resolución Alternativas de Disputas (RAD).

Hoy en día, el tema casi no pasa por si debe darse tal información. El nuevo interrogante es si tal conducta debe ser obligatoria y mandada por una norma escrita específica, ya que las reglas genéricas del ejercicio profesional disponen que el abogado debe explicar el asunto en la medida razonablemente necesaria que permita al cliente llegar a una decisión informada.

[13] HIGHTON, Elena I.: "Consentimiento informado en R.A.D.: Relación abogado-cliente. ¿Ha llegado el momento de requerir consentimiento informado antes de ir a juicio cuando existen disponibles otros métodos de resolución alternativa de disputas?", *Revista Libra*, nº 4, pp. 16/21; NELSON, Lynn: "Legal Informed Consent. Is It a Concept Whose Time Has Come?", en *Dispute Resolution, Information Update*, American Bar Association, nº 27, 1991; RISKIN - WESTBROOK: ob. cit. en nota 3, p. 53.

Además, se entiende que los tribunales deberían instar a los abogados a asesorar a sus clientes sobre las ventajas, desventajas y estrategias propias del uso de estos métodos, especialmente de la mediación, por su carácter no adversarial y por estar ausente todo tipo de renuncia de las partes para el supuesto de no arribar a un acuerdo.

Para llevar a cabo estas tareas correctamente, el abogado debe entender los procesos y las ventajas y desventajas de cada uno, en diferentes contextos. Debe poder apreciar el impacto que cada proceso tendrá en los participantes y la comunidad en general; a menos que el profesional haya adquirido la necesaria comprensión y conocimiento, servirá pobremente al cliente. Y debe muy especialmente destacarse el peligro de un conocimiento incompleto, que puede llevar al letrado a aconsejar un método alternativo que no sea el apropiado al caso.

Además, cada método tiene variantes, por lo cual el abogado no sólo debe elegir uno —el mejor para el caso— según su denominación, sino pensar cómo le parece más conveniente que se lleve a cabo el procedimiento en las circunstancias particulares, para lograr los objetivos. La concepción y estrategia que se planeen, influenciarán la selección y el modo de ejercicio de cada método en particular.

9. *Colaboración de los abogados en la información sobre los métodos alternativos de resolución de disputas* [14]

Los abogados y organizaciones profesionales deben colaborar con los tribunales en informar al público y a los restantes letrados, respecto del proceso de mediación; la disponibilidad de los programas; las diferencias entre mediación, proceso judicial y otros procesos de resolución de disputas; la posibilidad de

[14] Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales. Centro para la Resolución de Disputas. Instituto de Administración Judicial. EE.UU.; CLAIRMONT, Suzanne: *L'avocat et la médiation*, en LAURENT-BOYER, Lisette: *La médiation familiale*, Quebec, Canadá, 1992, pp. 134/137.

ahorro en costos y tiempo, y las consecuencias de la participación.

La experiencia ha demostrado que los programas voluntarios no se utilizan en todo su potencial, pues la mediación es aún un proceso con el que jueces, administradores judiciales, ciudadanos y abogados no están familiarizados. Tanto jueces como abogados y partes, tienden a continuar utilizando las prácticas usuales y pueden oponer una cierta resistencia a la adopción de nuevos procesos que no les resultan familiares.

Los jueces y administradores judiciales cumplen un papel de liderazgo en los tribunales y sus comunidades. En ciertos tribunales, los jueces son responsables de decidir cuáles son los casos que se derivan a mediación, de dar explicaciones a los litigantes sobre el tema y de ayudar en la toma de decisiones sobre la derivación obligatoria a mediación y la elección del facilitador. El apoyo y la consideración que los jueces den a los programas de mediación anexos a los tribunales pueden convertirlos en poderosos aliados y contribuir al éxito del programa.

Puede suceder que las partes y los abogados no elijan la mediación como alternativa al proceso judicial, debido a que no están acostumbrados y desconocen sus ventajas, o porque no saben cómo prepararse ni cómo participar en una sesión de mediación. De acuerdo a la experiencia de los mediadores, cuando los abogados comprenden el método, pueden facilitar el proceso y aumentar las probabilidades de lograr un acuerdo. Por consiguiente, si se logra incrementar el grado de familiaridad con la mediación, más personas elegirán utilizarla en programas voluntarios, más personas se sentirán cómodas en los programas obligatorios, y más personas estarán mejor capacitadas para participar tanto en programas voluntarios como obligatorios.

Los tribunales no sólo tienen interés en acrecentar al máximo la utilización de los programas de mediación, sino que además tienen la responsabilidad de asegurarse de que las partes y los abogados que tienen la opción de elegir entre la mediación y otros procesos alternativos, cuenten con datos suficientes como para poder realizar una elección informada.

Aunque normalmente los tribunales no asumen la responsabilidad de instruir a partes y abogados, cuando introducen programas nuevos con su autorización, deben brindar la información necesaria.

Aunque los tribunales tienen la responsabilidad de educar e informar, también se apoya el rol de las facultades de derecho y de los abogados en la educación. Dado que los tribunales asumen la principal y primera responsabilidad de educar, pueden instar a las facultades de derecho y a los abogados locales a que ofrezcan cursos, y a las facultades de derecho a que incluyan la mediación en particular y la resolución de disputas en general en sus planes de estudios.

La información que debe proveerse debe versar sobre:

- la posibilidad de acudir a mediación y los servicios existentes;
- los objetivos y limitaciones del o de los programas dentro de la jurisdicción;
- los fundamentos para la selección de casos;
- la forma en que funciona el programa;
- la información que debe suministrarse a abogados y litigantes en cada caso en particular;
- su propio rol como abogado en el contexto de la mediación;
- la forma en que interactúan el proceso judicial y el de mediación;
- la ejecución de los acuerdos;
- leyes y normas aplicables a la mediación.

10. *Mediación con abogados*

En la mayoría de los casos, cuando se trata de pequeñas causas de menor cuantía, las partes se presentan a la sesión de mediación sin abogados, no así cuando se trata de asuntos importantes, de envergadura como para necesitar y apoyarse en el consejo de un experto legal, aun cuando se decida de acuerdo a los propios intereses.

En caso que haya abogados, deben sentarse donde el mediador lo considere apropiado, mas se los ubicará en cercanía

inmediata de las respectivas partes, a fin de que puedan cambiar ideas e información con sus clientes en forma directa y privada. Los abogados estarán autorizados a aconsejar a sus clientes, aunque sólo podrán sustituirlos, preguntando y hablando en su representación, si el mediador cree que este tipo de participación es la adecuada al caso para enaltecer y mejorar el proceso de mediación.

En muchos casos, el mejor rol del abogado es la participación limitada, en la que el letrado instruye a sus clientes sobre las normas jurídicas que los tribunales probablemente apliquen en sus casos, y los asesora sobre estrategias de negociación, mientras que permite que las partes negocien en su propio nombre. En otros casos, especialmente cuando los usuarios no poseen conocimiento de las formalidades, la estrategia más eficaz puede ser un trabajo conjunto más equilibrado entre abogado y cliente.

Es frecuente que los interrogatorios llevados a cabo por abogados ayuden a dilucidar los hechos ocurridos, aunque su discurso y postura las más de las veces será adversarial, con una tendencia a encontrar un culpable (el otro) y un inocente (el propio cliente). Si bien algunas veces tal descubrimiento constituye un paso importante para avanzar hacia una solución, raramente bastará para conseguirla. En ciertos casos, se creará en el profesional una tensión interna y —tal vez exteriorizada— entre el rol de abogado-defensor y el rol de abogado-negociador.

Por ello, debe instruirse a los abogados sobre sus roles potenciales en la mediación y las ventajas y desventajas de cada uno de estos posibles roles en situaciones particulares.

11. *La decisión sobre la presencia de los abogados en la mediación*[15]

Son las partes, y no los mediadores, quienes tienen el derecho de decidir si sus abogados deben participar de las sesiones o no, y de hacerlo, cuál es el alcance de dicha participación.

[15] Normas cit. en nota 14.

La asistencia de los abogados a las sesiones de mediación ha dado lugar a considerables debates. En general, se recomienda que se permita a los abogados concurrir a todos los procedimientos de resolución de disputas para facilitar la discusión de los casos con sus clientes. Podría prohibirse legalmente la exclusión de los abogados de las sesiones de mediación, aunque debe reconocerse que hay jurisdicciones en otros países que han tomado la posición opuesta, autorizando a los mediadores para que excluyan a los abogados de los procedimientos, cuando así lo consideren conveniente, apropiado o necesario, a menos que una orden emanada de un tribunal establezca lo contrario.

Los abogados pueden impedir que las partes arriben a acuerdos bajo presión y sin la debida información, particularmente cuando conocen cabalmente el proceso de resolución de disputas. Son las partes, con el asesoramiento de sus abogados —y no las autoridades— quienes se encuentran en la mejor posición para decidir en qué casos la presencia de los abogados es aconsejable.

Puede caerse en la tentación de prohibir la participación de litigantes sin patrocinio letrado en la mediación. Esto brinda mayor seguridad de que en el procedimiento no se perderá la protección ni quedarán partes indefensas, pero impide el objetivo de acceso igualitario a la mediación. Además, los litigantes que actúan sin patrocinio letrado son quienes más se podrían beneficiar con el menor costo y la simplicidad procesal de la mediación.

12. *Ventajas y desventajas de la participación de los abogados* [16]

Existen varios beneficios para las partes cuando los abogados asumen un rol activo en la mediación. Permitir la participación de los abogados puede ser la mejor manera de:

- asegurar un acuerdo equitativo cuando alguna de las partes no posea las habilidades necesarias para negociar o sea demasiado emotiva;

[16] Normas cit. en nota 14.

- reducir el riesgo de provocar consecuencias perjudiciales si no se llega a un acuerdo, por la admisión de hechos o divulgación de cuestiones de importancia estratégica a la otra parte.

La participación activa de los abogados en las sesiones de mediación, por otro lado, puede tener sus desventajas como:

- disminución de la eficiencia;
- menor participación de las partes en el proceso.

13. *El rol de los abogados en la mediación* [17]

13.1. Relevancia del rol de los abogados

Es relevante el rol de los abogados, tanto en ayudar a sus clientes a elegir el proceso apropiado cuanto en asistirlos al tiempo de participar en la mediación.

Si la participación en la mediación es voluntaria, los abogados deben asistir a sus clientes para que hagan una elección informada con relación a otros procesos disponibles.

13.2. Qué deben los abogados informar a sus clientes

A fin de que los clientes estén en condiciones de hacer una elección informada del método para resolver su conflicto, aunque la información a proveer por el letrado variará según las circunstancias, en la mayoría de los casos deberá incluir la consideración de los costos y potenciales beneficios de la mediación, su comparación con otros procesos alternativos y la evaluación de las normas jurídicas en base a las que más probablemente se resuelva el caso si la disputa culminara por otros métodos. Debe explicitar que con la utilización de las alternativas, las controversias se pueden resolver más rápido, más barato y con menor costo personal, ya que se evita que las emociones hostiles asciendan a los niveles incómodos suscitados por el fragor del litigio.

[17] Normas cit. en nota 14; HIGHTON: ob. cit. en nota 13.

A ello se deben sumar datos sobre el mayor grado de control, autonomía y participación que tendrá el cliente a efectos de intentar una justicia particularizada y a la propia medida, lo que suele llevar aparejada una satisfacción diferente a la lograda por vía de la sentencia; aunque también pueden explicitar que no lograrán la "justicia" de una sentencia emanada de un juez.

El abogado también debe discutir con su cliente el procedimiento propio de cada sistema de Resolución Alternativa de Disputas (RAD) y las estrategias de negociación que —en su caso— van a usar.

Y si el cliente opta por una de las alternativas, los profesionales continuarán participando, sea en las sesiones, sea instruyéndolo sobre sus facultades y obligaciones desde el punto de vista del derecho de fondo y de forma, sea preparando, redactando y revisando los acuerdos, sea eventualmente en la etapa de su ejecución.

Aun en los casos en que la mediación sea obligatoria, el asesoramiento legal anterior a la participación será de utilidad para explicar el proceso y considerar la manera de aplicar las opciones que las partes puedan tener. Por ejemplo, aun en caso de derivación obligatoria, las partes podrían elegir —si el sistema lo permitiera— cuándo ir a mediación, qué mediador emplear, y si prefieren cierta producción de pruebas antes de la mediación. Además, independientemente de que puedan o no realizar la elección antes de comenzar con la mediación, las partes se beneficiarán con la posibilidad de discutir con sus propios abogados los procedimientos que rigen en la mediación y las estrategias de negociación que desean emplear.

13.3. Funciones de los abogados en conexión con la participación de los clientes en la mediación

Los abogados pueden cumplir diversas funciones en conexión con la participación de sus clientes en la mediación:

Antes de la mediación: Antes de que los clientes decidan participar en la mediación, los abogados pueden asesorarlos sobre:

- si ésta es conveniente a sus intereses:
- cuáles serían sus derechos si el caso fuera a juicio.

Comenzada la mediación: Una vez que los clientes han decidido participar y ha comenzado el procedimiento de mediación, los abogados pueden:
- participar directamente, asistiendo a sesiones de mediación;
- participar indirectamente asesorando a sus clientes antes, durante o después de las sesiones de mediación.

Al concluir la mediación: Los abogados pueden:
- redactar y confeccionar en detalle los acuerdos
- revisar los proyectos de acuerdos que se hayan logrado.

Terminada la mediación: Después de la mediación, los abogados pueden concluir el proceso legal:
- presentando el acuerdo para su homologación;
- presentando una petición de ejecución;
- actuando para lograr la ejecución del acuerdo incumplido;
- continuando el proceso por cuestiones pendientes que deban ser resueltas en los tribunales.

13.4. Actuación del abogado en la revisión del acuerdo

Cuando el cliente decide asistir a las sesiones de mediación sin el abogado, pero le solicita luego que revise el acuerdo resultante antes de su firma, el profesional aplicará criterios diferentes de los que utilizaría de haber él negociado el acuerdo, pues debe saber que como la mediación se rige por los intereses y no por el estricto derecho, si el acuerdo se encuentra dentro de un espectro aceptable de posibles resultados y es lo suficientemente justo, debe aprobarlo. Además, corresponde que controle o mejore la redacción a fin de que no haya cláusulas de ambigua interpretación que puedan dar lugar a dificultades en el cumplimiento.

En el supuesto que el letrado considerara que el acuerdo es francamente contrario a lo que conviene a su cliente, deberá

hacerle saber su opinión. Si el cliente todavía quiere suscribir el convenio por considerarlo dentro de su interés, el abogado puede hacerle conocer por escrito su dictamen, obteniendo la firma del cliente respecto del consejo dado.

14. *Los riesgos de participar en la mediación sin abogados* [18]

Puede existir cierta preocupación por los litigantes que ingresan a la mediación sin asesoramiento legal, por lo que debería informarse al usuario sobre los riesgos de participar careciendo de patrocinio letrado.[19]

En consecuencia, conviene que las partes conozcan:

- que el mediador no tiene la obligación de proteger sus intereses o de informarles sobre sus derechos;
- que la firma de un acuerdo al que se ha arribado por mediación puede afectar de manera adversa sus derechos, y
- que las partes deben consultar a un abogado antes de firmar cualquier acuerdo al que se hayan arribado por mediación, en caso de no estar seguras sobre sus derechos.

15. *Posible acción del mediador cuando las partes no cuentan con abogados* [20]

En los casos en que una o más partes no cuenten con representación, los mediadores pueden reducir el desequilibrio real o supuesto, mediante:

- otorgamiento de información a las partes sin representación sobre su derecho de tener un abogado presente y sobre las posibles formas de obtener representación legal;
- aumento al máximo de la utilización de sesiones individuales, de manera que la parte sin representación

[18] Normas cit. en nota 14.

[19] Algunas leyes estatales de los Estados Unidos sienten esta preocupación y exigen que se les informe adecuadamente sobre estos riesgos; otras aconsejan acudir a un abogado antes de ir a mediación.

[20] Normas cit. en nota 14.

105

se sienta menos intimidada y que el mediador pueda dedicarle tiempo adicional en los casos que sea necesario;[21]

- clausura del proceso si decide que el caso —en tales condiciones— no es apto para mediación.

16. *La organización de los estudios jurídicos para atender a los sistemas alternativos*[22]

Partiendo de las nuevas necesidades de una realidad que se impone, los estudios jurídicos van a necesitar organizar equipos de especialistas en el manejo de conflictos y abogados capacitados en las distintas formas extrajudiciales de solución de controversias. Esa necesidad de desarrollar experiencia en sistemas alternativos y de integrarla a su gama de servicios jurídicos no será otra cosa que reconocer la realidad que se está imponiendo a nivel mundial, donde día a día son más requeridos como un servicio necesario al cliente, ya que las empresas buscan algo creativo, que ahorre tiempo y dinero, que asegure confidencialidad y que, a la vez, permita mantener las relaciones internas o con otras empresas del ramo. El cliente que haya probado algo nuevo o haya oído que su vecino o amigo o competidor lo ha utilizado, no se conformará con lo viejo y comenzará a exigir un profesional actualizado. A esta demanda deberán responder los abogados, para lo cual deben estar preparados.

A partir de esta necesidad, la inquietud que se presenta está en cómo institucionalizar estos servicios dentro de los estudios tradicionales.

Aunque ello depende de la envergadura del estudio, de la especialidad de sus profesionales y de la clientela que atienden, pueden delinearse dos sistemas:

a) La creación de un departamento especializado en métodos alternativos con algunos abogados entrenados y capaci-

[21] Ello no significa que el mediador utilice las sesiones para asesorar a ninguna parte, sino para averiguar sus intereses y promover la confianza en el procedimiento.

[22] PADILLA - CAIVANO: ob. cit. en nota 4.

tados específicamente para tomar a su cargo la tarea de asesoramiento en el área. Este modo de organización tiene la ventaja de la especialización, mas la desventaja que tal vez los restantes integrantes del estudio, ajenos a la cuestión o celosos de perder el control del cliente, los aíslen y no los consulten.

b) La capacitación de todos los integrantes del estudio en métodos alternativos, proveyéndolos de recursos para sugerir al cliente alguna de las nuevas formas, sin necesidad de derivación interna al especialista. Podría necesitarse que alguno oficie de coordinador para organizar la necesaria actualización permanente de los restantes abogados y la difusión del servicio hacia los clientes.

17. *Nueva especialización del abogado: patrocinio en mediación* [23]

No todo abogado está interesado en devenir mediador, en participar en procedimientos como facilitador, ni está preparado para hacerlo. Quien sólo se visualiza como representante del cliente, quien no está dispuesto a dejarlo actuar personalmente cuando él esté presente, quien considera que las mejores tácticas son las adversariales o quien, simplemente, no está dispuesto a un acuerdo que no respete todos los "derechos" en lugar de los "intereses" de su cliente, debería dejar para otro esta actividad.

Pero hay quienes tienen o pueden desarrollar las habilidades necesarias para acompañar a las partes en el proceso de mediación o asesorarlas previamente y durante este procedimiento no adversarial. Se requiere creatividad, flexibilidad, capacidad negociadora y una buena disposición para resolver problemas.

En la mediación, la tarea del letrado es la de avizorar la situación desde el punto de vista del interés del cliente, pero sin

[23] FRIEDMAN: ob. cit. en nota 4, pp. 24 y 311/312; BASTRESS - HARBAUGH: ob. cit. en nota 7; CLAIRMONT: ob. cit. en nota 14, en LAURENT-BOYER: ob. cit. en nota 14.

representarlo ni decidir todo por él, como lo haría con el clásico criterio paternalista donde el usuario del servicio de justicia simplemente firma un poder o un escrito sin mayor facultad de decisión sobre su contenido ni sobre el futuro del juicio que entra en una vía de la que recibe pocas noticias circunstanciadas. El abogado especialista ayuda a educar a su cliente para que tome las necesarias decisiones, constituye una fuente de información. Es un consultor. Pero el papel es menor en términos de control: el abogado no se convierte en defensor de la parte, sino en proveedor de información para que el cliente se "defienda" (más bien negocie) por su propia cuenta. El abogado debe estar cómodo en el desempeño de este papel en que el cliente, y no el profesional, es el principal protagonista. En este procedimiento, el cliente va al frente en tanto el letrado queda en la retaguardia.

El conocimiento de las reglas de la mediación permitirá asesorar a los participantes sobre sus derechos, para que los utilicen o sólo hagan concesiones cuando sea conveniente a sus intereses y al mismo tiempo saber que en el contexto de la confidencialidad se pueden dar al mediador datos claves para explorar un eventual acuerdo.

La especialización en negociación será bienvenida, ya que conviene que el abogado analice con su cliente cuáles son los puntos negociables o no negociables, que trate de adelantar cuáles son sus intereses y los de la contraria, cuáles son los riesgos, en fin, que la parte esté preparada para obtener los mejores resultados del procedimiento.

El abogado no sólo tendrá responsabilidad en identificar las alternativas del cliente, sino también de ayudarlo a analizar su situación, a buscar dentro de sí y arribar a una decisión. La habilidad del abogado en predecir consecuencias permitirá clarificar las preocupaciones del cliente para elegir una alternativa, aunque debe recordar que la decisión final no es propia, sino del cliente. El letrado debe dar a la parte una estructura que le permita evaluar la información y arribar a una decisión.

El proceso debe estar enfocado en la resolución del problema más que en la argumentación adversarial.

Pero cuando se le dé un papel final en la revisión del eventual acuerdo, el letrado debe estar dispuesto a aceptar algo diferente a lo que esperaría de una sentencia favorable: una sentencia, un convenio en que no hayan quedado a salvo todos los derechos del cliente, que pueda haberlos sacrificado en favor de sus intereses, habiendo conocido cuáles eran sus derechos. El propio sentido de justicia de las partes también juega un rol, ya que muchas veces tienen sus reglas internas o culturales diversas a las convencionales.

Los abogados en este papel pueden y deben ser insustituibles colaboradores de los mediadores.

18. *Una nueva dimensión profesional: el abogado mediador* [24]

Si bien no tiene la exclusividad, pues otros profesionales (o no profesionales, según el caso) pueden entrenarse como mediadores,[25] el abogado es uno de los que mejor puede encarar esta actividad. Su conocimiento del derecho y su experiencia en el conflicto, le permitirán manejarse cómodamente en el área. Por otra parte, las alternativas que se creen con su intervención estarán inmersas en el marco legal, imprescindible para la posterior aprobación y ejecución del acuerdo alcanzado. Obviamente, sus conocimientos jurídicos o su experiencia conciliatoria o negociadora no son condición suficiente, por lo que el profesional del derecho recién podrá ser mediador después de pasar por el entrenamiento prescripto.

No obstante haberse convertido en mediador o ejercer la facilitación, el abogado seguirá sujeto tanto a los códigos de ética, como a las reglas jurídicas de su profesión, independientemente, y además de estar sujeto a los códigos propios de la mediación.

[24] CLAIRMONT: ob. cit. en nota 14, en LAURENT-BOYER: ob. cit. en nota 14; RABINOVICH - SIMARI: ob. cit. en nota 6; POLLOCK, Ellen Joan: "Mediation firms alter the legal landscape", *The Wall Street Journal*, 22/3/93; FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, México, 1992, pp. 246/253.

[25] Ver Capítulo XIII.

La primera tarea que incumbe al abogado-mediador es la de aclarar y definir la medida de su intervención en el caso, cuando ha sido llamado para facilitar y no para patrocinar. Debe hacerles saber a los participantes, desde el primer momento y sin lugar a dudas que, pese a ser abogado, está en ejercicio del papel de mediador; que a lo sumo, podrá dar alguna información objetiva de carácter limitado, pero jamás un consejo legal a ninguna de ellas, ni a ambas. Se pone especial énfasis en este punto y en que las partes lo entiendan bien.

Cuando el transcurso de la mediación lo haga necesario, invitará a cada una de las partes a consultar a su propio abogado para que la patrocine y le dé el asesoramiento necesario.

Al planteo de ciertos interrogantes deontológicos con relación a la indicación de que el abogado no puede representar simultáneamente a más de un cliente, habría que contestar que en el caso no representa a ninguno, siempre que se mantenga en el rol sin traspasarlo. No cabe confundir al abogado-mediador con el abogado que cita a la contraria a su estudio a los fines de una negociación. Venga éste con letrado o sin él, quien es abogado de parte por haber sido contratado o consultado por un cliente, se encuentre éste personalmente presente o no, jamás puede ser mediador en el caso aunque juegue un papel o tenga un comportamiento conciliador. Existen dificultades éticas y jurídicas insalvables y la disyuntiva es de hierro:

- o es abogado de la parte, expone su posición y defiende su interés;
- o es mediador, se pone en un rol neutral e imparcial entre ambos y no defiende el interés del cliente.

El panorama se ve todavía más claro si no se llega a un acuerdo. Terminada la mediación sin acuerdo, el abogado-mediador no puede jamás patrocinar o representar a ninguna de las partes, lo que sí podrá el abogado de parte que en el interés de su cliente convocó a la contraria a su estudio para intentar una negociación conciliatoria.

Gran número de abogados son conciliadores antes que litigantes y ello les permite negociar en interés del cliente o de

los clientes, lo que no los convierte en mediadores. Podría, inclusive, ocurrir que varios clientes (socios, miembros de una familia) vinieran juntos a pedir asesoramiento legal y el profesional se los diera conjuntamente; pero se distingue la calidad de cliente/s de la de partes en una mediación.

En cuanto a quienes no tienen costumbre conciliatoria, la mediación presenta la oportunidad de encarar un cambio de mentalidad a fin de poder aplicarla en pro de la solución creativa de los conflictos.

Desde el punto de vista económico, en países donde la mediación está arraigada, no sólo se ahorra dinero a los clientes, sino que se gana mucho dinero en la actividad, dinero que se cuenta por millones de dólares.

BIBLIOGRAFÍA

ACADEMY OF FAMILY MEDIATORS (Academia de Mediadores Familiares), Mediation News.

ACLAND, Andrew Floyer: *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Barcelona, 1990.

ALDAO ZAPIOLA, Carlos M.: *La negociación*. Buenos Aires, 1992.

ALEGRIA, Héctor: "La justicia frente a la nueva orientación del desarrollo", Seminario Justicia y Desarrollo en América Latina y el Caribe, San José de Costa Rica, 4 al 6 de febrero de 1993, publicado en Washington D.C., 1993, pp. 153/170.

ALFINI, James, J.: "A brief history of Court-sponsored mediation in Florida", Florida Dispute Resolution Center, *Newsletter*, nº 9, 1991, pp. 6/7.

ALSINA, Hugo: *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, 1957, 1963.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo: "La conciliación", *LL*, 1985-D-1159-1173.

ÁLVAREZ, Gladys Stella: "La mediación, una forma de nivelar el poder de las partes", *Revista Lira*, nº 4, pp. 35/44.

— "En los zapatos del otro", *Revista Libra*, nº 1, pp. 8/11.

AMERICAN BAR ASSOCIATION (Asociación de Abogados de EE.UU.), Normas éticas.

AMIDOLARE, Ana María: "Des-cubriendo el valor del conflicto", *Revista Libra*, nº 3, pp. 46/49.

ANAYA, Jaime L.: "La olvidada pericia arbitral", *ED*, 134-605/608.

ANDRADE, Daniel Alberto: "Procedimiento arbitral", *Juris*, t. 90, pp. 537/548.

ASOCIACIÓN ARGENTINA DE ABOGADOS DE FAMILIA (ADEFA): "La mediación familiar y el decreto 1480/92", *JA*, 1994-I-729/750.

BACIGALUPO, Enrique: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 1987.

BASTRESS, Robert M.: HARBAUGH, Joseph D.: *Interviewing, counseling and negotiating. Skills for effective representation*, Boston, Toronto, Londres, 1990.

BOVINO, Alberto: "La victima como preocupación del abolicionismo penal", en ESER, Albin y otros: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 261/279.

BRAZIL, Wayne D.: "What do lawyers expect from judges? The Federal Judiciary's Role in the settlement arena", *Trial*, 69-71, septiembre de 1985.

BURGER, Warren E.: *Delivery of justice*. Minnesota, EE.UU., 1990.

BUSH, Robert A. Baruch: "Efficiency and protection, or Empowerment and recognition?: the mediator's role and ethical standards in mediation", 41 Fla. *L. Rev.* 253, 26-73, 1989.

— "The dilemmas of mediation practice", *NIDR*, 1992.

— FOLGER, Joseph P.: *The promise of mediation: Responding to conflict through Empowerment and recognition*, San Francisco, 1994.

BUSTELO, Daniel: Palabras pronunciadas al presentar su libro *La mediación familiar interdisciplinaria*, en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional.

BUSTELO ELICABE-URRIOL, Daniel: *La mediación familiar interdisciplinaria*. Madrid, 1993.

CAIVANO, Roque J.: *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

— "El arbitraje y la crisis de la justicia: causas y efectos de un fenómeno actual", *LL*. 1994-A-868/874.

CÁRDENAS, Eduardo José: *Familias en crisis*, Buenos Aires, 1992.

CARNEVALE, Peter J. D.; LIM, Rodney G.; MCLAUGHLIN, Mary E.: "Contingent mediator behavior and its effectiveness", en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*. San Francisco, 1989, pp. 213/240.

CENTER FOR DISPUTE RESOLUTION (Centro para la Resolución de Disputas), Instituto de Administracion Judicial, EE.UU. Normas recomendadas para programas de mediación anexos a los tribunales.

CENTER FOR PUBLIC RESOURCES (CPR): *Alternatives*.

CHRISTIE, Nils: "Los conflictos como pertenencia", en ESER, Albin, y otros: *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, pp. 157/182.

CLAIRMONT, Suzanne: "L'avocat et la médiation", en LAURENT-BOYER, Lisette: *La médiation familiale*. Quebec, 1992, pp. 125/138.

COLEMAN, Susan: *Habilidades de la mediación para los negocios*, Nueva York, 1992.

COMISIÓN DE MEDIACIÓN, formada por Gladys S. Álvarez, Zulema Wilde, Elena I. Highton, Luis Mauricio Gaibrois, Eduardo Zannoni y Carlos Arianna.

COMISIÓN DE MEDIACIÓN, formada por Gladys S. Álvarez, Antonio Boggiano, Luis Mauricio Gaibrois, Remo Entelman, Elena Highton de Nolasco y Mario Ernesto Kaminker.

COSCIA, Osvaldo A.: "Reparación versus represión. ¿Es posible mediar en el conflicto penal?", *Revista Libra*, nº 3, pp. 33/39.

COSER, Lewis: *Nuevos aportes a la teoría del conflicto social*, Buenos Aires, 1970.

COULSON, Robert: "How to come to closure in mediation", presentación en *Dispute Resolution Across the Continents*, 22nd Annual Conference, octubre 26-29, 1994, Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas (Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR).

COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1978.

CUETO RÚA, Julio C.: "Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los Estados Unidos", *LL*, 1991-B-785-790.

— "Medios necesarios para dar eficiencia a la justicia en busca de una mayor confianza de la ciudadanía", *LL*, 18/10/94.

D'ALESSIO, Damián: "El Estado de Virginia: Servir para la paz", *Revista Libra*, nº 4, pp. 22/27.

— "La mediación en el mundo. Colombia", *Revista Libra*, nº 1, pp. 26/30.

DAVIS, Albie M.; SALEM, Richard A.: "Dealing with Power Imbalances in the Mediation of Interpersonal Disputes", *Mediation Quarterly*, nº 6, San Francisco, 1984.

DAVIS, Morton D.: *Introducción a la teoría de los juegos*, Madrid, 1986.

DAVIS, William: Palabras pronunciadas en 1er. Ecuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas realizado en Buenos Aires del 7 al 10 de noviembre de 1993, organizado por Fundación Libra y el National Center for State Courts.

DESIMONE, Samuel G.: "Fostering settlements through judicial activism, The National Judicial College", *Dispute Resolution*, 1991.

ELLIS, Rene S.; COHEN, David: "Dispute resolution design: How to choose the best approach for your case", presentación en "Dispute Resolution Across the Continents", 22nd Annual Conference, octubre 26-29, 1994, Asociación de Profesionales en Reslución de Disputas (Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR).

ENTELMAN, Remo F.: "Métodos no pacíficos de resolución de conflictos. El litigio", *Revista Libra*, nº 3, pp. 21/25.

— "Carrera de Post-grado de asesoría jurídica de empresas (año 1991)", Papel de Trabajo nº 1.

— "Intervención de terceros y mediación", *Revista Libra*, nº 1, pp. 32/37.
— Palabras pronunciadas en 1er. Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas realizado en Buenos Aires del 7 al 10 de noviembre de 1993, organizado por Fundación Libra y el National Center for State Courts.

ESCUELA DE MEDIACIÓN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA.

FISHER, Roger; BROWN, Scott: *Getting together: Building relationships as we negotiate*, EE.UU., 1988.

—; URY, William: *Getting to yes: negotiating agreement without giving in*, Boston, 1981.

— —*Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Colombia, 1985.

—; PATTON, Bruce: *Getting to yes*, 2ª ed., EE.UU., 1991.

FISS, Owen M.: "Against settlement", *The Yale Law Journal*, vol. 93:1073, 1984.

FOLBERG, Jay: Conferencia ofrecida en Buenos Aires el 22 de noviembre de 1994, en el Primer Congreso Internacional de Abogacía Preventiva - Primeras Jornadas Interdisciplinarias sobre Prevención.

—; TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. México, 1992.

FRIEDMAN, Gary J.: *A guide to divorce mediation*, Nueva York, 1993.

FUCITO, Felipe: "La otra cara del cambio cultural: los abogados", *LL*, 18/10/94.

FUNDACIÓN LIBRA, Manual de mediación preparada para su utilización en cursos y entrenamientos.

— *Revista Libra*, nº 1.
— *Revista Libra*, nº 2.
— *Revista Libra*, nº 3.
— *Revista Libra*, nº 4.

GELSI BIDART, Adolfo: "Conciliación y conflictos de vecindad", *JA*, 1992-I-949/952.

GIFFORD, Donald G.: *Legal negotiation. Theory and applications*, St. Paul, Minn., 1989.

GLOSARIO: "Términos técnicos usados en la resolución alternativa de conflictos", *Revista Libra*, nº 1, pp. 56/57.

GOLDBERG, Stephen B.; GREEN, Eric D., y SANDER, Frank E. A.: *Dispute Resolution*, Boston, 1985.

—; SANDER, Frank E. A.; ROGERS, Nancy H.: *Dispute Resolution*, EE.UU., 1992.

GONZÁLEZ, José Luis: "¿Nuevos desafíos para el discurso jurídico?", *Revista Libra*, nº 4, pp. 28/33.

GOZAINI, Osvaldo Alfredo: "La conciliación", *LL*, 1992-E-928.
— "Las costas en los procesos sobre intereses difusos (El caso del *ombudsman* frente a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires)", *LL*, 1994-A-33.
HALL, Edward T.: *El lenguaje silencioso*, México, 1990.
— *La dimensión oculta*. México, 1985.
HARVARD UNIVERSITY, Facultad de Derecho, Escuela de Negociación.
HENRY, James F.; LIEBERMAN, Jethro K.: *The managers's guide to resolving legal disputes*, EE.UU., 1985.
HIGHTON, Elena I.: "Carta de ciudadanía", *Revista Libra*, nº 1, pp. 18/21.
— "Consentimiento informado en R.A.D.: Relación abogado-cliente. ¿Ha llegado el momento de requerir consentimiento informado antes de ir a juicio cuando existen disponibles otros métodos de resolución alternativa de disputas?", *Revista Libra*, nº 4, pp. 16/21.
— y ÁLVAREZ, Gladys S.: "La resolución alternativa de disputas (R.A.D.) y el consumidor. El consumidor ante el conflicto, ¿qué modos tiene de resolverlo?", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, nº 5, "Consumidores", Santa Fe, 1994.
— — Ponencia: "La resolución de conflictos del consumidor", II Congreso Argentino de Derecho del Consumidor. I Encuentro Nacional de Defensa del Consumidor y Usuario (Defensoría del Pueblo de la Provincia de Santa Fe), Rosario, 11 al 13 de mayo de 1994, Comisión nº 5: Mecanismos de protección.
HITTERS, Juan Carlos: "La conciliación prejudicial o preventiva", *ED*, 145-952/958.
INSTITUTO GALLUP DE LA ARGENTINA: Encuesta.
IVERSON, Rebecca: Palabras pronunciadas en 1er. Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas realizado en Buenos Aires del 7 al 10 de noviembre de 1993, organizado por Fundación Libra y el National Center for State Courts.
JAFFE, Sanford; STAMATO, Linda: "The National Judicial College", *Dispute Resolution*, 1991.
JENKINS, David: *Mediando casos complejos de partes múltiples*, San Francisco, 1992.
KELSEN, Hans: *¿Qué es la justicia?*, Buenos Aires, 1941.
KOLB, Deborah M.; BARTUNEK, Jean M.: *Hidden conflict in organizations*, California, EE.UU., 1992.
— *Labor mediators, managers and ombudsmen: roles mediators play in different contexts*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*. San Francisco, 1989, pp. 96/99.
— y asoc.: *When talk works: profiles of mediators*, San Francisco, 1994.

108

LACEY, Frederick B.: "The Judge's role in the settlement of civil suits", The National Judicial College, *Dispute Resolution*. 191.

LAURENT-BOVER, Lisette: *La médiation familiale*, Quebec, 1992.

LEDERACH, John Paul: *La regulación del conflicto social: Un enfoque práctico*, Akron, EE.UU., 1986.

LEGA, Carlo: *Deontología de la profesión de abogado*, Madrid, 1976.

LERER, Silvio: "La Justicia, la mediación y el futuro de los abogados", *LL*, 14/10/94.

LOVENHEIM, Peter: *Mediate, don't litigate: how to resolve disputes quickly, privately, and inexpensively without going to court*, Nueva York, 1989.

MARISCAL, Enrique: "La armonía a través del conflicto", *Revista Libra*, nº 1, pp. 5/7.

MARTÍNEZ, Néstor Humberto: Palabras pronunciadas en 1er. Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas realizado en Buenos Aires del 7 al 10 de noviembre de 1993, organizado por Fundación Libra y el National Center for State Courts.

MASLOW, Abraham H.: *Motivation and personality*, Nueva York, 1954.

MILLS, Michael P.: "Mediation vs. Ombudsmanry", en *Beyond Borders*, 1991 Proceedings - 19th Annual Conference, octubre 17-20, 1991, Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas (Society of Professionals in Dispute Resolution - SPIDR), pp. 948/100.

MOORE, Cristopher: "The mediation process", San Francisco, 1986, The National Judicial College, *Dispute Resolution*. 1991.

MORELLO, Augusto Mario: "La conciliación prejudicial (La paz jurídica los Colegios de Abogados)", *JA*. 1990-IV-935/939.

—: GARCÍA BERIZONCE, Roberto O.: "Formación de jueces y abogados. La especialización", *JA*, 1994-I-925/944.

—— "Abogacía y colegiación", Buenos Aires, 1981.

NATIONAL INSTITUTE FOR DISPUTE RESOLUTION (Instituto Nacional para la Reslución de Disputas - NIDR), Dispute Resolution Forum, mayo 1989.

NELSON, Lynn: "Legal Informed Consent. Is it a Concept Whose Time Has Come?", en *Dispute Resolution*, Information Update, American Bar Association, nº 27, 1991.

NÚÑEZ, Ricardo C.: *Derecho Penal Argentino*, t. I, Parte General, Buenos Aires, 1959.

PADILLA, Roberto E.: CAIVANO, Roque J.: "Abogacía moderna vs. Abogacía tradicional", *LL*, 20/10/94.

PEACHEY, Dean E.: *What people want from mediation*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*. San Francisco, 1989, pp. 300/321.

PEASE, Allan: *El lenguaje del cuerpo*. Buenos Aires, 1992.

PEÑA GONZÁLEZ, Carlos: "Sobre la necesidad de las formas alternativas para la resolución de conflictos", palabras pronunciadas en la Reunión de Ministros de Cortes Supremas Latinoamericanas, Chile, 2 al 4 de noviembre de 1994.

— "Sobre análisis económico y política judicial", palabras pronunciadas en el Seminario realizado en Buenos Aires el 30 de noviembre de 1994, organizado por Fundación Libra.

PEYRANO, Jorge W.: "Cartilla para jueces conciliadores", *LL*, 19/10/94.

POLLOCK, Ellen Joan: "Mediation firms alter the legal landscape", *The Wall Street Journal*, 22/3/93.

POSEY, Risette: "An update of the certification process", Florida Dispute Resolution Center, *Newsletter*, nº 9, 1991, p. 1.

PRESS, Sharon: "Rules Committee makes final recommendations for standards of conduct and rules of discipline", Florida Dispute Resolution Center, *Newsletter*, nº 9, 1991, p. 2.

PRIMER ENCUENTRO INTERAMERICANO SOBRE RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS, Buenos Aires, noviembre 1993, Reporte Final.

PROYECTO DE REFORMA AL CÓDIGO PROCESAL, Libro Sexto sobre procedimientos alternativos de resolución de conflictos, según Comisión integrada por Colombo, Carlos; Cueto Rúa, Julio C.; Etcheverry, Raúl; Umaschi, Héctor.

PRUITT, Dean G.; KRESSEL, Kenneth: *Introduction: an overview of mediation research*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 1/8.

—; RUBIN, Jeffrey Z.: *Social conflict*, Nueva York, 1986.

—; MC GILLICUDDY, Neil B.; WELTON, Gary L.; RICKFRY, William: *Process of mediation in dispute settlement center*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 368/393.

RABINOVICH, Silvia Beatriz; SIMARI, Virginia: "Mediación. Una alternativa eficaz frente al conflicto", *LL*, 14/11/94.

RAIFFA, Howard: *The art and science of negotiation*, Cambridge, Massachusetts; Londres, 1982.

RISKIN, Leonard L.; WESTBROOK, James E.: *Dispute Resolution and lawyers*, St. Paul, Minnesota, EE.UU., 1987.

ROGERS, Nancy H.; SALEM, Richard A.: *A student's guide to Mediation and the Law*, Nueva York, 1987.

RONFANI, Paola: "Nuovi modelli di regolazione del conflitto fra i coniugi. La mediazione nella separazione e nel divorzio", *Sociologia del diritto*, nº 3, 1989, pp. 85/139.

RUFINO, Marco A.: *El Proceso Arbitral*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

SABATÉ LICHTSCHEIN, Domingo: "La propuesta de mediación del Papa Juan Pablo II en el problema de la Zona Austral", *LL*, 1984-D-1072/1091.

SALACUSE, Jeswald W.: *Making global deals*, Boston, 1991.

SANDER, Frank E. A.: "Mediation for the professional". Training Manual, Harvard Law School, Mediation Workshop, 1993.

SANTI, Andrea Mariana: "La mediación en el mundo, Francia", *Revista Libra*, nº 2, pp. 24/27.

SCHELLING, Thomas C.: *The strategy of conflict*, Cambridge, Massachusetts: Londres, 1980.

SCHIFFRES, Irwin J.: "Alternate dispute resolution", *American Jurisprudence*, 2ª edic.

SCHWEBEL, Andrew I.; GATELY, David W.; RENER, Maurcena A.; MILBURN, Thomas W.: "Divorce mediation: Four models and their assumptions about change in parties' positions", *Mediation Quarterly*, vol. 11, nº 3, 1994, pp. 211/227.

SCHWARZ, Norman K.: *Section IV*, Miami.

SINGER, Linda R.: *Settling Disputes. Conflict Resolution in Business, Families and the Legal System*, EE.UU., 1990.

SPIDR, Society of Professionals in Dispute Resolution (Asociación de Profesionales en Resolución de Disputas), SPIDR News.

— SPIDR's Ethical Standars of Professional Responsibility, 1986.

— Making the tough calls, Ethical Exercises for Neutral Dispute Resolvers, 1991.

— Informe de la Comisión Directiva sobre Participación obligatoria y apremio para llegar a un avenimiento.

— Informe de la Comisión especial sobre Calificación de neutrales.

STULBERG, Joseph B., revisado por FRESS, Sharon: *County Court Mediation. A Mediator's Manual*, Florida, EE.UU., 1989.

TAPIA, Graciela: "El Estado de Florida. Un pionero que hizo historia", *Revista Libra*, nº 3, pp. 13/19.

— y GRECO, Silvana: "¿Dónde está mi adversario?", *Revista Libra*, nº 1, pp. 12/17.

TARRIO, Mário Carlos; BENIN CHIRICO, Graciela: "Las técnicas no adversariales de resolución de conflictos jurídicos", *LL*, 11/10/94.

URIARTE, Jorge A., y PAGANO, Luz M.: "Mediación familiar: Primeros desarrollos en nuestro derecho", *JA*, 21/12/94.

URY, William L.: "El arte de negociar", *Revista Libra*, nº 2, pp. 16/19.

— Conferencia pronunciada en la 20ª Conferencia Anual de la Sociedad de Profesionales en Resolución de Disputas, Pittsburgo, EE.UU., 8 al 11 de octubre de 1992.

— *Getting past No: negotiating with difficult people*. EE.UU., 1991.

—; BRETT, Jeanne M., y GOLDBERG, Stephen B.: *Getting Disputes Resolved. Designing systems to cut the costs of conflict*. EE.UU., 1988.

UZAL, María Elsa: *Solución de controversias en el comercio internacional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.

VERGARA DEL CARRIL, Ángel D.: "El Tribunal de Arbitraje General de la Bolsa de Comercio", *ED*, 131-919/920.

VISNICK, Marc: Palabras pronunciadas en 1er. Encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas realizado en Buenos Aires del 7 al 10 de noviembre de 1993, organizado por Fundación Libra y el National Center for State Courts.

WALL, James A. Jr.; RUDE, Dale E.: *Judicial mediation of settlement negotiations*, en KRESSEL, Kenneth; PRUITT, Dean G., y asoc.: *Mediation Research*, San Francisco, 1989, pp. 190/212.

WALTON, Richard E.: *Conciliación de conflictos*, EE.UU., 1988.

—; McKERSIE, Robert B.: *A behavioral theory of labor negotiations*. Nueva York, 1991.

YUNGANO, Arturo R.; BLASCO IBÁÑEZ: "El Tribunal de las Aguas", *LL. Actualidad*, 20/4/93.