

CAPÍTULO II

2.1. MARCO TEÓRICO

El presente trabajo de investigación lleva por título “Creación de un servicio de Mediación para la solución de conflictos en el Departamento de Derecho de la Universidad de Sonora”, se efectuó con el fin de evaluar y diagnosticar el nivel de conflictos que se generan en dicho departamento y comprobar la factibilidad de llevarlo a cabo, así como corroborar que de ésta forma se disminuye la problemática antes mencionada.

La mayoría de los autores consultados, coinciden en la apreciación de que la MEDIACION como una técnica o mejor aun como una metodología aplicada en su sentido más riguroso en la búsqueda de la Resolución de Conflictos; es en la actualidad una de las herramientas más notables con que pueden contar tanto las personas como las Instituciones que tengan como objetivos explorar nuevas formas de buscar el Equilibrio entre Intereses antagónicos.

Los diferentes autores, ponen el acento en tres aspectos fundamentales: El primero es el relativo a que la Mediación para que se desarrolle y alcance sus objetivos básicos, debe estar insertada en un contexto Democrático. Una sociedad y un Estado autoritario difícilmente permitirían su aplicación y desarrollo ya que entraría en contradicción con su concepto de control y de dominio; en segundo lugar tiene que

existir voluntad política de parte de los diferentes directivos ya sea académicos o institucionales para permitir y apoyar los procesos de mediación en sus respectivos ámbitos de acción; y en tercer término, que se aplique la metodología en sus diferentes fases con el rigor y la flexibilidad necesaria sin perder la objetividad de acuerdo a las características y circunstancias de cada caso.

2.2. MARCO DE REFERENCIA

Partiendo de la base de que el concepto de la mediación esta íntimamente ligado a la presencia y desarrollo de un conflicto, los diferentes autores consultados realizan su análisis explicativo, el cual rescataremos a continuación, pero antes quisiéramos señalar lo siguiente: el conflicto siempre ha estado presente en la historia de la humanidad, desde la antigüedad hasta la época moderna. Las guerras mundiales, las luchas por la independencia de los pueblos, las revoluciones, las luchas por la conformación de los estados nacionales, las luchas generacionales, los movimientos estudiantiles al interior de los países, las luchas raciales, los imperios sometiendo a sus colonias, los bloques socialistas contra el imperialismo norteamericano, etc.; son solo una muestra de lo mas palpable de los conflictos masivos. Al interior de las sociedades también se manifiestan los conflictos y otros se mantienen latentes: las luchas por ascender en la escala política, económica y social, por mantener un status social, por no perder los privilegios de una clase gobernante, por obtener un reconocimiento social, por dejar de ser explotado y humillado, etc. En lo político, ni se diga, es donde mas se refleja el conflicto en la lucha

en torno al poder. Y en lo individual, los ciudadanos, los hombres y mujeres comunes de todos los pueblos, se debaten en un sin fin de conflictos desde los económicos hasta los familiares y los existenciales; los problemas de pareja, los conflictos con los hijos, la violencia en los barrios, el hacinamiento en las ciudades y al interior de los hogares, la falta de oportunidades, el desempleo, la desnutrición de los hijos, la falta de realización personal, etc., todo esto conforma un tejido social complejo, que enmarca el trabajo de mediación propuesto por los autores que veremos a continuación.

En una recopilación que hacen diversos autores sobre el tema de la mediación; **Juan Carlos G. Dupuis**, nos dice referente a la misma: “ El conflicto es un presupuesto de la Mediación”. Es que si no hay una situación de choque, de combate o confronate, no habrá campo para la mediación, puesto que en definitiva, no existe desacuerdo que torne necesaria una solución. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, conflicto, del latín *conflictus*, significa “lo más recio del combate” o el “punto en que aparece incierto el resultado de la pelea” o el “combate mismo”. Se trata en sentido amplio, de una controversia o confronate entre dos personas que sustentan una opinión distinta sobre un bien de la vida.

Analizado el conflicto en su integridad, podrá observarse que en el intervienen elementos subjetivos y objetivos, elementos racionales e irracionales, motivaciones personales, valores, emociones, etc., muchas veces el conflicto es mas grave en la mente de los hombres que en la realidad. Incluso se ha visto el conflicto como generador de

evolución tanto individual como social al permitir, por ejemplo, que se establezca un nuevo orden, fundado en reglas de juego diversas e incluso mas justas. Así, el caso de la Revolución Francesa, en la que el conflicto se suscito entre la monarquía y las clases menos pudientes, y donde si bien hubo extrema violencia y reacciones contra el antiguo régimen, lo cierto es que ello llevó a la sanción de una legislación que bajo el lema de *Libertad – Igualdad - Fraternidad*, dio gran impulso a la estructura del Estado Moderno y a la supresión de injusticias. Detrás del conflicto, siempre hay intereses encontrados de las partes, por lo que en definitiva, si penetramos en el interior del conflicto, encontraremos un choque o divergencia de intereses. El conflicto es, pues, toda divergencia de intereses exteriorizada. Así como existe el conflicto, también el ser humano, tiende a solucionarlo. Esa solución puede ser pacífica y acordada entre las partes sin otra intervención que la de ellas mismas (transacción); impuesta por un tercero (caso del juez y la sentencia o del arbitro y el laudo); o acordada con la intervención de un tercero, que actúa como facilitador (*caso del Mediador*). El ideal de cada parte es la de ganar o triunfar frente al conflicto. Pero ese ideal se ve limitado por las situaciones ventajosas que obran a favor de la contraparte. Los resultados del conflicto pueden ser destructivos o constructivos:

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

La doctrina especializada hace mención al llamado “*ciclo de vida del conflicto*”, que puede resumirse en cinco fases: **1)** El conflicto latente: cuando sólo hay una estructura del conflicto generada por la existencia de intereses que tienen una tendencia a oponerse de manera recíproca. **2)** La iniciación del conflicto: hay un hecho desencadenante que lo inicia, activa o exterioriza. Es el conflicto manifiesto. **3)** Búsqueda del equilibrio del poder; las partes buscan equilibrar las posiciones, para lo cual recurren a la fuerza o al derecho (sentencia). También pueden hacerlo mediante métodos no coercitivos como la Mediación. **4)** El equilibrio de poder: luego de diversos ajustes se llega al equilibrio. **5)** Ruptura del equilibrio; las condiciones pueden variar con el tiempo y se llega a la ruptura del equilibrio. Este proceso constituye una espiral continua o una hélice, que se moviliza a través del cambio.

El paso por las cinco fases equivale a una vuelta de la hélice, pudiéndose repetir el ciclo. La Mediación tiende precisamente a la búsqueda del equilibrio sea para evitar que surja el conflicto manifiesto o cuando éste ya lo está, para impedir su escalada.

A continuación el mismo autor señala los principales elementos de que se integra el conflicto: las Posiciones y los Intereses. Es esta la columna vertebral sobre la que habrá de apoyarse la actuación del Mediador. En la mediación, resulta de primordial importancia para el mediador distinguir los intereses de las posiciones, para trabajar sobre los primeros, dejando de lado las posiciones de las partes, aunque sin prescindir totalmente de ellas. Los intereses responden al porqué del conflicto, a las razones que lo

motivan, que normalmente están subyacentes y no se explicitan”. Pág. 37-42 de la mencionada obra.

En su libro sobre Mediación: Formación y algunos aspectos claves, *María Alba Aiello de Almeida*, nos señala: “ El conflicto nace con el propio hombre, pues al nacer ya tenemos el primer conflicto al abandonar el seno materno, que tan cómodamente nos aloja y al reconocer un medio hostil lleno de luces, ruidos, voces desconocidas, etc., en el quirófano. En ese instante ya tenemos la primera crisis, que obviamente la damos a conocer por medio de llantos, o sea que la crisis nace ya inherente al hombre. Es por ello, que para hablar de Mediación o de métodos alternativos de resolución de conflictos, debemos remontarnos al hombre cavernario, y así hacer un breve recorrido histórico, por los pueblos y sus historiales, para ubicarnos en sus necesidades y evoluciones, hasta llegar a nuestros días y al porqué de esos comportamientos. En las antiguas civilizaciones era moneda corriente la aplicación de la mediación en la resolución de conflictos. Cuando en los pueblos nómadas o en las tribus, llamaban al más viejo del clan, no era ni más ni menos que para que mediara o resolviera de acuerdo con la experiencia de los años vividos en la contienda, llamando a las partes a la reflexión. Desde la organización básica primitiva familiar, las órdenes tribales, a la autoridad del señor feudal, hay una franca evolución para tratar de ayudarnos mutuamente a vivir sin graves perturbaciones. Así, en la antigua china trataban de resolver todas sus desavenencias, fueren del orden que fueren, a través de la utilización de la persuasión moral y el acuerdo. Así lo define **Confucio**. Este filósofo hablaba de un orden natural,

que no debía interrumpirse, ni romper este equilibrio natural. También en el Japón la forma de resolver los conflictos pacíficamente se ha impuesto desde épocas inmemoriales, cuando el líder de las poblaciones, que generalmente coincidía con la persona mas vieja del lugar, era llamado para dirimir las controversias. En algunas partes del África se reúnen en Asamblea o juntas de vecinos y han utilizado este método para resolver sus contiendas durante siglos”. **Pág. 43-45.**

En la compilación sobre Mediación: Una transformación en la cultura de **Julio Gottheil y Adriana Schiffrin**, nos aportan los siguientes elementos : “ Los conflictos entre individuos, grupos y naciones son inherentes a la naturaleza humana: siempre que hay interdependencia la raíz de un conflicto está presente. El conflicto como proceso social puede manifestarse de diversas maneras. Las problemáticas pueden abarcar desde situaciones interpersonales hasta confrontaciones internacionales. El conflicto que es manejado de forma inteligente puede producir resultados valiosos, así como el que es mal manejado puede ser destructivo. El conflicto implica divergencia de intereses en relación con una misma situación o el convencimiento de que los objetivos de las partes no pueden ser obtenidos simultáneamente. Históricamente se ha buscado evitar, suprimir o eliminar el conflicto. El manejo de conflictos implica la responsabilidad de las partes y su deseo de reformar, reconstruir o alterar el curso natural del conflicto. La negociación y las más variadas formas de intervención de terceros son las rutas más satisfactorias para una solución. Las partes tratan de vencer el problema, mas que a la otra parte. Se potencia la creatividad, se promueve el entendimiento, se mejoran los canales de

comunicación, aumenta la cooperación. Terceras partes han colaborado en la resolución de conflictos probablemente desde los comienzos de la humanidad: Mediadores, árbitros, ombudsman (formales), intermediarios, enviados especiales (informales), han sido los agentes sociales en la búsqueda de pacificación. ”

A continuación los autores se preguntan: *¿Por qué la Mediación aparece como la técnica mas adecuada para la resolución de los mas variados conflictos?.* Y se responden: “La ley es aquello que distingue la civilización de la anarquía. La ley limita el poder hegemónico de los gobiernos e impone el estado de derecho, pero como medio para resolver conflictos provee limitadas opciones. La ley es coercitiva mas que consensual, jerárquica mas que democrática, rígida y predeterminada mas que flexible. Fabrica un perdedor. Fabrica un ganador. Crea una ficción de objetividad. No hay lugar para los sentimientos heridos, no hay comprensión de la paradoja o del misterio. Es racional, pero carece de sabiduría. ¿Puede haber algo mejor que la ley para la resolución de un conflicto? Es aquí donde la Mediación comienza a dar mejores respuestas, porque es un procedimiento en el cual los participantes, con la asistencia de una persona imparcial (mediador), aíslan las cuestiones en disputa con el objeto de desarrollar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo que sea mutuamente aceptable.

El procedimiento de Mediación permite que:

- Los resultados sean obtenidos voluntariamente y por consenso,
- Las partes definan la forma y el contenido de la negociación,

- Las partes puedan usar infinitas posibilidades para resultados creativos,
- Los sentimientos puedan ser expresados, reconocidos y respetados,
- El enfoque sea hacia el futuro mas que hacia el pasado,
- El tercero facilite pero no imponga el resultado,
- La imparcialidad no niegue la empatía ni establezca distancias,
- Se faciliten la comunicación y la colaboración,
- La reconciliación sea estimulada,
- La honestidad sea reivindicada,
- Cada uno de los participantes pueda entender el procedimiento,
- No sea necesario que alguien pierda para que otro gane,
- Se desarrolle el sentido de responsabilidad,
- Se negocie libremente bajo el paraguas de la ley.

La Mediación trabaja en distintos niveles. Puede detener una pelea, crear diálogo, iniciar una negociación, resolver cuestiones subyacentes, promover reconciliación y perdón. Más que imponer una solución permite al problema crear su propia solución, representa la posibilidad de la simultaneidad de las diferencias y la interdependencia humana. La mediación comienza cuando las partes transfieren la responsabilidad de resolver una disputa al mediador, y termina cuando el mediador, parte por parte, devuelve el problema a quienes lo crearon para que éstos encuentren la solución. La Mediación, tal como se usa actualmente, es una herramienta nueva, basada en la aplicación de

conocimientos aportados por la sociología, el derecho, la psicología, la teoría de sistemas y las técnicas de negociación. Surge de la necesidad de dar respuestas distintas a conflictos nuevos que se desarrollan mientras también crece la conciencia del hombre de poder crear, comunicar, compartir, decidir, exigir y participar de manera activa en el laberinto cotidiano de un mundo cada vez mas complejo. El Mediador, es decir aquella persona que se interne en el entramado de los conflictos interpersonales, grupales o internacionales, debe poseer cualidades personales (reconocida trayectoria ética, sensibilidad, facilidad de comunicación, credibilidad), capacitación (para comprender y saber aplicar las etapas del proceso) y manejo de habilidades (saber escuchar, crear armonía, evaluar intereses y necesidades, armar opciones, manejar ira, saber parafrasear, saber reenfocar, romper estancamiento, planificar estrategias, equilibrar el poder, redactar acuerdos, saber remitir a otros servicios). Los autores señalados, consideran que: *“los conflictos, ocurran donde ocurran, tienen similares expresiones: las relaciones se deterioran, la comunicación se interrumpe, los sentimientos son lastimados, las actitudes se polarizan, se pierde tiempo y dinero, las partes se sienten heridas, deprimidas y desapoderadas”*. Cada cultura y cada sociedad puede aprender de otras, todas las sociedades pueden beneficiarse y crecer socialmente si ven el conflicto como sistema y elaboran programas sistemáticos de resolución de conflictos. Con el afianzamiento del régimen democrático de gobierno se comenzó a hablar entre nosotros de distintas alternativas para resolver conflictos interpersonales. Esto no es casual, porque sólo en democracia es posible pensar en la participación de los ciudadanos en las distintas instancias relacionadas con la vida social organizada. Sólo cuando la cultura

de la participación se enraíza, se pueden empezar a cuestionar los métodos que se utilizan para resolver conflictos interpersonales, y diseñar alternativas válidas en las cuales los interesados se involucren en la solución de sus propios conflictos. Es dentro de esa estructura donde se desarrollan y sistematizan técnicas como la mediación, la negociación directa y el arbitraje, teniendo en común que son las partes en conflicto las que deciden la manera como quieren encarar su solución.

2. 3. EL PROCESO DE MEDIACION

La mediación es un proceso cuyo objetivo es identificar los puntos en conflicto e intentar a través de técnicas específicas, que las partes lleguen a un acuerdo. Para lograrlo, se sigue una serie de etapas que tienden en conjunto a construir el marco dentro del cual se produce el intercambio de información entre las partes. El mediador es quien guía y organiza ese proceso, con intervenciones tendientes a lograr un ámbito de cooperación donde explorar distintas alternativas de acuerdo, El rol del mediador es controlar que se cumplan los objetivos previstos, a través de acciones e intervenciones encuadradas en algunas pocas reglas de procedimiento, que las partes conocen y aceptan al inicio de la reunión de mediación. Cada mediador establece sus propias reglas, en general por escrito, que constituyen el acuerdo de mediación que firman todos los que intervienen en ella. Proponemos al respecto –señalan los autores- algunas reglas que consideramos básicas:

- a) El proceso de mediación es voluntario y no vinculante,
- b) Las partes pueden poner fin en cualquier momento a la mediación, notificando a la otra parte y al mediador de su decisión.
- c) El mediador es imparcial, no representa a ninguna de las partes, controla los aspectos procesales de la mediación.
- d) El mediador puede reunirse por separado con las partes, y esas reuniones son confidenciales. El mediador no transmitirá información recibida en confidencia a menos que se lo autorice expresamente a hacerlo.
- e) Se establecen claramente los honorarios que percibirá el mediador por su trabajo, y la forma de pago.
- f) El mediador establecerá los casos en los que él considera que debe poner fin a la mediación, por ejemplo cuando surja de las reuniones la comisión de delitos que deba denunciar, la existencia de violencia familiar o cualquier otra causa que a su juicio impida trabajar en un clima de cooperación y buena fe.

Al iniciarse el proceso de mediación con la reunión conjunta inicial, la primera acción del mediador consiste en ordenar el espacio físico. La ubicación de los participantes no es casual: el mediador se ubica siempre equidistante de las partes para evidenciar su imparcialidad. Se repasan luego las reglas de procedimiento; éste es el momento para todas las aclaraciones que sean necesarias. Finalmente, y antes de

comenzar de lleno con la presentación de las posiciones por las partes, el mediador confirma que éstas están emocionalmente listas para comenzar a trabajar. Si bien la mediación es un proceso que tiende a resolver los conflictos sin indagar en el pasado mas de lo necesario y con miras al futuro, no puede soslayarse el aspecto emocional que trae aparejada la existencia de problemas sin resolver. El ámbito de la mediación es privilegiado en cuanto el mediador actúa como contención, reconociendo los sentimientos que afloran pero evitando el desborde. Una vez ubicadas las partes, sus asesores letrados y toda otra persona que participe de la mediación, el mediador pedirá a cada participante que se presente y, si es necesario, que aclare el motivo de su presencia en esa reunión. El mediador también se presentará, explicando su función de organizador y guía del procedimiento y recordando su falta de poder para imponer solución alguna. Diferenciará su función de la de los letrados o asesores de las partes. Las intervenciones del mediador serán cruciales para involucrar a todos los participantes y dar una visión realista de lo que se puede conseguir trabajando en conjunto hacia una meta común. Logrado el consenso adecuado para proseguir, éste es el momento en que las partes explicitan sus posiciones y manifiestan su visión del conflicto.

El mediador determina quién es el primero en hablar, y esta decisión puede ser difícil sobre todo por la necesidad permanente de mantener su imparcialidad. Inmediatamente después de que cada una de las partes finaliza su exposición, el mediador, que habrá tomado nota de los puntos más importantes, realiza lo que se denomina “parafraseo”; repite lo que ha dicho la parte utilizando un lenguaje más neutral

y des provisto de carga emotiva. Este parafraseo tiene la función de ir detectando los puntos sobre los que luego se intentará construir el acuerdo, y de alguna manera objetivar el discurso. Una vez que el mediador conoce las pretensiones de todas las partes, comienza la tarea de acercar las posiciones y detectar intereses. Esta puede ser una ardua tarea, porque implica deshacer un nudo que puede haberse ajustado durante mucho tiempo, escondiendo los reales puntos en divergencia. Puede ocurrir en alguna etapa que el mediador necesite información de alguna persona que no la dará en presencia de la otra o que se haya producido un impasse, en esos momentos, las reuniones privadas confidenciales constituyen un recurso importante con que cuenta el mediador; En ellas es posible detectar intereses ocultos o poco claros, y el mediador tiene la posibilidad de desempeñar el papel de “abogado del diablo”, con preguntas más directas que las que puede hacer en las reuniones conjuntas. Del juego de las reuniones conjuntas y de las privadas surgen las distintas opciones que serán evaluadas con miras a un acuerdo. Ese momento en que se ponderan distintas opciones es cuando se pone en juego toda la creatividad de los participantes, porque de las propuestas que parecen mas disparatadas suelen surgir acuerdos valederos.

Esta es la etapa en la que la mediación muestra toda su potencialidad, porque toda propuesta es válida hasta que se demuestre que no es útil y se la refute con otra. Como en esta instancia no existen ataduras de tipo procesal ni de fondo, dentro del amplio espectro de lo lícito, el límite de las propuestas está dado por las necesidades de las partes y lo que están dispuestas a ceder. *EL ACUERDO:* Parece lógico pensar que el éxito de la

mediación se mida por los términos del acuerdo logrado. Parece evidente que lo que busca el mediador es lograr “un buen acuerdo”, con el que todas las partes estén satisfechas y que estén dispuestas a cumplir. Cuando al final de un proceso de mediación se logra un acuerdo, se ponen por escrito sus términos y lo firman las partes, sus abogados y el mediador. Ese acuerdo tiene el valor de un contrato, o sea que vale para las partes como la ley misma.

Por lo general se incluye una cláusula en la que se establece que en caso de divergencias se volverá a intentar la instancia mediadora. Si ya se había iniciado un juicio respecto de la cuestión sometida a mediación, el acuerdo se presenta ante el juez para que lo homologue y, así, poner fin al juicio”. Pág. 29 a la 52 .

En la misma compilación en que se recuperaron las aportaciones de los autores sobre el tema de la Mediación, es decir, la de *Gottheil y Schiffrin, aporta sobre* examen de los pasos que debe dar el mediador, el cual plantea lo siguiente:

“El mediador que aborda un caso debe formularse una pregunta esencial: ¿qué es lo que impide que las partes lleguen a un acuerdo por sí solas?. La mayor parte de las disputas terminan resolviéndose, y la mayoría se resuelven sin que intervenga un mediador. Si las partes recurren a un mediador, es porque existe algún obstáculo que impide el arreglo. La tarea del mediador es identificar ese obstáculo y ayudar a las partes

a superarlo”. Las siguientes son herramientas que tiene a su alcance para lograrlo. Establecer su neutralidad y construir un ambiente de confianza.

Para el mediador, el paso inicial y a la vez el más importante de este proceso es ganar y conservar la confianza de las partes. Como no puede obligarlas a aceptar sus sugerencias, su intervención será eficaz sólo en la medida en que las partes confíen en su capacidad e integridad. Desde demostrar (no sólo afirmarlo, pues esto no sería útil) que es totalmente imparcial y hábil para ayudarlas a llegar a un acuerdo. Para lograrlo debe hacerles sentir que son escuchadas y comprendidas. Los mediadores llaman a esto “escucha activa” y “creación de empatía”. Constituyendo a partir de la confianza - cimiento que es siempre algo frágil-, el mediador emplea las siguientes técnicas adicionales para ayudar a las partes a avanzar hacia un acuerdo.

Enfrentar la inquietud que inspira la idea de hacer concesiones: la seguridad en la “pendiente resbaladiza”. A menudo las partes temen buscar un acuerdo o hacer una oferta que pueda ser interpretada como una “concesión”. Creen que hacer una oferta semejante equivale a poner pie en la “pendiente resbaladiza” que conduce a una capitulación virtual o total.

Los que piensan así reaccionan absteniéndose de hacer concesiones o haciendo de mala gana concesiones insignificantes. Otros suponen que el arreglo al que se llegue siempre estará a mitad de camino entre lo que las partes propusieron de entrada; por eso

exageran sus propuestas iniciales, a fin de acercar su posición al punto medio de la franja de soluciones posibles que abarca la negociación. En esta situación, un mediador puede recurrir a varias técnicas: Una de ellas es tratar de lograr que las partes vayan reduciendo gradualmente sus pretensiones, pedirles que avancen dando pasos lo suficientemente pequeños como para aliviar el temor de ir a parar a la “pendiente resbaladiza”, pero lo suficientemente grandes como para transmitir el mensaje de que se están haciendo progresos. El propósito del mediador es ayudar a las partes a sentirse cómodas con el proceso y crear la sensación de avance. Puede señalar a las partes que cualquier paso que den transmite un mensaje, y que deben asegurarse de que el mensaje que envían es el que realmente querían enviar.

Otra técnica que puede emplear el mediador consiste en pedir a cada una de las partes que le diga cuál es el arreglo al que aspira, a fin de tomarlo en cuenta como objetivo de la mediación.

El mediador guardará reserva sobre dicho objetivo. Cuando el mediador ha escuchado de las partes ofertas específicas que por sus características llevan a suponer que es posible un arreglo, puede pedir a cada una de ellas que lo autorice a revelar su posición a la otra. Este método permite a cada una de las partes asegurarse de que sus facultades para acordar sólo serán reveladas a la otra cuando sean correspondidas. Pág. 53-57.

2.4. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

2.4.1. DEFINICION DE CONCEPTO DE MEDIACION

“La mediación, como todas las técnicas y más que muchas de ellas, no es una técnica valorativamente “neutral”. Bajo su aplicación subyacen valores que son más congruentes con ciertos contextos que con otros. Desde este punto de vista, podemos afirmar que hay ciertos contextos que son axiológicamente congruentes con la mediación, y otros que no lo son. Tomemos –nos dice el autor- una de las definiciones mas sencillas: La mediación es un proceso consensual en el cual un tercero neutral ayuda a las partes en conflicto a lograr su propio acuerdo para resolver la disputa.

No se trata de un asunto meramente operacional o procesal; es una definición portadora de valores. Se exaltan el consenso, la neutralidad, la ayuda y el protagonismo de las partes. Si nos adentramos en la literatura sobre mediación, confirmaremos este soporte valorativo y por lo tanto, normativo, de lo mas general a lo particular. Se trata de fomentar la participación cívica como un modo de incrementar el bienestar social, concebido éste no como una categorización abstracta sino como el resultado del bienestar individual de cada uno de los miembros de la comunidad. Se alude a las bondades de un sistema no punitorio, donde las partes voluntariamente participan en el proceso y respetan sus acuerdos de manera no coercitiva. Se enaltecen la solidaridad, el compromiso y el respeto. La creatividad, la perseverancia, la confianza y la paciencia son atributos

deseables tanto para las partes como para los mediadores. Se requiere la imparcialidad de estos últimos, así como la confidencialidad en el tratamiento de la información. Se alude, por último, a una cultura de dialogo.” Pág. 227-230

Alex Ripol Millet, en su obra: Familias, Trabajo Social y Mediación; nos señala: “Una vez mas, nuestra tardía incorporación a nuevas formas de intervención social nos puede procurar, además de inconvenientes, algunas ventajas. Empezamos nuestra andadura en temas de Mediación cuando otros países han podido experimentar durante algunos años las ventajas y los inconvenientes de esta nueva disciplina. Podemos y debemos aprender de su experiencia.

A lo largo de los últimos años la mediación ha pasado de ser casi exclusivamente una forma alternativa de resolver los conflictos a ofrecer una compleja y completa filosofía de la relación, de la comunicación y del trato social... La filosofía que aporta hoy la mediación puede informar una buena parte de nuestra actividad relacional, personal, familiar y profesional.

Entender y vivir la mediación actual puede mejorar nuestra relación en casa, en el trabajo, en los conflictos domésticos, en nuestra tarea como facilitadores de cambios en personas y grupos. La actualidad de la mediación en nuestro país –dice el autor- y en toda Europa sin duda tiene que ver con el incremento y, sobre todo, con la legalización y la creciente legitimación social de la separación y el divorcio conyugales. De hecho la

mediación moderna empieza a popularizarse en todo el mundo a partir de su aplicación en procesos de divorcio. Pero tal vez haya motivos que expliquen porque interesa esta forma concreta y no otra, de intervenir en los conflictos derivados de la ruptura matrimonial. Conocer estos motivos tal vez nos ayudaría a entender por qué la mediación ha superado el ámbito del divorcio y está siendo aplicada a muchos otros contextos: el ámbito familiar, el ámbito penal, la escuela, el barrio, la interculturalidad. Una vez más el pasado puede ayudarnos a comprender el presente.

La mediación, entendida como la participación de una tercera persona en una disputa o negociación entre dos partes, es muy antigua y está ampliamente extendida en el mundo. Hay pocas cosas nuevas en el ámbito de la relación entre los seres humanos. Entre las tribus del bajo Zaire, los conflictos son vividos más como una crisis de grupo que como temas personales o individuales. Entienden que los desajustes entre personas o clanes debilitan la solidaridad y solidez de las comunidades y son un tema de todos.

El pueblo Arusha de Tanzania utiliza una institución llamada “moot” para resolver las disputas. El “moot” es una asamblea comunitaria en la cual se escuchan y resuelven las quejas de los miembros de la tribu. El pueblo Gitskan, en la Columbia Británica, considera el conflicto como un tema importante que debe ser resuelto con prontitud.

El jefe de la tribu trae el tema a la mesa de negociaciones con la frase “*esto es lo que hay*”. Los implicados en la disputa, los principales de la comunidad y finalmente toda la comunidad se acercan a la mesa y aportan opiniones y propuestas.

Finalmente llegan a un consenso que permita la convivencia aún cuando no sea del agrado de todos. Augsburger –nos dice el autor- resume lo que podemos aprender de los procesos de resolución de conflictos de las comunidades primitivas de la forma que sigue:

1. El proceso es iniciado por una tercera parte neutral e imparcial.
2. El mediador es aceptado inicialmente por todas las partes en litigio aun cuando el grado de aceptación pueda variar a lo largo del proceso.
3. El mediador no tiene poder de aplicar sanciones ni ninguna otra coacción a las partes para que acepten un camino u otro.
4. Los acuerdos no son vinculantes en el sentido de que el árbitro no posee sanciones que puedan ser utilizadas en contra de las partes que no lleguen a acuerdos o incumplan los mismos.
5. El proceso para llegar a acuerdos no es prescriptivo. El mediador asiste a las partes para que ellas lleguen a acuerdos que sean mutuamente satisfactorios.
6. El mediador no es amenazador ya que depende de y es elegido por las partes en disputa.
7. El proceso es conclusivo ya que facilita un marco para la decisión final, la distribución de tareas necesarias para su conclusión y la clausura final del conflicto.

Este estilo de resolver conflictos no es exclusivo de comunidades a las cuales el desarrollo económico no ha llegado todavía. Muchos países occidentales mantienen o recuperan formas de abordar y resolver los conflictos sin tener que recurrir a instancias formales de administración de justicia. En Norteamérica, el “arreglo amistoso” ha sido siempre y es todavía en algunas de las muchas culturas que configuran el país un camino alternativo de resolución de disputas menores que se practica, con frecuencia, por medio de servicios privados de conciliación y mediación.

En este mismo país, a finales del Siglo XIX, la mediación no era utilizada como una alternativa al arbitraje y a la adjudicación sino como una forma de evitar las huelgas en una época en que la situación económica del país las hacía especialmente dañinas. También en Estados Unidos, cuna de la mediación moderna - nos dice el autor -, diversas confesiones religiosas han utilizado la mediación a lo largo de los años y hasta nuestros días”. Pág. 33-36

Por último, **Eduardo Corbo Zabatel**, en su análisis sobre: mediación ¿cambio social o más de lo mismo?, que presenta en la compilación de **Kathryn Girard**, nos señala lo siguiente:

“La escuela que hoy conocemos es un producto de la modernidad, y como tal está estrechamente vinculada a la formación de los estados nacionales y a la expansión de las

ideas de democracia, nación y ciudadanía. En nuestro caso –dice el autor –, que es similar al del resto de América Latina y también diferente, hemos asistido en los últimos años a transformaciones de índole diversa que han impactado sobre la escuela y sus prácticas. El proceso de democratización que se extendió por el continente inauguró en algunos casos, y reinstauró en otros, formas más o menos generalizadas de participación política, en claro contraste con el período inmediatamente anterior en que el continente estaba dominado homogéneamente por regímenes autoritarios que vieron en la educación, en algunos casos, un enemigo, y en otros, un aliado. Hoy, la situación es diversa y asistimos a lo que se podría caracterizar como lo propio de los momentos de transición, la coexistencia de lo nuevo aún difuso y lo viejo conocidos tanto en el plano individual como colectivo. Llego la Mediación: Junto con la mediación se ha dado una especie de furor, mezcla de innovaciones pedagógicas, salvavidas de maestros y directivos, práctica con escaso fundamento teórico y mucha decisión para aplicar sin más, experiencias realizadas en otros contextos sociales radicalmente distintos del nuestro. La mediación no propone difíciles caminos, propone un recorrido de compromiso simple pero de cumplimiento difícil, al menos en nuestras actuales condiciones sociales: escuchar en lugar de confrontar y hablar en lugar de actuar.

Si debiéramos definir un núcleo conceptual de la mediación debiéramos incluir en él algunas ideas fundamentales: voluntad de participar, neutralidad bien entendida, protagonismo real, no formal, y terceridad. La mediación no es una forma de resolver conflictos - nos dice el autor- como se repite aburridamente; es una forma de gestión de la

vida social y, por lo tanto, es una transformación cultural. ¿ Alguien conoce procesos de transformación cultural rápidos?. La mediación en nuestra escuela y en el contexto de nuestra realidad implica la posibilidad de la participación, lo cual introduce el problema de la recuperación de la participación de los actores sociales en lo colectivo. Un espíritu mediativo implica acuerdos y consensos básicos entre los actores de la escuela, acuerdos que si bien tienen que ver con los procesos y las prácticas escolares, no pueden ser pensados sino en relación con los procesos y las prácticas sociales, con lo cual ya estamos hablando de consensos y acuerdos entre la escuela y la sociedad civil, que deberían reformular su contrato quizá con nuevas partes y, seguramente con nuevas cláusulas.

La mediación aplicada a la escuela implica, en esta concepción, un movimiento envolvente por el cual todos los actores, de distinta forma, serán contaminados por ella de manera que cuando pensemos en su práctica hayamos cerrado un movimiento de pinza sobre todos los sujetos comprendidos en ella.” Pág. 141-150.

2.5. MARCO TEÓRICO E HISTORICO

2.5.1. PAISES CON EXPERIENCIA EN MEDIACIÓN

En este apartado se realiza una reseña de aquellos países que han tenido una experiencia en el conocimiento y aplicación de la Mediación, como una forma de objetivar, es decir, ver casos concretos, comparativamente con los elementos teóricos que se rescataron en el apartado que nos antecede.

Maria Alba Aiello de Almeida, en su libro sobre: Mediación : Formación y algunos aspectos claves, nos hace ver al respecto:

BOLIVIA: En éste país existen centros de conciliación integrados por vecinos relevantes, comerciantes y todos aquellos que tengan capacidad para mediar, los que están controlados por el Estado y desarrollan su actividad en el seno de las comunidades. A pesar de no estar reglada, ni legislada, la mediación, en forma natural y empírica, se utiliza para resolver las contiendas vecinales. La única legislación existente en relación con los métodos alternativos de resolución de conflictos, es la Ley de Arbitraje y Conciliación No. 1770, que se sancionó el 10 de marzo de 1997. Previamente a la sanción de ésta ley, se utilizaba la mediación en forma natural y empírica, buscando al mediador entre las personas mas destacadas de la comunidad.

CANADA: En este país, la mediación como método alternativo de resolución de conflictos, es muy importante, fundamentalmente en la llamada mediación laboral. Se legisla la mediación como tal en el ámbito familiar, en 1985 con la Ley Federal de Divorcio, aunque la práctica de la Mediación Familiar se impuso desde 1970 y, al igual que en EEUU, de donde se tomó el modelo, se prioriza el trabajo transdisciplinario.

COLOMBIA: Se contempló como ley 23 del año 1991, la Ley de Descongestión de Tribunales, reglamentando algunos métodos alternativos de resolución de conflictos.

Se crean Centros de Mediación, controlados por el Ministerio de Justicia de ese país, que funcionan en dependencias barriales, Cámaras de comercio locales, las Facultades de Derecho, etc. Se crea un organismo de supervisión y se reglamentan los requisitos mínimos que debe reunir el mediador, como la formación, capacitación y otros. Posteriormente, se dictó la Ley No 383, de fecha 7 de octubre de 1997, y la mas reciente, una novísima legislación sancionada el 7 de julio de 1998, la Ley 446, denominada Ley de Descongestión de la Justicia Colombiana, se divide en seis partes, la tercera de ellas, titulada Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos.

CHILE: De los métodos alternativos de resolución de conflictos, el más utilizado en este país es el arbitraje, que es forzoso para los asuntos comerciales y voluntario para todos los demás asuntos. Existen también los jueces vecinales que resuelven los conflictos no judiciales utilizando el método de la mediación. La mediación que realizan, si culmina en acuerdo, debe cerrarse con una escritura pública en la que se vuelca el convenio. Existen centros de mediación piloto, cuyos temas son esencialmente vecinales y familiares, que se desarrollan en el ámbito de la Corte de Justicia.

ECUADOR: En este país, tanto la nueva Constitución publicada el 18 de junio de 1996, como la Ley 145, de fecha 4 de septiembre de 1997, se refieren a la materia; pues la segunda es la ley vigente que trata del Arbitraje y Mediación, y consta de 64 artículos. La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes

debidamente autorizados. El sometimiento a ella es absolutamente voluntario, pudiendo originarse en:

- a) Un convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación.
- b) La solicitud de las partes o alguna de ellas.
- c) Derivación judicial siempre que las partes lo acepten.

El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoria y cosa juzgada.

FRANCIA: Nace en 1973, oportunidad en que se dicta la primera ley, como tal, regulando la actividad del mediador. El antecedente inmediato anterior fue el Ombusman; hoy en día la mediación en este país de caros sentimientos democráticos, ha avanzado tanto que ya se está hablando sistemáticamente del avance de la institución en materia penal, tema que está prácticamente excluido de la legislación de la mayoría de los países. La primera legislación de la mediación, que fue en 1955, sólo comprendía el ámbito del Derecho laboral, más concretamente se regulaban los límites del salario, luego de 1957 se extendió a los demás conflictos laborales. En Francia el mediador debe reunir una serie de requisitos de carácter intelectual, moral y ético.

SUIZA: Lo más importante en este país son:

- a) La guía para la Mediación de la OMPI, Ginebra, 1996.
- b) Reglas de Mediación de la OMPI, Ginebra.1997.

c) Los servicios del Centro de Arbitraje de la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.”

ESPAÑA: En la compilación: Una transformación en la cultura de Julio Gottheil y Adriana Schiffrin, Josep Redorta Lorente resalta el avance que tiene la mediación en este país, en los siguientes términos: “Es bueno situar en un amplio marco referencial lo que, sin duda, va a ser un fenómeno muy emergente en España en los próximos años. Baste decir que se celebró en el mes de Septiembre de 1995 en Madrid el Forum Mundial de la Mediación. Al respecto podemos decir - señala el autor- que es a partir de mitad de los años setenta que asistimos en los dos lados del Atlántico a un desarrollo de los modos alternativos de resolución de conflictos en ámbitos tales como la familia, el trabajo, el consumo, el barrio, etc. Siguiendo en Europa, en noviembre de 1991 el *Institut Suisse de Droit Comparé*, reunió un coloquio científico para abordar entre unos doscientos participantes el tema de si la mediación constituía un modo efectivo de resolución de conflictos.

Una de las principales conclusiones de esta reunión de expertos fue que, si bien la mediación no es una panacea universal frente a la justicia tradicional, sí puede ser, en cambio, la expresión de una nueva cultura del conflicto más orientada hacia la comunicación que hacia la confrontación”. Pág. 168.

ESTADOS UNIDOS: Como ya se ha dicho anteriormente, este país se tiene considerado en la actualidad donde más se a desarrollado y aplicado la metodología de la Mediación, irradiando su influencia. Al respecto, **Ramon Alzate Sáez de Heredia**, en su libro: *Enfoque Global de la Escuela como Marco de aplicación de los Programas de Resolución de Conflictos.*, nos señala algunos aspectos sobre el tema: "Generalizando, los programas de resolución de conflictos en la escuela, tal como los conocemos en la actualidad, tienen sus orígenes fuera del campo de la educación. En la década de los 70 (Cohen, 1995), la administración del presidente **Jimmy Carter** impulsó la creación de los primeros centros de justicia vecinal. El objetivo de dichos centros, pronto conocidos como "Programas de Mediación Comunitaria" era ofrecer una alternativa a los juzgados, que permitiera a los ciudadanos reunirse y solucionar sus disputas.

El éxito de estos primeros programas de mediación fue impresionante, y se extendió a lo largo de todos los Estados Unidos y, más tarde, por todo el mundo. A principios de la década de los 80, algunos programas de mediación comunitaria intentaron replicar el éxito obtenido en la comunidad en la escuela, enseñando a los estudiantes a Mediar en los conflictos de sus compañeros. Inicialmente los mediadores enseñaban habilidades de resolución de conflictos en los vecindarios. Posteriormente introdujeron programas de mediación entre compañeros en los colegios de la ciudad y, más tarde, currículos de Resolución de Conflictos también en los centros escolares. Esta transferencia de la comunidad a la escuela se realizó sobre cuatro supuestos:

1. El conflicto es una parte de la vida que puede usarse como una oportunidad de aprendizaje y crecimiento personal por parte de los estudiantes.
2. Ya que el conflicto es inevitable, el aprendizaje de las habilidades de resolver conflictos es tan “educativo” y esencial para el éxito a largo plazo de los jóvenes como el aprendizaje de la geometría y de la historia.
3. En la mayoría de las ocasiones, los estudiantes pueden resolver sus conflictos con la ayuda de otros estudiantes, de manera tan adecuada como con la ayuda de los adultos.
4. Animar a los estudiantes en disputa a resolver las causas del conflicto que en un momento determinado los enfrenta, de manera colaborativa, es por lo general, un método más efectivo de prevenir futuros conflictos (y desarrollar la responsabilidad estudiantil) que administrar castigos por las acciones pasadas.” Pág. 35-37.

Analizando el impacto de este tipo de programas de resolución de conflictos en las escuelas norteamericanas, el autor cita el caso del: Resolving Conflict Creatively Program (RCCP), señalando que: “Este programa comenzó en 1985 con 18 maestros en tres escuelas diferentes. Actualmente - señala - comprende a más de 1000 profesores y 30,000 estudiantes en cien escuelas.” Y cita otro caso ilustrativo “Finalmente, la Resolución de Conflictos en el ámbito escolar, y concretamente la Mediación, vio reconocida su importancia como campo de estudio e intervención con la fundación, en 1984, de la (NAME) National Association for Mediation in Education, cuando un grupo de educadores, activistas y mediadores comunitarios decidieron juntar sus experiencias respecto de los programas de RC escolares. Cuando la NAME vio la luz, existían

escasamente seis programas de Resolución de Conflictos escolares en todos los Estados Unidos; en la actualidad son mas de doscientos.” Pág.39.

2.5.2. LA MEDIACION COMO PARTE DE LOS METODOS ALTERNOS DE RESOLUCION DE CONFLICTOS.

Daniel Funes de Rioja, en su obra: Negociación y Mediación en Conflictos Colectivos de Trabajo, que se encuentra en el capítulo 5 de la Compilación de **Julio Gottheil y A. Schiffrin**, nos indica lo siguiente: “ En un trabajo de investigación sobre: Anatomía de la Mediación (*Kagel y Kellyk, Anatomy of Mediation: What makes it work, Washington, BNA Books, 1989,XVI*), se identifican los siguientes procedimientos como vías para resolver los conflictos a través de la historia :

- a) La fuerza
- b) La negociación
- c) La mediación
- d) El arbitraje
- e) La combinación de c) y d) (mediación – arbitraje)
- f) Otras combinaciones (negociación - mediación, negociación - arbitraje, mediación - decisión judicial, incluso utilizando como paso previo la conciliación.

En el caso de México, se empieza a gestar en la última década un movimiento de intelectuales y académicos que buscan generar una corriente favorable al desarrollo en el País de esta vía de la Mediación en la resolución de los conflictos. Su campo de

acción se concentra básicamente en las Universidades e Instituciones del sector público que tienen que ver con la esfera educativa, servicios comunitarios, administración de la justicia y gobiernos estatales y municipales, en el interior del País; En el exterior a nivel internacional, mantienen una actividad febril de congresos en congresos, talleres de mediación, mesas redondas, simposium, etc., en la cual participan tanto en su organización como en la formación como participantes de sus futuros cuadros o simpatizantes que posteriormente impulsaran acciones para buscar el desarrollo de esta técnica de la Mediación. Su oferta cada vez va teniendo más aceptación, y su red nacional e internacional va creciendo cada día más. Los gobiernos de los países en que operan tienden a prestarles atención y apoyos, en el caso de México es factible que también así sea por la capacidad de organización y desplazamiento que muestran básicamente sus cuadros dirigentes. Los temas que abordan en sus congresos les sirven para compartir experiencias, recrear novedades, reclutar nuevos cuadros activos, fortalecer su presencia, medir su penetración, ensanchar sus relaciones y establecer nuevas estrategias de trabajo. Poco a poco van desarrollando teoría y análisis de la Mediación y organismos embrionarios para pilotear la práctica de la misma. Se podría decir que tienen una amplia perspectiva de crecimiento y desarrollo. En el caso de Sonora, se puede decir que es uno de los estados en donde más posibilidades existen de crecimiento, por ser propiamente el lugar de origen de los mas destacados dirigentes de este movimiento, que si bien tienen sus agendas muy apretadas no descuidan el organizar e impulsar congresos y eventos para mantener esta dinámica de desarrollo.

Como es el caso concretamente del programa de mediación que esta llevando a cabo con gran entusiasmo y responsabilidad el Dr. Jorge Pesquería coordinador de Postgrado en Derecho de la Universidad de Sonora.

Actualmente este departamento cuenta con una unidad de mediación familiar, que da servicio a la comunidad de Hermosillo Sonora.