

LA MEDIACIÓN: ASPECTOS GENERALES

Adriana Schiffrin

Introducción

Con el afianzamiento del régimen democrático de gobierno se comenzó a hablar entre nosotros de distintas alternativas para resolver conflictos interpersonales. Esto no es casual, porque sólo en democracia es posible pensar en la participación de los ciudadanos en las distintas instancias relacionadas con la vida social organizada.

Sólo cuando la cultura de la participación se enraíza, se pueden empezar a cuestionar los métodos que se utilizan para resolver conflictos interpersonales, y diseñar alternativas válidas en las cuales los interesados se involucren en la solución de sus propios conflictos.

Es dentro de esa estructura donde se desarrollan y sistematizan técnicas como la mediación, la negociación directa, el arbitraje. Existe cantidad de otras que, si bien son más afines al sistema jurídico norteamericano, es interesante conocer por su potencial adaptación a nuestro medio¹. Lo que tienen en común es que son las partes en conflicto las que deciden la manera como quieren encarar su solución.

¹ *Entre otras, es importante conocer el minijuicio, en el que los abogados presentan una síntesis de sus posiciones y pruebas a los ejecutivos de las empresas en conflicto con poder de decisión. Tratan de llegar a un acuerdo; si no lo logran, un asesor neutral media o recomienda otra alternativa. Entre las ventajas del minijuicio resaltan el ahorro de tiempo y dinero que implica tener de forma rápida una visión de lo que pasaría en un juicio; además, los empresarios negocian directamente, sin la presión que a veces pueden agregar los abogados, lo cual permite conocer en detalle los puntos en divergencia.*

En la evaluación por un experto las partes nombran a un tercero, experto en el tema en discusión, que da su opinión sobre aspectos técnicos del conflicto y los identifica. Las partes luego deciden si quieren someter el caso a juicio o a mediación.

El esquema por el cual los conflictos que no se resuelven por negociación directa tienen como única alternativa la vía de los tribunales parece estar en crisis. Quizá pueda decirse con más certeza que es el sistema el que está en crisis. Desde distintos ámbitos surgen estudios, en su mayor parte estadísticos, en los que se demuestra la imposibilidad de decidir en tiempo razonable todas las cuestiones sometidas a juicio.

Pareciera exigirse a los jueces características sobrehumanas para poder hacer frente a la hiperactividad litigiosa característica de esta época².

Creemos más bien que el análisis debería estar dirigido a decidir si todos los casos que se presentan tienen entidad como para poner en funcionamiento el aparato judicial, o si puede pensarse en otras opciones cuando no están en juego cuestiones constitucionales o de orden público. Cuando se debaten derechos fundamentales, es indispensable contar con un sistema judicial confiable e independiente que envíe claros mensajes a la sociedad sobre conductas deseadas.

Si la preocupación por la generalización del uso de sistemas alternativos pasa por temer que se retacee el acceso a la justicia, cabría preguntarse si todos los casos que se presentan tienen entidad como para poner en funcionamiento el aparato judicial. También, si no es parte del ámbito de libertad de las personas decidir qué hacer ante un conflicto que necesita ser resuelto. La hipótesis puede ser, más bien, que muchas disputas no se resuelven por falta de instancias posibles para quien por diferentes razones no quiere iniciar un juicio.

En este sentido, la existencia de centros de mediación en barrios o instituciones, tribunales arbitrales, instancias que resuelvan cuestiones de menor cuantía y todos los servicios que pueden contratarse de forma libre y privada para intentar solucionar los conflictos, suman posibilidades en la búsqueda de una vida más armónica.

La historia está llena de ejemplos en los que alguna persona de la comunidad actuaba como instancia directa en la resolución de cuestiones que se presentaban de forma cotidiana. Los líderes religiosos, o alguna persona con gran predicamento en la sociedad, cumplían una función que hoy llamaríamos mediadora. Cuando el estado se organiza y toma para sí algunas funciones, como la de impartir justicia, se diluye esa instancia menos formal.

Hoy, curiosamente, como consecuencia de la alta complejidad de la vida moderna, intentamos recuperar del pasado formas más solidarias e inmediatas de convivencia.

² Véase *'La reforma del Poder judicial en la Argentina'*, FIEL, agosto de 1994

¿De qué hablamos cuando hablamos de "técnicas alternativas de resolución de conflictos"?

Hace poco más de veinte años comenzó a sistematizarse en Estados Unidos el estudio y la utilización de técnicas de resolución de conflictos interpersonales, a las que se agrupó con la sigla ADR (Alternative Dispute Resolution).

Cuando en nuestro país se comenzó el análisis de esas técnicas también se utilizó esa nomenclatura. A esta altura del desarrollo práctico y doctrinario del tema, puede sugerirse su reemplazo por la sigla TARC (Técnicas Alternativas de Resolución de Conflictos).

Es importante destacar que se habla de "alternativas" porque el parámetro de comparación es el juicio, sistema de resolución de conflictos por antonomasia. A medida que esas alternativas se multiplican y generalizan, y, de alguna manera transforman el juicio en una opción entre muchas otras, de "alternativas" pasan a ser "adecuadas". Hablaríamos, entonces, de Técnicas Adecuadas de Resolución de Conflictos.

Por lo tanto, frente a conflictos diversos, distintas serán las técnicas que optimizarán las posibilidades de llegar a un acuerdo.

El elemento común de las TARC es que son las partes involucradas en un conflicto las que deciden la manera como quieren encarar su solución. No se delega en un tercero la facultad de "dar a cada uno lo suyo", sino que de la interacción de las partes surge la mejor alternativa para todos. Cada persona sabe exactamente qué está dispuesta a ceder en aras del consenso.

Es en la sumatoria de esas concesiones mutuas como puede surgir un acuerdo que desde su inicio tenga la intención de cumplimiento. La experiencia muestra que cuando son las partes involucradas en un conflicto las que deciden su solución, existen mayores posibilidades de que ese acuerdo sea respetado.

En el juicio, en cambio, si bien el juez tiene amplias facultades que le permiten evaluar la prueba, está limitado a interpretar la ley. Debe imperativamente traducir las pretensiones de las partes a preceptos jurídicamente válidos. Su posibilidad de imaginar soluciones que, sin contradecir la norma legal, sean más versátiles, está limitada por los elementos que le acercan las partes por escrito, y que constituyen el marco de su pretensión. Aunque quisiera hacerlo, su función no es reconciliar intereses opuestos, y la sentencia en general implicará que si uno "gana" el otro "pierde".

La opción integrativa queda, en cambio, reservada para alternativas en las cuales pueda aprovecharse la creatividad de los participantes, y reconciliar elementos de tiempo, interés y posibilidades materiales, de modo de plasmarlos en un acuerdo en el que todos puedan satisfacer sus objetivos.

Esto no significa afirmar que las TARC constituyen la panacea que pondrá fin a todas las dificultades que presenta la actividad jurisdiccional, o que podrán resolver la miríada de conflictos posibles. Como ya dijimos, hay casos en los que la sentencia es insoslayable, por ejemplo cuando se quiere dar a la sociedad un mensaje claro sobre conductas deseables. En esos casos, son los jueces quienes definen el derecho.

¿Cuáles son las principales TARC?

El rasgo común de las TARC es que las partes tienen participación directa en su elección. En el desarrollo de los procesos elegidos, en cambio, la participación es diferente según se trate de la mediación, el arbitraje o aun la negociación.

La elección estará determinada por una cantidad de factores tales como la envergadura económica, la complejidad del caso o el deseo de participar de forma activa o con la colaboración de un asesor. Lo que siempre se debe defender es la preservación de la posibilidad de elegir qué hacer frente al conflicto y su tratamiento o resolución.

Es importante destacar aquí la responsabilidad que tienen los distintos profesionales en cuanto a asesorar acerca de la existencia de estas alternativas como forma de brindar un servicio más adecuado a sus clientes. Lo que hasta hace poco se resolvía con un "vamos a juicio" presenta ahora distintos matices. En Estados Unidos, por ejemplo, los abogados deben asesorar a sus clientes sobre todas las alternativas que tienen para resolver su conflicto, además del juicio.

Interesa mencionar aquí las que consideramos como técnicas más usuales: la negociación, el arbitraje y la mediación. A esta última le dedicaremos una parte sustancial de este trabajo.

La negociación

Aunque negociamos todos los días en circunstancias muy diversas, a "eso" que hacemos no lo denominamos tan formalmente. Negociamos en la familia, en el trabajo, cuando compramos algo. Siempre que queremos obtener algo de alguien con quien tenemos algún intercambio de información estarnos negociando.

Nos resulta tan natural negociar que no tenemos conciencia de que es una habilidad sustentada en una técnica, y que esa habilidad puede aprenderse y mejorarse. Para ello es necesario conocer los principios en los que se basa la negociación.

De hecho, no sólo es posible sino que es deseable aprender a negociar, y todo aquel que quiera iniciarse en el camino de la mediación debería primero sistematizar sus conocimientos de negociación.

En primer lugar, al encarar una negociación es importante planificar, tener un marco para pensar organizadamente. En esa preparación no sólo se deben tomar en cuenta los propios objetivos sino tratar de pensar cuáles son los del otro con el que me sentaré a negociar. Dentro de este orden podré clarificar mis intereses y determinar sobre qué aspectos estoy dispuesto a ceder, y cuánto. En la negociación se diseñan estrategias para lograr el objetivo buscado. Cuando un poco más adelante nos refiramos al desarrollo de la mediación, veremos cómo estos conceptos son allí también cruciales.

En los últimos años se ha desarrollado una importante bibliografía que analiza las posibles alternativas de negociación. Entre ellas, las que se refieren a la negociación competitiva y la negociación cooperativa.

En el primer caso, el negociador tratará de ganar a cualquier precio; es, en general, el papel que desempeña el abogado que trata de obtener la máxima satisfacción para su cliente. En este esquema, si una parte gana la otra necesariamente pierde.

En la negociación cooperativa se trata de identificar los reales intereses de las partes, y conciliar los comunes. Se considera que todo conflicto involucra por lo menos a dos partes, y que la solución no puede surgir a "expensas de..."³. Son estos principios los que subyacen al modelo de mediación que desarrollaremos.

El arbitraje

El arbitraje es, por su estructura, parecido a un juicio en cuanto a que es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta, y las partes aceptan esa decisión: sentencia, en el caso de un juicio; laudo, en el caso del arbitraje. No existe comunicación directa entre las partes sino a través de los abogados que hacen su presentación ante el árbitro.

El arbitraje

El arbitraje es, por su estructura, parecido a un juicio en cuanto a que es un tercero quien decide sobre el caso que se le presenta, y las aceptan esa decisión: sentencia, en el caso de un juicio; laudo, en el caso del arbitraje. No existe comunicación directa entre las partes sino a través de los abogados que hacen su presentación ante el árbitro.

La diferencia sustancial con el Juicio es que el árbitro es elegido por las partes, y las reglas de procedimiento con las que trabaja son más flexibles. Como es un procedimiento privado, las partes se aseguran la confidencialidad, lo que contribuye a preservar una mejor relación⁴.

³ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, "Sí... ¡de acuerdo!" *Cómo negociar sin ceder*, Buenos Aires, Grupo Editorial Norma, 1993, 211 ed.

⁴ Véase el excelente trabajo de Roque J. Caivano, *Arbitraje. Su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 1993.

Para que el arbitraje sea una alternativa válida es deseable que la decisión del árbitro sea vinculante, es decir obligatoria, y sólo apelable por no haber seguido las instrucciones que se le dieron. Lo que puede ocurrir en caso contrario es que se busquen pretextos para apelar de forma indefinida y que pierda sus ventajas en cuanto a costos y tiempos, sensiblemente más acotados que en un juicio.

La mediación

Una definición ya clásica dice que es la técnica mediante la cita; son las partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión.

El mediador no representa ni asesora a ninguna de las partes, papel que seguirá cumpliendo el abogado de cada una de ellas. Si como resultado de la mediación logran un acuerdo, ése será el mapa de sus relaciones futuras.

La mediación tiene un objetivo bien claro: resolver el conflicto interpersonal existente y colaborar en la toma de decisiones que lleven a su solución, sin adentrarse en las causas que lo subyacen. Importan sus efectos en el futuro, en cuanto muestran una forma posible de encarar los conflictos que puedan suscitarse.

Propuesta de un modelo de mediación

Comenzar a interesarse por el proceso de mediación implica adentrarse en un tema apasionante. El auge que su estudio y práctica tiene entre nosotros augura un desarrollo teórico y práctico muy promisorio.

Puede iniciarse el camino a través de un curso de entrenamiento o de una conferencia, y comenzará a tejerse una red de temas conexos: conflicto, comunicación, estrategias. Podemos decir, y no creemos que sea exagerado, que estamos en los comienzos de una nueva profesión.

Se trata de una técnica engañosamente fácil. Hemos escuchado decir a muchos abogados, contadores, terapeutas, que siempre han sido conciliadores en el ejercicio profesional y, por lo tanto, se consideran ya mediadores. Sin embargo, pensamos que es tan grande el cambio de perspectiva que implica ser mediador, que ésta es una disciplina diferente. Independientemente de la profesión de origen, sea el derecho, el campo de la salud mental o del trabajo social, la mediación implica una revisión de los paradigmas que la sostienen. No actúa igual el abogado que siempre tiene en la mira el objetivo de su cliente, que el mediador, quien tiene una mirada más globalizadora y que, como dijimos, no representa a ninguna de las partes.

El modelo que desarrollamos en este trabajo es uno entre muchos posibles. Es el que se ha desarrollado en países pioneros, que lo han adoptado hace ya casi veinte años. La práctica, el cotejo de experiencias, las discusiones teóricas, permitirán con el tiempo encontrar el modelo o los modelos propios que más se adecuen al estilo de cada región o país.

Parece útil analizar un esquema, comprenderlo, experimentarlo y luego adaptarlo a la realidad en la que se va a aplicar.

Existe toda una gama de estilos personales, tanto del mediador como de las partes, casos de diversa complejidad, distintos ámbitos en los que se plantea el conflicto, que llevarán a elegir distintas variantes.

No hay duda de que las características del país, la forma como está organizada la comunidad y su componente étnico son variables para tomar en cuenta cuando se piensa en generalizar el uso de la mediación. En este sentido, se plantea con frecuencia la pregunta de si los argentinos somos más litigiosos que los estadounidenses y, por lo tanto, si seremos más reacios a adoptar esta alternativa. Ésta es una incógnita que podrá ser develada dentro de unos años cuando evaluemos nuestra experiencia.

Nuestra presunción es que cuando se conozcan las ventajas de la mediación en cuanto a rapidez, versatilidad y participación, se transformará con naturalidad en una alternativa posible de resolución de conflictos.

Características de la mediación

La mediación es un proceso voluntario, confidencial, formalmente flexible, limitado en el tiempo, que se desarrolla con la participación activa de las partes. Consta de una serie de etapas conocidas aceptadas por las partes de antemano.

Es una técnica sumamente versátil que se adapta con facilidad para ser utilizada en gran cantidad de temas, tanto en casos de familia, patrimoniales en general, como interempresariales o de incumplimientos contractuales. Están comenzando en nuestro país a realizarse experiencias en mediación escolar; existen grupos que trabajan en mediación en temas ambientales: lenta y firmemente comenzamos a transitar el largo camino de la participación en el trato y la resolución de conflictos.

a) Voluntariedad

En principio, son las partes en conflicto quienes deciden si quieren o no involucrarse en un proceso de mediación. Puede ocurrir que una de ellas tenga experiencia porque ya la utilizó, o que le sea sugerida por su abogado. En ese caso, buscará interesar a la otra parte en intentar una mediación.

Basta tanto se generalice su uso existirá renuencia a proponer mediar los conflictos, por el temor de que se lo interprete como una debilidad en la posición negociadora. A medida que se la conozca y utilice será habitual incluir la mediación entre las propuestas que se realicen.

Una forma de prever la instancia mediatoria consiste en que en los contratos, de cualquier naturaleza que sean, se incluya una cláusula en la que se considere el uso de la mediación en caso de divergencias en su interpretación o ejecución. Puede incluso establecerse quién será el

mediador, o identificar a un tercero que tendrá la responsabilidad de nombrarlo. De esa manera, producida la divergencia, automáticamente se comienza con el procedimiento adecuado para poner en marcha el proceso de mediación.

Es habitual que la parte que ya conoce el funcionamiento solicite al mediador que se ponga en contacto con la otra parte y la instruya sobre las potencialidades de la mediación como forma de resolver el conflicto. Lo que se pretende es lograr una primera reunión conjunta en la que las partes puedan hablar de forma directa. Pueden poner fin a la mediación cuando lo deseen, y también puede hacerlo el mediador cuando considere que no es posible avanzar o que ese conflicto en particular requiere de alguna otra forma de resolución.

¿Cómo conciliar la voluntariedad con la existencia de una instancia de mediación obligatoria impuesta por ley?⁵. Si bien parece contradictorio, lo que se ordena es la concurrencia a una reunión de mediación que tiene como objetivo lograr el avenimiento. No hay obligatoriedad de concurrir a otras reuniones posteriores ni, por supuesto, de llegar a un acuerdo. La ley de mediación establece su vigencia por el término de cinco años, y tiene el claro objetivo de descongestionar los tribunales y de crear conciencia sobre las ventajas de la mediación. Se espera que, agotada la obligatoriedad, la mediación sea ya una alternativa más en la resolución de conflictos.

Lo importante es que la no concurrencia a posteriores reuniones no implica sanción alguna para el renuente, porque de otro modo se desvirtuaría totalmente la voluntariedad del procedimiento.

b) Flexibilidad del procedimiento

Siempre que en la mediación se respeten los principios fundamentales vinculados a la voluntariedad y la confidencialidad, las reglas de procedimiento pueden aplicarse con libertad. Existe un «patrón» mínimo que conviene no dejar de lado, etapas que permiten aumentar las posibilidades de acuerdos, pero la organización del tiempo, el lugar y los temas para tratar, logra de alguna manera diseñar un proceso a la medida de las necesidades de las partes y del tipo de conflicto.

Lo que no puede soslayarse es explicitar el procedimiento antes de comenzar a adentrarse en él, y asegurarse de que la explicación ha sido comprendida por las partes. Se cumple así la doble función de ordenar el proceso y de permitir a las partes controlar que se respeten las consignas acordadas.

Como todo el proceso es confidencial y no quedan pruebas de lo tratado, salvo el caso del acuerdo si lo hubiere, son pocos los elementos externos para controlar si existió o no una mediación. Cada mediador podrá establecer sus propias reglas, adaptarlas a su estilo, pero siempre respetando los principios básicos, y que sean coherentes con el fin de lograr comportamientos cooperativos.

⁵ *En el momento de finalizar este artículo acaba de promulgarse la ley 24.753, que establece la mediación obligatoria, con algunas excepciones, como requisito para la iniciación de demandas en la justicia Nacional Civil y Comercial.*

c) Confidencialidad

Uno de los objetivos principales del proceso de mediación es detectar los intereses de las partes y todo otro escollo para lograr el acuerdo. El poder del mediador sobre las partes es nulo; no tiene imperium alguno para imponer soluciones. Las partes están allí porque así lo han decidido. Quizá de ahí derive la mayor fortaleza del mediador: no puede imponerles nada, y todo lo que se decida será producto de la decisión de las partes.

La buena fe, la confianza y el convencimiento de que el intercambio directo de propuestas es lo que lleva a un acuerdo duradero son los pilares en los que se sostiene la mediación.

Así, un requisito ineludible del proceso es que las partes y el mediador puedan comunicarse con total libertad. Para ser efectivo, el mediador debe poder solicitar información y hacer preguntas que no serían contestadas si existiera el peligro de su utilización posterior fuera de contexto.

La información que intercambian las partes debe de alguna manera estar protegida; ocurre habitualmente que en el desarrollo del proceso aparecen temas totalmente desconocidos por alguno de los participantes N, cambian la perspectiva de la cuestión.

Para proteger esa información y garantizar que no se filtrará a terceros ajenos a la mediación, las partes, sus asesores, letrados y el mediador firman una cláusula de confidencialidad antes de iniciar el proceso. Esa cláusula protege tanto al mediador como a las partes, y explicita que ni las partes ni el mediador revelarán a terceros lo sucedido en las reuniones de mediación. El mediador también se compromete a no revelar a tina parte lo que le haya sido confiado por la otra en una reunión confidencial, a menos que expresamente se lo haya relevado de ese compromiso.

El mediador tampoco puede ser llamado como testigo en un juicio posterior entre las partes que verse sobre cuestiones tratadas en la mediación.

¿Qué pasará entre nosotros con este principio frente a las normas procesales que regulan el régimen probatorio? Éste es uno de los tantos interrogantes que deberán ser resueltos frente al desafío que representa el uso de técnicas menos formales de resolución de conflictos.

Conviene recordar que el proceso de mediación debe necesariamente basarse en la buena fe, y que se sostiene sólo con la voluntad de las partes de intervenir y trabajar para lograr un acuerdo viable. Costará un tiempo quizás alejarse de principios rígidos que implican siempre estar en guardia para anticipar las acciones de la otra parte que puedan ser perjudiciales. Por eso recalcamos una y otra vez que aceptar la mediación implica un cambio de mentalidad.

Con respecto al mediador, una hipótesis posible indica que, citado a un juicio como testigo para declarar sobre hechos conocidos durante la mediación, puede ampararse en el secreto profesional. Tanto el Código Procesal Civil y Comercial como el Código Procesal Penal incluyen normas que avalan esa posición.

Cuando las técnicas alternativas se integren a nuestra cultura, posiblemente sea necesario explicitar en una norma general el principio de confidencialidad tanto para la mediación como para otras TARC.

La literatura comparada muestra que ésta es una de las características más discutidas de la mediación. Si bien en el acuerdo preliminar que firman las partes y el mediador se establece claramente la cláusula de confidencialidad, queda la duda de cómo se garantiza que, terminada la mediación sin haberse logrado un acuerdo, una parte no utilizará la información obtenida en algún otro proceso.

Sin embargo, el requisito de la confidencialidad es crucial para el éxito de la mediación, porque es la única forma de lograr que se expongan con sinceridad los múltiples aspectos del conflicto. Si las partes supieran que pueden llamar a testificar al mediador, ¿serían sinceras en el curso del proceso? Por otro lado, la función del mediador no es develar "la verdad" en sentido jurídico, sino desentrañar lo que las partes quieren; por lo tanto, la única documentación con que el mediador trabaja, y que destruye al final de la mediación, son las notas en las que se apoya para recordar los elementos fundamentales del caso.

La excepción a la regla de confidencialidad para el mediador son aquellos delitos que está obligado por ley a denunciar, los casos de abuso de menores y toda otra cuestión que, a su juicio, impida un procedimiento cooperativo y transparente. Estas limitaciones se incluyen en la cláusula de confidencialidad previa al inicio de las reuniones.

Una cuestión que también genera interrogantes es qué debe hacer el mediador en casos en los que la mediación devela la existencia de violencia familiar o conyugal. Nuestra posición es que debe poner fin al proceso y realizar las derivaciones pertinentes a instituciones especializadas. En esos casos, el desequilibrio de poder entre las partes y la situación de real peligro en que puede estar la parte victimizada contradicen los principios básicos de la mediación.

Al relacionar este principio con el de la voluntariedad, si lo que alguna de las partes quiere es obtener información que luego utilizará en un juicio, es improbable que se cree la atmósfera de confianza indispensable para que la mediación avance.

El proceso de mediación

La mediación es un proceso cuyo objetivo es identificar los puntos en conflicto e intentar, a través de técnicas específicas, que las partes lleguen a un acuerdo. Para lograrlo, se sigue una serie de etapas que tienden en conjunto a construir el marco dentro del cual se produce el intercambio de información entre las partes.

El mediador es quien guía y organiza ese proceso, con intervenciones tendientes a lograr un ámbito de cooperación donde explorar distintas alternativas de acuerdo.

El rol del mediador es controlar que se cumplan los objetivos previstos, a través de acciones e intervenciones encuadradas en algunas pocas reglas de procedimiento, que las partes conocen y aceptan al inicio de la reunión de mediación.

Cada mediador establece sus propias reglas, en general por escrito, que constituyen el "acuerdo de mediación" que firman todos los que intervienen en ella.

Proponemos algunas posibles reglas que consideramos básicas, con la salvedad de que cada mediador podrá agregar las que considere pertinentes, con el cuidado de que sean coherentes con los principios generales de la mediación:

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

Intervenciones del mediador para ordenar el proceso

Al iniciarse el proceso de mediación con la *reunión conjunta inicial*, la primera acción del mediador consiste en *ordenar el espacio físico*.

La ubicación de los participantes no es casual: el mediador se ubica siempre equidistante de las partes para evidenciar su imparcialidad.

Se repasan luego las *reglas de procedimiento*; éste es el momento para todas las aclaraciones que sean necesarias. Pueden presentarse dudas acerca del desarrollo de la reunión, los alcances de la confidencialidad, el manejo de las reuniones privadas confidenciales. Aun cuando haya que detenerse una y otra vez en algún punto, conviene ser muy precisos y que todos los participantes comprendan con claridad los principios de la mediación. Recordemos que la informalidad no significa desorden sino posibilidad de adaptarse a las necesidades del caso.

Finalmente, y antes de comenzar de lleno con la presentación de las posiciones por las partes, el mediador confirma que éstas están *emocionalmente listas* para comenzar a trabajar. Si bien la mediación es un proceso que tiende a resolver los conflictos sin indagar en el pasado más de lo necesario y con miras al futuro, no puede soslayarse el aspecto emocional que trae aparejada la existencia de problemas sin resolver. El ámbito de la mediación es privilegiado en cuanto el mediador actúa como contención, reconociendo los sentimientos que afloran pero evitando el desborde.

Una vez ubicadas las partes, sus asesores letrados y toda otra persona que participe de la mediación, el mediador pedirá a cada participante que se presente y, si es necesario, que aclare el motivo de su presencia en esa reunión.

El mediador también se presentará, explicando su función de organizador y guía del procedimiento y recordando su falta de poder para imponer solución alguna. Diferenciará su función de la de los letrados o asesores de las partes.

Puede ocurrir que alguna de las partes concurra a la reunión porque piensa que es la única forma de evitar un juicio, pero no porque esté totalmente convencida de los beneficios del proceso. Las intervenciones del mediador serán cruciales para involucrar a todos los participantes y dar una visión realista de lo que se puede conseguir trabajando en conjunto hacia una meta común.

Logrado el consenso adecuado para proseguir, éste es el momento en que las partes explicitan sus posiciones y manifiestan su visión del conflicto.

El mediador determina quién es el primero en hablar, y esta decisión puede ser difícil sobre todo por la necesidad permanente de mantener su imparcialidad.

Si existe un juicio pendiente entre las partes, en general comienza el actor; si no, comienza la parte que propuso la mediación. Nada obsta a que las partes mismas decidan el orden de las exposiciones, si la relación entre ellas es lo suficientemente fluida.

Inmediatamente después de que cada una de las partes finaliza su exposición, el mediador, que habrá tomado nota de los puntos más importantes, realiza lo que se denomina "parafraseo": repite lo que ha dicho la parte utilizando un lenguaje más neutral y desprovisto de carga emotiva. Este parafraseo tiene la función de ir detectando los puntos sobre los que luego se intentará construir el acuerdo, y de alguna manera objetivar el discurso.

Una vez que el mediador conoce las pretensiones de todas las partes, comienza la tarea de acercar las posiciones Y detectar intereses. Ésta puede ser una ardua tarea, porque implica deshacer un nudo que puede haberse ajustado durante mucho tiempo, escondiendo los reales puntos en divergencia. Los hechos se mezclan con los sentimientos, los malentendidos, las suposiciones, y, al revés de lo que pasa habitualmente, el bosque no permite ver el árbol.

Si bien no puede decirse que en una mediación haya tareas más importantes que otras, no se puede avanzar mientras no se establezcan las prioridades y los aspectos medulares del conflicto. El arma principal que tiene el mediador es la posibilidad de preguntar, con toda la amplitud y la frecuencia que considere necesarias. A través de preguntas aclarará los puntos oscuros, permitiendo que cada parte escuche y entienda la posición del otro.

Puede ocurrir en alguna etapa que el mediador necesite información de alguna persona que no la dará en presencia de la otra o que se haya producido una impasse. En esos momentos, las reuniones privadas confidenciales constituyen un recurso importante con que cuenta el mediador. En ellas es posible detectar intereses ocultos o poco claros, y el mediador tiene la posibilidad de desempeñar el papel de "abogado del diablo", con preguntas más directas que las que puede hacer en las reuniones conjuntas.

Si considera que el acuerdo es difícil por la posición recalcitrante de alguien, o porque sus pretensiones, de cualquier tipo que fueren, son desmesuradas, podrá intentar confrontar esas pretensiones con datos de la realidad: ¿sería eso lo que podría obtener en un juicio? o ¿es ése el valor de mercado de ese producto? Es función del mediador chequear permanentemente los argumentos con algún patrón objetivo externo: la ley, el precedente judicial, la opinión de los expertos. Sólo así se podrá lograr una discusión basada en datos reales que lleve a un acuerdo.

Como ya dijimos, todo lo que se dice en esas reuniones es confidencial, y el mediador sólo revelará lo conversado a la otra parte si se lo autoriza expresamente.

Del juego de las reuniones conjuntas y de las privadas surgen las distintas opciones que serán evaluadas con miras a un acuerdo. Ese momento en que se ponderan distintas opciones es cuando se pone en juego toda la creatividad de los participantes, porque de las propuestas que parecen más disparatadas suelen surgir acuerdos valederos.

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

El acuerdo

Parece lógico pensar que el éxito de la mediación se mida por los términos del acuerdo logrado. Parece evidente que lo que busca el mediador es lograr "un buen acuerdo", con el que todas las partes estén satisfechas y que estén dispuestas a cumplir.

Sin embargo, y con una mirada más amplia, el éxito puede medirse de formas diversas. En cuestiones muy complejas, la satisfacción surge de haber podido detectar con claridad los aspectos centrales de un conflicto que parecía incomprensible. Otras veces, a la inversa, lo que parecía simple muestra otras aristas, y se decide utilizar otra forma de resolver el conflicto. Puede ocurrir que las partes pongan fin a la mediación sin haber llegado a un acuerdo, pero que poco tiempo después se reúnan privadamente y decidan que ha llegado el momento de firmarlo.

Quizá más que juzgar una mediación sólo por su resultado, convenga evaluar si se cumplieron los principios de cooperación y buena fe inherentes al proceso.

Cuando al final de un proceso de mediación se logra acuerdo, se ponen por escrito sus términos y lo firman las partes, sus abogados y el mediador. Ese acuerdo tiene el valor de un contrato, o sea que vale para las partes como la ley misma. Por lo general se incluye una cláusula en la que se establece que en caso de divergencias se volverá a intentar la instancia mediatoria.

Si ya se había iniciado un juicio respecto de la cuestión sometida a mediación, el acuerdo se presenta ante el juez para que lo homologue y, así, poner fin al juicio.

Epílogo

El desempeño del mediador debe ser a la vez prescindente y atento. Con la mira puesta en el objetivo de que sean las partes las que resuelvan a su criterio sus conflictos, el mediador debe controlar que se siga el procedimiento previsto y realizar las intervenciones necesarias para garantizar la fluidez de la comunicación.

Es importante que complemente su profesión de origen con entrenamientos para completar su formación.

Del juego entre su profesión, su capacitación de origen y sus actividades y estilo personales surgirá el perfil que permitirá valorar su efectividad en esta nueva disciplina.