

ESTUDIOS SOBRE MEDIACIÓN:
LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR
DE CASTILLA Y LEÓN

JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN

CONSEJERÍA DE FAMILIA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES
2006

© 2006 Junta de Castilla y León.
Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades.
© de textos: sus autores.

Queda prohibida la reproducción total o parcial sin la expresa autorización de la
Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de acuerdo con la legislación
vigente

Diseño y maquetación: Ana Carazo

Depósito Legal: VA-1263-2006

Imprime: Indipress

**NURIA BELLOSO MARTÍN
COORDINADORA**

**ESTUDIOS SOBRE MEDIACIÓN:
LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR
DE CASTILLA Y LEÓN**

**CONSEJERÍA DE FAMILIA E IGUALDAD DE OPORTUNIDADES
JUNTA DE CASTILLA Y LEÓN**

PRESENTACIÓN

La familia ha sido y es el principal agente socializador, el ámbito en el que las personas aprenden a convivir e integrarse plenamente en la sociedad, por lo que merece el máximo reconocimiento y la protección social del resto de instituciones que conforman la compleja realidad de nuestro tiempo.

La vida familiar, en cualquiera de sus formas, experimenta crisis que son inherentes a su propia evolución y a la de los individuos que forman parte de ella. Estas crisis pueden ocasionar cambios en la estructura o composición de las familias que son impredecibles, y a veces inevitables.

Sin embargo, no podemos dejar que estos cambios destruyan aspectos esenciales para el desarrollo armónico de los hijos, como son el cariño, el respeto, la responsabilidad y la cooperación. Estos aspectos, convenientemente cuidados, no sólo repercuten positivamente en los miembros más vulnerables de las familias, sino también en los propios adultos en conflicto.

La Mediación Familiar, como proceso confidencial, voluntario y estructurado de gestión y resolución de los conflictos, responde satisfactoriamente a dicha necesidad desde una garantía de imparcialidad, ayudando profesionalmente a las partes a la consecución de acuerdos satisfactorios para ambas y al logro de su cumplimiento.

Castilla y León ha apostado por la Mediación Familiar como instrumento de intervención en conflictos familiares que favorece la comunicación entre las partes, su libertad y su dignidad como personas, evitando procesos judiciales y generando acuerdos eficaces. Esta apuesta se ha hecho explícita a través de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, que ha entrado en vigor el día 19 de octubre de 2006.

El libro "Estudios sobre Mediación: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León", coordinado por la profesora Nuria Beloso, reúne un conjunto de artículos realizados por profesionales de la Mediación de la Comunidad en los que se analiza la perspectiva de la Mediación Familiar tras la aprobación de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

Espero que la publicación de este trabajo contribuya a difundir la figura de la Mediación Familiar en distintos ámbitos. El futuro de nuestra sociedad requiere, cada vez más, fórmulas nuevas y positivas de resolución de conflictos que al mismo tiempo nos ayuden a proteger a las personas más vulnerables ante las crisis familiares: las personas mayores, las personas en situación de dependencia y, por supuesto, los niños.

Rosa Valdeón Santiago
Consejera de Familia e Igualdad de Oportunidades.

ÍNDICE

	Pág
•Colaboradores	11
•Introducción de Nuria Beloso Martín	15

PRIMERA PARTE – INTRODUCCIÓN A LA MEDIACIÓN FAMILIAR

•El conflicto: génesis y dinámica, por UGO OTTAVIO VISALLI	35
•Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas, por NURIA BELLOSO MARTÍN	51
•La mediación familiar: algunas experiencias en el Derecho comparado internacional, por NURIA BELLOSO MARTÍN	83
•Poder y comunicación en la mediación, por M ^a ROSARIO PALOMAR DEL RÍO	109
•Mediación y ruptura de pareja: duelo y oportunidad, por JORGE DE LA PARRA GARCÍA	125

SEGUNDA PARTE- LA LEY DE MEDIACIÓN FAMILIAR DE CASTILLA Y LEÓN

•Los principios informadores de la mediación familiar: su reflejo en la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León y en otras legislaciones autonómicas del Estado español, por ANTONIO JOSÉ SASTRE PELÁEZ	141
•Derechos y deberes de las partes en la mediación familiar, por M ^a ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO	167
•El proceso de mediación familiar, por MIRIAM LÓPEZ MAQUEDA	185
•Derecho de Familia y la Ley de Mediación Familiar: los acuerdos de mediación familiar, por M ^a ROSARIO PALOMAR DEL RÍO	199
•El secreto profesional y el deber de confidencialidad del mediador, por M ^a ARÁNZAZU MORETÓN TOQUERO	209
•El ser y la formación del mediador familiar: deberes del mediador y régimen sancionador, por NURIA BELLOSO MARTÍN	237

TERCERA PARTE - LA MEDIACIÓN Y OTROS CONTEXTOS DE APLICACIÓN

•Mediación escolar, por UGO OTTAVIO VISALLI	271
•Mediación penal de menores, por NURIA BELLOSO MARTÍN	293
•Mediación intercultural, por NURIA BELLOSO MARTÍN	325
•Mediación y conflicto en la empresa familiar, por ANTONIO JOSÉ SASTRE PELÁEZ	357
•ANEXO- Ley de Mediación Familiar de Castilla y León	375

COLABORADORES

Nuria BELLOSO MARTÍN, Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid, es actualmente Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos donde ejerce la función de Coordinadora del Doctorado en Derecho Público desde 1995. Ha sido Directora del Curso de Perfeccionamiento Universitario "Gestión y resolución alternativa de conflictos" durante el curso académico 2002-2003 en la Universidad de Burgos. Dirige el Curso de Postgrado Universitario de "Especialista en Mediación Familiar" en la Universidad de Burgos desde 2004. Miembro de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia es autora de más de tres decenas de artículos científicos publicados en Revistas y obras colectivas nacionales e internacionales, además de una decena de monografías. Coordina Programas de Intercambio de alumnos y profesores con Universidades italianas en el ámbito del Programa Europeo Sócrates-Erasmus. En Brasil y en Argentina ha sido Profesora en diversas Universidades, impartiendo cursos de Maestría y de Doctorado. Ha dirigido diversas Tesis Doctorales. Dirige varios Proyectos de Investigación en el marco de la Agencia Española de Cooperación Iberoamericana. Ha participado en numerosos Cursos de formación de mediadores y en Congresos Nacionales e Internacionales sobre mediación. Miembro de la Asociación Latinoamericana de Mediación, Metodología y Enseñanza del Derecho -ALMMED-. Ha realizado prácticas de mediación en Centros de mediación Familiar adscritos a diversas Universidades brasileñas. Ha dirigido varias Tesis Doctorales y trabajos de investigación sobre mediación.

Jorge DE LA PARRA GARCÍA, Psicólogo por la Universidad Pontificia de Salamanca. Mediador Familiar por la Universidad Pontificia de Salamanca. Terapeuta Familiar y Psicólogo de los Servicios Sociales, Área de Familia e Infancia. Miembro fundador del Centro de Mediación Familiar en Ávila.

Miriam LÓPEZ MAQUEDA, Licenciada en Derecho por la Universidad de Burgos, especializada en "Crisis Matrimoniales y de Familia" por la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad de Burgos. Postgrado en Mediación Familiar por la Unión de Asociaciones de Familia de Madrid (UNAF), habiendo defendido con éxito la tesis titulada "El principio de igualdad en Mediación Familiar". Colegiada como abogada ejerciente especializada en Mediación Familiar por el Colegio de Abogados de Burgos en agosto de 2004, desarrollando desde entonces procesos de mediación familiar con parejas en situación de separación o divorcio. Desde el año 2004 responsable y dinamizadora del "Programa de Apoyo a Familias en situación de Ruptura Convivencial" del Ayuntamiento de Burgos. Como docente ha desempeñado dicha función en diferentes entidades como el Foro Solidario de Caja Burgos, en el Curso de "Especialista en Mediación Familiar", y en la Universidad de Burgos en el Curso de Postgrado Universitario de "Especialista en Mediación Familiar". Ha colaborado con los Centros de Acción Social de la ciudad y de la provincia en la impartición de charlas y talleres dirigidos a familias. También ha colaborado con diferentes asociaciones de la ciudad dando a conocer la mediación familiar y la resolución de conflictos familiares. Ha participado en programas de televisión y radio de la ciudad fomentando el conocimiento de la mediación familiar.

M^a. Aránzazu MORETÓN TOQUERO, abogada y Mediadora Familiar por la Universidad Pontificia de Salamanca. Ha sido Profesora en la Escuela Superior de Periodismo de Valladolid. Profesora del Curso de Perfeccionamiento Universitario "Gestión y resolución

alternativa de conflictos” durante el curso académico 2002-2003 en la Universidad de Burgos. Profesora en el Curso de “Especialista en Mediación Familiar” de la Universidad de Burgos. Vicepresidenta de la Asociación Profesional de Expertos en Mediación Familiar. Coordinadora de la sección jurídica del portal www.redpyme.es. Ha pronunciado diversas conferencias y ponencias y participado en Seminarios sobre el secreto profesional, derecho de la comunicación, y mediación familiar. Tiene numerosas publicaciones tanto en Revistas especializadas (“El secreto profesional de los periodistas y la empresa de comunicación: ¿un conflicto de lealtades?”, Revista Jurídica de Castilla y León, número 4, Diciembre 2004) como monografías de la colección Biblioteca Básica de Práctica Procesal (BBP), sección Penal, Editorial BOSCH (Barcelona), entre las que destacamos: “Delitos contra las relaciones familiares: matrimonios ilegales”; “De la suposición de parto, la sustitución de niños y el tráfico de menores” y, por último, “El abandono de familia y otros delitos contra los derechos y los deberes familiares”.

María Rosario PALOMAR DEL RÍO, abogada ejerciente del Colegio de Abogados de Valladolid y Diplomada en Mediación Familiar por la Universidad Pontificia de Salamanca. Ha impartido clases como profesora colaboradora en los programas de formación de mediadores de la Universidad de Burgos, Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto Superior de Ciencias de la Familia de Valladolid y UNAF de Madrid. También ha colaborado en las campañas de divulgación de la Mediación Familiar de la Junta de Castilla y León impulsadas desde el CREFES.

Antonio José SASTRE PELÁEZ, abogado y Mediador Familiar, Codirector y profesor del Curso de Postgrado Universitario de “Especialista en Mediación Familiar” de la Universidad de Burgos. Profesor colaborador de la Cátedra de Empresa Familiar en la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales de la Universidad de Valladolid. Profesor de la Escuela de Organización Industrial (E.O.I.) del Ministerio de Educación y Ciencia. Ha organizado como director científico varios congresos internacionales de Mediación Familiar celebrados desde octubre de 2001 hasta noviembre de 2006 en Valladolid y en otras provincias de la Comunidad de Castilla y León, y participado en ellos como ponente. Profesor en cursos del CREFES (Centro de estudios sociales y formación de la Junta de Castilla y León). Ha participado como ponente en el Congreso Internacional de Derecho de Familia de la Universidad Nacional Autónoma de México (México D.F.) en noviembre de 2005.

Ugo Ottavio VISALLI, Doctor en Psicología especialización clínica, en la Universidad “La Sapienza” de Roma (Italia); psicólogo, psicoterapeuta y mediador. Experto en Mediación Familiar por la Universidad Pontificia de Salamanca. Ha sido profesor invitado en diversas Universidades brasileñas e italianas. Desde 2002 es profesor colaborador en Cursos de Perfeccionamiento y Cursos de Especialización y Postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos, entre los que cabe citar el Curso de “Especialista Universitario en Mediación Familiar”. Ha realizado diversas publicaciones, entre las que destacamos: “Breves apuntes sobre el Conflicto”, Revista Jurídica da UniRondon 3, Cuiabá, Brasil, 2003, p. 47-72; “La búsqueda de nuevos paradigmas en la educación: la mediación escolar”, Derecho & Educação (Coordinador: C. Gorzevski). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005, p. 99-131; “El maltrato entre iguales (Bullyng) y el acoso laboral (Mobbing)”, JurisPoiesis. Revista del Curso de Mestrado en Derecho 8, Rio de Janeiro, Universidade Estacio de Sâ, 2005.

INTRODUCCIÓN

por
Nuria Beloso Martín

1. LA FAMILIA Y SU EVOLUCIÓN

La familia actual no es mejor ni peor que la familia del pasado, sino que es muy diferente de los modelos familiares antecedentes, de las estructuras de poder y de afecto que habitaron, construyeron y modelaron los arquetipos anteriores a éste que hoy conocemos. Es natural que así sea, al igual que las piedras que encontramos a lo largo del cauce de un río son distintas, si comparamos las más próximas a su origen o nacimiento de aquéllas otras que ya están más próximas a verter sus aguas en el mar. Las primeras, con más aristas y más rústicas, son distintas a las últimas, más gruesas y menos rudas. Ambas son extraordinariamente bellas, con su propio valor, con distinción intrínseca, con finalidad y papeles muy claros. Pero son diferentes pues el agua del río, al compás de su discurrir, modifica la forma y modela el perfil.

En el intenso itinerario recorrido por la institución familiar a lo largo del tiempo la tipología esencial de los modelos de familia se podría reducir a ancestrales, feudales, modernas y pos-modernas. Esa evolución de la familia la podemos entender mejor utilizando la simbología de las fotos de un viejo álbum que muestra a la familia, como la estampa del núcleo de la familia que, en función de la postura, de la ubicación de las personas de la familia en la foto, permite deducir las mutaciones acaecidas en el núcleo familiar. La foto sobre el hogar se fue alterando con el cambio de las costumbres, con la conversión o inversión de los valores, con la introducción de nuevos comportamientos y de nuevos principios, con el abandono de costumbres en desuso. El "símbolo" adoptado muestra los cambios de la familia de tiempos pasados y de la familia actual, lo que se pone de manifiesto tanto por las actitudes como por la indumentaria utilizada por las personas y por el juego escénico para el registro.

La independencia económica de la mujer y de los hijos deriva en que su papel deja de ser secundario y empiezan a asumir una relevancia económica en el orden familiar. Las fotos de familia antiguas eran de una familia amplia, dominando toda la composición la figura del patriarca que, con aire severo, se erguía altivo. Las fotos del álbum de familia contemporánea representan un núcleo de familia más reducido, con menos miembros, con actitudes más tranquilas, como reflejo de una estructura democrática más acorde con los nuevos tiempos. Nuevos valores comienzan a impregnar el tejido familiar, dándole un nuevo aire, haciéndolo más receptivo, más maleable, más acorde a las exigencias actuales. E, impregnando esta estampa, se percibe la afectividad como el gran parámetro modificador de las relaciones familiares, demostrando que el verdadero nexo entre las personas involucradas en esas relaciones, en ese núcleo de la familia, es el afecto.

En los últimos meses la familia está constituyendo un foco central de atención: la reforma de la ley del divorcio, las medidas de protección contra la violencia de género, la ley del matrimonio de personas del mismo sexo regulando la posibilidad de adoptar por los mismos y otras diversas medidas legislativas que han propiciado numerosos

debates y polémicas entre la clase política pero también entre la ciudadanía. La familia constituye uno de los pilares básicos de nuestra sociedad y está experimentando numerosas modificaciones, fruto de los cambios económicos y sociológicos propios del siglo XXI. Las opiniones están divididas: desde los que acompañan los cambios con entusiasmo a aquellos otros que intentan rebelarse ante lo que consideran una deformación del concepto de familia y de matrimonio.

La familia continúa siendo una institución fundamental. A nivel del Estado español, y según una encuesta realizada en 2004, el setenta por ciento de los jóvenes consideran la familia como una institución muy importante en sus vidas. Sin embargo, cuando nuestros jóvenes se refieren hoy a la familia no están pensando en el mismo modelo que han tenido sus mayores. Todas las instituciones humanas que perviven durante años deben adaptarse, transformarse y actualizarse. Y la transición de un modelo institucional a otro no puede hacerse sin una crisis.

Como apuntan los sociólogos¹, la familia ha sufrido en Europa dos transiciones importantes, causa y efecto a la vez de al menos dos formas diferentes de conceptualizarla. La primera transición familiar tuvo lugar en los inicios de la industrialización, al perder la familia su base productiva y ceder buena parte de sus funciones clásicas (productivas, asistenciales, educativas) a otras instituciones sociales tales como la empresa moderna, las escuelas o la sanidad. El primero de los fenómenos, que ya despuntaba en los años cincuenta, fue el de la nuclearización de los grupos familiares. Donde antes se daban familias extensas, compuestas por abuelos, tíos, nietos, primos e incluso personas sin lazos de sangre, fueron apareciendo núcleos familiares reducidos, compuestos por uno o dos adultos con un número limitado de hijos. La división del trabajo en el seno de la familia nuclear hasta hace bien poco era rígida: el padre "sale fuera" a buscar dinero y la madre se queda en el hogar cuidando los niños. Esta familia nuclear es todavía una familia patriarcal, poco democrática y con una distribución de tareas que gravan a la mujer de forma importante. Los niños, objeto de atención y cuidado, no son, todavía, sujetos de pleno derecho.

Desde la década de los sesenta, en Europa se pueden percibir los cambios que la institución familiar está experimentando y que hacen posible hablar de una segunda transición familiar. Algunos autores la definen como la etapa de la "familia postpatriarcal"². A su vez, en esta segunda etapa pueden apuntarse diversas fases. La primera fase de esta nueva transición, la comprendida entre la década de los años sesenta a setenta, se caracterizó en Europa por el incremento de los divorcios, la disminución de la duración de los matrimonios y el retraso a la hora de contraer matrimonio. La tasa de divorcio creció principalmente en el norte de Europa a partir de 1960, pasando de estar entre el 13 y el 17% en 1960 a estar entre el 30 y el 50%, según el país, en 1990. Los países del sur de Europa han experimentado también

¹ Cfr. Ripol-Millet, A. (2001): *Familias, trabajo social y mediación*, Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, p.17 ss.

Los estudiosos históricos-antropólogos (Bachofen, Morga, Engels, Durkheim) han intentado explorar los orígenes de la familia. Sus trabajos han sido completados por los antropólogos-etnólogos (Malinowski, C. Lévi Strauss) conduciendo a la superación del concepto evolucionista de la familia de un estadio "primitivo" a un estadio "civil". Otros estudiosos se han ocupado de la familia presentándola principalmente como organización en función de los factores económicos en juego (Fromm, Horkheimer y la escuela de Frankfurt) (Cfr. Sebben, G. (2004): "Psicofilosofía del 'familiar' e della mediazione. Una premessa alla formazione dei mediatori familiari", *Atti Convegno. La Famiglia: un bene trascurato. Evoluzione, crisi e risorse. La mediazione familiare*, Roma, p. 89-100).

² Ripol-Millet, A., *Ibidem*.

estos cambios pero más tarde que los países del norte de Europa: desde mediados de los años setenta y a lo largo de la década de los ochenta. A partir de 1985 el número de divorcios con relación al de matrimonios tuvo tendencia a disminuir en toda Europa, a excepción de España, Italia y Portugal, en los que ha seguido ascendiendo hasta la actualidad. La tasa de divorcio era en España del 0,7 frente al 1,7 de media de la Unión Europea. Es en 1981 cuando se aprueba la Ley del Divorcio en España, pasando de 16.363 el número de procesos de separación y divorcio iniciados entonces a 67.000 en 1991, y 49.371 separaciones en 1995³. Entre los efectos de la mediación podría citarse la reducción de la notable litigiosidad existente en Derecho de familia, pues según los datos estadísticos en los últimos diez años se ha pasado de 34.000 separaciones anuales a 62.000, y de 23.000 divorcios al año a 39.000, y en la actualidad diariamente se separan en España 245 parejas⁴.

Como consecuencia del retraso del matrimonio y de la procreación y facilitado en gran parte por la revolución anticonceptiva, se da en toda Europa un importante descenso del nivel de fecundidad de las mujeres y la tasa de natalidad disminuye. En el año 1995 España e Italia tenían un índice de fecundidad del 1,17, uno de los más bajos del mundo y que no permite garantizar el relevo generacional. No cabe duda de que el descenso de la natalidad en los países latinos tiene una base social y económica. La incorporación de la mujer al mercado laboral no corregirá la tendencia salvo que se establezcan medidas de compensación, como se ha hecho en países del norte de Europa donde la intervención pública ha sido determinante en el cambio de la tendencia demográfica.

Otro factor a tener en cuenta en esta fase pospatriarcal es el de la cohabitación prematrimonial y el incremento de los nacimientos extramatrimoniales. A partir de los años sesenta en Europa (en España más tarde) aumenta la cohabitación prematrimonial y el porcentaje de parejas de hecho.

La característica de la mayor individualización de las unidades de convivencia también es notable. La familia va perdiendo su carácter monolítico, exageradamente jerarquizado, a la vez que cada uno de los miembros del grupo familiar aumenta su autonomía y el margen de su libertad personal. La tendencia al aumento de separaciones y divorcios matrimoniales no está lejos de este proceso de individualización.

³ Además del factor del divorcio como elemento influyente en la configuración del nuevo modelo de familia, hay que destacar que las parejas se casan menos y cada vez más tarde. La tasa de nupcialidad era en España en el año 1996 de 4,79. Y la edad media de la mujer española al contraer su primer matrimonio ha sido, en 1994, de 27,2 años. Asimismo, hay que destacar que las mujeres tienen hijos a una edad cada vez más tardía. La edad media en que la mujer española tenía su primer hijo era en 1980 de 26,2 años y en 1995 de 30,3 años. Estos datos son comparables a los de la media de la Unión Europea, muy semejantes a los de Dinamarca, Italia y Suecia.

T. Castro subraya que "una de las perspectivas teóricas más influyentes en la literatura sobre nupcialidad y familia es la "nueva economía del hogar" y, en particular, el nuevo modelo de especialización funcional del matrimonio y la hipótesis de independencia económica". Según este modelo —un modelo de elección racional en el que los individuos sopesan costes y beneficios—, uno de los beneficios centrales del matrimonio se fundamenta en la división del trabajo entre los esposos, en la especialización de roles basada en las presuntas ventajas comparativas de cada sexo: la mujer en la producción doméstica y el hombre en el mercado de trabajo. Es esta especialización y este intercambio lo que haría del matrimonio una asociación beneficiosa para ambos cónyuges. Sin embargo, a medida que aumenta el nivel educativo de la mujer, su participación en el mercado de trabajo remunerado y su poder adquisitivo, disminuyen las ventajas económicas del matrimonio para la mujer, aumentan los costes de oportunidad y, en consecuencia, se reducen los incentivos para casarse. Según esta perspectiva, por consiguiente, los factores socioeconómicos tiene efectos opuestos para hombres y mujeres: un alto nivel educativo y una buena posición en el mercado de trabajo aumentarían la probabilidad de matrimonio entre los hombres, pero actuarían en sentido contrario para las mujeres" (Cfr. Castro Martín, T. (2003) "Matrimonios de hecho, de derecho y en eterno aplazamiento", *Sistema* 175-176, p.88-89 y p.92-93).

⁴ Prats Albertosa, L. edtr., (2003): "Prólogo", *Legislación de Mediación Familiar*, Navarra: Thomson-Aranzadi, p.17.

Un último factor característico de la segunda transición familiar, ligado a la privatización y a la individualización, es la progresiva desinstitucionalización de la familia, su debilitamiento como institución social unívoca. Ya no es posible definir a la familia de forma simple: diversas unidades de convivencia pueden ser llamadas familia con toda propiedad y con la legitimidad que les da el consenso social y las leyes. Las personas actualmente pueden establecer pactos individuales para organizar su peculiar forma de convivencia. Parejas homosexuales, parejas casadas o no casadas, civilmente o por ritos religiosos, conviviendo habitualmente o los fines de semana. Como apunta A. Ripol-Millet, "auténticas familias a la carta propias de una sociedad plural y reflexiva". El número de personas por hogar ha bajado en nuestro país, aunque aún estamos lejos de la media europea. Cada vez hay un mayor número de familias que tienen un único miembro adulto en el hogar y uno o más hijos. Aunque con frecuencia estas familias son llamadas "familias monoparentales", en ocasiones uno de los progenitores no está presente en el hogar pero existe y es un referente de todo el grupo, especialmente de los hijos, ocupando un espacio importante que en ocasiones se define como de "miembro ausente".

Un rasgo propio de la familia "pospatriarcal" es que se trata de una institución más democrática que cualquier otra organización familiar. La progresiva incorporación de la mujer al mundo laboral ha ayudado a superar la rígida división de trabajo de sus miembros adultos. Se establece una mayor igualdad emocional y sexual entre sus miembros y se evoluciona hacia una mayor coparentalidad con relación a los hijos. Como apunta A. Ripol-Millet, estas tendencias de cambio en la estructura y en la dinámica de las familias nos han cogido por sorpresa. La distribución de tareas de roles familiares en los hogares provoca ciertos conflictos, tanto con respecto a las tareas domésticas (guisar, limpiar, cuidar de los niños) como en las funciones que implican responsabilidad y poder (facilitar la comunicación, escuchar, decidir y mandar sobre los hijos, etc.). Se produce una confusión de las propias responsabilidades y tareas que cada uno debe asumir repercutiendo negativamente en el núcleo familiar⁵.

Los ciudadanos europeos deben saber adaptarse a la transformación que ha experimentado la institución familiar. Ya hemos visto cómo se aprecia la sustitución del modelo único de familia y el surgimiento de nuevas realidades familiares. En primer lugar, las familias monoparentales, integradas por madre o padre (solteros, viudos, divorciados) con hijos. En segundo lugar, las familias biparentales reconstituidas, que se forman cuando, después de la ruptura del vínculo matrimonial, por separación, divorcio o viudedad, se crea una nueva relación de pareja con otra persona, bien contrayendo nuevo matrimonio, bien con una unión de hecho. En estas familias, uno o ambos miembros de la pareja tienen hijos provenientes de un matrimonio o relación anterior. Además, nuestra sociedad ha integrado a personas y grupos familiares provenientes de otras regiones o países como resultado de la inmigración por razones económicas, inmigración que aporta a nuestra comunidad razas y culturas diversas con unos valores con los que también hay que convivir.

2. FAMILIA Y NORMATIVA REGULADORA

La Constitución española regula, en su Título I, el conjunto de derechos fundamentales y dentro de este Título, en el capítulo tercero, se ocupa de los "Principios Rectores de la

⁵ La Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León tiene un amplio programa, que ya se está ejecutando, en orden a promocionar, ayudar y sustentar la institución familiar (red de guarderías, asistencia social para atención a personas mayores o discapacitadas, protección de los miembros más débiles de los grupos familiares) pues estas diversas tareas acaban cayendo en la mujer y complican en demasía el desempeño de su rol en la familia.

política social y económica". En este capítulo, en el artículo 39.1, se regula la protección de la familia, estableciendo que, "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia". Y en el apartado 2, que dichos poderes aseguran, igualmente, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil". La familia, en la sociedad española, constituye un referente de valores esenciales para la democracia y la convivencia. De ahí que sea una obligación de la Administración del Estado diseñar acciones preferentes que den respuesta a las necesidades que se plantean en nuestra sociedad haciendo posible la calidad de vida y el bienestar de las familias españolas. Se pretende trabajar en una línea de protección a la familia que haga posible alcanzar niveles similares a los que se vienen dando en la mayoría de los países de la Unión Europea.

En un informe del Consejo de Ministros de 2 de noviembre de 2001, se concluía que era necesario abordar un Plan Integral de Apoyo a la Familia destacando que las medidas que en su caso pudieran adoptarse, no debían ser aisladas sino que debían ir acompañadas de un carácter transversal e integrador de las actuaciones de los distintos Departamentos Ministeriales y Administraciones Públicas implicadas. En España existen tres niveles de competencias, por lo que la protección a la familia se encuentra compartida entre la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, y por tanto, los programas y medidas de apoyo a la familia se desarrollan tanto directamente por cada Administración competente, como mediante la cofinanciación de programas sociales, en cuya ejecución pueden también participar las ONG.

En este contexto de medidas orientadas a apoyar y dar cobertura a la familia⁶, se han venido produciendo diversas iniciativas públicas y privadas para favorecer la mediación familiar. Concretamente, a nivel estatal, el Plan Integral de Apoyo a la Familia

⁶ Concretamente, entre las *principales medidas de protección a la familia* en España podemos diferenciar las siguientes:

1) *En el ámbito normativo:*

Aprobación de la medida denominada "coste cero" en vigor desde septiembre de 1998, que prevé bonificar las cotizaciones empresariales a la Seguridad Social para aquellas empresas que contraten empleados para sustituir a los trabajadores durante el descanso por maternidad.

Aprobación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

Aprobación del Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, que actualiza los importes de las prestaciones familiares por hijo a cargo menor de 18 años e introduce prestaciones económicas por cada hijo nacido a partir del tercero, así como en caso de parto múltiple.

Se han introducido modificaciones normativas para ampliar el concepto de familia numerosa a aquella que teniendo dos hijos, uno de ellos tenga discapacidad o esté incapacitado para el trabajo.

Reducción en el impuesto de matriculación para las familias numerosas que adquieran un automóvil.

Reducción del impuesto de bienes inmuebles para las familias numerosas.

La reforma del IRPF, que ha tenido como una de sus prioridades mejorar la fiscalidad de las familias: configuración del mínimo familiar exento, declaración conjunta, exención de pensiones por alimentos, deducción por inversión en la vivienda habitual, tributación favorable de las pensiones a favor de los hijos, establecimiento de un mínimo familiar y personal especial para personas afectadas por discapacidad de grado elevado o por estado carencial con necesidad de ayuda de otras personas.

2) *En el ámbito de programas y actuaciones para protección a la familia:*

a) Incremento de los presupuestos destinados a programas sociales en colaboración con Comunidades Autónomas y Ayuntamientos: Servicios de atención a la primera infancia, 0-3 años (escuelas infantiles, casas de niños, ludotecas, etc.); Servicios de atención a mayores dependientes; Apoyo a familias desfavorecidas; Orientación y mediación familiar; Apoyo a familias monoparentales; Apoyo a familias en cuyo seno se produzca violencia familiar.

b) Incremento de los presupuestos destinados a ONG para el desarrollo de programas de atención y apoyo a la infancia y la familia, dirigidos a la conciliación de la vida familiar y laboral, la promoción de la calidad de vida infantil, la intervención en familias que se encuentran en situaciones de especial dificultad (exclusión, violencia, etc.), así como los dirigidos a la orientación y mediación familiar.

2001-2004 estableció, como una de sus líneas estratégicas⁷, junto a las de incrementar la calidad de vida de las familias, fomentar la solidaridad intergeneracional, apoyar a la familia como garante de la cohesión social, prestar apoyo a las familias en situación de riesgo social y otras situaciones especiales, la de desarrollar los servicios de orientación y/o mediación familiar.

El Estatuto de Autonomía de Castilla y León establece en su artículo 8.2º que corresponde a los poderes públicos de la Comunidad promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en los que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. Además, su artículo 32.1.19 recoge como competencias exclusivas de la Comunidad las relativas a asistencia social y servicios sociales. La Ley 18/1998, de 23 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales de la Comunidad establece en su artículo 10.2º, como funciones a desarrollar por la Junta de Castilla y León, las de protección y apoyo a la familia. Y en el ámbito concreto de la mediación familiar, la Ley 14/2002, de 25 de julio, de promoción, atención y protección a la infancia en Castilla y León, introdujo, como actuaciones de apoyo familiar la realización de programas de orientación y mediación familiar.

En general, se ha pasado de una preocupación por las cuestiones relativas al normal funcionamiento de la familia a un interés mayor por el estudio de aquellas materias que se refieren a las soluciones posibles ante los conflictos familiares. Sabemos que la sociedad y el Derecho tienen un ritmo de cambio diferente pues la sociedad evoluciona mucho más rápidamente que el Derecho. Y esto es lo que ha acaecido en el tema de la crisis de la familia. En ocasiones a la normativa legal le resulta difícil acomodarse a las circunstancias concretas de los conflictos que se presentan como es el caso de las delicadas relaciones familiares. No se puede utilizar un patrón-modelo que se ajuste a los diversos conflictos familiares, aunque en ciertos casos en los que las partes no consiguen o no quieren llegar a un acuerdo no hay más remedio pues resulta más adecuada una solución individualizada a cada conflicto familiar que se presente, ya que cada conflicto, por semejante que sea a otro, tendrá unos matices diferenciadores. Y ciertamente, nadie mejor que las propias partes implicadas en el conflicto para intentar dar una solución al mismo. Son las partes las que conocen la historia de todo su tiempo de convivencia juntos, los entresijos de su vida familiar.

⁷ Entre los objetivos básicos que persigue el Plan Integral de Apoyo a la Familia cabe destacar sus *Líneas estratégicas* que se concretan en el establecimiento de una serie de prioridades que vienen a concretar los objetivos perseguidos y que a la vez enmarcan el conjunto de medidas que se pretenden acometer para su consecución:

1. Revisión del derecho de familia, con el fin de actualizar el ordenamiento jurídico sobre la familia y las relaciones entre sus miembros.

2. Nueva Ley de protección a las familias numerosas, que contemple que el cuidado y educación de un mayor número de hijos implica una diferencia sustancial con el nivel de vida de otras familias.

3. Conciliación de la vida familiar y laboral, con el desarrollo de medidas que den respuesta al adecuado equilibrio entre la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

4. Política fiscal y de rentas, que promueva un tratamiento equitativo de las rentas familiares en función de las cargas que soporta la unidad familiar y otras circunstancias específicas, que favorezca la formación de nuevos hogares independientes.

5. Mejora de las prestaciones de la Seguridad Social por hijo a cargo.

6. Política de vivienda, que permita el acceso a la vivienda de las familias en circunstancias especiales.

7. Desarrollo de los servicios de orientación y mediación familiar, que faciliten soluciones pacíficas a las situaciones de conflicto o ruptura familiar.

8. Apoyo a familias en situaciones especiales con medidas que promuevan la inserción socio-laboral de los miembros de las familias pertenecientes a colectivos que presenten un especial riesgo de exclusión.

9. Fomento de la participación social y cultural y mejora del conocimiento de las familias.

10. Participación de las familias en las nuevas tecnologías.

En 1998, el Comité de expertos en Derecho de Familia del Consejo de Europa llegó a la conclusión de que, "(...) la investigación en Europa, América del Norte, Australia y Nueva Zelanda indica que la mediación familiar se adapta mejor a la solución de los delicados problemas emocionales que circundan los asuntos familiares que mecanismos legales más formales. Llegar a acuerdos en mediación se ha revelado como un componente vital para establecer y mantener relaciones cooperativas entre los padres que se divorcian: reduce el conflicto y estimula la continuación del contacto de los hijos con ambos progenitores (Recomendación N° R (98) 1, 21 de enero de 1998, párraf. 7)⁸.

Este Comité de expertos subrayó la necesidad de una directiva internacional en mediación familiar y preparó unas recomendaciones que fueron adoptadas formalmente por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en la citada Recomendación: "Conscientes del hecho de que un cierto número de Estados tienen en perspectiva la puesta en marcha de la mediación familiar (...) convencidos de la necesidad de recurrir más a la mediación familiar (...) recomendamos a los gobiernos de los Estados miembros: I. Instituir o promover la mediación familiar, o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente; II. Adoptar o reforzar todas las medidas que se juzguen necesarias para asegurar la aplicación de los siguientes principios para la promoción y el uso de la mediación familiar como medio apropiado de resolución de los conflictos familiares"⁹.

⁸ El marco legal que debemos tener presente para la mediación es el siguiente:

a) El Consejo de Europa, a través del Comité de Ministros, ha publicado dos Recomendaciones que señalan el camino: la Recomendación 12/1986, que impone a los jueces, como una de sus tareas principales, la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes, al inicio del proceso, o en cualquier fase apropiada del mismo -el juez juzga, no media, porque iría en contra de uno de los presupuestos básicos de la mediación, que es el de que el mediador no tiene poder para imponer a las partes la solución-. Y la Recomendación 1/1998, en la que insta a los Estados miembros a instituir y promover o reforzar, en su caso, la mediación familiar y a desarrollar los principios básicos que han de informar el ejercicio de la misma.

b) La Ley 30/1981, denominada Ley del Divorcio, que es el antecedente de la mediación, con fundamento jurídico en el artículo 32 de la Constitución.

c) La Disposición adicional 5ª de la Ley 30/1981 anteriormente citada -artículo 770.5º de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal- que permite variar los trámites por los que se sustancia el procedimiento matrimonial, pasando de un procedimiento contencioso, a otro de naturaleza consensual.

d) La Ley 15/2005 de 8 de julio de reforma de la Ley del Divorcio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

e) Los artículos 90 y siguientes del CCv., que permiten a los cónyuges establecer los pactos integrantes del convenio regulador.

f) El artículo 1.255 del CCv. que consagra la autonomía privada.

g) El artículo 158.3 del CCv. que otorga al juez amplias facultades para adoptar las medidas que estime oportunas, a fin de evitar que se cause daño o se perjudique el interés del menor, principalmente cuando el juez considere que las confrontaciones entre los progenitores puedan causar daños irreparables, especialmente de carácter psíquico, a los menores.

h) El artículo 3º.1 CCv. Según el cual, las normas se interpretarán teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas.

i) Las legislaciones autonómicas respectivas sobre familia y mediación familiar.

⁹ La Recomendación define la mediación como un medio de resolver las disputas familiares, particularmente aquéllas que se plantean durante el proceso de separación y de divorcio, con los objetivos siguientes:

- Promover los enfoques consensuales, reduciendo de ese modo el conflicto en interés de todos los miembros de la familia.
- Mejorar la comunicación entre los miembros de la familia.
- Reducir los conflictos entre las partes en litigio.
- Proteger el mayor interés y el bienestar de los niños en particular, alcanzando arreglos apropiados sobre la custodia y las visitas.
- Minimizar las consecuencias perjudiciales de la ruptura familiar y la disolución matrimonial.
- Apoyar la continuidad de las relaciones personales padres e hijos.
- Reducir los costes económicos y sociales de la separación y el divorcio para los implicados y los Estados.
- Reducir el tiempo necesario para la solución de los conflictos.

En cumplimiento de esta Recomendación, varias Comunidades Autónomas en España han promulgado una Ley de Mediación Familiar o están trabajando en un Proyecto de Ley¹⁰. Concretamente, Cataluña reguló la mediación familiar mediante la Ley de 15 de marzo de 2001 de mediación familiar; Galicia desarrolló la mediación mediante la Ley de 31 de mayo de 2001; la Comunidad valenciana ha regulado la mediación mediante la Ley de 26 de noviembre de 2001; también la Ley de la Comunidad Canaria de 8 de abril de 2003; y también la Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado en Mediación Familiar. La última ha sido la Ley de Mediación Familiar de nuestra Comunidad Autónoma de Castilla y León. La Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León¹¹, que regula la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial, sin atribuirle en ningún caso efectos procesales.

Algunas Leyes estatales contienen ciertas referencias a la mediación familiar, ya sea para impulsarla o para prohibirla; tal es el caso de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género –que ha hecho posible que empezaran a funcionar los juzgados especializados en violencia de género–, que modifica la Ley Orgánica del Poder Judicial para prohibir expresamente la posibilidad de acudir a la mediación en los procesos de separación y divorcio en los casos en que exista violencia; y la Ley 15/2005, de 8 de julio, de reforma de la Ley del Divorcio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, en cuya Exposición de Motivos se cataloga la mediación familiar como una opción más adecuada que la judicial para solucionar las diferencias entre los padres respecto del ejercicio de las potestades parentales. Por otro lado, en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor, también se contiene la posibilidad de llegar a un acuerdo recurriendo a la conciliación y a la reparación.

Falta una legislación estatal sobre Mediación Familiar que hubiera sido deseable para articular unas pautas comunes a seguir en el desarrollo de la mediación en las diversas Comunidades Autónomas. Una Ley de rango estatal que regulara claramente las

¹⁰ El actual Ministro de Justicia, durante la Conferencia de prensa posterior al Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2004, ha apuntado que: "(...) la mediación se corresponde con competencias que las Comunidades Autónomas ejercen legítimamente (...) en sus ámbitos de atribución, de bienestar social, de protección social y asistencia social (...) una institución que no debe tener su sede en el Código Civil (...) ya que estaríamos invadiendo competencias de las Comunidades Autónomas si regulásemos con esta ocasión [es decir, con una legislación nacional] el Instituto de la mediación".

¹¹ Actualmente, son seis las Leyes autonómicas vigentes sobre mediación familiar, de las que sólo dos cuentan con desarrollo reglamentario:

- . La Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Cataluña; y su Reglamento, Decreto 139/2002, de 14 de mayo.

- . La Ley 4/2001, de 31 de mayo, de Galicia; y su Reglamento, el Decreto 159/2003, de 31 de enero.

- . La Ley 7/2001, de 26 de noviembre, de Valencia.

- . La Ley 15/2005, de 8 de abril, de Canarias, completada mediante Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar.

- . La Ley 4/2005, de 24 de mayo, de Castilla-La Mancha.

- . La Ley 1/2006, de 6 de abril, de Castilla y León. Su Reglamento de desarrollo verá previsiblemente la luz en los primeros meses de 2007. Existían anteriormente algunos precedentes de legislaciones que, en el ámbito de la Comunidad de Castilla y León, reconocían las virtudes de la mediación. Tal es el caso de la Ley autonómica 14/2002 de 25 de julio de atención y protección a la infancia que introdujo como actuaciones de prevención en apoyo familiar la realización de programas de orientación y mediación familiar.

En otras Comunidades Autónomas se está trabajando con Anteproyectos y Proyectos de Ley: una vieja Proposición de Ley Foral en Navarra, del año 2000, y el Anteproyecto de Ley de Mediación general para Andalucía. La Comunidad de Madrid está también trabajando en una Ley de Mediación Familiar. El Colegio de abogados de Baleares ha enviado al Gobierno un borrador de anteproyecto de Ley para que se estudie la posibilidad de aprobar una Ley en dicho territorio. Por consiguiente, la tendencia es la de que lleguemos a disponer de diecinueve Leyes diferentes, una por Comunidad Autónoma.

competencias autonómicas en la materia y estableciese unos niveles mínimos respecto a la formación de los profesionales de la mediación, asegurando así ciertos criterios comunes y la posibilidad de movilidad geográfica, por parte de los mediadores, entre las diversas Comunidades Autónomas¹².

También sería conveniente una reforma del Derecho Procesal para regular uniformemente los puntos donde la mediación y el proceso judicial puedan encontrarse: envío a la mediación por parte del juez a las partes (cuándo, cómo, en qué casos), presentación del acuerdo de mediación en sede judicial, plazos de suspensión del proceso y otros.

Si las partes no han llegado a una situación de enfrentamiento exagerada, con odio o deseo de venganza hacia el otro, si continúan conservando una cierta capacidad de diálogo y de comunicación con el otro, entonces, debidamente ayudadas por el mediador, elemento fundamental en posibilitar y hacer fluida esa comunicación, podrán llegar a ser capaces de "gestionar su conflicto". La mediación en materia de familia conlleva una serie de ventajas, tanto para los cónyuges (es un recurso voluntario, económico, breve, los acuerdos que se adoptan suelen ser más duraderos, hay menos enfrentamientos) como para los hijos (al haber menos hostilidad hay menos daño afectivo y patrimonial para los hijos, así como ausencia de miedo y de culpa) e incluso para la propia Administración de Justicia (disminución de demandas, los conflictos familiares no se hacen públicos, etc.)¹³.

3. MEDIACIÓN FAMILIAR Y COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN

La Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, desde su reciente creación¹⁴, ha prestado una especial atención al área de familia en sus variadas vertientes. Entre sus principales líneas estratégicas cabe citar la de crear diversos servicios de ayuda y colaboración con las familias, el fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral y el impulso a la mediación familiar, recientemente consolidado este último a través de la promulgación de la citada Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León.

La Consejería de Familia ha realizado una apuesta fuerte por la mediación en el ámbito de las relaciones familiares, para lo que ha llevado a cabo una difusión de la mediación haciendo posible que este instituto deje de ser el gran desconocido para un importante sector de la ciudadanía. Los ciudadanos no pueden demandar servicios de mediación si no conocen su existencia y su finalidad. Sólo de esta forma se podrá incrementar la demanda de estos servicios. La divulgación de la cultura de la mediación requiere de un esfuerzo y un compromiso de todos los sectores implicados, desde la

¹² En 2005 se ha creado la Asociación Española de Mediación, que pretende integrar a representantes de las diversas Comunidades Autónomas que cuentan con una Ley de Mediación Familiar o que ya están trabajando en la mediación familiar. Esta Asociación viene a intentar colmar la laguna que hasta ahora existía pues, prácticamente, cada Comunidad Autónoma contaba con diversas Asociaciones de Mediación pero sin una perspectiva nacional. En el ámbito internacional, el Forum Europeo de Mediación Familiar, creado en 1998, intenta ofrecer un marco para el intercambio de experiencias y conocimientos entre los centros de formación de los diversos países.

¹³ Cfr. Barona Vilar, S. (1999): *Solución extrajudicial de conflictos. 'Alternative Dispute Resolution' (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch, p.180-182.

¹⁴ Por Decreto 2/2003, de 3 de julio, del Presidente de la Junta de Castilla y León de Reestructuración de Consejerías, se procedió a la creación de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades. En el seno de la misma se estableció una nueva Dirección General de Familia, atribuyéndole competencias en materia de planificación, promoción, desarrollo y coordinación de iniciativas de apoyo a la familia.

Administración hasta los profesionales de la mediación. Esta campaña de difusión de la mediación, debidamente conducida por la Consejería de Familia, así como la regulación de la Mediación gratuita, tal y como se establece en la Ley de Mediación Familiar de nuestra Comunidad, augura buenas perspectivas de futuro para la mediación.

A través de Seminarios, Jornadas y Congresos, acertadamente promovidos por la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León, se ha podido crear un foro de discusión y reflexión imprescindible para que muchos profesionales provenientes de diversas áreas de formación, junto con Universidades, Asociaciones, Colegios Profesionales y sociedad civil, puedan conocer y decidir, de una forma pausada y con conocimiento del Derecho comparado, las nuevas posibilidades legales que se vislumbran principalmente en un área tan delicada y relevante como la de la familia. Las formas complementarias de resolución de conflictos y, principalmente la mediación, se erigen como un instrumento valioso para que los conflictos familiares se puedan gestionar de forma más flexible y autónoma por las propias partes implicadas. Se ha abierto un proceso de consolidación de la mediación imparabile. La cuestión ya no es la del debate "mediación sí/mediación no" sino que lo que está en discusión es cómo implantarla y desarrollarla¹⁵.

La Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades ha sido la que ha impulsado esta Ley, tanto con una acertada campaña de difusión mediante Congresos y Jornadas de presentación de la mediación como a través de las personas encargadas de redactarla. Conviene poner de relieve la actitud de consenso de las personas encargadas de redactar la Ley así como de la propia Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades dado que, una vez ultimado el Anteproyecto de Ley, se ha dado a conocer el texto a Asociaciones relacionadas con la mediación, a Colegios profesionales, a Universidades y a profesionales vinculados con este ámbito, al objeto de que pudieran realizar alegaciones y consideraciones sobre la misma. Ello ha hecho posible que en la Ley de Mediación Familiar se hayan contemplado no pocas de las sugerencias y observaciones realizadas al texto por parte de los profesionales de este ámbito. Valoramos positivamente la buena disposición que, por parte de la clase política, ha presidido el desarrollo de la Ley de Mediación Familiar en Castilla y León. Las enmiendas presentadas por los diversos grupos políticos en las Cortes de Castilla y León han contribuido a aquilatar el texto de la Ley. Las experiencias habidas en otras Comunidades Autónomas que ya cuentan con Ley de Mediación Familiar han constituido un importante instrumento para saber qué se pretendía obtener con la presente Ley y evitar, simultáneamente, experiencias negativas ya vividas en otras Comunidades Autónomas¹⁶.

¹⁵ Por el bien de la mediación y de la elaboración de unas adecuadas Leyes de Mediación Familiar convendría dejar a un lado ciertas disputas reflejo a veces de intereses corporativos que desean repartirse "el pastel de la mediación" intentando que su "porción" sea mayor que la de los otros (Cfr. Martín Casals, M. (1999): "La mediación familiar en Derecho comparado. Principios y clases de mediación familiar en el Derecho europeo (Inglaterra, Francia y la Recomendación (98) 1", *Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, p.7-22).

¹⁶ Debemos dejar constancia de que la misma actitud positiva hemos observado con relación a la convocatoria realizada el pasado mes de julio de 2006 a Asociaciones, Colegios profesionales y Universidades públicas y privadas de la Comunidad de Castilla y León para presentarnos el Borrador del Reglamento de desarrollo de la Ley de Mediación Familiar y darnos un plazo para hacer llegar aportaciones y observaciones al respecto, siempre en aras de una mejora del Reglamento y una mayor calidad de los servicios de mediación.

La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León consta de 30 Artículos estructurados en siete Títulos, de los cuales el último se subdivide a su vez en Capítulos. Asimismo, comprende cuatro Disposiciones Adicionales, una Transitoria, una Derogatoria y dos Finales. En esta Ley se regula el objeto de la misma y los conflictos a los que será aplicable, los principios relacionados con la mediación, las competencias administrativas de la Junta de Castilla y León en materia de mediación familiar, el catálogo de derechos y deberes de las partes que sometan sus conflictos al sistema de mediación, el estatuto básico de los profesionales mediadores familiares y la definición de los equipos de personas mediadoras, la gratuidad de la mediación, los aspectos procedimentales de la mediación, el Registro de Mediadores Familiares y el régimen sancionador de las personas mediadoras familiares. Algunos de los aspectos recogidos en la Ley se difieren al ámbito reglamentario para su posterior desarrollo.

El Título I, denominado "Disposiciones Generales", señala el objeto de la Ley y define los conflictos en los que será de aplicación. El ámbito de aplicación de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León es el relativo a aquellas materias sujetas a libre disposición por las partes y siempre que éstas no estén incapacitadas judicialmente y sean mayores de edad o estén emancipadas¹⁷. Con todo, habrá que esperar a su desarrollo reglamentario para conocer una regulación más detallada de estos aspectos. La finalidad de la mediación familiar, establecida en la concreta Ley, es la de evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso, poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance, pudiendo tener lugar con carácter previo al proceso judicial, en el curso del mismo o una vez concluido éste.

El Título I continúa estableciendo los principios generales informadores de la mediación, entre los cuales se encuentra la consideración de los intereses de los menores, de las personas con discapacidad y de las personas mayores dependientes. El ámbito material de aplicación de las diversas Leyes autonómicas y también de la Ley de Castilla y León coinciden en incluir entre las cuestiones que pueden someterse a la mediación familiar reglada los conflictos relativos a la nulidad, separaciones o divorcios contenciosos o a la ruptura de la pareja de hecho. La mediación en estos supuestos podrá ser global, es decir, abarcando las diversas cuestiones que puedan surgir derivadas del conflicto, o parcial, limitándose a aspectos concretos tales como el cuidado de los hijos o los económico-matrimoniales¹⁸. La Ley de Mediación familiar de Castilla y León parte de un concepto amplio de los conflictos familiares, como se establece en la Exposición de Motivos, "(...) en los que no sólo se comprenden los

¹⁷ Algunas Leyes autonómicas de Mediación Familiar regulan sólo la actividad realizada como servicio público (Castilla-La Mancha) y otras contemplan toda la mediación familiar (Galicia, Cataluña, Valencia, Canarias y Castilla León). (Cfr. Sánchez Durán, A. M^º, edtr. española (2005) Apéndice. "La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas", en Parkinson L., *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Barcelona: Gedisa, p.331-346).

¹⁸ Sin embargo, mientras la Ley gallega se limita a regular la aplicación de la mediación familiar a las crisis de pareja, matrimonial o no, o de personas con hijos en común, las otras Leyes amplían su ámbito a otras posibilidades: la Ley de Cataluña a controversias sobre hijos menores o incapaces, alimentos entre parientes e instituciones tutelares; la Ley de Valencia a cualquier conflicto entre cónyuges o parientes (hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad), incluyéndose los relativos a empresas familiares, y los que surjan entre los adoptados mayores de edad y su familia biológica respecto de su identificación (cuando sea posible); la Ley de Canarias comprende toda controversia entre los miembros de una familia, sea biológica o adoptiva, y también a aquellas que afectan a las parejas de hecho, sean o no estables. La citada modificación mediante Ley 3/2005, de 25 de junio, en su artículo 3, establece los conflictos objeto de mediación familiar, incorporando expresamente los conflictos entre: "(...) abuelos con nietos, entre hijos o los que surjan entre los adoptados o acogidos y sus familias biológicas, adoptivas o de acogida (...)"

relativos a los matrimonios o uniones de hecho, sino cualquier otro que se produzca entre parientes con capacidad de obrar, conflictos en los que el procedimiento de mediación sirva para prevenir o simplificar un litigio judicial. Todo ello teniendo en cuenta la protección de los intereses de los menores, de las personas con discapacidad y de las personas mayores dependientes”.

Habría sido deseable que la Ley de Mediación Familiar hubiera dejado la puerta abierta a la posibilidad de regular otros conflictos, susceptibles también de ser gestionados mediante la mediación, como es el caso de los conflictos comunitarios o interculturales. Sin embargo, la Junta de Castilla y León, a través de otras Consejerías, como es el caso de la de Educación, muestra una actitud receptiva a la utilización de la mediación para solucionar los conflictos surgidos en el ámbito escolar. También los conflictos interculturales están adquiriendo un relevante protagonismo y el número de conflictos que giran sobre este ámbito es cada vez más amplio, ámbito en el que la mediación puede resultar de gran eficacia¹⁹.

Los principios informadores de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, contenidos en el Título I, inician precisamente estableciendo la “libertad y voluntariedad de las partes en conflicto y de la persona profesional de la mediación para participar en los procedimientos de mediación” (artículo 4.1). La voluntariedad es un principio básico de la mediación familiar, contemplado en las diversas Leyes de mediación familiar. Son las partes las que deben decidir si iniciar o no un proceso de mediación familiar, conservando siempre la facultad de ponerle fin en cualquier momento. El mediador sólo puede concluir la mediación por una causa contemplada en la propia Ley. Concretamente, la Ley 1/2006 disciplina que el procedimiento de mediación deberá instarse por todas las partes de común acuerdo ante el correspondiente profesional mediador o, en el caso de mediación gratuita, ante el encargado del Registro de Mediadores Familiares. El legislador, acertadamente, pretende con esta regulación evitar que la mediación pueda estar viciada en el origen por la falta de interés en acceder a ella de una de las partes en conflicto. Consideramos adecuada esta regulación que, a diferencia de algunas otras legislaciones –como es el caso de la argentina– establecen la mediación como pre-requisito obligatorio antes de acudir al proceso. Si la mediación funciona, las partes evitan acudir al proceso. Si la mediación va mal o si las partes no tienen intención de llegar a ningún acuerdo, se ha cumplido el requisito legal obligatorio y pueden acceder al proceso judicial. La razón para eliminar la voluntariedad y establecer el carácter obligatorio en Argentina derivaba del objetivo de crear una cultura de la mediación y de difundir la mediación. No es ésta la situación en nuestra Comunidad, máxime si estamos partiendo de que la mediación es una expresión de la autonomía de las partes, por lo que resulta más aconsejable exigir la voluntariedad para acudir a mediación.

¹⁹ El Anteproyecto de Ley reguladora de la Mediación en Andalucía de 2003 será en principio, la primera Ley en España que regulará la mediación en general para su aplicación en los diversos contextos que hemos citado y no sólo en el ámbito familiar. Se excluyen de la misma los conflictos colectivos. La mediación podrá realizarse tanto desde el sector público como el privado. Tendrán acceso a la misma tanto personas físicas como jurídicas. La futura Ley creará el Centro de Mediación de Andalucía, dependiente de la Consejería de Justicia, para la coordinación de todas las iniciativas en esta materia, y llevará además el Registro de Personas y Entidades Mediadoras, aprobará los planes de estudio y homologará los cursos de formación. Se constituirá también la Comisión Coordinadora de Mediación, integrada por representantes de la Junta de Andalucía, de los colegios profesionales y de las entidades inscrites en el Registro, que se encargará de la planificación, coordinación y evaluación del desarrollo del servicio.

Como características de la mediación familiar reglada destacamos el protagonismo de las partes: son los propios interesados los que resuelven la controversia –autocomposición– en forma negociada. El tercero solamente presta ayuda, careciendo de poder de decisión; la voluntariedad: son las partes quienes deciden si iniciar o no un proceso de mediación, incluso en la mediación judicial, conservando la facultad de ponerle fin en cualquier momento; la neutralidad: el mediador no debe influir en la toma de decisiones de las partes ni imponer sus criterios personales (artículo 10.1); la imparcialidad: el mediador no puede tomar partido e implica una actitud de equidistancia que no impide tratar de reequilibrar las diferencias de poder entre las partes; la confidencialidad: secreto profesional respecto a los datos conocidos en el procedimiento de mediación (artículo 4.4 y artículo 10.13); la inmediatez y el carácter personalísimo de todos los participantes: todos los participantes, incluido el mediador, deben asistir personalmente a todas las sesiones, sin poder delegar o nombrar representantes (artículo 4.8 y artículo 7.d); la competencia profesional y ética de la persona mediadora; buena fe de las partes: actuando de buena fe en el procedimiento de mediación, proporcionando al mediador información veraz y completa sobre el conflicto (artículo 7.b); antiformalismo y flexibilidad: desarrollo de la mediación sin sujetarse a procedimientos regulados salvo en los mínimos requisitos establecidos en la Ley (artículo 4.9).

El Título II recoge, de forma novedosa respecto a la normativa aprobada en otras Comunidades Autónomas, el catálogo de derechos y deberes de las partes que sometan sus conflictos al sistema de mediación, lo que facilitará el conocimiento y difusión de aquellos entre profesionales y usuarios.

En el Título III se establece el estatuto básico de los profesionales mediadores familiares y se definen los equipos de las personas mediadoras. Destacan por su trascendencia los derechos y deberes de los profesionales de la mediación, que proporcionan seguridad jurídica tanto a ellos mismos como a los usuarios de sus servicios.

Efectivamente, una de las importantes novedades de la Ley es la de quiénes podrán ejercer la mediación familiar. Los legisladores, en general, han restringido el listado de las profesiones de base que permiten ser mediador, con excepción de Valencia. La Ley 1/2006 exige, entre otros requisitos, tener la condición de titulado universitario en Derecho, Psicología, Psicopedagogía, Sociología, Pedagogía, Trabajo Social, Educación Social, y en cualquier otra Licenciatura o Diplomatura de carácter social, educativo, psicológico, jurídico o sanitario (artículo 8.a). Aplaudimos esta regulación de la Ley de Castilla y León que amplía las titulaciones que permiten acceder, tras haber realizado el correspondiente Curso de formación en mediación familiar, a la profesión de mediador familiar. Otras Leyes autonómicas reguladoras de la mediación familiar han sido mucho más estrictas, limitándolo a tres o cuatro titulaciones, por lo que hay que excluir a personas competentes y eficaces, con buenas habilidades para ser mediadores que, por su profesión de base, no podrán formarse ni ejercer la mediación.

Otra de las iniciativas loables de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León son los equipos de personas mediadoras (artículo 12). Para poder constituir un equipo de personas mediadoras será requisito imprescindible que al menos tres de las personas

integrantes del equipo tengan titulaciones distintas, dentro de las exigidas en el artículo 8.a) de la Ley (artículo 12.1). Estos equipos se podrán establecer con la finalidad de fomentar la colaboración interdisciplinar entre los profesionales, sin perjuicio de la necesaria actuación individual de éstos en cada procedimiento concreto de mediación (artículo 12.1). Los equipos de personas mediadoras deberán inscribirse en la Sección correspondiente del Registro de Mediadores Familiares. Asimismo, las personas mediadoras integrantes de los equipos deberán estar previamente inscritas individualmente en la Sección de personas mediadoras familiares del Registro (artículo 12.3). Los equipos de personas mediadoras no tendrán ningún tipo de relación con las partes durante el procedimiento de mediación, prestando únicamente apoyo, si es preciso, al profesional mediador interviniente en la mediación. Los miembros de cada equipo que presten apoyo a la persona mediadora del proceso no pueden exigir a las partes del procedimiento de mediación emolumento o percepción alguna (artículo 12.4).

En el Título IV aparece regulada otra de las grandes mejoras que establece la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León: el establecimiento de la gratuidad de la mediación. En estos supuestos, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los procedimientos de mediación, el grado de intervención administrativa, con el fin de promover la mediación entre personas con escasez de recursos, es más importante²⁰. Concretamente, se establece que "La prestación del servicio de mediación será gratuita en las condiciones y términos que se establezcan reglamentariamente para aquellas personas físicas que acrediten disponer de recursos económicos escasos con arreglo a los criterios y condiciones que se establezcan reglamentariamente, no pudiendo ser nunca estos requisitos menos favorables a los que se exigen para la condición de beneficiarios del derecho de asistencia jurídica gratuita" (artículo 13.1). "Si el beneficio de mediación familiar gratuita solo le fuera reconocido a alguna de las partes en conflicto, la otra parte o partes tendrán que abonar el coste u honorarios de la mediación que proporcionalmente les corresponda" (artículo 13.2). El procedimiento de mediación en los supuestos de gratuidad se encuentra regulado en el artículo 14, determinándose cómo iniciar el procedimiento ante la persona encargada del Registro, qué comprobaciones debe realizar la persona encargada del Registro para verificar si las partes solicitantes tienen derecho a este procedimiento, cómo actuar si se considera que se debe desestimar o inadmitir la solicitud. La persona encargada del Registro designará a la persona mediadora interviniente en el proceso, por riguroso orden de turno de oficio entre las personas mediadoras inscritas (artículo 14.5). Con toda esta regulación se garantiza un adecuado marco jurídico para las actuaciones de mediación que se lleven a cabo en la Comunidad de Castilla y León.

En el Título V se regulan los aspectos procedimentales de la mediación, desde el momento de la solicitud de los interesados, que debe plantearse de común acuerdo, hasta la sesión final de la mediación, en cuya acta constarán, en su caso, los acuerdos alcanzados.

²⁰ En las Leyes de Mediación Familiar de Cataluña, Galicia, Valencia, Canarias y Castilla La-Mancha los requisitos para tener derecho al servicio gratuito son los mismos que los de la asistencia jurídica gratuita, regulados por Ley estatal 1/1996, de 10 de enero y por tanto vinculados a la renta personal y familiar de cada parte.

El Título VI de la Ley regula el Registro de Mediadores Familiares. Su regulación completa se difiere al ámbito reglamentario, estableciéndose en la norma legal los aspectos más generales relativos a su organización, funcionamiento y estructura. Se establece un periodo de validez de las inscripciones de cinco años con el fin de poder mantener permanentemente actualizados los datos del Registro.

El Título VII de la Ley se encarga de precisar el régimen sancionador de las personas mediadoras familiares, tanto en su vertiente sustantiva como procedimental.

El propósito que nos hemos propuesto los colaboradores que participamos en esta publicación, Especialistas en Mediación Familiar, es el de acercar y difundir la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León. Hemos distribuido los trabajos de los que participamos en esta obra colectiva en tres partes, lo que permite que se vayan hilando unos con otros, en una sucesión de continuidad y cohesión.

La primera parte tiene como finalidad presentar la mediación familiar, para lo que partimos de la génesis y la dinámica del conflicto, transitamos por la distinción entre formas heterocompositivas y autocompositivas de resolución de conflictos, presentamos la mediación familiar en el Derecho comparado, analizando la cultura de la autocomposición, destacamos la importancia de una adecuada comunicación entre las partes y las relaciones de poder que entre las mismas se pueden establecer y ponemos de relieve el destacado papel de la elaboración y los procesos de duelo en la mediación familiar. Esta primera parte integra los trabajos de Ugo Ottavio Visalli, Nuria Belloso Martín, María del Rosario Palomar del Río y Jorge de la Parra García.

La segunda parte se centra concretamente en el análisis de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, presentando los principios informadores de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, los derechos y deberes de las partes en la mediación familiar, subrayando la importancia del acuerdo de mediación familiar, terminando con un análisis del ser y la formación del mediador y una presentación del régimen sancionador de la persona mediadora familiar. Esta segunda parte está integrada por los trabajos de Antonio José Sastre Peláez, M^a. Aránzazu Moretón Toquero, Rosario Palomar del Río, Miriam López Maqueda y Nuria Belloso Martín.

La tercera y última parte presenta otros contextos de aplicación de la mediación, todos ellos muy cercanos también a la mediación familiar, tales como la mediación escolar, la mediación penal de menores, la mediación intercultural y la mediación en la empresa familiar. Abarca los trabajos de Ugo Ottavio Visalli, Nuria Belloso Martín y Antonio José Sastre Peláez.

Son muchas las horas de reflexión y trabajo, compartidas con otras muchas personas anónimas que también creen en la mediación y, sobre todo, en la mediación familiar (profesionales de la mediación, alumnos de los cursos de formación en mediación familiar, profesionales de otros campos, miembros de diversas Asociaciones y tantos otros), que nos han transmitido sus ilusiones y sus incertidumbres sobre el nuevo instituto. Nuestro más sincero agradecimiento a todos ellos y a los autores de este estudio que, desde su firme convencimiento en las bondades de la mediación, han pretendido acercar la mediación familiar y, concretamente, la Ley de Mediación

Familiar de Castilla y León a todos los ciudadanos, profesionales de la mediación o no, y, de una manera muy especial, a todas las familias. Familias que se encuentren en situaciones de conflicto, ya sea entre la pareja, con los hijos u otros motivos, brindándoles la posibilidad de poder conocer y contar con un instrumento que permitirá prevenir, gestionar y resolver en su caso los conflictos familiares en una cultura de la paz.

Terminamos mostrando nuestro agradecimiento a la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León que nos ha permitido publicar este conjunto de estudios sobre la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León. La Consejería ha realizado una apuesta fuerte por la mediación familiar y por las familias de Castilla y León. Confiamos en que las buenas expectativas de haber configurado un instrumento más de ayuda a la familia se vean colmadas con fructíferos resultados.

Burgos, Hospital del Rey
Octubre, 2006

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN A LA MEDIACIÓN FAMILIAR

EL CONFLICTO: GÉNESIS Y DINÁMICA

por
Ugo Ottavio Visalli

1. BREVE ITER HISTÓRICO

Ya en la antigüedad las corrientes filosóficas se ocuparon indirectamente de la organización social y política de las diversas formas de gobierno (relacionándose muy frecuentemente con el tema del conflicto). En los siglos pasados el término conflicto ha abarcado estudios psico-fisiológicos, antropológicos, sociológicos y psicológicos sobre el conflicto-agresividad. Nos proponemos realizar unas reflexiones sobre el conflicto, tarea que conlleva necesariamente una definición del mismo. Nos planteamos los siguientes interrogantes: ¿Qué es el conflicto y cómo se puede definir y dividir según las teorías científicas más relevantes? ¿Cómo se manifiesta -en el sentido estrictamente relacional- en los seres humanos?

1.1. Hitos en la historia

Comenzamos destacando, brevemente, algunos de los hitos principales a lo largo de la historia. En la etapa de los primeros siglos del Cristianismo, en la corriente de la Patrística, San Agustín, desde una perspectiva teológico-histórica, presentaba dos ciudades en conflicto: la ciudad de Dios y la ciudad del diablo. La ciudad de Dios estaba formada por los ángeles y los hombres buenos de todos los tiempos y la ciudad del diablo por los ángeles malos y los hombres malos de todo los tiempos.

En la etapa del iusnaturalismo racionalista, en el contexto inglés, Tomas Hobbes se basó en el miedo y en la inseguridad. Afirmaba que el hombre, ya desde su nacimiento, estaba dominado por el miedo. Defendía un tipo de sociedad y un tipo de Estado que ofreciera seguridad al hombre. Fiel al contractualismo de la época, presentaba un estado de naturaleza en el que el hombre luchaba contra el hombre. El conflicto era lo que dominaba y en el estado de naturaleza no había suficientes bienes para todos y había que luchar por la supervivencia y sólo el más fuerte era quien ganaba. No se podía presumir la buena fe sino el fraude y el engaño.

En la época del Renacimiento, y en el contexto italiano, Nicolo Maquiavelo también consideraba que había que diferenciar entre política y ética. La política era autónoma de la ética y por consiguiente el "Príncipe" de Maquiavelo podía llevar a cabo las acciones que considerase oportunas para incrementar el poder. El príncipe separaba y distinguía la ética de la moral y lo bueno era lo que se necesitaba para conseguir y aumentar el poder: "El fin justifica los medios".

I. Kant, en su opúsculo "La Paz Perpetua", se interesa por cómo evitar los conflictos bélicos entre países, recomendando que se llegara a acuerdos y que se utilizara el arbitraje, constituyéndose en defensor de este tipo de medios para poder solucionar los conflictos y llegar a la paz perpetua.

Con la revolución francesa tuvo inicio una nueva era en la historia. Los principios de *libertad* y de *igualdad*, dictados en la famosa Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, de 1789, destruyeron la intolerable concepción del antiguo Estado feudal,

dando origen primero en Francia y luego en Europa, al nuevo Estado democrático-burgués.

Los nuevos cambios sociales conllevan el nacimiento de una nueva era -la de la industrialización- plasmada en una nueva distribución de la riqueza y en un nuevo modelo de estructura social fundada en otros tipos de clases sociales. Aparece en este horizonte, entre otras, una nueva clase económica: la clase burguesa. Y es en este nuevo contexto industrial donde el pensamiento marxista, como una nueva visión del mundo y del conflicto, asume y representa un pensamiento revolucionario-idealista adquiriendo un peso relevante en las corrientes histórico-filosóficas. Revolucionario, porque es la primera vez que una idea, aunque utópica, intenta realizarse contra el concepto biológico natural del hombre, citado por T. Hobbes: *Homo homini lupus*; Idealista, por el carácter positivista y utópico mencionado, en abierto contraste con la naturaleza competitiva del hombre y con el conflicto intrínseco a la misma naturaleza de la supervivencia humana.

En este contexto, Karl Marx habla del conflicto en un sentido político-económico. El concepto de la alienación en Marx nos da una visión del conflicto en un sentido económico con tintes revolucionarios. La idea marxista hace referencia a las clases sociales y a su división así como a la explotación del hombre por el hombre. El hombre más fuerte con poder económico predomina en el poder político condicionándolo permanentemente y creando una falsa democracia. Es decir, una democracia aparente. Y en esta organización económica en clases sociales (proletariado, media burguesía y alta burguesía) las clases más débiles son las más explotadas económicamente creando lo que define como la plusvalía. El conflicto aquí es un conflicto de lucha de clases entre los más débiles y los más fuertes. Y la alienación representa la no-participación económica y social del más débil en el contexto de una sociedad pluralista.

1.2. Teorías psicológicas y sociológicas

En lo que se refiere a las teorías más relevantes con respecto al conflicto cabe destacar las teorías psicológicas, según las cuales el término conflicto designa, en primer lugar, un conflicto intrapsíquico, consciente o inconsciente. El conflicto se representa como un estado de un organismo sometido a unas fuerzas contradictorias. Esta situación conflictiva es universal e incluso cotidiana. Cuando tenemos que escoger entre dos soluciones posibles, cuando tenemos que tomar una decisión, tenemos que afrontar un conflicto. Por ejemplo, en el caso de un individuo que fuma aunque sabe que el tabaco es perjudicial para la salud. Es decir, existe un conflicto intrapersonal, que L. Festinger¹ denomina disonancia cognitiva, entre el conocimiento que la persona tiene sobre su conducta y el que tiene sobre la consecuencia de la misma. Un individuo puede experimentar un conflicto a nivel de los papeles que deba desempeñar, si pertenece a grupos diferentes que le prescriben papeles contradictorios en un mismo momento. Por último, en un nivel menos consciente, el conflicto intrapsíquico puede situarse en el nivel de los deseos, las quejas y los impulsos. Todo el análisis freudiano de la personalidad gira en torno a la noción de conflicto entre impulsos antagónicos o

¹ Festinger, L. (1973): *Teoría de la disonancia cognitiva*, Ed. Franco Angeli, p. 18-28.

entre la libido y las instancias de la personalidad. De esta forma, desde la perspectiva psicoanalítica, el conflicto se vincula con el desarrollo psíquico del individuo; es decir, sin conflicto no habría evolución. El conflicto edípico es, en este sentido, el ejemplo más clásico de la necesidad del conflicto en la estructuración de la personalidad. Finalmente, en el plano patológico, el síntoma neurótico es un intermedio entre dos grupos de representación que actúan como un par de fuerzas contrarias de la misma intensidad. El conflicto, por tanto, ocupa un lugar en la dinámica de la enfermedad o de la perturbación mental.

La concepción behaviorista considera la conducta agresiva como debida a un estímulo exterior al organismo y no a un estímulo interno que se necesita descargar. La Escuela de Yale² sigue esta línea que hace de la frustración el origen de la agresión³. Afirma que una frustración conduce, inevitablemente, a una agresión. Recuerda Touzard⁴ que más tarde Miller clarificó un poco esta afirmación diciendo que la frustración es un estímulo para una respuesta que puede adoptar la forma de agresión. Es decir, no siempre una frustración lleva a la agresión, sino que toda agresión tiene su origen en una frustración. La Escuela de Yale define la agresión como una conducta cuya finalidad es infligir un daño a alguien o a algo. La frustración es "la interferencia en la producción de una respuesta de finalidad en el momento más propicio de la secuencia de comportamiento".

Para la psicofisiología, la agresión es un comportamiento instintivo provocado por la existencia simultánea de un mecanismo fisiológico innato, y por la presencia de estímulos que desencadenan el comportamiento. Por ejemplo, el hambre, la cólera, el miedo, la agresión, la inseguridad, es decir, las emociones en general son características estereotipadas que escapan a la voluntad del sujeto y son mecanismos fisiológicos que tienen como función la de preparar al ser vivo, animal o humano, a la acción defensiva. En el individuo no existe la necesidad de agresión, sino que sencillamente tiene una capacidad instintiva de responder a ciertos estímulos externos de manera violenta.

Cuando la psicofisiología trata de los "instintos", generalmente incluye un instinto de "sociabilidad"⁵ o de "gregariedad"⁶. Podemos observar una similitud instintiva de sociabilidad y gregariedad con otras especies (por ejemplos, los monos). Los monos (u otros primates) se organizan en grupos sociales con una jerarquía bastante definida marcando su territorio. Esto crea una estructura social bastante definida que permite una mayor defensa hacia los eventuales depredadores externos. Sin embargo, esta

² El trabajo más célebre de la Escuela de Yale es el de Dollard, J., L.W. Doob, N.E. Millar, O.H. Mowrer y R.E. Sears (1939): *Frustration and Agresión*, New Haven: Yale University Press; también, *vid.* Touzard H.(1981): *La Mediación y la solución de los conflictos*, Barcelona: Herder.

³ Recuerda Touzard que otros trabajos behavioristas más modernos atribuyen a la agresión un aprendizaje y la teoría del refuerzo: existe agresión porque de una manera o de otra es gratificante. Algunos trabajos recientes, relativos a la teoría del refuerzo, demuestran que no se debe buscar la fuente de la agresión en la frustración sino en su carácter instrumental: la agresión es, con frecuencia, lo que permite alcanzar un fin deseado. Es, por lo tanto, un medio de acción. Las obras que se refieren a la teoría del refuerzo no descartan la influencia de la frustración sobre la agresión, sino que quieren demostrar que la instrumentalidad es un factor más determinante del comportamiento agresivo. (Cfr. Touzard, H., *op. cit.*, p. 34-35).

⁴ *Ibidem*, p. 30.

⁵ *Vid.*, James W. (1982): *Textbook of Psychology*, London: Macmillan; también, *vid.*, Hinder, R. A. (1974): *Le basi biologiche del comportamento sociale umano*. Bologna: Ed. Zanichelli.

⁶ *Vid.*, McDougall, W. (1923): *An Outline of Psychology*, London: Methuen; también, *vid.*, Hinde R. A., *Ibidem*.

estructura social no es tan compleja como en los humanos, que van a organizarse también a lo largo de su evolución en grupos gregarios y sociables. En cualquier caso, la defensa del territorio es un punto común de este tipo de organización simple o compleja. En los monos esta organización es más simple y se debe a motivaciones instintivas y aprendidas por tentativas y errores o imitación. En los seres humanos, sin embargo, el aspecto instintivo-cognitivo resulta mucho más complejo. Por ejemplo, la comunicación y el lenguaje han permitido un desarrollo evolutivo que ha hecho posible llegar a lo que los antropólogos definen como "civilización".

En los seres humanos la teoría de la agresividad basada en los instintos no puede explicarnos por sí sola el conflicto. La teoría "frustración-agresividad" podría tener en los seres humanos el componente de la "perversión", que podemos definir como una desviación de los instintos originarios. Y, en lo que respecta a los animales, la perversión se ha demostrado en algunos, como los chimpancés, las ratas, etc. Sin embargo, la perversión -entendida como el sadismo o el placer de infligir daño a alguien- representa en los humanos la compleja modificación de los instintos que no depende sólo de la frustración provocada, según la concepción behaviorista, por el ambiente. El componente "libídico" o los "instintos de vida y de muerte" podrían darnos una explicación mejor del hipotético concepto de frustración-agresividad-perversión.

El punto de vista de la sociología, sin embargo, es muy diferente con respecto al conflicto. También en este caso son varias las escuelas y teorías; algunos ven el conflicto como un fracaso, una disfunción social, un incidente pasajero que se debe suprimir. Se trata de los *funcionalistas*, para quienes "el conflicto es una desviación del estado de las actitudes y de los comportamientos humanos, que puede ser eliminada, y debe serlo, mediante la educación y la formación"⁷. Conciben el conflicto como un resquicio del estado primitivo del hombre, una expresión de sus imperfecciones, que puede ser suprimido mediante la adopción de actitudes sociales de colaboración. Otros, como los marxistas, consideran el conflicto como fundamental, inherente y necesario al proceso social, más particularmente al de la sociedad industrial. Para Marx, la dinámica social es fruto de la lucha de clases; la revolución, el progreso, las alteraciones sociales tienen su origen en la lucha de clases, y para los marxistas el conflicto es el elemento principal del proceso social en la sociedad capitalista.

La sociología moderna tiene una concepción del conflicto más cercana a Marx -aunque no vean en los fenómenos económicos ni en la estructura económica el origen del conflicto social-. Según Touzard "Hay acuerdo general para definir el conflicto como una situación en la que coexisten, entre seres humanos, unos fines o unos valores inconciliables o exclusivos unos de otros"⁸. Así, el conflicto surge cuando existen objetivos, fines o valores mutuamente incompatibles o exclusivos entre los seres humanos. Como ilustra Bernard⁹, "en el mundo existen valores tan distintos y tan incompatibles entre sí, que si se elige uno el otro debe ser suprimido". Esta noción instrumental del conflicto conduce a la noción de estrategia: frente a una situación en que dos grupos -o individuos- buscan el mismo objetivo y solamente uno podrá alcanzarlo, cada uno elaborará su estrategia para conseguir su objetivo. La agresión, la

⁷ Touzard, H., *op. cit.*, p.38.

⁸ Touzard, H., *op. cit.*, p.40.

⁹ Bernard, J. (1960): *La Sociología del Conflicto*, México D.C.: Instituto de Investigaciones Sociales- Universidad Nacional Autónoma de México, p. 21.

violencia, la guerra, puede ser una de estas estrategias. El conflicto puede corresponder entonces a una conducta premeditada, instrumental, aunque eventualmente pueda mezclarse con aspectos expresivos. El conflicto instrumental cesará cuando los actores encuentren un medio satisfactorio para alcanzar sus objetivos. Para Bernard, la solución del conflicto se producirá cuando: 1) un grupo se retire del sistema o sea expulsado de él; 2) un grupo imponga su sistema al otro; 3) se llegue a un equilibrio en que se hagan concesiones, siendo los valores más deseables de un grupo sustituidos por los del otro; 4) se modifiquen los valores, de manera que sea posible que existan juntos, o 5) los grupos se asocien, formando uno nuevo, o uno absorba al otro.

Considerándose independiente de la psicología y de la sociología, la psicología sociológica aborda el conflicto no en el plano individual ni en el social, sino en la encrucijada de los dos, es decir, en el nivel de la interacción del individuo con el sistema social que habita. Según Bernard¹⁰, la corriente más explotada en la literatura de investigación es la que atribuye al conflicto un concepto sociopsicológico, que está concebido, principalmente, en términos de un mecanismo individual. El conflicto de grupo se considera simplemente como una consecuencia de la conducta individual. El estudio del conflicto, establecido de esta manera a través del individuo, utiliza métodos estadísticos, clínicos, experimentales y hace uso de técnicas de proyección y profundos análisis de los casos individuales. La clase de problemas sobre los que opera son los prejuicios, odios, hostilidades, estereotipos, injusticias, agresiones, luchas, violencia. En esta concepción del conflicto se requiere conceder gran atención a problemas de norma social, mentalidad, autoridad, etc., desde un punto de vista psicopsicológico.

El Derecho se restringe al aspecto externo del conflicto. Es la lucha, el pleito, el embate de aquéllos que están en confrontación. En el sentido jurídico, el conflicto se manifiesta como una contraposición intersubjetiva de derechos y obligaciones, como un fenómeno que se produce cuando, respecto de un mismo bien, coexisten dos pretensiones encontradas o una pretensión de un lado y una resistencia de otro, y se traduce en exigencia de comportamiento dirigida al antagonista. El litigio por su parte se entiende como una de las formas de resolver una disputa legal (debido a su carácter adversarial, puede ser generador de nuevos conflictos).

1.3. Conflicto instrumental y expresivo

Considerando el conflicto según la corriente psicológica, psicopsicológica o sociológica vamos a tratar el conflicto instrumental (o premeditado) y expresivo (no premeditado o conflicto emotivo)¹¹. Estas dos definiciones del conflicto obviamente no son estrictamente puras. Ambas pueden tener elementos del uno o del otro relacionándose entre sí. El conflicto instrumental puede tener elementos emotivos (motivaciones internas) y el conflicto expresivo elementos desecadenantes externos (precedentemente acumulados que podríamos definir como el historial anterior).

En el conflicto definido como instrumental o premeditado, se desarrollan algunos factores como la norma social y la falsa conciencia. El conflicto instrumental necesita

¹⁰ Bernard, J., *op. cit.*, p. 13-23.

¹¹ Coser, L. (1956): *The functions of social conflict*, Nueva York: Free Press.

unas justificaciones. A través de los medios de comunicación (p.ej.: la prensa, definida como el cuarto poder) se pueden manipular las informaciones y aún más desarrollar la mistificación de la norma.

Definimos el conflicto como expresivo (o emotivo) cuando no es controlado o planeado *a priori*. Cuando es un estallido incontrolado surge repentinamente y provoca una reacción en cadena incontrolada. Por ejemplo, una pelea en la calle repentina y que pudiera hacer partícipes emotivamente a otras personas. O bien podemos definir como un conflicto instrumental premeditado también una pelea en la calle no repentina sino planeada donde algunos o muchos elementos interiorizados y emotivos (motivaciones acumuladas) han llevado a la pelea: planeada sobre todo, pero con motivaciones irracionales y emociones (odio, rencor, cólera, etc.).

En el proceso de comunicación interviene, obviamente, el proceso de la "falsa conciencia"¹² que podemos definir como individual, aunque a través de todos los individuos podría llamarse incluso "falsa conciencia colectiva". Es decir, creer en algo que "objetivamente no es así".

El conflicto desde un punto de vista psicosociológico contempla el estudio de las sociedades (o grupos) abiertas o cerradas y de sus normas sociales. Una sociedad abierta es más tolerante y está más acostumbrada al cambio, al flujo de gente y a la comunicación; sin embargo, una sociedad cerrada es más reaccionaria, no sólo se sitúa en una óptica conservadora sino que es propensa a reaccionar frente a una realidad que no puede aceptar porque es diferente. De ahí que pueda nacer el conflicto. Por ejemplo, a causa del racismo, podemos citar el miedo que puede provocar un conflicto expresivo o emotivo. Porque en el racismo contra la inmigración existe en efecto un inconsciente colectivo. La gente no es consciente y su reacción se debe a su inseguridad y al miedo de perder su "espacio vital". No hay una percepción consciente de la realidad y, sin embargo, sí el miedo a perder el trabajo y su relativo espacio de supervivencia. Es decir, la gente se coloca de forma emotiva contra la inmigración porque tiene fobias o miedos, no es consciente y, por consiguiente, reacciona. Reacciona algunas veces asimilándolo como un discurso de raza y sin embargo el verdadero motivo podría ser un problema de inseguridad social. En efecto, esto lo apreciamos también socialmente. Los individuos más racistas hacia los marginados o los inmigrantes suelen ser los más pobres. Porque las clases más pobres son las que más miedo tienen, dado que al entrar más poblaciones en su "espacio territorial" se provoca una mayor inseguridad social y económica (miedo a la pérdida del trabajo, a su identidad étnica-religiosa, etc.) y, por consiguiente, también un conflicto de supervivencia o inherente a la naturaleza del hombre.

El conflicto en la familia podemos imputarlo, aparte de a factores como las crisis y el cambio de valores tradicionales (cambio de las actitudes, liberación sexual, etc.), al contexto de una sociedad de consumo, a las difíciles y precarias condiciones de trabajo, al acentuarse en todos los niveles una crisis social, además de a la crisis económica y del nivel de comunicación sin fronteras (globalización) que interfiere en cualquier tipo de relación interpersonal: entre mujeres y hombres, cualquier tipo de pareja (casada o de

¹² Vid., Gabel, J. (1967): *La falsa coscienza*, Bari: Dedalo.

hecho), padres e hijos y ancianos. Los ritmos de trabajo y existenciales en occidente se han acelerado fuertemente, dejando menos espacio a un adecuado cuidado de las relaciones personales; la esfera emotiva y afectiva en el desarrollo evolutivo del niño ha mudado. El cambio de la estructura económica no ayuda al desarrollo armónico de la personalidad. Con el nuevo tipo de familia los padres deben trabajar ambos para subsistir y los hijos son educados en ocasiones a través de guarderías, canguros, abuelos y televisión.

Además, los estándares educativos han cambiado: el narcisismo, la imagen (*look*), dominan predominantemente y aumentan las presiones sobre los hijos para que "honren" a la familia con buenas calificaciones en el colegio, una buena presencia, la adquisición de habilidades para luego mostrar en la sociedad de consumo y competitiva. Desde que ha agotado toda su función histórica progresiva, la sociedad "anónima" de consumo ha tocado niveles de alienación y asocialidad cada vez más extremos. La sociedad se ha transformado de forma no "sincronizada". Los derechos de las mujeres han avanzado pero no ha cambiado la mentalidad en las generaciones masculinas o femeninas con respecto al concepto de familia tradicional, que todavía no acepta plenamente la independencia de la mujer porque no entra en sus valores aprendidos e interiorizados anteriormente. La mujer pide su autonomía en contraste con la norma asumida por muchos hombres-mujeres que concebían de forma diferente valores y actitudes, y el contraste se hace evidente provocando conflictos interindividuales entre dos concepciones diferentes de percibir y entender las cosas.

1.4. El conflicto en la era de la globalización

La globalización ha abierto nuevos horizontes. La comunicación ya no se limita a regiones o Estados sino que no tiene fronteras. Hablamos de una comunicación totalmente abierta, quizás menos "controlada". Pensemos en Internet, la comunicación mediante la parabólica y tantas otras formas que hacen difícil un "control" de la información con un margen aceptable de discriminación entre una información y otra en la búsqueda de una verdad basada en hechos y datos verificables y no mistificados según la propaganda y el filtro ideológico de cada poder socio-político. Con el derrumbamiento de la ex Unión Soviética ha cambiado radicalmente el equilibrio mundial, resultando los Estados Unidos como la gran superpotencia y planteando a muchos estudiosos politólogos los riesgos de la pérdida de este dualismo y la sustitución por un dominio monista.

Como presenta *Le Monde diplomatique* del mes de marzo de 2003¹⁵, "Dondequiera se ve desmoronarse toda la arquitectura internacional. La ONU se ha roto, la Unión Europea está dividida, la OTAN se ha partido... Convencidos ya de que la máquina que produce tragedias esté volviendo a ponerse en marcha, diez millones de personas han protestado en las calles y en las plazas de las ciudades de todo el mundo. Porque no aceptan la brutalidad de la política internacional, con su carga de odio, de pasiones y de violencias extremas". Se expresan estos temores colectivos en una serie de preguntas angustiosas: ¿cuál es el porqué de las guerras que se están iniciando? ¿Por qué ahora mismo? ¿Cuáles son los verdaderos objetivos que se persiguen? ¿Estos conflictos son reveladores de un nuevo curso en materia de política exterior? ¿Qué cambios se preannuncian en los grandes equilibrios mundiales?"...

¹⁵ Ramonet, I. (2003): "History is again on the move", *Le Monde, Diplomatique* - Marzo de 2003 (La traducción es nuestra).

Estas reflexiones sobre el conflicto demuestran cómo quien ostenta y detenta el poder puede actuar sobre la mistificación y la alteración de la realidad mediante el mecanismo del auto-engaño, ejerciendo el poder a través de los procesos de socialización (educación, medios de comunicación, etc.). Entre las innumerables teorías científicas, nos hemos limitado a abordar sólo algunos de los aspectos más relevantes acerca de las causas y de la estructura, definición y manifestación del conflicto en el ser humano y en su organización social: la agresividad desde una perspectiva psicofisiológica, psicológica, psicosociológica, etc., comparando la estructura animal del conflicto con la humana (espacio vital, gregariedad y sociabilidad) y tratando algunos aspectos de la organización social desde un punto de vista de la "postura y resistencia ideológica" al cambio (normas sociales, falsa consciencia, etc.) y, finalmente, la posibilidad de comprender los conflictos bélicos a través de la legitimación de un conflicto "injusto o no defendible", dando una descripción de los mecanismos de "mistificación" y "control" de los medios informativos. Es deber de todos apostar, no por un conflicto o guerra perpetua, sino como Kant defendía, por una paz perpetua.

2. LA ESTRUCTURA DEL CONFLICTO EN EL ÁMBITO DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Para poder trabajar un conflicto es necesario entender a qué tipo de conflicto nos estamos enfrentando. Utilizaremos el término "estructura" haciendo referencia a los diversos elementos mediante los cuales resulta posible analizar y resolver un conflicto. Según Lederach¹⁴, el conflicto puede analizarse desde los elementos relacionados con las personas y desde el microcontexto situacional involucrado, con los procesos consiguientes y con el núcleo del problema que subyace en el fondo.

2.1. La estructura del conflicto en función de las personas y del microcontexto situacional

2.1.1 Número de partes y microcontexto situacional

Las partes: si el conflicto se presenta sólo entre dos partes, la solución puede ser más fácil y tal vez más rápida. Sin embargo, si el número de las partes aumenta, habrá más personas a las que complacer y la dificultad para resolver el conflicto aumenta. Además, es necesario conocer quién desempeña, entre las partes, el papel principal y también quién puede influir más en el resultado final. Con ello es preciso identificar no solo el conflicto interpersonal, sino también los conflictos intergrupales, intrapersonales e intragrupal, y comprender y conocer quiénes desempeñan el papel principal y también quiénes pueden influir en el resultado final.

2.1.2 La representación constituyente en el microcontexto situacional

La representación constituyente¹⁵ representa las partes no directamente involucradas (por ejemplo, los compañeros de trabajo en una empresa, los amigos o los parientes en

¹⁴ Vid. Lederach, J. P. (1997): *Building peace: sustainable reconciliation in divided societies*, Washington: United States Institute for Peace.

¹⁵ Daniel Dana hace de la estructura del conflicto una representación más ampliada añadiendo figuras tales como la "representación constituyente" o la "autoridad negociadora". Para mayores profundizaciones véase: Dana, D. (2002): *Adios a los conflictos*, Madrid: McGraw-hill Profesional.

una familia). Cuando hablamos sólo por nosotros mismos la resolución es más sencilla; sin embargo, cuando hay otras personas “influyentes” la resolución se presenta más difícil.

2.1.3 La autoridad negociadora en el microcontexto situacional

La autoridad negociadora constituye la personalidad influyente que representa los intereses dentro de un microsistema. Por ejemplo, en una comunidad con reglas propias (la comunidad de gitanos) existe un líder de referencia; o en un departamento dentro de una empresa o de una escuela, el jefe o el director, o el docente que desean que se solucione el conflicto. Si la autoridad influyente negociadora (como una referencia cognitiva y afectiva) es significativamente relevante y elevada, la resolución es fácil. Si la autoridad influyente negociadora es baja, el proceso de resolución del conflicto será más largo y más difícil.

2.2 La estructura del conflicto en función del proceso

2.2.1 Grado de interdependencia–relación (baja – media - alta) y contexto personal entre las partes:

Hay interdependencia cuando los conflictos se producen solamente entre partes que se necesitan mutuamente y que no pueden abandonar la relación. El grado de interdependencia puede ser bajo, medio y alto y nos dice en qué medida las partes se necesitan mutuamente para actuar cooperativamente, para conseguir los recursos o para dar la satisfacción que el otro necesita. Si la interdependencia es elevada, los costes de la no resolución también es probable que lo sean. Si la interdependencia es baja, entonces la “espera vigilante” puede ser una estrategia adecuada de gestión de conflictos. Una relación positiva con un grado de interdependencia baja puede hacer que el conflicto se aborde bien y con serenidad. Por el contrario, si la relación es mala con una interdependencia elevada, la solución es más complicada.

La interdependencia, la relación y el contexto personal entre las partes pueden presentarse a través de:

- Las posiciones: representan el modo de ser o de encontrarse en el ámbito de una relación, o de un contexto situacional de hechos o circunstancias. Cada parte reclama y pide de una forma que puede ser rígida, dura, superficial y cerrada una solución que le favorezca y que hace imposible la solución del conflicto: YO GANO, TÚ PIERDES. Un ejemplo clásico sería el de dos hermanos que quieren una naranja y mantienen una posición única. Nadie quiere renunciar y resulta imposible una solución.

- Los intereses: definen el conjunto de necesidades, inquietudes, deseos, temores y esperanzas que las partes en una negociación encierran detrás de las posiciones rígidas iniciales; es decir, representan lo que realmente queremos y que, sin embargo, ocultamos obstinadamente para que el otro no gane. Por eso tomamos una posición prevenida y rígida. Los intereses pueden ser ocultos, polifacéticos, profundos, encubiertos, etc. Los mejores términos de un acuerdo serán aquellos que satisfagan recíprocamente los intereses de las partes. Ya sean los intereses idénticos o diferentes –pero con posiciones prevenidas-, será preciso trabajarlos para llegar a un acuerdo que satisfaga a la dos partes, es decir, llegar a un acuerdo de tipo “yo gano, tú ganas”. En el caso anterior de las naranjas, se trataría de que uno quiere la naranja para hacer un zumo y el otro las cáscaras

para hacer una mermelada, y en este caso los intereses cambiarían las posiciones rígidas para que ambas partes ganen. Es decir, no hay ningún problema en que un hermano aproveche la pulpa de la naranja para hacer un zumo y otro la cáscara para hacer al mermelada. Focalizar los intereses y no las posiciones es muy importante. Por ejemplo, preguntándose el porqué, por qué no es posible..., intentar manifestar sinceramente los intereses reales, esforzarse en reconocer los intereses de la otra parte aprendiendo a ponerse en el lugar del otro, colocar el problema delante de la respuesta, mirar adelante y no atrás, ser concretos, ser duros con el problema y no con las personas, etc.

- Las necesidades: suelen estar detrás de los intereses. Las necesidades no satisfechas pueden ser físicas o psíquicas, distinguiéndose en básicas, irrenunciables, valiosas, intransferibles, prioritarias, etc. La satisfacción de las necesidades es vital para la gestión del conflicto. Además de las necesidades humanas a las que hace referencia Maslow, tales como las de realización, de estima, de pertenencia y de seguridad (1968), tenemos las presentadas por Glasser, como las de pertenecer, de poder, de libertad y de divertirse (1984), y las de Diamond (1994). Este último identifica las necesidades básicas psicológicas de los grupos como las de identidad, vitalidad, comunidad y seguridad, y señala que la mayor parte de los problemas surgen de estas cuatro necesidades no satisfechas.

- El poder de influencia de las partes: identifica la capacidad y el grado de influencia que los protagonistas principales y secundarios tienen en un conflicto. En este sentido la "neutralidad e imparcialidad" del mediador debe ser activa ante un abuso de poder, dando una igualdad de oportunidades a ambas partes.

- La percepción del problema: identifica, comprende o interpreta el conflicto, sus causas, sus explicaciones y su escalada.

- Las emociones y sentimientos: representan todos los estados de ánimo, tanto agradables (alegría, paz, amor, ilusión) como desagradables (rabia, temor, angustia). Se detectan, sobre todo, durante la etapa de la premediación y en la etapa de narración de los hechos.

- Los valores: representan un conjunto importante -en el marco de la norma social- de elementos culturales, éticos e ideológicos de la personalidad de un individuo, que le llevan a percibir la realidad y actuar de una determinada manera. Los valores pueden defenderse pero no absolutizarse. Una actitud asertiva es positiva, una fundamentalista e intolerante es siempre negativa.

2.2.2 La dinámica del conflicto

La dinámica del conflicto es la historia latente del conflicto, es decir, una situación en la que las partes no están de acuerdo, pero sólo son conscientes de ello cuando estalla la chispa que lo hace patente. Es necesario mirar más allá del problema-chispa y descubrir qué problemas hay de fondo.

2.2.3 La comunicación y la metacomunicación

La comunicación es muy relevante en la resolución de conflictos. La comunicación entre iguales probablemente es más fácil porque las partes comparten unos códigos culturales que facilitan su lenguaje (verbal y no verbal), su mentalidad, etc. Se presentan

creencias compartidas que atribuyen características a ciertas personas o grupos, etc. Sin embargo, existe otro tipo de comunicación, la metacomunicación, que es más sutil, poco perceptible y que engloba también, como en la comunicación, un lenguaje hecho de narración, de gestos, posturas, etc. La metacomunicación es la comunicación que habla acerca de la comunicación misma. Es cuestionarse lo que dijo la otra persona. Se refiere a cómo tengo que entender lo que me están diciendo, cómo debo interpretar el contenido en función de la relación que tengo con la otra persona. Cuando no entiendo mucho el significado de algo, se trata de aclarar el sentido de cómo tengo que interpretarlo en base a mi relación con el otro. Por ejemplo: "Te mato" (un ladrón con un cuchillo en la mano) / "Te mato" (un amigo). No es lo mismo.

2.2.4 La urgencia crítica

La urgencia crítica determina la posibilidad de prevenir aún más la escalada degenerativa de un conflicto. La prevención, aunque el conflicto haya estallado ya, evita que las tensiones se vayan degenerando aún más y amortigua los efectos todavía más dañinos que una confrontación no resuelta podría provocar. Cuanto antes se acuda a mediación, más posibilidades habrá de aliviar las tensiones.

2.3 La estructura del conflicto en función del problema

2.3.1 El núcleo del problema y los tipos de conflictos

El núcleo del problema es lo que realmente se ha producido entre las partes (me ha sido infiel, no trabaja, se emborracha, no pasa los alimentos...). Normalmente los intereses reales, las necesidades, están en la sustancia (el hecho concreto) y han condicionado la relación que se ha ido deteriorando. Cuando se trabaja en mediación se separa la persona del problema (se pone énfasis en la relación, es importante conseguir ponerse en el lugar del otro, se discuten las percepciones, se implica a la persona en el proceso, se intenta enseñar a aprender a reconocer las emociones, se escucha activamente y se enfrenta el problema y no la persona).

La estructura del conflicto en la mediación familiar (Gráfico)

2.1 La estructura del conflicto en función de las personas	2.2 La estructura del conflicto en función del proceso	2.3 La estructura del conflicto en función del problema
2.1.1 Número de partes: - Las partes	2.2.1 Grado de interdependencia-relación (baja-media-alta) y contexto personal entre las partes: - Las posiciones - Los intereses - Las necesidades - El poder de influencia de las partes - La percepción del problema - Las emociones y sentimientos - Los valores	
2.1.2 Representación constituyente	2.2.2 La dinámica del conflicto	
2.1.3 Autoridad negociadora	2.2.3 La comunicación y la metacomunicación	

2.4 Fases del conflicto en el ámbito de la mediación familiar

Sin entrar ahora en los supuestos previstos para la gratuidad de la mediación, en el Título V de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León se regula el procedimiento de mediación familiar, diferenciándose entre iniciación (artículo15), desarrollo del procedimiento (artículo16) y finalización del procedimiento (artículo17)¹⁶.

Así pues, desde una perspectiva práctica, la mediación familiar se desarrolla a lo largo de varias fases, a las que vamos a hacer seguidamente referencia prestando especial atención a la génesis y dinámica del conflicto.

Un conflicto empieza cuando una parte, de modo intencional o no, invade o afecta negativamente algún aspecto psicológico, físico o territorial de la otra parte. El daño puede ser real (objetivamente comprobable), o puede ser solamente percibido por la parte afectada (daño subjetivo). En el proceso de la mediación se observan las siguientes fases:

- 1) Recibir adecuadamente a las partes en conflicto (crear un entorno y una atmósfera favorables para que las partes se encuentren cómodas);
- 2) Capacidad empática y de escucha por parte del mediador (las partes exponen sus problemas en un clima sereno);
- 3) Resumir –puede ser utilizando una pizarra de papel como técnica- para que consten perceptivamente y sin refutaciones posteriores los acuerdos logrados en las sesiones;
- 4) Identificar siempre las reales necesidades de las partes;
- 5) Proponer o enfatizar algunas opciones para la solución del conflicto;
- 6) Concretar un acuerdo final -al menos inicialmente teórico- que ambas partes puedan y decidan aceptar e implementar; sería una alternativa inicialmente teórica que procure restaurar una relación positiva y que permita finalizar las hostilidades.
- 7) Suscribir y formalizar el acuerdo definitivo en el acta final.

Estas fases comportan en el ámbito de la mediación familiar:

- **Conocimiento:** representa la primera señal de que ha surgido el conflicto y las partes comienzan a tomar conciencia de la disputa que les enfrenta (núcleo del problema). Su posicionamiento (grado de interdependencia y relación entre las partes), en el que aparece un clima emocional fuerte, es muy rígido y se reconoce a través de la percepción de las necesidades o de los valores incompatibles: miedo, rabia, agresividad, ataque o una reacción de autodefensa, etc.

- **Diagnóstico:** esta fase es importante para evaluar si las partes están enfrentadas por un conflicto de necesidades o de valores. Es importante definir si el conflicto se refiere a las necesidades humanas basadas en impulsos básicos de supervivencia. Por ejemplo, la propiedad, el dinero o la salud, representan necesidades básicas. Sin embargo, si se refiere a los valores, ataca al respeto, a la imagen profesional frente a la sociedad, al status social, a la propia autoestima...

¹⁶ El procedimiento de mediación es objeto de estudio, en esta misma publicación, por Miriam López Maqueda, por lo que no profundizamos ahora más.

- Reducción del conflicto: esta fase trabaja las diferencias intentando así reducir el nivel de energía emocional y hacer comprender a las partes sus diversas posturas de manera que se pueda manejar el conflicto (identificar y trabajar continuamente las posiciones rígidas). Las partes se mentalizan en reducir las actitudes agresivas y la conducta destructiva, minimizando así los sentimientos negativos del uno hacia el otro, intentando generar un respeto mutuo (hacer emerger los valores auténticos y en común de los sujetos implicados).

- Solución del problema: esta fase representa un momento de los procesos de solución de los problemas donde se establecen unas acciones efectivas, para llegar a una solución que satisfaga los intereses principales de ambas partes. Se intenta cuidar la relación y buscar el entendimiento construyendo resultados mutuamente beneficiosos (hacer emerger las necesidades reales, trabajando las obstinaciones y los prejuicios que son las características principales de las posiciones rígidas, construyendo gradualmente un compromiso de intereses posibles).

3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR COMO FORMA COMPLEMENTARIA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Son varias las formas complementarias de resolución de conflictos, tales como el arbitraje, la negociación, la conciliación o la propia mediación. Esta última, sin embargo, difiere con respecto a las otras formas complementarias, ya que presupone un tercero "neutral" e "imparcial" definido como mediador, que ayuda a las partes involucradas para que resuelvan voluntaria y libremente sus controversias. El mediador intenta -trabajando y estimulando cambios- ayudar a las partes en disputa, a confrontar sus puntos de vista y a encontrar un acuerdo final que satisfaga a ambas. Se trata pues de un proceso por fases, libre, pacífico y de autoconcienciación, donde son las partes las que deciden autónomamente. El mediador sólo dirige y ayuda, en una situación de confianza, secreto profesional y confidencialidad, poniendo en marcha unas técnicas diferentes de ayuda para que las partes directa o indirectamente involucradas encuentren el bienestar psicológico y socio-económico (por ejemplo, progenitores, hijos, etc.).

La mediación no consiste en la búsqueda de una "justicia" -en una especie de duplicación de la acción jurisdiccional- sino más bien en el hecho de devolver a las partes protagonistas del conflicto, el poder y la responsabilidad de la autodeterminación, estableciendo nuevas modalidades de relación que favorezcan la reanudación de una comunicación interrumpida y hecha en "sentido único".

Como ya hemos mencionado anteriormente, el desarrollo del proceso de mediación -en fases que serán definidas gradualmente por el mediador y según los resultados evolutivos obtenidos- consiste por tanto en:

- a) Percibir e identificar el núcleo del problema.
- b) Detectar el grado de interdependencia y relación entre las partes (poder de influencia de las mismas: emociones, sentimientos...).
- c) Identificar y trabajar continuamente las posiciones rígidas.
- d) Construir gradualmente un compromiso de intereses posibles y en común.
- e) Estimular y hacer surgir sobre todo las verdaderas necesidades reales.

f) Hacer emerger los valores auténticos y en común de los sujetos implicados como punto de partida y encuentro para un acuerdo final que satisfaga a ambos (yo gano, tú ganas).

La mediación, como técnica de resolución de conflictos, representa no sólo un instrumento para la reconstitución de las controversias, sino también una modalidad para reconstruir nuevas perspectivas de agregación y de paz. Favorece una fluidez de la comunicación, que antes se presentaba rígida. El hecho de que se eduque a las partes para que interpreten el papel del otro (es decir, poniéndose en el lugar del otro), permite trabajar las posturas rígidas, la resistencia al cambio y estimular a personas o grupos para que desarrollen aquellas interacciones sociales verdaderamente significativas, creando nuevas formas de solidaridad y aproximación a la resolución del conflicto.

BIBLIOGRAFÍA

- › ADORNO, T., FREKEL-BRUNSWIK E., ELVINSON D., NEVIT SANTFORD R. (1950) (1973): *La personalità autoritaria*, Milano: Ed. Comunità.
- › BERNARD, J. (1960): *La Sociología del Conflicto*, México D.C.: Instituto de Investigaciones Sociales/Universidad Nacional Autónoma de México.
- › COSER, L. (1956): *The functions of social conflict*, Nueva York: Free Press.
- › DANA, D., (2002): *Adios a los conflictos*, McGraw-hill Profesional.
- › DOLLARD, J.; DOOB, L.W.; MILLER N.E.; MOWRER O.H. y SEARS R.R. (1939): *Frustration and Aggression*, New Haven: Yale University Press.
- › EL PAÍS, Madrid, 3 de agosto de 2002.
- › ENTELMAN, R.F., *Teoría de conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Barcelona: Gedisa, 2002.
- › ESKOLA, A. (1978): *Psicología Sociale*, Roma: Ed. Bulzoni editore.
- › FESTINGER, L. (1973): *Teoria della dissonanza cognitiva*, Ed. Franco Angeli.
- › FREUD, S.(1982): *Psicologia delle masse e analisi dell'io. Il disagio delle civiltà*, Ed.: Boringhieri.
- › GABEL, J. (1967): *La falsa coscienza*, Bari: Dedalo.
- › HINDE R. A.(1974): *Le basi biologiche del comportamento sociale umano*. Bologna: Ed. Zanichelli.
- › KAGAN, R. (2002): "Power and Weakness", Policy Review 113, junio-julio de 2002.
- › JAMES, W. (1982): *Textbook of Psychology*, London. Macmillan.
- › JERVIS G.(1973): *Introduzione a La Personalità Autoritaria* di Adorno T. E coll., Milano: Ed. Comunità.
- › LA GORCE, Paul-Marie (de) (2002): "La guerra preventiva, un peligroso concepto estratégico", Le Monde diplomatique, septiembre de 2002.
- › LEDERACH, J. P. (1997): *Building peace: sustainable reconciliation in divided societies*, Washington: United States Institute for Peace.
- › LE JOURNAL DU DIMANCHE, Paris, 16 de febrero de 2003.
- › MCDUGALL, W. (1923): *An Outline of Psychology*, London: Methuen.
- › RAMONET, I. (2003): *History is again on the move* LE MONDE diplomatique-Marzo de 2003.
- › RIESMAN, D.:(1956): *La folla solitaria*, Bolonia: Ed. il Mulino.
- › ROMMETVEIT, R.(1954): *Social norms and roles*, Oslo: Akademisk forlag.
- › SCHUTZ A (1995): *El problema de la realidad social*, Buenos Aires: Amorrortu .
- › SHERIF, M. (1936): *The psycology of social norms*. New York: Harper.
- › TOUZARD, H. (1981): *La Mediación y la solución de los conflictos*, Barcelona: Herder.

SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS: FORMAS HETEROCOMPOSITIVAS Y AUTOCOMPOSITIVAS

por
Nuria Belloso Martín

1. OTRAS FORMAS DE RESOLVER LOS CONFLICTOS: FORMAS HETEROCOMPOSITIVAS Y FORMAS AUTOCOMPOSITIVAS

No pretendemos justificar las bondades de las formas autocompositivas de resolución de conflictos partiendo de la mera crítica de las formas heterocompositivas y, sobre todo, del congestionamiento de la Administración de Justicia. No queremos caer en la trampa de que, por ejemplo, para ensalzar la mediación, nos limitemos a resaltar las insuficiencias del proceso. Tanto las formas heterocompositivas como las autocompositivas presentan unas ventajas y unos inconvenientes. Se trata de saber extraer el mejor aprovechamiento de cada una de ellas atendiendo a diversas variables tales como el tipo de conflicto de que se trate, el procedimiento de gestión del mismo y la autonomía y la capacidad de las partes para gestionar su conflicto. La verdadera clave del cambio es la de promover una revolución pacificadora¹.

1.1 Formas complementarias de resolución de conflictos y Administración de Justicia

La utilización de las técnicas de resolución de conflictos alternativas al Poder Judicial –conocidas como ADR, terminología que deriva de su denominación en inglés, *Alternative Dispute Resolution*- es cada vez mayor². En el Derecho extranjero es paradigma esencial en el movimiento de búsqueda de formas o mecanismos alternativos de resolución de conflictos el sistema anglosajón. La ideología que subyace en los Estados Unidos, cuna del sistema de Derecho anglosajón, basado no en la ley sino en la actividad judicial y en la jurisprudencia, creaba un clima propenso para ser el caldo de cultivo de estas ADR. Algunos ubican los orígenes en el movimiento del *Critical legal Studies*. Este movimiento, nacido en la Universidad de Harvard, defendía el realismo jurídico y luchaba con el sistema

¹ Un estudio previo sobre esta temática lo hemos publicado en: (2002): "Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos", en V. Zapatero edtr., *Los nuevos horizontes de la Filosofía del Derecho*. Libro homenaje al Profesor Luis García San Miguel, Universidad de Alcalá de Henares, p.55-92. También, en lengua italiana, (2000-2001): "Altre strade per il Diritto: forme alternative di risoluzione di conflitti", *Annali del Seminario Giuridico*, Università di Catania: Giuffrè Editore, Vol.II, p.347-385.

² Aunque solemos utilizar la traducción literal de la terminología anglosajona -ADR-, hay que dejar constancia de que preferimos calificarlas de formas "complementarias" de resolución de conflictos y no de formas "alternativas" puesto que no se trata de sustituir a la Administración de Justicia ni al proceso sino de complementarlo.

En el marco del Derecho continental, M. Taruffo y otros autores no admiten que esa alternativa sea posible porque los objetos a elegir son de naturaleza distinta, no son intercambiables ni sustituibles. Así por ejemplo, no aceptan que la mediación sea una alternativa al proceso judicial. Sí reconocen que la relación entre mediación y sistema judicial es más estrecha en el sistema de Derecho continental que en el caso del Derecho anglosajón (vid. Taruffo, M. (2002): "Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative", *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, en T. Mazzaresse coord., Torino: G. Giappichelli Editore, p.189-205).

Sostenemos que se trata de formas "complementarias" de resolución de conflictos y no "alternativas" porque los diversos acuerdos a los que lleguen las partes implicadas para solucionar sus conflictos no pueden ser *contra legem*. Es decir, los acuerdos alcanzados, bien sea en la conciliación, en la negociación o en la mediación, deben cumplir una serie de requisitos establecidos dentro del marco legal. Y si es el propio ordenamiento jurídico el que facilita ese entendimiento y complementariedad entre diversas formas de resolver los conflictos –como es el caso de la conciliación previa al proceso o de las diversas Leyes autonómicas de mediación familiar-, hay que felicitarse por ese logro.

En este estudio, utilizaremos indistintamente los calificativos de "alternativas" y "complementarias".

jurídico estatalmente configurado. De ahí el interés que se produjo, desde diversos ámbitos, por la propuesta de “mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales o mediante medios no judiciales”.

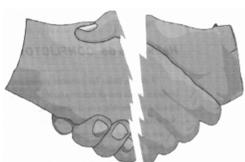
Las ADR se han extendido desde América del Norte, Inglaterra y Australia a Vietnam, Sudáfrica, Rusia, varios países centroeuropeos, Sri Lanka y Filipinas. Todos estos países están desarrollando programas innovadores, acoplados a sus propias características culturales, que van desde la mediación en causas civiles a la protección del medio ambiente. Incluso estos países también recurren a la mediación para resolver sus conflictos con otros países. El Tratado de Libre Comercio de Estados Unidos y Canadá y el Tratado de Libre Comercio Norteamericano contienen cláusulas expresas de resolución de controversias. La rapidez con que ha crecido el entusiasmo por la resolución extrajudicial de litigios reside en que las partes en conflicto pueden adoptar el papel de juez, de forma que la gente se sienta satisfecha al desempeñar un papel activo en la solución de sus propios conflictos o en los de otros.

TÉCNICAS DE ADR

NEGOCIACIÓN

CONCILIACIÓN

MEDIACIÓN



Hace ya dos décadas, la Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales, invitaba a promover la solución amistosa de los conflictos: “Considerando, de una parte, el aumento de los casos interpuestos ante los Tribunales, que necesariamente interfieren con el derecho de los justiciables a que su causa sea resuelta con una demora razonable, tal y como previene el artículo 6.1 de la Convención Europea de los Derechos del Hombre; Considerando, de otra parte, el elevado número de tareas no jurisdiccionales que han sido confiadas a los Jueces, número que, en ciertos Estados, tiene tendencia a aumentar; Convencido del interés en limitar las tareas no jurisdiccionales atribuidas a los jueces así como la excesiva carga de trabajo que soportan los tribunales, a fin de mejorar el funcionamiento de la justicia (...) Invita a los gobiernos de los Estados miembros, además de a asignar a la judicatura los medios necesarios para atender con eficacia el creciente número tanto de los asuntos contenciosos como de las tareas no-judiciales, a reflexionar sobre la conveniencia de perseguir uno o más de los objetivos siguientes como parte de su política judicial: I. Promover, en el caso de que sea oportuna, la solución amistosa de los conflictos, sea ante el orden judicial, como anterior o durante el proceso judicial. A este efecto, podrían ser tomadas en consideración las siguientes medidas: Prever mediante las oportunas ventajas, procedimientos de conciliación que, con carácter previo al proceso judicial o al margen del mismo, tendrían por finalidad solucionar el litigio”⁵.

⁵ Recomendación (86) 12 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa respecto a medidas para prevenir y reducir la carga de trabajo excesiva en los Tribunales (Adoptada por el Consejo de Ministros de 16 de septiembre de 1986, durante la 399ª reunión de los Delegados de los Ministros) (Vid. Prats Albentosa, L. edtr. (2003): *Legislación de Mediación Familiar*, Navarra:Thomson-Aranzadi, p.23).

Como señala J.F. Mejías Gómez, "aunque la jurisdicción constituya la 'última ratio' a la que todos los ciudadanos podrán acudir para obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos (art.24 de nuestra Constitución), nada puede objetarse a la existencia de fórmulas, sean éstas públicas o privadas, de solución de conflictos"⁴. En otros ámbitos de la Administración han aparecido servicios privados que conviven pacíficamente con los públicos (empresas privadas de mensajería, de seguridad privada). Es el ciudadano quien elige a qué tipo de servicio prefiere acudir. El hecho de que los ciudadanos acudan normalmente a los tribunales para solventar sus disputas puede obedecer a los siguientes motivos: a) Ausencia de cultura de la transacción: los conflictos pretenden dirimirse por vía heterocompositiva y no por vía autocompositiva; b) Tendencia a que todos los problemas de los ciudadanos sean resueltos por los poderes públicos; c) Complejidad cada vez mayor de la vida social, especialmente en el ámbito mercantil; d) Exigencia por parte de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos; e) Creciente protagonismo social, político, jurídico y económico del Poder Judicial; f) Excesivo protagonismo del Estado y ausencia de regulación jurídica que invite a los ciudadanos a acudir a vías alternativas de resolución de conflictos; g) Utilización del proceso como forma de 'venganza social'⁵.

Tal vez la reticencia que se pueda tener con respecto a los sistemas complementarios de resolución de conflictos disminuyera si se los contemplara más que como sistemas alternativos a la vía judicial, como procedimientos complementarios a la misma, en el sentido de vías no excluyentes, opuestas o antagónicas a la judicial⁶. Estos medios no jurisdiccionales de resolución de conflictos en ocasiones son complementarios, sucesivos o previos a la vía jurisdiccional, pero no puede olvidarse que también constituyen vías alternativas. Como advierte S. Barona Vilar, cuando se llega a un acuerdo y el proceso ya había comenzado implica una terminación anormal del mismo basada en el principio dispositivo que rige la autonomía de la voluntad. En este sentido, las formas anormales de terminación del proceso son medios a través de los cuales se produce una alternativa al desarrollo íntegro del proceso; por ejemplo, basta pensar en el desistimiento, la renuncia, el allanamiento, la

4 Mejías Gómez, J.F. (1998): "Resolución alternativa de conflictos", *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (Arbitraje, conciliación)*, Valencia: Generalitat Valenciana- Conselleria de Bienestar Social, p.11.

5 Cfr. *Ibidem*.

6 Un ejemplo de ello lo encontramos en el arbitraje. La formalización del convenio arbitral se hace judicialmente; el juez adopta, si es necesario, medidas cautelares en el seno del procedimiento arbitral y, finalmente, la ejecución forzosa del laudo arbitral se realiza por el juez.

Estos mecanismos alternativos "se sitúan al lado del tradicional proceso judicial –obsérvese que no pretenden sustituir el proceso judicial- como una opción encaminada a descongestionar los tribunales y a reducir el coste y la demora de los procedimientos, a estimular la participación de la comunidad en la resolución de conflictos y a facilitar el acceso a la solución del conflicto, ya que, a veces, muchos de éstos quedan sin resolverse porque las vías de obtención son complicadas y costosas, y las partes no tienen alternativas disponibles, a no ser, que recurran a la fuerza" (Bolzan de Moraes, J.L. (1999): *Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.107-108).

De ahí que las ventajas que puedan destacarse de estos sistemas complementarios sean: confidencialidad, ausencia de formalismo, flexibilidad, economía y justicia en las decisiones. Pero tampoco pueden olvidarse las desventajas: el común desequilibrio de poder entre las partes, el problema de representación y la falta de fundamento para la actuación judicial posterior. "La justicia debe prevalecer antes que la paz, afirman los críticos. Considerar la equivalencia entre un acuerdo firmado y una sentencia dictada sería reducir la función social de decisión jurisdiccional a mera resolución de conflictos privados, lo que privaría a los tribunales de emitir interpretaciones acerca de los textos legales y a la sociedad de tener a su alcance auténticos criterios de justicia" (*op.cit.*, p.109). (La traducción es nuestra).

transacción y la caducidad, con efectos procesales, ya sea por voluntad de una de las partes que hace dejación de la pretensión o del proceso, bien por voluntad de ambas que dejan transcurrir el tiempo sin actividad alguna o porque deciden llegar a un acuerdo⁷.

La Constitución establece que la función de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los jueces y magistrados (art.117.3), lo que podría provocar una duda de constitucionalidad en cuanto existen órganos jurisdiccionales que ejercen la función de resolución de conflictos. Así por ejemplo, la institución arbitral se basa en la libertad, en la autonomía de la voluntad, en la "disponibilidad de lo disponible" que posibilita a que o bien se asuma la no resolución del conflicto (no acudiendo a ningún mecanismo ni órgano que resuelva el conflicto planteado) o bien se elija de entre las posibles la vía que parezca más acertada a los intereses de los sujetos en conflicto⁸. Buena muestra de la evolución que están experimentando estas fórmulas alternativas es la que encontramos en su propia denominación: "Resolución Alternativa de Conflictos" ha derivado en el término "Resolución Complementaria de Conflictos". Recientemente se está ajustando en la propuesta de "Resolución Adecuada de Conflictos"⁹. En este sentido, La Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar de Castilla y León, en su Exposición de Motivos regula la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial, sin atribuirle en ningún caso efectos procesales, cuya competencia, según el artículo 149.1.6.º de la Constitución española, corresponde en exclusiva al Estado. Se trata de un procedimiento complementario y no alternativo al sistema judicial de resolución de conflictos, por lo que es totalmente respetuoso con el derecho de las personas a la tutela judicial efectiva.

Las vías alternativas/complementarias de resolución de conflictos pueden sistematizarse en dos grandes opciones: la vía autocompositiva –también conocida como no adversarial- y la vía heterocompositiva –la adversarial-. Las vías autocompositivas son aquéllas que se caracterizan porque son las propias partes, auxiliadas, ayudadas o motivadas o no por un tercero, las que protagonizan el acuerdo. No se someten a un tercero para que éste resuelva sino que son las propias partes las que determinan la solución al conflicto, limitándose el tercero-mediador a aproximar a las partes en el acuerdo pero nunca hasta el punto de imponerles la solución. Algunos autores, como Alcalá-Zamora, lo llamaban autodefensa; otros, como Montero Aroca, autotutela. En ambas fórmulas pueden destacarse dos elementos: a) la ausencia de un juez distinto a las propias partes; b) la imposición de una decisión por una de las partes frente a la otra. Se trata de que las partes intenten resolver el conflicto pendiente con el otro mediante la acción directa, en lugar de servirse de la acción dirigida hacia el Estado a través del proceso. Es cierto que al Estado le conviene aprovechar estas fórmulas para liberar a los tribunales del exceso de trabajo, pero siempre y cuando no constituyan un peligro para la paz social¹⁰.

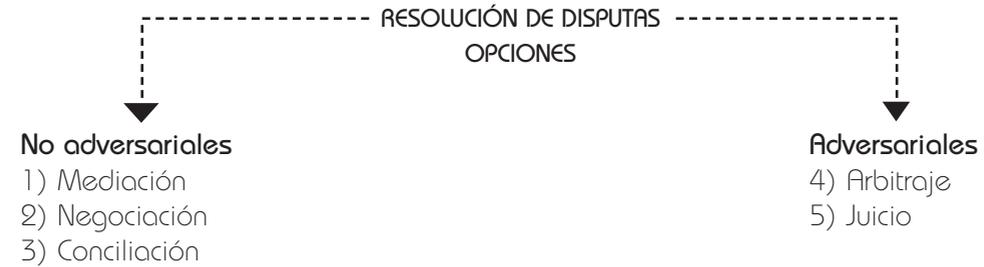
⁷ Cfr. Barona Vilar, S., (1999) *Solución extrajudicial de conflictos. "Alternative Dispute Resolutions" (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia:Tirant lo Blanch p.196-197.

⁸ Cfr. Barona Vilar, S., "(2005): "Arbitraje y justicia en España en el siglo XXI" *JurisPoesis* 8, Universidade Estacio de Sá, p. 439-462.

⁹ Cfr. Pérez i Montiel, J., "La mediación familiar", *Curso sobre resolución alternativa de conflictos*, cit., p.200.

¹⁰ Cfr. Mejías Gómez, J.F., *op.cit.*, p.18-19.

MÉTODOS ADVERSARIALES Y NO ADVERSARIALES



Métodos de resolución	Intervienen	Deciden
1) Mediación	Mediador - Partes	Partes
2) Negociación	Partes - Abogados	Partes
3) Conciliación	Juez - Partes - Abogados	Juez
4) Arbitraje	Arbitro - Partes	Arbitro
5) Juicio	Juez - Partes - Abogados	Juez

La heterocomposición hace referencia a aquellos sistemas de solución de conflictos, sean de carácter público (jurisdicción) o sean de carácter privado (arbitraje), en los que un tercero da la solución a las partes, las cuales se limitan a realizar las alegaciones que consideran oportunas y desarrollan los medios de prueba pertinentes para la defensa de sus respectivas posiciones.

En lo que se refiere a la obligatoriedad de estas vías alternativas, parece que lo más recomendable sería no establecer ninguna clase de obligatoriedad y respetar la voluntad de las partes. Pero algunos sectores doctrinales se decantan por la conveniencia de establecer la obligatoriedad de algunos sistemas alternativos, especialmente en el caso de la mediación (en el Derecho de familia y en el Derecho del trabajo principalmente).

Nuestras sociedades muestran seguramente una mayor afinidad con los sistemas de gestión de los conflictos basados sobre modelos del "orden impuesto", y no con los modelos del "orden negociado". Rechazado, al menos formalmente, el recurso continuo al puro y solo enfrentamiento de fuerza o de poder, se dirigen a los métodos típicos del conflicto de derechos ignorando prácticamente los de la conciliación de intereses. Las formas complementarias de resolución de conflictos han dejado atrás el Estado pre-moderno y se inscriben en un Estado post-moderno, que coloca en su justo lugar la autonomía de las partes y los derechos. Estamos inmersos en una "cultura de los derechos", es decir, de la juridificación de las posiciones de los sujetos titulares de intereses meritorios y dignos de tutela. La titularidad de un derecho no es sólo una determinada calificación formal referida a un sujeto abstracto sobre la base de las "reglas del juego de la paz", sino que se encuentra en una situación real expuesta a violaciones, desconocimiento y abusos, y por ello precisa de una protección y de una

tutela fuerte. La cultura actual de los derechos se encuentra más cercana al neoconstitucionalismo y configura un nutrido grupo de situaciones jurídicas con tal grado de relevancia que supera la tradicional dimensión nacional del ordenamiento jurídico y que se coloca en una esfera diversa y superior respecto a las normas jurídicas ordinarias.

Por otra parte, hay otros casos, cada vez más numerosos, en los cuales las situaciones jurídicas que en el pasado se venían considerando "no disponibles" son ahora objeto de negociación y de soluciones acordadas entre las partes: baste citar la mediación penal y la mediación familiar para darse cuenta de la idea de cómo cualquier situación jurídica puede ser objeto de negociación y de compromiso. Se asiste pues, desde hace algún tiempo, a una amplia y rápida proliferación de formas alternativas de resolución de controversias, especialmente en forma de mediación. Sin embargo, todo esto no debe llevar a pensar que la cultura de los derechos se encuentre en una fase de extinción, por ser sustituida por una verdadera y propia cultura de la mediación¹¹.

La cultura de los derechos ha operado en diversos niveles, en el sentido de reforzar el reconocimiento y la protección de los derechos, a veces recurriendo a instrumentos meramente formales, como el vínculo de la indisponibilidad, pero sobre todo proporcionando a sus titulares un acceso al menos potencialmente ilimitado a la tutela jurisdiccional. No se trata sin embargo de un camino armónico y rectilíneo. Por un lado, hay derechos –como el derecho a un medioambiente de calidad– que encuentran impulso en la ley pero que aún no cuentan con una adecuada protección jurisdiccional. Es decir, un ordenamiento en apariencia evolucionado como el nuestro resulta insuficiente en relación a la tutela de numerosas situaciones, sobre todo las de los derechos colectivos.

Por otro lado, también se aprecia –por diversas razones, en las que ahora no nos detenemos– que se reduce o se pretende reducir el nivel de protección y de garantías de situaciones jurídicas reconocidas desde hace tiempo. Baste tomar como ejemplo, los derechos del trabajador: la violación de las reglas contra el despido injustificado se ha convertido, tanto de *facto* como de *iure*, en una realidad que tiene su conversión en dinero. Por consiguiente, se convierten en situaciones perfectamente "negociables" tratándose sólo de dinero. Incluso este área teóricamente "resistente" de los derechos del trabajador se degrada hasta llegar a configurarse como una materia ideal para someterla a negociación o mediación.

¹¹ Michele Taruffo, haciendo referencia a la situación de la mediación en Italia, subraya que la verdadera razón de la proliferación, sobre todo legislativa, de la mediación, reside en la incapacidad del legislador de proporcionar formas decorosas de tutela jurisdiccional de los derechos. De esta forma, la mediación no se presenta como si fuese una especie de panacea de los males de la justicia civil, o como si fuese la forma ideal para la solución de los conflictos; en realidad, en la óptica del legislador se trata de una solución de repliegue, de un intento de desviar la controversia mediante canales diversos del de la tutela jurisdiccional. En cierta manera, el legislador manda al ciudadano un mensaje de este género: "como no estoy en condiciones de garantizar verdaderamente la tutela efectiva de tus derechos ante el juez, te sugiero (o te impongo) que te dirijas a la mediación, donde es posible que llegues a obtener algo. Esto será probablemente menos de lo que podrías obtener ante un juez, pero siempre será mejor que nada". Esto equivale a afirmar que la proliferación legislativa de las formas de mediación se produce en Italia por razones equivocadas. Taruffo salva de esta situación a las controversias en materia de familia, cuando surgen en la praxis formas de mediación que se configuran como un modo oportuno- y quizás como el mejor modo- para afrontar y resolver los conflictos. La "giustizia coesistenziale" que ofrecen las adecuadas técnicas de la mediación aparecen como preferibles a la ruptura radical que frecuentemente se deriva de una sentencia judicial (Cfr. Taruffo, Michele (2004): "Considerazioni sparse su mediazione e diritti", *Ars Interpretandi, Mediazione e hermeneutica*, vol.9, Padova:Cedam, p.104-109).

Se señala que es deber del Estado distribuir justicia y aplicar el Derecho, pero ya conocemos la “debilidad” del sistema jurídico procesal y la ineficacia e insuficiencia del propio aparato del Estado. Nuestro sistema jurídico, afiliado a la tradición del *civil law*, se rige principalmente por el normativismo, y a través del proceso civil y del penal se configura un único sistema para resolver la totalidad de los conflictos de intereses. Sin embargo, actualmente los ciudadanos reclaman una correcta distribución de la justicia y aplicación de la ley. Nos encontramos en una sociedad de una cultura principalmente litigiosa, lo cual desemboca en un ingente número de conflictos; pero ello no significa que todos deban resolverse ante los tribunales.

En general, el procedimiento judicial tiene una mayor eficacia que otros procedimientos. Sin embargo, esta eficacia se ve compensada por los riesgos más elevados en que incurren las partes ante la decisión de un tercero que no han elegido. A ello hay que sumar que, para que se inicie el procedimiento, no es preciso que las dos partes estén de acuerdo; basta con la voluntad de una sola parte para que la otra se vea sometida a ella, incluso en contra de sus deseos. Resulta claro que el juez se encuentra en una situación difícil. Debe resolver el caso incluso faltando la principal condición que, en los otros tipos de procedimientos, convierte a la tríada en un mecanismo eficaz de resolución de litigios: el consenso directo de las partes sobre el procedimiento y sobre el tercero que lo conduce. Es ahí precisamente donde se encuentra la fuente de crisis de consenso que, al menos potencialmente, siempre está presente en el procedimiento judicial¹².

1.2 Características de las formas heterocompositivas y formas auto-compositivas de resolución de conflictos

Se suele aceptar, como apunta M. Atienza, que además del judicial existen otros dos mecanismos o instancias básicas de resolución de conflictos jurídicos. La resolución de un conflicto, al menos teóricamente, puede ser un asunto exclusivo de los afectados, o bien exigir la participación de un tercero que puede intervenir en el mismo dotado de mayor o menor poder. De esta forma, a veces son los propios sujetos que se ven envueltos en el conflicto quienes procuran resolverlo sin necesidad de acudir a una tercera instancia (negociación); mientras que en otras ocasiones (o, con mayor frecuencia, cuando la negociación no ha llevado a un acuerdo) se recurre a la ayuda de un tercero a quien no se reconoce, sin embargo, poder para tomar una decisión vinculante para las partes (mediación); o bien a un tercero pero cuya decisión ya es vinculante y que, en alguna forma, representa el poder público (jurisdicción)¹³.

Los mecanismos complementarios, entre los que cabe citar el arbitraje, la negociación, la conciliación y la mediación, se sitúan, frente al tradicional proceso judicial, como una opción encaminada a descongestionar los tribunales y reducir los costes y demora de los procedimientos; a estimular la participación de la comunidad en la resolución de los conflictos y a facilitar el acceso a la justicia –a veces, los

¹² Cfr. Guarnieri, C., y Pederzoli, P. (1999): *La puissance de juger* (1996), trad. M.A. Ruiz de Azua, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid: Taurus, p.129.

¹³ Cfr. Atienza, M. (1999): “Argumentación y resolución extrajudicial de conflictos”, en R. Bergalli edtr., *Contradicciones entre Derecho y control social*, Barcelona: Bosch & Goethe Institut de Barcelona, p.59-60.

conflictos quedan sin resolver porque las vías de obtención son complicadas y costosas y las partes no tienen alternativas disponibles a menos que recurran a la fuerza.

MEDIACIÓN	ARBITRAJE	JUICIO
Voluntaria	Voluntario	No voluntario
Se elige al mediador	No se elige al árbitro	No se elige al juez
Privada	Privado	Público
Cooperativa	Adversarial	Adversarial
Conocimientos del mediador	Conocimientos del árbitro	El juez no siempre es experto en el tema
Reuniones programadas por las partes	Reuniones fijadas por el árbitro	Reuniones fijadas por el juzgado
Informal	Semi formal	Formal
Acuerdo mutuo	No acuerdo mutuo	No acuerdo mutuo
Sin ganadores ni perdedores Sin culpables	Ganadores y perdedores	Ganadores y perdedores

Estos métodos ofrecen pues unas claras ventajas: sus resultados son más rápidos porque el tercero imparcial, sea árbitro, conciliador o mediador, puede ayudar a llegar a un resultado antes de que el proceso progrese o incluso se inicie. Se caracterizan por la confidencialidad de sus procedimientos, pues a diferencia de la mayoría de los judiciales, no son públicos sino secretos. Son también "informales", dado que generalmente los procedimientos existentes revisten escaso formalismo; son flexibles, ya que las soluciones no se encuentran prefijadas en la ley y se tiene la facultad de hacer justicia en cada caso según las peculiaridades. Son económicos, pues no se pueden comparar sus costes a los de litigar siguiendo un sistema formal, como el judicial. Son más justos en las decisiones, pues la resolución depende de lo que las partes acuerden.

VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LOS DISTINTOS MODOS DE RESOLVER LAS DISPUTAS Y CONFLICTOS

MÉTODOS

ADVERSARIALES

No hay protagonismo de partes

Costoso

Lento

Gana - pierde

NO ADVERSARIALES

Alto protagonismo de partes

Menos oneroso

Rápido

Gana -gana

Sin embargo, estos mecanismos han sido también objeto de duras críticas, tales como: el desequilibrio de poder entre las partes, pues la mayoría de los conflictos abarcan personas con posición económica diferente, lo que acaba por influir en la parte con menor poder por falta de recursos; también el problema de la representación, pues a veces estos mecanismos presuponen individuos actuando por sí mismos y otros mediante abogados o representantes; e incluso grupos y organizaciones firman acuerdos que no son los que mejor atenderían los intereses de sus clientes, subordinados, etc.

Es una realidad que el modelo tradicional ha sido el conflictual¹⁴, pero en los últimos años el modelo consensual pasa por un período de fortalecimiento y de recuperación. El modelo conflictual¹⁵ se caracteriza por la oposición de intereses entre individuos iguales en derechos y por la actuación de un tercero encargado de declarar a quién pertenece el derecho. Sería el modelo tradicional triádico de jurisdicción: parte A, parte B y Estado juez (que da lugar a la sentencia "impuesta"). Cuando no se produce el cumplimiento espontáneo de los preceptos legales, se recurre al Poder judicial, a quien se considera exclusivamente legitimado, en su calidad de ente autónomo y externo, neutro e imparcial, que impone decisiones normativas y concluye los conflictos surgidos entre individuos "iguales" en derechos, los cuales a su vez están representados por operadores jurídicos que actúan de intermediarios.

El modelo consensual, para dar respuesta a la oposición de intereses entre las partes, permite el debate directo entre las mismas (parte A, parte B, mediador/conciliador) que da lugar a la decisión "construida por las partes". Aquí no se produce una delegación del poder sino una apropiación del mismo por los individuos implicados. Hay proximidad, oralidad, disminución de costes, rapidez y negociación; pero también puede encontrarse la atribución de una función simbólica referencial al ente estatal, pues apunta a una

¹⁴ Tal vez convendría partir de la definición de "conflicto". Hay que tener presentes dos cuestiones: primero, que el conflicto se produce de muchas formas y a todos los niveles del comportamiento humano (intrapersonal, interpersonal, e intergrupar); segundo, en cualquier situación, el conflicto puede estar ocurriendo a todos los niveles de manera simultánea (Cfr. Worchel, S., y Lundgren, S., (1996): "La naturaleza y la resolución del conflicto", *Community mediation. A handbook for practitioners and researches*, trad. M^a.A. Garoz, *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, K. Grover Duffy, J. W. Grosch y P.V. Olczak coords., Barcelona-Buenos Aires- México: Paidós, p.36).

¹⁵ Existen probablemente tres modos de afrontar un conflicto: 1) Intentando reconciliar los intereses de las partes; 2) Buscando establecer quién tiene razón, incluso en términos jurídicos; 3) Determinando quién es más fuerte, en cuanto a la relación de poder entre ambas partes. En el primer caso, las partes –solas o con la ayuda de un tercero– se encuentran como personas, con la intención de intentar la conciliación de sus intereses. En el segundo caso (conflicto gestionado jurídicamente según el esquema abogado-proceso-juez) las partes se enfrentan partiendo de los roles formales, con el objetivo de conseguir una victoria oficialmente reconocida (sentencia = razón/error + sanción del derecho). En el tercer caso, las partes se enfrentan sobre la base de una relación de fuerza, ya sea económica o física pura y simplemente

Un conflicto comienza cuando un sujeto (o un grupo) presenta una pretensión a alguien que la rechaza; la pretensión puede fundarse en un equívoco o también en un deseo o en una satisfacción que se desea complacer. Resolver un conflicto significa esencialmente transformar las posiciones opuestas de la pretensión en un solo resultado. En todo conflicto están en juego determinados intereses; muy a menudo se utilizan los estándares jurídicos de comportamiento que pueden ayudar a alcanzar un resultado "justo"; existen también, más o menos evidentes, las relaciones de poder entre las partes. Intereses, derechos y poder son los elementos base de cualquier tipo de conflicto. Para resolverlo las partes pueden, como hemos apuntado, intentar reconciliar los intereses reales: determinar quién tiene jurídicamente razón o determinar quién es más fuerte.

Los intereses son las necesidades, los deseos, los problemas, los temores, las "cosas" que faltan o que se querían tener. Muy a menudo no son expresados; permanecen escondidos detrás de los objetivos concretos que los individuos afirman perseguir (a estos, en general, se limita la intervención del Derecho y de sus operadores). En este sentido, los presuntos (y pretendidos) derechos resultan ser frecuentemente sólo la punta del iceberg de los intereses. No es fácil lidiar con los intereses para intentar conciliarlos. Implica confrontarse con prejuicios y convicciones profundamente arraigadas, discutir soluciones creativas y disponer de una amplia gama de ofertas y concesiones. Con este objetivo, el procedimiento más común es la *negociación*, en la que se instaura una comunicación bidireccional con el objetivo de lograr un acuerdo. Otro procedimiento basado sobre los intereses es la *mediación*, en la que un tercero imparcial externo a la disputa asiste y ayuda a las partes a gestionar su conflicto y, si es posible, a buscar un acuerdo. Tanto en la negociación como en la mediación aparecerán seguramente todos estos niveles de interacción: se intenta satisfacer los intereses, se discuten los derechos, entran en juego los respectivos poderes.

desjuridización del conflicto, aunque permanece como instancia de apelación, siempre que no fuera posible la solución consensual del conflicto¹⁶.

La “educación para la paz”¹⁷ está comenzando a dar sus frutos. Una comprensión amplia de la paz exige una comprensión amplia de la violencia, concepto antitético al de paz -no la guerra, como suele pensarse-, ya que la guerra no es más que un tipo de violencia, pero no la única. Entendemos por violencia todo aquello que impide a las personas autorealizarse como seres humanos. Por consiguiente, este concepto amplio y positivo de paz no tiene que ver únicamente con la guerra o el armamentismo, sino que “está relacionado con la forma en que viven los seres humanos”. La paz, así concebida, hace referencia a una estructura y relaciones sociales caracterizadas por la ausencia de todo tipo de violencia y la presencia de justicia, igualdad, respeto y libertad. Es decir, las características que constituyen el marco esencial para que sea posible la utilización de las ADR¹⁸.

Pero el hecho de que la paz signifique la ausencia de todo tipo de violencia no quiere decir que no puedan existir conflictos. La paz niega la violencia, no así los conflictos que forman parte de la vida¹⁹. Es más, a través de los conflictos que surgen a lo largo del desarrollo de nuestra vida, de cómo nos enfrentamos a ellos y los superamos, vamos creciendo. El conflicto no es malo en sí, lo malo en muchas ocasiones es la forma en que pretendemos resolverlo (con violencia, con autoridad, por la fuerza, aprovechándonos de nuestra superioridad con respecto a la otra parte y buscando la eliminación del adversario). El conflicto, como las crisis, es consustancial al ser humano. La dificultad estriba en que el conflicto es un fenómeno multidimensional que requiere ser explicado desde una perspectiva multidisciplinar. Resulta necesario diferenciar la agresión o cualquier respuesta violenta de intervención en un conflicto, del propio conflicto.

Tanto por la propia dinámica del conflicto como por las repercusiones pedagógicas que ello trae consigo, debe destacarse la especial importancia de la percepción de los protagonistas tanto en la génesis del conflicto como en su desarrollo, hasta el punto de que “regular o resolver un conflicto supone a menudo clarificar las percepciones y hacerlas comprensibles a los ojos de ambas partes”²⁰. En definitiva, hay que resaltar la

¹⁶ Cfr. Barona Vilar, S., *Solución extrajudicial de conflictos*, cit., p.46-47.

¹⁷ Sobre esta temática vid. el libro de Jares, X.R. (1999): *Educación para la paz. Su teoría y su práctica*, 2ª ed., Madrid: Editorial Popular.

¹⁸ Vid. nuestro trabajo (2002): “Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos” cit.

¹⁹ Cfr. Jares, X.R., *op.cit.*, p.106-107.

²⁰ Hay que tener cuidado con los falsos conflictos, es decir, aquellos conflictos que se generan no por causas objetivas –intereses ideológicos, económicos, educativos-, sino por un problema de percepción o de mala comunicación principalmente.

Xesús R. Jares, para ejemplificar un falso conflicto, cita el cuento de David Mckee (1987): *Los dos monstruos* (Madrid: Espasa Calpe) (*op.cit.*, p.112-113).

El libro narra la historia de dos monstruos que viven cada uno a un lado de la montaña que los separa, mirando uno hacia el este y el otro hacia el oeste. Los dos monstruos nunca se han visto y se hablan a través de un agujero que hay en la montaña que los separa. El supuesto conflicto surge cuando uno de los monstruos le comunica al otro: “¿Has visto que bonito? El día se marcha”. A lo que el otro contesta: “¿Que el día se marcha?, ¡querrás decir que la noche está llegando, tonto!”. A partir de entonces se enzarzan en un proceso de violencia –violencia verbal en este primer estadio- cada vez con mayores insultos. Posteriormente prosigue la escala de violencia lanzándose trozos de la montaña, que poco a poco se va desintegrando –violencia ambiental-, aunque la mala puntería de ambos hace que no se hayan llegado a dar con los pedruscos. Cuando por último agarra cada uno la última roca que quedaba de la montaña los dos monstruos se ven por primera vez, precisamente cuando empezaba una nueva puesta de sol. Y el primer monstruo, sorprendido, dice “¡increíble!, ahí llega la noche. Tenías razón”. “Asombroso”, -dice el segundo monstruo-, “tenías razón, es que el día se va”. Y se reunieron en medio del desastre que habían organizado y contemplaron juntos la llegada de la noche y la marcha del día.

En el análisis de este falso conflicto, hay que tener presente el papel que juega la montaña como contexto que imposibilita una buena comunicación que, junto con la diferente percepción e incapacidad para mirar desde la perspectiva del otro de los monstruos, precipitan la aparición del conflicto.

educabilidad del ser humano, y en esta renovada educación para la paz, las nuevas formas de gestionar los conflictos pueden desempeñar un papel fundamental.

La negociación, la conciliación y la mediación no niegan que el conflicto exista. Lo que pretenden es ayudar a las partes enfrentadas a poner los medios adecuados y a enfatizar las estrategias de resolución pacífica y creativa del mismo. La clave no está en la eliminación del conflicto sino en su regulación y resolución de forma justa y no violenta. Hay pues que aprender y practicar unos métodos, no de eliminar el conflicto, sino de regularlo y encauzarlo hacia resultados provechosos.

La utilización de medios alternativos a la vía jurisdiccional puede justificarse desde diferentes ópticas. La posición liberal, que plantea sus pretensiones desde la órbita de la libertad de elección del medio adecuado para casos concretos, considera que estos cauces constituyen un abanico de posibilidades en ese ejercicio de libertad de elección. Quienes defienden una óptica del papel socializador del Estado, entendiendo que es al Estado al que corresponde el ejercicio de la tutela efectiva de los ciudadanos, no se oponen a que se reconozca una pluralidad de medios para alcanzar la citada protección, si bien será el Estado el que delimitará y regulará estos medios, así como la posibilidad de acudir a estos cauces de forma voluntaria u obligatoria, con carácter previo al proceso o bien otorgándoles un carácter *intra* o *post* procesal.

De esta forma, el contenido de la disciplina de Derecho procesal va a tener que extenderse a esas otras figuras alternativas, de forma que los conflictos jurídicos que se planteen en nuestro ordenamiento podrán ser resueltos a través de dos vías: la vía jurisdiccional (a través del Poder judicial) o mediante otras vías que no son Poder judicial. No se trata de obviar la vía jurisdiccional, que está garantizada y desarrollada constitucionalmente, sino que se pretende incorporar vías complementarias o alternativas que permitan evitar que, en todo caso, la única solución sea la de acudir a los órganos jurisdiccionales²¹.

No puede negarse que el sistema español responde a unas coordenadas judicialistas pero actualmente el contexto político, el alejamiento de épocas arbitrarias sin verdadero Poder Judicial, las relaciones con la Unión Europea y el acercamiento entre diversos sistemas jurídicos así como la inoperancia de los órganos jurisdiccionales -por encontrarse desbordados ante el cúmulo de asuntos que se les presentan-, han hecho volver la vista hacia estas instituciones, algunas judiciales -pero no jurisdiccionales-, que pretenden paliar el excesivo número de asuntos que se presentan en sede judicial así como lograr una solución que satisfaga a los ciudadanos.

Partiendo de los tipos básicos de formas extrajurisdiccionales de resolución de conflictos citadas, cabría retomar un análisis comparativo de esos procedimientos entre sí y en relación con la jurisdicción. Golberg, Green y Sander presentan un interesante cuadro comparativo a partir de siete criterios de distinción:

- según el *carácter voluntario o involuntario*: la jurisdicción, a diferencia de los otros procedimientos, es involuntaria, es decir, el procedimiento judicial no requiere necesariamente acuerdo de las partes.

²¹ Cfr. Barona Vilar, S., *op.cit.*, p.168-169.

- según el *carácter vinculante o no vinculante*: tanto la sentencia como el laudo arbitral tiene carácter vinculante, pero el laudo sólo puede ser revisado por motivos limitados (más limitados, en principio, que los que permiten recurrir una sentencia); el acuerdo al que se llega en una mediación o en una negociación puede hacerse vinculante si adopta la forma de contrato.

- según las *características del tercero*: en la jurisdicción existe un tercero (un decisor) neutral, no elegido por las partes y que a veces no es un experto en el tema en disputa; el árbitro es elegido por las partes y tiene un conocimiento especializado en el campo de la disputa; el mediador es elegido por las partes, pero no tiene capacidad decisoria, sino que su función es facilitar a las partes la adopción de un acuerdo.

- según el *grado de formalidad*: la jurisdicción supone un procedimiento formalizado y altamente estructurado por reglas rígidas y predeterminadas; el procedimiento del arbitraje es menos formal; la mediación y la negociación son usualmente procedimientos informales y no estructurados.

- según la *naturaleza del procedimiento*: tanto en la jurisdicción como en el arbitraje, cada parte tiene la oportunidad de presentar pruebas y argumentos; en el caso de la mediación y de la negociación, la presentación de pruebas, argumentos e intereses es opcional.

- según el *resultado*: en el caso de la jurisdicción, la decisión debe ser motivada a partir de los hechos probados y de las normas aplicables; en el arbitraje, a veces la decisión es motivada, pero otras veces consiste en un compromiso carente de motivación; en el caso de la mediación y de la negociación, lo que se busca es un acuerdo mutuamente aceptable.

- según el *carácter público o privado*: la jurisdicción tiene carácter público; el arbitraje es privado salvo en la medida en que sea susceptible de revisión judicial; y la mediación y la negociación tienen carácter privado²².

²² Cfr. Goldberg, S.B., y E.D. Green y F.E.A. Sander (1985): *Dispute Resolution*, Boston-Toronto: Little, Brown and Company (Cita tomada de Atienza, M., *op.cit.*, p.61-62).

Atienza realiza un análisis comparativo de la legislación, la administración, la jurisdicción, la mediación y la negociación, contempladas como procedimientos para la toma de decisiones tendentes a resolver o prevenir conflictos. Para realizar el análisis comparativo toma en consideración las características de quienes intervienen en el proceso, los medios que pueden emplear, los fines que persiguen y los criterios de evaluación de las decisiones:

a) Desde el punto de vista de quienes intervienen en el proceso y de los intereses que representan, un extremo vendría dado por la negociación, donde todos los participantes representan sólo intereses de parte (aunque sean los intereses de muchos y se trate de intereses ajenos) y el otro por la jurisdicción, donde participa el juez que no puede tener ningún interés de parte; la mediación y la administración ocuparían un lugar intermedio;

b) Desde el punto de vista de los medios a emplear: estos son mucho más limitados en el caso de la jurisdicción que en todos los otros procedimientos, ya que las alternativas de acción que se le presentan al juez están previamente determinadas y generalmente tienen carácter dicotómico: él puede condenar o absolver, declarar un determinado acto válido o inválido, etc. Pero nada más.

c) En cuanto a los fines a alcanzar, podría afirmarse que el juez, a diferencia de los otros, persigue esencialmente objetivos internos al propio sistema, es decir, no puede considerar las normas como simples medios con los que tratar de lograr objetivos individuales o sociales, como en el caso del mediador, negociador, administrador o legislador. Prueba de ello es que las decisiones de los jueces están orientadas hacia el pasado, a diferencia de las de los otros órganos que miran hacia el futuro.

d) Desde el punto de vista de los criterios empleados para evaluar las decisiones que resultan de esos procesos, la jurisdicción es diversa a los otros ya que en ella juegan un importante papel las nociones de corrección y de coherencia, a diferencia de lo que ocurre en los otros casos, en que la evaluación se hace básicamente en términos de eficiencia (Cfr. Atienza, M., *op.cit.*, p.62-63).

Las posibilidades de alcanzar la tutela efectiva a través de otros mecanismos distintos del Poder judicial varían en función del tipo de orden jurisdiccional de que se trate: mayores en el orden jurisdiccional civil, menores en el orden jurisdiccional laboral y contencioso-administrativo, y más dificultosas en el orden jurisdiccional penal. La razón estriba en el grado de vinculación que implican con respecto al principio de autonomía de voluntad así como la disponibilidad del objeto del proceso. L.R. Singer señala que, "el procedimiento judicial distorsiona la realidad; no sólo va en detrimento de una solución más rápida y económica de los conflictos, sino que no resuelve la auténtica raíz del conflicto y la comunicación entre las partes permanece en manos de profesionales especializados en el tema y escapa al control de los litigantes. Incluso los directores de las grandes compañías sienten que sus problemas empresariales adquieren una vida legal propia, una vez que se han pasado al despacho del abogado o al tribunal"²³.

Aun cuando nuestro sistema de justicia fuera más eficaz, la inclinación de los tribunales y otros foros tradicionales a pronunciarse sobre lo justo y lo injusto, y a designar vencedores y perdedores, destruye necesariamente cualquier relación previa entre las personas involucradas. Resulta prácticamente imposible que las personas que en su día tuvieron una confrontación en la sala de un juzgado, conserven luego sus relaciones. Singer subraya que ante este panorama están surgiendo nuevos métodos, tanto dentro como fuera de los tribunales, para dirimir los conflictos de las empresas y las comunidades. Aun siendo muy diversos, todos tienen características comunes:

- todos intentan mantener una *postura intermedia* entre los dos polos existentes hasta ahora: o no hacer nada o permitir una escalada del conflicto.
- son métodos *menos formales* y, por lo general, *más privados* que las rituales batallas judiciales.
- ofrecen mayores posibilidades a las partes de *participar activamente* y *controlar* más de cerca el proceso de solución de sus conflictos que los métodos tradicionales.
- casi todos estos métodos se han desarrollado en el *sector privado*, aunque los tribunales y los órganos administrativos han empezado a copiar las técnicas más eficaces. Este movimiento se inspiró en los grupos que resolvían las diferencias dentro de sus respectivas comunidades a través de la mediación de los ministros de su Iglesia o de los ancianos²⁴.

Lo cierto es que no existe un consenso acerca de si las principales ventajas de utilización de dicho sistema residen en el ahorro de tiempo y de dinero, en una mayor participación de los litigantes, o en la obtención de mejores resultados. En el contexto norteamericano es frecuente que los directivos de las empresas acudan a cursos de negociación para aprender a tratar directamente a sus empleados, clientes y competidores. Las familias con problemas solían acudir a los tribunales o a los terapeutas. Ahora utilizan la mediación. La idea consiste en recurrir a un tercero, sin poder para tomar decisiones, que ayude a limar las asperezas entre maridos y mujeres,

²³ Singer, L.R. (1990): *Settling disputes. Conflict resolution in bussines, families, and the legal system*, trad. P. Tausent, *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Barcelona: Paidós, 1996, p.13.

²⁴ Cfr. Singer, L.R., *op.cit.*, p.16-17.

padres e hijos, y sobre todo, entre personas en trámite de divorcio. Se han creado centros vecinales de justicia en los Estados Unidos, en lugares como tiendas, escuelas públicas o juzgados. También las oficinas locales de defensa del consumidor exigen a los consumidores y empleados que tengan alguna queja que, antes de proceder a la investigación de las reclamaciones, tomen parte en intentos de acuerdo con las empresas.

1.3. Presentación de las formas complementarias de resolución de conflictos

A pesar de la tendencia común a utilizar indistintamente la palabra mediación, arbitraje, e incluso negociación, o a recurrir al término global "ADR", más reciente, cada una de estas técnicas representa un método distinto para tratar el conflicto. Cuando la gente se decide a solucionar sus conflictos, el método más utilizado es el de la negociación, en el que las partes intentan solucionar sus diferencias personalmente. Conforme van recurriendo a vías de solución más elaboradas, empiezan a intervenir terceras personas en el proceso, como en el caso de la mediación, o en el caso de técnicas mixtas. Cuanto más se incrementa la participación de un tercero, tanto más poder ceden las partes para solucionar sus conflictos. La cesión de poder alcanza su máximo nivel cuando las partes se someten a un veredicto, en el que los terceros toman decisiones vinculantes para las partes²⁵.

Los tribunales ofrecen una vía contenciosa para encontrar una solución al problema, y esta decisión es impuesta por un juez en forma de sentencia vinculante para las partes. Como en los tribunales, el arbitraje también consiste en que un tercero toma la decisión y que resulta vinculante para las partes, pero en este caso las partes suelen participar por propia voluntad y dicho arbitraje se puede diseñar de antemano para que este proceso resulte más ágil, breve y barato que los tribunales. De un modo diferente a los juicios, la mediación depende del trabajo de las partes para elaborar una solución apropiada a la disputa. Es posible basar esta solución en los verdaderos intereses de las partes en lugar de hacerlo sobre sus posiciones iniciales.

a) Negociación

La negociación la encontramos a todos los niveles de la sociedad, entre los gobiernos, los hogares, los amigos, el trabajo, etc., y con tanta frecuencia que no valoramos adecuadamente su impacto sobre el bienestar humano. Se trata de un proceso de interacción entre dos o más partes con el propósito de llegar a un acuerdo sobre algún intercambio, o a un acuerdo destinado a alcanzar el logro de intereses comunes en una situación en que existen intereses contrapuestos. La negociación transcurre a través de un proceso de interacción entre dos o más partes, cuyas posiciones aparentemente están en conflicto, y que se orienta a la obtención, de forma conjunta, de una solución que resulte más satisfactoria que la que puedan obtener de otra forma.

Teniendo presentes las diversas definiciones existentes sobre la misma, se observan tres condiciones necesarias para que se dé una negociación²⁶:

²⁶ Guillén Gestoso, C.; J. Mena Clares; E. Ramos Ruiz y S. Sánchez Sevilla (2005): "Aproximación genérica a la negociación", en J. Sánchez Pérez coord., *Aproximación interdisciplinaria al conflicto y a la negociación*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, p. 33-57.

²⁵ Cfr. Singer, L.R., *Ibidem*, p.31-32.

1.- Las partes deben tener intereses comunes: las partes prefieren en conjunto ciertos resultados por encima de otros.

2.- Las partes deben tener intereses conflictivos: las partes tienen intereses contrapuestos. Ello significa que algunos de los resultados deseados son mejores para una de las partes, mientras que otros son mejores para la otra.

3.- Las partes deben tener la posibilidad de comunicarse: para que se pueda llegar a un acuerdo es necesario tener la oportunidad de comunicar lo que se ofrece y lo que se acepta.

Todas las situaciones de negociación poseen una serie de características comunes²⁷:

1.- *Hay dos o más partes implicadas.* Bien sean personas, grupos u organizaciones o naciones, entre los cuales existe un cierto grado de interdependencia. Aunque es posible la presencia de situaciones sociales con una alta interdependencia entre las partes, y donde las acciones y decisiones de los demás interfieren significativamente en los propios resultados, como sucede en los dilemas sociales, la negociación se refiere a procesos interpersonales o intergrupales, donde la interacción entre las partes resulta necesaria.

2.- *Aparece un conflicto de intereses subyacente.* La negociación surge como una de las formas posibles de gestionar un conflicto. Hay situaciones donde los intereses, deseos o necesidades de las partes no coinciden y éstas buscan una vía de solventar dicho conflicto. Esto implica que la negociación es un proceso voluntario, elegido por las partes, de forma que si alguna de ellas no tiene libertad para tomar decisiones o realizar propuestas, la negociación resultará imposible.

3.- *Existe una cierta relación de equilibrio de poder entre las partes.* Para que se produzca la negociación es necesario un cierto equilibrio de poder, ya que si una de las partes posee un poder muy elevado sobre la otra, puede imponer sus posiciones más que negociar con el adversario.

4.- *Existe voluntad de llegar a un acuerdo.* Las partes, al menos inicialmente, han optado por la búsqueda de un acuerdo con su adversario, más que por la capitulación, la lucha abierta, la ruptura total de relaciones, la apertura de un proceso judicial o un arbitraje. En un proceso de negociación existe una mínima voluntad de llegar a un acuerdo y un cierto margen de maniobra.

5.- Se produce un *proceso sistemático de ofertas y contraofertas*, las cuales implican una actividad de dar y ceder. Existe una cierta modificación de las posiciones iniciales en cada uno de los negociadores y un acercamiento hacia el acuerdo.

6.- En las negociaciones existen *aspectos tangibles e intangibles*. Los aspectos tangibles en una negociación son, por ejemplo, los acuerdos económicos alcanzados. Los aspectos intangibles se refieren a los aspectos psicológicos y sociales que inciden en el comportamiento de las partes durante la negociación. Muchos de esos aspectos son importantes, como la necesidad de quedar bien ante la persona a la que se representa.

²⁷ Medina Díaz, F.J. y L. Munduate Jaca (2005): "La naturaleza de la negociación", en Munduate Jaca. L. y F.J. Medina Díaz coords., *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Madrid: Pirámide, p.120-121.

Para encontrar soluciones comunes de los problemas y la satisfacción de las necesidades de los oponentes, se pueden enumerar seis puntos²⁸:

- 1.- Identificar el problema
- 2.- Buscar en común las soluciones
- 3.- Evaluar las soluciones
- 4.- Escoger las soluciones
- 5.- Definir las modalidades de aplicación
- 6.- Reevaluar a plazo la eficiencia de la solución

Las principales variables intervinientes en el proceso de negociación son el poder, la información y el tiempo²⁹.

Uno de los factores que se consideran clave para el éxito en la negociación es el uso del *poder*. Se percibe, pero a veces no está claro, quién tiene mayor poder en la negociación o cuál es su origen. Los buenos negociadores generan esa percepción a cada momento de acuerdo con sus intereses. Algunas maneras de conseguir esto son: usar el poder de la legitimidad de nuestra oferta, asumir riesgos, conocer las verdaderas necesidades de nuestro oponente, usar el poder del "precedente" (esto ya se hizo antes), utilizar la capacidad persuasiva, etc.

En segundo lugar, *el tiempo* desempeña un papel fundamental en un proceso de negociación. Para los negociadores, el tiempo es poder. Cuando alguien tiene prisa se enfrenta a una desventaja evidente. Hay que evitar por todos los medios negociar en tales circunstancias y, en el peor de los casos, hay que ocultar esta prisa al oponente. La presión del tiempo hace inevitable que los negociadores reduzcan sus objetivos antes de lo necesario, rebajen sus exigencias e incrementen sus concesiones, llegando a hacerlo incluso de forma inconsciente.

En tercer lugar, *la información*. Una buena metodología para preparar una buena negociación es tener a mano siempre una lista de preguntas que nos ayuden a centrar la planificación. Podemos apuntar algunas: ¿cuáles son mis necesidades? ¿cuáles son mis objetivos y deseos? ¿cuál es la relación de poder entre las dos partes? ¿es obligatorio llegar a un acuerdo? ¿qué pasará si no se llega a un acuerdo? ¿se podrá hacer cumplir el acuerdo? ¿la fiabilidad del acuerdo es alta o baja? ¿qué estrategia es la más adecuada para esta negociación?

Los tipos de negociación pueden ser variados. Algunos autores diferencian entre la negociación distributiva y la integrativa³⁰:

²⁸ Guillén Gestoso, C.; J. Mena Clares; E. Ramos Ruiz y S. Sánchez Sevilla, *Ibidem*.

²⁹ Guillén Gestoso, C.; J. Mena Clares; E. Ramos Ruiz y S. Sánchez Sevilla, *op.cit.*, p. 37-39.

³⁰ Hay otras clasificaciones de tipos de negociación en función del estilo o posición del negociador: negociación dura, negociación blanda y negociación pasiva.

1) La *negociación dura*: el objetivo es ganar y para ello es necesario mostrarse duro y firme. Incluso si las cosas se tuercen, se puede recurrir a la amenaza. Hay que tener siempre en cuenta que una persona que mantiene una posición negociadora dura recurrirá al engaño si lo cree necesario para llegar a un acuerdo.

2) La *negociación blanda*: su objetivo es cultivar las relaciones, quedar bien y hacer amigos mediante un acuerdo por el cual la parte contraria se sienta agradecida. Es el equivalente a pensar: si yo llego a un acuerdo tal y como quiere la otra parte, entonces me deberán algo y en un futuro tendrán que devolverme el favor.

3) La *negociación pasiva*: carece de dinamismo. Las personas que llevan a cabo esta negociación son apáticas y parten de que los problemas ya se resolverán de alguna manera: se resolverán solos o se olvidarán (*Ibidem*).

1) La *negociación distributiva*: caracteriza a la negociación de suma cero, es decir que lo que gana un negociador necesariamente lo pierde el otro. Este tipo de negociación corresponde a comportamientos competitivos. Es una negociación agresiva donde se juega el todo por el todo. La negociación distributiva es típica de las sociedades occidentales, donde la competencia tiene un valor primario como medio de superación productiva y de autorrealización, en un contexto de sistema de mercado. Aquí la negociación se entiende como un proceso ganar-perder.

2) La *negociación integrativa*: el comportamiento de los negociadores tiende a buscar la cooperación en concordancia con los objetivos que cada uno se ha fijado; el objetivo es encontrar un balance, un acuerdo ventajoso en el que no existan ni vencedores ni vencidos.

b) Conciliación

La conciliación y la mediación presentan dos situaciones parecidas pero ideológicamente distintas. La conciliación hace referencia a la reunión de las partes en unas circunstancias y en un ambiente propicio para llegar a un acuerdo. El conciliador es un facilitador de la comunicación entre los elementos en conflicto. El papel del mediador es más activo, ya que tiene el poder de efectuar propuestas, intervenir en las discusiones y realizar sugerencias con vistas a llegar a un acuerdo. Ambos procesos tienen en común el hecho de que son los negociadores los que toman la decisión última y llegan al acuerdo. El conciliador y el mediador son únicamente agentes facilitadores de procesos y no intervienen directamente en la negociación, aunque el mediador pueda ejecutar un papel más activo que el conciliador. La diferencia fundamental entre el arbitraje y la mediación reside en que el árbitro tiene el poder de tomar decisiones sobre el acuerdo y éstas son vinculantes para las partes⁵¹.

La mediación toma su base de apoyo en la voluntad de las partes. La conciliación, si se trata de transacción judicial, puede atacarse mediante las causas que sirven para invalidar los contratos. La conciliación puede hacerse bien sin intervención pública, y la solución del conflicto se alcanza por la cesión de las partes, o bien con intervención pública. Unas se confían a órganos no judiciales (Juntas Arbitrales de Arrendamientos rústicos, Registro de la Propiedad Industrial, Cámaras de Propiedad Urbana) y en otras ocasiones se atribuyen a órganos judiciales (las reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La conciliación es un medio de autocomposición que se ofrece a las partes en un conflicto de intereses que se efectúa ante un órgano jurisdiccional para que en su presencia las partes traten de solucionar el conflicto. No existe proceso y el juez no resuelve. Se trata de un acto de jurisdicción voluntaria desempeñado por los órganos jurisdiccionales. El procedimiento consta de las siguientes fases: a) Solicitud o papeleta; b) Admisión de la misma, con determinación del día, hora y lugar para celebrar la comparecencia; c) Citación de las partes; d) Comparecencia de las partes. Puede darse la posibilidad de que se impugne lo convenido en conciliación.

c) Arbitraje

Es una fórmula de solución de conflictos en la que interviene un tercero imponiendo la solución, acogéndola las partes. Tiene su apoyo constitucional en la libertad así como en el

⁵¹ Medina Díaz, F.J. y L. Munduate Jaca, *op.cit.*, p.120.

principio de autonomía de la voluntad. Está regulado por la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

El arbitraje, como apunta J. M^a. de la Cuesta Sáenz³², “es una institución de carácter contractual, mediante la cual, los sujetos, sean personas físicas o jurídicas, someten, mediante un acuerdo de sus voluntades llamado convenio arbitral, las controversias surgidas entre ellos o que puedan surgir en lo sucesivo a la decisión de uno o varios árbitros, que previamente se comprometen a acatar. La decisión del árbitro o del colegio arbitral, que designarán por procedimiento establecido de común acuerdo, recibe el nombre de laudo arbitral, y puede basarse en derecho o equidad y tiene la misma eficacia que las sentencias pronunciadas por los jueces y tribunales, ya que tiene la eficacia de cosa juzgada y es susceptible de ejecutarse a través del mismo procedimiento previsto para la ejecución forzosa de las sentencias firmes. Contra el laudo arbitral sólo es posible entablar recurso de anulación por las causas tasadas en la Ley (...)”.

Por consiguiente, el inicio del procedimiento se produce cuando los árbitros hayan notificado a las partes por escrito la aceptación del arbitraje. A esta iniciativa siguen tres fases: alegaciones, prueba y decisión. Esta decisión reviste forma de laudo, que deberá protocolizarse notarialmente siendo notificado de modo fehaciente a las partes. Para producir efecto de cosa juzgada el laudo debe ser firme. La única posibilidad de atacar el laudo firme va a ser a través del juicio de revisión.

En lo que se refiere a las materias objeto de arbitraje, si bien el principio general es el de entender arbitrales las cuestiones litigiosas surgidas en materias de libre disposición conforme a derecho, no todas son arbitrales (no vamos a entrar a analizar esta cuestión ahora). Las materias más destacables son: consumo, transporte, seguros, propiedad intelectual, cooperativas y arrendamientos urbanos.

d) Mediación

No siempre que surge un conflicto la negociación resulta útil para resolverlo. Cuando nos encontramos ante este tipo de situaciones en las que el acuerdo no es posible a través de la negociación podemos utilizar el recurso de la mediación. Así, puede ocurrir que las partes o individuos implicados en un conflicto lleguen a un empate y se vean mermados o incapaces de solucionar sus problemas o diferencias mediante negociaciones directas. En estos casos, los bandos implicados en la negociación podrían acudir a una tercera parte para que les ayude a encontrar una solución satisfactoria para ambos³³.

³² El Tribunal Constitucional en diversos pronunciamientos ha admitido la validez del arbitraje y ha consagrado su naturaleza de equivalencia jurisdiccional (*vid.* Cuesta Sáenz, J.M^a. (de): “Introducción al arbitraje de consumo”, *Revista de Derecho Privado*, p.121 ss; también, del mismo autor, (1999): “El laudo en el sistema arbitral del consumo”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 25, p.117-137).

Los factores generales que inspiran el actual interés con respecto al arbitraje son: a) vicios de la vía judicial: se dice que el exceso de litigios asociado a soluciones demoradas y, a veces, insatisfactorias, desincentiva el acudir a la vía jurisdiccional para resolver litigios; b) creciente complejidad de los negocios: reflejo de la complejidad de las relaciones sociales, provocando problemas de comprensión de la materia, tanto para los magistrados como para los abogados, lo que conlleva la necesidad de utilizar personal técnico; c) naturaleza del procedimiento arbitral: es rápido, neutral, especializado, confidencial, flexible y de bajo coste; d) certeza en la aplicación de la normativa deseada; e) creciente facilidad de ejecución de las sentencias arbitrales: actualmente, con las convenciones internacionales, la cuestión de la ejecución de los laudos arbitrales, que quedaban sin efecto hasta que fueran homologados por el Poder Judicial, tiene una mejor solución (Cfr. Bolzan de Moraes, J.L., *op.cit.*, p.183).

³³ Guillén Gestoso, C.; J. Mena Clares; E. Ramos Ruiz y S. Sánchez Sevilla, *op. cit.*, p. 59-72.

La mediación eficaz se basa en los principios de la negociación. Por ello, la mediación, a pesar de ser un proceso aparte y distintivo, no deja de ser una negociación asistida. La preparación para la negociación y las estrategias de negociación suelen ser similares, por lo que resulta probable que las técnicas empleadas en las negociaciones que concluyen en la mediación no hayan sido las idóneas. Como acertadamente apuntan Folberg y Taylor, "para distinguir mejor y aislar la mediación de otras formas de intervención deberíamos fijarnos en lo que no es..."

- *La mediación no es un proceso terapéutico*: la participación en la mediación puede o no tener un efecto terapéutico, pero no está diseñada como un proceso terapéutico tradicional. Es mucho más un proceso interactivo que no intrapsíquico. La mediación está dirigida a la tarea y a la consecución de un objetivo. Busca la resolución y los resultados entre las partes, más que las causas internas de los conflictos.
- *La mediación no es arbitraje*: en el arbitraje decide el árbitro y en la mediación son los propios interesados los que deben tomar las decisiones.
- La mediación no es lo mismo que la *negociación tradicional*.
- La mediación *no es conciliación*: los dos términos se han utilizado como sinónimos y esta confusión puede provenir del campo del derecho de familia.

Aunque parece lógico pensar que el principal objetivo de la mediación es el de conseguir llegar a un acuerdo, esto no es del todo cierto. Así, entre los objetivos que puede tener la mediación, destacamos³⁴:

- Facilitar que se establezca una nueva relación entre las partes en conflicto. El objetivo será pues el de cambiar el marco de relación entre las partes implicadas.
- Aumentar el respeto y la confianza entre éstas, fomentando por una parte que el respeto sea mutuo entre las partes en conflicto y por otra la seguridad, la fiabilidad y la fe en las personas con las que negociamos.
- Corregir percepciones e informaciones falsas que se puedan tener respecto al conflicto y/o entre los implicados en éste. Se trataría de aclarar y subsanar las ambigüedades que hayan podido surgir durante el conflicto.
- Crear un marco que facilite la comunicación entre las partes y la transformación del conflicto. Preparar un entorno comunicativo y de interacción adecuado para que la negociación llegue a buen término.

En la mediación, el mediador no actúa como juez, ya que no puede imponer una decisión, sino que ayuda a los contrarios a identificar los puntos de conflicto³⁵ y a investigar las posibles vías de solución, subrayando las consecuencias de no llegar a un acuerdo. Facilita la discusión e insta a las partes a conciliar sus intereses. La relación

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ "La mayor dificultad de los conflictos se localiza en su planteamiento. Sin embargo, acostumbramos a analizar un problema de relación o un conflicto, justamente no en su planteamiento sino en los posibles resultados que prevemos. Es como si nos empeñáramos en dilucidar qué fue primero, si el huevo o la gallina. Planteado de esta manera no obtendremos ningún resultado o acabaremos decidiendo a cara o cruz para dar por acabado el problema. Con frecuencia el problema no está más que en su planteamiento. Cuando dos partes disputan por algo, el problema no se halla en el objeto de la disputa sino en las personas que la protagonizan, en su estado de ánimo o en el desarrollo de su relación. Si resolvemos el problema que mueve a aquellas personas a plantear el conflicto lo habremos resuelto sin necesidad de intervenir en los objetivos de la disputa" (Vinyamata Camp, E. (1999): *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Barcelona: Ariel, 1999, p.16).

entre las partes es planteada en términos de cooperación, con una proyección en el futuro y con un resultado en el cual todos ganan, cambiando la actitud que adoptan en el litigio judicial -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 llega a una solución consensuada y no existe el resentimiento de sentirse "perdedor" al tener que cumplir lo decidido por el juez³⁶. Así pues, siguiendo a L.A. Warat, consideramos la mediación como "*una forma ecológica de negociación o acuerdo transformador de las diferencias*"³⁷. Se trata de lograr una mejor calidad de vida para las partes envueltas en el conflicto. La mediación no es sólo una nueva profesión sino una técnica jurídica de resolución no "adversarial" de disputas. Sus consecuencias tienen "ecológicamente" éxito como estrategia educativa, como realización política de la ciudadanía de los Derechos humanos y de la democracia. Es un medio indiscutible para hacer realidad la autonomía del sujeto.

El conflicto es inevitable. Así pues, lo importante es saber cómo manejarlo. El enfoque *victoria versus derrota* debería ser sustituido por el de cooperación ante un problema. Así, la perspectiva pasaría del sentido *yo gano tú pierdes* para el sentido *yo gano y tú ganas*. Para que esto suceda, son necesarias importantes habilidades del mediador para ayudar a las partes a adoptar una postura cooperativa. Estas habilidades son herramientas que el mediador debe saber utilizar³⁸:

- Respeto por las necesidades del otro: "tú ganas, yo gano".
- Los problemas se transforman en posibilidades: respuesta creativa para las quejas.
- Empatía: colocarse en el lugar del otro, hacerse entender y hacer que el otro se sienta entendido (buena comunicación).
- Buen sentido: atacar el problema y no a la persona.
- Poder cooperativo: crear poder con el (los) otro (s), junto con el (los) otro (s), no más que el (los) otro (s).
- Manejar emociones: el miedo, el dolor, el desinterés y la frustración pueden ser útiles para obtener un cambio verdadero, si se administran bien.
- Aspecto volitivo: el deseo genuino de identificar y resolver problemas personales que obstaculizan las posibilidades de un buen resultado.
- Hacer un mapa del conflicto: esquematizar todos los factores que están en juego para obtener así una visión común del problema.
- Crear opciones alternativas viables para ambos, a pesar de que en determinados momentos pueda parecer que alguien no ganará nada.
- Considerar el problema en un contexto más amplio (mirar hacia el futuro).

Estas y otras habilidades forman parte de un bagaje que capacita a las personas a entrar en un proceso de negociación, planeando estrategias para llegar a un acuerdo

³⁶ Cfr. Bolzan de Morais, J.L., y A. Araújo da Silveira, *op.cit.*, p.94.

³⁷ Warat, L.A. (1998): "Ecología, psicoanálise e mediação", trad. J. Rodrigues, *En nome do acordo. A mediação no Direito*, Buenos Aires, ALMED, p.5.

En un sentido semejante se expresa Bolzan de Morais: "(...) un mecanismo para solución de conflictos a través de la gestión del mismo por las propias partes, para que éstas construyan una decisión rápida, ponderada, eficaz y satisfactoria para los implicados" (*op.cit.*, p.145). Y también: "un modelo de construcción y de gestión de la vida social gracias a la intermediación de un tercero neutro, independiente, sin otro poder que la autoridad que le reconocen las partes que lo escogieron o reconocieron libremente. Su misión fundamental es (re)establecer la comunicación" (*Ibidem*).

³⁸ Cfr. Bretman S. y A. Costa Porto (2001): *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*, Porto Alegre, p.100-102.

mutuamente aceptado. Con el manejo de estas habilidades el mediador ayuda a los demás a comprenderse a sí mismos y a comprender a los otros, construyendo soluciones alternativas a los problemas. Las técnicas de comunicación hacen que lo más importante en el proceso de mediación no sea la solución del conflicto sino su manejo -su administración y control-. El objetivo no es solamente solucionar el conflicto, sino ayudar a las partes a percibirlo de forma diferente³⁹.

Desde un punto de vista práctico no siempre es posible distinguir si una disputa se produce derivada de una crisis o de un conflicto. El mediador debe ser hábil en la gestión del conflicto. En la mayoría de los casos, cuando se habla de conflicto, se piensa en ganadores y perdedores, estableciendo una relación de poder que aumenta la distancia entre las partes. La vida de las personas envueltas en un litigio se verá profundamente afectada por los resultados de la disputa. La agresividad aumenta, los mecanismos de defensa se hacen más rígidos y los esfuerzos para solventar la situación son inútiles. Un mediador no puede pretender modificar la conducta de sus clientes ni que las personas recuperen la relación que tenían antes del conflicto. El mediador procurará hacer que obtengan un nivel equilibrado de información para tomar decisiones. La mediación es un modo de devolver a cada miembro de la comunidad la responsabilidad en el manejo de sus conflictos, a través de la ayuda de un tercero. Esta actitud diferencia claramente el campo terapéutico del jurídico.

En las formas tradicionales de resolución de conflictos y en el arbitraje se decide conforme a la ley. En la mediación se resuelve o se transforma el conflicto recurriendo a su reconstrucción simbólica. Cuando se decide judicialmente se consideran normativamente los efectos; de este modo, el conflicto puede quedar hibernando, volviéndose más grave en cualquier momento futuro. Solucionar un conflicto equivale a que las partes implicadas han "creado" la solución y a nadie se le ha "impuesto". En un procedimiento contencioso, el juez decide una vez que las partes han presentado las pruebas y los argumentos de sus pretensiones. Todo dentro de un ritual inflexible en que si se olvida algún dato es casi imposible corregir ese olvido. En las mediaciones los "olvidos" no resultan tan fatales como en la cultura tradicional del litigio. Ello es debido a que las partes tienen la posibilidad de resolver el conflicto, pudiendo utilizar todos los mecanismos que consideren necesarios para poder elaborar, transformar o resolver sus desavenencias con el otro. "No existe ningún juez que amenace a una de las partes con la extinción de la acción por no cumplir con un tiempo procesal, arbitrario-unilateralmente declarado por el juez."⁴⁰

Algunos autores conciben la mediación bajo una orientación "acordista". Esta ofrece la oportunidad de proporcionar una satisfacción conjunta a todos los que disputan en un conflicto; oportunidad que no parece existir en las formas tradicionales de litigio. En las decisiones judiciales, generalmente, la satisfacción de una parte implica la insatisfacción de la otra. Hay otra orientación en la mediación que podría calificarse de

³⁹ Muchos abogados creen estar haciendo mediación cuando realizan, por ejemplo, acuerdos consensuales. En realidad, consenso y mediación tienen objetivos semejantes; sin embargo, la mediación es mucho más cuestionadora. El acuerdo consensual es creado por los abogados y el acuerdo de mediación es creado por las partes. La mediación familiar no debe considerarse un instrumento concurrente y competitivo sino un auxilio técnico más sensible, agregando conocimientos que enriquecen su actuación profesional.

⁴⁰ Cfr. Warat, L.A., *op.cit.*, p.12.

transformadora: básicamente consiste en la visualización del conflicto como una oportunidad para el crecimiento de las partes y la posibilidad de una mejora en la calidad de vida. En un cierto sentido, podríamos decir que se trata de una concepción ecológica del conflicto.

En numerosas ocasiones podemos encontrarnos que lo que se viene denominando mediación no pasa en la mayoría de los casos de una negociación auto-determinada por las partes, a la que probablemente deberíamos llamar más bien conciliación. Hay que estar atento a no contaminar la mediación con un imaginario derivado del juridicismo, improductivo e inoperante⁴¹. Es la imparcialidad la que debe caracterizar al mediador. El juez (o el árbitro) se basan en la ley y en las pretensiones manifestadas por las partes para tomar decisiones por ellas. El juez o el árbitro imponen su criterio, el mediador no. El mediador no tiene poder legal para decidir, no utiliza la palabra para persuadir, intenta ayudar a solucionar la controversia sin centrar todo en la adjudicación de justicia por las partes, facilita el esclarecimiento de las posiciones y el grado de participación de las partes en el conflicto. Todo esto le convierte en un intermediario imparcial, un conductor neutro⁴².

A través de la mediación las partes consiguen terminar con el conflicto mediante un acuerdo adoptado tras una primera etapa que supone negociación, de forma que el mediador intentará aproximar las posiciones o incluso proponer el acuerdo, sin que en ningún supuesto se pretenda la imposición de la solución al conflicto. De ahí que la mediación se haya definido como "una forma pacífica de resolución de los conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado"⁴³.

Aunque nuestro sistema de justicia fuese más eficaz, la obligación de los tribunales y otros foros tradicionales de tener que pronunciarse sobre lo justo y lo injusto, y de designar vencedores y perdedores, destruye necesariamente cualquier relación previa entre las personas involucradas. Tanto si las partes son un marido que se quiere divorciar de su esposa y tiene que continuar con ella compartiendo la custodia de los hijos, o empresas que desean conservar sus clientes y proveedores, o trabajadores que quieren mantener sus puestos de trabajo, es prácticamente imposible que las personas que en su día tuvieron una confrontación en una sala del juzgado, conserven luego sus relaciones. Tal vez el éxito de las ADR haya que buscarlo en que las partes en conflicto pueden adoptar el "papel de juez"⁴⁴, de tal forma que desde los vecinos enfrentados a los directores de empresas, todos se sienten satisfechos al desempeñar un papel activo en la solución de sus propios conflictos o en los de otros.

Las decisiones que toman conjuntamente todas las partes afectadas pueden adaptarse a la medida de las necesidades de cada una de ellas. Por ejemplo, es más

⁴¹ Cfr. Warat, L.A., *Ibidem*, p.17.

⁴² Cfr. Warat, L.A., *Ibidem*, p.49.

⁴³ Cfr. Mejías Gómez, J.F., *op.cit.*, p.26.

⁴⁴ Precisamente, este "papel de juez" es criticado por parte de algunos miembros de la Administración de Justicia. Critican, por ejemplo, si nos referimos a la mediación, que el mediador sea una especie de "juez a la carta", de forma que si las partes mediadas no están satisfechas, pueden desistir de ese mediador y buscar otro. Rechazamos este planteamiento porque implica no conocer realmente el concepto y la finalidad y funciones de las formas autocompositivas de resolución de conflictos.

factible que las medidas relativas al cuidado de los hijos que determinan los padres que se van a divorciar reflejen mejor las preferencias de los mismos que las fijadas por el juez o por los abogados de las partes. En definitiva, las partes afectadas por el conflicto, debidamente ayudadas por un tercero, tienen más posibilidades de encontrar una solución eficaz que si la propone un extraño. Además de que también ayuda a conservar una relación de continuidad entre las partes, lo que sería más difícil si se acaba en una batalla judicial. Y, como última ventaja, hay que apuntar que las personas que llegan a un acuerdo por sí mismas son más propensas a cumplirlo que cuando lo dicta un juez. El cumplimiento de estos acuerdos afecta a una amplia gama de personas y da origen a numerosos problemas: desde los padres que se niegan a pagar la pensión alimenticia a sus hijos, hasta las compañías cuyos productos contaminan el medio ambiente.

La negociación, la conciliación y la mediación no niegan que el conflicto exista. Lo que pretenden es ayudar a las partes enfrentadas a poner los medios adecuados y a enfatizar las estrategias de resolución pacífica y creativa del mismo. La clave no está en la eliminación del conflicto sino en su gestión de forma positiva. Hay pues que aprender y practicar unos métodos no para eliminar el conflicto sino para regularlo y encauzarlo hacia resultados provechosos. Las técnicas de ADR trabajan con el conflicto para, a partir del mismo, obtener un cambio. Se trabaja con el "conflictograma" que enfrenta a las partes –porque sigue un determinado proceso con subidas y bajadas de intensidad, con sus momentos de inflexión-, y este "cuadro" es común, pues lo mismo se ajusta a un conflicto entre vecinos, que a un conflicto entre trabajador y empresario o a un conflicto familiar entre los dos cónyuges.

2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR

2.1. Orígenes de la mediación

La mediación posee una larga historia en casi todas las culturas del mundo. Judíos, cristianos, budistas, hindúes, islámicos y muchas culturas indígenas tienen todas una extensa y efectiva tradición en esta práctica. Comunidades judías en los tiempos bíblicos utilizaban la mediación –que era practicada por líderes religiosos y políticos– para resolver diferencias civiles y religiosas. La tradición judía de resolución de conflictos influyó en las emergentes comunidades cristianas, que veían en Cristo al mediador supremo, interpuesto entre Dios y el hombre (I Timoteo, 2:5-6). Hasta el Renacimiento, la Iglesia Católica y la Iglesia Ortodoxa en el Mediterráneo occidental eran probablemente las organizaciones centrales de mediación y resolución de conflictos en la sociedad occidental. El clero mediaba disputas de familia, casos criminales y conflictos diplomáticos entre la nobleza.

Desde la mitología griega, con la personificación de la justicia en Themis y Diké (representada con los ojos cubiertos por una venda o mediante una balanza), hasta los propios relatos bíblicos, se pone de manifiesto la búsqueda de un equilibrio, imparcial y neutral, en la resolución de los conflictos. Concretamente, en algunos pasajes bíblicos la mediación era utilizada en la búsqueda de soluciones para los litigios entre las personas. San Mateo exalta en el Sermón de las Bienaventuranzas que, "quienes promuevan la paz será llamados hijos de Dios" (Mateo, 5,9). Es conocida la mediación

–aunque más bien aquí se trate de arbitraje- utilizada por Salomón al resolver el problema de las dos madres que litigaban por el hijo, declarando ambas tener derecho al niño. Salomón mandó cortarlo por la mitad y dar una mitad a cada una por lo que, la verdadera madre, para impedir esa atroz posibilidad, pidió que se le entregara a la otra peticionaria y salvar así la vida del niño. La introducción de una tercera persona para ayudar en la composición, lo que normalmente se venía a denominar como “un hombre bueno” que hacía posible la pacificación de un litigio entre dos partes, es común en los relatos bíblicos y también en numerosas culturas antiguas⁴⁵. El orden de paz se constituye en una constante, siendo una de las fuentes de la sabiduría antigua en la que la mediación tomó forma.

Si buscamos el significado etimológico del término “mediación”, encontramos que se deriva del verbo latino *mediare*, que significa mediar, colocarse en medio, es decir, tiene el significado de centro, de equilibrio. Venimos de un segundo milenio binario, con una lógica dicotómica, maniqueista y reduccionista. Hemos llegado al tercer milenio (tres), el numeral de la mediación, de la lógica ternaria. Las culturas occidentales poseen como principio guía de la realidad la binariedad (herencia cartesiana): esto o aquello, una cosa u otra. Sin embargo las culturas orientales (árabes, chinas, indias) expresan el mundo de una forma no bipartita sino dialéctica: esto y aquello, una cosa y otra al mismo tiempo. El proceso de mediación saca a la luz el surgimiento de tres, es decir, que de este “(...) diálogo-confrontación en presencia de un tercero, nazca algo que no sería la solución unilateral de una de las partes, sino una propuesta original realizada por una u otra parte, una propuesta que no pertenezca a ninguno de los dos exclusivamente, sino a los dos, como un niño que proviene de dos progenitores”⁴⁶.

Se intenta vivir en una era en que lo ternario pueda existir, trascendiendo las exclusiones y las fusiones, con puentes y lazos entre las personas, los grupos, los países, los pueblos, en los que esté en plena dinámica la mediación. La tarea del mediador es percibir, pues, la tercera dimensión. En la lógica ternaria, las partes en conflicto, ayudadas por el mediador, serán constructivas y dejarán atrás los valores absolutos y la consiguiente lógica dicotómica.

⁴⁵ En la China de la antigüedad, la mediación era el principal recurso para solucionar desavenencias. El pueblo chino estuvo muy influido por la filosofía de Confucio, basada en la paz y en la comprensión. Para Confucio, la solución de la discordia está en el acuerdo y en la persuasión moral, no en la coacción. Esta filosofía continúa en vigor en China a través de los Comités Populares de Conciliación, reconocidos por el sistema legal chino. Se cita a los inmigrantes chinos como introductores de la cultura de la mediación en los Estados Unidos (Vid. Folber, J., y A. Taylor (1992): *Mediación y resolución de conflictos sin litigio*, México: Noriega).

También en Japón, desde la antigüedad hasta nuestros días, se tienen noticias de que se utilizaba la mediación y la conciliación. El líder de cada poblado ayudaba a los miembros a resolver sus desavenencias (*Ibidem*).

En África es costumbre reunirse en una asamblea para resolver informalmente las desavenencias interpersonales, de una forma cooperativa, en la cual una persona respetada es escogida para ser mediador. Todas las comunidades africanas procuran resolver sus diferencias sin la presencia de un juez y sin el uso de sanciones.

La Iglesia también ejerció un papel importante en la resolución de conflictos. El sacerdote siempre fue buscado para orientar, aconsejar e incluso sugerir maneras de resolver las desavenencias, cuando fuera imposible sanarlas.

La historia de la civilización pone de manifiesto que todos los grupos, en las diferentes culturas y razas, han buscado una manera de resolver sus discordias sin necesidad de que interviniera un representante de la justicia o del gobierno, entendiendo que la mejor solución para el conflicto estaba dentro del núcleo grupal o dentro de cada componente del propio conflicto (*Ibidem*).

La mediación familiar surge en Occidente como consecuencia del aumento del índice de disolución de matrimonios, como una forma de ayudar a las partes litigantes a asumir responsabilidades con relación a la solución del conflicto. En Estados Unidos primero, después en Canadá, y más tarde en México, Noruega, Argentina, Francia y en otros países la mediación familiar va desarrollándose cada vez más.

⁴⁶ Six, J. F. (1997): *Dinámica de la mediación*, Barcelona: Paidós, p.17.

La mediación se presenta como una nueva instancia normativa, como una nueva posibilidad, un recurso educativo que propone la solución a través de la negociación y del consenso, a pesar del disenso previo. La mediación busca un lenguaje común entre las pautas que rigen la familia y las normas del Código Civil. Con todo, reconocer el fracaso parcial del sistema jurídico no significa escoger la mediación como solución universal. La mediación familiar no puede ser presentada como la panacea que nos va a permitir resolver los conflictos familiares rápida y satisfactoriamente. Es precisa una visión pluridisciplinar de las cuestiones, que abarque una postura profesional de apertura, disposición para el intercambio y reciprocidad; en definitiva, una nueva mentalidad para hacer posible el conocimiento de la realidad desde otros ángulos. La transdisciplinariedad también es imprescindible en el mediador, pues tenemos valores, ideas y creencias distintas.

La mediación constituye un importante instrumento para la paz, aplicada, en este caso, a los conflictos de familia. La cada vez mayor desvinculación de patrones religiosos, morales, culturales y legales, y la menor presión social sobre ciertos aspectos de la vida en familia (la estabilidad de los matrimonios y la obediencia de los hijos a los padres, entre otros) han dado lugar a la aparición de nuevos conflictos familiares, agravando los tradicionales. A ello hay que añadir que la intervención de autoridades extra familiares (como la del juez) no resuelven, en la mayoría de los casos, los conflictos satisfactoriamente para ambas partes.

El proceso litigioso de separación o de divorcio simboliza un verdadero *via crucis* con la necesidad de decidir sobre la separación de cuerpos, la división de bienes, el mantenimiento y sustento de los hijos, la guarda y custodia y la reglamentación de visitas, conviviendo con posibles dramas de hijos o de los propios cónyuges y un sinnúmero de detalles económicos, administrativos y problemas emocionales. El proceso de mediación familiar es una alternativa más saludable para estas situaciones. Su objetivo no es reconciliar a una pareja en crisis –aunque en algunos casos, el fruto de la mediación es la recomposición de la pareja–, sino establecer una vía de comunicación que evite los sinsabores de una batalla judicial. Es una forma de auxilio a la pareja que se está separando, para que pueda negociar sus desacuerdos, dirigiendo su divorcio o su separación de tal forma que los padres puedan seguir ocupándose de sus hijos, pues la relación parental no se extinguirá nunca: la pareja conyugal dejará de existir pero continuarán siendo padres para siempre⁴⁷.

2.2. Concepto de mediación familiar

Ofrecer un concepto de la mediación familiar no resulta una tarea fácil. Primero porque son numerosas las definiciones que hasta la actualidad ha presentado la

⁴⁷ La mediación familiar representa una forma complementaria-alternativa de resolución de conflictos que difiere del consejo, del arbitraje y de la negociación. Es "un proceso mediante el cual las partes, asistidas por una o más personas imparciales, abordan de forma sistémica los problemas en litigio o en disputa, con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. Se constituye en un proceso que impone responsabilidades a los participantes en la toma de decisiones que influirán en sus vidas" (Breitman, S. y A. Costa Porto (2001): *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*, Porto Alegre, p.52).

doctrina de la mediación, cada una de ellas ofreciendo distintos conceptos y resaltando determinadas características⁴⁸. En segundo lugar, porque intentar la construcción de una propia definición resulta una tarea ardua. Son muchos los matices que pueden introducirse en el concepto de mediación familiar que pueden desembocar en uno u otro concepto. Cierto es que la figura del abogado y del mediador parecen estar próximas, pero no es lo mismo una y otra función. El mediador va a intentar que las partes vuelvan a hacer las cosas como las hacían antes y que vuelvan a tomar decisiones como “siempre han hecho en el pasado, a saber, sentarse y tomar esas decisiones por sí mismos”⁴⁹.

La Recomendación (98) 1 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la mediación familiar no ofrece una verdadera definición de la mediación familiar, limitándose a fijar el ámbito de aplicación de la mediación. En los puntos a) y b) del primer principio sobre la mediación familiar, que regula el campo de aplicación de la misma, establece que la mediación familiar trata del conjunto de litigios que pueden suceder entre los miembros de una misma familia, que están unidos por lazos de sangre o por matrimonio, y entre las personas que tienen o han tenido unas relaciones familiares semejantes a las determinadas por la legislación nacional. En la Exposición de Motivos, en el punto décimo, se ofrece una aproximación a un concepto de mediación familiar: “Esta Recomendación considera la mediación como un proceso en el cual un tercero, el mediador, imparcial y neutral, asiste a las partes en la

⁴⁸ Las diversas Leyes autonómicas de mediación familiar presentan variados conceptos de la mediación familiar:

La *Ley catalana de mediación familiar* no define qué es lo que se entiende por mediación. En su artículo 1 delimita el objeto de la Ley, apuntando que “La presente ley tiene por objeto regular la mediación familiar como medida de apoyo a la familia y como método de resolución de conflictos en los supuestos que recoge la presente ley, para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance”. Las dos ideas básicas de la misma son que la mediación es un medio de apoyo a la familia y que su finalidad es la de evitar los procesos judiciales o poner fin a los ya iniciados.

La *Ley de mediación familiar de Galicia* define en su artículo 2 la mediación subrayando que “Por mediación familiar se entenderá, a los efectos de la presente ley, la intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador. Éstos serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares que actuarán en funciones de cooperación y auxilio a aquellas personas que tienen o han tenido una relación familiar, para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja”. De esta Ley podemos destacar que el concepto de mediación se basa principalmente en la figura del mediador, como elemento clave del proceso. Con todo, no debe olvidarse que son las partes en conflicto las verdaderas protagonistas de la mediación. En segundo lugar, el concepto de mediación destaca por dos características importantes, como son la voluntariedad y la aceptación del agente mediador. En tercer lugar, centra el objeto de mediación en los problemas de pareja, lo que acaba haciendo disminuir el posible campo de actuación de la mediación, que es más amplio y comprende otros conflictos familiares.

La *Ley valenciana de mediación familiar*, en su artículo 1, ofrece un concepto de mediación: “La mediación familiar es un procedimiento voluntario en el cual un profesional cualificado, imparcial y sin capacidad para sustituir las decisiones de las partes, asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de facilitar las vías de diálogo y la búsqueda en común de un acuerdo”. Como claves de este concepto podemos destacar, en primer lugar, que se trata de un procedimiento voluntario. En segundo lugar, concede un papel relevante a la figura del mediador, enumerando sus caracteres de cualificación, imparcialidad y asistencia.

La *Ley canaria de mediación familiar*, en su artículo 2, define la mediación familiar como un “procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos”. En esta definición destacan la neutralidad e imparcialidad, como principios rectores de la mediación, así como los fines que puedan alcanzarse con la misma.

La *Ley de Castilla-La Mancha*, en su artículo 1.2, define la mediación familiar como “la intervención, voluntariamente solicitada por las personas interesadas, de una tercera parte imparcial, neutral y profesional que las orienta, asesora y auxilia en la negociación conducente a un acuerdo que ponga fin a su conflicto familiar”.

⁴⁹ Marlow, L. (1999): *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*, Barcelona: Granica, p.42.

negociación sobre las cuestiones objeto del litigio, con vistas a la obtención de acuerdos comunes⁵⁰.

La mediación se presenta como un *proceso* –procedimiento con una serie de fases para el logro de un resultado- no regulado exhaustivamente -la Ley establece sólo las grandes líneas generales de su desarrollo- para que sean las propias partes, ayudadas por el mediador, quienes establezcan el marco de desarrollo para decidir, acordar y cumplir lo pactado. La mediación se inicia con un contrato de mediación y termina con un acta de mediación, favorable o no al acuerdo, pero que pone fin al proceso. El cómo se desarrolle concretamente todo ese iter dependerá del mediador y de las partes en conflicto⁵¹.

La Ley de Mediación Familiar de Castilla y León establece, en su artículo 1, que "Se entiende, en este sentido, por mediación familiar la intervención profesional realizada en los conflictos familiares señalados en esta Ley, por una persona mediadora cualificada, neutral e imparcial, con el fin de crear entre las partes en conflicto un marco de comunicación que les facilite gestionar sus problemas de forma no contenciosa"⁵². La mediación familiar se basa en la libertad y en la autonomía privada, de manera que si falta esa libertad, por ejemplo, porque haya violencia, no puede existir verdadero consentimiento y el acuerdo está viciado⁵³.

Si los métodos de resolución de conflictos persiguen la pacificación social, podemos recordar las palabras de G. Bateson cuando decía: "Intentamos prohibir ciertas intromisiones, pero podría ser más eficaz alentar a la gente para que conozca sus libertades y flexibilidades y las utilice con mayor frecuencia"⁵⁴. En mediación no buscamos constreñir las pretensiones de uno y que éste ceda para intentar también

⁵⁰ Recomendación (98) 1 del Consejo de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la mediación familiar (Aprobada por el Consejo de Ministros el 21 de enero de 1998, a partir de la 616 reunión de los Delegados Ministros). (Vid. Prats Albertosa, L. edtr. (2003): *Legislación de Mediación Familiar*, Navarra:Thomson-Aranzadi, p.27-28).

El Informe del Consejo de Europa señalaba, en su párrafo, 15, que las disputas familiares presentan unas características especiales que deben ser tenidas en cuenta en la mediación:

1.- Normalmente hay relaciones interdependientes y duraderas. El proceso de solución del conflicto debe facilitar unas relaciones constructivas para el futuro además de permitir que se resuelvan las discrepancias actuales.

2.- Por lo general, los conflictos familiares afectan a relaciones emocionales y personales en las que los sentimientos pueden exacerbar las dificultades, o enmascarar la verdadera naturaleza de los conflictos. Se suele considerar conveniente que las partes y el mediador reconozcan y entiendan estos sentimientos.

3.- Las disputas surgidas en el proceso de separación y divorcio tienen impacto en otros miembros de la familia, especialmente en los hijos, quienes pueden no ser incluidos directamente en el proceso de la mediación, pero cuyos intereses se consideran superiores y por consiguiente relevantes para el proceso.

⁵¹ Llopis Giner, J.M. (2003): "La mediación: concepto y naturaleza", en J.M. Llopis Giner coord., *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Valencia: Editorial Práctica de Derecho, p.15-16.

⁵² En la Exposición de Motivos se establece que "la mediación familiar se inserta como una fórmula adecuadamente contrastada para encauzar de forma óptima los conflictos familiares y, en especial, los de pareja. La finalidad de la mediación familiar no es la de evitar situaciones de ruptura, sino la de aminorar las consecuencias negativas que se derivan de las mismas. Se diferencia así la mediación en el ámbito familiar de lo que son otras disciplinas más enfocadas a la vertiente preventiva y terapéutica de los conflictos familiares".

⁵³ La Exposición de Motivos de la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León establece que: "(...) la mediación se presenta ante la familia como un recurso que abre nuevas vías para fomentar, desde el mutuo respeto, la autonomía y la libertad de las personas para decidir su futuro". Y, en el artículo 2, al tratar del ámbito de aplicación de la mediación familiar: "Quedan expresamente excluidos de mediación familiar los casos en los que exista violencia o maltrato sobre la pareja, los hijos, o cualquier miembro de la unidad familiar".

⁵⁴ Bateson, G. (1991): *Pasos hacia una ecología de la mente*, Plantea Argentina p.536.

constreñir las aspiraciones de los otros y que éstos también cedan, llegando así a una solución. Ese procedimiento generalmente no brinda una solución “mutuamente satisfactoria” sino que, al contrario, todos quedan un poco frustrados. En realidad, lo que se pretende es que todos puedan buscar nuevas posibilidades y nuevas flexibilidades dentro de ellos mismos, que les permitan armonizar una solución mejor junto con los otros. Y este objetivo requiere un procedimiento que respete su propia naturaleza flexible y abierta a la búsqueda de nuevas maneras. Por eso, la ley que lo reglamente debe dejar un margen abierto a la construcción de nuevos hábitos y a la regeneración de requisitos, incentivos, seguridades y garantías que constituyan el sistema completo de mediación.

El cambio social es un proceso y la mediación (como el Derecho) es un instrumento de ese cambio que irá adaptándose y reformulándose. El crecimiento de la mediación se debe básicamente a la expansión de las aspiraciones por la participación democrática en todos los niveles sociales y políticos, la creencia de que todos los individuos tienen derecho de participar y tener control sobre las decisiones que afectan a su vida y a una apelación por una mayor tolerancia y respeto por la diversidad⁵⁵. La ideología que está soportando la práctica de la mediación es contraria a las manipulaciones autoritarias y profundamente democrática; contraria a la simplificación que masifica y enfocada a la valorización de lo especial, original y único de cada individuo; contraria a la crítica, a la descalificación y desvalorización del que es o piensa diferente y legitimadora de lo humano, lo complejo y lo sutil; contraria a la importación de soluciones prefabricadas estándares y enfocada al diseño de acuerdos a medida en cada caso y en cada lugar; contraria a las soluciones definitivas y para siempre –imaginadas por unos pocos- y a favor de procesos inclusivos y participativos paso a paso. Si comenzamos a cambiar los medios con los que las personas nos influimos mutuamente (y abrazamos la regla del consenso y el respeto a las diferencias –que son ideas-), no sólo vamos a modificar nuestras relaciones con los otros sino también todo

⁵⁵ Algunos de los conceptos de la disciplina de la Psicología Social son fundamentales para entender cómo se pueden resolver los conflictos pacíficamente. Los estudios de Kurt Lewin (1931, 1935) dieron lugar a algunos de los primeros conceptos aplicados a la comprensión de los conflictos: sistemas de tensión, fuerzas conductivas y restrictivas, niveles de aspiración, esferas de poder e interdependencia. Crearon un nuevo vocabulario para el estudio de los conflictos y de las ideas de cooperación y competición.

Otra vertiente de la Psicología Social que también ha supuesto una contribución notable al estudio de la resolución de conflictos fue la llamada Teoría de los juegos (*Game Theory*), desarrollada por Von Neumann y Morgnsteren en 1944. Esta teoría tenía como objetivo expresar en términos matemáticos el problema de los conflictos de interés, pero su mayor contribución fue enfatizar la interdependencia de intereses entre las partes en conflicto. Esta teoría fue la primera en admitir que el destino de las personas (inclusive su desgracia) es tejido conjuntamente.

En líneas generales, las investigaciones actuales de la psicología social en este campo se concentran básicamente en ocho cuestiones: 1) ¿Cuáles son las condiciones que proporcionan un proceso constructivo (donde las partes puedan llegar conjuntamente a una solución que sea positiva para ambas) o destructivo en la resolución de conflictos? 2) ¿Cuáles son las circunstancias estratégicas y tácticas que llevan a una persona a salir mejor parada que otra en una situación de conflicto? 3) ¿Qué determina la naturaleza del acuerdo entre las partes en conflicto, si ellas mismas tienen las condiciones de hacerlo? 4) ¿Cuál es, por ejemplo, la noción de justicia que las partes poseen? 5) ¿Cómo pueden ser utilizadas terceras partes para evitar que los conflictos se conviertan en destructivos o para ayudar a los mediadores a conducir constructivamente el conflicto? 6) ¿Cómo se puede educar a las personas para que resuelvan sus conflictos constructivamente? 7) ¿Cómo intervenir en conflictos profundos (*intractable conflicts*), que ya tomaron una forma destructiva y violenta? 8) ¿Por qué conflictos étnicos, religiosos y de identidad frecuentemente se convierten en destructivos y profundos? 9) ¿Son relevantes y útiles para otras culturas las teorías e ideas sobre la resolución de conflictos que fueron desarrolladas principalmente en Estados Unidos y en Europa?

el sistema. Este es el sentido positivo del cambio social que la mediación viene a fortalecer⁵⁶.

Existe el convencimiento de que, a pesar de los conflictos, los vínculos permanecen y deben ser conservados y, si es posible, enriquecidos. Esta es la tarea del mediador: crear el contexto para que las conversaciones puedan desenvolverse y, eventualmente, fructifiquen los entendimientos. No se trata de cambiar a nadie ni de que nadie sacrifique sus aspiraciones, sino de que estas se compatibilicen en un plano superior, más rico y productivo, que permita la continuación del ciclo vital de la familia. El papel del mediador debe ser modesto, sencillo, colaborador. Son las familias las que triunfan, no los mediadores.

Resolver los conflictos no es limitarse a la mera aplicación de la ley o a tratamientos psicoterapéuticos. La eficacia de esta o de otra línea de actuación dependerá de una visión interdisciplinar y más global que el mediador deberá poseer. Los operadores de justicia que se ocupan de los temas de familia deben contemplar la mediación como una gran aliada. Factores como el preconcepción, la falta de conocimiento, el miedo a la competencia, el temor de perder la clientela u otros que suelen acompañar a este instrumento deben ser abandonados. Las acciones litigiosas disminuirán, atenuando la sobrecarga de trabajo de los magistrados en general. Con todo, ya conocemos que la introducción de un instrumento nuevo casi siempre genera recelos y desconfianzas. Aún hoy, sólo algunos operadores de la Administración de Justicia saben de qué trata la mediación, algunos saben pero no creen en este instrumento y cada día son más los que confían en el resultado positivo de la utilización de la mediación.

⁵⁶ Compartimos con Luis Alberto Warat el carácter principalmente pedagógico y poco terapéutico de la mediación y la esencia de la mediación como un "reencuentro con la alteridad, con el otro": "(...) continuo apostando por el valor pedagógico de la mediación, no sólo para la prevención, administración y resolución (alteración reparadora) de los conflictos, sino también como herramienta pedagógica para que el hombre encuentre, en el conflicto, el sentido de sí mismo, la humanización del Derecho, el carácter ético de cualquier vínculo con el otro y un sentido de la ciudadanía, de la democracia y los derechos humanos que no queden ideológicamente comprometidos con lo heterónimo, esa nefasta forma que los señores del poder encontraron para apartar lo democrático de la autonomía. El sentido heterónimo del Derecho conlleva una marca totalitaria imposible de extirpar. Lo heterónimo es totalitario de por sí. No tenemos como extirpar eso. Extraña alquimia de lo heterónimo con los mecanismos de idealización y la búsqueda de lo perdido, que cubren con un manto de inocencia el horror excluyente de lo heterónimo (Warat, L.A., "Diálogos del excluido: la ciudadanía y los Derechos humanos como pedagogía: movimientos y desdoblamientos sobre el carácter pedagógico y poco terapéutico de la mediación") (En prensa).

Y continúa señalando que, "Cuando se habla de acuerdo en mediación se tiende, casi siempre, a vincularlo a las nociones de acuerdo vinculadas a los procesos de negociación. Acuerdo como negociación de los intereses en conflicto. Ese acuerdo negociador es insuficiente en términos de mediación. En ese punto lo acordado es algo que trasciende los intereses en disputa (es una concepción demasiado apegada al Derecho norteamericano, demasiado servil a sus propias concepciones imperiales). Para mí, lo que se busca en mediación, en nombre del acuerdo, es la producción autopactada de la ley del conflicto, su ética y reencuentro con la alteridad. Una ley acordada por las partes, sin ninguna interferencia de creencias heterónomas o de terceros que ignoran, en sus decisiones, a los propios actores del conflicto. Pero fundamentalmente, para mí, lo que genera la mediación es una nueva concepción de lo pedagógico (...)" (*Ibidem*).

Compartimos también su recelo con respecto a la mediación que se realiza en sede judicial –Warat la denomina mediación forense– pues se acaba alejando del espíritu de alteridad que debe tener el instituto de la mediación: "La llamada mediación forense no tiene nada de pedagógica. Por supuesto que tampoco tiene nada de mediación, ella es una variante de la negociación que está siendo impulsada como una forma de robarle a la mediación su carácter revolucionario (...) En las negociaciones continúan los litigantes. En la mediación ellos son reemplazados por los dialogantes, por los que quieren aprender" (*Ibidem*).

Vid. también, del mismo autor (1998): "Ecología, psicoanálisis e mediação", trad. J. Rodrigues, en L.A. Warat edtr., *Em nome do acordo. A mediação no Direito*, Buenos Aires: ALMED, p.5-59.

BIBLIOGRAFÍA

- › AA.VV. (1997): *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (arbitraje-conciliación)*, Valencia: Generalitat valenciana-Conselleria de Bienestar Social.
- › ALCÂNTARA BRANDÃO, C.E. (2005): *Resolução de conflitos. Manual de Formação de Mediadores e Agentes de Paz*, Rio de Janeiro: Viva Rio.
- › ATIENZA, M. (1999): "Argumentación y resolución extrajudicial de conflictos", en R. Bergalli edtr., *Contradicciones entre Derecho y control social*, Barcelona: Bosch & Goethe Institut de Barcelona.
- › BARONA VILAR, S. (1999): *Solución extrajudicial de conflictos. 'Alternative Dispute Resolution' (ADR) y Derecho Procesal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- › (2005): "Arbitraje y justicia en España en el siglo XXI", *Jurispoiesis* 8, Universidade Estacio de Sá, p.439-462
- › BELLOSO MARTÍN, N. (2002): "Otros cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos", en V. Zapatero edtr., *Los nuevos horizontes de la Filosofía del Derecho. Libro homenaje al Profesor Luis García San Miguel*. Universidad de Alcalá de Henares, p.55-92. También, en lengua italiana, (2000-2001): "Altre strade per il Diritto: forme alternative di risoluzione di conflitti", *Annali del Seminario Giuridico*, Università di Catania: Giuffrè Editore, Vol.II, p.347-385.
- › BOLZAN DE MORAIS, J.L. (1999): *Mediação e arbitragem. Alternativas à Jurisdição*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- › BOLZAN DE MORAIS, J.L., y ARAÚJO DA SILVEIRA, A. (1998): "Outras formas de dizer o direito", en L.A. Warat edtr., *Em nome do acordo. A mediação no Direito*, Argentina: ALMED, p.68-71.
- › BREITMAN, S. Y COSTA PORTO, A. (2001): *Mediação familiar: uma intervenção em busca da paz*, Porto Alegre.
- › CÁRCOVA, C.Mª. (1989): *La opacidad del Derecho*, Madrid: Trotta.
- › COSI, G. (2004): "Interessi, diritti, potere. Gestione dei conflitti e mediazione", *Ars Interpretandi*, Padova: Cedam, vol.9, p.17-45.
- › CUESTA SÁENZ J.Mª. (de): "Introducción al arbitraje de consumo", *Revista de Derecho Privado*, p.121 ss.
- › (1999): "El laudo en el sistema arbitral del consumo", *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* 25, p.117-137.
- › DIEGO VALLEJO, R. (de) y GUILLÉN GESTOSO, C. (2006): *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Madrid: Pirámide.
- › FOLBER, J., y TAYLOR, A. (1992): *Mediación y resolución de conflictos sin litigio*, México: Noriega.
- › GARCÍA GARCÍA, L. (2003): *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dykinson.
- › GUARNIERI, C. y PEDERZOLI, P. (1999) : *La puissance de juger* (1996), trad. M.A. Ruiz de Azua, *Los jueces y la política. Poder judicial y democracia*, Madrid: Taurus.
- › GUILLÉN GESTOSO, C.; J. MENA CLARES; E. RAMOS RUIZ Y S. SÁNCHEZ SEVILLA (2005): "Aproximación genérica a la mediación", en J. Sánchez Pérez coord., *Aproximación interdisciplinar al conflicto y a la negociación*, Cádiz: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, p. 59-72.
- › JARE5, X.R. (1999): *Educación para la paz. Su teoría y su práctica*, 2ª ed., Madrid: Editorial Popular.

- › LLOPIS GINER, J.M. coord. (2003): "La mediación: concepto y naturaleza", *Estudios sobre la Ley Valenciana de Mediación Familiar*, Valencia: Editorial Práctica de Derecho.
- › MARLOW, L. (1999): *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*, Barcelona: Granica.
- › MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B. (1999): *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*, México: Paidós.
- › MCKEE, D., (1987): *Los dos monstruos*, Madrid: Espasa Calpe.
- › MEJÍAS GÓMEZ, J.F. (1998): "Resolución alternativa de conflictos", *Curso sobre resolución alternativa de conflictos (Arbitraje, conciliación)*, Valencia: Generalitat Valenciana- Conselleria de Bienestar Social.
- › MUNDUATE JACA, L. Y F.J. MEDINA DÍAZ coords., *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Madrid: Pirámide, p.119-136.
- › PARKINSON, L., *Mediación familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Edic. española de A. M^º. Sánchez Durán, Barcelona: Gedisa, 2005.
- › PRATS ALBENTOSA, L. edtr. (2003): *Legislación de Mediación Familiar*, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- › RIPOL MILLET, A. (1999): *La Mediación Familiar y otras Mediaciones*, Barcelona: Paidós.
- › SASTRE PELÁEZ, A.J. (2002): "Principios generales y definición de la Mediación Familiar: su reflejo en la legislación autonómica", *La Ley 5478*, Tapia, p. 8-2.
(2003): "La mediación familiar", *Revista de Servicios Sociales de la Junta de Castilla y León 5*, p.22-25.
- › SALAIKEU, C.A. (1996): *Para que la sangre no llegue al río: una guía práctica para resolver conflictos*, Barcelona: Granica.
- › SÁNCHEZ DURÁN, A. M^º. (edtr. en español) (2005): Apéndice. "La regulación de la mediación familiar en España: análisis comparativo de las leyes autonómicas", en Parkinson, L., *Mediación Familiar. Teoría y práctica: principios y estrategias operativas*, Barcelona: Gedisa, p.331-346.
- › SUARES, M. (2004): *Mediación, conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Buenos Aires-Barcelona-México: Paidós, 4^º reimp.
- › SINGER, L.R. (1990): *Settling disputes. Conflict resolution in bussines, families, and the legal system*, trad. P. Tausent, *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Barcelona: Paidós, 1996.
- › TARUFFO, M. (2002): "Diritti fondamentali, tutela giurisdizionale e alternative", en T. Mazzaresse coord., *Neocostituzionalismo e tutela (sovra)nazionale dei diritti fondamentali*, Torino: G. Giappichelli Editore, p.189-205.
(2004): "Considerazioni sparse su mediazione e diritti", *Ars Interpretandi, Mediazione e hermeneutica*, vol.9, Padova:Cedam, p.97-112.
- › VINYAMATA CAMP, E. (1999): *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*, Barcelona: Ariel, 1999.
- › WARAT, L. A. coord. (1998): "Ecología, psicoanálisis e mediação", trad. J. Rodrigues, *Em nome do acordo. A mediação no Direito*, Buenos Aires: ALMED, p.5-59.
(2001): *O Ofício do Mediador*, Vol. I, Florianópolis: Habitus Editora.
- › WORCHEL, S., y LUNDGREN, S. (1996): "La naturaleza y la resolución del conflicto", *Community mediation. A handbook for practitioners and researches*, trad. M^º.A. Garoz, *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, K. Grover Duffy, J. W. Grosch y P.V. Olczak coords., Barcelona-Buenos Aires- México: Paidós.

LA MEDIACIÓN FAMILIAR: ALGUNAS EXPERIENCIAS EN EL DERECHO COMPARADO INTERNACIONAL

por
Nuria Belloso Martín

1. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL DERECHO COMPARADO

La mediación, considerada como la participación de una tercera persona imparcial en una disputa o negociación entre dos partes, es muy antigua y está extendida en el mundo. De hecho, resulta bastante común encontrarla en las sociedades primitivas.

Así por ejemplo, las tribus del bajo Zaire resuelven sus conflictos mediante asambleas en las que todos pueden exponer sus puntos de vista y el jefe de la tribu espera para conocer el criterio común. El acuerdo final, consensuado o impuesto, se presenta a través de un ritual con acciones visibles (comidas, ofrendas). El pueblo Ausha de Tanzania utiliza una institución llamada "moot" para resolver las disputas. El "moot" es una asamblea comunitaria en la cual se escuchan y se resuelven las quejas de los miembros de la tribu. Primero se escucha a los miembros de los grupos familiares en litigio y después se escucha a toda la comunidad. El "moot" sigue las pautas de la negociación, no de la imposición; excluye de sus procedimientos la violencia; se rige por las normas aceptadas de la justicia comunitaria y tiende a lograr compromisos entre los demandantes de justicia¹. Hay otras comunidades que utilizan sistemas semejantes, como el pueblo Gitskan, en la Columbia Británica, y la comunidad tradicional hawaiana con la institución del "ho'oponopono" y otras más, que no vamos a abordar ahora².

Esta forma de resolver conflictos no es sólo característica de comunidades primitivas o de sociedades con bajo desarrollo económico. Por el contrario, en numerosos países occidentales se están intentando recuperar formas de resolver los conflictos sin tener que recurrir a instancias formales de administración de justicia. Los primeros servicios de mediación familiar podemos encontrarlos en Norteamérica y en Canadá, los dos países pioneros de la mediación familiar moderna.

¹ En la presentación de este tema del origen y evolución de la mediación familiar vamos a utilizar como referencia la obra de A. Ripol-Millet (2001): *Familias, trabajo social y mediación*, Barcelona, Paidós: 2001.

² Las características comunes de los procesos de resolución de conflictos, pueden resumirse en:

- 1.- El proceso está conducido por una tercera parte neutral o imparcial. El mediador no se inclina favor de ninguna de las dos partes y es elegido por su neutralidad.
- 2.- El mediador es aceptado inicialmente por todas las partes en litigio aun cuando el grado de aceptación puede 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 una solución u otra. Sin embargo, tanto las amenazas como los costes y las consecuencias de las acciones que han motivado el proceso pueden ser considerados como aportación o reclamación de las partes.
- 4.- Los acuerdos no son vinculantes en el sentido de que el mediador no posee sanciones que puedan ser utilizadas en contra de las partes que no lleguen a acuerdos o que incumplan los mismos.
- 5.-El proceso para llegar a acuerdos no es prescriptivo. El mediador asiste a las partes para que ellas mismas 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.

Seguidamente analizaremos la situación en Estados Unidos, Canadá, Gran Bretaña, Francia, Alemania, Italia y España.

a) En *Estados Unidos*: pueden apuntarse dos razones que explican el gran crecimiento de la mediación familiar. En primer lugar, el gran incremento del número de separaciones y divorcios y la percepción de que la ruptura conyugal comenzaba a verse no sólo como un hecho de repercusiones jurídicas sino principalmente, como perturbador a nivel personal y familiar. En segundo lugar, el deseo de los norteamericanos de no dejar el control de temas tan personales en manos del sistema jurídico-judicial.

En el Estado de California se comenzó a registrar un índice de divorcios superior al 50% de los matrimonios, por lo que se decidió imponer la mediación familiar como paso previo a los procedimientos judiciales en separación y divorcio. Es lo que se conoce como la "mediación imperativa", alternativa a la voluntaria. La mediación en divorcio imperativa sólo pretendía resolver los temas relacionados con la custodia y régimen de visitas de los hijos, dejando los temas económicos en manos de procedimientos de arbitraje. Es la modalidad de mediación conocida como "mediación parcial", frente a la "mediación global" que se ocupa de todos los temas relacionados con el divorcio. En este contexto actúa el Tribunal de Conciliación Familiar de los Ángeles (California), fundado en 1939 y que ofrece servicios gratuitos de mediación desde 1980. El Tribunal está compuesto por un juez supervisor y una plantilla profesional con formación en mediación, cuyos miembros provienen de diversos campos de la intervención psicosocial. El juez no participa en la mediación sino que dirige el programa y firma todos los trámites judiciales, incluyendo la homologación de los acuerdos a los cuales han llegado las partes. A lo largo de los últimos años, otros muchos Estados han implantado también servicios de mediación.

b) *Canadá*: en 1972 se instauró en Canadá el primer servicio de mediación mediante la creación del Servicio de Conciliación del Tribunal de Familia en Alberta. En 1974, un trabajador social, terapeuta familiar y profesor de la Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Toronto, creó el segundo servicio de "conciliación familiar". En 1981 se creó en Montreal el Servicio de Conciliación para la Familia, servicio que tres años más tarde se convirtió en un servicio de mediación familiar permanente, público y gratuito. En 1982 se creaba un servicio de mediación en Quebec. Desde entonces se han ido poniendo en funcionamiento diversidad de servicios de mediación en casi todas las ciudades relevantes de Canadá.

El término "conciliación", que allí es prácticamente sinónimo de mediación, sugiere que uno de los objetivos fundacionales de los primeros servicios canadienses era evitar las rupturas matrimoniales innecesarias. El servicio de Mediación Familiar de Montreal fue diseñado como un servicio de mediación "cerrado" (las entrevistas eran confidenciales y no podían ser utilizadas en los juzgados), voluntario, interdisciplinario (trabajadores sociales, psicólogos, juristas) y basado en el modelo sistémico de intervención sobre las familias. Canadá fue el primer país en redactar un código deontológico para mediadores (Ontario, 1986).

c) *Gran Bretaña* es el país europeo con más larga tradición en mediación familiar. En Inglaterra y en Gales³ la nueva regulación del divorcio introducida por la *Family Law Act* de 1996 impulsó la mediación familiar. Se establecía que: “el matrimonio que de modo definitivo se ha roto y que debe ser disuelto con el mínimo de sufrimiento para las partes y para los hijos afectados, con las cuestiones tratadas de un modo orientado a promover la continuación de una relación tan buena como permitan las circunstancias, y sin que se incurra en costes irrazonables en el procedimiento que deba seguirse para poner fin al matrimonio”.

Pueden apuntarse seis contextos diferentes en los cuales se ha ido desarrollando la mediación familiar en Gran Bretaña desde sus inicios:

1.- Mediación durante el proceso judicial: tiene lugar durante la conciliación judicial y se lleva a cabo por medio de funcionarios judiciales. Los clientes cuentan con la asistencia de sus respectivos abogados ante un funcionario de bienestar social que actúa como mediador.

2.- Mediación a cargo de servicios civiles: tiene lugar al margen de la jurisdicción, desarrollada generalmente por ONG privadas de asesoramiento familiar o matrimonial.

3.- Mediación a cargo de servicios privados autónomos: estos actúan a partir de indicaciones genéricas emanadas de la Administración. Los servicios de estas empresas son requeridos tanto por los particulares como por los propios abogados y jurados.

4.- Servicios de mediación a cargo de agencias de bienestar o de ONG sin ánimo de lucro: la mayor parte de las grandes organizaciones privadas de ámbito familiar que ayudan a las familias disponen de servicios de mediación familiar.

5.- Servicios de mediación para comunidades específicas: dirigidos a grupos étnicos o religiosos concretos.

6.- Servicios de mediación a cargo de juristas: estos juristas tienen una formación específica en mediación y suelen estar supervisados por un experto en trabajo psicosocial con familias. Generalmente están especializados en temas financieros o patrimoniales.

La mediación familiar en Gran Bretaña ha corrido pareja a la historia de la evolución del Consejo Nacional de Conciliación –NFCC–, la primera entidad que agrupó a la mayor parte de los servicios de mediación “independientes” (no vinculados a los tribunales de justicia) de Gran Bretaña. Así pues, en Gran Bretaña existen dos tipos de mediación: la del sector público, cuya misión es apoyar el trabajo de los tribunales, pero no como una instancia obligatoria previa al juicio; y la del sector voluntario, que atiende entre dos mil y tres mil casos al año. En el año 1985 la NFCC elaboró, junto con la asociación de Abogados de Derecho de Familia, un código de práctica mediadora que han aceptado todas las entidades que componen el Consejo.

d) En *Francia*: la mediación familiar moderna comienza en 1986 con relación a conflictos sociales y territoriales en el Val de Marne. Es precisamente en este lugar donde empieza la mediación familiar después de que un equipo de consejeros

³ Vid. Verdun, J. (1999): “La mediación familiar a Espanya i a Anglaterra”, *Revista de Treball Social* 54, Barcelona, p.9-150. (La traducción es nuestra).

matrimoniales y terapeutas recibiesen entrenamiento en mediación por parte del Instituto de Mediación Familiar de Montreal. A mediados de los ochenta un buen número de entidades privadas ofrecían mediación. Más tarde, algunas instancias judiciales, entre ellas el Ministerio de Justicia y la Secretaría de Estado para los Derechos de la Mujer, pusieron en marcha algunas experiencias piloto de mediación. El reconocimiento legislativo de la mediación puede encontrarse en 1995 en la Ley número 95-125, de 8 de febrero, relativa a la organización de las jurisdicciones y al procedimiento civil, penal y administrativo; su desarrollo se produce en 1996, mediante el Decreto número 96-652, de 22 de julio, relativo a la conciliación y a la mediación judiciales, cuyo artículo 2 introduce el Título VI bis, referido a la mediación, en el Libro I del Nuevo Código de Procedimiento Civil. Debe subrayarse, sin embargo, que esa regulación, a diferencia de la inglesa, no se refiere sólo a la mediación familiar, ni tampoco la incluye en toda su extensión, ya que queda fuera de su ámbito la llamada en Francia "mediación independiente", es decir, la mediación extrajudicial.

En Francia hay que distinguir dos tipos de mediación: la mediación judicial, procedimiento ya habitual en casi todo el país, y la mediación independiente, al margen de todo procedimiento judicial. Y es que el proceso de mediación puede ser iniciado extrajudicialmente por medio de un expediente informativo instruido por una entidad mediadora, o puede ser judicial. En este último caso el juez suspende el proceso de divorcio y remite a los cónyuges a una asociación mediadora para que lleguen a acuerdos sobre algunos aspectos de su relación postmatrimonial. La elección de mediador corresponde en algunos casos al juez, quien puede llegar a determinar no sólo la entidad que ha de mediar sino incluso el número mínimo de sesiones, una fecha máxima para que las partes presenten un acuerdo y quién debe sufragar el coste de las sesiones. Una buena parte de los servicios independientes de mediación familiar reciben subvenciones públicas, por lo que permiten a los clientes pagar según sus posibilidades económicas. En 1988 se creó en Francia la Asociación para la Promoción de la Mediación Familiar –APMF– que coordina la mayor parte de los esfuerzos europeos para promover esta institución. Desde 1991 la APMF es la sede de una comisión europea compuesta por responsables de formación de Italia, Bélgica, Francia, Alemania, Suiza y Gran Bretaña, que han redactado una Carta Europea de formación de mediadores familiares. Se ha regulado también la figura del "Mediateur d'État", con la exigencia de una formación en mediación de setecientas horas.

e) En *Alemania* hay que partir de una base continental del Derecho. Es decir, si en el análisis estadounidense se observaba el predominio de la participación y la labor que desde la práctica (tribunales y colegios de abogados) se estaba realizando en esa línea de actuación, en Alemania, como en los demás países con un modelo de Derecho continental (Francia, Italia, España), hay obligación de partir de lo que las leyes permiten. Así pues, no puede afirmarse que exista un movimiento de ADR con tanta fuerza como en Estados Unidos, pero hay diversos autores que han comenzado a preocuparse por la búsqueda de lo que denominan *Alternative in der Ziviljustiz*, ante la situación provocada por una sobrecargada vía jurisdiccional de resolución de conflictos. Se contempla tanto la posibilidad de una posible negociación inter partes como el poder acudir a un tercero en aras de la búsqueda de una solución. Así pues, en Alemania es posible tanto la negociación a través de letrados como la mediación.

El ámbito material sobre el que se extiende la mediación en Alemania puede referirse a procesos de crisis matrimonial, interviniendo el mediador principalmente cuando entran en juego menores de edad; medio ambiente; derecho económico; conflictos laborales; conflictos y disputas entre vecinos; arrendamientos y consumo. Mención especial merece la mediación penal juvenil, en la que habiéndose constatado las carencias existentes en la solución de la imposición de la pena como sanción ante la comisión de delitos por quienes se encontraban en una franja de edad juvenil -a quienes aún no alcanzaba la aplicación del Código Penal-, se pretendía buscar una solución que contara con la aprobación de las partes implicadas: Estado, víctima y agresor. De ahí que se planteara la posibilidad de una sustitución de la pena como sanción a cambio de participar en un programa que consistía en poner en contacto al autor con la víctima -buscando como solución la reparación económica de los daños que hubiera podido producir-. Todo ello respetando las características del procedimiento de mediación: voluntariedad, neutralidad, autoresponsabilidad, información y confianza.

f) En *Italia*: como en el caso de España, el arbitraje tiene gran arraigo en la cultura jurídica italiana como forma de búsqueda de soluciones diversas del proceso jurisdiccional ante los conflictos surgidos. Lo más característico del caso italiano tal vez sea la búsqueda de soluciones a la acentuada crisis de la Administración de Justicia. La cantidad y calidad de los litigios, la complejidad de los mismos, ya no sólo por el contenido sino también por la legitimación para interponerlos (grupos, asociaciones de consumidores), la aparición de nuevas tecnologías y la globalización, han contribuido a incrementar la complejidad de los conflictos a los que deben enfrentarse los jueces.

Las fórmulas que funcionan en Italia como mecanismos de ADR son: en primer lugar, la negociación mediante la intervención de un tercero, en especial la mediación. La intervención negociadora de los letrados de ambas partes es una técnica que refleja la actitud colaboradora en la búsqueda de una solución que satisfaga a sus clientes. Es significativo que ya en la Ley de 21 de marzo de 1958 y en el Reglamento de 6 de noviembre de 1960, se regulara la disciplina de la mediación desde el punto de vista de su profesionalidad. El mediador se define como aquél que no sólo actúa en relación a dos o más partes para la decisión de un asunto, sino también quien se interpone entre las mismas para inducirles a que efectivamente alcancen el acuerdo. En segundo lugar, la conciliación, pues se mantiene en el artículo 183 del Código Procesal Civil la denominada *Prima udienza di trattazione*, donde el juez interroga libremente a las partes presentes y, cuando la naturaleza de la causa lo permite, intenta la conciliación -la llamada conciliación intraprocesal- (la nueva redacción del artículo 183 dada por la Ley de 20 de diciembre de 1995 ha convertido en obligatoria la conciliación). En tercer lugar, el arbitraje. Y en cuarto lugar, otras técnicas principalmente relacionadas con la figura del *Ombudsman*. Es el caso del Ombudsman bancario, instituido en 1993 por la Asociación bancaria italiana, órgano colegiado que pretende resolver las quejas que plantean los clientes de la banca insatisfechos. En los últimos cinco años han proliferado los estudios sobre mediación en diversas áreas, entre las que destacamos la de familia y la penal. Hay prácticamente unanimidad en destacar las ventajas que la mediación puede suponer para la gestión y adopción de acuerdos en conflictos familiares⁴.

⁴ Cfr. Cerrai, C. (2004): "Le nuove frontiere dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversie: la mediazione familiare", *Alga*, Roma, p.723-725.

Hay otros países europeos -en los que no vamos a detenernos-, que también cuentan con el servicio de mediación familiar, tales como los Países Bajos desde 1982, cuando se crea el primer Instituto del Divorcio, o Bélgica desde 1986, auspiciada por los encuentros que bajo el lema "Padres para siempre" tuvieron lugar en Cambridge, ciudad en la cual se formaron los primeros mediadores belgas.

2. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN ESPAÑA

Podría apuntarse que el antecedente de la mediación en España se encuentra en la Ley 30/1981, denominada de Divorcio, que modificó el Código Civil en materia de Derecho de Familia, abriendo al mismo tiempo la posibilidad de una tramitación consensual de esta clase de litigios. Asimismo, el punto de referencia de esta Ley se encuentra en el artículo 32 de la Constitución Española de 1978, que establece la posibilidad de disolver el matrimonio y, por tanto, de contraer nuevas nupcias. De esta forma, el ordenamiento español denota la evolución experimentada desde la concepción del matrimonio “para toda la vida”, a una consideración más flexible, en que la duración del mismo estaría determinada por la voluntad de las partes implicadas⁵.

El primer servicio de mediación familiar del que se tiene noticia es el de Donosti, actualmente cerrado, y que había sido creado en 1988 por una trabajadora social a partir de su participación en un Congreso en Montreal en 1984 -en el cual se presentó el servicio de ayuda a la familia dependiente del Tribunal Supremo de Montreal-. Posteriormente, en el año 1990 empezaron en España, casi de forma simultánea, cuatro servicios de mediación familiar. El primero de ellos, ubicado en Madrid, era el Servicio de Mediación Familiar –SMF-, de la Unión de Asociaciones Familiares –UNAF-. El servicio se constituyó a partir de un convenio-programa entre el Ministerio de Asuntos Sociales y la UNAF, y se proponía “aportar un asesoramiento especializado a aquellas familias que se disponían a afrontar una ruptura matrimonial, ofreciéndoles ayuda eficaz y apropiada para superar las dificultades asociadas a la separación y el divorcio”. Un segundo servicio de mediación madrileño pionero fue el Programa de Mediación Familiar que puso en funcionamiento el centro psicológico Ábside conjuntamente con la fundación Familia, Ocio y Naturaleza –FONAT-⁶. En Barcelona se crean, dos meses más tarde que en Madrid, dos servicios de mediación familiar: el Servicio de Mediación Familiar de Barcelona, adscrito al Instituto de Trabajo Social y Servicios Sociales, y el Servicio de Mediación Familiar del Instituto Genus.

Existen además Comunidades Autónomas en España que, aun sin contar con una Ley de mediación familiar, trabajan con servicios de mediación, como es el caso del País Vasco y de la Comunidad de Madrid -que acaba de aprobar su Proyecto de Ley de Mediación Familiar-. El País Vasco, desde 1998, viene trabajando con un Programa bien estructurado sobre la mediación familiar, a la vez que ha organizado diversos seminarios y jornadas sobre mediación. Desde 1996, el Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social del Gobierno Vasco puso en funcionamiento el primer Servicio Público de Mediación Familiar, “con el propósito de ayudar a superar de forma menos traumática estas situaciones (...) y facilitar la vía del mutuo acuerdo, evitando enfrentamientos legales”. El Servicio de Mediación presenta un esquema entre lo estrictamente jurídico-civil y los servicios sociales. En Madrid se inauguró

⁵ Cfr. García García, L. (2003): *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dykinson.

⁶ También existen otros servicios profesionales de atención a la familia que incluyen en sus prestaciones la mediación familiar, no siempre entendida de la misma forma que la mayoría de los servicios que hemos ido citando. Probablemente influidos por su ideología religiosa, la mediación familiar que ofrecen se acerca más al modelo que tenían los países anglosajones antes de los años setenta. El objetivo prioritario de algunos de estos servicios es reconciliar a las partes y evitar una ruptura familiar.

oficialmente el primer Proyecto de Mediación en 1990. Desde entonces existe un Servicio de Mediación que desarrolla sus funciones en los Juzgados de Familia. El Ayuntamiento de Madrid ha instaurado un segundo nivel de intervención: los Servicios Sociales Especializados, entre los cuales están los Centros de Atención a la Infancia⁷. A partir de la promulgación de las Leyes de Mediación Familiar en algunas Comunidades Autónomas, los centros y servicios de mediación, públicos y privados, se han ido extendiendo.

3. LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN LATINOAMÉRICA

La justicia alternativa ha sido una característica común a los países latinoamericanos, tal vez conveniente en una época en la que el Derecho era creado por los intereses de unos grupos privilegiados. Ahora, con sistemas democráticos, con principios básicos como el Estado de Derecho, el principio de legalidad y la separación de poderes, la sociedad civil debe recuperar su protagonismo y la mediación es un cauce propicio para ello. Advertimos del peligro de confundir las formas alternativas o complementarias de resolución de conflictos con el uso alternativo del Derecho. En América Latina, a pesar de los procesos de democratización y establecimiento de normas constitucionales que pretenden extender el imperio de la ley y la protección y garantía de los derechos humanos, la estructura oficial no parece suficiente. El Estado parece incapaz de garantizarla e incluso, de respetarla él mismo. Las prestaciones que el Estado puede ofrecer siguen dejando fuera a un gran número de excluidos, ciudadanos que no tienen más remedio que auto-organizarse. Ello ha dado lugar a que las propias comunidades de excluidos, ayudadas por abogados y operadores jurídicos que tienen una nueva visión del Derecho, vengán desarrollando en América Latina un uso del derecho alternativo, es decir, una práctica jurídica alternativa a la del Derecho oficial y estatal, generando sus propias normas o, al menos, su propia interpretación de las normas. Son servicios legales que intentan estimular la reapropiación del poder por parte de las clases desfavorecidas⁸. El uso "alternativo" del Derecho corre el peligro de acabar degenerando en un uso "alterativo" del Derecho, también peligroso para la construcción de la democracia y del proceso constitucional, en países cuya democracia y proceso constitucional es bastante frágil. Nuestra propuesta es la de la defensa de formas autocompositivas de resolución de conflictos pero nunca al margen de la ley sino en el marco de la legalidad, como una ayuda y un refuerzo de la misma⁹.

⁷ Hay que advertir que antes de Madrid, algunos otros municipios habían establecido servicios de mediación: en 1994, en el Ayuntamiento de San Fernando de Henares (ejerce como mediador un abogado); en 1995, en el Ayuntamiento de Uncia (ejercen como mediadores un abogado y un psicólogo); en 1996, en el ayuntamiento de Fuenlabrada (ejercen como mediadores un abogado y un psicólogo).

En 1994, la Consejería de Familia, Mujer y Juventud de Orense crea el Gabinete de Mediación y Orientación en conflictos familiares; en 1998, en Alicante se instaura el Servicio de Mediación Familiar, de carácter público, en manos de la ONG Enaus. Asimismo, hay algunas otras experiencias de aplicación de estrategias de mediación, llevadas a cabo por jueces de los Juzgados de Familia.

⁸ Vid. Torre Rangel, J.A. coord. (2002): *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México: Editorial Porrúa. También, vid. Torre Rangel, J.A. (1997): *Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, Aguascalientes: Instituto Cultural de Aguascalientes. También, Cárcova, C.Mª. (1989): *La opacidad del Derecho*, Madrid: Trotta.

⁹ Un estudio previo sobre esta temática lo hemos publicado en Bellosó Martín, N. (2004): "Formas alternativas de resolución de conflictos: experiencias en Latinoamérica", *Seqüencia*. Revista del Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC 48, Brasil, p.173-202.

El movimiento de las ADR ya lleva dando sus frutos desde hace algunos años en el contexto latinoamericano¹⁰. Las carencias de la justicia civil, la duración de los procesos, el coste de los mismos y la insatisfacción con respecto al funcionamiento de la Administración de Justicia, han acabado provocando un gran interés por las vías alternativas que permitan, sino una solución complementaria a los conflictos jurídicos, sí una vía previa en muchos casos a la procesal. La Asociación Iberoamericana de Difusión de la mediación -AIDMe- ha realizado una significativa labor de difusión y promoción de la mediación¹¹. El paradigma lo encontramos en Argentina, en algunas de cuyas provincias se cuenta con una Ley de mediación. Diferente es el caso brasileño, donde aunque no se haya aprobado todavía una Ley de mediación, es una fórmula cada vez más extendida de resolución alternativa de conflictos.

3.1. En Argentina

La mediación en Argentina se encuentra en una etapa de formación en la mayoría de las provincias. No existe una Ley de Mediación de ámbito estatal sino sólo en diversas provincias. Se encuentra funcionando con rango legal en Santa Fe y en Chubut, así como en las provincias de Córdoba y el Chaco. En las provincias de Jujuy y Mendoza funciona sólo para familia. En la Capital Federal se encuentra regulada por la ley nacional 24.573 y su Decreto Reglamentario 91/98, como etapa previa y obligatoria a todo juicio.

El art.17.1.d del Decreto Reglamentario 91/98 establece que la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos -D.I.M.A.R.C.- tendrá a su cargo la autorización y habilitación de los institutos o centros de capacitación para mediadores y ejercerá el control de su funcionamiento y cumplimiento, con los requisitos que establezca la reglamentación que dicte el Ministerio de Justicia. En Córdoba, por ejemplo, encontramos el Centro Piloto de Mediación de Tribunales, con carácter público. Y entre otros centros, cabe destacar también el Centro de Mediación del Colegio de Abogados y el Centro de Mediación de la Cámara de la propiedad horizontal de la provincia de Córdoba.

La mediación en Argentina es entendida como "la intervención de un tercero neutral en un conflicto suscitado entre las partes y asesoradas por sus abogados, por lo cual se tiende a arribar a un acuerdo que conforme a los interesados"¹². Es decir, se destaca ya una gran diferencia con la concepción de la mediación en España, pues en Argentina las partes, obligatoriamente, deben acudir a la mediación personalmente,

¹⁰ Junto a la particular situación argentina, en la que la mediación es un instituto que goza de gran difusión, hay que destacar las múltiples leyes que en la década de los años noventa han sido aprobadas en los parlamentos latinoamericanos que, con sus diversas connotaciones, ponen de manifiesto un impulso de instituciones históricamente conocidas en la cultura procesal latina, como lo pueden ser el arbitraje o la conciliación, aunque también debe destacarse el interés en impulsar la mediación.

Podemos destacar, entre otras, las siguientes Leyes: La Ley brasileña n.º 9307, de 23 de septiembre de 1996, sobre arbitraje; En Bolivia, la Ley n.º 1770, de 10 de marzo de 1997, sobre arbitraje y conciliación; El Decreto colombiano n.º 1818 de 1998, de 7 de septiembre, por medio del cual se expide el Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos (entre los que se desarrolla la conciliación); en Costa Rica, la Ley n.º 7727, de julio de 1998, sobre resolución alternativa de conflictos y promoción de la paz social, en la que se desarrolla la mediación, la conciliación y el arbitraje (existiendo una cierta confusión entre los términos mediación y/o conciliación); En Ecuador, la Ley n.º 000/145, de 4 de septiembre de 1997, de Arbitraje; En Perú, la Ley n.º 26572, de 6 de enero de 1996, General de Arbitraje; En Venezuela, la Ley de Arbitraje comercial, aprobada el 5 de abril de 1998. Todas ellas tienen en común los pocos años de existencia (son producto de la década de los noventa) y que posiblemente se han visto impulsadas por las nuevas técnicas de ADR.

¹¹ Vid. Prólogo al *Régimen de mediación y conciliación*. Ley 24.573. Buenos Aires: Editorial Astrea, p.12.

¹² Bodnar, P. (de) (2000): *Manual de Mediación*, Córdoba (Argentina): La Cañada, p.17.

acompañadas de asistencia letrada. Y asimismo puede observarse que la mediación se aplica a numerosos tipos de conflictos y no sólo a los de familia. Es más, con respecto a la mediación familiar, pueden observarse por el contrario una serie de restricciones pues los casos de separación y divorcio quedan fuera del ámbito de la mediación, a excepción de las cuestiones patrimoniales que deriven de éstos.

a) En la provincia de Buenos Aires:

La Ley General de Mediación y Conciliación nº24.573, aprobada el 4 de octubre de 1995, junto con sus dos Decretos Reglamentarios 1021/95 y 477/96, instituyen la mediación previa, con carácter obligatorio, en todos los juicios, a fin de promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de las controversias. Es decir, los Tribunales deben ser el lugar donde se reciba el conflicto, pero después de haber intentado resolverlo a través de la mediación. Se regula pues la mediación con una naturaleza obligatoria para determinados conflictos, antes de acudir a la vía judicial. Es un modelo de mediación prejudicial obligatoria. Se comenzó estableciendo una obligatoriedad por cinco años, plazo que se renovó por otros cinco en abril de 2001, con la finalidad de crear una cultura propicia de la mediación, difundirla y familiarizar a los ciudadanos con este instituto.

De la Ley de Buenos Aires podemos destacar las siguientes características:

- *La solicitud de mediación* se realiza mediante la presentación de un formulario ante una mesa general de recepción de expedientes, donde se procederá al sorteo del mediador, juzgado y Ministerios Públicos que, eventualmente, intervendrán. El plazo máximo de duración del procedimiento es de sesenta días (salvo para los supuestos de mediación optativa, que es de treinta); dicho plazo es prorrogable por acuerdo de las partes. Hay que concurrir personalmente y con asistencia letrada a las sesiones de mediación.
- *Obligatoriedad de utilizar la mediación*: se impone la mediación como requisito previo para cualquier demanda judicial en las cuestiones no expresamente excluidas por la Ley. Nadie puede promover directamente una acción judicial sin pasar por una etapa previa de mediación. Las causas de exclusión de la mediación obligatoria son varias y pueden agruparse en las siguientes categorías: a) existencia de una mediación particular previa realizada por mediadores autorizados por el Ministerio de Justicia argentino, puesto que queda claro que ya ha habido una mediación voluntaria por las partes (segunda parte del artículo 1); b) causas de exclusión expresamente previstas en el artículo segundo de la Ley: acciones de separación y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación y patria potestad, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de éstas –el juez deberá dividir los procesos derivando la parte patrimonial al mediador-; procesos de declaración de incapacidad y de rehabilitación; causas en que el Estado nacional o sus entidades descentralizadas sean partes; amparo, habeas corpus o interdictos; medidas cautelares -hasta que se decidan las mismas-; diligencias preliminares y prueba anticipada; juicios sucesorios -las cuestiones controvertidas en materia patrimonial, mediante solicitud de las partes se podrán derivar al mediador- y voluntarios; concursos preventivos y quiebra; causas que se tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo. El artículo tercero establece que el sistema de mediación será optativo para el reclamante en los procesos de ejecución y juicios de desalojo; c) que

no pueden ser objeto de transacción: son los casos en que, por una cuestión de orden público, quedan excluidos de cualquier tipo de transacción. El objetivo es que la jurisdicción actúe sobre ellos y no se realicen acuerdos.

- *Obligatoriedad del mediador de ser abogado* (art.1.6): El Registro de Mediadores depende de la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos de la Secretaría de Asuntos Técnicos y Legislativos del Ministerio de Justicia y tiene a su cargo, entre otras funciones, confeccionar la lista de mediadores habilitados para actuar como tales, mantener actualizada la lista -que deberá ser remitida en forma quincenal a las mesas generales de entradas de cada fuero-, confeccionar las credenciales y los certificados de habilitación, llevar un registro de firmas y sellos de los mediadores, llevar un registro de sanciones así como archivar las actas donde conste el resultado de los trámites de la mediación¹³. El mediador puede ser sorteado oficialmente o bien puede ser un mediador designado privadamente. En cualquier caso, debe tratarse de un mediador registrado y habilitado por el Ministerio de Justicia. La designación podrá ser por sorteo, cuando el reclamante formalice su requerimiento en forma oficial ante la mesa de entradas del fuero que corresponda, o por elección, cuando privadamente lo designen las partes o a propuesta de la parte reclamante¹⁴.

- *Las actuaciones*: confidencialidad. Neutralidad del mediador. Asistencia letrada. Presencia personal de las partes (se exceptúa a algunas personalidades de la obligación de comparecer personalmente, como es el caso del Presidente y Vicepresidente de la Nación, Rectores y Decanos de Universidades Nacionales, Ministros y Cónsules, etc.).

- *El acuerdo dispensa de homologación judicial*: el acuerdo al que lleguen las partes se recogerá en un acta, comunicándose el resultado de la mediación al Ministerio de Justicia. El acuerdo tiene efecto de cosa juzgada. Es decir, el acuerdo instrumentado en acta suscrita por el mediador no requerirá homologación judicial y será ejecutable mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en

¹³ Los requisitos para la inscripción en el Registro de mediadores son: a) ser abogado con dos años de antigüedad en el título; b) haber aprobado el curso y entrenamiento, con las pasantías y prácticas correspondientes, promovido por el Ministerio de Justicia u otros equivalentes; c) disponer de oficinas que permitan un correcto desarrollo del mecanismo de mediación; d) abonar la matrícula anual de inscripción correspondiente. Está prohibido el ejercicio de la función de mediador a personas en determinadas circunstancias. -En nuestra opinión resulta un tanto discutible la "reserva del mercado" de la función de mediador a los abogados-.

Las causas de suspensión del Registro de Mediadores son: incumplimiento o mal desempeño de sus funciones; haber rehusado a intervenir sin causa justificada en más de tres mediaciones, dentro de un plazo de doce meses; haber sido sancionado por la comisión de falta grave por el tribunal de disciplina del Colegio profesional al que perteneciera; no haber dado cumplimiento a la capacitación continua e instancias de evaluación que disponga el Ministerio de Justicia mediante la Dirección Nacional de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos; no abonar en término la matrícula que determine el Ministerio de Justicia; haber incumplido alguno de los requisitos necesarios para la incorporación y mantenimiento en el Registro. Las causas de exclusión del Registro de Mediadores son: negligencia grave en el ejercicio de sus funciones que perjudique el procedimiento de mediación, su desarrollo o celeridad; violación de los principios de confidencialidad y neutralidad; asesoramiento o patrocinio a alguna de las partes que intervengan en una mediación a su cargo, o tener relación profesional o laboral con quienes asesoren o patrocinen a algunas de las partes.

¹⁴ Los honorarios que percibirá el mediador por su tarea en las mediaciones oficiales se fijan de acuerdo a diversas pautas, en función del monto del litigio en cuestión. Por ejemplo, en asuntos en los que se encuentren involucrados montos de hasta tres mil pesos, cobrará ciento cincuenta pesos. En asuntos con montos entre tres mil y seis mil pesos, sus honorarios serán de trescientos pesos y así sucesivamente.

Se crea un Fondo de Financiamiento, que funcionará dependiendo del Ministerio de Justicia. Cuando en las mediaciones oficiales no se llegara a acuerdo alguno, el Fondo de Financiamiento abonará al mediador, a cuenta de los honorarios que le correspondan, la cantidad de quince pesos, quedando habilitado para presentar la solicitud de cobro al Ministerio de Justicia.

el Código Procesal Civil¹⁵. En caso de incumplimiento de lo pactado, la parte interesada puede solicitar directamente una ejecución mediante el procedimiento de ejecución de sentencia. Consideramos acertada esta medida dado que uno de los objetivos de la mediación es el de no acudir al Poder Judicial -hacer que las partes tengan que buscar una homologación judicial de su acuerdo acabaría desembocando en uno de los problemas que se pretenden evitar con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos-.

- *Resultado negativo de la mediación. Acta final que habilita la vía judicial.* En caso de que las partes no lleguen a un acuerdo, o que la mediación fracasase por incomparecencia de la o las partes o por haber resultado imposible la notificación, el acta deberá consignar únicamente esas circunstancias quedando expresamente prohibido dejar constancia de los pormenores de las audiencias celebradas. Con el acta final el reclamante tendrá habilitada la vía judicial y ante la mesa de entradas del fuero que corresponda, quedará facultado para iniciar la acción ante el juzgado que le hubiera sido sorteado, en las mediaciones oficiales, o en el que resultare sorteado al momento de radicar la demanda, en las privadas¹⁶.

b) En la provincia de Córdoba

Como ya hemos indicado, en Argentina no hay una Ley nacional de mediación sino que ha sido a nivel de provincias como se ha ido promulgando la legislación. En el ámbito de la provincia de Córdoba han existido dos proyectos. El primer proyecto es el Plan Piloto de Mediación del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, que estuvo vigente hasta inicios del año 2000¹⁷. Este primer proyecto contemplaba dos clases de

¹⁵ Se contempla una excepción: resulta obligatorio recabar la homologación judicial cuando, en el proceso de mediación, estuvieran involucrados intereses de incapaces y se llegara a un acuerdo; en el caso de las mediaciones oficiales, este acuerdo deberá ser sometido posteriormente a la homologación judicial del juez que corresponda mediante sorteo. En el caso de las mediaciones privadas, este acuerdo será sometido a la homologación judicial del juez competente que corresponda. Cualquiera que fuere el resultado de la mediación oficial o privada, este debe ser informado por el mediador al Ministerio de Justicia dentro del plazo de treinta días hábiles después de concluido el trámite, acompañando copia del acta con su firma autógrafa.

¹⁶ En todos los casos los demandados deben haber sido convocados al trámite de mediación. Si el actor dirige la demanda contra un demandado que no hubiera sido convocado a mediación o en el proceso se dispusiere la intervención de terceros interesados, será necesaria la reapertura del trámite de mediación, trámite que se sustanciará con la nueva parte que se introdujere en el proceso.

¹⁷ Previamente a la Ley del 2000, en 1998 se establecía el régimen legal de la mediación en la provincia de Córdoba a través del Acuerdo Reglamentario 407 serie "A", por el cual en su artículo 1 se resolvía implementar un programa que contemplase la puesta en marcha de un "Plan Piloto de Mediación" en el ámbito del Poder Judicial, el cual prestaría servicio gratuito de mediación por el término de 12 meses y contribuiría a la difusión del instituto de la mediación, debiendo elaborarse un informe final de evaluación acerca de los resultados obtenidos. Según el artículo 2, el Programa comprendía las controversias judiciales que le fueran remitidas por los tribunales ordinarios de la ciudad de Córdoba que voluntariamente decidieran participar en esta experiencia piloto. Conforme el artículo 3, quedaban excluidas las siguientes causas: a) Procesos penales, con excepción de las acciones civiles derivadas de estos siempre que el imputado no se encontrase privado de su libertad; b) Procesos de declaración de incapacidad y rehabilitación; c) Amparo y hábeas corpus; d) Medidas precautorias y prueba anticipada; e) Concursos y quiebras; g) Juicios de divorcio, salvo los incidentes referidos a separación de bienes, alimentos, visitas, tenencia de hijos, etc.

El artículo 4 establecía que el Tribunal Superior de Justicia abriría un Registro de Mediadores y ejercería la superintendencia y control mientras durara la experiencia piloto.

El artículo 5 recogía la conformación de un Cuerpo de Mediadores y otro de Co-Mediadores. Para integrar el Cuerpo de Mediadores se debían cumplir los siguientes requisitos: a) Poseer título de abogado con una antigüedad en el ejercicio superior a 5 años; b) Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías; El Cuerpo de Co-Mediadores podía estar integrado por profesionales de distintas áreas afines a una controversia judicial: psicólogos, médicos, asistentes sociales, contables, etc., quienes debían haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías.

A este Acuerdo Reglamentario 407 se adjuntaban los "Principios Básicos" y "Procedimientos en el desarrollo de la Mediación", incorporándose en el "Anexo A" del acuerdo.

mediadores: el Mediador, que debería ser desempeñado por un profesional con título de abogado y cinco años de ejercicio en la profesión; y el Co-Mediador, que podría ser desempeñado por los restantes profesionales tales como psicólogos, médicos, asistentes sociales, etc. El segundo proyecto que es el de la Ley de Ministerios, contemplaba como mediadores a todos, es decir, tanto a los abogados como a los restantes profesionales, dejando en pie de igualdad a todas las ramas profesionales¹⁸.

Actualmente rige la Ley de Mediación nº 8858 de la provincia de Córdoba, publicada el 14 de julio de 2000, acompañada de su Decreto Reglamentario 1773, publicado el 4 de octubre de 2000. Esta ley cordobesa ha podido incorporar las enseñanzas de toda la experiencia acumulada en Argentina desde el inicio de este movimiento. En lugar de seguir el modelo de la mediación prejudicial obligatoria, que pone en un mismo saco realidades muy diversas y que así como funciona bien para algunas situaciones es contraproducente en otras, la Ley de Córdoba diferencia la mediación judicial de la extrajudicial. La mediación puede servir para auxiliar la labor judicial, pero es también un método de pacificación social en el que pueden embarcarse los particulares. A partir de esta distinción se crean esferas de acción para el poder judicial, para el poder político y para los particulares. El propio debate parlamentario cordobés suscitado hasta la aprobación de esta Ley, nos revela que efectivamente se ha entendido el espíritu de la mediación como un ámbito para que las partes "haciéndose cargo del problema que les convoca, sean ellas mismas quienes encuentren una solución al conflicto"¹⁹. Pero además se prevén diversos caminos de expansión del instituto: la posible participación del Estado, la mediación de los jueces de paz y la mediación de mediadores estatales o privados y de Centros Públicos atendiendo conflictos sociales o comunitarios. Una revolución pacificadora que pone el eje en la naturaleza de este procedimiento y en lo que el mismo puede brindar, en lugar de poner el eje en el congestionamiento de la justicia. Y es precisamente ese cambio de prisma, tan sutil, el que lo modifica todo. Por eso también en el sistema establecido por la Ley resulta natural pensar que haya mediadores no abogados, y que en tres años de

¹⁸ El artículo 22 de la Ley Orgánica de Ministerios 8779, en su inciso 11, establece: que le compete al Ministerio de Justicia (...) y, en particular (...) propiciar y poner en funcionamiento métodos alternativos de resolución de conflictos (mediación, negociación, conciliación, arbitraje, etc.). En este mismo objetivo insistía el Decreto reglamentario 1817/99 de la Ley Orgánica de Ministerios, que en su artículo 86 inciso 5 establecía que: la Secretaría para la reforma judicial y carcelaria tendrá como funciones, entre otras, las de (...) crear y poner en funcionamiento métodos alternativos de resolución de conflictos (mediación, negociación, conciliación y arbitraje).

Para dar cumplimiento a estas normativas, la Resolución 59/99 del Ministerio de Justicia de Córdoba considera que "se hace necesario implementar en la provincia de Córdoba métodos alternativos de resolución de conflictos". Y "que, entre ellos se señala, por su economía y celeridad a la metodología de la mediación, para lo cual resulta imprescindible contar con profesionales capacitados". Para ello, se destaca que "la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos (DIMARC) ha elaborado un programa que incluye formación de mediadores, su registro y fiscalización".

Concretamente, en la Programación de la DIMARC se destaca la implementación de la mediación (elaboración de un Proyecto de Ley de Mediación), y la celebración de convenios con organizaciones y entes para implementar en sus ámbitos sistemas de métodos de resolución de disputas a efectos de prevención de conflictos. Se contempla también la capacitación, mediante la organización de cursos para la formación y capacitación de mediadores y jueces de paz, abarcando la formación de mediadores mediante un curso dividido en tres etapas: Introductoria (20 horas), Entrenamiento (60 horas) y Pasantías (20 horas); a través también de la capacitación y actualización permanente de mediadores en base a cursos de especialización sobre mediación familiar, empresarial, comunitaria, penal, escolar, etc. También con la organización de Jornadas, Congresos y Seminarios y por último, mediante la Evaluación sobre la idoneidad de quienes soliciten su registro en la DIMARC a través de un examen teórico práctico.

También se contemplan otros aspectos tales como la creación de un Registro de Mediadores y la elaboración de un Reglamento para mediadores, con normas de contenido procedimental y ético. Y, por último, se hace hincapié en la necesidad de la difusión, a través de folletos y de los medios de comunicación, para que el ciudadano común pueda conocer las ventajas del mecanismo de la mediación y evitar las contiendas judiciales.

Por último se crea una Escuela de Mediadores dependiendo del Ministerio de Justicia de la Nación.

¹⁹ Debate parlamentario, p.1104.

“rodaje” del sistema de mediación judicial, se puedan incorporar también a este ámbito todos los mediadores, cualquiera que sea su profesión de base.

Las características principales de esta Ley son:

- a) Se regula una mediación en sede judicial y una mediación en sede extrajudicial;
- b) Se contemplan diversos tipos de centros de mediación, privados y públicos;
- c) Se crea la Dirección de Métodos Alternativos para la Resolución de Conflictos (DIMARC);
- d) Se crea el Centro Judicial de Mediación.

La naturaleza de esta Ley de mediación de la provincia de Córdoba difiere de la argentina, pues es potestativa. Es decir, se instituye la mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares, que se regirá por las disposiciones de la citada Ley: “(...) declárese de interés público provincial la utilización, promoción, difusión y desarrollo de la instancia de mediación con carácter voluntario, como método no adversarial de resolución de conflictos, cuyo objeto sea materia disponible por los particulares (...)” (artículo 1).

Excepcionalmente será de instancia obligatoria en toda contienda judicial civil o mercantil en tres casos: a) en contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite de Juicio Declarativo Abreviado y Ordinario cuyo monto no supere el equivalente a 140 pesos; b) en todas las causas donde se solicite el beneficio de litigar sin gastos; c) cuando el juez, por la naturaleza del asunto, su complejidad o los intereses en juego, estime conveniente intentar la solución del conflicto por vía de la mediación. El intento de solución del conflicto por vía de la mediación, realizada en sede extrajudicial a través de un mediador o Centro de Mediación público o privado, debidamente acreditado, eximirá a las partes del proceso de mediación en sede judicial (artículo 2).

Quedan excluidas del ámbito de la mediación algunas causas: a) Procesos penales por delitos de acción pública, con excepción de las acciones civiles derivadas del delito y que se tramiten en sede penal; b) Acciones de divorcio, nulidad matrimonial, filiación, patria potestad, adopción; con excepción de las cuestiones patrimoniales provenientes de estas -alimentos, tenencia de hijos, régimen de visitas y otras conexas-; c) Procesos de declaración de incapacidad; d) Amparo, hábeas corpus, interdictos; e) Medidas preparatorias y prueba anticipada; f) Medidas cautelares; g) Juicios sucesorios y voluntarios, con excepción de las cuestiones patrimoniales derivadas de estos; h) Concursos y quiebras; i) En general, todas aquellas cuestiones en que esté involucrado el orden público o que resulten indisponibles por los particulares (artículo 3).

Los principios del proceso de mediación son la neutralidad, confidencialidad de las cuestiones²⁰, comunicación directa de las partes, satisfactoria composición de intereses y consentimiento informado (artículo 4). Tal vez lo más destacable de esta Ley sean los dos diversos ámbitos de mediación que presenta: en sede judicial y en sede extrajudicial.

²⁰ El procedimiento de mediación tendrá carácter confidencial y las partes, sus abogados, los mediadores, los demás profesionales o peritos y todo aquél que intervenga en la mediación, tendrán el deber de confidencialidad, que ratificarán en la primera audiencia de la mediación mediante la suscripción del compromiso.

Veamos cada uno de estos ámbitos:

1) *La mediación en sede judicial* (artículo 6 y ss.): la apertura del procedimiento de mediación será dispuesta por el Tribunal a solicitud de parte, si fuera voluntaria, o de oficio (si se insta la mediación con carácter de excepción, como regula el artículo 2). La instancia de mediación podrá ser requerida por las partes al interponer la demanda, al contestarla, o en cualquier oportunidad procesal y en todas las instancias. En los supuestos del artículo 2, incisos a) y b), el juez lo dispondrá de oficio, en la oportunidad procesal que corresponda, y en el inciso c), en la oportunidad de tomar conocimiento de la existencia de los extremos que justifican la mediación. En lo que se refiere a la designación del mediador, el Centro Judicial de Mediación fijará en un plazo no mayor de 5 días hábiles, a partir de la recepción de las actuaciones, una audiencia en la que las partes propondrán de común acuerdo el mediador a designar. Si no se lograra acuerdo, el Centro Judicial hará el nombramiento de oficio por sorteo, debiendo notificarla a quien resulte electo y a las partes (artículo 10). Al igual que en la Ley de Buenos Aires, las partes deberán concurrir al proceso de mediación con asistencia letrada particular.

Cualquiera de las partes puede solicitar la homologación del acuerdo. El Tribunal podrá negar la homologación, fundando su resolución, cuando el acuerdo afecte a la moral, las buenas costumbres y el orden público. Esta resolución será recurrible por las partes. Firme la resolución, el acuerdo le será devuelto al mediador para que junto con las partes, en una nueva audiencia, subsanen las observaciones o en su caso den por terminado el proceso (artículo 23). En caso de incumplimiento del acuerdo homologado, podrá ejecutarse por el procedimiento de ejecución de sentencia (artículo 24). El plazo máximo de mediación será de hasta 60 días hábiles a partir de la primera audiencia. El plazo puede prorrogarse por acuerdo de las partes, de lo que deberá dejarse constancia por escrito, con comunicación al Centro Judicial de Mediación y al Tribunal actuante (artículo 25). Se contempla la posibilidad de intervención de otros profesionales expertos en la materia objeto del conflicto en todas las causas si mediare consentimiento de las partes, cuyos honorarios serán abonados por la parte solicitante (salvo acuerdo en contrario)²¹.

2) Habrá una mediación en sede extrajudicial (artículo 37 y ss.) cuando las partes, sin instar proceso judicial previo, se adhieran voluntariamente al proceso de mediación para la resolución de un conflicto, ante un mediador o un centro de mediación público o privado habilitado a tal fin (artículo 37). Esta mediación en sede extrajudicial se registrará en todas sus partes, en lo que corresponda, por lo dispuesto en los artículos precedentes

²¹ Los requisitos de los mediadores en sede judicial (artículo 33) son los siguientes: a) Poseer el título de abogado con una antigüedad en el ejercicio profesional de tres años; b) Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías, que implica la conclusión del nivel básico del Plan de Estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación, u otro equivalente de jurisdicción provincial y haber obtenido el registro y la habilitación provincial; c) Estar inscrito en el Centro de Mediación del Poder Judicial.

Los requisitos de los co-mediadores en sede judicial son los siguientes: a) Poseer cualquier título universitario con una antigüedad superior a tres años en el ejercicio profesional; b) Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías que implica la conclusión del nivel básico del plan de estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación u otro equivalente de la jurisdicción provincial; c) Estar inscrito en el Centro de Mediación del Poder Judicial.

En lo que se refiere a los honorarios del mediador, la Ley establece que el mediador percibirá por la tarea desempeñada en la mediación lo convenido con las partes. Si no existiese acuerdo sobre los honorarios, el mediador percibirá la remuneración que se establezca por vía reglamentaria teniendo en cuenta las circunstancias y complejidad de los conflictos que se sometan a mediación. Los honorarios serán soportados en igual proporción por las partes.

referidos a la mediación en sede judicial (artículo 38). El acuerdo al que se llegue tendrá el mismo efecto de un convenio entre partes, e igual validez independientemente del Centro público, privado o mediador habilitado interviniente (artículo 39). Cualquiera de las partes podrá solicitar la homologación del acuerdo ante el juez de turno con competencia en la materia (artículo 40)²².

Conviene destacar la distinción entre Centros de mediación públicos y privados que establece la Ley cordobesa. Se consideran Centros de Mediación Privados a “todas las entidades unipersonales o de integración plural, dedicadas a realizar la actividad mediadora, implementar programas de asistencia y desarrollo de la mediación y formación de mediadores. Estos Centros deberán estar dirigidos e integrados por mediadores matriculados y habilitados según las disposiciones de la presente ley” (art.44). Deberán estar habilitados, supervisados y controlados por la DIMARC del Ministerio de Justicia de la Provincia de Córdoba (artículo 45). “(...) El Centro Público de Mediación en el ámbito del Poder Ejecutivo, desarrollará programas de asistencia gratuita para personas de escasos recursos” (artículo 46). En cuanto a su competencia, el Centro Público de Mediación intervendrá en aquellas cuestiones extrajudiciales que le sean voluntariamente presentadas por los particulares” (artículo 48)²³.

Se crea el Centro Judicial de Mediación en el ámbito de la provincia de Córdoba, que dependerá del Poder Judicial de la Provincia (artículo 53). Las funciones de este Centro serán: a) Organizar la lista de mediadores que actuarán en este ámbito; b) Supervisar el funcionamiento de la instancia de mediación; c) Cumplimentar las obligaciones impuestas por esta Ley; d) Recibir las denuncias por infracciones éticas de mediadores en su actuación judicial, que serán remitidas al Tribunal de Disciplina; e) Registrar los datos pertinentes con el objeto de elaborar estadísticas útiles y confiables para el control de gestión; f) Organizar cursos de capacitación específica en materia de mediación; g) Instrumentar las acciones necesarias para publicar y hacer conocer las ventajas de la mediación como método alternativo de solución de conflictos (artículo 54)²⁴.

²² Para actuar como mediador en sede extrajudicial se requiere (artículo 41): a) Poseer cualquier título universitario con una antigüedad superior a 3 años en el ejercicio profesional; b) Haber aprobado el curso introductorio, entrenamiento y pasantías que implica la conclusión del nivel básico de estudios de la Escuela de Mediadores del Ministerio de Justicia de la Nación, u otro equivalente de jurisdicción provincial; c) Estar matriculado en el Centro Público de Mediación; d) Disponer de oficinas adecuadas para un correcto desarrollo del proceso de mediación.

En la mediación extra-judicial los honorarios del mediador podrán ser convenidos libremente por las partes. En su defecto, se registrarán por las disposiciones relativas a los honorarios de los mediadores en sede judicial (artículo 42).

²³ En lo que se refiere a su actuación, “El Centro Público de Mediación recibirá la solicitud de mediación por parte del interesado, a quien se le deberá informar sobre el sentido y alcance de la mediación. El Centro deberá requerir la presencia de la otra parte si ambas no hubiesen concurrido a solicitar el servicio. La invitación se realizará a través de una notificación a la que se adjuntará material informativo sobre la mediación; en caso de concurrencia se le informará sobre el procedimiento que se llevará a cabo y se fijará día y hora para la primera sesión conjunta que deberá ser notificada a los interesados” (artículo 49). El Centro Público de Mediación deberá girar semestralmente una estadística de las mediaciones realizadas a la DIMARC. Este informe tendrá carácter público (artículo 50).

²⁴ Destacamos también la creación del Tribunal de Disciplina de Mediación, en el ámbito del Ministerio de Justicia, que se encarga de conocer y de juzgar las infracciones a los regímenes ético y disciplinario de los mediadores, aplicando las sanciones que correspondan conforme a la naturaleza, gravedad del hecho y antecedentes del infractor. Este Tribunal está integrado por un representante de la Dirección de Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos y un representante de cada Colegio Profesional según lo establezca la reglamentación. El desempeño de los cargos es *ad honorem* (artículo 55).

Resulta también curiosa la vinculación que se establece entre los jueces de paz y los mediadores. Los jueces de paz legos actúan como mediadores en sus respectivas jurisdicciones, en la medida en que las partes lo soliciten, en las causas comprendidas en contiendas de competencia de los jueces de primera instancia civil y comercial que deban sustanciarse por el trámite del Juicio Declarativo Abreviado y Ordinario cuyo monto no supere el equivalente a 140 pesos, pudiendo las partes concurrir con patrocinio letrado. A tales fines los jueces de paz deben estar habilitados conforme al curso introductorio, entrenamiento y pasantías ya citados anteriormente. En los casos en los que actúe como mediador un juez de paz, el acuerdo al que se llegue podrá ser ejecutado en sede judicial sin necesidad de homologación (artículo 56).

3.2. En Colombia

Los sacerdotes y los médicos indígenas, las parteras de las comunidades negras o los mediadores naturales campesinos o compadres que ayudan a las personas o comunidades a resolver los conflictos y a convivir pacíficamente, instrumentan formas de justicia comunitaria que se vienen dando en muchas zonas de Colombia. Desde la promulgación de la Constitución de 1991 en Colombia, son muchos los actores que vienen haciendo aportes reales a la construcción de la paz mediante instrumentos de resolución democrática y dialogada. Para ello la Justicia Comunitaria tiene dos importantes campos de acción: los mecanismos culturales de tratamiento de conflictos y los mecanismos institucionales de tratamiento de conflictos.

Entre los primeros están los que las comunidades indígenas, campesinas o urbanas, han desarrollado en su interior o para relacionarse unas con otras en la búsqueda de soluciones a sus controversias. Aunque tienen una larga trayectoria, no están suficientemente generalizados y, en muchos casos, han ido perdiendo eficacia frente al sistema jurídico estatal o por los procesos de inmigración y aculturación. Entre los segundos están la Conciliación en Equidad y los Jueces de Paz. Con ellos el Estado se encamina a reconocer a la comunidad la posibilidad de resolver por sí misma muchas de las controversias. La Constitución de 1991 prescribió la Justicia de Paz, la Jurisdicción Indígena y la Conciliación mediante particulares.

a) *La Conciliación en Equidad*, que viene a ser equivalente al instituto de la mediación, tiene su desarrollo legal a través de la Ley 23 de 1991. Se trata de un mecanismo que ofrece alternativas de solución a las partes que no logran ponerse de acuerdo en la solución de un conflicto, acudiendo a un mediador de la misma comunidad llamado Conciliador en Equidad. La Constitución y la Ley 23 facultan al Conciliador para que procure el acuerdo entre las partes y de esta manera facilite un compromiso con efectos de sentencia judicial. En este proceso intervienen las partes en conflicto y el conciliador. Pueden acudir a la conciliación las personas, organizaciones o comunidades que estén directamente involucradas en un conflicto. Si bien la perspectiva inicial fue la descongestión de la administración de justicia, se le ha ido encontrando un gran potencial para la construcción de una convivencia pacífica en las diferentes regiones del país. La implementación de la Conciliación en Equidad trabaja con dos ejes principales. Uno es el de las comunidades en las cuales se establece el programa. El otro es el de los conciliadores, debiendo desarrollar las potencialidades del conciliador como actor que contribuye al tratamiento de los conflictos de su comunidad y facilita la convivencia.

El papel básico del conciliador es servir como facilitador para que las partes junto con él, puedan lograr la solución de su conflicto; por lo tanto el conciliador no tiene poder para imponer una solución. El conciliador debe acercarse a las partes y proponer soluciones al conflicto de manera imparcial, reflejando los criterios morales y de equidad con que cuente la comunidad. Este conciliador es una persona de la propia comunidad que ayuda desde las concepciones de equidad de su localidad, a las partes que están en conflicto, a llegar a un acuerdo que tiene efectos judiciales. Se trata de una persona que goza de credibilidad y respeto por su sentido de justicia y equidad. El artículo 116.4 de la Constitución colombiana establece que, "Los particulares podrán

ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley". El conciliador no actúa solo. En su labor recoge el sentir comunitario de justicia, de las conductas aceptables y las reprochables, así como de las soluciones válidas para su comunidad. Su legitimidad radica en que la comunidad lo reconozca en tanto actúa con ese sentir comunitario. Las organizaciones cívicas y los corregimientos eligen a sus candidatos para conciliadores y presentan listas a los jueces de los municipios o a los tribunales superiores de distrito judicial, quienes los seleccionan. El conciliador es la persona que ha sido reconocida por los jueces para que de manera imparcial y neutral ayude en la búsqueda de un acuerdo para solucionar los conflictos.

Las partes reflejan el acuerdo de la solución a su conflicto en un acta de conciliación. En esta acta, el conciliador facultado por la Ley y la comunidad avalan el acuerdo logrado, con lo cual se le exige a las partes el cumplimiento de los compromisos adquiridos. El acta firmada por las partes y por el conciliador genera efectos judiciales similares a la sentencia de un juez.

La conciliación en equidad puede actuar sobre controversias de orden familiar, comercial, laboral, agrario, de lesiones personales y sobre la gran mayoría de los conflictos de la vida diaria. La conciliación es un buen instrumento para que la comunidad fortalezca sus reglas y sus valores de convivencia; para que el ciudadano sienta que es parte del problema y de la solución; para educar a la comunidad en la democracia y en la solidaridad; para que la gente encuentre el diálogo como una alternativa a la violencia y para fortalecer los mecanismos que las comunidades tienen para resolver sus conflictos.

b) *La Justicia de Paz* es una herramienta que busca la participación de las comunidades de manera directa en la administración de justicia a través de jueces que pertenecen a ellas. Sus fallos no se fundamentan de manera estricta en la Ley, sino que responden a los valores y formas pacíficas en las que tradicionalmente la comunidad resuelve sus conflictos. Esta figura busca que una persona de la comunidad sea reconocida como "Juez de Paz" y resuelva los conflictos que en ella se presentan, utilizando los conocimientos que tiene sobre su cultura, sus usos y costumbres. Este juez de paz no forma parte de la justicia ordinaria. Es un juez que proviene de la misma comunidad donde desempeña su labor y por ello conoce la forma como se desenvuelve. Tampoco se espera de un juez de paz que conozca todas las Leyes de su país, sino que conozca la Constitución y las maneras como funciona su comunidad, para que pueda resolver los conflictos que en ella se presentan. El juez de paz tiene el poder de obligar a las partes a presentarse a una audiencia. Puede decidir por encima de la voluntad de las partes y puede imponer sanciones. Es decir, tiene poder coactivo, lo que no tiene un conciliador en equidad.

c) *La jurisdicción indígena*: las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las Leyes de la República colombiana. La Ley establecerá las normas de coordinación de esta jurisdicción con el sistema judicial nacional (artículo 246 Constitución).

3.3. En Brasil

Con la mediación en Brasil se pretende rescatar el verdadero sentido de “ser ciudadano”, que en gran parte se ha perdido en el formalismo que acompaña a la Administración de Justicia. Las condiciones socio-económicas brasileñas provocan que la mayoría de la población quede fuera del “manto protector” de la Justicia (por ser analfabeta, por carecer de medios económicos). Es por ello que ya desde hace años en Brasil pueden encontrarse diversas corrientes que han pretendido buscar caminos alternativos a los ofrecidos por el Derecho oficial, para que la sociedad civil pueda recuperar parte del protagonismo que le ha sido arrebatado, bien mediante la reivindicación de nuevas formas de producción del Derecho y pluralismo jurídico, o bien a través del movimiento del Derecho alternativo.

Entre esas formas paralelas al Derecho oficial para resolver los conflictos cabe situar las experiencias alternativas y complementarias de resolución de conflictos, entre las que destacamos la mediación. En Brasil se está debatiendo actualmente el Borrador de un Anteproyecto de Ley de Mediación²⁵. El Legislador brasileño ha intentado fortalecer la vertiente extrajudicial de solución de conflictos, primero, con la Ley 9.307/96 de arbitraje, y en segundo lugar, mediante el reforzamiento de los poderes conciliatorios del juez en el curso del proceso. A estas medidas hay que añadir ahora la mediación²⁶.

La mediación que se está perfilando en la legislación brasileña se contempla en el seno del proceso civil, es decir, se trata de una mediación paraprocesal, a diferencia de la mediación con la que trabajamos en el contexto europeo. El concepto clásico de mediación da más énfasis a la solución del conflicto que a conseguir un acuerdo. La mediación paraprocesal pone especial interés en la obtención de un acuerdo, ya que su objetivo es evitar el proceso.

En el proyecto de Ley de mediación de Brasil (Proyecto de Ley (94), versión de julio de 2006), se regula la mediación como método de prevención y solución consensual de conflictos en la esfera civil. En su artículo 1, el Proyecto de Ley instituye y regula la mediación paraprocesal en los conflictos de naturaleza civil. El artículo 2 define la mediación como “la actividad técnica ejercida por tercero imparcial que, escogido o aceptado por las partes interesadas, las escucha, orienta y estimula sin presentar soluciones, con el propósito de permitirles la prevención o solución de conflictos de modo consensual”. La mediación paraprocesal será previa o incidental, en relación al momento de su instauración, y judicial o extrajudicial, conforme a la cualidad de los mediadores (artículo 3). Se apunta que es lícita la mediación en toda materia [civil] que admita conciliación, reconciliación, transacción o acuerdo de otro orden.

²⁵ Hemos consultado varios Borradores de Anteproyectos de Ley de Mediación. El primero, *el Projeto de Lei sobre a Mediação e outros meios de pacificação* (06.10.03). El segundo, *o Projeto de Lei de Mediação* (nº2303, de 10/05/2004). Hemos utilizado también la Enmienda y el Parecer del Senador Pedro Simon (Doc.11 de 2205, de la Comisión de Constitución, Justicia y Ciudadanía, sobre el Proyecto de Ley de la Cámara nº94, de 2002). También, el Regulamento Modelo da Mediação, elaborado por el Conselho Nacional de Mediação e Arbitragem para as Mediações –CONIMA-. Por último, hemos trabajado con el último Proyecto de Ley (94). Versión del mes de julio de 2006, (Enmienda nº1 CC) –sustitutivo- al proyecto de Ley de la Cámara nº94, de 2002.

Agradecemos la valiosa ayuda que nos ha proporcionado con sus informaciones la mediadora Tania Almeida, Directora del Centro de Mediación “Mediare”, de Rio de Janeiro.

²⁶ Vid. el trabajo de S. Agostinho Beneti (1999): “Resolução alternativa de conflitos e constitucionalidade”, en A. C. Mathias Coltro coord., *Constituição Federal de 1988. Dez anos (1988-1998)*, São Paulo: Juarez de Oliveira, p.510-524.

En cuanto a los mediadores, distingue entre mediadores judiciales o extrajudiciales. Son mediadores judiciales los abogados con al menos tres años de efectivo ejercicio de actividad jurídica, capacitados, seleccionados e inscritos en el Registro de mediadores (artículo 10). Son mediadores extrajudiciales los independientes, seleccionados e inscritos en el respectivo Registro de mediadores. Se contempla la posibilidad de que le asistan co-mediadores, que serán profesionales de otras áreas. Concretamente, la co-mediación es obligatoria en las controversias que versen sobre Derecho de Familia, debiendo siempre participar también un psiquiatra, un psicólogo o un asistente social. La retribución del mediador está prevista en la Ley, en proporción al valor de la causa. Se destaca que la mediación debe ser entendida y recibida como una forma de expresión de justicia, como ampliadora del acceso a la justicia. No debe ser vista como una justicia privada o competidora con el sistema judicial.

Se contemplan dos modalidades de mediación. La primera, la mediación previa, facultativa, que puede ser judicial o extrajudicial; la segunda, la mediación incidental obligatoria (para estimular una cultura de la mediación).

Las diferencias con la mediación familiar en España son notables. Es loable y digno de destacar que en Brasil la Ley de Mediación va a ser de ámbito nacional, reivindicación que en España hasta ahora no se ha visto satisfecha, pues seguimos contando sólo con Leyes autonómicas de mediación en materia "exclusivamente" de familia, a pesar de que la mediación es contemplada como una forma de resolver conflictos muy adecuada en otras áreas. La Ley brasileña recoge la exigencia de que los mediadores se inscriban en un Registro, como en la normativa autonómica española.

El Proyecto de Ley de mediación brasileño tiene un objeto concreto cual es la mediación paraprocesal dirigida al proceso civil. La aplicación de la mediación a temas civiles variados (quiebra, insolvencia civil, propiedad, usucapión, acción cautelar y otras), junto con las controversias que puedan surgir sobre el Derecho de familia, hace que no se clarifiquen adecuadamente estos diversos conflictos, muy diferenciados entre sí. No es igual tratar cuestiones puramente patrimoniales en el Derecho Civil, que sentimientos, emociones, buscar la protección de los hijos menores y otras cuestiones que afectan a intereses que exceden de lo puramente evaluable en términos económicos. Asimismo, no se concreta con la debida claridad el ámbito de aplicación de los conflictos objeto de mediación familiar: ¿Sólo conflictos entre la pareja unida por matrimonio? ¿Admite conflictos que se produzcan entre parejas de hecho? ¿Y entre parejas del mismo sexo que convivan juntos? ¿También se aplica a problemas intergeneracionales? ¿Y a los conflictos en la empresa familiar? No se hace tampoco ninguna referencia expresa a la protección de los intereses de los hijos, que debería ser el bien jurídico protegido principal en una mediación que afectase al Derecho de familia.

La exigencia de que las partes deban acudir a las sesiones de mediación acompañadas de abogado, entendemos que rompe con la asunción por las partes mediadas del uso de su propia autonomía de la voluntad. Sería más adecuado que acudieran las partes solas a las sesiones de mediación, habiendo contado con anterioridad o posterioridad a su asistencia a las sesiones de mediación, si fuera necesario, con asesoramiento de abogados.

El requisito de que el mediador judicial sea abogado con un mínimo de tres años de ejercicio profesional, rompe en cierta manera con la conveniencia de la formación interdisciplinar y multidisciplinar que es deseable en un mediador. Independientemente de la titulación original que pueda tener el mediador (psicólogo, abogado, trabajador social, educador social u otras), lo importante es el Curso de formación de mediadores al que deberá asistir. Y este Curso queda en manos de la *Ordem dos Advogados do Brasil, de la Defensoria Pública y del Tribunal de Justiça*, es decir, con un perfil claramente jurídico. La propia fiscalización de las actividades del mediador será competencia del Colegio de Abogados de Brasil (en la mediación incidental, la fiscalización será también competencia del juez), con lo que puede observarse que, en la redacción de este Proyecto de Ley, el perfil jurídico ha tenido una fuerte influencia, en detrimento de otros sectores profesionales que pueden también trabajar muy bien con la mediación. No se alude tampoco a qué aspectos se regularán, posteriormente, por un Reglamento.

En definitiva, más que una Ley que regula la mediación como forma complementaria de resolver los conflictos, parece que refleja las características de una conciliación-negociación en sede extra-judicial o en sede judicial, estando las partes asesoradas no sólo por los abogados sino también por el mediador-conciliador, que procura que las partes lleguen a un acuerdo. No deja de ser un paso hacia delante a la hora de disminuir el volumen de trabajo que tienen los Juzgados, que pretende buscar soluciones más ágiles y flexibles para las partes. Pero no podemos dejar de apuntar que no vislumbramos el "espíritu" propio de la mediación, el concepto de mediación que nosotros defendemos; mediación que busca no sólo la "satisfacción" de las partes sino la "transformación" de las partes en conflicto, la posibilidad de que las partes, en aquellos conflictos en que prime la autonomía de la voluntad, puedan decidir por sí mismas la solución a su litigio²⁷.

A pesar pues de no contar aún con una Ley de Mediación nacional en Brasil, se está extendiendo cada vez más esta fórmula y funcionan diversos Servicios de Mediación, entre los que destacamos:

a) *El Balcón de Derechos*:

Creado en 1996, el Balcão de Direitos de la ONG Viva Rio es un programa de asesoría jurídica que promueve la orientación y educación legal y la mediación en los conflictos. Con Núcleos instalados en comunidades de baja renta en Río de Janeiro, el Balcón actúa en atención directa y en la capacitación legal de sus habitantes. A partir de esta actuación y en función de la experiencia acumulada en estas comunidades, en 2005 se ha creado el Programa "Mediación de conflictos", cuyo propósito es fomentar la cultura de resolución de conflictos en el interior de la propia organización, así como proponer a la sociedad y al gobierno modelos de acción en ambientes urbanos y en regiones de baja renta. El trabajo de la institución, realizado gratuitamente, es simple y eficaz. Consigue soluciones rápidas para cuestiones que necesitarían años en la Justicia común. "En lugar de largos procesos, utiliza el sentido común y el diálogo entre las personas implicadas, lo que se conoce como mediación de conflictos". Los resultados han sido tan alentadores que, además de haber obtenido el patrocinio de la Secretaría de Estado de los Derechos Humanos, de la Fundación Ford, de la Embajada Británica y de la Unión Europea, el proyecto del Balcón de Derechos ha sido adoptado por el Ministerio de Justicia Brasileño para ser implementado en todo el país.

²⁷ Destacamos el apoyo que está dando a la mediación el Forum Brasileiro de Mediação e Arbitragem, ubicado en Florianópolis. (<http://www.ccrcc.com.br>)

La propuesta principal del Balcón²⁸ es extender un puente entre la población que no entiende el lenguaje jurídico y la propia Justicia, que a su vez ignora cómo es la vida en las chabolas –favelas-. Por consiguiente, el trabajo de orientación no se limita a explicar a las personas cómo funciona la ley. Se pretende también tomar conocimiento de la realidad local, siendo conscientes del hecho de que allí existen reglas propias y que la mediación y la resolución de conflictos precisan, necesariamente, de esa comprensión.

La idea del Balcón nace de una organización no-gubernamental, *Viva Rio*. La entidad fue fundada con el objetivo de disminuir los índices de violencia. Como surgió cuando esos conflictos afectaron a algunos de los miembros de las clases más pudientes, es por lo que comenzó siendo denominada peyorativamente “Viva Rico”. El desarrollo del proyecto del Balcón, dirigido especialmente a la población de las favelas y que incluía la participación de representantes de esas comunidades, acabó con esa imagen. La distancia entre las favelas y el asfalto es grande. Los oficiales de justicia tienen miedo de entrar en las favelas para cumplir los mandatos judiciales, lo que hace que los habitantes de esos lugares ni lleguen a saber que deben comparecer a una audiencia²⁹. El Balcón organiza Cursos de formación de “Agentes de Derecho”, destinados a personas de las propias comunidades, para que colaboren en el proyecto. No se trata sólo de informar y dar a conocer el Derecho, sino también de implicar a la población en el proyecto. De hecho, el local en el que se ubica el Balcón de Derechos es cedido por la comunidad de la favela, pues son los propios habitantes de las favelas quienes deben solicitar la implantación del Balcón en su comunidad³⁰.

La mediación familiar es un instrumento que cada vez y poco a poco, está empezando a utilizarse en el Balcón. Hay que partir de que en estas comunidades la práctica del diálogo queda debilitada por la cultura de la violencia y de la discriminación. Encontrar caminos para la implementación de la paz forma parte de un esfuerzo global que

²⁸ Vid. www.vivario.org.br / www.vivafavela.com.br

Vid. P.J. Ribeiro y P. Strozenberg org., (2001): *Balcão de Direitos. Resoluções de conflitos em Favelas do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Mauad.

El Balcón pretende ser una puerta abierta al ejercicio de ciudadanía en comunidades de baja renta en Rio de Janeiro. El Balcón es el resultado de la solicitud de veinticinco líderes comunitarios que impulsaron la asistencia jurídica en las áreas de favelas, como mecanismo más adecuado y urgente para extender la malla de protección legal del Estado sobre la población desasistida.

Los Núcleos del Balcón ofrecen servicios que permiten al habitante de áreas desfavorecidas rescatar la confianza en la justicia y la confianza en su propio desarrollo social:

- 1.- Conciliación y mediación de conflictos: la actuación de los Balcones tiene como objetivo encontrar soluciones pacíficas a los conflictos, a través de la conciliación y la mediación, buscando acuerdos satisfactorios entre las partes.
- 2.- Asesoría jurídica amplia: este servicio incluye orientación legal al ciudadano sobre derechos y deberes; asistencia jurídica en los casos no resueltos por acuerdos, en las áreas de familia, sucesiones, propiedad, trabajo, comercial, civil y del consumidor; tramitación de cuestiones para organismos como la Defensoría pública del Estado, Registros y otros servicios.
- 3.- Obtención de documentos: los Balcones orientan a los ciudadanos de baja renta acerca de la obtención gratuita de documentos de identificación personal, social y profesional. Les proporcionan también legislación específica y formularios para las solicitudes correspondientes.
- 4.- Formación y capacitación: con esta forma de actuación se pretende fortalecer y dinamizar la red de compromiso, realizando un trabajo de orientación a través de cursos y producción de material didáctico que multiplique sus resultados.

²⁹ Pedro Strozenberg es el Coordinador general del área de seguridad pública de *Viva Rio* y el fundador del Balcón de Derechos. Con él tuvimos ocasión de visitar, en agosto de 2003, la sede del Balcón de Derechos en el Complejo de Maré, una de las favelas más conflictivas de Rio –con unos 200.000 habitantes- y conocer la extraordinaria labor que allí están realizando.

³⁰ El local se distribuye en una sala para atención médica, otra pequeña sala en la que se realiza la mediación y otra en la que se encuentran los abogados, trabajadores sociales, alumnos en prácticas y colaboradores, en la que se recibe a los miembros de la comunidad.

La mayor dificultad –subraya P. Strozenberg- ha sido la de montar un equipo que llevase a estos lugares una política pública que no fuera religiosa, electoralista o asistencialista. La gente de la comunidad, que conoce la realidad local y que está dispuesta a modificarla, es un triunfo para el proyecto. Esas personas tienen un papel esencial pues es a través de ellas y de la credibilidad que la población local tiene en las mismas como empiezan a confiar en el Balcón de Derechos. También fue difícil, en un principio, convencer a los abogados y estudiantes para colaborar en las favelas, lugares de violencia y peligro. En un principio hubo que recurrir a los contactos personales. Ahora, estudiantes de Derecho buscan el Balcón para trabajar en prácticas (recibiendo apenas ochenta euros mensuales).

pretende la difusión y la internacionalización de procesos democráticos en todas las esferas de la sociedad. De ahí que en estos contextos, la mediación comunitaria y la mediación familiar van a hacer hincapié necesariamente en la valorización del papel de la juventud, plantando cara a las dinámicas de reproducción de la violencia que tienen en estos jóvenes sus principales víctimas³¹.

Fundamentalmente, la mediación aquí es vista como un medio de aumentar el acceso a los mecanismos legales para aquellas poblaciones que hayan sido tradicionalmente excluidas de los tribunales. En contraste, otros alegan que el uso de la mediación aumenta el control social del Estado sobre estas poblaciones. Los residentes en las favelas viven en un espacio municipal no regulado, con servicios municipales inexistentes o precarios tales como la electricidad, alcantarillado o recogida de basuras. Un cierto número de conflictos, por su propia naturaleza, requiere de la intervención del sistema legal (divorcio y guarda, por ejemplo), y otros, han sido casi exclusivamente resueltos fuera del sistema legal. Las favelas son un área de ocupación como tal: los residentes no tienen títulos legales de propiedad. De ahí que los conflictos que se refieren a la distribución de espacio y construcción y transferencia de vivienda han sido tradicionalmente resueltos por medios informales. Cualquier acuerdo al que se llegue en las audiencias de mediación de los Balcones de Derecho puede ser remitido a un juez para su autorización y ser considerado válido por ley, -la legislación valida los documentos extraoficiales si han sido firmados por dos testigos-. El Balcón propiamente no tiene capacidad de imponer ningún acuerdo a las partes. En el caso de que el acuerdo no sea cumplido³² se debe enviar al Juzgado Especial Civil -JEC- o al Tribunal Civil para pedir una orden de ejecución.

b) Los Balcones de Derecho no son la única experiencia de mediación en Brasil. Las poblaciones indígenas constituyen un núcleo de ciudadanía que, no es que hayan sido excluidos del tratamiento como ciudadanos, sino que son los "olvidados" del sistema, lo cual es aún más grave. La "*justicia itinerante*" es otro proyecto auspiciado por el Ministerio de Justicia Brasileño que pretende dotar unos pequeños barcos para que vayan navegando siguiendo el curso del río Amazonas, realizando paradas en las diversas comunidades y poblaciones existentes para atender los conflictos que surjan. Son poblaciones en las que el Derecho formal de los Códigos no tiene tampoco cabida, pues se rigen por unas pautas de conducta y con una jerarquía de valores muy diferentes a

³¹ Vid. el Manual de Formación de Mediadores y Agentes de paz, que utiliza Viva Río: Alcântara Brandão, C.E. (2005): *Resolução de conflitos. Manual de Formação de Mediadores e Agentes de Paz*, Rio de Janeiro: Viva Río.

En agosto de 2005 visitamos, junto con Pedro Strozenberg, la favela "Babilonia", en la que la Asociación de Moradores ha terminado de construir una sede para uso comunitario. Una de las dependencias será utilizada para implementar los Servicios de Mediación para la comunidad. El presidente de la Asociación de Moradores, junto con algunos voluntarios -estudiante de antropología de Finlandia, informático inglés ya jubilado y otros- están configurando un programa informático para realizar un censo de los moradores de esta favela, y llevar un control de quiénes habitan allí, de sus necesidades y demás. Las condiciones para desarrollar estos programas son precarias, pues no hay ayudas públicas y, en ocasiones, con el regalo de una camiseta y la ración de comida diaria se consigue el número de "voluntarios favelados" para, por ejemplo, realizar encuestas entre los moradores.

Hoy en Río funcionan diez Núcleos, que cuentan con más de ochenta personas implicadas, entre abogados, trabajadores sociales, colaboradores y Agentes de ciudadanía que trabajan en diecisiete comunidades. Los problemas crónicos de estas comunidades, la violencia del tráfico de drogas, la ausencia de infra-estructura mínima para vivir con dignidad y la morosidad del sistema judicial, han puesto de manifiesto la importancia de la mediación para la resolución de conflictos: que tan importante como escuchar a las partes implicadas en un conflicto es aprender con ellas, con su manera de enfrentarse a la escasez y con el olvido de años por parte del Estado. La búsqueda de la ciudadanía en estos espacios no puede dejarse de lado.

³² Vid. Davis, C. M. (2001): "Pequenas causas e assistência jurídica: usos, transformações e adaptações na favela", en: P.J. Ribeiro y P. Strozenberg org., *Balcão de Direitos. Resoluções de conflitos em Favelas do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Mauad, p.125-147.

C.M. Davis plantea una interesante comparación entre los resultados de los conflictos que son resueltos en los Juzgados Especiales -que se ocupan de las "pequeñas causas"- y de los resultados que se obtienen en la mediación que se desarrolla en el Balcón de Derechos.

las del Derecho tradicional. Un proceso, como tal, no tiene allí ningún sentido. El Ministerio de Justicia, conocedor de esta realidad, ha tenido también en consideración el elevado presupuesto que representaría abrir más de ciento cincuenta Juzgados en los márgenes del Amazonas; la inversión sería muy grande y es posible que la eficacia fuera baja, pues las comunidades indígenas se resistirían a acudir a las vías ordinarias del proceso para resolver sus conflictos. De ahí que estos barcos, aplicando principalmente el instituto de la mediación, están consiguiendo comunicarse adecuadamente con estas poblaciones y repartiendo una "justicia itinerante" con excelentes resultados. Problemas familiares y discusiones por linderos de tierras son los conflictos más habituales.

c) Los *Centros de Mediación*, ubicados en el seno de las Facultades de Derecho y de Psicología de las Universidades en Brasil, constituyen otra de las grandes experiencias de mediación, principalmente en el ámbito de familia. Los núcleos de práctica jurídica –que guardan gran semejanza con nuestras Escuelas de Práctica Jurídica de las Facultades de Derecho en España-, vinculados a las Facultades de Derecho, son centros en los que los estudiantes de Derecho de los dos últimos cursos de la licenciatura hacen sus prácticas atendiendo a la población con menos recursos –un equivalente a la justicia gratuita-. Los Núcleos tienen abiertas sus puertas a todos aquéllos que tienen un conflicto y que no disponen de medios para contratar los servicios de un abogado. Allí son atendidos por los alumnos en prácticas de los estudios de Derecho, -siempre bajo la supervisión de un profesor- que les orientan acerca de los trámites a seguir en cada tipo de conflicto. Los problemas que se les presentan son muy variados, desde cómo solicitar una pensión de orfandad a qué trámites seguir para alquilar una casa.

El mayor número de consultas son de mujeres que desean reclamar algún tipo de ayuda económica para sus hijos, pues el padre se ha desentendido de los mismos; o para informarse de qué pasos deben seguir para separarse de su marido. Cuando se abordan conflictos en temas familiares, los alumnos en prácticas en Derecho los desvían a los alumnos en prácticas de Psicología que, según el tipo de conflicto, los acabarán remitiendo, si lo consideran oportuno, a los Servicios de Mediación de la Universidad. De esta forma, se da un tratamiento más adecuado a las particulares circunstancias que rodean este tipo de conflictos (en numerosas ocasiones el padre no ha reconocido a los hijos, o no tiene un trabajo fijo), para los que, si se utilizara la vía legal ordinaria, la madre y los hijos con toda probabilidad quedarían desamparados, pues resultaría prácticamente imposible solicitar una pensión alimenticia para los hijos. En la mediación, el padre se concientia de las necesidades de los hijos y de la mujer y se compromete a pasar una pensión, acuerdo que normalmente es respetado y cumplido³⁵.

En definitiva, en el contexto latinoamericano la mediación en general y, especialmente la mediación familiar, va ganando adeptos y los detractores comienzan a ser un pequeño reducto.

³⁵ Hemos tenido ocasión de visitar y conocer algunos de estos servicios de mediación brasileños que están actuando en la Universidad de Rondonia (Cuiabá, en el estado de Mato Grosso) y en la Universidad de Fortaleza -UNIFOR- (Fortaleza, en el estado de Ceará).

Lo curioso es que, cuanto más humildes son las personas que plantean el conflicto, antes se llega a un acuerdo. Es decir, en ocasiones basta con una única sesión con las dos partes implicadas para alcanzar ese acuerdo. Cuando la mediación familiar se realiza con personas de un nivel económico más alto, el tiempo para alcanzar un acuerdo es semejante al que se utiliza en España (aproximadamente tres meses), pues la situación es más compleja y hay más intereses pendientes de dilucidar, tanto emocional como económicamente.

BIBLIOGRAFÍA

- › AGOSTINHO BENETI, S. (1999): "Resolução alternativa de conflitos e constitucionalidade", en A. C. Mathias Coltro coord., *Constituição Federal de 1988. Dez anos (1988-1998)*, São Paulo: Juarez de Oliveira, p.510-524.
- › ARRUDA, JR., E.L. (1992): "Direito Alternativo no Brasil: alguns informes e balanços preliminares", *Lições de Direito Alternativo*, São Paulo: Editora Acadêmica, p.184-185.
- › BATESON, G., (1991): *Pasos hacia una ecología de la mente*, Plantea Argentina, p.536.
- › BELLOSO MARTÍN, N. (2004): "Formas alternativas de resolución de conflictos: experiencias en Latinoamérica", *Seqüencia*. Revista del Curso de Pós-Graduação em Directo da UFSC 48, Brasil, p.173-202.
- › CAPPELLETTI, M., y G. BRYANT (1988): *Acceso a Justiça*, trad. al portugués y revisión E.G. Northfleet, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- › CARVALHO, A.B. (1993): *Direito Alternativo na Jurisprudência*, São Paulo: Editora Acadêmica, p.11-15.
- › CERRAI, C. (2004): "Le nuove frontiere dei sistemi alternativi di risoluzione delle controversia: la mediazione familiare", *Aiga*, Roma, p.723-725.
- › DAVIS, C. M. (2001): "Pequenas causas e assistência jurídica: usos, transformações e adaptações na favela", en P.J. Ribeiro y P. Strozenberg orgs., *Balcão de Direitos. Resoluções de conflitos em Favelas do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Mauad, p.125-147.
- › FERREIRA MAGALHÃES, A. (2001): "O problema da exclusão do Direito" en P.J. Ribeiro y P. Strozenberg orgs., *Balcão de Direitos. Resoluções de conflitos em Favelas do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro: Mauad, p 135-165.
- › FRIED SCHNITMAN, D. y S. LITTLEJOHN, cords., (1999): *Novos paradigmas em mediação*, trad. J. Aubert Rodrigues y M. A.G. Domínguez, Porto Alegre: Editora Artmed.
- › GARCÍA GARCÍA, L. (2003): *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dykinson.
- › GROVER DUFFY, K. (1996): "Introducción a los Programas de Mediación comunitaria: pasado, presente y futuro", en K. Grover Duffy, J. W. Grosch y P.V. Olczak coords., *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, trad. M^a. A. Garoz. Barcelona: Paidós.
- › LAGRASTA NETO, C. (1999): "Guarda conjunta" en A. C. Mathias Coltro coord., *Constituição Federal de 1988. Dez anos (1988-1998)*, São Paulo: Juarez de Oliveira, p.91-105.
- › MARTIN CASALS, M. (1999): "La Mediación Familiar en Derecho comparado. Principios y clases de mediación familiar en el Derecho europeo (Inglaterra, Francia y la recomendación (98) 1", *Congreso Internacional de Mediación Familiar*. Barcelona, p.7-22.
- › MARTÍNEZ DE MURGUÍA, B. (1999): *Mediación y resolución de conflictos. Una guía introductoria*. México: Paidós.
- › MATHIAS COLTRO, A. C., Coord. (1999): *Constituição Federal de 1988. Dez anos (1988-1998)*. São Paulo: Juarez Editora.
- › VERDUN, J. (1999): "La mediación familiar a Espanya i a Anglaterra", *Revista de Treball Social* 54, Barcelona, p.9-150.
- › WARAT, L. A. (1998): "Ecología, psicoanálisis e mediação", en L.A. Warat coord., trad. J. Rodrigues, *Em nome do acordo. A mediação no Direito*, Buenos Aires: ALMED, p.5-59.
- › (2000): *O Ofício do Mediador*. Vol. I, Florianópolis.
- › WOLKMER, A.C. (1994): *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no Direito*, São Paulo: Editora Alfa-Omega.
- › (2002): "Bases éticas para una juridicidad alternativa en la perspectiva latinoamericana", en J.A. de la Torre Rangel coord., *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México: Editorial Porrúa, p.161-182.

PODER Y COMUNICACIÓN EN LA MEDIACIÓN

por
María Rosario Palomar del Río

1. INTRODUCCION

Poder y comunicación son conceptos fundamentales en la teoría y la práctica de la resolución de conflictos. Conforman una especie de columna vertebral en la mediación.

Las referencias al "poder" y a la "comunicación" que aquí se emplean están limitadas al uso que de tales conceptos se hace en la mediación, por lo que sacadas de este contexto pueden resultar inapropiadas o contradictorias con el sentido que pueden alcanzar desde otros puntos de vista.

Sin una adecuada capacidad de poder en cada una de las partes que intenta la mediación no será posible llevarla a cabo. Sin comunicación, y especialmente sin comunicación verbal, tampoco. Puede parecer obvio, pero un proceso judicial, por ejemplo, podrá resolverse sin la comunicación personal y directa de las partes implicadas. Y las manifestaciones extremas del poder de las partes tampoco van a impedir el proceso ni se tomará medida alguna para equipararlo: al incapaz se le dotará formalmente de representante y defensor y al todopoderoso se le permitirá usar todas las armas a su alcance, siempre que se canalicen por los cauces formalmente establecidos, para convencer de que tiene la razón. Extremando la situación, un proceso judicial puede darse por concluido sin que una de las partes implicadas haya tenido siquiera conocimiento de su existencia. Afortunadamente nada de esto es posible en la mediación.

Una de las pretensiones, al menos teórica, de la mediación es hacer plenamente protagonistas a las personas que se entregan a ella, haciendo ostensible en el proceso su poder y su comunicación.

En un proceso judicial contencioso sólo una de las partes entra voluntariamente; la otra u otras entran por obligación.

Pero si la mediación es un proceso en el que se participa voluntariamente, la aportación de poder y de comunicación es obligatoria. La obligatoriedad aquí no es manifestación de un poder de coerción ajeno. Se trata de dotar de responsabilidad a los partícipes en la mediación para que desarrollen sus propias facultades y generen posibles soluciones.

Es difícil encontrar un conflicto en el que no esté presente, en la superficie o buceando, un pulso por el poder en cualquiera de sus posibles manifestaciones. Sin el elemento de pugna por el poder, la búsqueda de soluciones a los problemas que genera el conflicto no supondría una tarea tan ardua.

Situados en cuestiones de familia y más concretamente en las rupturas de pareja, si las desavenencias en la convivencia no han surgido por la hegemonía del poder (los desequilibrios de poder que duran mucho tiempo dañan las relaciones y hacen difícil la resolución de conflictos) van a venir inmediatamente al momento de arreglar las consecuencias de la separación o el divorcio.

Las parejas que han logrado terminar su convivencia pacíficamente, con el "mutuo acuerdo" trabajado por ellas mismas, quizás son las que han sabido mantener sus respectivos poderes en equilibrio. Pero incluso esta suposición puede ser generosa, porque no trasciende a la opinión pública la cuota de poder sacrificado por cada parte en lo que finalmente aflora como un acuerdo privado.

Algunas de estas premisas sobre el poder han sido objeto de estudio en manuales dedicados a la resolución de conflictos en sus diversas manifestaciones, manejando teóricamente el tratamiento del poder como si fuera algo tan maleable que permitiera darle la forma conveniente a cada caso. La realidad es que la pretensión de la mediación no puede abarcar funciones que corresponden a otros ámbitos. Pero la prohibición de transgredir la línea divisoria entre la terapia y la mediación o entre esta y el ámbito jurídico es ilusoria. Esa línea no está trazada o en todo caso es discontinua y aunque exista obligación de volver al carril inicial, salirse de él es inevitable. Sólo hay que observar el uso que se hace de psicología y derecho en la literatura de la mediación y en los programas de formación de mediadores. La finalidad que se persigue en la corriente de la mediación que se centra en el comportamiento humano no puede desvincularse de la terapia, como tampoco puede ignorarse la aplicación de los principios de orden público del derecho de familia en la mediación familiar. El procedimiento de mediación, en opinión de Haynes "tiene poco que ver con los procedimientos legales o terapéuticos. Contiene elementos legales y de terapia, pero difiere de ambos"¹.

2. PERCEPCION DEL PODER DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA

Desde la óptica de algunos manuales de mediación sería sorprendente valorar las oportunidades que estamos perdiendo quienes acostumbramos a solucionar los conflictos a golpe del "visto para sentencia". Porque para nosotros el poder del foro es indiscutible, irrefutable, omnipresente e infalible.

Nuestra necesidad de someter los litigios a los tribunales está basada en el reconocimiento de un poder absoluto, que tras un engranaje de piruetas dialécticas se nos presenta como plenamente democrático porque emana del pueblo, quien lo ha transferido por completo al Poder Judicial.

Como resultado de tan generosa transferencia, el ciudadano se quedó con las manos vacías y con la convicción de que sólo los tribunales pueden resolver con justicia cualquier diferencia que mantenga, aunque sea con su cónyuge.

Años de ejercicio profesando tan determinante práctica de fe, y circunstancias políticas y sociales muy específicas de nuestra reciente historia han logrado lo que el Magistrado Pascual Ortuño expresaba como "implantación del autoritarismo en todas las relaciones sociales y, con ello, la generalización de la idea de que sólo desde el poder podían resolverse todos los conflictos, incluidos los de carácter privado, laboral o familiar, pues se ofrecía a los ciudadanos, desde una perspectiva paternalista, un poder judicial que tenía la solución a todos los problemas. En este esquema es pieza esencial la idea de que sólo los jueces tienen la posibilidad de resolver los conflictos y decidir, en cada caso, lo que sea justo o injusto, fomentando una fe ciega en la justicia, al tiempo que una infravaloración de las potencialidades de la propia sociedad para solucionar sus controversias"².

¹ Cfr. Haynes (1997): *La Mediación en el Divorcio*, Barcelona: Granica p. 438

² Conferencia impartida en Valladolid en el Congreso "La Mediación Familiar y otras Mediaciones", 2001.

En muchos aspectos del Derecho de Familia se advierte la inclinación del legislador al reconocimiento del poder de las partes, facilitándoles el control y decisión sobre numerosas cuestiones antes de que el juzgador disponga unilateralmente sobre ellas (así puede advertirse como muchos de los preceptos que regulan las consecuencias de la separación y el divorcio comienzan con la condición "a falta de acuerdo entre las partes, el Juez...", posponiendo la decisión judicial para el caso de ausencia de acuerdo).

Pero la buena disposición del legislador choca frontalmente con el hermetismo que las partes encuentran al entrar en un proceso judicial en lo que a comunicación se refiere. No puede haber acuerdo si no hay negociación y no hay negociación si no hay comunicación.

Por oposición al uso que se hace del poder en el sistema judicial, con la mediación como forma de solucionar los conflictos se trata de devolver el poder a las partes para que sean ellas, consciente y responsablemente, quienes lleven la justicia a sus diferencias.

El éxito de la implantación de la mediación en nuestra sociedad dependerá en buena medida del uso que se haga de estos dos elementos muy criticados en las resoluciones que vienen impuestas desde el Poder Judicial, el poder y la comunicación: el poder de imponer de forma coercitiva una resolución no compartida, considerada injusta por aquél a quien perjudica. Y la anulación o la mutilación del recurso de la comunicación en el proceso judicial a los litigantes, que en definitiva es una variante del uso desmesurado del poder, manifestado a través de la imposibilidad de hablar o de transmitir comunicación por haber precluido el momento procesal; por apreciación judicial de que lo que se pretende decir es impertinente o simplemente inhibiendo a las partes con la jerga y la representación escénica en que se encuentran cuando son invitadas a hablar.

No obstante, a pesar de la desconfianza que la Administración de Justicia inspira en la sociedad, no sólo no se pretende que la mediación sustituya al proceso judicial, sino que previsiblemente una gran parte de los supuestos que pasen por mediación acabará en los tribunales. Ya el acceso a la mediación debería entenderse restrictivo, pues de entrada requiere en las partes cierta dosis de flexibilidad. Cuando una de las partes o todas no estén dispuestas a abandonar los niveles más primarios de la naturaleza humana, es imprescindible acudir al juzgado, no sólo para que administre justicia, sino también como garantía de protección. Mientras tanto, en la mediación no se juzga. En la mediación se comprende.

3. EL PODER COMO INSTRUMENTO DE LA MEDIACION

También la mediación se sirve de una tercera persona que ayuda a encontrar la salida al conflicto. Es la persona mediadora, que en el desarrollo de su función, a su vez tiene que hacer uso del poder.

3.1. La peculiar manifestación del poder del mediador

Cuando la pareja, los cónyuges o los progenitores acuden voluntariamente a un proceso de mediación, están otorgando voluntariamente a una tercera persona determinado reconocimiento de poder. Este poder no tiene nada que ver con el que se ejerce desde las instituciones públicas: el poder judicial no se ha otorgado voluntaria y

específicamente por las partes en litigio, ni a favor de juez determinado, ni es reversible ni para cosa concreta, como sucede en caso de la mediación. Aunque se denomina poder a la facultad que maneja la persona mediadora en el ejercicio de su función, se trata de un poder de naturaleza muy peculiar.

Al someterse voluntariamente a mediación los contendientes están aceptando que la institución de la mediación ejerce influencia sobre ellos. La persona mediadora responderá con la lealtad que requiere la confianza depositada por las partes. Pero la mediación no es una institución protectora. Tampoco un reducto para que la persona mediadora se exceda en sus facultades de dirección. Sí es una oportunidad de reconducir la fuerza de las partes hacia planteamientos diferentes del problema, de forma que ellas mismas puedan divisar soluciones que antes no habían advertido.

La función del mediador no es hallar una buena solución al problema de las partes, sino hacer que ellas la encuentren. Por eso la actitud de la persona mediadora que despliega grandes dotes de dirección en el procedimiento de la mediación puede acabar suplantando la actividad que corresponde a los contendientes y lograr un acuerdo brillante para el registro de mediadores, que finalmente puede no ser ratificado en el juzgado o pasar a engrosar los procedimientos de ejecución de sentencias de los juzgados de familia. Podría decirse por ello que el despliegue del poder del mediador es inversamente proporcional al que desarrollan las partes en un proceso de mediación.

3.2. El poder del mediador y el principio de neutralidad

Entre los principios genéricos que informan la mediación se encuentra el de neutralidad, citado expresamente junto al de imparcialidad (lo que viene a advertirnos de su no confusión) por la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León, como bases de la intervención de la persona mediadora cuando actúe al amparo de dicha Ley.

Sin embargo es imposible sostener una actitud absolutamente neutral, interpretando esta expresión más allá de la imparcialidad a la que también se refiere la Ley en el punto 5 de su artículo 4. El poder que desarrolla la persona que interviene en la mediación se ejerce consciente o inconscientemente guiado por sus propios principios, por lo que su intervención inevitablemente alcanzará a aquellos de los que son portadores las partes. Cuanto más directiva sea la actitud del mediador conduciendo el proceso de mediación, más notorios serán los intereses o los valores del mediador que se filtren hasta el resultado.

Incluso la pretensión del mediador de desviar cualquier intento de acuerdo sospechoso de no ser homologado por el Juez por no respetar el genérico "orden público" del derecho de familia, o la específica, por ser citada en la Ley, "consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes", estará extralimitando la actitud aséptica que la neutralidad reclama. Por lo que si se trata de mediación familiar, y más concretamente la practicada con motivo de las rupturas de pareja, habrá que convenir que todo acuerdo que se adopte con intención de trasladarlo al proceso judicial habrá de respetar los mínimos que el derecho exige para que los pactos puedan convertirse en convenio regulador de la separación o el divorcio, abortando los intentos de acuerdo que dañen los derechos de los hijos o perjudiquen gravemente los intereses de cualquiera de los cónyuges, además de promover aquellos intereses que impone la Ley como deber de los mediadores.

Adoptar una interpretación rigorista de este principio haría estéril la mediación. Pero evitar los acuerdos perjudiciales implica valorar la situación del perjudicado e intentar equilibrar su poder, si es que su déficit es el causante del "mal acuerdo", intervención claramente parcial y nada neutral, aunque muy justificada en pro de un resultado final carente de esos defectos.

La incompatibilidad entre la influencia del mediador al desarrollar su función y el principio de neutralidad es objeto de discusión por diversos autores que cuestionan seriamente su convivencia pacífica (Sara Cobb, -1991-, R.A. Baruch y Joseph Folger -1996-). Incluso la misma opción entre litigio judicial o mediación determina una inclinación ideológica que nos presenta como no neutrales.

3.3. Buscando el Acuerdo

Es cierto que no es ajeno a quienes tienen la condición de colaboradores de la administración de justicia hacer uso de una concepción "judicialista" de la función de la mediación.

La mediación familiar, y más concretamente la destinada a las rupturas de las parejas con hijos, restringe nuestra visión de la mediación, muy influenciada por el proceso judicial de la separación o disolución del matrimonio. Y la búsqueda de los acuerdos que finalmente integrarán el convenio regulador, consciente o inconscientemente, constituye la meta inexorable de la mediación.

Pero si mantenemos la suficiente distancia para tomar perspectiva de lo que acontece en otros ámbitos, podemos divisar otras corrientes basadas en conceptos más altruistas de la mediación. Desde su óptica particular de la mediación, en apariencia para otros menos eficaz, se contempla a la persona mediadora con toda su capacidad de influir en las partes, pero con un exquisito cuidado en no desbordar su poder del cauce trazado, que no es otro que el de impedir que las partes pierdan el control sobre sus propias decisiones, es decir, velar porque sean los contendientes los auténticos protagonistas de sus acuerdos.

Desde cualquier teoría de la mediación parece obvio que ese es el resultado que se persigue, pero algunos teóricos denuncian que bajo tal pretexto y con el afán de hacer que el proceso resulte "más exitoso", la influencia del mediador acaba imponiendo su sello, de forma que el resultado final es una componenda de la persona mediadora, que a la postre viene a ejercer de juez o de árbitro, (si bien con soluciones diferentes a las que tradicionalmente se imponen en las sentencias o en los laudos).

La existencia del registro administrativo previsto en la Ley de Mediación, al que obligatoriamente ha de remitirse la persona mediadora para dar cuenta del resultado de su función en cada caso, puede de alguna manera abocar también a una "mediación eficaz" de cara a la galería, tan ilusoria después como los denostados convenios reguladores que se firman "al vuelo" en algunas ocasiones para poder acceder al procedimiento de mutuo acuerdo en el juzgado.

3.4. El poder de las partes en la mediación

Si el mediador tiene que utilizar su poder para desarrollar la mediación (aunque el modo o la forma de utilizarlo marca grandes diferencias de unos casos a otros), las

personas que deciden pasar por este proceso necesariamente tienen también que hacer uso del suyo para tomar acuerdos.

En opinión de Kathryn Girard y Susan J. Koch (1997), el poder y la libertad se encuentran entre las necesidades básicas de la persona y son factores determinantes de su conducta. Ignorando el poder de las partes implicadas en el conflicto difícilmente se pueden encontrar soluciones porque están atrapadas en la apatía o excesivamente pendientes de mantener su poder. Observar la relación de poder entre las partes debe estar entre las preocupaciones del mediador.

La situación óptima sería el equilibrio de poder entre las partes. Pero tal vez una pareja en equilibrio de poder demostraría un grado de madurez suficiente para reflexionar, decidir y resolver de forma autónoma los problemas derivados de su conflicto. Sin embargo, aunque los cónyuges sean iguales en derechos y deberes y la dirección de la vida familiar compete por igual a uno u otro, es notorio y admitido socialmente que en muchos casos el grado de autonomía económica, la relevancia del cargo profesional, la imagen pública o las características de la personalidad inciden drásticamente en la vida de la pareja, sin descartar la hegemonía todavía instalada en las diferencias de género, elevando el nivel de influencia de un cónyuge sobre el otro.

Esa es la razón por la que el mediador puede encontrarse en situación de tener que "potenciar" el poder en una de las partes.

La prepotencia de uno de los miembros de la pareja ejercida durante la vida en común se pone en evidencia al trasladar el conflicto a la mediación. Es el mediador quien tiene que valorar el desequilibrio e intentar la simetría rescatando el poder de la parte más débil y moderando el que es utilizado en exceso. Esta función marca de nuevo la diferencia entre los partidarios de la neutralidad como principio básico de la mediación y quienes entienden que no es posible aceptarla.

Si el mediador considera que una de las partes domina o influye excesivamente sobre la otra, de forma que intenta adoptar acuerdos injustos, deberá hacer uso de su poder para equilibrar el de las partes. Esta actitud implica tomar partido, incluso es considerada en ocasiones como función de defensa, impropia de la persona mediadora (R.A. Baruch y J.P. Folger 1996).

El extremo del desequilibrio de poder entre las partes podría llevarnos a situaciones más hipotéticas que reales. Sería el caso de advertir incapacidad en una de las partes para tomar conscientemente acuerdo alguno, o el extremo opuesto: la adhesión a cualquier acuerdo cuando está latente la intimidación o la violencia o cualquier otra circunstancia que incida negativamente sobre la voluntad. Es evidente que por razones deontológicas o de ética la mediación no debe seguir adelante.

El acceso a la mediación es más probable entre personas que mantienen un discreto desequilibrio de poder -que puede darse en parejas en proceso de separación o divorcio integrantes de lo que la Profesora y Mediadora Margarita García Tomé (2000) considera el patrón Conflicto directo/Comprometido, caracterizado por la comunicación frecuente y abierta-.

Una vía para marginar los desequilibrios de poder entre las partes es buscar estrategias para mejorar. Cuando no existe la necesidad de manifestar el poder es más

fácil comprender las necesidades de la otra parte y ponerse en disposición de ayudar a satisfacerlas (Kathryn Girard y Susan J. Koch, 1997).

Pero el uso que el mediador haga de su poder y la consideración que tenga del poder entre las partes pueden dar lugar a diversas formas de ejercer la mediación.

4. TENDENCIAS DIFERENTES EN RELACIÓN CON EL USO DEL PODER POR EL MEDIADOR

Robert Baruch y Joseph Folger (1996) hacen una crítica de la mediación basada exclusivamente en el objetivo de lograr acuerdos, reconociendo en tal método la existencia de al menos tres problemas: la inevitable influencia del mediador, que aporta al procedimiento sus propios intereses ("el interés del mediador relacionado con el resultado se incorpora a la discusión y la deforma", p. 164); la imposibilidad de conciliar el principio de neutralidad con dicho objetivo y finalmente la dificultad de que los acuerdos sean auténticos y equilibrados al primar el encuentro de soluciones sobre cualquier otra finalidad.

4.1. El poder como instrumento en la opción transformadora

Para evitar esos problemas los citados autores proponen el ejercicio de la mediación de forma que el objetivo de la persona mediadora se centre en imbuir en las partes la máxima cuota de poder, sin predominio de una sobre otra, entendido como autovaloración, como fortalecimiento del yo, mediante la comprensión y el fortalecimiento de la capacidad intrínseca de cada parte para afrontar las dificultades, comprometiéndose en la reflexión, la decisión y la acción como actos conscientes e intencionales (Robert Baruch y Joseph Folger, 1996).

Así encauzada la labor del mediador alejará de su objetivo directo la consecución de acuerdos y no interpretará como fracasada una mediación en la que no los haya, pues si se ha trabajado eficazmente la función de dotar a las partes del poder que les corresponde, la inexistencia de acuerdos implica que las partes han tomado responsablemente la decisión de no asumírselos en ese momento.

Para estos autores, en los términos más generales se alcanza el crecimiento eficaz del poder cuando las partes en disputa realizan la experiencia de una conciencia más sólida de su propia valía personal y de su propia capacidad para resolver las dificultades que afrontan, sean cuales fueren las restricciones internas.

Aunque esta corriente expresamente excluye la terapia, admite que se trata y se consigue cambiar a las personas, no sólo sus situaciones.

La impotencia ante un problema nos hace experimentar la sensación de bloqueo, sumergiéndonos en una espiral que nos impide salir de la total concentración en nosotros mismos. La intervención del mediador nos hará salir del interior, permitiendo la nueva situación no sólo sentirnos más capaces, sino también contemplar la actitud de la otra parte. Así se cumple el doble objetivo de la mediación.

La interiorización del poder en las partes trata de contrarrestar los efectos que el conflicto acarrea a cualquier persona -confusión, temor, desorganización- con independencia de quien sea la persona que lo sufre, restableciendo la calma, claridad,

confianza, capacidad organizativa y poder de decisión. Así pueden lograr una mejor comprensión de sus metas y sus intereses. La concienciación de que tiene el control sobre las decisiones a tomar en ese momento, incluso la de apartarse de la mediación o rebatir el consejo técnico. La concienciación de los recursos propios, su suficiencia y su mejor distribución. Su libertad de acción y su capacidad de autocrítica, así como la de observar los puntos positivos y negativos de la actitud de la otra parte. Todo ello es diferente de la protección al más débil o el asesoramiento técnico.

A diferencia de la sensación de impotencia que embarga a quienes viven como demandados la experiencia de un procedimiento judicial, y sobre todo a quienes ven denegadas sus peticiones, en el procedimiento de mediación las partes sienten el peso de su presencia y su consideración.

Desde nuestro punto de vista, esta opción es aceptable y muy positiva cuando el problema está en el déficit de poder en alguna parte o en todas. Sin embargo puede resultar complicado, sin el auxilio de la terapia, concienciar de su exceso a la parte que creyéndose en lo cierto exhibe tal acumulación de poder que impide el reconocimiento de las otras. Se trata del desarme del poder. O mejor, de equilibrarlo, moderarlo o utilizar su fuerza de forma creativa y deshaciendo las posiciones. Actitud que teóricamente deberían aceptar quienes se someten voluntariamente a mediación, porque forma parte de sus reglas. Pero quien se considere suficientemente poderoso difícilmente aceptará de forma voluntaria que en su relación con los otros puede estar necesitado de ayuda.

La función de la persona mediadora aquí no es hablar de metas ni de resultados sino tratar de que las partes reflexionen sobre sus problemas y los definan desde todos los puntos de vista posibles. De que valoren todos los recursos a su alcance y descubran el máximo de alternativas posibles, inhibiéndose los mediadores de presentar propuestas de acuerdos, poniendo el énfasis de su labor en el aliento y apoyo a los esfuerzos de las partes para encontrar sus propias soluciones y tomar las decisiones que consideren oportunas a las metas que se proponen.

Ya hemos reconocido que al ser la mediación una forma de solucionar el conflicto con la intervención de un tercero, es inevitable admitir su influencia sobre las partes. En concreto, en la mediación tendente a la solución del problema la actitud directiva de la persona mediadora va a influir tanto en la definición del problema como en la forma en que las partes van a adoptar los acuerdos. Su concepción de lo justo y lo acertado va a conformar los términos en que se tomen los acuerdos. Por su parte el mediador preocupado por el cambio en la actitud de las partes dejará marcada su influencia no en los acuerdos, sino en el sentimiento de protagonismo de las partes, ya que serán ellas exclusivamente quienes los adopten.

El tema enlaza directamente con el principio de neutralidad ya referido anteriormente. Si es inevitable la influencia del mediador sobre las partes, debería excluirse este principio al hablar de la mediación. Asumir el principio y actuar en consonancia con una determinada orientación mediadora es entrar en una especie de esquizofrenia. La solución propuesta por Baruch y Folger (1996) radica en reorientar el contenido del principio, aunque reconocen que nunca antes ha estado nítidamente definido: "El sentido de la neutralidad del mediador en el contexto de la influencia inevitable, es el compromiso de usar la influencia sólo con el fin de mantener en manos

de las partes la decisión final acerca del resultado" (p.164). La persona mediadora se sentirá neutral evitando que su influencia recaiga sobre el resultado. De esta manera los referidos autores ponen el dedo acusador de la no neutralidad sobre la mediación que directamente aborda la solución del problema.

4.2. El poder en la opción negociadora

Baruch y Folger (1996) caracterizan la actuación del mediador en la forma de mediación más directiva o dirigida estrictamente a la resolución de problemas, concentrando su poder en tres direcciones: en primer lugar, al principio del proceso, circunstancia compartida con el otro tipo de mediación. Los mediadores aprovechan la narrativa de las partes para diagnosticar cuál es el problema en su conjunto al objeto de tenerlo completamente identificado y controlado. Esto ayuda al reconocimiento de intereses y necesidades.

Es en la segunda fase donde arrecian las críticas sobre el despliegue del poder del mediador, calificándolo de autoritario al ejercer su influencia sobre las partes para orientar las condiciones en que se adoptarán los pactos, predeterminando cuál será la meta. Para ello se valdrá de la utilización sutil de conceptos, ilustrando acerca de los acuerdos que serán procedentes y aquellos otros que se presentan como inadecuados, manteniendo la discusión sobre la cuestión seleccionada. Orienta así a los participantes hacia una dirección determinada. Esta actitud no sólo es utilizada por el mediador a mayor gloria de su ambición directiva, sino que asfixia cualquier intento de las partes de tener iniciativa propia.

Finalmente y al objeto de no perder el hilo conductor que lleva hasta la meta preseleccionada, la tendencia del mediador es evitar entrar a discutir toda cuestión no relacionada con el enfoque propuesto, marginando las que considera improductivas.

La crítica en la forma de ejercer el poder en esta opción estriba en la marginación del propio poder de las partes en el procedimiento y en el fallido resultado final, pues se considera que tras la apariencia de un resultado eficiente, logrado en un procedimiento relativamente corto, a la larga los acuerdos no serán respetados por no ser fruto directo de la voluntad de las partes.

5. LA COMUNICACIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA MEDIACIÓN

Kathryn Girard y Susan J. Koch (1997) afirman que desarrollar una comunicación positiva ante un conflicto implica sentar una buena base, crear un buen marco, para intentar la solución de un conflicto. De forma que aun cuando no se ha logrado la solución del conflicto, las partes que han intentado solucionarlo con una comunicación abierta y positiva pueden percibir que han ganado algo en el intento.

La despreocupación por establecer un marco de comunicación abierto al intentar aclarar un conflicto marginando a las partes hará naufragar el intento al dificultar la relación.

Si hablando del poder hacíamos una somera referencia a su significado en el tratamiento judicial de los litigios, no merece menor consideración el tratamiento que tiene la comunicación en una contienda judicial.

5.1. Comunicación y proceso judicial

A los ojos de cualquier profano las manifestaciones de la comunicación oral, y también escrita, en el proceso judicial son poco menos que ininteligibles.

Una justificación para apoyar el recurso de la mediación en busca de soluciones frente a la posibilidad de someter el asunto a los tribunales está en la idea compartida por amplias capas de la sociedad de que la Administración de Justicia sustenta su poder no en la justicia de sus decisiones sino en el oscurantismo de su lenguaje.

Si en el proceso de mediación se busca el protagonismo en la comunicación de los implicados, las posibilidades de protagonizar esa comunicación en primera persona en el proceso civil quedan a merced del abogado de la parte contraria, pues no es frecuente que el juez reclame por sí la intervención de los litigantes, aunque en los procesos de separación y divorcio sí se requiere en ciertos momentos la presencia física de los cónyuges a efectos de tener por cumplido el trámite.

Como la pretensión del juzgador es conocer cuál es el problema, sólo interesa la comunicación sucesiva del juzgador con cada una de las partes y en el preciso momento en que se le ha asignado, no de las partes entre sí. Incluso cuando alguna de ellas, escuchando lo que dice la otra, espontáneamente manifiesta su desaprobación, es conminada a guardar silencio con el apercibimiento de ser expulsada de la sala. Son las reglas del procedimiento judicial, como la mediación tiene las suyas.

En la mediación impera la transparencia, la sinceridad, la comunicación directa y espontánea, aunque eso no implica ausencia de dureza en el lenguaje, sino todo lo contrario. También abundan los silencios, que en ningún caso serán interpretados como reconocimiento de lo que afirma la parte contraria. En los tribunales es frecuente la falta de sinceridad. La formalidad y las buenas formas impiden aflorar los sentimientos que se transmiten al comunicar en la mediación. Todos los partícipes en el proceso judicial se prestan a una especie de representación teatral en la que el mejor parado es el mejor actor. La perversión del lenguaje que impera en los medios de comunicación también transita por el foro. Y a veces se pueden contemplar auténticas funciones de prestidigitación al tratar de poner en evidencia lo imposible.

Porque hay a quien el escenario de los juzgados limita y reduce hasta monosílabos la ya recortada posibilidad de comunicación verbal que tiene dentro de un litigio. Pero se presenta como una oportunidad magnífica, un campo abonado para desplegar las dotes de seducción de aquéllos que tienen en la palabra, no en los hechos, su mejor arma de convicción. En los juzgados se puede faltar a la verdad. Y no sólo quien tiene a su favor el derecho de no declararse culpable y quien en sintonía con su cliente tiene la obligación de defenderlo. Es pobre el poder de la ley que obliga al perito y al testigo a decir verdad en un juicio, porque tras un solemne juramento o promesa de decir verdad, las partes pueden valerse de estas terceras personas para disfrazar su verdad de la forma más rentable. El juzgador recibirá la comunicación de ambas partes y dará la razón a quien mejor haya podido presentársela.

La mediación trata de que ninguno de esos inconvenientes se interponga en su camino. Si en el litigio judicial la comunicación entre partes está ausente, desde la mediación el esfuerzo en la comunicación va encauzado hacia la comprensión entre las

partes para poder lograr el acuerdo. En buena medida es la incomunicación que se sufre en el proceso judicial la que despierta la esperanza en la mediación por la oportunidad que da a las partes de desplegar su poder a través de ella.

5.2. El reconocimiento de la otra parte a través de la comunicación

La comunicación es la otra dimensión que requiere la mediación como vehículo para superar los límites del yo para relacionarse con otros. Del grado de implicación en esta tarea va a depender en buena medida el resultado de la mediación, exigiendo interés y consideración por la otra parte.

Reconocer a la otra parte no es aceptar, pero sí demostrar cierta sensibilidad con las situaciones y las cualidades del otro. Superar la impotencia individualmente sin el reconocimiento de la otra parte tendrá escasa repercusión en la resolución del conflicto, por lo que esta actitud debe darse en las dos direcciones.

Será más virtual que real aquel poder insertado en una parte que no es reconocido por la otra, porque el poder se manifiesta en la vida de relación.

Es más fácil reconocer a la otra parte una vez superadas las actitudes de autoprotección que genera el sentimiento de amenaza por la conducta y las pretensiones del otro. Pero es necesario disponer la voluntad para mostrar más atención y empatía por la otra parte, compromiso que teóricamente debe asumirse al admitir voluntariamente la mediación.

Una parte está reconociendo a la otra en el proceso de mediación cuando manifiesta capacidad para reflexionar, considerar y reconocer en cierto modo la situación de la otra parte. Cuando espontáneamente o por invitación del mediador logra dar una nueva versión, más comprensiva, de la conducta anterior de la otra parte.

El reconocimiento implica comunicar a la otra parte los cambios en la percepción de su conducta. Sería admitir expresamente el reflejo de la reformulación propuesta por la persona mediadora, intentando hablar para aclarar las cosas, no para impresionar o consolidar su posición.

No hay que despreciar los gestos de reconocimiento por insignificantes que parezcan porque manifiestan la voluntad de una parte de acercamiento a la consideración de la otra. Todos ellos integran la comunicación utilizable a efectos del reconocimiento del poder de la otra parte.

5.3. La comunicación del mediador

En la utilización de la comunicación del mediador con las partes puede advertirse cierta diferencia de uso según se trate de la búsqueda directa del acuerdo o se intente el cambio de las personas, haciendo de trampolín para ulteriores acuerdos.

Para los partidarios de la mediación transformadora el despliegue de medios, aún orientándose hacia la resolución de problemas, se hace poniendo el énfasis en la comunicación entre las partes y buscando intereses compartidos. Esta labor requiere controlar la narrativa, de forma que la disparidad de recursos en el uso de la comunicación de las partes no se traduzca en una pérdida de oportunidades de quien cuenta con

menos habilidades para transmitir. Sin embargo esta actitud representa una carga innecesaria y poco provechosa para los mediadores que buscan directamente el acuerdo (Deborah M. Kolb 1996).

Parece clara también la diferencia en el uso de las herramientas de comunicación por los mediadores partidarios de la mediación negociadora, de los que buscan el acuerdo a través de la transformación de las partes. Los primeros se preocupan menos de la comunicación directa con las partes, fomentando menos esta actividad. No necesitan indagar en los enunciados de las partes para valorar y, en su caso, potenciar el posible reconocimiento que cada una haga de la otra, preocupándose más de dirigir la discusión teniendo siempre en cuenta el resultado final. Incluso pueden utilizar las herramientas de la comunicación para reconducir la discusión según sus propios intereses o para justificar su no aceptación de las propuestas de las partes.

La reformulación ocupa un lugar importante en esta faceta en la que los mediadores, buceando entre las narraciones iniciales de las partes, buscan cualquier posibilidad de reconocimiento de cada una respecto de las otras, extrayendo su significado y presentándolo a su reconsideración, poniendo de manifiesto valoraciones que habían pasado inadvertidas. Esta labor requiere empleo de tiempo en facilitar la comunicación, potenciando las cuestiones de relación, y mucha escucha activa, circunstancias que son menos importantes para la mediación que busca directamente el acuerdo.

6. INTEGRANDO PODER Y COMUNICACIÓN

Para que el poder de la persona mediadora se comprometa con la esencia de la mediación sin perder la eficacia que la sociedad demanda, debe involucrarse plenamente con el poder de las partes, provocando a través de la comunicación la necesidad de sentir los acuerdos que ellas consideren adecuados.

No obstante, la satisfacción por los logros alcanzados es diferente según nos situemos en una u otra corriente. La orientación no vinculada directamente al acuerdo entiende logrado su objetivo aun no habiendo conseguido acuerdos pero sí logrado cambiar las situaciones y los puntos de vista iniciales de las partes, trabajando el poder y la comunicación en el proceso. (Se podría decir que ha eliminado o reducido las causas).

Por el contrario, la orientación mediadora más directiva en la consecución de acuerdos sólo entiende concluido con éxito el proceso de mediación si ha terminado con acuerdos suscritos por las partes. (Se podría decir que ha eliminado los síntomas).

Así como tras la mediación más comprometida en la resolución de problemas la actitud de las partes puede ser similar a la que mantenían en su comienzo, en la otra orientación es muy probable que el ensanchamiento de poder trascienda a la relación con las otras partes y se proyecte sobre terceras personas. En general pueden advertirse actitudes menos defensivas, menos beligerantes. Pero aun no trascendiendo a la relación con los demás, al menos debe experimentar su capacidad de autodeterminación en la toma de decisiones.

A la vista de todo lo anterior puede parecer que la corriente mediadora que pone en primer plano el énfasis en trabajar el poder y la comunicación de las partes para poder llegar a los acuerdos, aunque éstos finalmente no se logren, está más cerca de la

terapia que de la mediación. Frente a ello sus seguidores opinan que los objetivos son diferentes según se trate de mediación o de terapia. En esta última se persigue el bienestar individual del paciente, por lo que no se establece el puente entre la revalorización de la persona y el reconocimiento del otro. Perdería sentido en la mediación intentar conseguir el acuerdo otorgando poder para una sin al menos intentar reconocer el poder en las otras.

Podría parecer que la orientación ideal se situaría en la integración de las dos corrientes. Para R.A. Baruch y J.P. Folger (1996) no es posible la integración, sino la complementación, de forma que se logre el acuerdo a través de la transformación.

En opinión de Haynes (1997), "El proceso de mediación incluye obtener datos, compartir y verificar dichos datos con las dos partes, crear opciones para resolver el problema y negociar la opción precisa que mejor se amolde a las necesidades de las partes" (p.438).

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

Sin comunicación no hay negociación. Es imprescindible potenciar al máximo el recurso de la comunicación. Al ser la comunicación una de las vías por las que se manifiesta el poder, el mediador debe ser muy consciente del uso que hace del suyo, fundamentalmente a través de la comunicación.

El mediador debe estar vigilante ante el abuso de poder o la manipulación a través de la comunicación de las partes.

El modelo de mediación familiar que se pretenda practicar debe estar siempre presente en el trabajo del mediador, sin permitir que las estadísticas de acuerdos del Registro Administrativo de Mediadores influyan en nuestro trabajo.

La Mediación Familiar no es la solución a todos los problemas de ruptura de pareja. En la vida familiar confluyen sentimientos y emociones no comparables con los propios de otras formas de relación humana, que dificultan considerablemente el trabajo de mediación.

Nuestra cultura, nuestras costumbres, nuestra idiosincracia, distan mucho todavía, pese a la globalización, de las que sirven de plataforma a los autores de los manuales desde los que se nos invita a la mediación, en su mayoría venidos del otro lado del Atlántico, aunque más próximos al Pacífico (no sé qué grado de complicidad habrá en esta coincidencia). Puede que sus teorías estén adaptadas a sus comportamientos, y posibilidades han tenido ya de confrontar el resultado con su propia experiencia. Es significativo que se hable tan poco del seguimiento de los procesos terminados conforme a estos métodos. No obstante, ya que somos legos en la materia, nuestra Ley está recién estrenada y de lo hecho casi podemos hablar como de experiencias piloto, seamos confiados y aceptemos la invitación a explorar esas posibilidades. El fin aquí sí justifica los medios.

BIBLIOGRAFIA

- › BARUCH , R.A. Y J.P. FOLGER (1996): *La Promesa de Mediación*, Barcelona: Granica.
- › BECK, P (1998): *La negociación en una mesa despareja*, Barcelona: Granica.
- › COBB, S. (1993): Empowerment and mediation: A narrative perspective, *Negotiation Journal*
- › CONSTANTINO, C. Y CH. SICKLES (1997): *Diseño de Sistemas para Enfrentar Conflictos*, Barcelona: Granica.
- › FOLGER, J. Y T. S. JONES (1997): *Nuevas direcciones en mediación*, Barcelona: Paidós
- › FRIED, D. Y J. SCHNITMAN (2000): *Resolución de conflictos*, Barcelona: Granica.
- › GARCÍA TOMÉ, M. (1999-2000): *Curso de Formación en Mediación Familiar*, Universidad Pontificia de Salamanca.
- › GIRARD, .K Y S. J. KOCH (1997): *Resolución de conflictos en las escuelas*, Barcelona: Granica.
- › HAYNES, J. M (1997): *La Mediación en el Divorcio*, Barcelona: Granica.
- › KOLB, D. M. et al. coord. (1996): *Cuando hablar da resultado*, Barcelona: Paidós.
- › MARLOW, L. (1999): *Mediación familiar*, Barcelona: Granica.
- › MOOR, CHRISTOPHER (1995): *El Proceso de Mediación*, Barcelona: Granica.
- › SHAILOR, J. (1994): *Empowerment in Dispute Mediation*, Praeger.
- › SILBEY, S.S. Y MERRY S. (1986): *Mediator Settlement Strategies*, Law and Policy.
- › SINGER, L. (1996): *Resolución de Conflictos*, Barcelona: Paidós.
- › SUARES, M. (1996): *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Barcelona: Paidós.

MEDIACION Y RUPTURA DE PAREJA: DUELO Y OPORTUNIDAD

por
Jorge de la Parra García

1. INTRODUCCIÓN

El sufrimiento y el vacío emocional que aparecen tras la ruptura, el grado de intensidad de la relación previa, el grado y el tipo de conflicto, la situación económica en la que puedan quedar las partes implicadas, la presión social y familiar a la que se ven sometidas, quién toma la decisión de la ruptura y quién debe aceptarla, el caos y la falta de anticipación de las necesidades de los miembros de la familia, entre otros, son aspectos que determinarán que los conflictos post-ruptura se reconduzcan de una manera o de otra, contaminando e intensificando el clima emocional durante el proceso mediador y después de este.

El conflicto en los procesos de ruptura va a estar influido de forma notable por variables cognitivas y emocionales que facilitarán o no la emergencia de conductas desadaptativas e inadecuadas en el intento de solución de las diferencias tras la ruptura.

En esta exposición pretendemos incidir en la importancia que tiene para las parejas que deciden finalizar su relación, hacer frente a este mundo complejo de emociones y sentimientos que inunda sus mentes, así como el papel del mediador familiar a la hora de abordar la compleja fenomenología del duelo en los procesos de separación y/o divorcio, abordando los numerosos desafíos emergentes, tratando de superarlos de una manera racional, permitiendo de esta forma, un espacio para el alivio y la estabilidad emocional como base para una buena negociación entre la partes, y que constituya en definitiva, una nueva oportunidad en sus vidas.

2. RUPTURA Y SUS IMPLICACIONES

No cabe duda que la ruptura de pareja es uno de los fenómenos sociales que más discusiones políticas y sociales ha suscitado en todos los campos y ámbitos profesionales.

El debate en torno al fenómeno de la ruptura (legal, económico, psicológico, jurídico, social y concretamente el que tiene que ver con el ejercicio de los derechos y deberes de las responsabilidades parentales), ha originado un sinnúmero de opiniones, bibliografía y legislación para tratar de dar luz a un fenómeno en extensión y con una gran repercusión en todos los órdenes.

A dicho debate se suman las experiencias que en mediación familiar en procesos de ruptura de pareja se vienen desarrollando en los últimos veinticinco años en España, adquiriendo un papel relevante dada la necesidad de contribuir a que las responsabilidades parentales sean efectivas tras la separación o divorcio.

Como consecuencia, la legislación en materia de familia se ha visto obligada a adecuarse a los cambios y realidades sociales, especialmente en los procesos de separación y divorcio.

El gran debate que se suscita en el ámbito de la ruptura de la pareja se explica y se entiende a partir de las diferentes observaciones y percepciones que tenemos de dicho fenómeno.

Psicólogos, abogados matrimonialistas, terapeutas familiares, orientadores familiares, etc., en el ejercicio de su actividad profesional, deberán tener en cuenta que este proceso de duelo es tan real como inevitable. Las parejas que deciden tomar caminos diferentes lo hacen con grados dosis de sufrimiento, siendo necesario para ellos reconocer y manejar el proceso en el que se encuentran.

Sea cual fuere el sistema de resolución de conflictos que intervenga en dicho proceso, se tendrá que tener en cuenta que, como todas las crisis de desarrollo evolutivo, la realidad del dolor y su adecuada elaboración se convierten en un elemento previo para la reducción y/o eliminación de los conflictos surgidos a partir de la crisis de ruptura.

El mediador, al igual que cualquier otra figura profesional que aborda los conflictos derivados de la ruptura, se enfrenta a una multiplicidad de problemas personales, emocionales, parentales, económicos, legales, que aparecen de forma global a la vez que se retroalimentan; y de los que no podemos prescindir ni obviar, si queremos ayudar a los padres y madres que deciden iniciar una nueva forma de organización personal y familiar.

3. EXPERIENCIA EMOCIONAL Y RUPTURA

Debido a la complejidad que surge en el momento de la vida de la pareja que ha decidido separarse, la experiencia emocional a la que deben hacer frente sus miembros es una de las más traumáticas vividas, puesto que influye en la seguridad personal, en la autoestima y en el grado de competencia parental y social. Se produce una situación contradictoria y paradójica, puesto que coexisten momentos de máxima expresividad e intensidad emocional, gran conflictividad, mínima comunicación y un periodo breve de tiempo en la búsqueda de soluciones adecuadas para cada uno de ellos y de sus hijos. Todo ello envuelto en una ambiente de máximo dolor por las diferentes pérdidas a las que tienen que hacer frente.

Desde el ámbito de la mediación, la ruptura y el sufrimiento posterior que se experimenta deben entenderse como una situación transitoria de cambio hacia la salud, donde las experiencias dolorosas sean percibidas como normales en un proceso que dé paso a situaciones de bienestar y de mayor gratificación.

Por lo tanto, dicha experiencia dolorosa debemos entenderla como algo inevitable a la vez que necesaria.

Como señalan M.B. Isaacs y colaboradores¹, la ruptura de pareja exige cambios profundos a las personas que la experimentan, puesto que deben reorganizar sus vidas a partir de este momento, buscando una nueva identidad personal y familiar.

¹ Maria B. I. (1995): *Divorcio difícil*, Amorrortu editores, p.17.

La mediación familiar, la terapia familiar sistémica, las investigaciones sociológicas y antropológicas y todos los sistemas de resolución de conflictos en el ámbito de la familia, han contribuido a proporcionar los conocimientos, herramientas y las técnicas necesarias para prevenir y reducir los conflictos derivados de la ruptura, posibilitando que los padres y madres puedan seguir ejerciendo sus derechos y obligaciones parentales.

Cada disciplina pretende conseguir dicho objetivo, pero cada una difiere en sus procedimientos, sus principios rectores y sus técnicas a emplear.

A pesar de ello y de los beneficios que cada sistema de resolución y /o gestión de conflictos pueda tener, quisiera resaltar un aspecto que condiciona los procesos de ruptura familiar: el aspecto emocional que padres e hijos experimentan en dichos momentos y la necesidad de elaborarlo adecuadamente para que las partes puedan seguir ejerciendo su labor educativa y de crianza.

4. PROCESO DE DUELO Y MEDIACIÓN

Mas allá de la necesidad de que los progenitores lleguen a acuerdos respecto a cómo quieren organizar sus vidas y las de sus hijos en el futuro, y de la forma como quieren negociar dichos aspectos tan vitales, es obligado que las partes en conflicto elaboren adecuadamente el dolor por las diferentes pérdidas a las que tienen que hacer frente, y no solamente con respecto al cónyuge (proyectos, sueños rotos, identidad personal y familiar, ocupación laboral en algunos casos, cambio de residencia, desprendimiento de los hijos, vínculos sociales y familiares, posiciones económicas, etc.), sino de uno mismo. Esta no es una tarea fácil, ni para el que toma la decisión de romper la convivencia o el vínculo, ni para el que se ve obligado a aceptarla.

La ruptura de pareja es una de las experiencias más dolorosas que el ser humano puede sufrir, siendo mayor cuando la toma de decisión es adoptada por una de las partes no quedando mas opción a la otra que aceptarla. Unos y otros se verán envueltos en profundos cambios a nivel emocional y cognitivo, modificando las pautas de comportamiento, unas más adaptativas y otras más disfuncionales.

Incluso como señalan J. Navarro Góngora y J. Pereira Miragaya², en el caso de los procesos de separación "su potencia de afectar patrones de relación, lealtades, seguridad personal y del grupo, es mayor aún que la muerte de un familiar querido. Produce una sensación de pérdida sutil pero real. Quedan afectadas tanto las relaciones con las familias de origen como las sociales y económicas."

Quisiera resaltar una de las aportaciones más interesantes de J. W. Worden³ donde fundamenta la teoría de la elaboración del duelo. Parte del concepto teórico del "apego" de Bowlby, al considerar la tendencia de los seres humanos a establecer fuertes lazos emocionales con otras personas.

Como señala Worden en su obra⁴, la teoría de Bowlby⁵ parte de que el apego proviene de la necesidad que tenemos los seres humanos de protección y seguridad,

² Navarro Góngora, J. y Pereira Miragaya, J. (2000): *Parejas en situaciones especiales*, Barcelona: Paidós, p. 173.

³ Worden, J.W. (1997): *El tratamiento del duelo: asesoramiento psicológico y terapia*, Barcelona: Paidós.

⁴ Worden, J.W., *op.cit.*, p. 23-24.

⁵ Bowlby, J. (1993): *El vínculo afectivo*, Barcelona: Paidós.

siendo esta necesidad dirigida hacia personas específicas y estando destinada a perdurar a lo largo del tiempo. Cuando dicha figura de apego desaparece en los casos de separación o divorcio, la respuesta es de intensa ansiedad y fuerte protesta emocional. La meta final de la conducta de apego es mantener un lazo afectivo. Cuantas más son las posibilidades de pérdida de la pareja, más intensas son las reacciones.

“En el desarrollo de la teoría de Bowlby, existen buenas razones biológicas para responder a cualquier separación de una manera automática e instintiva, con una conducta agresiva”⁶.

Dependiendo de cómo se elabore el duelo por estas pérdidas, su repercusión será más que decisiva en la forma en cómo se restablezca la comunicación (y lo que de ella se deriva) entre los miembros de la unidad familiar, y especialmente entre los actores principales del conflicto.

La ruptura de pareja, como cualquier crisis en el ciclo vital de la familia, exige cambios y adaptaciones progresivas ante una realidad desconocida y desconcertante. Requiere tiempo y “frialidad emocional” en un momento de máxima tensión, ambigüedad e incluso contradicción, impidiendo una diferenciación clara entre el dolor experimentado y las necesidades por satisfacer.

Desde el ámbito de la mediación en los procesos de separación o divorcio es necesario entender y atender al fenómeno del duelo (respuesta emocional de dolor ante una situación de crisis) para tratar de esclarecer cuál es su fenomenología y sus consecuencias en la futura reorganización personal y familiar.

Durante los momentos previos y posteriores a la ruptura surgen una multiplicidad de sentimientos y emociones que, por su intensidad, a veces son difíciles de manejar: inseguridad e incomodidad, incapacidad, impotencia, frustración, agresividad, confusión, deseos de venganza; se altera el estilo cognitivo y perceptivo, de forma que la realidad adquiere un valor dicotómico: todo o nada, siempre o nunca, etc.; se sobrevalora la propia realidad y se niega la de los demás, haciendo imposible tener en cuenta las posiciones, necesidades e intereses de los demás, dificultando la comunicación y, por tanto, la negociación sobre los asuntos que les atañen a ellos y a sus hijos. Se inicia entonces un camino largo, sin destino y sin pausas, hacia lo desconocido y fuera de todo tipo de control.

En muchas situaciones la depresión, la angustia, la pérdida de energía vital, la impotencia, la desilusión, el decaimiento, la falta de estímulos reforzantes, la subestimación, la alteración perceptual y atencional, son los síntomas, entre otros, de un periodo de duelo que inunda a quienes lo experimentan y que el mediador no podrá obviar si quiere llevar a cabo un buen trabajo negociador.

El caos emocional y el dolor con los que se encuentra el mediador familiar, nos permiten entender el arduo y complicado laberinto que tendrá que descifrar para ayudar a las partes a conseguir el objetivo final: acuerdos válidos y consensuados en interés de ellos y de sus hijos.

⁶ Worden, J.W. , *op.cit.*, p. 25.

M. García Tomé⁷ apunta que la pareja durante el proceso de separación o divorcio experimenta situaciones muy dolorosas, emotivas y estresantes. Está en pleno proceso de “duelo por las pérdidas”, y en la mayoría de los casos se olvida de las necesidades de sus hijos, e incluso éstos son utilizados por uno o ambos padres para sus fines.

5. RENUNCIA Y DESPRENDIMIENTO EN MEDIACIÓN

Elaborar emocionalmente las pérdidas, tomar conciencia de ellas, asumirlas y poderlas manejar con eficacia exige, cuando menos, poder verbalizar los diferentes sentimientos y pensamientos que se suceden en torno a la separación o divorcio. Poder compartir y explicitar los miedos, las angustias, los temores, las inquietudes y las debilidades frente a una ruptura que se convierte en algo inevitable.

Como señala Luis Rojas Marcos⁸, “la ruptura en la pareja posiblemente sea una de las experiencias vitales más traumática y penosa que puedan sufrir las personas. La decisión de ruptura, además de sus implicaciones económicas y religiosas, se convierte en un proceso tremendamente doloroso”.

Rojas Marcos⁹ afirma que “las parejas se encontrarán con situaciones novedosas a las que hacer frente, y con sentimientos inesperados que nunca hubieran pensado en experimentar: soledad, aislamiento, hostilidad”. El darse cuenta de que la relación llegó a su fin abre nuevas posibilidades de sentir y pensar que deberán ser aprovechadas por el mediador para alcanzar su objetivo final.

A diferencia de otras formas de intervención en conflictos derivados de la ruptura, el proceso de mediación sitúa a la pareja en el presente, y se interviene para el futuro, apoyándola en la renuncia de lo que se tuvo (matrimonio, poder, estatus social), en el desprendimiento del nosotros, para empezar a ser “yo”, tal y como señala M. García Tomé¹⁰.

A través del trabajo de renuncia se potencian en las personas sus capacidades y recursos para que puedan representarse a sí mismas y actúen con autonomía y competencia, lo que devuelve la responsabilidad a las partes.

El trabajo de renuncia, ayuda a elaborar el duelo por la pérdida del vínculo conyugal y por el temor a los miedos que todo ello supone, y sobre todo a perder a los hijos.

La tarea de “desprendimiento” no es fácil y requiere tiempo. Requiere, principalmente, asumir que la pérdida es real, que comporta dolor y que es necesario experimentarla para dar paso a nuevas experiencias más saludables y beneficiosas para ellos y sus hijos.

⁷ García Tomé, M. (2000): “Técnicas de mediación familiar”, Curso de Especialista en Mediación Familiar, UPSA, Salamanca.

⁸ Rojas Marcos, L. (1994): *La pareja rota, familia, crisis y superación*, Madrid: Espasa-Calpe, p.79.

⁹ Rojas Marcos, L., *Ibidem*.

¹⁰ García Tomé, M. *op. cit.*

En mediación, el trabajo de “desprendimiento” está ligado al estilo propio de las personas y de las parejas que se rompen, a su ciclo vital, a la propia dinámica relacional previa, al estilo de afrontamiento de los conflictos, etc. El perfil de la pareja determinará el estilo de “desprendimiento”.

El mediador familiar debe tener en cuenta que la negociación, cualquiera que sea esta, conlleva un estado de confusión e intensidad emocional y desprendimiento, donde los progenitores se encuentran en plena toma de decisiones; donde el rencor y los deseos de venganza se anteponen, en muchos casos, a las necesidades de los hijos e incluso a las de ellos mismos.

Prueba de ello es que, tras el periodo de duelo, las nuevas emociones emergentes dan paso al entendimiento, a la comprensión, a la tolerancia y al respeto, facilitando una nueva forma de comunicación que hace más fácil la interacción con los hijos, donde el otro/a es percibido como necesario/a para el adecuado desarrollo de los mismos, a pesar de todo.

Los cambios necesarios y obligados en los procesos de ruptura de pareja, tendentes a una nueva búsqueda de la identidad personal, social y familiar, posibilitarán la emergencia de un conjunto de sentimientos y emociones intensos difíciles de controlar (desprendimientos, pérdidas, ira, culpa, resentimiento, agresividad, alivio, bienestar, dolor, etc.), influyendo de forma directa en la comunicación y en los comportamientos interaccionales de la pareja.

6. FACTORES INTERVINIENTES EN LA ELABORACIÓN DEL DUELO

Es necesario pues, como requisito previo a la negociación de los diversos puntos en conflicto y para un buen trabajo en mediación, que las partes recuperen la confianza en sí mismas y en sus capacidades (nueva reorganización familiar, atención y comunicación efectiva con los hijos, nuevas relaciones sociales, etc.) .

De lo contrario, aquellas parejas que no puedan controlar sus emociones y elaborar de forma adecuada el dolor de la ruptura, no se encontrarán en disposición para iniciar el proceso de negociación, especialmente en aquellos aspectos relacionados con el ejercicio de sus funciones parentales, implicando, en el peor de los casos, a los hijos para que tomen partido.

Por lo tanto, una de las primeras tareas en mediación, ante una pareja que decide romper su relación, es asumir la pérdida de la relación como pareja, pero no como progenitores.

Otro de los factores influyentes en la adecuada o no elaboración del duelo lo constituye el estrés emocional en el que se encuentran las parejas, así como la dificultad para prever y anticipar cómo discurrirán sus vidas y las de sus hijos, emergiendo los mecanismos de negación, culpabilización y proyección de la agresividad hacia el exterior en sus diversas manifestaciones. Cuando esta se produce en forma de violencia física es cuando la mediación no es aconsejable, e incluso contraproducente, debiéndose acudir a otros sistemas de resolución de conflictos.

Otro de los factores que emergen en este periodo de dolor frente a la ruptura tiene que ver con la variabilidad en el estado de ánimo de las personas que lo experimentan. Navegan por diferentes estados emocionales y en un margen corto de tiempo. Estados de depresión, de entusiasmo, alegría, tristeza, euforia, melancolía, etc., se suceden de forma aleatoria. Estos cambios tan repentinos por los que pasan las personas que se separan o divorcian, permiten aumentar el grado de desorientación e incertidumbre, lo que dificultará el trabajo del mediador familiar.

En cualquier caso, el sentimiento que predomina en la pareja durante el proceso de mediación es el del rencor, el del odio, llegando a ser tan elevado, que las partes dudan realmente de su capacidad de razonar. La ira, el rencor, pueden llegar a expresarse de múltiples formas: en los más inhibidos, a través manifestaciones psicósomáticas; en otras ocasiones la ira aparece en forma de autocastigos, depresión, etc. y, en el peor de los casos, se convierten en agresiones hacia la otra parte, llegando hasta extremos nunca imaginados por la pareja.

La ira se percibe y se manifiesta. Tras una relación intensa entre los dos miembros de una pareja, y cuando la ruptura se convierte en una realidad, la decepción, la impotencia, la rabia contra uno mismo y contra el otro/a es inevitable.

Es necesario tomar conciencia de la inevitabilidad de la pérdida con el fin de que la ira no se instale de forma permanente.

Otro de los factores influyentes en la elaboración del duelo lo constituye el estilo perceptivo que cada uno tiene de sí mismo y del otro/a. Las percepciones inadecuadas dificultan el proceso, siendo función del mediador centrar la atención de las partes en aquellos puntos en común, así como en reducir o minimizar las diferencias; de esta forma intentaremos que ambas se impliquen en el proceso de mediación.

Las personas que se separan o divorcian y que no dan por finalizada la relación de pareja, son las que, de una manera u otra, permanecen unidas por el dolor, haciendo que la contienda en casa y en los juzgados perdure de forma indefinida.

7. EL MEDIADOR FAMILIAR Y EL DUELO

El mediador familiar se encontrará con parejas abrumadas y confundidas, incapaces de enfrentarse a la nueva situación, paralizadas en la toma de decisiones, incapaces de comunicarse de manera mínimamente adecuada entre ellos, con sus hijos y con terceras personas.

En los casos de mayor dificultad, el mediador se encontrará con personas obsesionadas en vengarse utilizando la mediación como instrumento para sus fines egoístas.

La elaboración del duelo (aceptación y adaptación a las diversas pérdidas) requiere tiempo -incluso irá más allá del periodo que dure la mediación-; mientras tanto, su papel en el mismo es de capital importancia para no ver truncada su tarea. Su adecuada elaboración constituye la base de cualquier negociación, debiendo pasar por

el cumplimiento de una serie de tareas. Aunque esto pueda llegar a ser desbordante para las personas implicadas en el proceso de mediación, el papel del mediador es fundamental en dicha elaboración. Este no es el objetivo final y único del trabajo en mediación, pero indiscutiblemente tenemos que entenderlo para comprender la percepción y posiciones de cada una de las partes del conflicto.

El papel del mediador en todo este proceso irá encaminado a que las partes implicadas en el conflicto obtengan la recuperación adecuada para una negociación efectiva. Tras la ruptura, los miembros de la pareja se encuentran, ante el mediador, dominados por la confusión y la soledad, tratando de huir del dolor y la angustia que ellos mismos anticipan o están sufriendo. Por lo tanto, durante el proceso de mediación, la intervención pasa por ayudar a las partes en el conflicto tras la ruptura a que acepten las experiencias dolorosas, identificando las emociones y sentimientos que dificultan la negociación y la comunicación, así como reconduciendo los síntomas y reacciones emocionales dolorosas.

Este complejo mundo emocional de caos personal y contradicciones, fuerza a cada una de las partes a adoptar conductas y actitudes que deben ser neutralizadas por el mediador, para conseguir avances en el proceso de negociación: actitudes defensivas de negación que responden a la necesidad de reducir el impacto doloroso de la ruptura (dudan realmente de si lo que está ocurriendo les está pasando a ellos).

Mientras dicho mecanismo siga activo en el proceso de mediación, la pareja adoptará posiciones y actitudes como si la ruptura no hubiera ocurrido, impidiendo la elaboración del duelo y la capacidad negociadora de las partes.

Asimismo, el mediador deberá observar a aquellas parejas que muestran una incapacidad para hacer frente a la confusión citada y al caos que irremediablemente surge durante la negociación de acuerdos. Las parejas que niegan el hecho de la ruptura tendrán, ante el mediador, dificultades para reconocer, aceptar y superar las emociones que les invaden y que son inevitables en ese proceso inicial de separación. En este apartado podríamos incluir a aquéllos que adoptan conductas autodestructivas o bien agresivas hacia el otro/a, motivadas por el deseo de venganza, por el temor de perder a sus hijos, siendo incapaces de llegar a ningún acuerdo ante sí y ante el mediador.

Como señala el sociólogo Robert S. Weiss, "todas las parejas que rompen pasan de un estado de confusión inicial a una fase de aislamiento y soledad. El estado de ánimo variable y depresivo, la cólera, la vergüenza y la culpa, llevan a las mismas a la incapacidad para tomar decisiones hasta en las cuestiones más prácticas, y especialmente en las cuestiones relacionadas con los hijos, la casa, la situación económica, etc."¹¹.

Sabemos que la mediación en procesos de separación y de divorcio es diferente en cada caso y que depende de las circunstancias de la ruptura, del carácter y de los recursos de las personas, pero también de la labor del mediador en su ayuda para la elaboración del duelo pues, de lo contrario, el objetivo final del mediador se verá

¹¹ Rojas Marcos.L., *op.cit.*, p. 55-56.

truncado por los continuos ataques entre las partes y la inexistencia del equilibrio emocional necesario.

En los procesos de elaboración del duelo aparecen diferentes mecanismos inconscientes, entre ellos, el de negar la experiencia dolorosa y el de la dificultad en asumir la realidad de la ruptura.

Mientras perdure este mecanismo defensivo de negación, los miembros de la pareja, o al menos uno de ellos, seguirán funcionando como si la ruptura no fuera cosa suya.

Como señala Paulino Castells¹², "Las 'parejas negadoras' experimentan la separación como algo irreal, como una especie de película en la que son simples actores. Pero hay que tener presente que la negación es un mecanismo de defensa temporal que pronto resulta inefectivo y es reemplazado por emociones más reales y propias de la situación (tristeza, miedo, ansiedad, odio, rabia, etc.). La represión de estas emociones naturales, como sucede en hombres y mujeres de carácter inhibido que no se permiten experimentar ni exteriorizar el más mínimo rencor y hostilidad, termina a la larga por producir trastornos físicos y psíquicos al internalizar su rabia contra ellos mismos."

La pareja debe pasar de una situación de irrealidad ("a mí no me está pasando esto") a otra donde sea posible la aceptación emocional y racional de la ruptura, donde la reconciliación se perciba como algo inviable, sin posibilidad de retorno. Cuando se niega de forma reiterada la realidad de la ruptura las posibilidades negociadoras entre las partes en conflicto son más lejanas.

Minimizar los sentimientos y negar el dolor en el transcurso de la mediación, entorpecerá la consecución del objetivo final que será el de llegar a acuerdos, especialmente en el ejercicio de su función parental. Una de las tareas, por tanto, del mediador familiar, es la de ayudar a facilitar y reconducir la expresividad emocional, con el fin de que las partes que inician la ruptura y manifiestan la voluntad de llegar a acuerdos, no arrastren el dolor a lo largo del proceso de forma que se dificulte la negociación.

Cuando en el proceso de negociación las partes implicadas en el conflicto, sienten y piensan que la relación, la interacción y la comunicación entre ellas está menos contaminada de dolor y angustia, al tiempo que asumen y acepten que el otro/a no forma parte como pareja pero sí como progenitor/a, la mediación será posible y viable. El mediador deberá observar en qué momento de este proceso se encuentra cada una de ellas, pues las personas tardan un tiempo considerable en darse cuenta de la nueva situación tras la ruptura.

En definitiva, se trata de hacer consciente una nueva realidad: vivir sola/o con sus hijos o sin ellos, enfrentarse a situaciones nuevas, manejar la economía de la casa, adquirir nuevos roles, construir nuevas relaciones sociales, etc.

En muchos casos las partes no llegan a darse cuenta de los nuevos roles que tienen que adquirir hasta haber transcurrido un tiempo desde la ruptura. Este aspecto, sin duda, va a influir en el proceso de mediación familiar. Los miembros de las parejas

¹² Castells, P. (1999): *Separarse civilizadamente*, Barcelona: Plaza y Janés, p. 37.

durante la negociación se resisten a adquirir nuevos roles y habilidades que antes desempeñaba uno de ellos, dificultando la negociación y los acuerdos.

Por tanto, el mediador familiar ayudará a las partes, no sólo a negociar acuerdos, sino a adaptarse a la pérdida de roles y a la adquisición de otros nuevos.

El mediador deberá hacer frente y manejar con sutileza los numerosos sentimientos que experimentan los miembros de las parejas: se perciben a sí mismos como inútiles e incapaces ante la nueva situación. El mediador contribuirá a que las partes sean capaces, tras la ruptura, de planificar, anticipar y continuar con sus tareas, así como de aprender nuevas formas de organización personal, social y familiar.

Las manifestaciones del duelo ante la ruptura de pareja surgen de forma inevitable en mediación, momento en el que las partes implicadas deben abordar aspectos vitales para ellas y sus hijos. Aunque dichas manifestaciones son normales y necesarias, deben ser abordadas y tratadas de forma correcta con el fin de que no evolucionen hacia la patología.

Las personas deben experimentar durante el proceso de negociación tranquilidad y seguridad, para permitir y favorecer la consecución de los objetivos de la mediación. De lo contrario, el mediador observará que si aquellas experiencias y manifestaciones de dolor, normales y necesarias en sus inicios, perduran en el tiempo y no se resuelven de forma adecuada, pueden dar paso a un duelo incompleto o incluso patológico.

Manejar las emociones en los procesos de elaboración del duelo requiere unas habilidades por parte del mediador, evitando en todo momento las manifestaciones inadecuadas que puedan agravar el conflicto. Una de las estrategias básicas en mediación tiene que ver con facilitar la expresión de sentimientos relacionados con los intereses que se encuentran en conflicto, evitando hacerlo sobre las personas, moldeando y redefiniendo las expresiones emocionales negativas a lo largo del proceso.

Otra de las estrategias que contribuyen a la elaboración del dolor tras la ruptura es la de favorecer la legitimización y la confianza mutua durante todo el proceso. Si cada uno de ellos no consigue aceptar, legitimar al otro, sus intereses y emociones (por problemas de percepción), el dolor y el conflicto se agravarán durante el proceso de la mediación. El mediador deberá restablecer la confianza mutua, tratando de corregir las percepciones inadecuadas.

8. PROTECCIÓN DE LOS HIJOS Y ADECUADO CONTROL EMOCIONAL

Para ofrecer la adecuada protección a los hijos tras la ruptura, es primordial y prioritario que las partes tomen el control sobre su propia vida y se doten de las capacidades necesarias para hacer frente a los nuevos desafíos y frustraciones.

“Es imposible no llorar. Pero también es importante no dejarse dominar por los fracasos del pasado para no contaminar la relación con sus hijos”¹⁵.

Elaborar el dolor en los momentos de la ruptura precisa de un tiempo. Mientras tanto, es necesario tomar conciencia de que para proteger a los hijos de las

¹⁵ Wallerstein, J. y S. Blakeslee (2006): *Y los niños ... ¿qué?*, Barcelona: Granica, p. 24.

“tempestades e inseguridades” es obligado tener el control sobre las propias emociones.

La pareja que se separa debe tener en cuenta que el agravamiento del conflicto depende de sus actitudes, de su comportamiento y del control emocional. La ruptura exige tomar decisiones de la máxima racionalidad en un momento de gran vulnerabilidad.

No es posible tener éxito en mediación si desde dicha institución no logramos que las partes implicadas logren superar el dolor por una relación que fracasó, donde la contienda entre las mismas y la inadecuada gestión de los conflictos están relacionadas con el caótico mundo emocional y la falta de control sobre sus propias vidas.

Los hijos de padres y madres que han decidido la ruptura necesitan que sus progenitores se sientan confiados, seguros y con capacidad para no dejarse dominar por el caos y el sufrimiento del momento.

BIBLIOGRAFIA

- › BOWLBY, J. (1993): *El vínculo afectivo*, Barcelona: Paidós.
- › CASTELLS, P. (1999): *Separarse civilizadamente*, Barcelona: Plaza y Janés.
- › GARCÍA TOMÉ, M. (2000): "Técnicas de mediación familiar", Curso de Especialista en Mediación Familiar, UP5A, Salamanca.
- › MARLA B. I. (1995): *Divorcio difícil*, Amorrortu editores.
- › NAVARRO GÓNGORA, J., Y J. PEREIRA MIRAGAYA (2000): *Parejas en situaciones especiales*, Barcelona: Paidós.
- › ROJAS MARCOS, L. (1994): *La pareja rota, familia, crisis y superación*, Madrid: Espasa-Calpe.
- › WALLERSTEIN, J. Y S. BLAKESLEE (2006): *Y los niños ... ¿qué?*, Barcelona: Ed. Granica.
- › WORDEN, J.W. (1997): *El tratamiento del duelo: asesoramiento psicológico y terapia*, Barcelona: Paidós.