

LA MEDIACIÓN: UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA

*Liliana Cristal Vázquez López

**Oscar Pérez Baxin

*Estudiante del último semestre de la licenciatura en sociología, en la DACSyH de la UJAT.

**Profesor Investigador de Tiempo completo perfil PRODEP, en la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco. Doctor en Métodos de Solución de Conflictos y Derechos Humanos.

Artículo Recibido: 29 de junio 2017. Aceptado: 14 de agosto 2017.

RESUMEN. El presente documento corresponde a aproximaciones teóricas de los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC), con especial énfasis en la mediación, los conceptos de algunos autores que hemos considerado los más significativos, conceptualizando a la mediación y los cuatro modelos más utilizados. El sentido del documento es iniciar una serie de discusiones en torno a estos MASC, y conocer las posturas que existen en torno a ellos de parte de autores de diversas escuelas y tradiciones, además de comentar sus modelos destacando aspectos básicos de cada una de ellos.

Palabras Clave: mediación, conflictos, negociación, proceso mediación, mediador.

INTRODUCCIÓN.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias (MASC) como aparecen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, han tenido un desarrollo intenso desde su aparición en la misma, el presente documento da cuenta de los modelos que más se han utilizado y da cuenta de reflexiones en torno a los mismos y de las aportaciones que realizan en su forma de aplicarlos en cada una de las etapas, el conocer aspectos epistemológicos nos coloca en situación de

ventaja a la hora de utilizarlo en la mediación.

ASPECTOS TEÓRICOS DE LA MEDIACIÓN.

La mediación es un concepto que no tiene una raíz etimológica, sin embargo varios autores coinciden en definirla como un proceso para la resolución de conflictos, con las características de ser confidencial, voluntario, estructurado, flexible, neutral e imparcial, y en donde las partes logran establecer una comunicación para un

probable acuerdo, teniendo la ayuda de un tercero, llamado “mediador” (Diccionario de la Real Academia Española, 2016). La mediación ha existido desde siempre y en cada cultura posee características particulares para su uso y desarrollo.

Muchos autores coinciden en que la mediación es: Un proceso de resolución o gestión de conflictos; una alternativa a la violencia, a la autoayuda o al litigio y se diferencia de los procesos de consulting, negociación y arbitraje. En los procesos de mediación los participantes, con la ayuda de un mediador imparcial (o equipo) identifican de manera sistemática los temas en disputa desarrollando y considerando opiniones, creando opciones para alcanzar acuerdos consensuados que satisfagan de manera realista los intereses y necesidades de los participantes. La mediación es un proceso de auto empoderamiento que enfatiza la responsabilidad de los participantes en la toma de decisiones que afectan a su vida”. (Folberg Jay / Taylor Alison, 1997).

En esta definición se marca la diferencia de los términos de consulting, negociación y arbitraje, para especificar la mediación

como un proceso específico, es decir posee ciertas características propias, como veremos más adelante.

Helena Soletto Muñoz y Milagros Otero Parga (2007) refieren que: Mediación es una palabra que llega a todas las lenguas romances occidentales a través del latín. Por su parte Ernout, Meillet y Anndré exponen sus orígenes por el retrovisor en el *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, de su autoría, entrada *medius, -a, -um*, cuyo contenido extracto. El adjetivo de tres terminaciones *medius, -a, -um*, califica a <<quien se encuentra en medio, al intermediario, a lo indeterminado>>. Ponen especial interés en la figura del mediador y el poder que este puede llegar a tener dentro del proceso interno para ayudar a las partes a resolver las controversias.

Para Christopher Moore (1995) la mediación es una intervención dentro de una disputa o negociación de una tercera parte aceptada, neutral e imparcial que no tiene poder autoritario para la toma de decisiones y, que ayuda a las partes en conflicto de manera voluntaria a alcanzar su propio acuerdo, mutuamente aceptable,

sobre los temas en disputa”. La característica que tiene esta definición está centrada en el mediador, la aceptación de las partes como tal y sus habilidades para llevar el proceso, es decir si las partes llegan a un acuerdo consensuado es por la habilidad que tiene el mediador en cada una de las etapas del proceso.

Por su parte Jay Folger (1997) aducen lo siguiente: La mediación es vista como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituyen un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes.

Para S. Ferré, éste refiere que la mediación es un proceso de resolución de conflictos privado, confidencial y voluntario, que permite que las partes

implicadas puedan comunicarse entre sí, expresando, entre otros, sus puntos de vista, argumentos, intereses, necesidades y expectativas, y llegando, en su caso a acuerdos mutuamente consentidos, acompañadas de un tercero imparcial, la persona mediadora, quien actúa como facilitadora del mismo y que vela por su legítimo funcionamiento creando así un espacio de diálogo en el que prevalezca la equidad comunitaria, la seguridad, la libertad y la igualdad entre las partes. La mediación no debe confundirse ni con el asesoramiento jurídico ni con el psicológico, puesto que no está diseñada para el tratamiento específico de conflictos intra-personales (o psíquicos), sino interpersonales” (Kafzyk, Anne, 2006).

Hay que notar en esta definición, que es explícita en el proceso de la mediación interpersonal, sus conceptos son similares a las anteriores pero deja muy claro que no es una asesoría jurídica o psicológica, si hay que considerar sobre la multidisciplinariedad de la mediación y sobre todo de los mecanismos alternativos de solución de controversias en general.

En tanto que Virgós Soriano, Miguel y Cristian Gual Grau (2005), al respecto de la mediación señalan que: Es un mecanismo de resolución de disputas por medio del cual las propias partes en conflicto acuerdan encomendarse a un tercero para que les ayude en el proceso de consecución de una solución mutuamente satisfactoria de la situación de enfrentamiento en la que se encuentran. De manera que el mediador aporta habilidades y conocimientos para solventar los problemas que impiden el diálogo entre las partes. La función del mediador es esencialmente comunicativa. Su intervención, por lo tanto, estará tanto más justificada cuanto mayor sea la necesidad de restablecimiento de la comunicación entre dos partes.

Salvador Puentes y Martha Hernández Rivero (2007), refiere que la mediación comunitaria, tal y como se formula, aboga por la reconstrucción de la convivencia de los vínculos sociales a partir de la participación activa de los ciudadanos en la gestión de los conflictos que les atañen. Proclama como metodología de trabajo el respeto para todas las personas y la aceptación legítima de sus opiniones e

intereses por el simple hecho de ser personas, de ser ciudadanos que pertenecen a la ciudad.

Sobre el concepto de ciudadanía y los lazos que les unen y han de mantener por ser cercanos, además dice: el mediador empeña su trabajo en ayudar a las persona a construir su acuerdo, o lo que es lo mismo, a redefinir o reconstruir su relación, desde una posición profesional y moral de respeto a la diversidad y a la autonomía de cada persona para decidir cómo y de qué manera quiere convivir, dentro de la necesaria interacción entre el bien individual y el bien colectivo”.

Carles Mendieta Suñé (2002) escribe lo siguiente sobre los MASC: “Entendemos por negociación el proceso en el que dos o más partes, con cierto grado de poder, con intereses comunes y en conflicto, se reúnen para proponer y discutir propuestas explícitas con el objetivo de llegar a un acuerdo”.

Ovalle Favela escribe acerca de la mediación: Es la función de este tercero que puede limitarse a propiciar la comunicación, la negociación entre las

partes, para tratar que ellas mismas lleguen a un acuerdo que resuelva el conflicto. En este caso, el tercero será simplemente un mediador, que hace posible las condiciones para que las partes intercambien sus puntos de vista sobre el litigio y al invitarlas para que lleguen a un acuerdo, hace propicia la solución. A la función que desempeña este tercero se denomina mediación. (Ovalle Favela, 1998).

Veamos ahora, que en cada una de las definiciones de los autores antes mencionados coinciden en establecer el procedimiento a seguir de acuerdo a la naturaleza del conflicto y la importancia que el mediador a través de sus habilidades y conocimientos logra por una parte, la aceptación para que el proceso se conduzca de común acuerdo y de manera imparcial, profesional y con respeto, y por otra, que las partes tengan una visión diferente del motivo que los llevo al conflicto, lo que se resalta es la figura del mediador, el proceso que se ha de realizar y el de construir un acuerdo, pero además de los lazos que deben seguir entre las partes que se involucraron en el conflicto.

En términos generales se destaca lo siguiente de las definiciones anteriores: un conflicto de interés de las partes, un mediador quien propiciará la comunicación de alto nivel, el procedimiento a realizar y el acuerdo al que deben llegar, considerando los principios de voluntariedad, flexibilidad, confidencialidad, neutralidad e imparcialidad.

MODELOS DE MEDIACIÓN.

Existen diversos modelos de mediación de acuerdo a las escuelas y tradiciones nosotros destacamos los siguientes el modelo Transformativo, el Harvard, el Circular Narrativo, y el de Carnevale, los cuales para un proceso de mediación son empleados o mezclados según la naturaleza del conflicto. (Highton Elena I. /Alvarez Gladys S., 2004).

El modelo Transformativo, presentado en su libro *La promesa de mediación: Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y del reconocimiento de los otros.* (Baruch, Bush R.A./Folger J.P. 1996). Este modelo tiene como característica que el mediador intente que las partes en conflicto reconozcan su responsabilidad, el éxito se logra cuando

las partes en conflicto mejoran su relación y como consecuencia un acuerdo final.

Veamos algunas características de este modelo (Raúl, D. D., 2006). Y que tienen que ver con la revalorización y el reconocimiento:

El primero de ellos la revalorización consiste en lo siguiente:

1. Una parte resulta revalorizada en la mediación en que se alcanza una comprensión más clara, comparada con la situación anterior, de lo que importa y porqué.
2. La revalorización de las partes comprende claramente cuáles son las metas y los intereses de la situación dada, porque persigue esas metas, y que éstas son importantes y merecen consideración.
3. El mediador debe cobrar conciencia de la gama de alternativas que puede garantizarle total o parcialmente la obtención de sus metas y de su control sobre esas alternativas.

4. Potenciamos la revalorización de las partes cuando fomentamos la comprensión que deben tener a propósito de sus decisiones con respecto a lo que deben hacer en la situación concreta y que siendo ellas partes, ejercen cierto control sobre dichas decisiones.

5. Las partes deben ser conscientes y comprender que pueden elegir si continúan en la mediación o la abandonan, si aceptan o rechazan el consejo jurídico o de cualquier otro carácter.

6. Abundando en este esfuerzo las partes deben de comprender que, al margen de las restricciones externas siempre se le ofrecen algunas alternativas y que el control sobre las mismas es exclusivamente suyo.

7. Finalmente, se incrementa la revalorización de las partes cada vez que estas acrecientan o aumentan sus propias habilidades en la resolución de conflictos siendo conscientes de sus propios recursos (Raúl, 2006).

En cuanto al reconocimiento tenemos lo siguiente:

1. Asume que no sólo posee la capacidad de comprender la situación del otro, sino que tiene el deseo real de hacerlo.
2. Advierte que desea concentrar su atención en lo que el otro está experimentando y en encontrar el modo de reconocer esa experiencia a través de su comportamiento en la sesión.
3. Puede ver el comportamiento propio y de la otra parte bajo una luz diferente y más favorable que antes.
4. Logra reinterpretar la conducta y el comportamiento anterior de las partes, tratando de ver las cosas con la perspectiva de la otra parte (Raúl, 2006).

El modelo Harvard también conocido como método Fisher-Ury, es usado en un proceso en donde se destaca la comunicación lineal mediante preguntas

abiertas, tratando de impedir los interrogatorios cerrados que reducen la flexibilidad de las respuestas, se pretende que las partes en conflicto no se regresen al pasado sino que se centren en un futuro, ya que las relaciones posteriores deberán ser cordiales y con un sentido de comprensión de la otredad.

El método de Harvard considera cuatro puntos básicos:

- Personas: Separar a las personas del problema.
- Intereses: Centrarse en los intereses, no en las posiciones.
- Opciones: Pasar de las posiciones a las opciones, inventar opciones en beneficio mutuo, trabajar juntos para crear opciones que satisfagan a ambas partes, pasar de las protestas a las propuestas.
- Criterios: Insistir en utilizar criterios objetivos (Baruch, Bush., 1996).

Como antecedente podemos mencionar, que este modelo no es directamente un sistema de mediación, sino una escuela de negociación y resolución de conflictos, de

los estudios realizados en la Harvard Business School.

Por otro lado el modelo circular narrativo, sitúa un cambio de las relaciones entre las partes para desarrollar un acuerdo a través del uso de la comunicación verbal y no verbal, no se cree que el conflicto sea resultado de una situación caótica que hay que poner en orden, se piensa que aunque las partes implicadas tengan una versión ordenada de la realidad, lo que realmente necesitan es cierto grado de caos que les permita flexibilizar sus pensamientos y lograr una apertura que facilite la consecución de un acuerdo (Sara Cobb, 1991).

El mediador debe lograr que las partes en conflicto construyan otra historia del conflicto con una revalorización, a través de una comunicación de causalidad circular, provocando que las partes expresen los motivos del conflicto y busquen las posibles soluciones, es decir buscar cuáles fueron las causas que les llevo a conflictuarse.

Hay que destacar que dicho modelo se denomina “circular”, porque parte de una

concepción circular tanto de la comunicación como de la causalidad, y se denomina “narrativo” porque la categoría de narrativa es central tanto desde el punto de vista analítico como el propositivo (Marinés Suares, 2002).

El modelo de Carnevale, tiene su origen en el ámbito científico, siendo teórico, operativo y práctico, se distingue por cuatro estrategias de acción que puede usar el mediador en función de dos factores; en primer lugar, la importancia que otorgue a que las partes consigan sus aspiraciones y lleguen a un acuerdo, y en segundo lugar la percepción que tenga de un campo común entre las partes que facilite una solución aceptable ambos (Raúl, 2006).

Para este método son contempladas cuatro estrategias de acción para el mediador y que corresponden a las siguientes: (Raúl, 2006).

1. Integración: Cuando exista similitudes entre las partes y valor a sus aspiraciones.

2. Presión: Cuando no hay similitudes, ni importancia entre las partes.

3. Compensación: Se considera cuando se puede alcanzar un acuerdo, pero no se perciben coincidencias entre ellos.

4. Inacción: Cuando las partes tienen similitudes y coincidencias que con seguridad llegaran a un acuerdo (Raúl, 2006).

Cada uno de los modelos descritos en forma general con las características que les corresponden, a la hora de realizar los procesos de mediación, el mediador utiliza técnicas y herramientas de cada uno de ellos dependiendo del momento en que los mediados se encuentren en el proceso, es decir que a la hora de actuar, el mediador no utiliza un modelo en particular con todas y cada una de las características, sino que toma lo mejor para aplicar en el momento de cada uno de ellos.

CONCLUSIONES.

Los mecanismos alternativos de solución de controversias, son modelos

autocompositivos para que las personas en conflicto resuelvan sus diferencias, sus prácticas las han utilizado todas las culturas, en todos los tiempos.

Su aparición dentro del contexto mexicano, esta consagrado en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 17, cuenta con una Ley Nacional y en cada Estado del País se cuenta con una ley particular.

Las definiciones de la mediación contemplan cuatro aspectos a considerar: existe un conflicto entre las partes, existe un tercero neutral e imparcial que ayuda en el proceso de comunicación asistiendo a las partes, con técnicas y herramientas para que ellos por sí mismos logren llegar a acuerdos mediante una agenda, que al final les permita resolver sus diferencias.

Los modelos de mediación corresponden a escuelas y tradiciones con elementos teóricos, epistemológicos y procedimentales para ser utilizados en las personas conflictuadas, pero no existe en la práctica un modelo puro de aplicación, el mediador debe conocer estos modelos y las técnicas y herramientas con que

cuentan para que mediante el proceso de mediación pueda utilizarlas y obtener el provecho necesario a favor de las partes.

LITERATURA CITADA.

Baruch, Bush R.A./Folger J.P. (1996). La Promesa de Mediación, Argentina, ediciones Granica.

Cobb, Sara, Una perspectiva narrativa de la mediación. Hacia la materialización de la metáfora de "Narración-de-historias"; 'La pragmática del 'potenciamiento del protagonismo' en la mediación: una perspectiva narrativa'; y "La construcción social de las interacciones en las narrativas legales. Un análisis comparativo de las teorías deductivas e inductivas de la responsabilidad", todos en Negociación y resolución de conflictos (Materiales bibliográficos del Curso del mismo nombre), Universidad de California, Santa Bárbara, 1995.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Diccionario de la Real Academia Española, 2015.

Diccionario Espasa Jurídico, Madrid, 1991.

Enciclopedia jurídica Omeba, Buenos Aires, 1991

Folberg Jay/Taylor Alison, Mediación, 1997, México, editorial Limusa.

----- (1997). Mediación resolución de conflictos sin litigio, México, Limusa.

Highton Elena I./Alvarez Gladys S. (2004). Mediación para resolver conflictos, Buenos Aires, editorial Ad-Hoc.

Kafzyk, Anne. (2006). Ensayos sobre mediación. México, editorial Porrúa, S.A. de C.V.

Mendieta Suñé, Carles. (2002). Técnicas avanzadas de negociación. Barcelona, curso on-line de la Universidad de Barcelona.

Moore, Christopher. (1995). El proceso de Mediación, Buenos Aires, Granica.

Ovalle Favela, José. (1998). Teoría general del proceso. 4a. ed., México, Oxford University Press

Puntes, S. (2007). "La mediación comunitaria: ciudadanos, derechos y conflictos" Cámara de Comercio de Bogotá

Raúl, D. D., & Carlos, G. G. (2006). Mediación, proceso tácticas y técnicas. Madrid: Pirámide.

Soletto Muñoz, Helena y Otero Parga. (2007). Milagros, Mediación y solución de conflictos, Madrid, Tecnos.

Virgós Soriano, Miguel y Cristian Gual Grau. (2005). La mediación como alternativa, Del área de procesal y derecho público de Uría Menéndez (Madrid y Barcelona).