

***EL MEDIADOR COMO FACTOR FUNDAMENTAL EN LA MEJORA
DEL PROCESO DE COMUNICACIÓN EN LA MEDIACIÓN***

Aghner Florez Quiñones

Estudiante de 5to año de Derecho UCAB

C.I. V- 17.801.513



Caracas, Febrero de 2011

I. Justificación

1. No es secreto para cualquier estudioso o persona dedicada al arte de la mediación, que el punto nodal de la misma radica precisamente en entender el papel capital que en ella juega la comunicación. Sin embargo, su mera enunciación, pareciera deparar un camino fácil a la hora de diseccionar la magnitud de su significado, pues no es difícil comprender – incluso para un lego-, que toda persona ha de comunicarse. Pero, profundizando en esta premisa, nos percatamos que ella no explica satisfactoriamente nuestro tema, en esencia porque la comunicación en la mediación genera dificultades de distinto grado, y sin estas la mediación no sería tan útil.

2. Es en este marco donde se incardina la importancia suprema de la buena comunicación dentro del proceso de mediación, pues sin lugar a dudas, y como puede deducirse, si el proceso comunicativo no puede llevarse a cabo o si se lo canaliza de modo deficiente, el fin primordial por el cual la mediación existe, esto es, el manejo adecuado del conflicto que pudiese, de darse el caso, dar solución a una desavenencia entre los sujetos que participan en ella, casi no podrá materializarse, es decir, la mediación como proceso tendente a un fin sería casi inútil.

3. Es aquí donde se ve en todo su esplendor el rol del mediador, pues de él y su capacidad para manejar eficientemente la comunicación entre los participantes en el proceso, dependerá aunque no en su totalidad, si en una medida importante, el éxito del mismo. Pero, no queremos decir que la buena comunicación entre los participantes, propiciada por el mediador sea una condición suficiente para el éxito mencionado, pero si resulta una condición necesaria, más aún diríamos vital. El mediador, debe tomar profunda conciencia de lo dicho, para que junto con los demás factores que entran en juego en un proceso lógicamente complejo y dinámico como este, se trabaje para poder ofrecer una herramienta útil, destacada fundamentalmente por su calidad.

4. Mas, la búsqueda de calidad dentro del proceso de mediación, no debe ser entendida sólo como una elucubración académica, o a lo más como un modo para lograr la mayor eficiencia laboral, sino que hay algo más. Se trata de algo trascendente: ser copartícipe en una cierta medida, en la construcción de una cultura de paz, la cual para realizarse más efectivamente, precisa como ingrediente principal la creación de una conciencia ciudadana, la cual ha de tener como uno de sus fundamentos, la comprensión plena de la necesidad de que el conflicto en su

totalidad, se maneje lo más efectivamente posible. Ahí, la mediación es un atractivo auxiliar de un sistema social, cuya pieza más concreta es el Estado Constitucional Democrático moderno.

5. Así las cosas, ya tenemos un panorama general de la importancia del tema a tratar en el presente ensayo cuyo fin, como vemos, es eminentemente práctico. Por todo lo dicho, nos percatamos que no trataremos un tema aislado que no lo trascendería, sino que es, por así decirlo, el control maestro de un complejo sistema de soluciones a problemas que se presentan en el funcionamiento de otros sistemas mayores, que forman parte a su vez del macro-sistema llamado sociedad. Esto constituye una verdad tal que basta darnos cuenta que la adecuada comunicación es necesaria en todas las interacciones de nuestra vida en sociedad, y no solo en mediación.

6. Para lograr de la mejor manera el doble objetivo de fundamentar que el mediador es un factor fundamental para mejorar el proceso de comunicación y que este tiene disponibles las herramientas aptas para realizar este cometido, este ensayo pretende dar respuesta a las siguientes preguntas: 1- ¿Por qué la comunicación es esencial en el proceso de mediación?, 2- ¿Cómo el mediador ayuda al proceso de comunicación? y finalmente 3- ¿Cómo el mediador puede mejorar el proceso de comunicación? Esto para clarificar, como lo señala el profesor Marcos Carrillo que: “La esencia de la mediación radica en entenderla como un proceso de comunicación”¹.

II- ¿Por qué la comunicación es esencial en el proceso de mediación?

7. Habiéndose ya dado algunas pinceladas en un tema tan importante, corresponde ahora realizar ciertas precisiones más específicas, que delinearán el marco en torno al cual han de girar las consideraciones que se realizarán, todo lo cual, como se señaló, nos permitirá realizar alguna contribución al fortalecimiento de la mediación como un medio primario en la resolución alternativa de conflictos. En este sentido, pasaremos revista brevemente a ciertos elementos, que nos servirán de apoyo para dar adecuada respuesta a la pregunta formulada.

¹ CARRILLO P., Marcos R.: *Dos palabras y una forma de resolver los conflictos: La mediación y la conciliación en el contexto de la teoría de los PARC*. En: XXVI Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”: Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 2da Edición. Realizada del 3 al 7 de Enero de 2001. Pág. 192.

2.1 - El entendimiento entre los participantes es inherente a la mediación exitosa

8. En primer lugar, un planteamiento tal, y dada la importancia que en su sola formulación pudiese entreverse, parece aconsejar la necesidad de proceder primeramente, a una aclaración terminológica, lo cual nos va a permitir comprender en su justa medida este tema, para luego intentar establecer las implicancias que un enunciado como el que se estamos analizando.

9. De esta manera, el primer concepto a tener en cuenta es el de entendimiento. Entender es comprender aquello que nos rodea, es inicialmente tener conciencia de la complejidad de todo con lo cual tenemos contacto en nuestra vida diaria, para luego intentar decodificar su significado. Se trata, en fin, y como lo señala la Real Academia Española “tener idea clara de las cosas”². Empero, este proceso está lejos de ser cosa fácil, pues el entendimiento está fuertemente ligado al concepto de percepción, el cual es una “interpretación e integración subjetiva de los estímulos sensoriales”³ (negritas suprimidas). Esto nos ilustra la idea de que “el cerebro es una caja de sorpresas, uno de los organismos más sofisticados que existen sobre la tierra”⁴. En fin, el entender debe sortear con la dificultad de que cada cabeza es un mundo.

10. Valga un simple ejemplo para ilustrar lo que venimos diciendo. Dos personas pueden estar observando la misma imagen y una de ellas puede estar observando dos caras una frente a la otra, y la otra un candelabro. Es pues que una adecuada percepción, como condición sine qua non para mantener un justo entendimiento de las cosas, juega un rol importante dentro de los medios alternativos de resolución de conflictos, particularmente en la mediación, pues “la percepción tiene un rol fundamental en la creación y resolución de los conflictos. Su naturaleza misma le confiere la doble vertiente de amenaza y oportunidad, ya que la interpretación es susceptible de cambios y transformaciones”⁵. Ahora bien, la percepción y posterior entendimiento de las cosas, se

² Diccionario de la Real Academia Española, acepción número 1.

³ BASTIDAS DE RAYDÁN, Jeanette: *El perfil humano de mediadores, conciliadores y negociadores*. En: XXVI Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”: Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 2da Edición. Realizada del 3 al 7 de Enero de 2001. Pág. 301

⁴ Ibid. Pág. 295.

⁵ Ibid. Pág. 301.

manifiesta a través de la comunicación. Por eso, para que el otro entienda, es necesaria la comunicación, y una adecuada comunicación permite un manejo adecuado del conflicto.

11. En este punto, es necesaria una importante aclaración. Una adecuada percepción, que conlleva a un adecuado entendimiento de las situaciones que eventualmente pueden resultar objeto del conflicto, no significa en manera alguna que la misma deba ser única con el propósito de ser válida, a fin de cuentas, adecuada. Volviendo al ejemplo anterior, es completamente adecuado que dos personas viendo la misma imagen perciban dos cosas distintas, más aún que una misma persona pueda observar cosas distintas. De lo que se trata es que estas percepciones diferentes, no lleven consigo ulteriores problemas que impliquen un escalamiento del conflicto tal que el mismo resulte inmanejable para los participantes, aún con la ayuda del mediador.

12. Pero, esto no es todo en cuanto al tema de la adecuada percepción. Existen dos conceptos que deben marchar unidos a este, con el fin de darle un panorama completo, el cual va a redundar, bueno es recordarlo, en el entendimiento que ha de tenerse de las situaciones objeto del conflicto sometido a mediación. Estos conceptos a los cuales hacíamos referencia son sentimiento y conducta, el primero referido a la reacción emocional que tiene un participante de mediación en el transcurso de la misma, el segundo se relaciona con la acción que toma este en el proceso. Todos estos tres conceptos están íntimamente ligados entre sí, pues la manera de pensar y reflexionar sobre un determinado suceso objeto de la controversia, hace que sintamos ese objeto controversial de una determinada manera, lo cual evidentemente se va a reflejar en nuestra manera de actuar dentro del proceso de mediación.⁶

13. Ahora bien, y en segundo lugar, vale la pena aclarar que por participantes en el proceso de mediación, debemos entender no solo las personas que plantean un determinado conflicto para ser resuelto con la ayuda del mediador, sino que también ha de incluir al mediador mismo, y eventualmente los abogados de cada participante. Todo esto por una razón sencilla: la mediación, como ya indicamos, es un proceso complejo y dinámico, y como tal es comparable a un complejo sistema de reloj, en donde la falla de una pieza por más pequeña que sea y por menor

⁶ Ideas tomadas de: FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Editorial Limusa. Grupo Noriega Editores. Primera Edición, 1992. Traducción de Beatriz E. Blanca Mendoza. Capítulo 4: Conceptos de asesoramiento para el desarrollo de habilidades de mediación. Págs. 93-97.

que sea su papel dentro del sistema, hace que el sistema completo se descomponga. Así es como volvemos a encontrarnos de frente con nuestro tema: todas las partes del proceso de mediación tienen la responsabilidad de cierta manera por un adecuado proceso de comunicación, que llevará a una mediación exitosa, en lo cual el mediador tiene un papel estelar, tal como se verá.

14. Seguidamente, y con respecto al tema de la mediación exitosa, podrían pensarse varias cosas: en primer lugar sólo podría considerarse como mediación exitosa aquella en la cual se llegue necesariamente a un acuerdo, debiéndose considerar como fracaso todos los demás resultados, pero de otra manera, podría considerarse como mediación exitosa aquella en la cual, aunque no necesariamente se llegue a un acuerdo, el conflicto ha sido llevado a un nivel en que las partes lo dominan, sin que el mismo sea considerado como un problema. Ante esta encrucijada, consideramos que la mediación es exitosa cuando ha alcanzado su fin o razón de existir, el cual es que las partes comprendan que la mediación está diseñada para “determinar su verdadero interés y para entender a la otra Parte, para que haya un basamento racional de posiciones y puedan luego ser producidas (elaboradas) e intercambiadas.”⁷

15. En este orden de ideas, es menester recalcar que la mediación, con el fin de colaborar en la construcción de un estado de cosas como el que enunciamos al principio, ha de convertirse en un medio fundamentalmente pedagógico⁸, que sin querer solapar su carácter pragmático de ser una vía que intenta resolver un problema concreto en un espacio temporal determinado, inicie la colocación de las primeras piedras en el camino de una adecuada y urgente educación de la

⁷ HOET-LINARES, Franklin: *La mediación. Administración y Negociación de Justicia Alterna*. Editorial Legis. Colección Literatura Jurídica. Segunda Edición, 2007. II Parte: La mediación. Pág. 65.

⁸ Esto, aunque Jay Folberg y Alison Taylor en su libro mencionado en la nota número 6, parecen sostener la opinión contraria pues señalan en el capítulo 1, pág. 28, lo siguiente: “...El objetivo primordial de la mediación, no es didáctico. Se trata de un proceso de experiencias que requiere la participación activa...”. Nuestra opinión está basada en que para una adecuada comprensión de la mediación, no nos parece atinado atribuirle un fin, en esencia cortoplacista, que puede llegar a truncar un desarrollo amplio de la mediación, con las evidentes ventajas que esto tiene consigo, las cuales se mencionan en el texto. Esto es más pertinente en países como Venezuela, que además de subdesarrollado, no tiene un amplio desarrollo en resolución alternativa de conflictos, a pesar de su constitucionalización (art. 258).

cultura, lo cual en definitiva tendrá por resultado la consecución de mejores ciudadanos, que a su vez colaboraran de modo más eficiente en la elaboración de un plan de acción que permita acercarnos cada vez más a aquellos fines que más acaricia el hombre desde que es tal.

16. En suma, y resumiendo el análisis de los elementos integrantes de la primera razón que tenemos para afirmar la importancia trascendental del elemento comunicativo en el proceso de mediación, podemos dejar sentado a modo de premisa conclusiva lo siguiente: *1.- Sin una adecuada comunicación, no puede ser posible el justo entendimiento de los elementos que forman parte del conflicto, lo cual se llevará a cabo mediante una correcta percepción, un adecuado manejo de las emociones y una acción coherente con ese fin, todo lo cual se erige como condición necesaria sin la cual no podrá hablarse de un proceso de mediación exitoso, en sentido fundamentalmente pedagógico.*

2.2- Una adecuada interacción entre los participantes en el conflicto y el mediador es la bisagra esencial del proceso

17. En el punto anterior, hemos profundizado respecto al tema del necesario entendimiento entre los participantes en la mediación. Ahora bien, en el presente, vamos un paso más allá en la tarea de examinar las razones por las cuales la comunicación resulta esencial en el proceso de mediación, es decir, examinaremos el tema de la interacción, y en concreto, la razón por la cual la misma resulta una bisagra esencial del proceso, queriendo decir con ello, que la interacción entre los participantes es el elemento dinamizador fundamental del proceso, que permite llegar a obtener un proceso de mediación exitoso, en los términos arriba mencionados.

18. Es de este modo, y en el sentido en que venimos comentando, que las razones para afirmar que la comunicación resulta un punto neurálgico en la materia que abordamos, no están desconectadas entre sí. De hecho, el entendimiento entre los participantes, que como dijimos sólo puede ser logrado por medio de una comunicación eficaz, implica considerar que la meta comunicativa no se logrará por sí sola, sino que es necesario añadir otro elemento, una correcta interacción entre las partes en el proceso, esto con el fin de que haya una buena percepción y un correcto manejo emocional de la situación en conflicto, todo lo cual llevará de suyo al eficiente cumplimiento del objetivo comunicativo antes mencionado.

19. De hecho, el proceso de interacción entre los participantes en la mediación, es incontrovertiblemente fundamental, pues todo ser humano interactúa, con el fin de manifestar sus deseos, necesidades y preocupaciones.⁹ Esta manifestación resulta particularmente importante, pues como ya lo hemos colocado en evidencia, pueden surgir desavenencias en el campo comunicativo, lo cual dificulta en una medida importante el cumplimiento del fin de la mediación propiamente tal, en su dos vertientes inseparables. Es entonces cuando una interacción oportuna, se hace necesaria, más aún deseable, para la realización de un proceso de mediación pertinente, y por tanto útil. Con el objeto de lograr una mayor comprensión acerca de qué características básicas debería tener esta interacción, abordaremos esta exposición desde una triple perspectiva: la confidencialidad en la mediación, la necesidad de un proceso sincero y la solución como exigencia que no debe perderse de vista.

2.2.1- El problema de la confidencialidad dentro de la mediación

20. Un aspecto que dentro de este marco debe ser tratado de manera prioritaria, es el problema de la confidencialidad, no precisamente porque esta resulte un problema en el desenvolvimiento de la mediación, sino porque su inadecuado manejo puede romper una relación comunicacional propicia entre los participantes. La importancia del aspecto de la confidencialidad dentro de la mediación, lo ilustra de una manera justa el autor Roque J. Caivano, con estas palabras: "...Sin confidencialidad, la confianza de las partes en el mediador se debilita, la comunicación se retrae, la exploración de opciones y alternativas se hace dificultosa y las

⁹ Esto encuentra su síntesis, en el interés que tienen los participantes en acudir al proceso de mediación. Por eso, respecto a este tema de los intereses, resulta ilustrativo acudir a lo que señalan los autores Roger Fischer, William Ury y Bruce Patton en su famoso libro *Sí... ¡De acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, editado por el Grupo Editorial Norma. Segunda Edición, Bogotá 2006. Traducción de Eloísa Vasco Montoya y Adriana de Hassan. Capítulo 3: Concéntrese en los intereses, no en las posiciones. Págs. 55-58.

posibilidades de conducir el proceso hacia un acuerdo se alejan...”¹⁰ Sin duda alguna, a la luz de la cita precedentemente realizada, la confidencialidad es un capítulo esencial en la mediación.¹¹

21. Además, es dable aclarar de manera previa, que el término confidencialidad dentro de la mediación, se utilizará en un sentido amplio, es decir, incluye todas las etapas del proceso de mediación en que se puede predicar esta característica: respecto a la propia existencia del proceso y todo lo que dentro de él ocurra, de los hechos que producto del proceso de mediación conozca el mediador, del resultado de la mediación, y de lo que ocurra durante las reuniones privadas o *caucus*.¹²

22. Habiéndose ya aclarado la importancia de la confidencialidad dentro del proceso de mediación, debemos establecer la relación exacta que debe existir entre confidencialidad y una correcta interacción entre las partes, con el objeto de lograr la ya varias veces mencionada mediación exitosa, es lo que podríamos denominar medida de la confidencialidad. En este sentido, nos apegamos una vez más a la opinión que al respecto vierte el profesor Marcos Carrillo, en el sentido siguiente: “... la sobre restricción o sobre regulación de la confidencialidad pudiera conllevar, en su versión más extrema, un giro de 180 grados volviendo a establecer la publicidad como principio y la confidencialidad como excepción...”¹³ Es más, el mismo autor establece: “... la tendencia en la actualidad es a delimitar la confidencialidad, tratándola de hacer compatible con la protección de ciertos derechos fundamentales...”¹⁴

23. Un comentario final respecto a este tema. Si bien consideramos que la medida de la confidencialidad deben ser los derechos fundamentales, pensamos que el mediador ha de manejar

¹⁰ CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E.: *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Editorial Ad-Hoc. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2006. Parte Tercera: Mediación. Capítulo 4: La mediación. Pág. 205.

¹¹ A fin de que no haya lugar a dudas sobre lo dicho, el mismo autor mencionado en la anterior cita y en el mismo lugar, establece de modo categórico lo siguiente: “... Se trata de una de las notas más apreciadas de la mediación...”

¹² Op. Cit. 10. Págs 205-206.

¹³ Op. Cit. 1. Pág 195.

¹⁴ *Ibíd.* Pág. 194.

esta materia con suma cautela, en el sentido de que no se ha de traspasar el fundamento de la mediación como medio alternativo de resolución de controversias, y con la excusa de una transgresión a derechos fundamentales de uno o de varios participantes, convertir el proceso en una especie de medio adversarial, situación de la cual la mediación permanece totalmente ajena. En este sentido debe apelarse a la pericia del mediador, el cual debe ponderar estos dos extremos, y en la medida de lo posible satisfacer ambos, pues de no ser así, las partes pueden dar una patada a la mesa de mediación, cuestión que haría inútil los avances que hayan podido lograrse dentro del proceso. El mediador entrenado cuenta con suficientes técnicas para lograr este cometido.

2.2.2- La necesaria búsqueda de un proceso sincero

24. En segundo lugar, una idea que resulta también básica en el proceso de mediación, y más específicamente en materia de interacción entre los participantes, es la sinceridad que debe imperar en los mismos, entendiéndose por tal la voluntad real que deben tener de que mediante el proceso de mediación, se llegue a la solución del conflicto o su reducción a niveles manejables. Esta sinceridad de la cual debe estar imbuida toda la mediación, se relaciona directamente con la confidencialidad a la cual acabamos de hacer referencia, pues mientras mayor sea la sinceridad con que se acometa la mediación, mayor será la versatilidad con la cual los participantes manejarán la confidencialidad dentro de cada mediación en concreto, con las correspondientes ventajas que esto apareja, según ya se ha hecho mención, entre ellas la relativa facilidad de establecerle límites.

25. Por consiguiente, de las ideas anteriormente plasmadas, se deduce que debemos ahora ocuparnos de clarificar la importancia que la sinceridad tiene para un proceso de mediación efectivo, lo que quiere decir, como ya lo hemos dicho, y vale siempre la pena mencionarlo, un proceso que jamás pierda de vista que debe tender en todo caso, al logro del fin de la mediación como medio alternativo de resolución de controversias. En este sentido, las ventajas de establecer un proceso sincero, son verdaderamente amplias, pues: "...Las diferencias entre las Partes son la mayor fuente de valor en las negociaciones, ellas constituyen un potencial de ganancia a través del trato..."¹⁵ Pero, la amplitud mencionada se expande todavía más, considerando que "... Es

¹⁵ Op. Cit. 7. Pág. 125.

importante recordarle a las partes que el acuerdo a que se llegue puede afectar la vida de otras personas...”¹⁶ De esta manera la sinceridad es presupuesto necesario de la mediación efectiva.

26. En suma, la sinceridad se debe observar desde la óptica de ser uno de los pilares en torno al cual se ha de construir una comunicación de calidad, para obtener una mediación de calidad. En esto tienen una responsabilidad evidente los implicados en la controversia, pero también en esta cuestión, el mediador puede ayudar de modo apreciable al éxito del proceso, por medio de la pericia que este tiene respecto a las técnicas que pueden ser utilizadas, sobre todo en el ámbito del manejo emocional.

2.2.3- Los participantes han de buscar un solo camino: La solución del problema y no la agravación de la relación

27. Dicen los autores Roger Fischer, William Ury y Bruce Patton, en su libro Si ¡De acuerdo! Cómo negociar sin ceder, lo siguiente: “... La separación de las personas del problema no es algo que puede hacerse de una vez y que luego puede olvidarse; hay que seguir trabajando en ese sentido. Lo esencial es tratar a las personas como a seres humanos y al problema según sus méritos...”¹⁷ Con esto simplemente quieren transmitir una idea que resulta capital en este asunto: el problema es precisamente lo que ha de resolverse, lo cual no tiene que confundirse con la persona que tiene el problema, situación que puede representar un error grave que cueste el proceso mismo. Es precisamente en este solo camino que han de buscar los participantes, que los mismos han de encontrar en la confidencialidad y sinceridad que explicamos anteriormente, herramientas útiles para construir de manera segura el camino aquí demarcado.

28. Acabamos de indicar que una confusión del problema con la relación entre las personas que presentan el mismo, en el proceso de mediación, resultaría fatal. Esta idea, al tener carácter fundamental dentro del tema que hemos venido tratando, merece que sea tratada con mayor profundidad a la de la mera enunciación, debiéndose hacer al amparo de la misma ulteriores consideraciones. En primer lugar, aunque se prefiera no continuar la relación, bien porque esta

¹⁶ HOET-LINARES, Franklin: *Mediación, conciliación y arbitraje*. En: XXVI Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”: Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 2da Edición. Realizada del 3 al 7 de Enero de 2001. Pág. 249.

¹⁷ Op. Cit. 9. Capítulo 2: Separe a las personas del problema. Pág. 46.

haya sido meramente circunstancial, bien porque simplemente se juzgue preferible no continuar con la misma, siempre y en todo caso debe haber una separación clara entre problema y relación, pues de no ser así, se dificultaría de modo importante incluso la conclusión definitiva de la mencionada relación. Por último, se debe decir que es el mediador el que con su formación ayudará a los participantes en esta tarea, haciendo uso de técnicas diversas.¹⁸

29. En breve, y con el objetivo de dar por finalizado este apartado sobre la interacción, juzgamos necesario establecer como base para plasmar nuestra conclusión al respecto, la siguiente cita: "... la regla más importante sobre el manejo de la interacción es ésta: Usted no puede dirigir la conversación en un sentido más positivo, mientras la otra persona no se sienta escuchada y comprendida..."¹⁹ (cursivas eliminadas). Con todo, nuestra conclusión, la cual puede ser perfectamente conectada con la anterior es esta: *2- Para que exista una correcta comunicación en la mediación, es necesaria también una interacción de calidad, lo cual se logra tratando en su justa medida el tema de la confidencialidad, remarcando la importancia de la sinceridad y procurando que los participantes se enrumben por el mismo camino: la solución. Esta interacción es también condición necesaria para una mediación exitosa.*

2.3- La cuestión en contexto ¿Por qué la comunicación reviste tanta importancia a la luz de las diferencias de la mediación con el arbitraje?

30. El tema que hasta ahora se ha venido tratando, esto es, la presentación de razones suficientes para evidenciar que la comunicación eficaz resulta imprescindible en un proceso de mediación exitoso, no solamente ha de quedar circunscrito al ámbito de la mediación propiamente dicha, sino que con el objeto de evaluar en profundidad la situación y confirmar la fuerza de los argumentos esgrimidos, es necesario evaluar su contexto inmediato. En este sentido,

¹⁸ De hecho, los autores citados en la anterior nota recomiendan que si nos referimos a la relación, lo resolvamos mediante técnicas psicológicas, mientras que cuando nos refiramos al problema en torno al cual gira la controversia, lo resolvamos tratando de acudir a criterios objetivos. Vid. Capítulo 2: Separe las personas del problema, págs. 21-46, en contraste con el capítulo 5: Insista en que los criterios sean objetivos, págs. 94-109.

¹⁹ STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila: *Negociación. Una orientación para enfrentar las conversaciones difíciles*. Editado por el Grupo Editorial Norma, Bogotá 2006. Traducción de Gonzalo Mallarino. Capítulo 11: Cómo manejar la interacción. Pág. 233.

ha de considerarse que la mediación es una especie del género medios alternativos de resolución de conflictos, es decir, este último concepto corresponde al contexto más amplio posible de nuestro problema. Pero, el mismo resulta todavía muy amplio, pues estos medios resultan variopintos, es pues que debe realizarse la comparación entre la mediación y el medio alternativo de mayor contraste, con el fin de que realce lo ya indicado. El arbitraje genera este contraste.

31. El primer punto a destacar en relación al contraste arriba anunciado, y quizás de hecho el más importante, es que en el arbitraje, a diferencia de la mediación, no es posible llegar a un acuerdo de mutuo consentimiento por las propias partes, pues la solución vendrá adjudicada por un tercero imparcial. Es así como podrá inmediatamente vislumbrarse que, para los participantes en un proceso de mediación, resulta altamente apreciable, y por consiguiente resulta una ventaja considerable, que sean ellos como sujetos directamente involucrados y afectados por la controversia, los que mantengan el control directo sobre su solución²⁰. Esto resulta tan importante, pues al ser los participantes los mayores conocedores de los matices del conflicto, son estos los más indicados para dar con la solución adecuada a sus necesidades.²¹

32. Un segundo eje de comparación, se refiere al grado de incertidumbre que genera cada uno de estos medios. Con referencia al arbitraje, al ser este un medio adjudicativo, a las partes durante todo el proceso les generará incertidumbre el resultado, pues siempre habrá un ganador y un perdedor los cuales no se conocerán hasta el final del proceso. En la mediación sucede exactamente lo contrario: al ser un proceso colaborativo, los participantes del proceso tendrán siempre claro en qué medida avanza el proceso, qué debilidades y fortalezas tienen, y lo más importante, siempre podrán aglutinar las ideas discutidas con el fin de lograr un acuerdo mutuamente beneficioso, es decir, en la mediación no hay perdedores, todos siempre ganan. Esta tranquilidad permite que la comunicación se maneje de manera más fluida, de modo que la misma se convierte en otra gran ventaja respecto al arbitraje, pues permite aflorar las emociones.

²⁰ Control que no sólo se extiende a la solución, sino que también arropa el proceso mismo, en el sentido de que las partes son libres para dar por finalizado el proceso cuando lo juzguen conveniente.

²¹ Respecto al control que mantienen las partes de la solución del conflicto, los autores Roque Caivano, Marcelo Gobbi y Roberto Padilla, en el mismo trabajo citado en la nota 10, pág. 208 señalan lo siguiente: "... La mediación devuelve a las personas la posibilidad de resolver sus disputas por sí mismas, lo que –paradójicamente- debería ser la forma natural y no “alternativa” de hacerlo..."

33. La incertidumbre del arbitraje versus la tranquilidad de la mediación, lo cual hemos delatado arriba como una apreciable diferencia entre los medios aquí comparados, tiene como una de las razones directamente responsables otra diferencia importante: la formalidad del arbitraje versus la informalidad de la mediación. Esto juega como un factor psicológico importante, que establece una vez más diferencias nítidamente separables entre la comunicación llevada a cabo en el arbitraje o en la mediación. En esta última, se propicia una comunicación mucho más efectiva en cuanto que profunda, pues permite incluir dentro del aspecto comunicacional elementos que se sintetizan en la dimensión personal de los participantes y que de tratarse de un arbitraje son difícilmente incluibles dada la esencia netamente adversarial del mismo, lo cual implica de suyo mantener una comunicación casi exclusivamente legalista.

34. Por último, entre las diferencias claves entre estos dos medios de resolución alternativa de conflictos, está el tema del mantenimiento de la relación. La mediación además de ser una ayuda para los participantes, con el fin de que de modo conjunto se halle una solución al conflicto, constituye además un medio que busca el mantenimiento de la relación, y es de esta manera que se puede observar de un modo palmario que la mediación es un medio multifocal, y no unifocal como lo es el arbitraje, pues al ser adversarial, como ya se dijo, se enfoca exclusivamente en la solución del conflicto, gane quien gane, lo cual tiene como consecuencia que existe el riesgo de generar como efecto secundario el deterioro de la relación entre las partes contendientes. Es por todo esto, que la comunicación adecuada resulta esencial en la mediación, pues sin ella no se podrá lograr su objetivo multifocal.²²

35. Para terminar este apartado, y con finalidad sintetizadora, podemos añadir otra conclusión preliminar a las ya anteriormente esbozadas: *3- Todas las conclusiones anteriores resultan corroboradas y reforzadas cuando comparamos la mediación con el medio de resolución alternativa que resulta más contrastante en materia de comunicación, esto es el arbitraje.*

III- ¿Cómo el mediador ayuda al proceso de comunicación?

36. Habiéndose ya abordado suficientemente los elementos integrantes que permiten una respuesta satisfactoria a la primera pregunta planteada al inicio, la cual constituye una especie de

²² Todas las diferencias aquí plasmadas fueron extraídas de aquellas más relevantes que en la materia trae el libro de Franklin Hoet-Linares ya citado en la nota número 7. Pág. 72.

marco teórico necesario en torno al cual se construirán las respuestas a las dos últimas preguntas planteadas, las cuales poseen un carácter mayormente práctico, corresponde ahora proceder a dar respuesta a las mismas. Es entonces que para determinar cómo el mediador ayuda al proceso de comunicación, cuestión que se circunscribe sobre todo al presente de la técnica mediadora, y luego abordar la tarea de tratar de aportar una manera en que el mediador puede mejorar el proceso antes dicho, situación que tiene la aspiración de afrontar la posibilidad de un destacado futuro para la técnica mencionada, correspondió la tarea de desentrañar previamente el por qué la comunicación es un elemento tan básico que merece este esfuerzo llevado a la práctica.

3.1- Estilos de mediación ²³

37. La manera que pensamos más adecuada para dar una respuesta lo suficientemente comprensiva a la pregunta objeto de análisis en el presente apartado de este ensayo, es ir separando la manera en que el mediador actúa de acuerdo a los diferentes estilos que este puede adoptar, los cuales se corresponderán a escuelas o corrientes de mediación que se han ido formando en torno al análisis detallado de una teoría general de la mediación, para que así pueda lograrse a su vez un doble propósito, el primero, facilitar una evaluación lo suficientemente discriminada sobre la efectividad de estas maneras de intervención, lo cual se realizará en un segunda instancia del presente apartado del ensayo, y, segundo, al determinar la manera que puede resultar más eficiente, lograr resaltar los logros más destacables que ha tenido la intervención del mediador en el proceso de comunicación, para luego intentar potenciarlos.

38. El primer estilo o modalidad que puede adoptarse es el facilitador, en el cual, como la palabra lo indica, el mediador centra sus esfuerzos en facilitar la comunicación entre los participantes y además hace que sea más sencillo para ellos ver cuáles son los intereses reales, las posiciones y enfoques del conflicto adoptados por cada uno. Este estilo de mediación puede ser aplicado a conflictos de variada índole. Pensamos que el mismo, dependiendo de las circunstancias, puede ser utilizado por la escuela tradicional o del modelo Harvard, en la cual la negociación de colaboración asistida por un tercero es el objetivo, mediante un procedimiento que resulta a su vez estructurado pero flexible, o también en la escuela del modelo circular

²³ En este punto específico, se seguirán las ideas expuestas en el libro citado en la nota número 7: II Parte: La mediación. Págs. 94-99.

narrativo, la cual considera que hay permanente conflicto entre el deseo y el deber , y que este ha de enfrentarse positivamente, por medio de la transformación de las historias negativas.

39. El segundo estilo de que el mediador puede valerse, según lo señala la doctrina especializada en la materia, es el evaluador. El mediador se introduce en el rol de tercero imparcial, agente de la realidad dirían otros, con el fin de aportar a los participantes una especie de inventario del conflicto concreto, lo que le permitirá sugerir a las partes un posible acuerdo, el cual a su entender funge como el más adecuado teniendo en cuenta los criterios sobre los que se basa. Es de destacar que a pesar de que el mediador tiene este papel particular, los fundamentos que dan vida a la mediación de no se diluyen, y particularmente los participantes no pierden ese control sobre el resultado tan importante, y al cual ya hicimos referencia, pues estos tienen libertad de rechazar la solución aportada, si así lo tienen a bien. Pensamos que este estilo puede ser utilizado por cualquiera de las dos escuelas mencionadas en el estilo anterior.

40. Siguiendo con nuestro tema, otra modalidad que el mediador puede imprimírle a la mediación es la transformadora. Como una vez más la palabra lo indica, el objetivo principal que debe tener el proceso de mediación, no es llegar a un acuerdo, –aunque esto no obsta para que no ocurra- sino transformar las relaciones de las partes, de modo que observen el problema y a sí mismos de un modo diferente. La escuela que utiliza esta modalidad, es la denominada transformativa, la cual introduce en la mediación un procedimiento basado en lo que el autor de esta síntesis plasma como comunicación relacional de causalidad circular, es decir que los participantes mediante el proceso comunicativo reconozcan que todos tienen responsabilidad en el conflicto y por medio de ello lleguen a realizar la transformación mencionada. Esta escuela también puede adaptar el modelo clásico y circular narrativo a sus objetivos y necesidades.²⁴

²⁴ Esta mediación transformadora, cuyas ideas han sido esbozadas por Butch y Folber, es al fin y al cabo la escuela a la cual nos afiliamos al sostener que el objetivo primordial de la mediación es fundamentalmente pedagógico, pues lo que se desea es transformar la manera en que las partes se ven a sí mismas y a la controversia, para como lo indicamos con anterioridad, ser partícipes de un cambio del estado de cosas actual para propender a la construcción de una cultura de la paz. Esto tiene también que ver con la finalidad política que está en el entretelón de los idearios de esta escuela, sin embargo nosotros diríamos más bien que tiene que ver con una finalidad constitucional directamente relacionada con el Estado Constitucional Democrático moderno lo cual, en cierto sentido, incluye la finalidad política, pero lo cierto es que este enfoque iría más allá.

41. En fin, otro estilo o modalidad es la llamada mediación conjunta, se trata de la mediación más directa de todas. En ella, los participantes de manera conjunta –de ahí el nombre- colaboran para la búsqueda de la solución al conflicto, mediante múltiples aproximaciones a la misma, con las pertinentes reformulaciones hasta llegar a una solución final. Como puede observarse, se pueden utilizar múltiples técnicas, las cuales creemos que pueden incluir el uso de los otros modelos de mediación, según como ya dijimos, las necesidades y circunstancias. Es el modelo propicio a utilizar en sociedades con cultura de resolución alternativa de conflictos, situación difícilmente aplicable a nuestros países latinoamericanos. Este estilo, merece la pena que se ponga en práctica cuando sea adecuado, aunque el autor en el cual nos estamos basando recomienda la mediación en cuartos separados, debido a las dificultades que entraña el mismo.

3.2- Evaluación de la ayuda prestada por el mediador en el proceso de comunicación

42. Como señalamos al inicio de este apartado, el esfuerzo por reseñar sucintamente los diferentes estilos adoptados por el mediador, se vería difuminado si al final del mismo no se somete al examen de la efectividad el rol jugado por el mediador en este tema. Esto con un fin práctico, que dista de ser abstracto, pues este debe ser la base sobre la cual se va a establecer sugerencias que permitan mejorar la comunicación en el proceso de mediación, al considerar que el mediador es un factor esencial para el cumplimiento de esta tarea²⁵, todo lo cual intenta ser un aporte modesto para darle impulso a la mediación como medio alternativo de resolución de conflictos, al poder aplicarse en casos reales y en tiempo real.

43. Lo primero que debe señalarse de modo general, es que el mediador siempre tiene que poseer capacidad de adaptación a todas aquellas situaciones que se presenten en el proceso de mediación, se trata de cumplir el papel de bisagra dentro del mismo. Esta adaptación, implica que respecto al tema de los estilos a adoptar por parte del mediador, estos deben estar siempre a la disposición del mediador como parte de su “caja de herramientas”, de modo que los podrá utilizar en tanto y en cuanto tenga necesidad de cada uno, de acuerdo a su criterio formado a la luz de su necesaria pericia. En segundo lugar, y de modo particular, y sin querer contradecir lo

²⁵ Premisa que de hecho puede corroborarse en la siguiente cita proveniente del libro citado en la nota número 10, Pág. 212: “... Para lograr que su intervención sea eficaz, el mediador deberá intentar que las partes lo “adopten” como herramienta útil en la gestión del conflicto...”

anteriormente planteado, y siendo coherentes con nuestro criterio, el estilo transformador debería considerarse el más efectivo dadas las consideraciones que hemos hecho²⁶, y en torno a este han de girar los demás como especie de elementos catalizadores para lograr una mediación exitosa.

44. Esta parte del ensayo, no debe finalizar sin continuar con la coherencia metodológica que hemos desarrollado en las anteriores, esto es, presentando una conclusión parcial que puede unirse con las anteriores a modo de servir como elementos conectores de todo el desarrollo del tema general. Así pues, la conclusión sería la siguiente: *4- Del mismo modo, el justo manejo de los estilos de mediación, resulta una condición necesaria para una mediación exitosa, pues no debe perderse de vista que la comunicación adecuada es el elemento nodal para llegar a ella y que estos son el modo paradigmático en que el mediador ayuda al proceso de comunicación, dado que a través de ellos puede influir más sobre la conducta de los participantes.*

IV- ¿Cómo el mediador puede mejorar el proceso de comunicación?

45. Para estar en condiciones de sugerir medios a utilizar con el fin de lograr la mejora del proceso de comunicación, lo cual está directamente relacionado, valga la pena recordarlo, con la mediación exitosa por vía de consecuencia, lo cual además es en interés de los casos concretos y no de una abstracción teórica, debe estamparse una premisa a nuestro juicio fundamental, que debería guiar todo esfuerzo en esta temática: la mediación debe observarse como un proceso integral, que no solamente se desenvuelve cuando se discute sobre la controversia, sino que el proceso de mediación incluye la etapa anterior y posterior a este suceso. Sin esta perspectiva integral las posibles mejoras que se propongan resultarán parciales, y en fin no ayudarán a un avance que se refleje en cambios prácticos contundentes en la materia.

4.1- Antes de comenzar: A las partes debe hacerseles ver la manera en que opera un proceso de comunicación eficiente y su importancia dentro del proceso

46. Usualmente, los participantes en la mediación, y más en nuestro entorno, nunca han participado en este proceso, es más quizás algunos ni habrán oído mencionar la palabra. Es por esto que ante esta ignorancia involuntaria, pues el individuo no siente la necesidad de saber al respecto, es necesario que el mediador supla esta carencia, para que exista el mayor número de

²⁶ En particular, ver notas número 8 y 24.

probabilidades de tener al final como producto una mediación exitosa. Respecto a la información que el mediador debe aportar tendente a este fin, la generalidad de la doctrina especializada parece ser conteste en señalar que se le debe precisar a las partes qué es la mediación, en orden a que conozcan más lo que van a realizar. Sin embargo, estimamos que esto debería ir más allá, pues dada la importancia capital de la comunicación en el proceso, debe ponerse a los participantes al tanto de esto, para que tengan mayor capacidad de superar sus dificultades.

47. Esto debe ser abordado por el mediador con las palabras más llanas posibles, en orden a tratar de asegurar efectividad en el mensaje. Sin embargo, recomendamos que el mediador cuando finalice dicha explicación, debe pedir a las partes un parafraseo de la misma, con el objetivo de aclarar posibles confusiones antes de seguir adelante, dado que en esta comprensión puede basarse, en una medida importante, la satisfactoria conclusión del proceso.

4.2- Durante el proceso: Evitar los problemas principales (malos entendidos y las emociones mal canalizadas)

47. No es mucho lo que se tiene que decir al respecto, pues ya se han ofrecido premisas suficientes con las cuales se puede llegar a la conclusión de la importancia de esta labor. Solamente recalcar que mientras más el mediador reflexione sobre el proceso, bajo el crisol de los problemas que se le pueden presentar, y cuando sea capaz de aislarlos y profundizar en ellos, el proceso de comunicación mejorará notablemente, y se llegará a la deseada mediación exitosa, pues estos problemas siempre tienen que ver con la comunicación, debido a que como ya tantas veces lo hemos afirmado, este es el punto pivote de la mediación. Para evitar estos dos problemas principales que hemos enunciado, los cuales resumen tanto los aspectos subjetivos como objetivos que puedan presentarse y que pueden ocurrir en cualquiera de estos aspectos, se debe motivar e impulsar la formación seria, profunda y exigente del mediador.

4.3- Finalizado el proceso: Crear en las partes una conciencia de que el éxito del proceso comunicativo debe trascender la mediación

48. La mediación no finaliza con un acuerdo o con la reducción del grado de conflictividad entre los participantes. La mediación se perpetúa en tanto y en cuanto tiene un fin pedagógico, y de ahí la importancia de considerar este fin en la mediación. La tarea del mediador será en esta etapa, ponerles a los participantes de relieve cómo la mediación se puede perpetuar y la

repercusión que tiene para la sociedad que así suceda. En síntesis, el mediador debe señalarles que la mediación se perpetúa cuando llevan a sus relaciones cotidianas, la manera de manejar el conflicto que fue aprendida por los participantes durante la mediación. Todo esto tiene directa influencia en la construcción de la cultura de paz que mencionábamos al principio, cuya concreción más prestigiosa y admirada es el Estado Constitucional Democrático moderno.

49. Por último, la conclusión preparatoria a la definitiva, correspondiente a este apartado es:
5- Bien vale la pena que igualmente, como condición necesaria a una mediación exitosa, se evalúen variadas propuestas, con el fin de mejorar el proceso de comunicación en donde el mediador participe como factor fundamental para llegar al objetivo, pues dicho proceso es la piedra angular de aquella. Las sugerencias planteadas solo pretenden ser abono en ese camino.

50.

Conclusión general:

El mediador como factor fundamental en la mejora del proceso de comunicación en la mediación, debe tener siempre presente el lugar preponderante que este proceso juega, para así lograr un correcto entendimiento de los elementos del conflicto, evaluándolos a través de la interacción entre los participantes, teniendo presente que los estilos de mediación son una herramienta ineludible que tiene el mediador para intervenir en esta mejora y apropiándose de la idea de que la mediación tiene muchas ventajas comparativas respecto al arbitraje, lo que le permite un mayor aprecio en la práctica, por lo que a su vez el tema tratado en este ensayo tiene un lugar estelar dentro de la sistemática de los medios alternativos de resolución de conflictos, todo lo anterior para lograr un solo fin: una mediación exitosa. Los modos concretos de lograr esta mejora, entre los cuales pueden incluirse los propuestos, están sujetos a discusión...

Bibliografía

BASTIDAS DE RAYDÁN, Jeanette: *El perfil humano de mediadores, conciliadores y negociadores*. En: XXVI Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”: Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 2da Edición. Realizada del 3 al 7 de Enero de 2001. Pág. 295, 301.

CAIVANO, Roque J.; GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E.: *Negociación y Mediación. Instrumentos apropiados para la abogacía moderna*. Editorial Ad-Hoc. Segunda edición actualizada y ampliada. Buenos Aires, 2006. Parte Tercera: Mediación. Capítulo 4: La mediación. Pág. 205-206, 212.

CARRILLO P., Marcos R.: *Dos palabras y una forma de resolver los conflictos: La mediación y la conciliación en el contexto de la teoría de los PARC*. En: XXVI Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”: Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 2da Edición. Realizada del 3 al 7 de Enero de 2001. Pág. 192, 194-195.

Diccionario de la Real Academia Española

FISCHER, Roger; URY, William; PATTON, Bruce: Roger Fischer, William Ury y Bruce Patton en su famoso libro *Sí... ¡De acuerdo! Cómo negociar sin ceder*. Editado por el Grupo Editorial Norma. Segunda Edición, Bogotá 2006. Traducción de Eloísa Vasco Montoya y Adriana de Hassan. Capítulos 2, 3 y 5 pág. 21-46, 55-58, 94-109.

FOLBERG, Jay; TAYLOR, Alison: *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*. Editorial Limusa. Grupo Noriega Editores. Primera Edición, 1992. Traducción de Beatriz E. Blanca Mendoza. Capítulos 1 y 4 págs. 28, 96-97.

HOET-LINARES, Franklin: *La mediación. Administración y Negociación de Justicia Alterna*. Editorial Legis. Colección Literatura Jurídica. Segunda Edición, 2007. II Parte: La mediación. Pág. 65, 72, 94-99, 125.

_____ : *Mediación, conciliación y arbitraje*. En: XXVI Jornadas “J.M. Domínguez Escovar”: Los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. 2da Edición. Realizada del 3 al 7 de Enero de 2001. Pág. 249.

STONE, Douglas; PATTON, Bruce; HEEN, Sheila: *Negociación. Una orientación para enfrentar las conversaciones difíciles*. Editado por el Grupo Editorial Norma, Bogotá 2006. Traducción de Gonzalo Mallarino. Capítulo 11: Cómo manejar la interacción. Pág. 233.