

LA MEDIACIÓN

3.2.1. GENERALIDADES

GENERALIDADES

Es necesario precisar de qué se suele confundir la figura de la mediación con la conciliación como iguales y no es así, en nuestro medio cada una mantiene sus propias características. Por ello en la mediación, son las personas, grupos, naciones, inmersas en un conflicto y que son las que recurren en forma voluntaria a la intervención de un tercero neutral llamado mediador, para que colabore con una y otra parte en lograr el acercamiento que permita obtener, si así lo deciden el acuerdo que ponga fin a la cuestión en conflicto, ya sea en todo o en parte.

Puede ocurrir y a menudo ocurre, que la presencia de un conflicto afecta las posibilidades de comunicarse entre las personas, y no siendo posible establecer la comunicación directa, la intervención de un tercero neutral facilitador puede promover y restablecer la comunicación entre las partes confrontadas. Este tercero neutral facilitador es un mediador.

La mediación puede aplicarse a problemas algo más complejos y/o cuando la relación de partes tiene afectada la posibilidad de comunicación. La Conciliación Extrajudicial, puede aplicarse en problemas de mayor complejidad y/o aquellos que requieren de un acuerdo que tenga carácter de título de ejecución y pueda ser exigido por la vía judicial en ejecución de sentencias de modo muy expeditivo.

En el Perú, la mediación solo esta normada en la esfera laboral, lo que acontece es que en nuestro país lo que entendemos y está legislado como conciliación con excepción de los conflictos laborales- en otros países como es el caso de EE.UU. como FRANCIA como ARGENTINA, se le denomina mediación; es decir, cuando en tales países se hace referencia a la mediación para nuestro conocimiento se está aludiendo a lo que conocemos como conciliación.

La mediación, no tiene reconocimiento legal autónomo en la legislación peruana, aun cuando gran parte de sus funciones las asume la conciliación.

CONCEPTO.

Etimológicamente, existen distintas acepciones dadas por los diccionarios, que pueden acercarnos al origen de la palabra mediación, no sólo para conocer el mismo, sino para permitirnos comprender las fases de dicho procedimiento: del latín mediatio-onis, acción y efecto de mediar. "Mediar": mediar, llegar a la mitad de alguna cosa, real o figuradamente. Interceder por alguien. Interponerse entre los que riñen o contienden, procurando conciliarlos. La mediación consiste en que el tercero se limita a acercar a las partes, los que buscan directamente el arreglo de sus controversias. En cuanto a la mediación los tratadistas Folberg y Taylor. Definen, como el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una

persona o personas naturales 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 ayuda a reducir los obstáculos de comunicación entre los participantes, para lograr un acercamiento, con alternativas de solución de los conflictos de intereses.

La mediación es el acto de interposición de formulas de avenimiento a la solución del conflicto. La mediación laboral, en el ámbito privado, se gesta cuando los agentes negociadores solicitan o autorizan específicamente al conciliador la presentación de una o varias propuestas de solución.

La mediación es una forma de resolver conflictos entre dos o más personas, con la ayuda de una tercera persona imparcial, **el mediador**. Los mediadores pueden ser alumnos, profesores, padres. No son jueces ni árbitros, no imponen soluciones ni opinan sobre quién tiene la verdad, lo que buscan es satisfacer las necesidades de las partes en disputa, regulando el proceso de comunicación y conduciéndolo por medio de unos sencillos pasos en los que, si las partes colaboran, es posible llegar a una solución en la que todos ganen o, al menos, queden satisfechos.

Características de la Mediación:

Entre otras características, se destaca su carácter voluntario y confidencial, mientras que el proceso se desarrolla en un contexto cooperativo, orientado a modificar tanto la percepción del conflicto como la relación entre los protagonistas, siendo éstos los objetivos principales de la mediación, en la que no es obligatorio llegar a un acuerdo que, en todo caso se alcanza por consenso. Se trata de un proceso flexible, donde es posible combinar distintas estrategias y recursos para lograr resultados creativos, mediante un enfoque orientado hacia el futuro.

A través de la mediación, las personas tienen la oportunidad de resolver sus conflictos en forma creativa y original sin dejar en manos de un tercero la responsabilidad de tomar una decisión, -como en el caso del litigio- e incorporando la idea de que ambas partes pueden resultar "ganadores" a partir de la atención de sus propios y peculiares intereses, reivindicando además la honestidad y desarrollando un sentido de responsabilidad sobre las propias acciones.

La mediación es aplicable tanto a conflictos organizacionales como a situaciones cotidianas, considerándose necesaria la suficiente flexibilidad y apertura como para aceptar la idea de un beneficio común a las partes involucradas, donde el protagonismo sea posible, existiendo respeto, confianza y solidaridad, es decir que en el espíritu de la propuesta surge la necesidad de un verdadero cambio cultural.

Podemos resumir entonces las características a partir de las cuales se desarrolla el proceso de mediación:

“Se trata de una negociación asistida por un tercero neutral que intenta ayudar a las partes a mejorar la comunicación entre ellas con un enfoque orientado al futuro.

“Las partes, con la ayuda del mediador, actúan por sí mismas, manifestando sus puntos de vista y proponiendo soluciones cooperativas.

“Se basa en un principio de beneficio mutuo.

“Es un proceso que tiende a la consecución de un acuerdo, aunque la propuesta se enriquece a partir del diálogo constructivo.

“Es un proceso informal y flexible, aunque se desarrolla dentro de un esquema previamente pautado y explicado a las partes por el mediador en su discurso inicial.

“Es absolutamente confidencial, por lo que ninguno de los participantes puede revelar el contenido del proceso.

“En caso de llegar a un acuerdo, éste es determinado por las partes en función a sus intereses y posibilidades.

Que es el mediador?

Es un tercero neutral entrenado para brindar asistencia a las partes en el proceso de búsqueda de soluciones aceptables y satisfactorias para ambas. ¿Cuál es el rol que cumple? Su desempeño se basa primordialmente en escuchar atentamente a los disputantes e incentivarlos hacia un diálogo franco, de exploración honesta de posibilidades para un acuerdo mutuo. Como condición previa, debe informar a las partes en la reunión inicial cuáles son las características del proceso de mediación y las reglas de juego a que deberán atenerse en caso de optar por esta técnica alternativa de resolución de conflictos. Lograr un acuerdo consensuado dentro del clima creado y mantenido es el otro objetivo, cuyo límite en acercar a las partes llega hasta donde la voluntad negociadora de ellas lo permita. O sea que de producirse un estancamiento o una ruptura definitiva de las relaciones, el mediador debe sugerirles que den por terminado el procedimiento a fin de evitar la prolongación de discusiones que desgastan los ánimos y generan mayores costos.

Características de un mediador eficiente.

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, aun cuando el mediador esté en desacuerdo con la sabiduría o con la justicia de la solución.
- **Flexibilidad:** Debe estimularse la fluidez en las comunicaciones.
- **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.

- **Paciencia:** Es importante que el mediador pueda esperar los tiempos necesarios según lo requieran las partes.
- **Empatía:** El mediador debe ser capaz de valorar percepciones, medios e historia que cada parte revele en la discusión. La confianza se instala a partir de esta corriente personal.
- **Sensibilidad y respeto:** El mediador debe ser respetuoso con las partes y sensible a sus fuertes sentimientos valorativos, incluyendo sexo, raza y diferencias culturales.
- **Oyente activo:** Las partes deben sentir que el mediador ha oído las respectivas presentaciones y dichos.
- **Imaginativo y hábil en recursos:** Es importante que el mediador tenga capacidad de generar y aportar ideas nuevas.
- **Enérgico y persuasivo:** A través de la conducción del proceso, el mediador debe intervenir eficazmente para lograr la flexibilidad entre las partes aunque debe dirigir la dinámica y controlar la audiencia sin ser autoritario.
- **Objetivo:** El mediador será más efectivo si permanece desligado del aspecto emocional de la disputa.
- **Digno de confianza para guardar confidencias:** Debe guardar confidencialidad y las partes tienen que estar convencidas de que ello será así.
- **Tener sentido del humor:** Es necesario para aflojar tensiones y crear un clima favorable.
- **Perseverante:** Cuando las partes llegan lentamente al acuerdo, el mediador debe soportar las espera y la ansiedad que esto provoca

La forma en que el mediador desempeñe sus deberes profesionales revelará sus condiciones en lo que hace a su carácter, intelecto, creatividad, habilidades técnicas, valores morales y desarrollo social y comunitario.

Su desenvolvimiento tendrá puntos de apoyo las aptitudes manifestadas a las partes que consistirán en su flexibilidad, imparcialidad, integridad y objetividad.

Prudencia: Es la que necesariamente el mediador debe guardar al efectuar sus

Manifestaciones sobre la problemática del asunto. Su posición entre las partes le obliga a asumir en forma responsable y honesta los efectos que surgirán de su intervención, sugerencias o recomendaciones.

Imparcialidad: El mediador no puede estar comprometido con ninguna de las partes, ni siquiera con la consecución de un determinado tipo de acuerdo. Esto le posibilita una mayor movilidad dado que está en óptimas condiciones para facilitar que los actores exploren posibles y viables acuerdos. El mediador como facilitador, debe sugerirles el asesoramiento letrado en caso de ser necesario el consejo y la perspectiva legal, Este principio también es aplicable aun en los supuestos en que un abogado actúe en calidad de mediador. El mediador tampoco es un sustituto pertinente en los casos en que se precise asistencia terapéutica. En tales circunstancias debe informar y, orientar a las partes para que ellas la obtengan, inclusive

cuando en virtud de su profesión el mediador pudiera estar habilitado para dichas tareas. Su rol como mediador es excluyente de otras aptitudes o certificaciones profesionales que tuviera y no puede ejercerlas al momento de mediar.

Confidencialidad: El éxito de la mediación depende en gran parte de la certeza que tengan las partes sobre la privacidad con que ha de conducirse el proceso. El mediador está obligado a guardar secreto acerca de las manifestaciones, documentos e informes obtenidos durante el desempeño de su función. Este deber de confidencialidad le es debido a las partes entre sí y también respecto de terceros. Sólo en el supuesto de que aquéllas lo autorizaren podrá revelar las situaciones que haya conocido en la mediación. Pero este principio cede en algunos supuestos:

- Cuando tomare conocimiento de hechos que originaren o pudieran configurar delito.
- Cuando del desarrollo del proceso pudiera inferir situaciones que pusieran en riesgo la integridad física o psicológica de alguna persona.
- Cuando estuviera en presencia de un hecho ilícito.

En tales supuestos deberá poner en conocimiento a los órganos pertinentes para que tomen intervención.

Uso de la información: Si partimos de la afirmación que el principio de confidencialidad es esencial en la mediación, llegamos a la garantía que obtienen las partes de que el mediador no divulgará lo manifestado por ellas ni siquiera ante un eventual juicio subsiguiente. El mediador no está obligado a testificar ante las Cortes en los casos en que hubiere actuado, ni tampoco remitir evidencia alguna. De hecho los borradores y notas que él elaborara con las partes durante las audiencias, se destruyen al finalizar el proceso, lléguese o no a un acuerdo.

Diferencias entre el mediador y el conciliador:

Cabe diferenciar el Mediador del Conciliador, en el sentido que el primero tiene como actividad peculiar limitarse a propiciar reuniones y el entendimiento entre las partes, mientras que la intervención del conciliador consistir en asistir a las partes proponiendo eventualmente, si lo estima conveniente formularlas conciliatorias no obligatorias, es decir puede plantear proposiciones a las partes, las que tienen plena libertad de rechazarlas o aceptarlas.

Adicionalmente, al mediador le resulta irrelevante el acuerdo al que puedan haber arribado las partes en conflicto, lo que no acontece con el Conciliador ya que el acuerdo al que puedan llegar las partes habrá de un acuerdo consensuado justo y equilibrado.

El mediador se distancia del conflicto, no busca la resolución del mismo ni presenta formulas de solución, se limita acercar amigablemente a las partes, es correo de comunicación entre las partes antagónicas; en cambio, al conciliador le entereza que el conflicto se resuelve bajo una composición justa por las partes.

La mediación en el ámbito de las relaciones internacionales tiene una presencia notoria

como los esfuerzos desplegados por Kissinger en el medio oriente y últimamente cuando ejercía la presidencia Bill Clinton con sus homólogos Ehud Barak y Yacer Arafat , Presidente de Israel y Palestina respectivamente .

En consecuencia , la función que cumple el mediador constituye tan solo un medio de aproximación para que los interesados lleguen por si mismos a la solución del conflicto en que se encuentran , su actividad es de coordinadora entre las partes , lima , aristas y acerca de las posiciones en que se encuentran .

-CON LA NEGOCIACION

Para BIDART “la diferencia radica en la intervención del tercero imparcial (el mediador) que se pone al servicio de ambas partes, colaborando con ellas para que puedan lograr la solución del conflicto”.

La diferencia fundamental entre ambos mecanismos alternativos está en que la mediación implica la participación además de las partes de un tercero neutral llamado mediador capacitado para ayudarlo a solucionar su conflicto, Mientras que en el proceso de Negociación solo participan las partes a lo largo de todo el desarrollo del proceso.

-CON EL ARBITRAJE

Tanto las Mediación como el arbitraje se dirigen al mismo fin pero por caminos diferentes. La diferencia estriba en que en la mediación las partes solucionan el conflicto por si mismo, esto es son las propias partes quienes construyendo la solución, ayudados por un mediador. En cambio el arbitraje el tercero no ayuda a las partes sino impone la solución de obligatorio cumplimiento a las partes en conflicto, además de ser adversarial y adjudicativo.

Los principios de la mediación

- Se trata de un acto cooperativo NO competitivo
 - Está más orientado hacia el futuro que hacia el pasado, ya que su fin es Mejorar las relaciones
 - No se da el “yo gano / tú pierdes” sino que hay dos posibles ganadores
 - Exige honestidad y franqueza
 - Es un proceso voluntario, requiere que ambas partes estén motivadas
 - Se preocupa por las necesidades e intereses en vez de las posiciones
 - Intenta homogeneizar el poder
 - No es amenazante, no es punitivo
 - Es un proceso totalmente confidencial
 - Es creativo requiere la aportación de nuevas ideas y nuevos enfoques
- Para la transformación del conflicto y la mejora de las relaciones

ETAPAS

Puede decirse que dentro del procedimiento de la mediación son seis:

1. Organización del espacio a donde se va a desarrollar la audiencia.
2. El mediador escucha las posiciones de las partes.
3. El mediador detecta los intereses y necesidades de las partes.
4. El tercero neutral comienza la etapa de replanteo y generación de opciones.
5. Se llega a un acuerdo (o no)
6. Cierre de la audiencia.

El trabajo del mediador consiste en sacar a las partes de sus posiciones y llevarlas al terreno de los intereses. Esto es así, porque las posiciones se encuentran dentro del esquema del conflicto de ganar-perder, es decir, que una de las partes gana todo y la otra pierde, que es el esquema básico del litigio. El mediador, mediante técnicas adquiridas, las lleva al terreno de los intereses reales, en el cual se puede llegar a un esquema de ganar-ganar, típico de los medios alternativos de resolución de conflictos, en el cual ambas partes ganan y pierden un poco, pero básicamente ganan, porque ambas colaboran para llegar a un acuerdo satisfactorio y rápido para

3.2.2. GESTIÓN.

En cuanto técnica no adversarial, puede conceptuarse como una estrategia destinada a la resolución de conflictos, de la mejor manera posible y por la vía pacífica, mediante la negociación directa entre las partes involucradas en la controversia, eludiendo el litigio y favoreciendo la creatividad en busca de resoluciones posibles. Se realiza con la intervención para la gestión de un profesional capacitado al efecto: el mediador, que es un tercero neutral sin capacidad de decidir, en un ámbito de confidencialidad.

El tercero interviniente en la solución del conflicto juega como mediador un rol más activo que como conciliador, en razón de que directamente sugiere las propuestas de solución.

La mediación se produce de una forma interventiva, a través de la cual un tercero neutral propone, a pedido de las partes en conflicto, alternativas de solución. Estas pueden ser aceptadas o desestimadas por los agentes negociadores.

La mediación es también un medio de resolución de conflictos, autocompositivo y de alto contenido dispositivo, en el cual un tercero neutral restablece, facilita y promueve la comunicación, entre dos partes confrontadas a efectos que estas puedan negociar una solución a su conflicto.

En la mediación, el rol del mediador es determinante para conectar a las partes, pero no para la solución propiamente dicha; de allí que el mediador debe ser muy eficiente bajando las tensiones que distorsionan la comunicación, eliminando los factores que alejan a las partes y sobre todo procurando que la comunicación restablecida no se vuelva a interrumpir.

El mediador, además de ser una persona con autoridad y ascendencia sobre las partes, debe

conocer de técnicas de negociación, teoría de los conflictos, psicología y otros campos que le permitan actuar eficientemente en el propósito de acercar a las personas confrontadas.

3.2.3. Ventajas.

a) Es rápida. Puede solucionar un problema que en los tribunales llevarían años, en una negociación que quizás se extienda en una audiencia de una o dos horas. Desde luego no todos los casos son tan sencillos. Algunos más complejos, suelen llevar más sesiones, pero aun así el tiempo se acorta notablemente.

b) Es confidencial. En la mediación, la confidencialidad es básica porque parte de la base que las partes se amparan en el secreto para poder expresar con libertad, cosa que jamás sucedería en los tribunales. Esto debe ser aclarado a las partes, y ellas deben de estar seguras de que nada de lo que diga en las sesiones podrá ser utilizado en su contra en caso de ir a juicio., por eso las sesiones transcurren a puertas cerradas y no pasa a ningún expediente. Incluir el acta de la audiencia no contiene ningún tiempo de explicación de lo actuado en cada de ellas, y se debe firmar, antes de comenzar la sesión.

c) Económica: Es mucho más barata que un juicio, no solo por los montos mínimos de los honorarios debidos a los mediadores, sino también porque reduce los honorarios de los abogados de parte y también los costos de justicias.

d)Es justo: Porque el diferencia de los juicios, a donde hay un juez que falla dándole la razón a una a otra de las partes, son las partes mismas las que deciden sus problemas, cediendo algo, recibiendo algo, pero básicamente tomando un conocimiento más profundo del problema y del verdadero problema de la contraparte.

e) Ha probado ser exitosa; porque en los países que la han usado mucho tiempo, las estadísticas reflejan la cantidad de acuerdos exitosos a los que se llegan, y las cifra son día a día más satisfactorias.

3.2.4. Formas:

Empresarial: Se utiliza para solucionar problemas de productividad de cooperación entre los empleados.

Del personal: Por un especialista en personal, que naturalmente está adscrito al departamento de relaciones industriales.

Marital: Forma separada de la mediación, ya que para intervenir en un caso como estos se necesita de una capacitación especializada.

Medios Alternativos de Solución de Conflictos

Amical: El mediador es un amigo de dos o más personas que tienen un conflicto.

Comunitaria: Miembros de una [comunidad](#) sirven de mediadores entre otros miembros.

Paternal: Cuando existe un conflicto entre los padres o progenitores y el hijo(s).