



UNIVERSIDAD DE BELGRANO

# Las tesinas de Belgrano

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Carrera de Abogacía

Medios alternativos de resolución de conflictos

Nº 78

Francisco De Benedetto

Departamento de Investigación  
Junio 2003



## Índice

- Módulo 1- Panorama Introductorio .....	5
- Módulo 2 – Bases para la Resolución Alternativa, especialmente de la Mediación .....	5
- Módulo 3 – Algunos aspectos de la situación de la RAD en otros países: .....	7
- Estados Unidos .....	7
- Canadá .....	7
- Uruguay .....	8
- Francia .....	8
- Italia .....	8
- Alemania .....	8
- España .....	8
- Módulo 4 – El Conflicto: .....	8
4.1. Que se entiende por conflicto? .....	8
4.2. Conflicto, intereses, valores y aspiraciones .....	9
4.3. Algunas características relevantes del conflicto .....	10
4.4. Causas de los conflictos .....	10
- Módulo 5 – Procesos Básicos de Resolución de Conflictos: .....	11
5.1. Puntos clave .....	11
5.2. Negociación .....	11
5.3. Mediación .....	11
5.4. Arbitraje .....	12
5.5. Resumen de los Procesos .....	13
- Módulo 6 – La selección de un proceso adecuado: .....	13
6.1. Procesos Consensual y de Adjudicación .....	13
6.2. Razones para la selección de Mediación o Arbitraje .....	14
- Módulo 7 – El proceso de Mediación: .....	14
7.1. Concepto de Mediación .....	14
7.2. Aspectos salientes y ventajas de la Mediación .....	15
7.3. Otras características de la Mediación .....	16
7.4. Casos en que se recomienda especialmente la mediación .....	16
7.5. Supuestos en que la Mediación no es recomendable .....	16
7.6. La mediación como una Negociación Colaborativa facilitada por un tercero .....	17
7.7. Convocatoria .....	18
7.8. Cinco secretos para escuchar como lo hace un terapeuta .....	18
- Módulo 8 – El Mediador: .....	18
8.1. Tareas básicas del mediador .....	18
8.2. Los “debe” del mediador .....	18
8.3. Los “no debe” del mediador .....	19
8.4. Tipos de tácticas que utiliza el mediador .....	19
8.5. Características de un mediador eficiente .....	19
8.6. La actividad del mediador según los diversos momentos del procedimiento .....	20
8.7. Roles del mediador .....	21
- Módulo 9 – Conclusión .....	21
- Bibliografía .....	23



## 1- Panorama Introductorio

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

En su forma más rudimentaria, la mediación ha existido por siglos, pues en tanto hayan habido conflictos, ha existido terceras partes involucradas para resolverlos. En su forma más reciente, la mediación ha surgido como parte de la amplia gama de métodos de Resolución Alternativa de Disputas (RAD).

Este movimiento incluye otros procesos tales como: arbitraje, juicio sumario por jurado y mini juicio.

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

Si bien en la mayoría de los países, preferentemente en las Comunidades Indígenas se practican formas de RAD y en los sistemas normativos se regula generalmente, hasta hace pocos años no se tenía la visión global de este Movimiento y de su importancia en la sociedad.

## 2- Bases para la resolución alternativa, especialmente de la mediación

Si nos remontamos al significado que a la mediación le han atribuido Los filósofos griegos, nos encontramos con que dicho concepto, era utilizado Para aquellos supuesto en que tienen necesidad de encontrar un modo de Relacionar dos elementos distintos. Mediación entonces, fue entendida como la actividad propia de un agente facilitador que era, a la vez, una realidad "intermedia".

Decimos realidad intermedia por referirnos a aquel individuo que "mediaba" o "acercaba" dos elementos distintos.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A nivel de las relaciones internacionales, el concepto de mediación en la doctrina moderna, se basa en una misma idea coincidente en todos los autores que la tratan. Según el criterio prevaleciente, consiste en la acción de una tercera potencia, destinada a obtener un arreglo entre dos Estados en

litigio: el Estado mediador interviene en la negociación y propone una solución del litigio. Lo mismo ocurre cuando se trata de una persona, quien, a pedido de las partes, interviene en un rol activo preponderante, pues no solo se limita al intento de acercamiento, sino que también asume la dirección de las rotativas y hace proposiciones, que los interesados están en plena libertad de aceptar o no.

### **Conciliación internacional de la preguerra.**

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

A su vez, existen convenciones internacionales sobre arbitraje Comercial internacional, como el Protocolo de Ginebra de 1923, la Convención Internacional de Ginebra de 1927, la Convención de Nueva York de 1958, el Convenio de Washington de 1965, las que universales; la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961, el Acuerdo de París de 1962 y la Convención Europea de Estrasburgo de 1966, las que se circunscriben a Europa; y los Tratados de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1889, el Código de Derecho Privado (Código Bustamante de 1928), la Convención

Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional (CIDIP Y, Panamá 1975), la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, el Protocolo de Brasilia para la solución de controversias de 1991 suscripto dentro del marco del MERCOSUR, en el año americano.

Se encuentran, además, la Ley Modelo (CNUDMI o UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1985; el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL); el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional y su Corte Arbitraje; y otros instrumentos generales como las Reglas de Arbitraje del Centro para Arbitraje Internacional de la Comisión Económica para el Asia y Lejano Oriente de las Naciones Unidas o el Convenio de Moscú de 1972 sobre decisión por vía de arbitraje de los litigios derivados de relaciones de cooperación entre países del Consejo de Asistencia Económica Mutua (COMECON).

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

### 3- Algunos aspectos de la situación de la RAD en otros países

Es evidente que el movimiento de Resolución Alternativa de Disputas se va extendiendo en el mundo a pasos agigantados.

A modo de muestreo de lo que esta ocurriendo en el mundo, sin la pretensión de ser exhaustivos, consignamos algunos datos a continuación:

#### 3.1. Estados Unidos

En 1636, los puritanos de Dedham, una comunidad local del sudoeste de Boston, previeron un sistema informal de Mediación. En Nueva Betherland, los colonizadores Holandeses establecieron una junta de 9 hombres, para servir como mediadores amistosos o árbitros.

También los mormones, como los inmigrantes chinos que se establecieron en la costa oeste, los escandinavos en Minnesota y los judíos del lado este de Maniatan, desarrollaron sus propios mecanismos comunitarios de resolución de conflictos, como reacción a la hostilidad que percibían de la sociedad externa.

El arbitraje comercial nació en 1768, cuando la Cámara de comercio de Nueva York instaló su manera de resolver conflictos de acuerdo a las prácticas. La mayoría de los estados tienen leyes de arbitraje que siguen el modelo del Acta Uniforme de Arbitraje. También se utiliza el Acta Federal de Arbitraje para convalidar acuerdos de arbitrajes.

En materia de conflictos laborales, se desarrollo un esquema para evitar la violencia y las huelgas según el cual en 1913 el Congreso autorizó al Secretario de trabajo para nombrar "Comisionados de Conciliación".

Entre 1930 y 1940, algunos estados iniciaron servicios de mediación patrocinados por oficinas públicas. Durante la 11 Guerra mundial el Congreso consideró que la lucha industrial era muy costosa para ser tolerada, y se establecieron procedimientos de quejas, arbitrajes y otras innovaciones para solucionar los conflictos de la industria.

En 1947 el congreso creó una agencia independiente, a los que se someterían los conflictos laborales: "El Servicio Federal de Mediación y Conciliación".

Desde fines de la década del 60 comenzaron a aparecer los llamados "centros comunitarios de mediación" en todos los Estados Unidos de América.

En los años 70 comenzó el énfasis en la discusión sobre los métodos extrajudiciales de resolución de disputas para aliviar la falta de acceso a los remedios propios de la sentencia por parte de los pobres y aún de la clase media, pensándose en proveer mecanismos más baratos y menos formales para decidir los conflictos.

En Mayo de 1975, se abrió en Florida, en el condado de Dade, el primer Centro de Acuerdos de Disputa entre los Ciudadanos.

En 1977, ésta forma de mediación fue apoyada a nivel nacional.

En 1978, se creó en el ámbito del estado de Florida, el primer Comité de la Suprema Corte estatal en Resolución Alternativa de Disputas, que recomendó el desarrollo de un programa comprensivo de Mediación y Arbitraje para los tribunales de Florida.

En 1980, el Congreso estadounidense convirtió en Ley el Acta de Resolución de Disputas, a fin de brindar medios poco onerosos, para solucionar conflictos menores.

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

En otros Estados, estos mismos programas reciben el nombre de "centro de justicia vecinal", o similares donde trabajan voluntarios, a efectos de ayudar a la gente a resolver sus diferencias.

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

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

En lo años 90, se puso el énfasis, en institucionalizar e incorporar a la legislación la RAD y el Congreso impuso a los tribunales federales la obligación de designar una comisión para estudiar los modos de implementar el uso de los métodos alternativos.

Al tiempo presente hay multiplicidad de programas públicos y privados, institucionales e independientes, referidos a la resolución de conflictos en todos los Estados.

Hoy, existen más de 400 organizaciones institucionales dedicadas al arbitraje.

#### 3.2. Canadá .

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

En materia familiar, existen servicios de Mediación.

Se trata de un esquema multidisciplinario, basado en el modelo de los Estados Unidos.

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

### 3.3. Uruguay

El sistema Uruguayo, se asienta en 2 pilares sobre los cuales se ha construido la conciliación ,que son los jueces y los abogados, fundamentalmente los jueces de paz .

Por otra parte, los abogados acostumbra a llevar a cabo las negociaciones para llegar a una conciliación.

En el Uruguay ,rige el código general de proceso .Establece normas por las que no solo en los procesos judiciales, sino también en los arbitrales ,debe llevarse a cabo la conciliación previa de manera obligatoria.

### 3.4. Francia

Los antecedentes de éste país datan de la figura del ombudsman ,personaje que actúa como tercero mediador entre los particulares y los distintos organismos estatales .Ésta institución data del año 1973 en que dictó una ley instituyendo el Mediador de la República.

Actualmente la figura de la mediación ha desbordado el ámbito administrativo, penetrando en el procedimiento civil .

El primer ámbito donde se comenzó a desarrollar la mediación es el del Derecho de Trabajo ,para regular el límite de los salarios y la renovación y creación de las convenciones colectivas.

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

### 3.5. Italia

La mediación es casi desconocida en Italia , aunque comienza a utilizarse en materia familiar .

Así en Milán comenzó a trabajar un equipo de expertos en divorcios , para construir un centro público de asistencia y de mediación en la separación para casos de alto riesgo.

### 3.6. Alemania

En la República Federal Alemana existían instituciones de arbitrajes creadas a la luz de la ley de competencia desleal ,así como oficinas de conciliación y arbitrajes en las Cámaras de Comercio e Industria y en las diferentes asociaciones sectoriales y organizaciones profesionales .

### 3.7. España

La conciliación encuentra antecedentes en las ordenanzas de Burgos y Sevilla, las cuales la consagraron con carácter voluntario y preventivos para temas comerciales; y luego fue obligatoria en las ordenanzas de Bilbao.

Comienza una suerte de evolución hacia la obligatoriedad de la conciliación, que se plasma en la Constitución de 1812, que veda toda actuación judicial sin que conste fehacientemente que se ha intentado el medio de la conciliación .Dados los resultados poco satisfactorios del acto de conciliación, en 1984 se ha dado el carácter facultativo .

España cuenta desde 1988 con una ley de Arbitraje que sustituyó el régimen jurídico anterior ,que se consideraba concebido para el derecho civil, más no para el derecho mercantil y menos aún para el tráfico internacional.

Se dota de un amplio margen de actuación a la autonomía de la voluntad de gran parte del procedimiento arbitral.

Se respetan los principios de audiencia ,de contradicción y de igualdad.

También se ha comenzado a trabajar en mediación ,por lo menos en el área familiar .

## 4. El conflicto

### 4.1 - Qué se entiende por conflicto

La temática del conflicto ha sido reiteradamente estudiada, ya que se ha tratado en las diversas disciplinas de las ciencias sociales, además de haberse analizado en áreas transdisciplinarias. Los estudios sugieren que las disputas se enfrentan de diversas maneras y que la selección de un método y de la gama de posibles soluciones depende de datos culturales. Los grupos y los individuos puede buscar satisfacción o remedio contra sus adversarios de modo formal o informal, privado o publico, acudiendo o no a tercera



personas, estando o no las partes presentes, de modo dramático o mundano. El poder, junto con los recursos materiales y morales para presionar por los reclamos, es una constante.

De acuerdo al vocabulario vulgar el termino "conflicto" significa "pelea, batalla o lucha", es decir, una confrontación física entre las partes.

Pero el significado se ha extendido para incluir "un desarrollo agudo o Oposición de intereses, ideas, etc". En una palabra, el termino abarca los trasfondos psicológicos de la confrontación física además de la confrontación física misma.

En definitiva, el termino "conflicto" ahora se utiliza con tanta amplitud que está en peligro de perder sentido específico.

Por ello, cabe adoptar un significado restrictivo, incluyendo bajo el concepto de "conflicto" a "una relación entre partes en la que ambas procuran la obtención de objetivos que son, pueden ser, o parecen ser para alguna de ellas, "incompatibles" o , con un criterio mas estricto aun."una percibida divergencia de interés" o una "creencia de que las aspiraciones corrientes de las partes no pueden lograrse simultáneamente", lo que implica pensar en términos de impacto de estados mentales en la conducta social.

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

#### **4.2 - Conflictos, intereses, valores y aspiraciones**

Puede conceptualizarse al conflicto como una percibida divergencia de interés dando a la palabra "interés" sentido similar a "valor" o "necesidad".

Puede también separarse la noción de "valor" de la de "interés" y "necesidad", considerando al valor jerárquicamente superior y dando al termino el contenido de una creencia profunda del individuo, basada en la religión, ideología u orientación cultural que no es negociable. Aunque los valores pueden cambiar con el tiempo, son bastante permanentes, por lo menos para cada persona en particular, y -en principio- lo que tiene tal categoría no es susceptible de transacción ni compromiso alguno. No obstante debe incluirse su tratamiento en cualquier proceso de resolución del conflicto en base a la comunicación.

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

Los intereses pueden describirse desde varias dimensiones:

- intereses virtualmente universales, tales como las necesidades humanas básicas de seguridad, de identidad, de reconocimiento y aprobación social, de felicidad, de pertenencia y claridad acerca de la naturaleza del propio mundo y cierto nivel de bienestar físico que lleva implícito el económico.

- intereses específicos de ciertos actores, tal como el deseo de los palestinos de una madre patria.

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

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

Un objetivo o aspiración es un fin mas o menos preciso hacia el cual se lucha y que se expresa en una posición, tal como la meta de llegar a un aumento de \$ 2.000 o el de alcanzar un nivel moderado de respeto en la profesión.

Una pauta básica es un nivel mínimo de logros por debajo del cual uno ve los propios resultados como inadecuados. Por cierto que estas aspiraciones pueden luego ser incompatibles con las ambiciones del otro. Es decir, cada parte percibir que la satisfacción de sus aspiraciones imposibilita los anhelos del otro, y viceversa.

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

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

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

Además del novel de las aspiraciones propias y del otro, también cabe juzgar la importancia del conflicto sobre la base de la rigidez de estas aspiraciones.

Cuando las aspiraciones aparecen como incompatibles, el conflicto se desarrolla en mayor profundidad y las aspiraciones rígidas hacen que el conflicto sea más difícil de resolver.

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

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

Resumiendo, el conflicto, caracterizado como divergencia percibida de interés, surge cuando no parece haber una alternativa disponible que satisfaga a las aspiraciones de ambas partes. Esto puede ocurrir porque una o ambas partes tienen altas aspiraciones o porque las alternativas de integración son pocas.

Si tal conflicto existe, se presenta como especialmente severo cuando las aspiraciones de uno y de otro son rígidas e inmutables.

Al conceptualizar al conflicto como divergencia percibida y no como real, se parte de una noción útil para anticipar lo que la gente realmente hará, porque las percepciones ejercen normalmente un impacto sobre la conducta (es decir, en la elección de las estrategias). Si bien los términos preceptuales dan la posibilidad de que una parte crea que hay un conflicto de intereses mientras que la otra parte lo niegue, inclusive entonces esa parte trabajara, probablemente, sobre la base de sus percepciones. El conflicto no está en la realidad objetiva, sino en la mente de las personas.

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

#### **4.3- Algunas características relevantes de los conflictos**

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

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

##### *4.3.1 - ¿hay más de dos partes?*

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

##### *4.3.2 - ¿son las partes monolíticas?*

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

#### **4.4 - Causas de los conflictos**

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

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

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

##### *4.4.1 - Los bienes como causa del conflicto*

Cuando el conflicto trata sobre los bienes, se refiere a cosas que tienen, o presentan un valor material: dinero, tierra, propiedades, poder.

Independientemente de cual es el objeto en disputa, si hay conflicto es porque la posesión de este bien representa un valor material para aquellos que lo desean. Sin embargo, muchas veces los bienes no son más que símbolos de alguna otra cosa, pues hay intereses subyacentes.

## 5. Procesos básicos de resolución de conflictos

### 5.1. Puntos clave :

- La abstención o evasión es un enfoque legítimo a la solución de conflictos, una estrategia elegida conscientemente de apartarse del conflicto en forma deliberada como estrategia para manejarlo.
- La negociación comprende el contacto directo entre las partes, o sus representante, y requiere la voluntad de las partes para comunicarse acerca de su conflicto, y generalmente la voluntad de transigir.
- La mediación en negociación facilitada por un terreno que asiste a las partes de llegar a una solución.
- El Arbitraje comprende la intervención de un tercero con facultad de tomar una decisión.
- El Litigio es el sistema judicial financiero y administrativo por el Estado. Consiste en normas formales y decisiones apelables por un juez o por un jurado.
- La Auto-Ayuda es la acción unilateral de una de las partes diseñada para lograr una solución.
- Abstención o Evasión

La evasión es un enfoque legítimo para la solución de conflictos, pero rara vez se utiliza en el contexto de conflictos jurídicos. En lugar de negar o reprimir el conflicto, la evasión representa una estrategia elegida en forma consciente, como respuesta a un conflicto reconocido.

### Vivimos en una Sociedad Litigiosa

En una sociedad que hace hincapié en los derechos legales y en la competencia, la posibilidad de apartarse del conflicto en forma deliberada como estrategia para manejarlo es a menudo desechada. En lugar de aceptar el mal proceder, a menudo se discute sobre la tendencia de nuestra sociedad hacia la circunstancia donde prácticamente cualquier acción en respuesta a otra es accionable. Muchos esperan obtener resarcimiento por acontecimientos que, en otro tiempo y lugar, hubieran sido lícitos como aceptables.

Algunos conflictos se resuelven a través de la evasión simplemente porque, con el tiempo, se abandonan.

Algunos juicios tal vez no tuvieron garantía de prosperar desde el inicio, otros se abandonan para evitar el jaleo jurídico a los gastos. De todos modos, la evasión puede considerarse como opción cuando se está ante un conflicto.

### 5.2. Negociación

La negociación es un proceso de comunicación que se utiliza para celebrar acuerdos o solucionar conflictos. Es un proceso voluntario, no obligatorio, donde las partes controlan el resultado así como también los procedimientos a través de los cuales alcanzarán un acuerdo. Dado que las partes establecen muy pocas limitaciones al proceso de negociación, este permite una gran gama de soluciones posibles, optimizando la posibilidad de ganancias conjuntas.

La mayoría de los conflictos se resuelven a través de la negociación, Es el esquema de resolución de conflictos, que subyace en todos los demás procesos de métodos alternativos (ADRs). La negociación puede ser expeditiva, poco costosa, privada y menos complicada que muchos otros procesos de resolución de conflictos.

La negociación requiere la disposición de las partes para comunicarse acerca del conflicto y requiere generalmente la voluntad para transigir. Puede resultar difícil hacer las concesiones necesarias.

La negociación es generalmente posible cuando:

- las partes deben colaborar para lograr sus objetivos.
- las partes pueden influir una a la otra para obrar de ciertas formas que posibiliten beneficios recíprocos o que eviten daños.
- las partes se ven afectadas por restricciones de tiempo.
- las partes reconocen que los procedimientos o resultados alternativos no son tan deseables como la negociación que les permite determinar el resultado.
- las partes pueden identificar y acordar cuáles son las cuestiones en conflicto
- los intereses, objetivos y necesidades de las partes no son enteramente incompatibles y
- las restricciones externas tales como la refutación, el costo y el riesgo de una decisión adversarial que alientan la participación en un proceso privado y cooperativo.

### 5.3. Mediación

En su forma más simple, la mediación es la negociación facilitada por una tercera parte. EL proceso es privado, voluntario, informal y no obligatorio para los participantes. El mediador no tiene poder para imponer una solución.

**Existen varias formas de mediación**

La función del mediador se determina en la consulta que tiene lugar entre los participantes y el mediador.

Algunos mediadores proponen términos para llegar a un acuerdo e intentan persuadir a las partes para que hagan concesiones. Otros mediadores trabajan solo con propuestas generadas por los participantes y tratar de ayudar a las partes a evaluar sus opciones en forma realista. El mediador intenta proveer un entorno donde las participantes puedan comunicarse de manera constructiva, y asistirá a las partes para superar los obstáculos que impidan solucionar sus conflictos.

**El Mediador se Concentra en los Intereses para Generar Opciones.**

El mediador hace que los participantes se concentren en el conflicto a la vez que minimiza los factores de personalidad que contribuyen al conflicto. El mediador puede ayudar a las partes a discernir y comunicar los intereses subyacentes a las cuestiones que se disputan. El mediador puede asistir a los participantes en el análisis de opciones para resolver el conflicto basándose en aquellos intereses subyacentes.

La mediación se esta Incorporando al Proceso Judicial Históricamente, la mediación ha sido un proceso importante de resolución de conflictos, y esta resurgiendo en la actualidad. En los primeros años de la época colonial norteamericana, la mediación, y no el litigio, era el proceso dominante de resolución de conflictos. Muchos estados disponen en sus legislaciones que todos los conflictos relacionados con la tenencia de hijos y el regimen de visitas sean sometidos a mediación. Las normas procesales de muchas jurisdicciones disponen, para todos los casos, acuerdos judiciales u otras formas de negociación facilitada.

**La mediación es Costo - Efectiva**

El proceso a menudo dura menos que medio día, y su costo es comparable al de una declaración de testigos de igual duración. No se practica la presentación formal de testigos o peritos, lo que constituye un ahorro en tiempo y dinero.

Los prestadores de servicios ADR indican que el 80% de los casos sometidos a mediación llegan a un acuerdo el mismo día de la mediación. Aun cuando no se llegare a solucionar el conflicto, la mediación provee un mejor enfoque del caso y de identificación de cuestiones y puede derivar en un convenio para utilizar otros procedimientos ADR.

**5.4. Arbitraje**

El arbitraje es la forma privada más tradicional de resolución de conflictos.

Al igual que la mediación, el arbitraje comprende la intervención de una tercera parte en un proceso de resolución de conflictos. Sin embargo, en el arbitraje, la tercera parte interviene con el poder de tomar decisión.

Debido a este poder que posee de tomar una decisión, el arbitraje podría clasificarse, junto con el litigio, en un proceso de resolución judicial de conflictos. No obstante, el arbitraje difiere del proceso judicial ya que puede realizarse fuera del tribunal y pueden no aplicarse las normas procesales tales como las normas en materia de pruebas y las de apelación.

**El Arbitraje puede ser anexo a un tribunal, o privado**

El arbitraje puede ser anexo a un tribunal, o privado; en este ultimo caso una variedad de organizaciones administran loa arbitrajes, mantienen lista de árbitros disponibles y proporcionan normas por las que se regirá el procedimiento, En los casos de arbitraje anexo a un tribunal, la legislación provee para que el caso pueda juzgarse nuevamente (juicio de novo) o que se realice un nuevo juicio su alguna de las partes rehúsa- se aceptar el laudo arbitral. Esto es necesario para respetar el derecho de las partes a promover juicio. Sin embargo, si la parte que exige el nuevo juicio no obtiene un resultado mas favorable que el anterior podría estar sujeto a una sanción.

**El Arbitraje puede ser contractual**

El arbitraje también puede manejarse directamente por las partes, en base a un instrumento contractual o a un convenio informal. Las partes pueden seleccionar a un arbitro basado en su pericia.

**Los Tribunales apoyan los convenios y los laudos arbitrales**

Por lo general, los jueces brinda gran apoyo tanto a los convenios contractuales para someter los conflictos a arbitraje como a los laudos arbitrales. Existen 2 razones para ello: 1) los tribunales quieren apoyar la libertad de contratación y 2) no quieren manejar la cantidad de casos que resuelven los árbitros, Por lo tanto, las razones por las cuales se podría impugnar un laudo arbitral son, por lo general, muy limitadas; aquellas que se refieren a prejuicios o donde existe un conflicto de intereses. La errónea interpretación de los hechos

o del derecho, no constituirá razón suficiente para anular un laudo. Por ello, se considera que los árbitros tienen mayores facultades que los jueces.

Por otro lado, las partes pueden obtener bastante control sobre el proceso arbitral, particularmente a través del acuerdo contractual. Podría ser factible, dependiendo de la legislación estadual, la retención de algunos derechos a recurrir el laudo no garantizado por las leyes.

### 5.5. Resumen de los procesos

NEGOCIACION	MEDIACION	ARBITRAJE	LITIGIO
Voluntario	Habitualmente Involuntario	Voluntario o voluntario	involuntario
Si hay acuerdo se ejecuta como un contrato	Si hay acuerdo, se ejecuta como un contrato	Puede ser tanto obligatorio como no obligatorio para las partes. El obligatorio puede apelarse solo en algunos supuestos	
No interviene una tercera parte	Tercero neutral elegido por las partes	Tercero neutra elegido por las partes	Tercero neutral impuesto
Formalidad establ. por las partes	Formalidad estable. por las partes y el	Formalidades establ por las partes y el tercero neutral	Altamente formal 3§ neutral
Presentaciones por las partes sin restricciones	Presentación limit. conforme a las normas acordadas	Presentaciones limit conforme a las normas	Present. limit. por normas acordadas o impuestas
Partes controlan el proceso y el resultado	Partes controlan el proceso y el resultado	Tercero neutral controla el proceso y el resultado	Tercero
Privado	Privado	Gral. Privado	Gral. Publico

## 6. La selección de un proceso adecuado

Las personas que practican la resolución de conflictos, o los que administran conflictos y deben seleccionar entre diversos procesos para su resolución, tal vez quieran considerar o aconsejar el uso de la evitación en aquellos casos en los que la acción fracasaría, o cuando la continuación del conflicto pueda dañar una relación importante. La autoayuda también pueda resultar útil cuando existen dudas acerca de un reclamo, siempre y cuando la actividad anticipada sea lícita. No obstante, por lo general, la resolución de un conflicto casi siempre comprende alguna combinación de litigio, arbitraje, negociación o mediación.

### 6.1. Procesos Consensual y de Adjudicación Judicial

De los cuatro procesos, los dos que dan a la partes mayor control sobre el resultado son la negociación y la mediación, El control existe porque son las partes, en lugar de un tercero ajeno, quienes deciden si habrá un acuerdo y cual será dicho acuerdo. Por ello, a estos procesos se los conoce como "consensuales". Mas aun, la negociación y la mediación pueden personalizarse para , por ejemplo, satisfacer las necesidades de los participantes, tales como mantener la confidencialidad o agilizar el proceso de resolución de conflictos.

El arbitraje y el juicio, por otro lado, adjuntan una gran parte del control sobre el proceso y los resultados a una tercera parte. Como se ha mencionado anteriormente, a estos procesos se los conoce como "de adjudicación". Si bien algunos árbitros permiten que las partes personalicen el proceso para satisfacer sus necesidades, una vez comenzado el proceso, muchos árbitros retienen la mayor parte del control sobre el procedimiento. En el litigio, las partes prácticamente no tienen ningún control sobre el proceso.

Los procesos consensuales también difieren de los de adjudicación en cuanto a la orientación temporal del caso. Por lo general, en el arbitraje y en el pleito, las partes se centran en el pasado, analizan las cuestiones tales como la culpa y tratar de determinar que fue lo que sucedió. En la negociación y la mediación, por otro lado, las partes se centran más en el futuro, a veces, por ejemplo, no tratando de determinar la culpa sino más bien tratando de construir un futuro con el que ambas partes puedan estar cómodas.

## 6.2. Razones para la Selección de mediación o Arbitraje

### Control de Gastos

En los conflictos judiciales, muchas de nuestras acciones están controladas por la contraparte, como en el caso de contestar solicitudes para la etapa de producción de pruebas extrajudicial. Los honorarios de los letrados para la preparación de la causa son a menudo monumentales y exceden, a veces, el monto del conflicto. La mediación y el arbitraje pueden evitar una gran parte de esos gastos.

### Control de Tiempo

Los litigantes se rehenes del régimen tribunalicio. Los interrogantes y pliegos de posiciones, típicos de los procedimientos de la etapa de producción de pruebas extrajudicial, llevan meses y a veces años en completarse.

### Control de Proceso

La mediación y el arbitraje ofrecen dos opciones muy diferentes de evitar el litigio. En la mediación las partes pueden disponer cuanto durara el proceso, el nivel de confidencialidad, quien será el neutral, etc. En el arbitraje, las partes también pueden controlar el tiempo y la volumen de producción de pruebas extrajudicial que se llevara a cabo, y cuan estrictamente se observaran las normas procesales en materia de prueba.

### Control del Resultado

En la mediación, no hay acuerdo salvo que los participantes decida resolver el caso. En el arbitraje, las partes pueden establecer parámetros fuera de los cuales el arbitro no puede emitir un laudo.

## 7. El proceso de mediación

### Mediación

#### 7.1. Concepto de la mediación

Cuando entre las personas se suscita un conflicto, lo ideal es que acudan a un método colaborativo para solucionar el problema, lo que no siempre es fácil pero merece un esfuerzo, especialmente si la disputa llega a un punto muerto o si las partes deben apoyarse una sobre la otra en el futuro. Cuando esto ocurre la solución está en la mediación .

La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral, que no tiene poder sobre las partes ayuda a éstas a que en forma cooperativa encuentren el punto de armonía en el conflicto. El mediador induce a las partes a encontrar el punto de controversia, a acomodar sus intereses a los de la contraria, a explorar formulas de arreglo que trascienden el nivel de la disputa, a tener del conflicto una visión productiva para ambas .

Mediación es un término utilizado para un conjunto de prácticas diseñadas a ayudar a las partes en controversia. En líneas generales ,el término se utiliza para describir un procedimiento en el cual un tercero imparcial ayuda a las partes a comunicarse y a realizar elecciones voluntarias e informadas , en un esfuerzo para resolver su conflicto .

El mediador no es un mero oyente amable y pasivo que asiente con la cabeza para mostrar compasión mientras las partes describen sus aflicciones. Por el contrario, es un oyente activo modelador de ideas ,que mostrará el sentido de realidad necesario para lograr los acuerdos convenientes .Esto lo hará a través de una gama de estrategias y técnicas que favorecen el cambio de actitudes.

La mediación es un procedimiento por el cual el mediador, como tercero neutral, actúa con iniciativa suficiente para instar y facilitar la discusión y consiguiente resolución de la disputa, sin indicar cual debe ser el resultado. Es un sistema informal aunque, estructurado, mediante el cual el mediador ayuda a los contendientes a llegar a un acuerdo mutuamente aceptable. Justamente el mediador es un intermediario ;no es un juez que decide, ni un abogado que aconseja o patrocina a las partes .Su única función es acercar a las

partes . Pero lo hace en un ambiente adecuado, con un procedimiento de múltiples pasos ,utilizando sus habilidades expresamente adquiridas a éstos efectos, rompiendo el hielo entre los contendientes ,sacándolos de sus rígidas posiciones, abriéndolos a soluciones creativas .

## 7.2. Aspectos salientes y ventajas de la mediación

El procedimiento *es informal* ,por lo que el mediador no está obligado por las reglas procesales ;y dado su entrenamiento puede rápidamente simplificar el caso y descartar lo irrelevante .

Los contendientes deben llegar a un *acuerdo mutuamente aceptable* ,y el mediador debe estar en condiciones de reducirlos a cláusulas escritas ,de modo tal que –de ser necesario-pueda ejecutarse con posterioridad .Como el acuerdo ha sido mutuo y voluntario ,los contendientes cumplen espontáneamente con mucha mayor frecuencia que en los casos de sentencia final en juicio .

En la mediación son *las partes las que se encuentran frente a frente* ,entre sí y con una tercera persona especialmente entrenada que los ayuda a encontrar juntos una solución de su conflicto .El mediador utiliza técnicas especiales y con habilidad escucha a las partes ,las interroga ,desbroza el problema ,crea opiniones y logra que los contendientes lleguen a su *propia solución del conflicto* . No se trata solo de partir diferencias ,sino de que ambos ganen. El mediador hace que las partes descubran cual es verdaderamente el tema del debate, *entiendan la diferencia entre lo que quieren y lo que necesitan* , entiendan los requerimientos y necesidades de la contraria y consideren las opciones con realismo .El mediador motiva sin manipular e insta a lograr un arreglo sin coersionar .Debe llegar a crear ciertas dudas e inseguridades en cada una de las partes, para que vean más endeble su posición y abran su mente al avenimiento y al compromiso.

El mediador modifica las relaciones entre los contendientes ,enalteciendo y controlando las comunicaciones entre ellos, modificando sus percepciones, equilibrando sus diferentes fuerzas y debilidades y no proponiendo y defendiendo acuerdo específicos. Si el mediador es eficiente y logra que las partes participen, hace que lleguen a colocarse por un momento en el lugar del otro y vean las cosas desde el punto de vista de la contraria, además del propio .

A diferencia de otros procedimientos en que se entrega a un tercero la decisión del problema por lo que escapa al interesado el control del conflicto en la mediación son las partes quienes intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero .

*Nada tiene que perder las partes en la mediación* ,pues con un intento frustrado ,es decir si prueban éste acercamiento y tras la discusión mediada no llegan a un pacto ,*mantienen todos sus derechos y oportunidades* de proseguir con otro medio de resolución de su controversia.

No es raro que a un mediador, sea en sesión conjunta o privada, se le pida opinión sobre la razón o sinrazón de la posición propia o de la contraria, más el mediador *no puede expresar opinión sobre el resultado del pleito* ,pues perdería su imparcialidad perjudicando todo el procedimiento en forma negativa .Su actuación nunca puede ser la del juez lo la del árbitro.

El procedimiento de mediación pone énfasis en el futuro, pues no se trata de juzgar sobre un pasado a fin de averiguar quien estaba errado, quien es culpable, sino de encontrar una solución al problema y diferencias de que se trate .

Ésta forma de solución de conflictos tiene la ventaja de ser :

- 1) Rápida: en vez de tardar años, puede terminarse con el problema a las pocas semanas de iniciado el conflicto, a veces en una sola audiencia de una o dos horas .Aunque la mayor parte de las veces, se llega a un acuerdo después de solo una audiencia, las disputas complejas pueden requerir sesiones adicionales. Puede o no alcanzar el tiempo de una audiencia o los contrincantes pueden querer consultar a sus cónyuges o socios antes de aceptar la propuesta, pero la solución llega luego casi inmediatamente. Por comparación, uno de los inconvenientes más graves del sistema judicial , no solo de la Argentina, sino de todo el mundo, es la tardanza, de modo tal que a menudo, cuando llega la sentencia, ya es tarde.
- 2) Confidencial: Una de las características más importantes del proceso mediado, es la confidencialidad. No hay mayor obligación para el mediador que preservar el secreto de todo lo que sea revelado en la o las audiencias .Sin éste deber la mediación no funcionaria ,porque las partes no se sentirían libres de explorar honestamente todos los aspectos de su disputa y posibles caminos para un acuerdo .Las partes deben estar seguras de que nada de lo que digan será usado en su contra para el caso de que falle la mediación y deban recurrir a un tribunal .Por ello, las sesiones de mediación son siempre a puertas cerradas ;todo lo que se habla, y se dice en las audiencias es confidencial ,no se transcribe en un expediente, ni puede filtrarse a la prensa.

El mediador tampoco puede difundirlo ,porque una de las reglas básicas de su oficio es la confidencialidad.

La mediación es siempre estrictamente privada. Inclusive si no se logra el acuerdo, el centro de mediación o el mediador puede hacer saber al juzgado interviniente en el pleito que la mediación ,no tuvo éxito

en el sentido de haber lo grado acuerdo ,pero no puede informar sobre lo dicho ni sobre lo revelado por las partes.

- 3) Económica: Los servicios se dan a cambio de contribuciones mínimas, especialmente si se las relaciona con el costo de litigar dentro del sistema de tribunales formales.
- 4) Justa: La solución de toda controversia se adapta a las necesidades comunes de ambas partes ,pues son ellas las que la encuentran.
- 5) Exitosa: Una vez que el programa se pone en marcha, de acuerdo a la experiencia de países que se han implementado la mediación, el resultado es estadísticamente muy satisfactorio .

### 7.3. Otras características tras la mediación

Además de los caracteres generales que hacen al concepto de la mediación ,hay otros especiales que pueden darse :

- a) La mediación puede ser solicitada u ofrecida .En el primer caso, que suele ser menos frecuente, alguna o ambas partes en una controversia requieren a un tercero que pretende coadyuvar a que la cuestión suscitada entre dos o más personas o estados sea solucionada pacíficamente; también puede ser ofrecida por un tribunal .
- b) Según el número de mediadores, puede asumir el carácter de singular o colectiva, llamada ésta co-mediación, en cuyo caso es muy efectiva cuando se lleva a cabo de forma multidisciplinaria.

### La características definitoria del origen del acuerdo

El acuerdo debe provenir de las partes.

Si el facilitador hace fuertes sugerencias y explicita propuestas, si ingresa en los aspectos propios del contenido sustantivo del convenio a negociar, virtualmente se convierte en adjudicador o árbitro y deja de ser mediador. El acuerdo probablemente no satisfará los intereses de las partes y cualquiera de ellas puede intentar obviarlo, con la sensación que le fue impuesto .

### 7.4.Casos en que se recomienda especialmente la mediación

De acuerdo a la experiencia de los que hace tiempo están en la actividad ,la mediación ha demostrado mayor éxito en ciertos casos como:

- Cuando hay dos o más partes que tiene una relación que se perpetúa en el tiempo, por lo que quieren terminar con el problema, pero no con la relación .
- Cuando las partes quieren conservar el control sobre el resultado de su conflicto .
- Cuando las partes comparten algún grado de responsabilidad por el estado del conflicto .
- Cuando ambas partes tiene buenos argumentos y una variada gama de posibilidades de solución del conflicto y de prevención de litigios futuros .
- Cuando la ley no provee la solución que pretenden las partes .
- Cuando la disputa no conviene a nadie y ninguno realmente desea entablar juicio.
- Cuando se desea mantener una situación de anonimato ,privacidad y confidencialidad .
- Cuando no existe gran desequilibrio de poder .
- Cuando la causa del conflicto radica en una mala comunicación previa .
- Cuando las partes necesitan más que nada ,una oportunidad para desahogarse .
- Cuando estén en juego cuestiones técnicas muy complejas .
- Cuando se quiere minimizar los costos .
- Cuando se quiere resolver el conflicto rápidamente –

En cuanto a la materia y contenido de los conflictos no existe límite ,salvo el orden público .Inclusive en algunos países ,además de cuestiones civiles o de derecho privado pueden tratarse cuestiones penales menores, además de disputas públicas como cuestiones de medio ambiente y enfrentamientos raciales o religiosos.

### 7.5. Supuestos en que la mediación no es recomendable

La mediación no es una panacea universal .

Existen algunos casos en que la mediación no es recomendable ,pues no dará satisfacción al interés real de alguna o ambas partes .

Entre ellos pueden mencionarse :

- Cuando alguna de las partes quiere probar la verdad de hechos .
- Cuando alguna de las partes tiene alguna cuestión fundamental de principios e innegociable de la que no puede salir por propia voluntad .
- Cuando alguna de las partes tiene un interés punitivo o una noción de justicia retributiva que desea ver reconocidos en una decisión emanada del juez.



- Cuando lo que desea es sentar un precedente legal.
- Cuando una de las partes está ausente o incapacitada .Cuando una de las partes no tiene interés en llegar a un acuerdo.
- Cuando ninguna de las partes está en condiciones de considerara la posibilidad de una avenencia.
- Cuando la lentitud del procedimiento judicial favorecerá mucho por lo menos a una de las partes.
- Cuando el actor quiere obtener –como si se tratara de una lotería como premio-sumas colosales.
- Cuando la controversia involucra un delito de acción pública o violencia o malos tratos a menores.
- Cuando está involucrado el orden público y la jurisdicción de un tribunal es esencial.

Si el facilitador detecta que la mediación no puede logra el objetivo que se busca o es inadecuada al caso, dadas sus propias limitaciones ,debe reconocerlo y recomendar se radique la causa en un tribunal o se busque a un tercero que decida sobre la legitimada de las pretensiones y los reclamos.

### 7.6. La mediación como una negociación colabroativa facilitada por un tercero

En principio la Negociación Colaborativa se compone de 5 pasos:

Quienes llegan a una instancia de negociación, generalmente tienen posiciones o posturas asumidas respecto a como quisieran que se resolviera el conflicto.

Si bien las posiciones son, en parte, reflejo de sus intereses, no constituyen sus intereses, sino más bien el lugar desde donde cada uno piensa que puede protegerlos o defenderlos mejor.

Además, como en una situación de negociación se presupone que hay un choque de voluntades ,las situaciones de negociación generalmente se realizan dentro de un esquema competitivo, en los términos ganar-perder ,pensando que solo se puede ganar avanzando ,tomando lo que el otro pretende, haciéndolo perder .

Ésta doble asunción , que las personas negocian desde posiciones y que se manejan dentro del esquema ganar-perder, son el punto de partida de la teoría de la negociación colaborativa ,que contrapone a la negociación basada en posiciones ,en intereses .

El método puede dividirse en tres grandes etapas :

- 1) La primera etapa es de ampliación del campo de negociación .Comprende los dos primeros pasos :
  - a) El primer paso, es lograr pasar de las posiciones a los intereses reales de las partes .Los intereses son mucho más amplios que las posiciones , por lo que se trata de explorar cuáles son y trabajar sobre ellos para entenderlos .
  - b) Una vez que los intereses emergen y se han analizado exhaustivamente ,hay una serie de métodos para generar opiniones .El más común es el del “torbellino de ideas”.El objetivo es que , sobre la base de los intereses se puedan generar distintas aproximaciones a una solución al problema .
- 2) La segunda etapa consiste en fijar los límites del campo que se han abierto y abarcar los pasos tres y cuatro .
  - c) Encontrar criterios objetivos, independientes de la voluntad de los individuos, a fin de poner límites externos al campo de la negociación .
  - d) Encontrar la “mejor alternativa al acuerdo negociado”, es decir ,la mejor solución que cada uno tiene fuera de la negociación, para la preservación de sus intereses si no llega a un acuerdo. Esa alternativa, importa un límite subjetivo, pues obliga a cada uno a reflexionar sobre qué va a hacer en el supuesto de levantarse de la mesa de negociación .
- 3) Una vez que se ha ampliado en lo posible el campo de la negociación y luego de establecidos los límites objetivos y subjetivos de cada una de las partes, es posible generar propuestas para lograr un acuerdo. Si no hay acuerdo, cada parte recurrirá a su mejor alternativa .Si el acuerdo se logra, lo que cada parte obtiene debe estar por encima de esa alternativa para que la negociación sea ventajosa .

En síntesis, quien pretenda tener éxito en una negociación debe poder:

- separa las personas del problema,
- centrarse en los intereses y no en posiciones,
- trabajar junto al otro para crear opciones que puedan satisfacer a ambas partes ,
- negociar con gente que tiene más poder, que no acepta las reglas o que recurre a trucos sucios .

Hay que tener presente que existen intereses opuestos, comunes y diferentes .

- Intereses opuestos, son aquellos en los que todo lo que se lleva uno ,lo pierde el otro y la única manera de congeniar las aspiraciones de las partes es partiendo las diferencias .
- Intereses comunes, son aquellos que ambas partes comparten y en los que coinciden que son objetivos a alcanzar para ambos frente al conflicto.
- Intereses diferentes, son aquellos que se apoyan en visiones, expectativas, deseos o modos de encarar la realidad que son propios de cada una de las partes en un conflicto y que responden a su personal y única vivencia de la realidad.

Desde un punto de vista analítico, todo acuerdo negociado se basará en la potenciación de los intereses comunes, en la transacción sobre los intereses opuestos y en lograr la mayor satisfacción posible de los intereses diferentes que cada una de las partes tiene.

### 7.7. Convocatoria

Convocar una mediación es con frecuencia la parte más difícil de la resolución de un conflicto. Si bien la alta tasa de éxito en la resolución de casos sometidos voluntariamente a la mediación es bien conocida, hay un hecho menos conocido que hace referencia a la tasa de éxito para lograr convocar a las partes a la mediación y que oscila entre un 10% y un 40% entre los distintos prestadores de servicios de solución de conflictos en todo el país. La dificultad estriba por supuesto, en lograr que las partes presten su conformidad a participar. Con frecuencia, por ejemplo, si el conflicto está en una instancia judicial, las partes se encontrarán en distintas etapas de preparación para la presentación de pruebas y una o más de ellas sentirá que no está preparada para iniciar negociaciones serias.

El proceso de convocatoria generalmente se inicia cuando una parte solicita la mediación, ya sea a la otra parte o a un prestador de servicios de resolución de conflictos. Si la solicitud se le hace a un prestador, este debe analizar cuidadosamente la mejor estrategia para lograr que las partes se sientan a la mesa de negociación. La convocatoria puede tomar la forma de una invitación de cualquiera de las partes iniciantes o del prestador; o bien puede consistir en un ofrecimiento del prestador para realizar una conferencia inicial conjunta gratuita. Si bien el prestador puede describir la mediación y defender su práctica con habilidad, también debe considerar si la convocatoria le exigirá mucho tiempo no retribuido. En la práctica, cada prestador y cada caso se resolverán de modo diferente.

### 7.8. Cinco secretos para escuchar como lo hace un terapeuta

Los psicólogos y terapeutas clínicos utilizan la escucha como instrumento para curar. Entre los 5 secretos para escuchar utilizados con frecuencia se encuentran los siguientes:

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

## 8. El mediador

### 8.1. TAREAS BÁSICAS DEL MEDIADOR.

- Controlar el Proceso
- Registrar la Historia de la Negociaciones de Cada Caso
- Asegurarse de que los Participantes estén Autorizados para Negociar y Acordar
- Alentar a las Partes a Usar Señales
- Obrar de Verificador de la Realidad
- Llevar un Registro de los Acuerdos en Casos Privados
- Determinar un Radio razonable de conciliación
- Revisar las Ventajas del Acuerdo:
  - . Certeza
  - . Inmediatez
  - . Economía
  - . Privacidad
  - . Control
  - . Tácticas de Control

### 8.2. Los "debe" del Mediador

- Desarrollar una exposición inicial con la que se sienta cómodo
- Tomar notas

- Escuchar activamente
- Formular preguntas para identificar los temas, teniendo la precaución de no aparecer parcial. Preguntar igualmente a cada parte.
- Recibir comentarios y preguntas asumiendo la buena fe e intención de las partes, aun si tiene dudas.
- Permitir que las partes presenten todos sus alegatos
- Evaluar el caso solo durante el caucus y solo en la ocasión y bajo términos que limiten la apariencia de parcialidad. De ser necesario, permitir que quede a salvo la imagen de las partes.
- Expresar empatía
- Apuntar a las soluciones.
- Alentar la creatividad y sugerir opciones que satisfagan los intereses de ambas partes.
- Ser paciente. Los contendientes frecuentemente están muy atrincherados en sus posiciones y necesitan tiempo para reformular su pensamiento
- Observar los estilos de negociación. Señalar a las partes como sobrellevar estilos agresivos.
- Mantener el impulso. De ser necesario, ordenar la finalización de la mediación

### 8.3. Los “no debe” del Mediador

- Actuar como actuaría un juez o permitir que las partes lo traten como tal.
- Permitir interrogatorios, objeciones o interrupciones.
- Entregar el control a no ser que las partes estén abocadas a un dialogo útil
- Sugerir que alguien no esta bien preparado
- Interrumpir, excepto para mantener el control, para obtener una rápida aclaración o para dictar que escucha activamente
- Apoyar el caso de cualquiera de las partes. Si el caso de una de las partes puede mejorarse, puede ser útil señalarlo a la otra parte en caucus y sugerir que pueden encontrarse con un caso mas difícil en un litigio que en una mediación
- Evaluar un caso en sesión conjunta o demasiado anticipadamente en caucus
- Permitir ofertas finales. Las partes no necesitan un mediador para hacer una oferta final
- Socavar el proceso de mediación para lograr un acuerdo, Las partes otorgan al mediador bastante poder. Si se abusa de ello, la conciliación puede fracasar o las partes pueden verse imposibilitadas de resolver futuros conflictos.
- Acordar un arreglo principios. Obténgalo por escrito-
- Reunirse. Las partes frecuentemente concilian inmediatamente después de una mediación “fracasada”

### 8.4. TIPOS DE TÁCTICAS QUE UTILIZA UN MEDIADOR :

Las tácticas a utilizar por un mediador son de diversa índole .

Se las ha identificado como de tres tipos :

- 1) Reflexivas: Se refieren a la orientación del mediador hacia la disputa y a crear las bases de su concreta actividad en una determinada disputa. Entre ellas se cuentan, por ejemplo, tratar de hablar el mismo lenguaje que las partes, crear el clima adecuado y de buena imagen del mediador; permitir que los intervinientes ventilen emociones; mantener la discusión enfocada en los temas relevantes; o evitar aparecer como parcial hacia alguna de las partes, especialmente en las audiencias conjuntas .
- 2) Sustantivas: Se refieren a las cuestiones contenidas en el fondo de la disputa. Entre ellas se cuentan, por ejemplo la posibilidad de sugerir algún punto de acuerdo; tratar de modificar las expectativas de los participantes; tratar de que las partes entiendan que están fuera de la realidad; lograr situaciones en que las partes puedan mantener la propia imagen no obstante estar haciendo importantes concesiones; hacer surgir argumentos que permitan a los participantes presentar los posibles acuerdos a sus superiores o familiares; o intentar sacar a las partes de posiciones en que se encuentran enquistadas .
- 3) Contextuales: Se refieren a la facilitación del proceso de resolución de la disputa .entre ellas se cuentan: por ejemplo, crear un clima de confianza con el mediador y entre las partes, usar el humor para alivianar las tensiones; clarificar los intereses y necesidades de cada parte; clasificar los temas de conformidad a prioridades; dejar traslucir agrado cuando las partes progresan; intentar obtener acuerdos parciales sobre cuestiones menores; o simplemente, dar a los interesados la impresión que se puede llegar a un punto muerto, a fin de instarlos a llegar a compromisos.

### 8.5. Características de un mediador eficiente

El mediador perfecto debería poseer relevantes cualidades a fin de poder adoptar conductas adecuadas.

Las principales cualidades que se predicen del mediador son :

- *Neutralidad* : La cualidad más importante de un mediador eficaz es su capacidad de mantener un papel imparcial y neutral en medio de una controversia .

- *Capacidad para abstenerse de proyectar su propio juicio*: El rol del mediador es ayudar a que las partes lleguen a un acuerdo cuyos términos sean aceptables para ellas, aún cuando el mediador estén en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.
- 3) *Flexibilidad*: Debe estimular la fluidez en las comunicaciones.
- 4) *Inteligencia*: Las partes buscan un mediador que les facilite el camino de la resolución, con una mentalidad ágil y eficaz. Debe ser capaz de ver las cuestiones en múltiples niveles, de tratar hechos complejos y de analizar los problemas.
- 5) *Paciencia*: Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.
- 6) *Empatía*: El mediador debe ser capaz de valorar las percepciones, miedos e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.
- 7) *Sensibilidad y respeto*: El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza, y diferencias culturales.
- 8) *Oyente activo*: Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos.
- 9) *Imaginativo y hábil en recursos*: Es importante que el mediador tenga capacidad de aportar y generar ideas nuevas.
- 10) *Enérgico y persuasivo*: A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr flexibilidad en las partes, aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.
- 11) *Capacidad para tomar distancia en los ataques*: Si alguna de las partes hace un comentario despectivo o agresivo hacia el sistema de mediación o hacia el mediador, es conveniente no actuar a la defensiva, de lo contrario se establecería una nueva disputa.
- 12) *Objetivo*: El mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.
- 13) *Honesto*: No debe prometer a las partes algo que no pueda cumplir.
- 14) *Digno de confianza para guardar confidencias*: Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así.
- 15) *Perseverante*: Cuando las partes lleguen lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar la espera y la ansiedad que esto provoca.

### 8.6. La actividad del mediador según los diversos momentos del procedimientos

El mediador debe estar atento a la dinámica del conflicto que tiene ante él, pues los diversos estadios de la mediación y el diseño de sus intervenciones deben ser adecuados al estado de desarrollo del conflicto; muchas veces es difícil identificar la fase en que se encuentra la disputa, pues la interacción es continua. No obstante, se entiende que el desarrollo de las negociaciones y su consecuente facilitación por el mediador, sigue un esquema de movimiento de acuerdo a situaciones críticas que, en concordancia a la observación de los investigadores, los contendientes experimentarán.

Pese a que la clasificación en etapas es variable, las tareas del mediador pueden dividirse en dos categorías básicas:

- 1) El trabajo de prenegociación y preparación que realiza antes de reunirse con las partes en sesión de mediación y
- 2) la actividad a desplegar una vez que el mediador ha entrado formalmente en la mediación.

Para algunos, los estadios de la mediación son tres, aunque luego se subdividen:

- Estadio 1-montaje del escenario:
  - a) clarificar las reglas del juego,
  - b) recolectar información y
  - c) ejercer control social.
- Estadio 2 – Solución de problemas:
  - a) plantear los puntos a discutir,
  - b) generar alternativas, y
  - c) tratar de mejorar el clima interpersonal.
- Estadio 3 – Logro de un acuerdo viable:
  - a) instar el acuerdo,
  - b) insistir en el acuerdo, y
  - c) sugerir métodos de implementación.

Llegado el momento, el mediador diseñará una hipótesis de trabajo, utilizará estrategias apropiadas y ejecutará los movimientos específicos que correspondan. Los movimientos del mediador tienen una secuencia y desarrollo y el objeto de sus intervenciones es asistir a las partes a que cumplieren tareas específicas en tiempos prefijados del proceso de negociación. Si una tarea a realizar por las partes queda in-

completa, las más de las veces aparecerán serias dificultades para proseguir y pasar al estadio siguiente de la negociación. Aunque los mediadores efectúan una variedad de intervenciones para ayudar a las partes a progresar en la negociación, sus movimientos no serán idénticos en todos los casos; aunque hay comportamientos y movimientos habituales, el mediador tendrá que modificar su actividad de acuerdo a las variables que presente cada caso.

En líneas generales, en el procedimiento de la mediación pueden encontrarse los siguientes pasos:

- Preparación de la mediación .
- Presentación de las reglas a que se sujetará la mediación.
- Narración de hechos e identificación de problemas.
- Detección de intereses y necesidades.
- Replanteo.
- Generación de opciones.
- Selección de opciones.
- Propuestas.
- Convenio.
- Seguimiento y evaluación de la mediación.

Lo importante es el esquema y la noción de que se trata de un procedimiento flexible aunque estructurado, que va avanzando hacia la meta en forma planificada y no necesariamente la exacta determinación de las etapas. Ello, en tanto hay mediadores que dividen a cada una de ellas en varias y otros que la unifican para considerar dos o más conjuntamente como una sola; o que, siguiendo distintas metodologías, saltean cierto pasos o agregan otros.

### 8.7. Roles del mediador

Durante el curso de la mediación ,el mediador desempeña varios roles ,en los que debe:

- facilitar la discusión,
- abrir los canales de comunicación,
- traducir y transmitir información,
- distinguir posiciones de intereses,
- crear opciones,
- ser agente de realidad.

## 9 - Conclusión

Cuando tuve que decidir el tema sobre el que iba a tratar mi tesina , al principio no lo tenía muy en claro cual podía llegar a serlo .

Luego, repasando primero las materias que había cursado y dentro de cada una, cuales habían sido los temas tratados, me di cuenta de que el tema de la “Resolución alternativa de disputas”, podía llegar a ser un tema de sumo interés .

El tema me fue interesando, porque su regulación no es muy lejana, es considerado como una innovación dentro de lo jurídico y creo muy en lo personal , podía llegar a haber determinadas cuestiones que fueran susceptibles de modificación.

A medida que fui investigando, lo primero que me surgió fue ir directo a la fuente principal , que sería en éste caso la ley 24573, ley que regula la “Mediación y la conciliación”.

Igualmente , mi idea fue ,en primer lugar, desarrollar como objetivo general “La Resolución Alternativa de Disputas”, y luego sí, profundizar la investigación en lo que hace referencia a la Mediación .

Como en nuestro país la aplicación de éste tipo de procedimientos es reciente , me interesó ver como había resultado su aplicación en los distintos países anteriormente, así es como desarrollé los orígenes del tema en distintos países como por ejemplo en Estados Unidos, en donde su aplicación viene realizándose desde mediados del 1600 y demás países, sean de Europa como de Latinoamérica .

Luego, lo importante era determinar cual había sido el conflicto que había originado la disputa ,por lo que me interesó, saber que se entendía por conflicto, cuales son los intereses que están en juego, al igual que los valores y cuales podían ser las aspiraciones de las partes. De éste tema, rescaté que todo conflicto tiene su aspecto positivo, y lo importante es poder descubrirlo y aprovecharlo .

En el desarrollo del tema me encontré con que hay distintos modos o procesos básicos de resolución de conflictos, como por ejemplo el Arbitraje, la Negociación, además, claro, de la Mediación y de la Conciliación.

Cada uno de éstos procesos , tiene sus aspectos positivos y sus aspectos negativos , así es como traté de desarrollar cuales eran las ventajas y las desventajas de llevar a cabo un proceso como cualquiera de los antes mencionados .O también cual era la diferencia, entre optar por la Mediación o por la Negociación , por ejemplo. En definitiva, la posibilidad de optar por un proceso adecuado.

Ya dentro del objetivo particular o específico, como era el desarrollo del tema de la “Mediación”, como uno de los métodos alternativos de resolución de conflictos o disputas , me interesó saber cuales eran las características del proceso en sí, porque resulta conveniente optar por la realización del mismo .En su caso como juega la figura del Mediador, cuales son sus tareas ,los roles que ocupa y cual es su actividad según las distintas etapas del procedimiento y a que apunta su labor dentro del proceso .Que es lo que debe y que es lo que no debe hacer el mediador, cual es su papel, en fin todo lo que implica el trabajo del mismo dentro de la Mediación .

Respecto del proceso de Mediación, en sí, me pareció importante resaltar cuales son sus ventajas y cuales son sus desventajas, poder aclarar alguna de las características de la mediación .Me di cuenta de que hay determinados casos en que sí es recomendable la aplicación de éste procedimiento , pero hay otros casos en que no se recomienda la aplicación del mismo .

Con lo antes explicado, llegué a la conclusión de que la aplicación de éstos métodos alternativos de resolución de conflictos puede ser de muy buen provecho, pero no en todos los casos sino solo en aquellos casos que anteriormente he desarrollado, ya que hay otros en donde no creo que sea extremadamente necesario la aplicación de los mismos.(Por ej cuando una de las partes tiene un interés punitivo , o cuando una de las partes puede probar la verdad de los hechos, o cuando una de las partes no tiene interés en llegar a un acuerdo.)

También creo, que en el caso particular de la mediación o del arbitraje la posibilidad de obtener un control del tiempo, de los gastos, del proceso en sí, o del resultado, hace que sea conveniente la realización de los mismos .

Además las distintas ventajas señaladas en el desarrollo del tema, como ser la mediación un proceso informal, o por el echo de que las partes lleguen a un acuerdo mutuamente aceptable o que las mismas se encuentren frente a frente en el proceso y logren su propia solución del conflicto; también como en definitiva nada tienen que perder las partes en la mediación, ya que el acuerdo se logra con la conformidad de ambas partes, nada perjudica la realización de la misma.

Creo que la ley 24573 tiene buena aplicación en el país , pero creo que sería bueno la aceleración del proceso y la radicación de los mismos en determinados tribunales , que funcionen solo y exclusivamente para dichos procesos .

Por último coincido con la declaración que extraigo del Ministro de la Corte Suprema de los Estados Unidos , Warren Burger , en donde manifiesta .....“ la obligación de la profesión ( legal )es ... actuar como sanadores de los conflictos humanos ...deberíamos proveer los mecanismos que puedan producir un resultado aceptable en el menor tiempo posible , del modo menos costoso y que ocasione menos estrés a los participantes.De eso se trata la justicia .

## Bibliografía

- Roland Arazi : Manual de Derecho Procesal Civil y Comercial  
Código Procesal Civil y Comercial Comentado.
- Palacios Lino : Derecho Procesal Civil .
- Osvaldo Gozaini :Derecho Procesal
- Morello Augusto Mario: Tendencias Modernas  
La reforma de la justicia .  
Código Civil y Comercial comentado y anotado.
- Zulma D.Wilde y Luis M. Garibrois : Que es la Mediación .
- Briseño Sierra: Derecho Procesal . El Arbitraje Comercial.
- Morello , Tessone , Kaminker: Código Procesal en lo civil y comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación .
- Elena I. Highton – Gladis S. Alvarez : Mediación para resolver conflictos .
- Andrade Daniel Alberto: Procedimiento Arbitral.
- Primer encuentro Interamericano sobre Resolución Alternativa de Disputas. Buenos Aires, Noviembre 1993.Informe de Taller N° 1.
- Roque Caivano J.: Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos .
- Habilidades para la Mdiación: El arte de facilitar un acuerdo.
- Jorge Hugo Lascala .
- Modelo del discurso de apertura.
- Mediación y conciliación: Ley 24573.  
Reglamentación de la Ley de Mediación y Conciliación. Decreto 1021/95.
- Formulario de iniciación de reclamos sujetos a Mediación .
- Decreto 91/98.
- Resolución n° 283/98 del Ministerio de Justicia .
- Convenio de Confidencialidad .
- Mediación Penal. Ley 1206.  
Anteproyecto de ley sobre Mediación del Colegio de abogados de la Provincia de Buenos Aires.