

**LA MEDIACIÓN PASO A PASO
DENTRO DE UNA MIRADA SISTÉMICA**

Volumen 84 *Biblioteca de Arbitraje del*
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

**La mediación paso a paso
dentro de una mirada
sistémica**

CENTRO DE
ARBITRAJE



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA
DEL PERÚ**



Universidad Católica
San Pablo



Asociación Iberoamericana
de Derecho Privado

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

LA MEDIACIÓN PASO A PASO DENTRO DE UNA MIRADA SISTÉMICA

- © ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE, S.C.R.L.
Av. Arequipa 2327, Lince, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

- © CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
Calle Esquilache 371, San Isidro
Telfs. (511) 626-7400 / 626-7401
www.consensos.pucp.edu.pe

- © UNIVERSIDAD CATÓLICA SAN PABLO
Urb. Campiña Paisajista s/n Quinta Vivanco - Barrio de San Lázaro
Telfs. (51) 54-605630 / 54-605600, Anexos 200, 300 ó 390
www.ucsp.edu.pe

- © ASOCIACIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHO PRIVADO
Calle 56 # 41 - 147 Medellín - Colombia
Telfs. +57 (4) 2398080
<http://www.aiddp.com/>

Primera edición, diciembre 2020

Tiraje: 500 ejemplares

Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.

Miguel Aljovín n.º 414, Miraflores, Lima

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso del autor.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2020-09174

ISBN: 978-612-4400-32-2

Impreso en el Perú - Printed in Peru

Agradecimientos

A Dios.

A mi esposa Ana Lucía y a mis hijos Daniel, Carolina y João Gabriel.

A mi padre Orlando (in memoriam) y a mi madre Iñez.

A mis hermanos Vana, Carlos (in memoriam), Marcos y en especial a mi hermana Katia, quien hizo el prefacio del libro.

A mi profesora de español Milagros Fernández.

A la colaboradora del ISAM Aparecida.

A Anselmo de Oliveira, siempre apoyando mis iniciativas.

ÍNDICE

Nota del editor	13
Prefacio	15
Introducción	17

Capítulo I

La importancia del Derecho para la sociedad y los abogados

1. ¿A quién le sirve el Derecho para atender los intereses y necesidades?	21
2. ¿Qué es hacer justicia?	22

Capítulo II

La mediación

1. El principio de mediación	25
2. Métodos extrajudiciales de resolución de conflictos	27
2.1. Negociación	27
2.2. Conciliación	28
2.3. Arbitraje	28
2.4. Mediación	28
3. La importancia de la premediación	29
4. La preparación del espacio y del ambiente	33
4.1. Las cámaras privadas	34
4.2. El ambiente de la mediación en los tribunales de justicia	36
5. Herramientas de la mediación	37
5.1. Escucha activa	38

5.2.	Acogida y legitimación	40
5.3.	Parafraseo	40
5.4.	Cómo preguntar	42
5.4.1.	Preguntas cerradas	42
5.4.2.	Preguntas abiertas	43
5.4.3.	Preguntas reflexivas	44
5.4.4.	Preguntas circulares	45
5.5.	Reuniones (conjuntas y privadas)	45
5.6.	Replanteo	48
5.7.	Lluvia de ideas (<i>brainstorming</i>)	48
5.8.	Resumen	49
5.9.	Espejo	50
5.10.	Agenda	51
5.11.	Constelación sistémica	52

Capítulo III

Las partes involucradas en la mediación

1.	Las partes litigantes	57
2.	El mediador	59
2.1.	¿Quién puede ser mediador?	59
2.2.	¿Qué se espera del mediador?	60
2.3.	El comportamiento del mediador y su postura corporal	60
2.4.	El coraje del mediador	61
3.	El papel del abogado en la mediación	62
3.1.	El abogado litigante	65
3.2.	El abogado colaborativo	66
3.3.	El abogado sistémico	67

LA MEDIACIÓN PASO A PASO DENTRO DE UNA MIRADA SISTÉMICA	11
4. El procedimiento	68
4.1. Etapas del procedimiento	69
4.1.1. Primera etapa: reunión inicial	69
4.1.2. Segunda etapa: la identificación de las posiciones	73
4.1.3. Tercera etapa: resumen del relato de las partes, identificación del conflicto y preparación de la agenda	77
4.1.4. Cuarta etapa: la búsqueda de los intereses o necesidades	78
4.1.5. Quinta etapa: generación de ideas, opciones y propuestas	87
4.1.6. Sexta y última etapa: el acuerdo y el cierre de la mediación	90
Conclusión	91
Bibliografía	93
Ley de mediación brasileña	95
Anexo	
Formularios utilizados en el procedimiento de mediación	113

NOTA DEL EDITOR

En esta oportunidad, presentamos el volumen 84 de la *Biblioteca de Arbitraje*, titulado *La mediación paso a paso dentro de una mirada sistémica*. La obra pertenece al profesor João Alberto Santos de Oliveira.

Conocí al profesor Santos de Oliveira en uno de los congresos de arbitraje organizados por la Asociación Zambrano, en el Cusco, y de una u otra manera hemos mantenido comunicación.

Hace unos meses me envió la versión en español de este libro. La leí de inmediato y le propuse publicarla dentro de la *Biblioteca de Arbitraje*, a lo cual accedí, lo que agradecemos mucho.

Como saben nuestros lectores, en la *Biblioteca de Arbitraje* también hemos publicado obras que no son, en estricto, de esta materia, pues corresponden a otros medios de solución de controversias. Concretamente, han aparecido dos volúmenes relativos a *dispute boards* y cuatro libros de la subcolección *Entre el Derecho Civil y el Arbitraje*, estos últimos de mi autoría. Dada la íntima relación que existe entre ambos no resulta posible concebir el arbitraje sin el Derecho Civil. Así de simple.

En esta ocasión, nuestra *Biblioteca de Arbitraje* abre sus puertas a una obra sobre la mediación, medio de solución de controversias que no ha tenido, en estricto, mayor desarrollo en nuestro país. Lo ha tenido su hermana, la conciliación, pero no la mediación.

De esta forma, resulta de sumo interés el libro escrito por el profesor João Alberto Santos de Oliveira, quien trata acerca de este medio de solución de controversias y de su experiencia en nuestro vecino, el inmenso Brasil.

Sin más, dejamos a nuestros lectores con la obra.

Lima, noviembre de 2020

Mario Castillo Freyre*

* Abogado, magíster y doctor en derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú; abogado en ejercicio; socio del Estudio que lleva su nombre; miembro de número de la Academia Peruana de Derecho; profesor principal en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. Exdecano de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica San Pablo de Arequipa. www.castillofreyre.com.

PREFACIO

Mi interés por la mediación existe desde la época en que todavía era estudiante de Derecho, cuando hice un curso *on line* y presencial sobre mediación y arbitraje en Sebrae/SE. Aunque con el curso seguí otro camino en el área jurídica, siempre esos métodos extrajudiciales de solución de conflictos aparecían.

En los últimos años, la mediación estuvo más presente en mi vida por intermedio de mi hermano João Alberto Santos de Oliveira, autor de esta obra. He tenido la oportunidad de participar no sólo de cursos impartidos por él, sino también de reuniones en la Cámara de Mediación y Arbitraje instalada en la dependencia del Estudio de abogados de la familia, en Aracaju-Sergipe.

Además, la mediación que se realiza en una cámara pasa por todo un proceso de acogida de las partes, con la finalidad de proporcionar un mejor lugar y un clima pacífico entre ambas —desde las reuniones individuales hasta aquéllas que ocurren con todos los involucrados— y donde el mediador debe pensar en todos los detalles, principalmente en las reuniones entre las partes en conflicto, como la acogida en la recepción, la iluminación del local, la disponibilidad de material para que las partes escriban sus pensamientos y las posibles soluciones que pueden ser propuestas en aquel momento, entre otras especificaciones que serán abordadas en esta obra.

Acompañé en estos últimos años al autor en el estudio de los temas relativos a métodos de solución de conflictos extrajudiciales, siendo su objetivo proporcionar a las personas el acceso a estos métodos, además de aclarar la importancia que muestra en la sociedad actual, donde las personas entran en conflicto por cualquier motivo y aunque exista una solución para el mismo —por vía judicial en la mayoría de los casos—, las partes involucradas continúan en discordia.

Para ello, el autor profundizó en el tema con la implementación de cursos, conferencias y la organización de seminarios, que fueron constantes, con el objetivo de hacer de la mediación un hecho, de la mejor forma para las partes en conflicto, a fin de que la solución al final alcanzada aproxime a éstas para que se mantengan relacionadas, o incluso cerrando negocios, en los asuntos relativos a los derechos disponibles. Esto porque no hay que hablar de solución de conflicto por intermedio de la mediación con relación a derechos indisponibles como los derechos a la vida o a la libertad, por ejemplo.

Como coordinadora académica del Instituto Sergipano de Arbitraje y Mediación - ISAM observo que la búsqueda de esos métodos viene aumentando y la población tiene interés en informarse sobre este tema, puesto que desean soluciones más rápidas para las disputas existentes.

De otro lado, el concepto de constelación sistémica está relacionado al estudio del alma, a la energía que envuelve a las partes conflictivas, así como también a su realización en la mediación, que puede proporcionar una sincronía en la solución del conflicto, de tal forma que las partes se desarmen facilitando la actuación del mediador, incluso en el sentido de éste entender mejor el posicionamiento de cada persona involucrada para, en el momento de la mediación, direccionar la composición de controversia por el mejor camino, cuyo resultado beneficie a las partes involucradas.

Con ello se infiere que el paso a paso de la mediación descrito en esta obra se propone no sólo promover en la sociedad una profunda investigación didáctica sobre el tema, sino también utilizar un mecanismo tal como la constelación sistémica mencionada, que facilite la actuación del mediador. Se trata, por tanto, de un estudio que va a contribuir para entender mejor el tema propuesto e, indiscutiblemente, abrirá aún más el camino a la utilización los métodos extrajudiciales de resolución de conflictos.

Katia Cristine Oliveira Teles
Doctora en Derecho por la Universidad Presbiteriana Mackenzie-SP.
Abogada, profesora universitaria.

INTRODUCCIÓN

Los métodos extrajudiciales para solucionar conflictos han sido debatidos desde hace algunos años, ya que vienen explorándose en diversos libros y artículos científicos. En esta obra vamos a tratar uno de esos métodos, la *mediación*, que ya se ha utilizado por el Poder Judicial y que con el surgimiento de la Ley de Mediación (Ley 13.140/2015) y del nuevo Código de Proceso Civil pasó a tener mayor repercusión en el medio jurídico brasileño.

Aunque el tema de mediación sea nuevo y palpitante, todavía hay mucho que explorar. Cuando pensamos en conflicto, lo primero que imaginamos es encontrar un abogado y entrar a un proceso judicial en busca de una sentencia emitida por un juez. Éste va a decir quién tiene la razón, o sea, quién está en lo cierto o en lo errado. Cuando trabajamos con conflictos verificamos que la solución puede ir más allá de una decisión judicial. El juez decide de acuerdo con la verdad expuesta, esto es, aquello que fue expuesto en el proceso (desde la petición inicial, pasando por la producción de pruebas —documentales y testimoniales— hasta el momento de las consideraciones finales). Esta actuación técnica impide que el juez sepa lo que hay detrás del conflicto presentado en el proceso. Generalmente, son cuestiones profundas que no fueron expuestas por miedo a lo que pueda ocurrir, o por no tener conciencia de lo que realmente está sucediendo.

Por medio de la mediación, las partes pueden analizar las causas que llevaron al conflicto y encontrar una solución que atienda los intereses y necesidades de ambas.

En la mediación no existe fórmula para resolver el conflicto, sino el diálogo y el entendimiento entre los involucrados, puesto que aquí no prevalece la ley. Por lo tanto, los conflictos son diferentes, dinámicos y cada persona tiene una manera de ver sus propias características, sus

límites y esto va a depender del tipo de litigio, del lugar donde ocurrió y del estado del espíritu de las personas para intentar resolverlo.

Cada caso y cada persona son únicos. Muchas veces nos sorprendemos con lo que surge durante el procedimiento. Conflictos que aparentemente son fáciles de resolver pueden exigir más habilidades y paciencia del mediador para conducirlos, y otros litigios que aparentan ser complicados, donde encontramos partes y abogados bastante litigantes, conseguimos resolverlos de una forma más rápida y tranquila.

Para conducir el procedimiento, el mediador tiene que estar preparado técnica y psicológicamente para enfrentar las situaciones adversas que pueden presentarse, pues si no sabe coordinarlas, corre el riesgo de perder el control de la mesa y cerrar la mediación sin éxito.

La idea de hacer este libro es presentar a los lectores cómo se puede conducir el procedimiento de mediación de una manera más tranquila, paso a paso, iniciando con la premediación, que orienta sobre cómo podrá prepararse el local, el ambiente, los colores, los muebles, las principales técnicas y herramientas de mediación, y finalizando con la conducción de todo el procedimiento direccionado a un acuerdo, cuando sea posible.

El libro también destaca una nueva técnica que podrá utilizarse para ayudar a solucionar los conflictos, las constelaciones sistémicas, diseminada en diversos países por el terapeuta alemán Bert Hellinger e introducida en el Poder Jurídico brasileño por el juez de la provincia de Bahía, el Dr. Sami Storch, quien identificó un nuevo Derecho, el Derecho sistémico.

Para actuar en el Derecho sistémico se necesita cambiar el perfil del abogado que pasa a ver el conflicto no de una forma individual, como es el modelo tradicional, sino de una manera sistémica. Es una nueva mirada para el conflicto que va a intervenir en la dinámica de su resolución.

Finalmente, el libro conduce al lector a conectarse a todas las etapas del procedimiento, desde la premediación, que ya es una preparación de las partes para participar de la mediación con visión colaborativa y

sistémica, hasta la fase de encontrar y construir una solución que pueda satisfacer los intereses y necesidades de las partes involucradas.

CAPÍTULO I

LA IMPORTANCIA DEL DERECHO PARA LA SOCIEDAD Y LOS ABOGADOS

1. ¿A QUIÉN LE SIRVE EL DERECHO PARA ATENDER LOS INTERESES Y LAS NECESIDADES?

Todavía hay una barrera entre los abogados para utilizar la mediación y solucionar las controversias. En primer lugar, por la falta de conocimiento del método y de los beneficios, prefiriendo continuar en la comodidad del proceso judicial. En segundo lugar, porque los abogados quieren más. Además, quieren todo a lo que tienen derecho, aunque su cliente se satisfaga con menos y no quiera prolongar el proceso y el sufrimiento desesperante de una respuesta del Poder Judicial. Para el cliente no siempre lo que importa es el valor o el patrimonio, sino la paz; en cambio, para el abogado cuanto mayor sea el valor de la conquista en el proceso, mayor serán sus honorarios. Es por eso que existen abogados que desestimulan al cliente a aceptar el acuerdo, ya que se fijan en la ganancia mayor.

En este caso puede haber una divergencia entre el abogado y su cliente. La parte quiere hacer enseguida un acuerdo, aunque tenga que reducir su derecho, y el abogado no quiere que el cliente acepte el acuerdo porque va a recibir un valor menor de honorarios, prefiriendo que el proceso se prolongue. Solamente así existe la posibilidad de obtener una ganancia mayor.

¿El Derecho consiste en atender los intereses y necesidades de las partes o de los abogados?

2. ¿QUÉ ES HACER JUSTICIA?

Cuando ocurre un conflicto, lo primero que las personas anhelan es hacer justicia. Pero ¿qué es hacer justicia?

Cada persona tiene una idea diferente para responder esta pregunta. El juicio o prejuicio de hacer justicia está vinculado a los valores que hacen parte de la constitución de las personas de acuerdo con su formación familiar, religiosa, ideológica, política, cultural, escolar y del ambiente en que viven.

Al enfrentar determinada situación conflictiva, cada uno interpreta y se comporta de manera diferente. Depende mucho de la persona y de la forma en que surgió o cómo fue presentada. Cada caso es único. Puede variar de acuerdo con el comportamiento de las partes, el tono de voz y el reconocimiento o no de quién causó el conflicto.

Ante un conflicto, las personas se comportan de diferentes maneras, pudiendo confrontar, negociar, evitar, renunciar o, simplemente, ceder, aun sabiendo que tienen razón. Cuando enfrentan la disputa a través de la negociación y no consiguen encontrar una solución, buscan un tercero para ayudar a solucionar el conflicto, sea de una forma amigable, como la conciliación o mediación, o sea a través de una decisión judicial o arbitral.

Para muchas personas, incluyendo los abogados, existe sólo una forma de solucionar la controversia, que es a través del proceso judicial con una sentencia emitida por un juez. Está enraizado en nuestra cultura que el Estado, por medio del Poder Judicial, es el que tiene autoridad y competencia para solucionar esta situación en que se involucran dos o más partes.

En vez de requerir a la otra parte para intentar resolver el problema a través del diálogo, insatisfecha por estar en un conflicto, se busca un abogado para que éste encuentre una solución. Por otro lado, el abogado, después de firmar el contrato de prestación de servicios jurídicos, también puede buscar a la otra parte para intentar una solución amigable para la disputa a través de la negociación, pero aún convivimos con la cultura del conflicto y del proceso. Cuando se contrata al abogado,

éste puede orientar a su cliente a resolver tal disputa a través de métodos extrajudiciales más allá de la solución estatal. Esos métodos son la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

CAPÍTULO II LA MEDIACIÓN

1. EL PRINCIPIO DE MEDIACIÓN

Durante la historia de la humanidad ocurrieron conflictos de toda naturaleza, sean las disputas por los territorios o las disputas personales y comerciales. Algunas de éstas eran solucionadas a través de batallas o luchas corporales que acababan siempre con un derrotado y un vencedor. Además, desde la civilización romana, en Grecia y en otras culturas como, por ejemplo, la islámica, la hindú, la china y la japonesa, en los litigios ya se utilizaba la mediación para resolución de conflictos.¹

Al principio, la mediación se practicaba para la resolución de conflictos personales, principalmente familiares, y fue muy utilizada en China en la década del cincuenta a través de los tribunales de conciliación. Fue también en el periodo de posguerra que en Estados Unidos se desarrollaron los métodos extrajudiciales de solución de conflictos, entre ellos la mediación, para reducir la gran cantidad de procesos judiciales que eran ingresados en el Poder Judicial.²

A partir de ahí se fue diseminado la mediación para la resolución de conflictos en todo el territorio americano, así como en Europa y en los países asiáticos, aumentando la utilización este método en los casos de litigios empresariales.

¹ WIKIPEDIA. *Mediação*. Recuperado de <https://pt.wikipedia.org/wiki/Media%C3%A7%C3%A3o>

² *Ibidem*.

A pesar de que el término mediación ha pasado al vocabulario jurídico brasileño hace poco tiempo, en otros países no ha sido así. La palabra mediación surge del latín *mediare* que significa ‘intervenir’ en una relación de persona o empresa para ayudar a resolver conflictos.

En Brasil, por mucho tiempo, este término no era conocido. Se hablaba mucho de conciliación y arbitraje como métodos extrajudiciales de solución de conflictos, métodos que llegaron a las tierras brasileñas en la época del descubrimiento (1500) y de la colonización por medio de las ordenaciones manuelinas (1514) y de las ordenaciones filipinas (1603) (libro III, título XX, 1º), institutos que fueron incluidos en la Constitución imperial de 1824.³

En la década de los noventa, con el movimiento para desarrollar los métodos extrajudiciales de solución de conflictos, varios países de Latinoamérica, incluido Brasil, crearon proyectos de ley para la reglamentación de los procedimientos de arbitraje y mediación. En Brasil, en 1996 fue promulgada la Ley de Arbitraje 9.307.⁴

La mediación, que fue tratada en el proyecto de Ley del Senado 246/1996, no fue tomada como importante. En aquella época no había interés en continuar con su análisis, así que la mediación quedó «en el olvido», dándosele prioridad a la conciliación y al arbitraje. Con el gran aumento en la cantidad de procesos judiciales en los tribunales brasileños, el Poder Judicial comenzó a estimular otros métodos de resolución de conflictos, y aunque no había una ley específica, al inicio del siglo XXI fueron desarrollados estudios referentes a la mediación para que sea aplicada en los procesos judiciales, por lo que a partir del 2010

³ DIAS LEÃO COSTA, Helena. *O instituto da conciliação no Código de Processo Civil brasileiro e no anteprojeto do novo Código em discussão no Congresso Nacional*. Recuperado de <http://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/35410/o-instituto-da-conciliacao-no-codigo-de-processo-civil-brasileiro-e-no-anteprojeto-do-novo-codigo-em-discussao-no-congresso-nacional> —que cita a la Constitución Política del Imperio del Brasil, de 25/03/1824—.

⁴ OLIVEIRA, João Alberto Santos de. *Métodos adecuados de solución de conflictos: una perspectiva en Brasil*. Aracaju: Impografic's, 2015, p. 14.

los tribunales de justicia pasaron a utilizar la mediación para ayudar a reducir la gran cantidad de procesos.

En el 2014 surgió una nueva tentativa de aprobar la Ley de Mediación, a través del Proyecto de Ley 7.169, que trataba de la reglamentación de la mediación judicial y extrajudicial. El 26 de junio de 2015, finalmente, el proyecto fue aprobado y se convirtió en el marco de la mediación en Brasil, a través de la Ley 13.140.

Paralelamente, el 16 de marzo de 2015, también fue aprobado el nuevo Código del Proceso Civil brasileño que en su artículo 165 y siguientes que trata del procedimiento de conciliación y de la mediación, Código que pasó a tener validez un año después, es decir, el 16 de marzo de 2016.

Con la entrada en vigor de estas leyes hubo un mayor estímulo para implantar la mediación en los tribunales de todo el país, estimulando, también, el crecimiento de la mediación extrajudicial, con el aumento del número de cámaras de mediación y arbitraje en todo el territorio brasileño.

2. MÉTODOS EXTRAJUDICIALES DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

2.1. Negociación

Es un método de resolución de conflictos donde una de las características es el diálogo entre las partes sin la intervención de un tercero. Una de las partes que está en conflicto, en solitario o acompañada de abogado, busca a la otra para juntas encontrar y construir la mejor solución que atienda los intereses y necesidades de ambas.

2.2. Conciliación

Cuando las partes no consiguen entenderse y no hay más diálogo tienen que buscar un tercero para que ayude a resolver el conflicto, sea éste conciliador, mediador, árbitro o juez.

El conciliador es un tercero neutro e imparcial que ayuda a las partes a que encuentren una salida, y si no llegan a una solución, interviene y presenta una propuesta que atienda el mejor interés de éstas.

2.3. Arbitraje

Es un método extrajudicial de resolución de conflictos en que las partes eligen un tercero imparcial —el árbitro— para juzgar como si fuese un juez estatal. Este método es muy utilizado en conflictos mercantiles que involucran empresas industriales, comerciales de la construcción civil y órganos estatales. La Administración Pública brasileña todavía utiliza tímidamente el procedimiento arbitral. La opción por el arbitraje se elige por ser un método más rápido y que no tiene posibilidad de recurso. Todavía es un procedimiento informal y de perfil bajo, pudiendo el árbitro ser un especialista que actúe profesionalmente en la misma área que involucre el litigio.

2.4. Mediación

El tema de nuestro estudio, la mediación, es un método de solución de conflictos que se asemeja a la conciliación. La diferencia básica es que mientras en la conciliación el tercero da su opinión para ayudar en la solución del conflicto, el mediador busca, a través de las técnicas inherentes al método, restablecer el diálogo para que las partes presenten ideas que generen opciones y propuestas para solucionar la controversia. No obstante, la principal diferencia es que en la mediación hay una indagación mayor por las causas del conflicto, donde se estimula a las partes con las herramientas y técnicas necesarias para salir de las

posiciones presentadas y puedan encontrar una solución que atienda los intereses y necesidades de todos.

Para que la mediación sea realidad es necesaria la participación efectiva del abogado para encontrar una solución adecuada a las partes, lo que no siempre sucede. Lo que ocurre algunas veces es que el abogado no vislumbra la posibilidad de una autocomposición, ya que puede involucrar una reducción en la expectativa de sus honorarios y debido a esto no estimula (o desestimula) a su cliente a encontrar una solución amigable.

3. LA IMPORTANCIA DE LA PREMEDIACIÓN

Que alguien vaya a un centro de mediación para solucionar un conflicto es un fuerte indicio de que busca la mejor manera de encontrar la solución adecuada y evitar una decisión judicial. Por eso, el centro de mediación deberá estar preparado para todo el procedimiento, inclusive para la premediación.

Generalmente, la premediación se hace a través de una reunión individual. Primero con la parte que da inicio al procedimiento y después con la otra parte, para que todos puedan visualizar el funcionamiento de la cámara. También es posible hacer una reunión inicial con ambas partes. En cuanto se pongan de acuerdo, firman el contrato de prestación de servicio del procedimiento de mediación.

La primera reunión puede ser individual o conjunta con el mediador o el secretario general del instituto. Esta reunión es importante para evaluar si los ánimos de los litigantes están propensos a una solución adecuada del conflicto o no. Esta identificación ayuda al mediador a preparar una estrategia para conducir el procedimiento.

La premediación es una fase fundamental para dar seguimiento al procedimiento de mediación. Se inicia con la acogida del pedido, y tanto la parte que ingresa con el pedido como la otra parte quieren ser bien recibidas y acogidas por los funcionarios de la cámara. Estos tienen que ser cordiales con los participantes y deben estar preparados

técnicamente para dar la información necesaria sobre el procedimiento y el funcionamiento de la cámara.

Es conveniente recordar que la recepción es la puerta de entrada de cualquier empresa. Es en la recepción que el cliente tiene el primer contacto con la cámara, sea personalmente o por teléfono, por eso los empleados del centro de mediación tienen que estar bien entrenados para proporcionar al interesado confiabilidad y, con eso, viabilizar la contratación del servicio.

Cuando el interesado recibe la primera atención, el caso es presentado. De forma resumida, un mediador o el secretario general del centro de mediación, responsable por la distribución de la disputa, explica el funcionamiento de la cámara, presenta los gastos del procedimiento, recogiendo también las informaciones básicas a partir de rellenar el formulario preliminar (ver anexos) tales como: nombre de las partes implicadas, si vienen acompañadas de abogado, resumen del conflicto y si están de acuerdo con el procedimiento, además de orientar acerca de los documentos necesarios para que los traigan al día siguiente.

Si es una empresa la interesada en la mediación, será necesario indicar al responsable, socio, director o el que va a representarla en el procedimiento, con todos los documentos necesarios.

Después de la recepción, el mediador o secretario del centro explicará cómo funciona el procedimiento, las etapas, el tiempo previsto para cada reunión, la posibilidad de hacer más de un encuentro,⁵ así como también las ventajas de llegar a un acuerdo. Todo esto es importante para que haya una concientización de las partes y de los abogados.

Además de eso, llega el momento de definir los costos de la cámara (tasa de registro y del procedimiento) y los honorarios del mediador. Los costos deben ser presentados en la primera reunión para que la parte que inició la conciliación tome conocimiento, por tratarse de un

⁵ GOMES, Noêmia Aurélio. *Teoría en la práctica*. FRANKEL GROSMAN, Cláudia y Helena GURFINKEL MANDELBAUM (organizadoras). São Paulo: Primavera Editora, 2011, p. 181.

procedimiento particular. La tasa de registro se paga al inicio, cuando se da entrada al procedimiento. Los costos de la administración y los honorarios del mediador generalmente son divididos entre ambas partes. Si la parte invitada que participa en la mediación no está de acuerdo con el coste del procedimiento, quien inició la mediación deberá pagar todos los gastos. Pero ante la posibilidad de haber un acuerdo al final, las partes concertarán cómo serán compensados los valores adelantados.

Después de haberse realizado el pago de la tasa de registro se pasa a la siguiente fase que está relacionada a la invitación a la otra parte para participar de la reunión de mediación a través de los medios de comunicación disponibles (teléfono, correspondencia, correo electrónico o cualquier otro), para acercarse a la cámara de mediación, conocer el procedimiento y firmar el término de concordancia del procedimiento. La convocatoria de la otra parte es un momento crucial para el desarrollo de la mediación.

Cuando se trata de mediación extrajudicial, la convocatoria es solamente una invitación y la otra parte no está obligada a aceptar. Por eso, ésta tiene que ser convincente, con la intención de despertar el interés en la otra parte de participar. Si la invitación fuera hecha por teléfono, la persona que llama debe estar preparada, tener conocimiento del funcionamiento de la cámara y convencida del procedimiento de mediación. La invitación podrá ser hecha por el secretario general, por un mediador o por un funcionario de la cámara designado para esa actividad.

Secretario general de la cámara (por teléfono):

Buenos días. Me gustaría hablar con el Sr. Carlos.

Carlos: *Soy yo.*

Secretario: *Aquí quien está hablando es el Sr. Pedro, secretario general de la cámara X. Llamé para invitarlo a nuestra cámara para participar de un procedimiento de*

mediación. Quien lo solicitó fue la Sra. María y el tema a ser discutido es la custodia de su hijo Juan.

Carlos: *No conozco esa cámara y no sé qué es una mediación.*

Secretario: *Voy a explicárselo. La cámara es una institución que ayuda a las personas a resolver sus conflictos sin necesidad de un proceso judicial. Nosotros somos neutros e imparciales y nuestra intención es ayudar a las personas a encontrar una solución que atienda los intereses y necesidades de ambas partes.*

A partir de la aceptación de la otra parte de participar en la mediación llega el momento de la siguiente fase que es elegir al mediador y hacer una cita para la primera reunión.

En esta fase de la premediación se escoge al mediador, que, generalmente, las cámaras o centros de mediación tienen disponible de un listado de mediadores que es divulgado en el sitio o de una relación de la propia institución, conteniendo la foto del mediador y su currículum resumido. Cada institución tiene reglas propias para elegir al mediador. Aquí algunas reglas:

- Las partes autorizan que el presidente o secretario general de la cámara que escoja al mediador de acuerdo con su especialidad.
- La cámara presenta a las partes o a sus abogados una lista de mediadores registrados y ellos escogen uno.
- Cada parte escoge tres mediadores de la lista presentada y en el que haya coincidencia será el mediador.
- La parte que presentó el caso escoge un mediador de una lista de cinco y la institución invita a la otra parte, ya con la elección del

primer nombre; si estos no están de acuerdo, escogen otro nombre de dicha lista.

- Una de las partes deja que la elección quede a criterio de la otra.
- Las partes se ponen de acuerdo para elegir al mediador a través de un sorteo.

Finalmente, después de definir quién va a pagar los gastos de la administración y los honorarios del mediador, es el momento de hacer una cita con las partes, cosa que no es tarea fácil. Para esto es importante que se verifique la agenda de cada parte, además de la disponibilidad del mediador, que es responsabilidad del secretario general de la cámara.

4. LA PREPARACIÓN DEL ESPACIO Y DEL AMBIENTE

Para que se realice un procedimiento de mediación es imprescindible tener un ambiente adecuado con el objetivo de desarrollar mejor las actividades. El primer paso es escoger el espacio donde se dará la mediación.

Es preferible un lugar neutro, donde no haya influencia de alguna de las partes. Si el procedimiento se realiza en la empresa de una de ellas, en la oficina del centro o en el despacho del abogado de unas de las partes, la otra podrá creer que ocurrió una alianza del mediador con el dueño del lugar; sin embargo, si las partes están de acuerdo con relación al local indicado, no se discute más.

Cuando la empresa opta por hacer la mediación interna se recomienda que sea reservada una sala para el procedimiento. Puede ser cualquier sala de reunión, pero con las características adecuadas como, por ejemplo, una buena iluminación, sillas confortables y paredes con colores agradables.

4.1. Las cámaras privadas

Cuando se trata del centro, institución o cámara de mediación se recomienda que haya por lo menos dos salas, además de la recepción, que puede ser una mayor para el procedimiento y otra menor. Éstas tienen varias funciones, unas de ellas es separar a las partes desde la llegada para evitar el encuentro directo sin la presencia del mediador. La parte que llega primero ocupa esta sala y la otra parte se queda en la recepción. Esto evita que éstas se miren antes de iniciar el procedimiento, porque algunas veces el clima es pesado y ese encuentro puede traer perjuicios cuando el objetivo es obtener una solución que beneficie a ambas.

Otra función de la sala menor es hacer reuniones privadas. Cabe al mediador verificar la necesidad de hacerlas para entender mejor los intereses de cada parte, invitando a cada una por separado a esta sala. Aquí también pueden ser hechas mediaciones con un máximo de cinco personas.

La sala mayor o principal es más apropiada para hacer las reuniones con un mayor número de participantes, donde haya espacio para el mediador, comediador, partes, abogados, acompañantes, observadores y becarios, si ambas partes lo permiten.

Hay casos en que es necesario conducir la mediación con las partes separadas, siendo todo el procedimiento realizado solamente con reuniones privadas. Es cuando las partes quieren resolver el conflicto, pero no una al frente de la otra.

A veces está en disputa un bien patrimonial que es necesario separar o, incluso, vender para dividirlo entre los herederos que están enojados, y prefieren resolverlo así y evitar el enfrentamiento. En este caso, el mediador hace la mediación en dos salas. Se aconseja que haya un sistema de comunicación interno entre las salas para facilitar el trabajo del mediador en la conducción del procedimiento sin la necesidad de éste de circular por la recepción.

Aun en la sala menor o en la recepción se recomienda que haya televisión con DVD y libros infantiles, por si los padres llevan a sus hijos

y estos tengan que participar de las discusiones que involucran el conflicto de los padres.

El espacio escogido debe ser apropiado para iniciar el procedimiento de mediación, comenzando por los colores de las paredes. Estos tienen que ser suaves, que transmitan tranquilidad y paz, que no sea incómodo para los ojos de los participantes. También el ambiente tiene que ser limpio y conservado para que no cause exaltación, un espacio agradable y tranquilo.

La iluminación tiene que ser adecuada, así la claridad no incomodará a los participantes. Vale recordar que la reunión puede empezar durante el día y extenderse hasta la noche, siempre y cuando se tenga el cuidado de no alterar mucho la iluminación,⁶ esto porque los participantes pueden sentirse intranquilos y esta situación puede interferir en la concentración de todos.

En la sala menor se recomienda que los muebles sean confortables y estén de acuerdo con las especificaciones técnicas con el propósito de convertirlo en un ambiente equidistante. La mesa debe ser circular para demostrar aproximación y equidistancia entre los participantes y el mediador.⁷

Se recomienda que la sala mayor, al tener capacidad para más personas, sea rectangular. Como existe la posibilidad de que la mediación pueda conducirse por un mediador y un comediador se sugiere que al centro haya por lo menos dos sillas y los demás participantes se acomoden en las laterales.

Asimismo, se recomienda que en mesas se coloque una bandeja con una jarra de agua y otra de café, así como galletas, caramelos o chocolates, para que las partes participen del procedimiento cómodas y relajadas. Generalmente, las personas cuando van a una audiencia, sea judicial o extrajudicial, llegan nerviosas y enojadas con la otra parte, sin embargo, cuando encuentran un ambiente tranquilo y confortable, la

⁶ El cambio de luminosidad puede despertar la necesidad de la parte o del abogado de participar en otro compromiso e interrumpir o precipitar el término de la mediación, con o sin acuerdo.

⁷ Disponible en https://rccim.com.br/a-sessao-de-mediacao?fb_comment_id=1113875871985268_1392608814111971

tendencia es que se sientan acogidas. Incluso, se aconseja poner sobre las mesas hojas en blanco y lapiceros por si necesitan hacer anotaciones personales, cada uno haciendo sus registros y percepciones más importantes para que puedan discutir posteriormente.

Con respecto a los cuadros, es importante que se coloque pinturas abstractas para que las imágenes no intervengan en las decisiones de las personas, porque es posible que algún participante se identifique con lo que está pintado, que podría ser una imagen de sufrimiento, celebración o cualquier alusión que interfiera en la solución de conflicto. No es bueno colocar símbolos religiosos en las paredes, pues algún participante puede no identificarse con lo que esto representa y la mediación se estanca.

Finalmente, es importante tener en la sala de mediación o al alcance del mediador otros equipamientos auxiliares como: computadora, para hacer los oficios y acuerdos; proyector, para presentar pruebas, videos y términos que estén siendo colocados en el acuerdo, para que todos los puedan visualizar; e impresora con fotocopidora para imprimir y sacar copias de los documentos necesarios.

4.2. El ambiente de la mediación en los tribunales de judicial

Cuando la mediación es judicial y se realiza en las instalaciones de los tribunales es importante que se haga una adecuación del ambiente a las características citadas anteriormente. Las salas tradicionales de los tribunales se identifican con la idea de litigio y formalismo⁸ en la búsqueda de una decisión del juez. También es bueno que las partes se sientan acogidas y tranquilas para facilitar la participación en la reunión y con ello ayudar a encontrar una solución para la controversia.

En Brasil se están creando centros de mediación y conciliación en los principales tribunales estatales para facilitar la resolución de conflictos. Los jueces, antes de juzgar, encaminan los procesos a un

⁸ LORENCINI, Marco Antônio García Lopes. *Negociación, mediación y arbitraje - Curso básico para programas de graduación de Derecho*. Coordinación de Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio García Lopes Lorencini y Paulo Eduardo Alves de la Silva. Río de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 76.

centro de mediación y conciliación en la búsqueda de una solución pacífica. El sector destinado a la conciliación está diferenciado de los demás, tanto en la estructura física como en el comportamiento de los servidores, para que las personas que están en conflicto se sientan acogidas en el ambiente.⁹

5. HERRAMIENTAS DE LA MEDIACIÓN

La mediación es una técnica o método que ayuda a resolver los conflictos de manera que se estimule el diálogo entre las partes implicadas y que ellas encuentren la mejor solución que atienda los intereses y necesidades de ambas. La tarea no es fácil. Cuando el diálogo entre las partes se interrumpe, la parte que se siente perjudicada busca un tercero para resolver el conflicto. Este tercero puede ser tanto un juez, a través del Poder Judicial, como también una cámara o institución para intentar solucionar el litigio a través de alguno de los métodos extrajudiciales de solución de conflictos, por ejemplo, la conciliación, la mediación o el arbitraje, para que dicho tercero interfiera decidiendo o ayudando a encontrar una salida para la disputa.

El mediador no sólo debe tener el conocimiento de las técnicas y las herramientas que se utilizan en la mediación, sino también saber el momento en que va a aplicarlas. Como bien lo destaca Tania Almeida en su libro *Caja de herramientas en la mediación*: «Una mediación exitosa está relacionada con la habilidad del mediador en la aplicación de las herramientas y técnicas, que hace que las partes involucradas en el conflicto encuentren y construyan la mejor solución».¹⁰

Diversas son las herramientas que a menudo se utilizan para desarrollar mejor el procedimiento de mediación; ellas son: escucha activa; preguntas abiertas, cerradas, circulares y reflexivas; agenda;

⁹ Disponible en https://rccim.com.br/a-sessao-de-mediacao?fb_comment_id=1113875871985268_1392608814111971

¹⁰ ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas na mediação - Aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2013, p. 51.

resumen; reuniones conjuntas y privadas; paráfrasis; replanteo; lluvia de ideas (*brainstorming*); espejo; constelación sistémica; entre otras.¹¹

5.1. *Escucha activa*

La escucha activa o escucha dinámica es una de las herramientas más importantes de la mediación. Como dicen Juan Pablo Lederach y Marcos Chupp, citados por María Elena Caram:

Escucha activa es lo que realizaremos a lo largo del proceso y que consiste en atender tanto lo que se dice como lo que no se dice (miradas, movimientos, silencios); lo que se habla y lo que provoca en los demás; las miradas que se cruzan, que se desvían; las sonrisas; el cuerpo que se reacomoda; la silla que se aleja; la sensación de incomodidad que se percibe; o sea, todo que acontece en la mediación.¹²

Cuando dos personas llegan a un conflicto y buscan un tercero para encontrar la solución muchas veces es porque no hay más diálogo, ya que se agotaron todas las posibilidades de negociación por las partes. A veces una tiene la intención de solucionarlo, pero la otra se queda intransigente y fija una posición. Para ésta solamente hay una salida que es la decisión de un juez a través del Poder Judicial, sin querer ceder en algo sus «derechos» y ni siquiera saber lo que la otra parte tiene para decir.

En la reunión de mediación todos los participantes tienen que estar dispuestos a oír lo que el otro está hablando, pero esto no es fácil debido a que cada uno tiene su razón y no quiere entender lo que argumenta el otro.

Según Fernanda Tartuce: «la escucha permite a la persona percibir que ella es objeto de atención, donde se presenta al interlocutor interesado sus pensamientos y sus opiniones [...]»,¹³ y puede utilizarse en

¹¹ CARAM, María Elena; Diana Teresa EILBAUM y Matilde RISOLÍA. *Mediación: diseño de una práctica*. Tercera edición. Buenos Aires: Librería Histórica, 2010, p. 167.

¹² *Ibidem* (cita a LEDERACH, Juan Pablo y Marcos CHUPP. *¿Conflicto y violencia? ¡Busquemos alternativas creativas! Guía para facilitadores*. Ciudad de Guatemala: Semilla, 1995, p. 117).

¹³ TARTUCE, Fernanda. *Mediación en los conflictos civiles*. Segunda edición revisada, actualizada y ampliada. Río de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, p. 233.

toda la mediación, principalmente, en el discurso inicial y en los relatos de las partes y de sus abogados. En esta primera fase, el mediador dicta las reglas de comportamiento y los procedimientos a las partes y sus abogados para encaminar la mediación; por ello es necesario que todos presten atención a su discurso inicial. Dicho mediador antes de finalizar no sólo les preguntará a las partes si entendieron y si puede continuar con la mediación, sino que también tiene que saber si todos están prestando atención a lo que está diciendo.

En la segunda fase del procedimiento de mediación, que es la identificación del conflicto, el mediador escucha el relato de las partes. Primero, a una parte y su abogado, y después la otra. Es la fase de la comprensión del conflicto, donde cada parte va a hablar de lo que ocurrió, con sus razones y argumentaciones, y el mediador identifica el punto de divergencia entre las dos.

La parte que narra quiere ser escuchada, por eso es necesario que todos presten atención al relato presentado. Cuando la persona, a través de la reunión de mediación, encuentra la oportunidad de hablar y sabe que los demás están prestando atención, se siente más segura, pues simplemente quería ser escuchada. De hecho, muchas veces las personas quieren hablar y no encuentran a nadie que les preste atención.

Para el mediador, uno de los propósitos de la escucha activa es entender lo que la persona está diciendo, sin darle la razón, delimitando el enfoque de su trabajo, es decir, escuchar las argumentaciones del relator y prestar atención a las reacciones de los participantes.

Cuando escuchamos es necesario desprendernos de nuestros juicios y prejuicios para que podamos entender mejor lo que el narrador quiere decir y cómo se comporta al narrar. Las personas no sólo se comunican con las palabras, sino con todo el cuerpo. El mediador tiene que prestar atención a los movimientos corporales de los participantes. Para eso deberá posicionarse de una manera confortable, de tal forma que los mire a todos y que demuestre que está interesado en lo que el relator está hablando. El cuerpo habla. Tanto la parte que está relatando como los demás participantes pueden estar comunicándose con el cuerpo. Se recomienda que el mediador esté atento a todos los movimientos y si percibe que algún participante no está interesado o no está de acuerdo

con el relato presentado, puede parafrasear para los demás participantes lo que el narrador está diciendo, de modo cuando todos presten atención al relato, y quien está hablando se sentirá valorado porque está siendo escuchado.

5.2. Acogida y legitimación

La tarea de promover la acogida y la legitimación de las partes y abogados empieza en la recepción de la institución. Cuando las partes llegan al local, sea para ingresar con el procedimiento o para la primera reunión, es importante que los funcionarios de la institución los reciban con educación, cortesía y cordialidad, dándoles una buena bienvenida para crear desde el inicio no sólo empatía y confianza, sino también hacer que se sientan seguros, confortables y tranquilos.

La presentación en la recepción deberá hacerse con todos, para que se sientan acogidos y legitimados. El mediador deberá proceder de la misma forma cuando vaya a conducir las partes a la sala de reunión. Es recomendable saludar y agradecer la presencia de todos, inclusive presentar al comediador y a los asistentes (auxiliares, observadores y becarios). Con relación a los estudiantes, el mediador deberá solicitar a las partes el permiso para que ellos puedan participar.

Según Tania Almeida: «Los mediadores deberán recibir a las personas con cortesía, de preferencia por los nombres, en un ambiente confortable que nítidamente transmita privacidad y receptividad».¹⁴ Por tanto, la acogida de las partes y el reconocimiento y legitimación de los participantes es importante para que la mediación transcurra con el apoyo de todos.

5.3. Parafraseo

Es una herramienta comunicativa que va a ayudar al mediador a entender mejor el conflicto, como también va a auxiliarlo a repasar para los demás el relato del orador. El parafraseo generalmente se utiliza en

¹⁴ ALMEIDA, Tania. *Op. cit.*, p. 68.

los primeros relatos, cuando las partes están presentando sus posiciones sobre la controversia.

Como relata Caram: «Es la acción que consiste en transponer en segunda persona lo que alguien acaba de expresar, luego de haberlo organizado, sintetizando si fuera muy extenso, y neutralizando si en su contenido hubiera expresiones “emotivamente fuertes”».¹⁵

Cuando estamos frente a un conflicto a veces no hay una convivencia armoniosa entre los involucrados. Más aún, puede haber ocurrido una agresión física o verbal. Este comportamiento ya se percibe desde la llegada, en la recepción, cuando llegan y se sientan en la mesa de reunión o durante los relatos en el procedimiento de mediación: una parte mira a la otra con agresividad, como también puede ocurrir ataques verbales o palabras que no sean dignas del ambiente. Es la función del mediador tranquilizar los ánimos de las partes. Si ya ha comenzado el relato y en su contenido hay palabras ofensivas, el mediador podrá parafrasear el relato para neutralizar y disimular la agresión.

Parafrasear es una herramienta que también podrá ser usada en relatos largos. Para entender mejor lo que la parte narró, el mediador sintetiza y se lo transmite resumidamente al narrador y éste confirma para comprobar si todo es cierto y está entendido. Finalmente, el mediador puede hacer las anotaciones necesarias y después la parte sigue su declaración hasta concluir la.

Mediador: *Deje ver si entiendo lo que usted acaba de decir.
El señor ha dicho que [...] ¿Es esto lo que usted ha querido decir?*

La paráfrasis también se podrá utilizar cuando el mediador perciba que la otra parte o cualquier otra persona vinculada en el conflicto no está entendiendo lo que el relator está diciendo, ya sea por estar distraída o, simplemente, porque no quiere oír. Es normal que las partes lleguen a la reunión de mediación, cada una con sus propias razones, pero cuando una de ellas piensa que es dueña de la razón, esto hace que el oyente no quiera saber lo que el otro está narrando. Como dice un viejo

¹⁵ CARAM, María Elena; Diana Teresa EILBAUM y Matilde RISOLÍA. *Op. cit.*, p. 171.

refrán: «lo que entra por un oído, sale por el otro». Así, el mediador con sus palabras dice lo que la parte relató. Es más fácil prestar atención y entender el relato cuando se lo escucha de un tercero.

Mediador: *¿El señor está entendiendo lo que él está diciendo? Voy a transmitirlo. Lo que él ha dicho es que [...]. ¿Entendió usted?*

5.4. Cómo preguntar

Para desarrollar mejor la mediación y encontrar la solución del conflicto, el mediador no sólo deberá utilizar las herramientas disponibles, sino saber utilizarlas el momento oportuno, con la finalidad de obtener la mejor respuesta. Durante todo el procedimiento debe haber preguntas que estimulen el diálogo entre las partes y sirvan para identificar los verdaderos intereses, deseos y necesidades. Estas preguntas pueden ser: cerradas, abiertas, circulares o reflexivas.

5.4.1. Preguntas cerradas

En primer lugar, se utilizan con mucha frecuencia para confirmar datos, informaciones y relatos. Generalmente, la respuesta es «Sí» o «No». En segundo lugar, pueden emplearse al inicio del procedimiento como, por ejemplo:

Mediador: *¿Los señores entendieron el discurso inicial? ¿Tienen alguna duda? ¿Quieren continuar con la mediación?*

Además, se recomienda hacer uso de estas preguntas en otras etapas de la mediación como:

Mediador: *¿Estaba usted presente en aquel lugar? ¿Está usted entendiendo lo que él ha dicho? ¿Fue así que ocurrió? ¿Está de acuerdo con lo que él ha dicho? ¿Confirma usted el pago? ¿Acepta la propuesta de la otra parte?, entre otras.*

Para María Elena Caram: «Las preguntas cerradas son útiles para confirmar los datos, o alguna información ya obtenida».¹⁶

Por lo tanto, las preguntas cerradas sirven para confirmar los datos e informaciones para que el mediador pueda dar secuencia al procedimiento.

5.4.2. Preguntas abiertas

Las preguntas abiertas sirven para explorar los relatos de las partes. Se recomienda emplearlas en la segunda etapa de la mediación como pregunta de acceso, es decir, para estimular el inicio del relato de las partes, pero también pueden utilizarse en otras etapas.

***Mediador:** ¿Qué espera el señor con la mediación? ¿Cuál es su intención con la mediación?, o simplemente: ¿Qué ocurrió?*

En la respuesta de una de esas preguntas, la parte relatora apunta datos, informaciones y hasta puede señalar una salida para el conflicto. Es necesario que el mediador esté atento al comportamiento de todos cuando alguien está usando la palabra, pues es en el relato que las partes pueden demostrar sus emociones y sentimientos, tanto la parte que está hablando como la que está escuchando. Como la pregunta es abierta, el mediador deberá estar atento a la respuesta para que el relator no desvíe el enfoque del tema, ya que esto es común y no ayuda a solucionar el conflicto. Si eso llega a pasar, cabe al mediador interrumpir el relato y solicitar que se retorne a la discusión principal, ya que es en esta etapa que cada uno tiene la oportunidad de presentar su versión del conflicto.

Para María Elena Caram:

[...] en líneas generales podríamos decir que las preguntas abiertas son las que alientan el relato más extenso de las partes brindando, por lo tanto, más información, mientras que las cerradas pretenden una respuesta por sí o por no.¹⁷

¹⁶ *Idem*, p. 270.

¹⁷ *Ibidem*.

También la pregunta abierta puede utilizarse en las reuniones privadas. En este caso, el mediador puede explorar los relatos individuales sin la otra parte presente y el relator puede confesar al mediador lo que antes no había tenido coraje de decir delante del otro.

5.4.3. Preguntas reflexivas

Las preguntas reflexivas se emplean para estimular a las partes a razonar sobre el conflicto y cuáles son sus intenciones, que hasta entonces pueden estar oscuras, dándole otra mirada para ayudar a entender o presentar una posible solución.

La intención de esas preguntas es provocar una reflexión y analizar la reacción de las personas. A veces éstas son sorprendidas y tienen diversas reacciones. Como afirma María Elena Caram: «La finalidad de dichas preguntas es provocar una reacción diferente, una ligera conmoción que produzca un cambio en la percepción de las cosas».¹⁸

Con la pregunta reflexiva, la persona que tiene una idea firme y cristalizada puede pensar mejor al responder y hasta cambiar la posición y opinión inicial, lo que facilita el entendimiento de todos para encontrar una solución. Como ejemplo de preguntas reflexivas tenemos:

Mediador: *¿El señor podría proponer algo diferente? ¿Cree que puede hacerlo diferente? ¿Qué piensa si el señor hace realmente lo que quiere? ¿Qué quiere usted exactamente con esto?*

Puede ocurrir en algunos casos la siguiente afirmación de la parte: «Solamente quiero que se haga justicia».

Mediador: *Para usted, ¿qué significa hacer justicia?*

¹⁸ *Idem*, p. 277.

5.4.4. Preguntas circulares

Las preguntas circulares son las que dan la oportunidad de colocar a una persona en el lugar de la otra. La parte llega a la reunión con un solo pensamiento, solamente ella tiene razón y no quiere saber cómo piensa o siente el otro. Una manera de provocar el cambio es trocar de lugar en el conflicto. Si es empleado, pasa a ser el patrón; si quiere una indemnización, pasa a ser la persona o empresa que va a pagar.

Mediador: *La señora quiere una indemnización de la empresa de U\$ 50 000. ¿Si la empresa fuese de la señora, cree que ésa sería una indemnización justa y usted pagaría a quien reclama?*



Fuente: www.naoentreaki.com.br

5.5. Reuniones (conjuntas y privadas)

Durante todo el procedimiento de mediación son utilizadas las reuniones con el mediador, sean éstas conjuntas o privadas. Desde la

premediación con la parte interesada en comenzar el procedimiento, después de las tentativas formales, la parte se encamina con el secretario general de la cámara o uno de los mediadores que hará una entrevista inicial para identificar el conflicto (partes, tipo del conflicto, si va acompañada de abogado, etcétera). Esa primera reunión generalmente es individual.

La reunión privada puede ser hecha al inicio, durante el procedimiento, cuando el mediador o las partes crean necesario, o cuando sea imposible de reunir a las partes por el clima tenso. Las partes quieren resolver el problema, pero no quieren enfrentarse personalmente.

El mediador identifica el problema desde el principio, en la primera entrevista individual o en el día de la audiencia. Cuando esto ocurre, el mediador encamina las partes a salas diferentes y las atiende por separado. Después pone en marcha todo el procedimiento, pues de esa manera no necesita tener comunicación directa entre ellas y sí un diálogo indirecto, que puede ser lo suficiente para encontrar una solución y, posiblemente, llegar a un acuerdo.

También en la etapa de explorar los intereses, el mediador o cualquiera de las partes puede solicitar una reunión individual, de manera que cuando una persona involucrada en el conflicto está en frente a otra y no quiere profundarse en el mismo, la reunión privada es un buen momento para exponer sus verdaderos objetivos de la disputa. Cuando sienta empatía y confianza por el mediador puede relatar lo que no quería o no tendría coraje de hablar en presencia del otro.

Según Carlos Eduardo Vasconcelos, las reuniones privadas

[...] permiten una interacción más reservada con cada una de las partes, de modo privado y equitativo, con la intención de aclarar el problema, la identificación de los objetivos, necesidades y deseos [...].¹⁹

Es en la reunión privada donde pueden surgir intereses ocultos, diferentes de los presentados en la etapa anterior, o sea, cada parte

¹⁹ VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediación de conflictos e prácticas restaurativas*. Segunda edición actualizada y ampliada. Río de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012, p. 139.

presenta sugerencias u opciones para solucionar el conflicto e, incluso, puede sugerir una propuesta de solución. Es que existe el miedo de hablar en el frente del otro y demostrar sus debilidades.

Otra finalidad de la reunión privada es agilizar el procedimiento de mediación cuando no hay evolución en él. El diálogo se tranca y las partes no salen de sus posiciones. Es una oportunidad para el mediador tener un tiempo para pensar y encontrar una salida.

Para que el mediador convoque la reunión privada es necesario que el punto haya sido abordado en la primera etapa de la mediación, exactamente en el discurso inicial, pues es donde el mediador dice que es posible hacer este tipo de reunión con las partes, sea por su propia iniciativa o por iniciativa de los participantes, como bien explica Lilia Maia de Moraes Sales:

Se tiene que dejar en claro que tanto las personas implicadas en el conflicto deben saber la posibilidad de una conversación particular como estar de acuerdo con este mecanismo. Todo y cualquier acto en el proceso de mediación debe resultar favorable a los intereses de las personas, por eso ellas deben participar activamente de todas las decisiones al transcurrir el proceso de mediación.²⁰

Generalmente, es en la reunión conjunta donde se realiza todo el procedimiento de mediación. Pero antes puede hacerse una premediación y escoger al mediador en la primera reunión. Cuando las partes hayan confirmado la presencia en el día y hora acordada es que ha llegado el momento para dar inicio a la sección de mediación en una reunión conjunta y con la presencia del mediador.

Es en la primera reunión conjunta que el mediador hace un discurso inicial, presentando las reglas de comportamiento y de procedimiento, inclusive habla de la posibilidad de tener reuniones privadas. La fase siguiente es el relato de las partes y la identificación de las posiciones. La reunión conjunta es importante también para el mediador percibir las reacciones corporales de los participantes ante la narración de la parte

²⁰ SALES, Lilia Maia de Moraes. «Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania». En *Pensar*, vol. 11, 2006, p. 164.

contraria, percibir el tono de voz y las palabras que son colocadas en la narración. Sin embargo, es en la reunión conjunta que pueden ser identificado los intereses, buscar y construir probables soluciones para el conflicto, como también llegar a un acuerdo, si fuese posible.

5.6. Replanteo

Después de oír las partes e identificar los intereses y necesidades de todos, llega el momento de revisar el conflicto.

Cuando las partes llegan a la mediación, presentan sus posiciones y las probables soluciones, casi siempre únicas desde su punto de vista. Cada una con sus intenciones personales. Después que el mediador, juntamente con las partes involucradas, identifica los intereses y las necesidades de ambos, éste propone que ellos encuentren una solución que sea buena para todos.

En esta etapa, el interés que se involucra no es más individual, sino de todos. El mediador puede formular una pregunta para identificar la solución conjunta.

***Mediador:** ¿Cómo podemos encontrar una solución que atienda tanto los intereses y necesidades de A como los de B?*

Para encontrar la respuesta a esa pregunta es posible utilizar la técnica de la *lluvia de ideas* entre las partes involucradas en el conflicto, para que entre ellas puedan encontrar la solución que atienda los intereses y necesidades de todos.

5.7. Lluvia de ideas (brainstorming)

Al pasar a esta etapa se identifican los intereses o necesidades, se replantea el conflicto. El mediador prosigue con la mediación y sugiere a las partes que utilicen la técnica de la lluvia de ideas —*brainstorming*— que estimula la creatividad de las partes y consiste en que los involucrados piensen positivamente y produzcan ideas que puedan solucionar el conflicto. Lo importante es que las partes escriban solamente las ideas sin hacer juicio de valor. Cuando tales ideas se

agoten, llega el momento de encontrar las mejores opciones y posibilitar una solución al conflicto.

Para encontrar algunas opciones y solucionar el conflicto a partir de las ideas presentadas son aplicados criterios objetivos y subjetivos para verificar la posibilidad de que la idea se realice. Aunque la idea sea buena podría no ponerse en práctica por no haber una ley que lo autorice, o también si el costo de realizarla se incluye en el presupuesto de los implicados en la disputa, o si la solución viene de un lugar lejano o si depende de otras personas.

Para María Elena Caram, la lluvia de ideas «[...] es una de las modalidades de trabajo más frecuentemente usadas cuando se busca favorecer la creatividad y reunir ideas, privilegiando más la cantidad que su calidad».²¹

5.8. Resumen

La herramienta del resumen puede utilizarse en diversos momentos del procedimiento de mediación. Al principio, en los primeros relatos, que algunas veces se extienden, el mediador, con ayuda del parafraseo, hace el resumen para organizar la declaración y la secuencia del raciocinio del relator. Otro momento de aplicar la técnica del resumen es cuando el mediador cierra la fase de relatos y presenta la síntesis del conflicto para identificar los temas involucrados, confirmando con las partes y organizando lo que será discutido.

También, el resumen se utiliza cuando la mediación no se cierra en una sola reunión, siendo necesario marcar otro día para la continuidad del procedimiento. Al final de la reunión, el mediador hace un resumen de los puntos discutidos, no sólo de los avances obtenidos, sino también de los asuntos que todavía van a ser revisados en la próxima reunión, apuntando cuáles son las medidas que las partes deben tomar o tener para la próxima reunión. Puede ser: hacer un pago, traer un documento, concluir alguna actividad, etcétera. En la reunión siguiente, el mediador

²¹ CARAM, María Elena; Diana Teresa EILBAUM y Matilde RISOLÍA. *Op. cit.*, p. 358.

presenta el resumen de la reunión anterior antes de seguir con la mediación.

En el entender de María Elena Caram: «Esto implica que el mediador relata en forma abreviada qué se ha dicho o qué ha sucedido en esa interacción [...]».²²

Es importante, que el mediador haga siempre un resumen y lo lea para que nadie tenga duda y que las partes involucradas estén de acuerdo y puedan dar continuidad al procedimiento.

5.9. Espejo

Esta técnica consiste en capturar las mismas frases que fueron narradas. A veces, en su relato, la parte habla cosas que no tiene manera de recordar luego. El mediador recuerda al narrador lo que él había dicho anteriormente y repite con las mismas palabras.

La técnica del espejo es similar al parafraseo, con la diferencia que, según María Elena Caram: «Si la persona dijo una palabra o una frase corta, es posible recurrir al espejo, utilizando sus mismas palabras: si dijo una secuencia más larga, se repiten las palabras clave, pero siempre las del emisor [...]». La autora incluso completa como ejemplo «[...] puede ser la repetición de palabras o frases generadas en la lluvia de ideas, o al reproducir las opciones [...]».²³

La técnica del espejo es similar al parafraseo, la diferencia es que, según María Elena Caram:

Si la persona dijo una palabra o una frase breve, es posible recurrir al espejo, utilizando sus mismas palabras; se dijo una secuencia más larga, se repiten las palabras clave, pero siempre las del emisor.²⁴

²² *Idem*, p. 174.

²³ *Ibidem*.

²⁴ *Ibidem*.

5.10. Agenda

Es una herramienta que se utiliza para organizar el procedimiento de mediación. Generalmente, la agenda se construye a partir de los relatos iniciales, pero puede ser alterada de acuerdo con el desarrollo del procedimiento. Después que las partes narran los hechos, el mediador hace un resumen y en conjunto con las partes intenta identificar lo que está en conflicto, cuál es la disputa que llevó a las partes a la mediación. Esa identificación inicial es la llamada posición. Es cómo las partes presentan las argumentaciones iniciales que, muchas veces, no corresponden a los verdaderos intereses o necesidades.

Después que se identifican todos los puntos que están en conflicto, el mediador hace el resumen y, enseguida, la agenda, que es el orden de los temas que van a ser discutidos. Se recomienda que primero se discuta el tema más fácil de resolver y después los demás. Siempre del más simple al más complicado.

Según el análisis de María Elena Caram: «[...] la agenda es una herramienta ordenadora para el mediador, en la medida en que le permite organizar el material caótico del conflicto y deslindar las áreas sobre las que tratará esta mediación».²⁵

A partir del momento que las partes llegan a un acuerdo con relación al primer tema se abre espacio para avanzar en los demás. Si se empieza por el más complicado y no se llega a un acuerdo, podría imposibilitar la discusión y continuidad de los demás temas y, consecuentemente, del procedimiento.

Sin embargo, puede ocurrir que el mediador consiga avanzar tranquilamente en algunos temas y no en los que continúan, pero no hay problema, pues lo importante es que a través del diálogo las partes consigan alcanzar un acuerdo parcial y perciban que en los otros temas también pueden avanzar. Es solamente cuestión que madure la mediación. El mediador puede suspender la reunión ya con acuerdo parcial firmado y marcar una nueva reunión para que las partes

²⁵ *Idem*, p. 179.

reflexionen y retomen el procedimiento para discutir los demás asuntos y de esa manera llegar a una solución.

La agenda deberá ser flexible y dinámica. El mediador organiza los temas que van a discutirse, de acuerdo con el grado de complejidad, donde incluya nuevos asuntos y se excluya los que no tienen tanta importancia o que ya fueron discutidos; además, podrá modificar el orden de importancia. La agenda la hace el mediador de acuerdo a su sensibilidad, con la intención de facilitar la mediación, siempre en la concordancia con las partes.

5.11. Constelación sistémica

La constelación sistémica es una nueva herramienta que está siendo implantada y utilizada por la justicia brasileña para ayudar a solucionar los conflictos antes o durante el proceso judicial. El juez o mediador, verificando el problema para llegar a una solución, puede sugerir a una o a todas las partes involucradas participar de una reunión de constelación sistémica, que también podrá ser llamada de vivencia, de actividad o de ejercicio, para que los participantes vean el litigio de otra forma.

El terapeuta alemán Bert Hellinger fue quien desarrolló esta herramienta y tuvo sus primeras experiencias en África, donde verificó la conexión existente entre las personas dentro de un grupo, sea en la familia o en la comunidad, en una tribu que él visitó. Esa técnica quedó conocida como constelaciones familiares. Hoy su trabajo está disseminado por diversos países en el mundo y han ayudado a muchas personas a entender mejor la vida.

La constelación familiar, de acuerdo con Bert Hellinger, «[...] se trata de investigar si en el sistema familiar ampliado existe alguien que esté enmascarado en los destinos de miembros anteriores de esa familia».²⁶

En Brasil, un juez del estado de Bahia, Sami Storch, comenzó a introducir la técnica en los procesos judiciales que estaban bajo su

²⁶ HELLINGER, Bert. *Constelaciones familiares: el reconocimiento de los órdenes del amor*. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 11.

coordinación. Él escogió algunos procesos en el área de familia e invitó a las partes involucradas a participar de una reunión de vivencia familiar (nombre que él mismo le dio a esta reunión). A pesar de emplearse en litigios relacionados a la familia inicialmente, esta técnica tuvo un resultado tan sorprendente que se aplicó en otros tipos de conflictos, como, por ejemplo, en el área criminal.

En 2012 y 2013, la técnica se llevó a los ciudadanos involucrados en acciones judiciales en la especialidad de Familia del municipio de Castro Alves, a 191 km de Salvador. La mayor parte de los conflictos estaban relacionados a la custodia de los hijos, alimentos y divorcios. Fueron seis reuniones, con tres casos «constelados» por día. De las 90 audiencias de los procesos en los cuales por lo menos una de las partes participó de la vivencia de constelación, el índice de conciliaciones fue de 91 %; en las demás, fueron de 73 %. En el proceso en que ambas partes participaron de tal constelación, el índice de acuerdos fue del 100 %.²⁷

Las constelaciones familiares se utilizaron en las relaciones que tienen que ver con la familia, pero como se verificó que esta herramienta podía utilizarse en otras áreas, se le dio el nombre de constelación sistémica. Por ello, el juez Sami Storch creó el término Derecho sistémico y abrió una nueva dinámica para la aplicación del Derecho.

Y ante esto, ¿qué es constelación sistémica? Es una técnica que puede aplicarse cuando una persona está en conflicto con otra o con ella misma, ayudándola a tener una nueva mirada respecto a lo que está pasando y el porqué de su comportamiento. La constelación sistémica puede ser conjunta, realizada a través de una reunión con un grupo de personas que representan los miembros de la familia, o individual, donde se utilizan muñecos para representarlos.

La constelación es un fenómeno que ocurre a través de la transferencia de energía entre el constelado y los representantes que «[...] trabaja principalmente las emociones y energías inconscientes que influyen nuestras decisiones».²⁸

²⁷ Recuperado de <http://blog.verbojuridico.com.br/juiz-tecnica-alema/>

²⁸ Recuperado de <https://constelacaosistemica.wordpress.com/>

A veces actuamos inconscientemente y repetimos errores de nuestros antepasados, de generación en generación. Por ejemplo, ¿quién no escuchó la frase «la historia se repite»? Se repite porque vivimos enredados con nuestros antepasados y en ocasiones tenemos la voluntad de seguir esos comportamientos y costumbres.

Es evidente que vivimos en un sistema abierto en el que a través de enmarañamientos nos vinculamos a nuestra familia, actual y pasada, así como en el que también estamos sujetos a la inclusión y exclusión de personas que participan en nuestra vida. Para comprender y colocar el sistema en orden, Bert Hellinger investigó las leyes existentes en la naturaleza denominándolas *órdenes del amor* que son: el derecho de pertenecer; b) la jerarquía; c) el equilibrio.²⁹

Tales órdenes pueden ser aplicados por cualquier persona o familia que tenga como objetivo llevar una vida saludable, armoniosa y, sobre todo, sin conflictos.

Cuando las partes están en conflicto y no consiguen resolverlo por ellas mismas, generalmente buscan a un tercero, sea un conciliador, mediador, árbitro o juez. Por un lado, en muchas ocasiones las personas pueden quedarse nerviosas o aburridas y no se llega a una solución; por otro lado, a veces, por más que intenten llegar a un acuerdo, no lo consiguen debido a que el sistema está fuera de orden y, aparentemente, un juez estatal podría resolverlo, pero el conflicto continúa. En realidad, la ley de los hombres no es suficiente,³⁰ ésta decide, pero no resuelve, pues existe un orden superior llamado ley de la conciencia.

La constelación trata el conflicto a través de una visión sistémica en que todos los que hacen parte del sistema necesitan ser reconocidos y respetados y de esa manera el sistema permanece en equilibrio. La técnica podrá utilizarse en la premediación con una de las partes o todos los involucrados durante el procedimiento, o al transcurrir un proceso judicial. Cuando las partes están estancadas en la resolución del conflicto y la mediación o conciliación no avanza, el mediador puede proponer una reunión o actividad sistémica, en grupo o individual, con muñecos

²⁹ HELLINGER, Bert. *Órdenes del amor. Una guía para trabajo con constelaciones familiares*. São Paulo: Cultrix, 2007, pp. 36, 37, 39.

³⁰ *Idem*, p. 36.

o con personas (pasantes o empleados de la cámara o del tribunal) para representar a las partes involucradas en el conflicto.

A través de las constelaciones sistémicas, las partes tienen un nuevo mirar para el conflicto, que puede ayudar a entender y corregir determinados comportamientos, encontrando la mejor solución que atienda los deseos, intereses y necesidades de todos.

CAPÍTULO III

LAS PARTES INVOLUCRADAS EN LA MEDIACIÓN

1. LAS PARTES LITIGANTES

Cuando un procedimiento se inicia no siempre quien presenta el caso es quien tiene la razón, o analizado de otra manera, no necesariamente las partes involucradas en el litigio tienen toda la razón. Cada uno con su certeza, basada desde su propio punto de vista por sus creencias; formación familiar, escolar, religiosa, filosófica; y con el ambiente en el que vive. Además, son añadidas todo tipo de emociones: rabia, odio, venganza, etcétera.

Generalmente, el conflicto surge y las partes no intentan una solución inmediata, pudiendo ésta desarrollarse principalmente cuando no hay diálogo. Al principio, nace un pequeño conflicto que poco a poco va creciendo hasta llegar a las agresiones tanto físicas como verbales, principalmente cuando no hay diálogo entre las partes y no intentan resolverlo antes. Las partes pueden quedar enojadas por días, meses o años, incluso durante toda la vida. Por ello, destacamos un ejemplo divulgado en el programa *Fantástico*, en la secuencia «Conciliación», en la Red Globo de Televisión de Brasil. El conflicto que fue presentado era el caso de dos vecinas amigas y que por causa del ruido chirriante que se producía al cerrar la puerta de la verja de una de ellas, éstas quedaron enemistadas por 25 años.

La vecina que se sentía incomodada ingresó un proceso en el Poder Judicial brasileño para que la dueña de la puerta la cambiase porque no soportaba más aquel ruido. En la audiencia de mediación, después de mucha discusión, las vecinas identificaron una posible solución. Hubo una sugerencia, que fue acatada por ambas, para introducir un pedazo de cámara de aire de un neumático entre un hierro y otro de la puerta,

que impidió que volviera a hacer ruido. Después de 25 años retornó la amistad entre las vecinas.

En realidad, el conflicto muchas veces nace pequeño, pero puede crecer, llegando hasta agresiones verbales y físicas, puede mantenerse inactivo o ser dinámico y cambiar la forma como se presenta. Después de algún tiempo, tal vez no sea posible descubrir quién lo comenzó y cuándo. Como narra João Baptista de Mello Souza Neto, «[...] a veces es difícil descubrir la causa del litigio».³¹

Cuando las partes llegan a ingresar un proceso judicial o buscan un procedimiento de mediación, muchas veces es, justamente, por la falta de diálogo. Las dos tienen la razón y son las dueñas de la verdad. Cada una con su razón y no siempre son leales al litigio.

Para desarrollar mejor la mediación es imprescindible la buena fe de las partes y que quieran encontrar una solución, ya que si no existe diálogo, será difícil obtener un resultado positivo.

Las personas cuando están en un conflicto no quedan satisfechas con la situación, ni tampoco encuentran una salida, sólo si es la misma opción propuesta por ella, y siempre apunta que el error es de la otra parte. El mediador ayuda a ambas partes a ver el conflicto con un ángulo diferente y que una parte entienda también las razones de la otra.

Siempre que el mediador perciba que una de las partes esté de mala fe en la resolución del conflicto y quiera sacar provecho del proceso para obtener ventaja, no deberá continuar con el procedimiento, informando a las partes que como está no es posible avanzar con la mediación.

Como afirma Baptista de Mello y Souza: «Se trata de alguien que, cuando se presenta, llega a la audiencia para intentar la conciliación, alegando supuesta y buena voluntad para resolver el problema, pero demuestra intensa inflexibilidad, por motivo de preservar “sus derechos”».³²

³¹ NETO, João Baptista de Mello y Souza. *Mediación en juicio. Abordaje práctico para la obtención de un acuerdo justo*. Segunda edición. São Paulo: Atlas, 2012, p. 15.

³² *Idem*, p. 19.

En una audiencia de mediación que involucró una empresa de construcción y una persona que compró un apartamento, el comprador tenía diez cuotas atrasadas. Las partes fueron para la audiencia de mediación y el mediador les preguntó si había propuesta y ambos dijeron que sí. El comprador dijo que podía pagar, a partir de aquel mes, una prestación actual y una vencida hasta regularizar todas las cuotas atrasadas, pero la empresa no aceptó e hizo una propuesta que sería en el valor total del apartamento, o sea, R\$ 180 000,00.

En realidad, la empresa constructora no quería resolver el conflicto, sino encontrar un motivo para retomar el apartamento ya que en aquel momento estaba mejor valorizado en el mercado. El mediador percibió la mala fe de la empresa y cerró la mediación.

Por lo tanto, el cambio en el comportamiento de las partes en la audiencia de mediación pasa de ser litigante a colaborativo, y ello va a tener influencia directa en el éxito del procedimiento.

2. EL MEDIADOR

2.1. ¿Quién puede ser mediador?

Cualquier persona mayor y capaz puede mediar un conflicto, desde que tenga condiciones técnicas y equilibrio para conducir el procedimiento. La mediación es un método alternativo de resolución de conflictos en que el mediador ayuda a las partes a restablecer la comunicación entre ellas para que encuentren y construyan la mejor solución que atienda los intereses y necesidades de todos los involucrados en la controversia.

La mediación no sólo puede utilizarse antes o después del proceso judicial ya instaurado, sino también en un procedimiento extrajudicial, sin tener ninguna relación con la justicia estatal.

La Ley 13.140/2015 de Brasil describe quién puede ser el mediador en el Poder Judicial. De acuerdo con su artículo 11, el mediador debe tener dos años de experiencia en cualquier carrera y curso específico basado en la Resolución 125 del CNJ (Consejo Nacional de Justicia). Para el mediador extrajudicial no hay exigencia. Generalmente, el mediador extrajudicial actúa conjuntamente con una cámara de

mediación que le exige que sea graduado en la universidad y tenga condiciones técnicas para ejercer la profesión. Estas exigencias sirven para dar mayor credibilidad y garantizar la cualidad en los resultados ofrecidos. Si la mediación la conduce un estudiante o un mediador que no esté bien capacitado, pueda que no sea productiva y no arriben a los objetivos de las partes, que es encontrar la mejor solución para el conflicto.

2.2. ¿Qué se espera del mediador?

Cuando las personas buscan la mediación esperan que un tercero, imparcial, encuentre una solución al conflicto o simplemente decida. Ésta no es exactamente la función del mediador. Para ello, en las cámaras se debe tener personal preparado para explicar la función del mediador, cómo funciona este proceso y cómo se conducirá. Además, las partes esperan que el mediador sea honesto, cordial, imparcial, neutro, simpático y que transmita confianza. Tales características son importantes para dar tranquilidad y estimular a las partes a encontrar la mejor solución.

En resumen, el mediador debe tener sensibilidad, entender las partes sin darle razón a ninguna, saber planear y ser organizado, tener la capacidad de conducir el procedimiento, tener calma, paciencia, perseverancia y confianza.

2.3. El comportamiento del mediador y su postura corporal

El mediador deberá tener buena apariencia, conducir las partes hasta la mesa, ser cordial, administrar y tener control de toda la mesa de una manera segura, sin demostrar debilidad; también deberá analizar los movimientos y las reacciones corporales, por lo tanto debe mantener la voz tranquila, sin elevar el tono y mantener la armonía y respeto entre las partes involucradas, y mientras las partes hacen sus relatos, éste presta atención a todos y si percibe algún comportamiento inadecuado, identifica e interfiere, no deja proseguir.

Los cuidados del mediador con la apariencia van desde la ropa hasta el cabello y complementos. Los cuidados continúan con la manera de

sentarse, el tono de voz, la mirada hacia los participantes, demostrar interés en lo que se está presentando. Todo eso es importante para generar la confianza de las partes en el mediador.

2.4. El coraje del mediador

Negar o desistir de administrar el procedimiento de mediación no es tarea fácil. Primero el mediador debe aceptar la tarea de mediar de acuerdo con su capacidad técnica. A veces depende del tema presentado: familia, consumidor, sociedad, escolar, etcétera. Ocurre que el mediador puede aceptar administrar el procedimiento por cuenta de los honorarios que va a recibir sin evaluar las condiciones para llegar a un buen entendimiento.

La complejidad del tema no siempre se identifica en la entrevista inicial, cuando la otra parte es invitada y acepta a participar del procedimiento. Al transcurrir la primera reunión, el mediador puede tener dificultad en avanzar en la mediación por motivo de la animosidad entre las partes y entre los abogados, quienes no confían en llegar al resultado deseado. En este caso, el mediador podrá hacer reunión privada con las partes y con los abogados, explicar nuevamente el procedimiento y la necesidad del diálogo, que en la mediación no haya espacio para la disputa de tesis jurídicas.

Si la mediación no avanza y el problema está en la dificultad del mediador en administrar el procedimiento y lidiar con la situación, es mejor no continuar. Sólo que no puede simplemente abandonar el procedimiento. Para ello se recomienda que el mediador suspenda la mediación, antes éste debe concertar una cita para otro día con la concordancia de todos, e invitar a otro mediador para auxiliarlo. El primer mediador inicia la reunión, presenta al comediador y deja que él vaya asumiendo el procedimiento poco a poco. Después sale completamente de la mediación, dejando que el comediador la conduzca hasta el final del procedimiento.

Este cambio puede ocurrir cuando el mediador verifique que no es posible llegar a una solución y que él no está consiguiendo avanzar, sin condiciones técnicas de continuar en el procedimiento. Por eso, cuando

ello suceda se recomienda que el mediador pase la conducción de la mediación a un colega, sin que las partes y los abogados perciban.

3. EL PAPEL DEL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

Es evidente que en los tiempos actuales el abogado tiene que estar conectado con los cambios que ocurren con relación a la prestación jurisdiccional. Cada vez más, los tribunales brasileños han estimulado y dado prioridad a los métodos alternativos de solución de conflictos, por ejemplo, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje.

En Brasil existía, y todavía existe, una cultura de la disputa, donde los abogados están preparados para enfrentar el litigio a través de un proceso en la justicia estatal y difícilmente quieren un acuerdo. En palabras de Manuel Alvarez Trobé:

El currículo de la carrera de Derecho está orientado a preparar de forma enciclopédica a los alumnos, obligándolos a estudiar diferentes códigos a fin de que sepan aplicar tal o cual norma ante la consulta específica del cliente. Y ante la presencia del conflicto judicial se les enseña nuevamente «leyes», las llamadas «leyes de forma», los códigos procesales que describen procedimientos para aplicar el Derecho de fondo que antes han estudiado estos mismos alumnos.³³

Con la necesidad de adaptar el ejercicio de la abogacía a los nuevos tiempos se está dando un cambio en la enseñanza de los cursos de Derecho, incluyendo la asignatura referente a los métodos alternativos de solución de conflictos. En algunos países la misma ya se incluye obligatoriamente en los programas académicos para formar una nueva generación de profesionales del Derecho que pueda utilizar las herramientas alternativas en la resolución de las disputas.

En esta nueva cultura que está siendo implantada es necesario la adaptación de los abogados y de la sociedad en general para que comprendan que es posible resolver el conflicto de manera más simple y rápida. La idea de litigar, la competencia de los abogados en la

³³ TROGÉ, Manuel Alvarez. *Aprender a «Abogar»*. Recuperado de <http://metodosalternativos-marc.blogspot.com/2011/03/>

audiencia, la disputa por los derechos hasta el último recurso son comportamientos enraizados en nuestra cultura que poco a poco necesitan ser cambiados para estimular el diálogo entre las partes y construir una solución que satisfaga los intereses y necesidades de todos.

La mediación es un método que viene difundiéndose en Brasil como una alternativa con el objetivo de no sólo reducir la cantidad de procesos que tramiten en el Poder Judicial, sino también dar a las partes y abogados una respuesta rápida y eficiente a las expectativas pretendidas, haciendo así la verdadera justicia.

El abogado necesita estar preparado para enfrentar estos nuevos retos y hacer un cambio en el comportamiento, pasar de abogado litigante a abogado colaborativo.

Este cambio de postura del abogado presenta un nuevo camino que facilita la mejor solución para el conflicto, donde el profesional del Derecho pasa a ser un agente transformador de la forma como serán conducidas las tratativas y las audiencias en la búsqueda de atender los intereses y necesidades de las partes.

En las reuniones de mediación es importante la participación del abogado, aunque no se exija por la ley, como es el caso de la mediación extrajudicial, donde no es obligatoria su presencia.

La Ley de mediación brasileña 13.140/2015, en su artículo 10, cuando trata de la mediación extrajudicial afirma que «Las partes podrán ser asistidas por abogados o defensores públicos». Ya en la mediación judicial, la participación del abogado se vuelve necesaria, como lo determina el artículo 26 de la misma ley al expresar que «Las partes deberán ser asistidas por abogados o defensores públicos [...]». Por tanto, siempre es bueno que la parte sea asesorada por un abogado, aunque él no esté presente en la audiencia.

En la audiencia de mediación se produce un cambio en la manera de trabajar y en el comportamiento del abogado en comparación con el proceso judicial. Cuando la disputa del conflicto tramita en la justicia estatal, el abogado es el protagonista de la causa. Es él quien hace las alegaciones y la defensa de los derechos de su cliente frente al conflicto,

pudiendo el juez oír a las partes en audiencia. Ya en la mediación los protagonistas son las partes y los abogados deben tener una postura y un comportamiento diferente.

Algunos abogados no aceptan este cambio de papel, o sea, dejar de ser protagonistas junto al juez para ser asesores de la parte frente al mediador. El abogado está acostumbrado a disputar por la búsqueda de los derechos de su cliente y, en algunas ocasiones, de sus intereses particulares, que pueden ser contrarios a los del cliente. Para el abogado, cuanto más gana la disputa, mejores serán sus honorarios, ya que gana un porcentaje sobre el valor de la causa. El abogado va en la búsqueda de los honorarios legales que son aquéllos determinados por el juez para que la parte que pierda pague al abogado de la parte vencedora. También hay un abogado que prefiere que el proceso se tramite en un tiempo mayor y que tenga el resultado planeado por él; un acuerdo donde los derechos de su cliente puedan ser reducidos, en consecuencia, resultará en la reducción de sus honorarios.

El abogado debe entender que el derecho es para atender los intereses y necesidades de la parte y no los de él. Si el cliente queda satisfecho con menos porque atiende sus intereses y necesidades, el abogado no puede dejar de aceptar o estimular que la parte no acepte el acuerdo. Él tiene que aceptar que prevalezcan los intereses de la parte.

Por otro lado, tiene que valorizar su trabajo y, en consecuencia, sus honorarios. Si trabaja por un porcentaje sobre el valor de la causa, puede estipular un valor mínimo para sus honorarios. Esto porque la parte que contrata puede hacer un acuerdo en que prevalezca un valor pequeño o simplemente aceptar un pedido de disculpas, en el caso que se trate de una ofensa con un pedido de indemnización por daños morales. Si la parte acepta las disculpas y dispensa la indemnización, el abogado deberá recibir un valor mínimo. Es necesario que su trabajo sea valorizado.

El procedimiento de mediación y el momento de las reuniones es otra dificultad que enfrenta el abogado. Mientras la audiencia judicial es, en general, más práctica y rápida por sus características, la reunión de mediación es más prolongada y puede desarrollarse en más de una sesión. El tiempo más largo en la mediación es consecuencia de la utilización de las técnicas y la participación intensiva de las partes. En

compensación, es más probable que las partes salgan de la reunión de mediación con resultados satisfactorios para ellas, sin tomar en consideración el tiempo de la resolución del conflicto, que empieza en la entrada del procedimiento en la cámara de mediación hasta un probable acuerdo, lo que no es frecuente en la audiencia judicial.

En este contexto, el abogado también se beneficia con el procedimiento de mediación, porque puede recibir sus honorarios en menor tiempo, en vez de esperar por el fin del proceso judicial. Otra ventaja del abogado al utilizar la mediación es que, con la posibilidad de acuerdo, todos se benefician. Con un buen acuerdo el abogado siempre gana, sin sorprenderse por una probable derrota, que sí puede ocurrir en el proceso judicial.

De acuerdo a esto, en un litigio tenemos tres tipos de abogados: el abogado litigante, el colaborativo y el sistemático.

3.1. El abogado litigante

El abogado litigante es aquél que va en busca y defiende todos los derechos de su cliente, no admite ceder ni perder, tampoco le gusta negociar ni mucho menos respetar a los demás, e incluso provoca al abogado de la otra parte.

La arrogancia habla más alto, quiere ganar a cualquier costo y no le importa otro. Se cree dueño de la razón, pues genera culpa y responsabilidad en la otra parte. Dificulta el acuerdo y, si puede, lleva el litigio a los tribunales hasta las últimas consecuencias porque considera que en una decisión emitida por un juez le representa un mayor valor, en la condena y en los honorarios, que serán mayores ya que, generalmente, es un porcentaje sobre el monto determinado por el juez.

El abogado litigante que va a la reunión de mediación puede estimular a su cliente a desistir del procedimiento. A veces prefieren defender todos los derechos del cliente con argumento repetidos, presentando su tesis, aunque infundada, para garantizar el mejor resultado que vislumbra para su cliente, porque no quiere «perder nada». En realidad, no se fija ni entiende los verdaderos intereses del cliente, sino sólo sus propios intereses y lo que puede ganar en la causa. Ese tipo

de abogado puede bloquear el avance de la mediación haciendo que el procedimiento se cierre sin conclusión ni acuerdo.

En ese sentido comenta el Dr. Ugo Draetta:

Con frecuencia, otro error en el que los abogados de las partes incurren consiste en plantear demasiados argumentos en sustento de la propia posición de sus clientes, entre los que encuentran algunos argumentos irrelevantes o incluso claramente infundados.³⁴

Por tanto, el abogado litigante es aquél que no le importa la otra parte, sólo le importa el derecho de su cliente y con eso él va hasta las últimas consecuencias para hacer valer esos derechos.

3.2. El abogado colaborativo

La postura y comportamiento del abogado en la mediación debe ser de un abogado colaborativo. Debe ser humilde, tranquilo, paciente, flexible, asesorar su cliente y trabajar en conjunto para que las partes encuentren alternativas y construyan una solución que atienda a todos los involucrados en el conflicto. Incluso, tiene que entender que los protagonistas son las partes y no los abogados y que está allí para asesorar a su cliente, dejar que la parte exponga el caso y si es necesario puede añadir más argumentos al relato e instruir sobre las posibilidades legales para estimular un acuerdo, si es posible.

Es imprescindible que tenga respeto por el mediador, por la parte contraria y su abogado, y concientizar que las palabras arrogantes no son parte del diccionario del abogado colaborativo.

Y, por último, deberá orientar a su cliente sobre el comportamiento en la audiencia de mediación y estimularlo para preparar con antelación propuestas para posibles soluciones del conflicto y que esas propuestas puedan también atender los intereses y necesidades de la parte contraria.

³⁴ DRAETTA, Ugo. *La otra cara del arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012, p. 23.

3.3. El abogado sistémico

Con la introducción de las constelaciones sistémicas en la resolución de conflictos judiciales o extrajudiciales surgió un nuevo Derecho, el Derecho sistémico, nombre creado por el juez de la provincia de Bahía, Sami Storch. El Derecho sistémico trae una nueva opinión sobre el conflicto, pues ahora se ve de una manera más amplia, trayendo a la superficie hechos ocultos y desconocidos que puedan influenciar a las ocurrencias de determinados conflictos.

Este nuevo Derecho que viene creciendo en Brasil, actualmente once estados y el Distrito Federal ya lo han implantado en el Poder Judicial –Alagoas, Amapá, Bahía, Goiás, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Río de Janeiro, Pará, Paraná, Río Grande do Sul, Rondonia, São Paulo y el Distrito Federal–, y está en proceso de implementación en otros estados.

Con esta implantación del Derecho sistémico en el Poder Judicial surge un nuevo perfil de profesional del Derecho: el abogado sistémico.

El abogado sistémico es aquel que trae un nuevo parecer al conflicto, valorizando el ser humano, buscando la paz social. Él no tiene el perfil litigante, sino colaborativo y busca en el cliente las razones que lo llevaron a participar del conflicto, ayudándolo a entender la ventaja de la no judicialización o, si la disputa ya está judicializada, a encontrar una solución que satisfaga los intereses y necesidades de las partes.

Para eso es necesario un cambio de cultura de la sociedad y de los abogados, salir de una posición litigante hacia una visión colaborativa, o sea, la voluntad de colaborar para llegar a una conclusión. Además, se necesita mirar el conflicto con una visión sistémica.

Según Marcella Santos, la abogacía sistémica empieza con el abogado,

No se hace abogacía sistémica sin abogados sistémicos, y, claro, sin ese nivel de consciencia del «yo». El abogado comprende y está comprometido de forma integral, primero como individuo en sus pensamientos, emociones, energía, relacionamientos, actitudes en los

diversos papeles, ambiente, comportamientos, capacidad, valores, creencias, y sistemas a los cuales pertenece.

Por tanto, la abogacía sistémica exige una nueva postura de abogado que va a militar en esta área, para que él pueda incluirla en la resolución del conflicto de una manera sistémica y que el cliente pueda entender lo que ocurre en la disputa desde un ángulo del que no era consciente, ayudando en la resolución.

4. EL PROCEDIMIENTO

El procedimiento de mediación puede hacerse en una sesión o en más de una, dependerá de la complejidad del conflicto y de la voluntad de las partes como de los abogados. Se recomienda que la reunión dure más o menos tres horas, para no se le haga tediosa a las partes, lo que también va a depender de la disposición de todos. A veces alguno de los involucrados tiene un compromiso previsto y se presenta impaciente, siempre mirando el reloj o el mediador percibe que alguien está cansado, estos son síntomas de que la mediación no se está desarrollando correctamente, por ello es mejor suspenderla y acordar una reunión otro día para que las partes reflexionen y vuelvan con mayor disposición. Esta interrupción la puede sugerir el mediador o cualquiera de los participantes. No conviene insistir en el procedimiento porque puede estar condenado al fracaso.

Para llegar mejor al entendimiento de la mediación vamos a dividirla, didácticamente, en seis etapas, con la indicación de las herramientas que pueden utilizarse en cada una de ellas. Para explicar cada etapa vamos a presentar algunos diálogos basados en un caso real en que el procedimiento fue realizado en una cámara de mediación. Los nombres de las personas son ficticios para preservar la identidad de los participantes.

4.1. Etapas del procedimiento

4.1.1. Primera etapa: reunión inicial

Herramientas que se indican en la primera etapa: acogida y legitimación, escucha activa y preguntas cerradas.

Hecho el pedido de la cita para la primera reunión, es la hora de esperar a los participantes. Para dar buen rodaje al procedimiento y que todo ocurra como lo que se había planeado es importante que el día anterior a la cita el secretario de la cámara llame a las partes para confirmarlas y facilitarles la mejor forma de llegar al local y la ubicación de los estacionamientos más cercanos. Con esta información puede evitarse faltas, atrasos e incomodidades, además de satisfacer a las partes con relación al servicio prestado.

El día de la reunión, las partes llegan al local. El secretario de la cámara recibe a la primera parte con cordialidad y la encamina junto a su abogado para que se acomoden en la recepción o en una de las salas de apoyo.

Es el momento en que el secretario recibe los documentos de identificación de las partes y de los abogados, saca las copias correspondientes y los devuelve.

Al llegar la otra parte, el secretario la recibe de la misma forma y también la encamina para la recepción o una sala de apoyo, siguiendo el mismo procedimiento.

Cabe resaltar que antes de comenzar la reunión se debe evitar el encuentro directo entre las partes. Es un momento de reflexión y diálogo de cada una de ellas con su abogado o acompañante para definir cómo deben proceder y comportarse, así como hablar sobre los últimos detalles y las probables soluciones para el conflicto.

Vamos iniciar la reunión. El mediador se dirige donde está una de las partes, se presenta, pregunta si está acompañada de abogado y si lo tiene, también se presenta y saluda. Después los conduce a la sala donde va a ocurrir el procedimiento y los posiciona en la mesa, indicándoles las

sillas donde deben sentarse. La parte se sienta al lado del mediador y el abogado después del cliente.

Mediador: *Buenos días. Me llamo Pedro y soy mediador.
¿Es usted el señor Carlos Alberto Fernández?*

Carlos: *Sí, soy yo.*

Mediador: *¿El señor está acompañado de su abogado?*

Carlos: *Sí. Le presento al Dr. Ramírez.*

Mediador: *Encantado, Dr. Ramírez. Por favor, ¿pueden los señores acompañarme a la sala de reunión?*

Carlos y el Dr. Ramírez: *Sí, claro.*

En seguida, el mediador se dirige a la otra parte con su abogado y procede de la misma forma. Con todos ya acomodados en sus respectivas sillas, el mediador nuevamente se presenta, manteniendo un comportamiento seguro y cordial. Si es necesario, también presenta al comediador y a las demás personas de la cámara que van a participar de la mediación, por ejemplo: al secretario, al digitador, al observador y a los becarios.

Para empezar, el mediador dirige la palabra a las partes y sus abogados, y pregunta si puede llamarlos por su nombre, observando siempre el tratamiento formal: a los clientes tratarlos de señor o señora y a los abogados de doctor.

Mediador: *Sr. Carlos Alberto, ¿puedo llamarlo así?*

Carlos: *Llámemme simplemente Carlos, por favor.*

Mediador: *Sra. María Fernández, ¿puedo llamarla por este nombre?*

María: *Puede llamarme María.*

Antes de presentar el discurso inicial, el mediador puede hacer una pregunta o un comentario para quebrar el hielo. Es necesario que se tenga mucho cuidado para no intimidar u ofender a las partes y tener por ello que cerrar el procedimiento inmediatamente después de iniciado.

Mediador: *¿Fue difícil llegar a la cámara?
¡Qué calor está haciendo!
¿Los señores están confortables?*

Después de quebrar el hielo, llega el momento del discurso inicial. Es hora que el mediador exponga a los participantes las reglas de comportamiento y de procedimiento de mediación.

Es en la primera etapa donde el mediador tiene la oportunidad de conquistar la empatía y la confianza de las partes. Esta conquista empieza desde la conducción de éstas hasta la mesa con la presentación de todos y el discurso inicial. Con la presentación del discurso inicial, el mediador podrá proseguir con la mediación delimitando cómo va a ser el procedimiento, facilitando su conducción.

Después que los participantes se presenten, el mediador puede preguntar si todos saben lo que es una mediación.

Mediador: *¿Saben los señores qué es una mediación?*

Si todos ya saben, el mediador sólo refuerza el concepto y las reglas de la cámara, ya que cada cámara puede tener sus propias reglas. El mediador puede explicarlo de una forma más simple.

Mediador: *La mediación es un procedimiento alternativo con el objetivo de solucionar conflictos en que el mediador va a ayudar a las partes de forma neutra e imparcial para que ellas, en conjunto, encuentren la mejor solución.*

Se continúa con el discurso inicial.

Mediador: *Yo no estoy aquí para juzgar, soy neutro, imparcial y tengo interés en ayudar a ambas partes en buscar*

la mejor solución. El procedimiento de mediación es voluntario y confidencial y lo que se relate aquí no puede ser comentado en otro lugar. Yo no puedo ser testigo en un procedimiento arbitral ni tampoco judicial.

Las partes con sus abogados van a tener tiempo para hablar, es importante que cuando alguien esté hablando, los demás lo escuchen sin interrumpirlo. Encima de la mesa tendrán a disposición papeles y lapiceros para que puedan anotar lo más importante del relato y las opiniones con las que no estén de acuerdo.

Cuando llegue la oportunidad de hablar puede comentar acerca de sus discrepancias sobre lo que se relató. Es importante mantener un diálogo con respeto y armonía para un buen desarrollo del procedimiento, y si fuese necesario, se puede solicitar reuniones privadas por cualquiera de las partes o abogados. Si se hace una reunión privada con una de las partes, la otra también tendrá la misma oportunidad. Estas reglas son útiles para ayudar en la dinámica del procedimiento.

Al final del discurso inicial, el mediador pregunta si las partes entendieron lo que fue presentado. Siendo la respuesta positiva el mediador pregunta si todos están de acuerdo en continuar dicho procedimiento.

Mediador: *¿Entendieron los señores lo que se presentó?*

Todos: *Sí.*

Mediador: *¿Están todos de acuerdo en que continuemos con la mediación?*

Todos: *Sí, estamos de acuerdo.*

Si todos están de acuerdo con las reglas del comportamiento y del procedimiento, el mediador sigue el próximo paso de la mediación.

4.1.2. Segunda etapa: la identificación de las posiciones

Herramientas indicadas para la segunda etapa: escucha activa, preguntas abiertas, preguntas cerradas, parafraseo, reunión conjunta (si no fuese posible, el mediador hará reuniones privadas desde el inicio).

Llega el momento de los relatos. Generalmente, esta etapa continúa con la reunión conjunta en que cada parte relata sus posiciones en el conflicto. Cada parte llega a la mediación con sus razones, creencias y argumentaciones. Es en este momento que cada uno va a presentar sus posiciones frente a la otra parte en la presencia de un tercero que es el mediador, siempre respetando las reglas definidas en el discurso inicial.

¿Quién empieza a hablar? En realidad, cualquiera de las partes puede tomar primero la palabra desde que las reglas de la cámara de mediación así lo autoricen.

Mediador: *¿Quién quiere comenzar a hablar?*

Generalmente, quien comienza a hablar es quien propuso la mediación. Si no se ponen de acuerdo, el mediador puede presentar las reglas de la cámara.

Mediador: *Bien, la regla de la cámara dice que quien recomendó la mediación es quien toma la palabra. Por tanto, Sr. Carlos, usted la tiene.*

Definido quién empieza, el mediador hace la pregunta de acceso para proseguir con la mediación.

Mediador: *Sr. Carlos, ¿cuáles fueron los motivos que lo trajeron a la mediación?*

Carlos: *Yo soy ingeniero y actualmente vivo en la capital.*

María fue mi esposa por más de cinco años y de esa relación nació nuestro hijo, Juan, actualmente con diez años. Hubo un

desgaste de la relación y María salió de casa con nuestro hijo y fue a vivir con su madre en una ciudad del interior del Estado.

[...]

Sucede que nuestro hijo tiene diez años y yo estoy preocupado por su formación escolar y su futuro. Generalmente, la capital es más desarrollada, tiene la posibilidad una escuela con mejor aprendizaje. Como la escuela de la ciudad en que vive la madre de Juan es pequeña, lo más probable es que tenga una enseñanza de menor calidad.

Durante el relato, la otra parte puede no estar de acuerdo con lo que se está narrando e interrumpe o contradice lo que se está diciendo. En este momento, el mediador repite las reglas enunció en el discurso inicial, para que todos sigan lo que fue acordado y pueda mantener el control del procedimiento.

María: *No es verdad lo que usted está hablando. En la ciudad en la que vivo hay buenas escuelas.*

Mediador: *Sra. María, ¿qué quedó acordado al inicio? ¿No fue que todos se pusieran de acuerdo? Quedamos en que cuando uno está hablando los demás deben escuchar y que, si quiere, puede anotar sus desacuerdos. Luego, cuando llegue su oportunidad de hablar, puede presentar sus razones con relación al relato. ¿No fue en esto que habíamos acordado? ¿Podemos continuar donde nos quedamos?*

María: *Sí, podemos continuar.*

Mediador: *Sr. Carlos, ¿puede continuar? Por favor.*

Carlos: *Yo quiero que nuestro hijo venga a vivir conmigo*

[...].

El mediador, para saber si está entendiendo el relato de la parte, puede utilizar la técnica del parafraseo, que consiste en transmitir con las propias palabras lo que la otra relató.

Mediador: *Para ver si entendí, permítame preguntarle ¿el señor quiere que su hijo viva con usted para garantizarle un futuro mejor? ¿Es correcto?*

Enseguida el mediador pregunta al abogado de Carlos si quiere completar la exposición.

Mediador: *¿Dr. Ramírez, quiere agregar algo?*

Dr. Ramírez: *Quiero decir que la Ley de los Niños y Adolescentes describe que se debe atender el mejor interés del niño. Por lo tanto, el mejor para él es quedarse al lado de su padre, que puede garantizar un mejor futuro.*

Mediador: *¿Algo más?*

Carlos y el Dr. Ramírez: *No, sólo eso.*

Mediador: *Gracias.*

Cuando una parte concluye el relato, llega la hora de otorgar la palabra a la otra parte y a su abogado. El mediador debe obedecer la simetría, o sea, el tiempo que uno tiene para hablar, el otro también deberá tenerlo.

Mediador: *Sra. María, es su momento de hablar.*

María: *Yo no soportaba más vivir con Carlos. Él es un hombre ignorante y maleducado.*

Mediador: *Sra. María, ¿no recuerda lo que fue acordado al principio? ¿Recuerda que todos acordaron hacer una reunión con respeto? ¿Podemos continuar así?*

María: *Sí. Perdón. Yo quiero decir que no era posible continuar viviendo con Carlos. Por eso yo me fui a vivir con mi madre. No es fácil. Estoy sin trabajo, pero estoy en paz. Carlos habló que en la ciudad donde vivo no hay escuela de calidad. Yo no concuerdo. Es más importante que Juan se quede conmigo. Yo cuido muy bien de él.*

El mediador, cuando percibe que la otra parte no está prestando atención o no entiende el relato, interrumpe al narrador y habla para la parte que está escuchando. Es que las partes llegan al conflicto con sus propias razones y no quieren prestar atención a lo que el otro dice. Para eso, el mediador puede utilizar una vez más la herramienta del parafraseo.

Mediador: *Sr. Carlos, ¿el señor entiende lo que la Sra. María está diciendo? Yo lo voy a decir para usted. María dijo que en la ciudad donde vive también hay escuela de calidad y que Juan puede tener un buen aprovechamiento. ¿Usted entendió lo que la Sra. María dijo?*

Carlos: *Ahora sí.*

Mediador: *Sra. María, puede continuar.*

María: *Yo sólo quiero lo mejor para Juan [...]*

Mediador: *Dr. Francisco [abogado de María], ¿quiere decir algo para complementar?*

Dr. Francisco: *Mi cliente tiene todo derecho de quedarse con el niño. Ella es la madre y tiene condiciones de dar mayor asistencia, ya que no trabaja. Allá, el Sr. Carlos trabaja toda la semana e incluso hace muchos viajes. No hay como acompañar el día a día de Juan. La ley dispone el mejor interés del niño y yo creo que es al lado de su madre.*

Después que cierran los relatos, el mediador va a la tercera etapa de la mediación que es la identificación del conflicto a través del resumen.

4.1.3. Tercera etapa: resumen del relato de las partes, identificación del conflicto y preparación de la agenda

Herramientas indicadas para esa etapa: escucha activa, preguntas cerradas, resumen, agenda, reunión conjunta (si no fuese posible, el mediador hará reuniones privadas desde el inicio).

Llegó la hora de que el mediador entienda el verdadero litigio. Después de escuchar los relatos de las partes y a los abogados, el próximo paso es hacer un resumen de lo que fue expuesto para entender de qué trata la disputa.

Mediador: *Por lo que entendí, el niño está bajo la custodia de la madre y el padre quiere que ésta sea transferida hacia él. También entendí que ambos quieren darle la mejor educación a su hijo a través de una escuela que garantice un buen aprendizaje y, consecuentemente, un futuro mejor.*

Otro punto que verificado fue una discordancia referente a las visitas y a las vacaciones escolares.

Finalmente, la Sra. María alega que el Sr. Carlos no tiene condiciones de dar asistencia física al hijo porque vive en una ciudad y pasa la semana trabajando en otra, solamente pudiendo quedarse con él en los fines de semana. ¿Son esos los temas en que los señores están divergiendo?

Carlos: *Me gustaría de adicionar que nosotros tenemos una casa. Pienso venderla y dividir el dinero entre nosotros.*

Mediador: *Vamos incluir también en la agenda el tema de la venta de la casa. ¿Están de acuerdo?*

Carlos y María: *Sí.*

Después de identificar los temas que vinculan el procedimiento, y antes de comenzar a explorar su origen e identificar los intereses y necesidades de cada uno, el mediador va a organizar la agenda de los temas a trabajar con las partes. En la agenda, el mediador coloca en orden los temas que se va a discutir con ellas. Siempre del más fácil al más difícil. Es importante ese orden porque si consigue resolver un tema y se llega a un acuerdo, las partes van a verificar que hubo un avance en la negociación y con eso estimula la búsqueda para resolver los demás. La agenda es dinámica. Durante el procedimiento es posible que se incluyan nuevos temas que surjan y se retiren otros que ya no interesan o que no es el momento de discutir.

***Mediador:** Podemos hacer la pauta de discusión de la siguiente manera: primero vamos a tratar sobre la venta de la casa, después trataremos de la custodia de Juan y, en seguida, sobre las visitas y vacaciones escolares. ¿Todos están de acuerdo?*

Cuando todos estén de acuerdo con la agenda, el mediador continúa con la tercera etapa, que es la búsqueda de los intereses y necesidades de las partes.

4.1.4. Cuarta etapa: la búsqueda de los intereses o necesidades

Las herramientas que se recomiendan para esta etapa son: escucha activa; preguntas abiertas, cerradas, reflexivas y circulares; replanteo del conflicto; lluvia de ideas (*brainstorming*); reuniones conjuntas y privadas; resumen; y constelación sistémica.

Preguntas de acceso para entender los intereses o necesidades de cada uno:

***Mediador:** ¿Cuál es la finalidad del pedido?
 ¿Cuál es el resultado que piensa obtener con la mediación?
 ¿Para qué pide ese aumento?
 ¿Qué desea usted exactamente con esta mediación?
 ¿Qué es realmente importante para usted?*

El objetivo de esta etapa es explorar los verdaderos intereses o necesidades de las partes que están involucradas en el conflicto. Cuando una persona llega a la reunión de mediación a veces no presenta lo que realmente desea. Expone solamente el conflicto aparente y omite lo que realmente podría ayudar a resolver la disputa. Esta primera presentación la llamamos de identificación de las posiciones de las partes. A cada una lo que le interesa es su propia solución. No quiere oír lo que la otra persona quiere decir. Solamente piensa que ella tiene la razón. La misma la construye encima de la formación, valores y sentimientos que resultan en: tristeza, rabia, amargura, rencor y deseo de vengarse.

Frecuentemente, el juez toma las decisiones de acuerdo con lo que fue presentado en las peticiones de las partes, o sea, con base en las peticiones de cada uno. Para encontrar una solución que deje a todos satisfechos es necesario profundizar en las razones e intenciones que los llevaron al litigio para identificar su origen y seguir en la construcción de una solución que atienda los intereses y necesidades de las partes.

En esta etapa el mediador estimula la exploración del conflicto, lo que hay por detrás, los intereses ocultos, las necesidades no reveladas. Cuando las partes mantienen su posición tal como fue presentada inicialmente, la mediación no avanza porque ellas no quieren hacer revelaciones frente a frente para no demostrar sus debilidades. En ese momento es necesario la habilidad del mediador tanto para utilizar las herramientas adecuadas y desenmascarar a los participantes como también estimular la salida de las posiciones y con ello continuar con el procedimiento, buscando los intereses y necesidades de todos.

Con el desarrollo de esa etapa, el mediador es capaz de identificar que ambos pueden tener intereses comunes, diferentes y opuestos.

No siempre esos intereses son revelados fácilmente, sino que puede ser necesario que el mediador utilice la reunión privada para que las partes relaten y revelen a fondo lo que está por detrás del conflicto y todavía no se ha presentado. Tal vez con el mediador a solas la parte consiga hablar lo que realmente desea como resultado de la mediación. Algunas veces es en la reunión privada que son presentadas probables propuestas para solucionar el conflicto.

Al empezar la reunión privada, el mediador les recuerda a las partes lo que fue acordado en el discurso inicial sobre conversar en privado con cada una si fuese necesario, siempre observando simetría. El mismo tiempo que habla con una deberá hacerlo con la otra. Para mantener el equilibrio, el mediador deberá cambiar el orden de quien va a comenzar la reunión, o sea, si en la primera etapa (identificación del conflicto) quien comenzó fue quien dio inicio a la mediación, en la reunión privada comenzará la otra parte.

Mediador: *Como quedamos anteriormente, es posible hacer reuniones privadas. Me parece que es necesario para avanzar con el procedimiento. Como empezamos la mediación con el Sr. Carlos, ahora vamos a comenzar la reunión privada con la Sra. María.*

Sra. María, ¿me puede seguir a la sala de al lado, por favor?

María: *Sí, claro.*

En cuanto inicie la reunión privada, el mediador hará un nuevo discurso inicial reforzando las reglas a las partes. Es imprescindible que el mediador consiga conquistar la empatía y la confianza para que cada parte se sienta segura y consiga revelar más detalles sobre el litigio, contribuyendo con la identificación de los intereses o necesidades. El mediador explica, nuevamente, que es neutro e imparcial, que quiere ayudar a encontrar una solución para las divergencias presentadas y que todo lo que se diga en la reunión el mediador solamente lo revelará si ellas lo autorizan.

Mediador: *Sra. María, como he dicho anteriormente, estoy aquí para ayudar a encontrar una solución a la divergencia entre ambos. Soy neutro e imparcial y lo que la señora hable aquí solamente se lo diré al Sr. Carlos siempre y cuando usted me lo permita. ¿Podemos empezar?*

María: *Sí, empecemos.*

Mediador: *¿Qué es lo realmente importante para la señora en este momento?*

María: *Carlos no tiene tiempo para cuidar a Juan. Trabaja todos los días en otra ciudad y solamente va a casa los fines de semana. Si él se queda con la custodia, Juan no va a tener los cuidados y cariño ni del padre ni de la madre. Él tampoco tiene paciencia para revisar las tareas de la escuela y lo que quiere exactamente es tener la custodia para no pagarle la pensión a su hijo. Además, es una persona muy difícil y no quiero acuerdo con él. Por un lado, quiero que Juan se quede conmigo. Por otro lado, pienso en el futuro de nuestro hijo, pues como ya tiene diez años y las escuelas donde vivimos son limitadas, tengo mucho miedo que eso perjudique su futuro.*

En cuanto concluya la reunión, el mediador agradece a la parte e invita a la otra a la reunión privada. Enseguida hace el mismo procedimiento que hizo anteriormente, recordándole las reglas que fueron pactadas al inicio del procedimiento.

Mediador: *Sr. Carlos, ¿quiere decir algo más que no se atrevió a decir por estar delante de María?*

Carlos: *No. Lo que yo tenía para decir ya lo he dicho. Sólo me gustaría añadir algo: que yo estaría dispuesto a venir todos los días de la ciudad donde trabajo para mi casa en la capital con tal de ver a mi hijo. Necesitamos pensar en su futuro. Si él va a vivir conmigo en una ciudad mayor tendrá más oportunidad de estudiar en una escuela con mejor estructura.*

Tanto en la reunión conjunta como en la privada, el mediador puede emplear preguntas abiertas y cerradas, y preguntas reflexivas y circulares con el objetivo de estimular a las partes a que revelen situaciones que todavía no han sido expuestas, como también para verificar las reacciones corporales de los participantes. El cuerpo habla y las

reacciones podrán ser diversas delante de una pregunta o información que aún no haya sido revelada.

Mediador: *María, ¿qué le impide a usted dejar que Juan viva con su padre?*

Una pregunta incisiva hace que la persona reflexione lo que está bloqueando para que tome una decisión. Muchas veces la persona se queda dándole vueltas al mismo asunto sin saber qué decir. La pregunta cuando se hace de forma directa exige una respuesta inmediata y ayuda a la parte a entender que necesita posicionarse sobre lo que está discutiéndose.

Continuando con la reunión privada:

Mediador: *¿La señora cree que vivir con su padre será mejor para el futuro de Juan?*

María: *Por supuesto que sí, de eso no tengo duda. La escuela que su padre eligió es muy buena y con seguridad tendrá buenos profesores. Para Juan será más fácil ingresar a la universidad. Lo que pasa es que Carlos le paga una buena pensión, y como actualmente estoy desempleada ese dinero también me ayuda a pagar mis cuentas personales, por ello es que no quiero dejar que Juan viva con su padre.*

El mediador agradece a la Sr. María y vuelve a llamar al Sr. Carlos para una reunión privada.

Mediador: *Sr. Carlos, si su hijo vive con usted, ¿qué pasaría con María? ¿Es posible compensarla por la ausencia de su hijo?*

Carlos: *Sí, podemos verificar cómo puedo serle útil. Ella sabe que Juan tendrá un futuro mejor siempre y cuando viva conmigo.*

También en las reuniones conjuntas y privadas el mediador podrá utilizar las preguntas circulares, o sea, colocar uno en el lugar del otro.

Mediador: *Sra. María, si Juan viviese con el padre en una ciudad pequeña que no tuviese condiciones de dar una buena formación a su hijo y la señora viviese en otra ciudad más desarrollada, con mejores colegios, profesores y universidad, e incluso una gran oportunidad de ocio y debido a ello su hijo tuviese un futuro mejor, ¿qué haría la señora?*

Mediador: *Sr. Carlos, si su hijo viviese con el señor durante diez años y en un determinado momento la madre decide pedir la custodia, ¿qué haría el señor?*

Sucede que en algunos momentos la mediación no avanza y ninguno de los dos quiere ceder.

Una herramienta que puede ponerse en práctica es la técnica de la constelación sistémica. El mediador puede proponer a una de las partes o a ambas un ejercicio o una actividad durante una reunión conjunta o una reunión privada. Va a depender de cómo esté desarrollándose la mediación. El mediador puede también ponerse de acuerdo con las partes para suspender el procedimiento, para que éstas puedan participar de una reunión de constelación sistémica y después retomar el procedimiento el mismo día u otro día.

Mediador: *Sra. María, como no estamos avanzando en la mediación, me gustaría proponer una actividad que tal vez nos ayude a entender el porqué del conflicto. ¿Le gustaría participar?*

María: *No sé qué actividad es ésa, pero con tal de ayudar a resolver esta situación, acepto.*

La constelación puede hacerse con muñecos o con personas. El mediador puede invitar becarios (alumnos) u otras personas que se encuentren en la cámara para participar de esta actividad.

La intención del mediador es presentar a la parte el conflicto en otra perspectiva, por otro ángulo, ahora a través de representantes. Es que

en la constelación sistémica algo que está oculto puede revelarse, hasta hechos de generaciones pasadas que hacen que las personas se comporten de esa manera, repitiendo comportamientos de sus antepasados, por amor a ellos.

El mediador explica cómo funcionaba el ejercicio y pide que la Sra. María escoja una persona de las presentes en la sala para que la represente, otra para el Sr. Carlos y otra para su hijo, y los posiciona en el lugar que ella encuentre mejor.

María posiciona al representante del hijo de pie, el de la madre junto al hijo y el del padre lejos. Escoje incluso dos representantes más: uno para su hermana y otro para su madre.

El mediador les pide la concentración a todos para que el campo energético pueda actuar.

Después de algunos minutos, el mediador le pregunta al representante de María cómo se siente.

Representante de María: *No quiero hablar con él, lo que él quiere es quitarme a mi hijo.*

El mediador le pregunta al representante de Carlos si quiere decir algo.

Representante de Carlos: *Me siento mal. Quiero a mi hijo cerca de mí; además, no quiero entrar en disputa con María por él, lo que pasa es que ella dificulta encontrarme con mi hijo.*

El representante del hijo mira al padre, pero se siente preso de su madre, de su tía y de su abuela.

En el caso presentado se verifica que se trata de una alienación parental que la madre hace con el niño con relación al padre y que tenía fuerte influencia de la tía y de la abuela de este niño.

El mediador elige una persona para representar al abogado de Carlos y la posiciona al lado de él, y otra para representar a la abogada de María, poniéndola al lado de ella.

Carlos y María se miran con rabia. El mediador le pregunta al representante del niño con quién quisiera vivir.

Representante del niño: *Prefiero vivir con mi padre. Pero mi madre dificulta ese encuentro, no quiero verla triste. Como aún soy niño, ellos tendrán que decidir.*

El representante de la madre de María, con un comportamiento arrogante, no decía una palabra.

Representante de la tía: *Juan tiene que quedarse con nuestra familia. Él no necesita a su padre. Nosotros lo cuidamos.*

Mediador (a la representante de María): *Dígale a su madre: yo hago esto por amor a usted.*

Representante de María: *Yo hago esto por amor a usted.*

Mediador (para la representante de la madre de María): *No quiero que mi hija cometa el mismo error que yo cometí. No dejé que su padre se la llevase a vivir con él. Yo siempre dificultaba esos encuentros.*

La representante de María no quiso repetirlo, se quedó callada.

Mediador (a la representante de la madre de María): *Repita. Yo asumo mi responsabilidad.*

Representante de la madre de María: *Yo asumo mi responsabilidad.*

El mediador le pidió a la representante de la madre de María que repitiese la frase anterior cuando ella se quedó callada.

Mediador (a la madre de María): *No quiero que mi hija cometa el mismo error que yo cometí. No dejé que su padre la llevase para vivir con él. Yo siempre dificultaba esos encuentros.*

La representante de la madre de María, esta vez repitió la frase anterior.

Mediador (a la madre de María): *Repita. Usted está libre de criar a su hijo como lo considere mejor.*

Representante de la madre de María: *Usted está libre de criar a su hijo como lo considere mejor.*

Con estas palabras, la madre de María ayuda a liberar al niño de la alienación parental y le da independencia para que ella escoja lo mejor para su hijo.

Al mirar al hijo, el representante de María autoriza que el representante del niño vaya en dirección a su padre.

Mediador: *María, ¿cómo se siente ahora?*

María: *Ahora estoy bien.*

Mediador: *¿Y usted Carlos?*

Carlos: *Me siento realizado porque podré llevar a mi hijo a vivir conmigo.*

Mediador (al representante del niño): *¿Cómo se siente?*

Representante del niño: *Estoy bien. Voy a vivir con mi padre y no voy a dejar a mi madre triste.*

La representación del caso hecho con personas que no sabían nada de la historia demuestra una posible solución al conflicto y con quién el niño debería quedarse. En la constelación, María percibió que era mejor para el niño que viviese con su padre.

A partir de estas informaciones, el mediador podrá marcar nuevamente una reunión de mediación, después de las informaciones presentadas, a la que se le habrá dado otro rumbo para la resolución de la controversia.

En realidad, María estaba siguiendo el mismo destino de su madre, o sea, alienando a su hijo como ella fue alienada. La historia estaba repitiéndose y podía seguir por las próximas generaciones. Las personas quedan enmarañadas con generaciones pasadas y repiten el mismo comportamiento. Es necesario romper con ese enredo para que todos puedan seguir sus propios destinos.

4.1.5. Quinta etapa: generación de ideas, opciones y propuestas

Herramientas que se indican para esta etapa: escucha activa, reuniones conjuntas y privadas, lluvia de ideas (*brainstorming*), resumen.

En el caso que está siendo presentado se verificó que Carlos y María quieren la división del inmueble; que Carlos quiere la custodia del hijo (Juan) y que vaya a vivir con él; María quiere también que su hijo permanezca con ella y no perder la pensión de su hijo porque está desempleada y eso le ayuda en sus gastos personales; y que el derecho de visita sea respetado.

Identificados los intereses y necesidades de las partes en esta etapa, las mismas van conjuntamente a presentar ideas que puedan resolver el conflicto y que atienda la expectativa de todos.

Pregunta de acceso: ¿cómo podemos atender los intereses y necesidades de uno y del otro?

Esta pregunta puede hacerse en la reunión conjunta si es posible; no obstante, si la mediación está siendo conducida a través de la reunión privada, el mediador la hace separadamente.

Mediador: *¿Cómo podemos hacer para atender los intereses del Sr. Carlos, que se le pase la custodia de su hijo para que el niño pueda estudiar en un centro mejor y tenga más oportunidad en el futuro? ¿Cómo podemos atender las necesidades de María que además de perder la compañía de su hijo también pierde la pensión que recibía?*

Para este momento, la herramienta que se indica es la lluvia de ideas (*brainstorming*). El mediador explica a las partes que las técnicas pueden ser útiles no sólo para estimular sin críticas, sino que pueden ayudar a solucionar el conflicto atendiendo los intereses y necesidades de los involucrados; por lo tanto, se pueden hacer anotaciones de todas las ideas. Cuando se llega a un número suficiente es la hora de verificar, a través de filtros objetivos y subjetivos, la posibilidad de implementar las ideas y generar opciones.

Mediador: *¿Cómo fueron identificados los intereses y necesidades, y qué posibles soluciones anotaron? ¿Pueden los señores presentarlas?*

Carlos: *Tengo una idea. Juan pasa la semana conmigo y los fines de semana con su madre.*

María: *Propongo que nuestro hijo continúe viviendo conmigo y Carlos le paga el transporte para llevarlo todos los días a la escuela en la capital.*

Carlos: *De esa manera sale muy caro.*

Mediador: *Sr. Carlos, como conversamos anteriormente, éste no es el momento de hacer críticas.*

María: *Carlos puede alquilar una casa en la capital, cerca de la escuela, para que Juan viva conmigo. Así, él se quedaría también cerca de su hijo.*

Carlos: *Juan va a vivir conmigo y yo le pago a su madre el 50 % de la pensión, hasta que ella consiga un empleo y tenga su propia renta. Incluso se podría quedar los fines de semana cada quince días.*

Después de anotar las ideas en conjunto vamos a aplicar los filtros, objetivos y subjetivos, para verificar la posibilidad de emplear las ideas y generar opciones.

María: *Todos los días no es posible y yo no puedo buscarlo todos los fines de semana.*

Carlos: *Pagar un transporte para llevar a Juan a la capital resulta muy caro y es muy sacrificado para él, ya que se tiene que levantar muy temprano. Esa idea para mí no es viable.*

María: *Bueno, creo que la última propuesta de Carlos es la más conveniente. Podemos hacer una experiencia por un año. Si resulta, la continuamos. Juan va a vivir con su padre y me paga lo que él prometió, el 50 % del valor de la actual pensión, de este modo me ayudaría con mis gastos personales hasta conseguir un empleo en ese periodo e incluso pasaría los fines de semana cada quince días con mi hijo.*

Cuando las partes encuentran las mejores opciones, cualquiera de ellas puede hacer una propuesta.

Carlos: *María, entonces estamos de acuerdo en que nuestro hijo va a vivir conmigo y yo pagaré el 50 % del valor que te pagaba antes para ayudar en tus gastos hasta que consigas un empleo, durante un plazo de un año. También queda acordado que podrás buscarlo los fines de semanas intercalados, o cuando quieras avisándome antes. ¿Estás de acuerdo?*

María: *Sí, estoy de acuerdo.*

Cuando el diálogo se está desarrollando entre las partes, el mediador solamente deberá administrarlo, sin interferir y sin perder el control de la reunión.

Mediador: *¿Puedo hacer el acuerdo en esos términos?*

Carlos y María: *Sí, por supuesto.*

4.1.6. Sexta y última etapa: el acuerdo y el cierre de la mediación

Herramientas que se recomiendan para esta etapa: escucha activa, reuniones conjuntas o privadas, y preguntas cerradas.

El acuerdo es el registro de todo lo que fue acertado para solucionar la controversia. Puede ser parcial o total, verbal o escrito, provisional o final. Si las partes solamente consiguen llegar a un acuerdo con relación a un tema de un total de tres o más, puede hacerse un acuerdo parcial. Los demás temas pueden dejarlos para otra oportunidad. Haciendo ese acuerdo parcial la mediación avanza y ya se ha dado un paso para estimular la generación de confianza entre las partes para que encuentren una solución futura a los demás temas.

El acuerdo también puede hacerse por un periodo determinado, pudiendo de tiempo en tiempo hacerse otras reuniones para revisar los términos, de acuerdo a lo que resultó acertado: plazos, valores, objetos, etcétera, para que no haya dudas en el futuro.

Durante la elaboración del acuerdo, las partes, con sus respectivos abogados, deben participar para que no haya dudas a la hora de firmar. Para ello, se recomienda que se utilice un proyector, así todos pueden acompañar desde sus lugares. En cuanto se finalice, el mediador o secretario de la audiencia lo leerá para todos y les preguntará si están de acuerdo. Si todos lo están, llega el momento final que es firmar el acuerdo. Firman en secuencia: las partes, abogados, mediador y comediador. También se puede llamar como testigos otras personas presentes.

Finalmente, después de ser firmado del acuerdo, el mediador agradece la presencia de todos y cierra la reunión de mediación.

CONCLUSIÓN

La mediación es un método de resolución de conflictos que puede utilizarse individualmente o durante la tramitación del proceso judicial o del procedimiento arbitral. Vimos que en la mediación lo que prevalece es el diálogo y el entendimiento entre las partes. Éstas fueron las que llevaron el conflicto y es probable que hayan convivido con éste por varios años, de ahí que sean ellas las más indicadas para encontrar una salida. No podemos esperar que un juez, que no sabe nada de la vida de las personas, en un momento mágico (sentencia), diga cuál es la mejor solución. Puede hasta resolver el proceso, pero no conseguirá acabar con el conflicto, pues lo más probable es que éste perdure por varios años.

Durante la lectura de esta obra fue posible no sólo verificar cómo podemos preparar y conducir, paso a paso, el procedimiento de la mediación, de una manera simple y segura, sino también cómo deberían comportarse las partes, el mediador y los abogados durante la mediación, y de este modo se encuentre la mejor solución pacífica del conflicto.

Se vio la importancia de la premediación, que si es bien trabajada con las partes y los abogados, podría contribuir a una reunión más tranquila, hasta incluso empezar con un preacuerdo ya diseñado o en lo mínimo, con algunas propuestas anticipadas. Por eso, las entrevistas y los contactos previos en la premediación tienen que ser realizados por una persona bien preparada técnicamente.

También se identificó la necesidad de la preparación y experiencia del mediador, que es el conductor y controlador del procedimiento, que necesita ser cordial, tener confianza, saber actuar y estar seguro de lo que hace. El éxito de la mediación depende mucho del trabajo del

profesional. Para ello es imprescindible mucho estudio y entrenamiento, constante.

Para finalizar, este libro trató sobre una nueva herramienta, la constelación sistémica, cuya aplicación antes o durante el proceso judicial tuvo buenos resultados y facilitó el entendimiento entre las partes.

BIBLIOGRAFÍA

ALMEIDA, Tania. *Caixa de ferramentas na mediação - Aportes práticos e teóricos*. São Paulo: Dash, 2013.

CARAM, María Elena; Diana Teresa EILBAUM y Matilde RISOLÍA. *Mediación: diseño de una práctica*. Tercera edición. Buenos Aires: Librería Histórica, 2010.

DRAETTA, Ugo. *La otra cara del arbitraje*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2012.

HELLINGER, Bert. *Constelaciones familiares: el reconocimiento de las órdenes del amor*. São Paulo: Cultrix, 2007.

HELLINGER, Bert. *Órdenes del amor. Una guía para trabajo con constelaciones familiares*. São Paulo: Cultrix, 2007.

GOMES, Noêmia Aurélia. *Teoría en la práctica*. FRANKEL GROSMAN, Cláudia y Helena GURFINKEL MANDELBAUM (organizadoras). São Paulo: Primavera Editora, 2011.

LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes. *Negociación, mediación y arbitraje - Curso básico para programas de graduación de Derecho*. Coordinación de Carlos Alberto de Salles, Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini y Paulo Eduardo Alves de la Silva. Río de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

NETO, João Baptista de Mello y Souza. *Mediación en juicio. Abordaje práctico para la obtención de un acuerdo justo*. Segunda edición. São Paulo: Atlas, 2012.

OLIVEIRA, João Alberto Santos de. *Métodos adecuados de solución de conflictos: una perspectiva en Brasil*. Aracaju: Imphografic's, 2015.

SALES, Lilia Maia de Moraes. «Ouvidoria e mediação: instrumentos de acesso à cidadania». En *Pensar*, vol. 11, 2006.

TARTUCE, Fernanda. *Mediação en los conflictos civiles. Segunda edición revisada, actualizada y ampliada*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. *Mediação de conflictos e práticas restaurativas. Segunda edición actualizada y ampliada*. Río de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2012.

SITIOS CONSULTADOS

<http://conteudojuridico.com.br>

<https://pt.wikipedia.org>

<https://rccim.com.br>

<https://constelacaosistemica.wordpress.com>

<http://www.naoentreaki.com.br>

<http://blog.verbojuridico.com.br>

<http://metodosalternativos-marc.blogspot.com>

LEY DE MEDIACIÓN BRASILEÑA

LEY 13.140
26 de junio de 2015

Artículo 1.- Esta Ley dispone sobre la mediación como medio de solución de controversias entre particulares y sobre la autocomposición de los conflictos en el ámbito de la Administración Pública.

Párrafo único. Se considera mediación la actividad técnica que ejerce un tercero imparcial sin poder decisorio, que elegido o aceptado por las partes, las auxilia y estimula a identificar o desarrollar soluciones consensuales para la controversia.

Capítulo I **De la mediación**

Sección I **Disposiciones generales**

Artículo 2.- La mediación será orientada por los siguientes principios:

- I. Imparcialidad del mediador
- II. Isonomía entre las partes
- III. Oralidad
- IV. Informalidad
- V. Autonomía de la voluntad de las partes
- VI. Búsqueda del consenso
- VII. Confidencialidad

VIII. Buena fe

§ 1º En el supuesto de existir previsión contractual de la cláusula de mediación, las partes deberán comparecer a la primera reunión de mediación.

§ 2º Nadie será obligado a permanecer en el procedimiento de mediación.

Artículo 3.- Puede ser objeto de mediación el conflicto que verse sobre derechos disponibles o sobre derechos indisponibles que admitan transacción.

§ 1º La mediación puede versar sobre todo el conflicto o parte del mismo.

§ 2º El consenso de las partes que involucra derechos indisponibles, pero transigibles, debe ser homologado en juicio, exigida la manifestación del Ministerio Público.

Sección II De los mediadores

Disposiciones comunes

Artículo 4.- El mediador será designado por el tribunal o escogido por las partes.

§ 1º El mediador conducirá el procedimiento de comunicación entre las partes en la búsqueda del entendimiento y del consenso, y facilitando la resolución del conflicto.

§ 2º A los necesitados se les garantizará la gratuidad de la mediación.

Artículo 5.- Se aplica al mediador las mismas hipótesis legales de impedimento y sospechas que al juez.

Párrafo único. La persona designada para actuar como mediador tiene el deber de revelar a las partes, antes de la aceptación de la función, cualquier hecho o circunstancia que pueda provocar duda justificada con

relación a la imparcialidad para mediar el conflicto, oportunidad en que podrá ser recusado por cualquier de ellas.

Artículo 6.- El mediador queda impedido, por el plazo de 1 (un) año, contado desde el término de la última audiencia en que actuó, de asesorar, representar o patrocinar a cualquiera de las partes.

Artículo 7.- El mediador no podrá actuar como árbitro ni como testigo en procesos judiciales o arbitrales relativos a conflictos en que haya actuado como mediador.

Artículo 8.- El mediador y todos aquéllos que lo asesoran en el procedimiento de mediación, en el ejercicio de sus funciones o en razón de ellas, son equiparados a servidores públicos a los efectos de la legislación penal.

Subsección II

De los mediadores extrajudiciales

Artículo 9.- Podrá funcionar como mediador extrajudicial cualquier persona capaz que tenga la confianza de las partes y sea capacitada para hacer mediación, independientemente de integrar cualquier tipo de consejo, entidad de clase o asociación, o inscribirse en él.

Artículo 10.- Las partes podrán ser asistidas por abogados o defensores públicos.

Párrafo único. Al comparecer cualquiera de las partes acompañada de abogado o defensor público, el mediador suspenderá el procedimiento hasta que todas estén debidamente asistidas.

Subsección III

De los mediadores judiciales

Artículo 11.- Podrá actuar como mediador judicial la persona capaz, graduada de por lo menos 2 (dos) años de estudio en curso de enseñanza superior en institución reconocida por el Ministerio de la Educación, y que haya obtenido capacitación en escuela o institución de formación de

mediadores reconocida por la Escuela Nacional de Formación y Perfeccionamiento de Magistrados - Enfam o por los tribunales, observados los requisitos mínimos establecidos por el Consejo Nacional de Justicia en conjunto con el Ministerio de la Justicia.

Artículo 12.- Los tribunales crearán y mantendrán registros actualizados de los mediadores habilitados y autorizados a actuar en mediación judicial.

§ 1º La inscripción en el registro de mediadores judiciales será requerida por el interesado al tribunal con jurisdicción en la zona en que desee ejercer la mediación.

§ 2º Los tribunales reglamentarán el proceso de inscripción y cierre de sus mediadores.

Artículo 13.- La remuneración correspondiente para los mediadores judiciales será fijada por los tribunales y financiada por las partes, con sujeción a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 4 de esta Ley.

Sección III **Del procedimiento de mediación**

Subsección I **Disposiciones comunes**

Artículo 14.- Al inicio de la primera reunión de mediación, y cuando lo considere necesario, el mediador deberá alertar a las partes acerca de las reglas de confidencialidad aplicables al procedimiento.

Artículo 15.- A requerimiento de las partes o del mediador, y con el consentimiento de aquéllas, podrán ser admitidos otros mediadores para trabajar en el mismo procedimiento cuando eso sea recomendable en razón de la naturaleza y complejidad del conflicto.

Artículo 16.- Aunque haya un proceso arbitral o judicial en curso, las partes podrán someterse a la mediación, hipótesis en que requerirán al

juez o árbitro la suspensión del proceso por el plazo suficiente para la solución consensual del conflicto.

§ 1º Es inapelable la decisión que suspende el procedimiento en los términos requeridos de común acuerdo entre las partes.

§ 2º La suspensión del procedimiento no obsta la concesión de medidas de emergencia por el juez o por el árbitro.

Artículo 17.- Se considera instituida la mediación en la fecha para la cual se programe la primera reunión de mediación.

Párrafo único. Quedará suspendido el plazo de la prescripción mientras transcurra el procedimiento de mediación.

Artículo 18.- Cuando se inicia la mediación, las reuniones posteriores con la presencia de las partes sólo podrán ser acordadas con la aceptación de todos.

Artículo 19.- En el desempeño de su función, el mediador podrá reunirse con las partes, en conjunto o por separado, así como solicitar de éstas la información que considere necesaria para facilitar la comprensión entre aquéllas.

Artículo 20.- El procedimiento de mediación concluirá con la elaboración de su término final, cuando se haya celebrado acuerdo o cuando no se justifiquen nuevos esfuerzos para la obtención de consenso, ya sea por declaración del mediador en ese sentido o por la manifestación de cualquiera de las partes.

Párrafo único. El término final de la mediación, en la hipótesis de celebración del acuerdo, constituye título ejecutivo extrajudicial y, cuando es homologado judicialmente, se convierte en título ejecutivo judicial.

Subsección II

De la mediación extrajudicial

Artículo 21.- La invitación para iniciar el procedimiento de mediación extrajudicial podrá ser realizada por cualquier medio de comunicación y deberá estipular el tema propuesto para la negociación, fecha y lugar de la primera reunión.

Párrafo único. La invitación formulada por una parte a la otra se considerará rechazada si no se responde en el plazo de 30 (treinta) días a partir de la fecha de su recepción.

Artículo 22.- La disposición contractual de mediación deberá contener como mínimo:

- I. Plazo mínimo y máximo para la realización de la primera reunión de mediación, contado a partir de la fecha de recepción de la invitación.
- II. Lugar de la primera reunión de mediación.
- III. Criterios de elección del mediador o equipo de mediación.
- IV. Penalidad en caso de ausencia de la parte invitada a la primera reunión de mediación.

§ 1º La disposición contractual puede sustituir la especificación de los elementos arriba enumerados por la indicación de la regulación, publicada por una institución de prestigio que proporciona servicios de mediación, la cual deberá contener criterios claros para la elección del mediador y celebración de la primera reunión de mediación.

§ 2º Si no hay previsión contractual completa, deberán observarse los siguientes criterios para la realización de la primera reunión de mediación:

- I. Plazo mínimo de 10 (diez) días útiles y plazo máximo de 3 (tres) meses a partir de la recepción de la invitación.

- II. Lugar adecuado para una reunión que pueda implicar información confidencial.
- III. Lista de 5 (cinco) nombres, información de contacto y referencias profesionales de mediadores capacitados; la parte invitada podrá elegir, expresamente, cualquiera uno de los 5 (cinco) mediadores y en caso no se manifieste, se considerará aceptado el primer nombre de la lista.
- IV. La no asistencia de la parte invitada a la primera reunión de mediación acarreará a asunción por parte de ésta del 50 % (cincuenta por ciento) de las costas y honorarios de la parte perdedora en caso de que resulte vencedora en el procedimiento arbitral o judicial posterior, que involucre el alcance de la mediación para la cual fue invitada.

§ 3º En los conflictos de contratos comerciales o societarios que no contengan cláusula de mediación, el mediador extrajudicial solamente cobrará por sus servicios en caso las partes decidan firmar el término inicial de mediación y permanecer, voluntariamente, en el procedimiento de mediación.

Artículo 23.- Si en la previsión contractual de la cláusula de mediación las partes se comprometen a no iniciar procedimiento arbitral o proceso judicial durante cierto plazo o hasta el cumplimiento de determinada condición, el árbitro o el juez suspenderá el curso del arbitraje o de la acción por el plazo previamente acordado o hasta el implemento de esa condición.

Párrafo único. Lo dispuesto en el *caput* no se aplica a las medidas de urgencia en que el acceso al Poder Judicial sea necesario para evitar el perjuicio del derecho.

Subsección III

De la mediación judicial

Artículo 24.- Los tribunales crearán centros judiciales de solución consensuada de conflictos, responsables de la realización de sesiones y

audiencias de conciliación y mediación, preprocesales y procesales, y por el desarrollo de programas destinados a auxiliar, orientar y estimular la autocomposición.

Párrafo único. La composición y la organización del centro serán definidas por el respectivo tribunal, donde se observadas las normas del Consejo Nacional de Justicia.

Artículo 25.- En la mediación judicial, los mediadores no estarán sujetos a la previa aceptación de las partes, observando lo dispuesto en el artículo 5 de esta Ley.

Artículo 26.- Las partes deberán ser asistidas por abogados o defensores públicos, exceptuadas las hipótesis previstas en las Leyes 9.099, de 26 de septiembre de 1995, y 10.529, de 12 de julio de 2001.

Párrafo único. A los que comprueben insuficiencia de recursos les será asegurada asistencia por la Defensoría Pública.

Artículo 27.- Si la petición inicial cumple los requisitos esenciales y no es el caso de improcedencia de la solicitud, el juez designará audiencia de mediación.

Artículo 28.- El procedimiento de mediación judicial deberá ser concluido hasta en 60 (sesenta) días contados desde la primera sesión, salvo cuando las partes, de común acuerdo, requieran su prorrogación.

Párrafo único. Si hay acuerdo, los expedientes serán remitidos al juez, que determinará el archivo del proceso y, siempre que sea requerido por las partes, homologará el acuerdo por sentencia y el término final de la mediación, y determinará el archivo del proceso.

Artículo 29.- Solucionado el conflicto por la mediación antes de la citación del demandado, no serán debidas las costas judiciales finales.

Sección IV

De la confidencialidad y sus excepciones

Artículo 30.- Toda información relativa al procedimiento de mediación será confidencial con relación a terceros y no podrá ser revelada ni siquiera en un proceso arbitral o judicial, a menos que las partes expresamente decidan de forma diversa o cuando su divulgación sea exigida por ley o necesaria para cumplimiento de acuerdo obtenido por la mediación.

§ 1º El deber de confidencialidad se aplica al mediador, a las partes, a sus prepuestos, abogados, asesores técnicos y a otras personas de su confianza que hayan, directa o indirectamente, participado del procedimiento de mediación, alcanzando:

- I. Declaración, opinión, sugerión, promesa o propuesta formulada por una parte a la otra en la búsqueda del entendimiento para el conflicto.
- II. Reconocimiento de hecho por cualquier de las partes en el curso del procedimiento de mediación.
- III. Manifestación de aceptación de propuesta de acuerdo presentada por el mediador.
- IV. Documento preparado únicamente para los fines del procedimiento de mediación.

§ 2º La prueba presentada en contraposición con lo dispuesto en este artículo no será admitida en proceso arbitral o judicial.

§ 3º No está protegida por la regla de confidencialidad la información relativa a la ocurrencia del delito de acción pública.

§ 4º La regla de la confidencialidad no excluye el deber de las personas que figuran en el encabezamiento a proporcionar información a la administración tributaria después del término final de la mediación, aplicando a los servidores la obligación de mantener la confidencialidad

de la información compartida de conformidad con el artículo 198 de la Ley 5.172, de 25 de octubre de 1966 - Código Tributario Nacional.

Artículo 31.- Será confidencial la información prestada por una parte en sesión privada, no pudiendo el mediador revelarla a las demás, excepto que sea expresamente autorizado.

Capítulo II

De la composición de conflictos en que sea parte entidad legal de derecho público

Sección I

Disposiciones comunes

Artículo 32.- El gobierno federal, los estados, el Distrito Federal y los municipios podrán crear cámaras de prevención y resolución administrativa de conflictos, en el ámbito de los respectivos órganos de la Defensa Pública, donde hubiere, facultadas para:

- I. Resolver conflictos entre órganos y entidades de la Administración Pública.
- II. Evaluar la admisibilidad de las solicitudes de resolución de conflictos por medio de composición, en el caso de controversia entre particular y persona jurídica de derecho público.
- III. Promover, cuando corresponda, la celebración de término de ajuste de conducta.

§ 1º El modo de composición y funcionamiento de las cámaras de que trata el *caput* será establecido en reglamento de cada ente federado.

§ 2º La presentación de la controversia a las cámaras de que trata el *caput* es opcional y sólo será aplicable en los casos previstos en reglamento de la respectiva entidad federal.

§ 3° Si existe consenso entre las partes, el acuerdo se reducirá a término y constituirá un título ejecutivo extrajudicial.

§ 4° No se incluyen en la competencia de los órganos mencionados en el *caput* de este artículo las controversias que sólo puedan ser resueltas por actos de concesión de derechos sujetos a autorización del Poder Legislativo.

§ 5° Se entiende en la competencia de las cámaras de que trata el *caput*, la prevención y resolución de conflictos que involucran equilibrio económico-financiero de contratos celebrados por la Administración con particulares.

Artículo 33.- Mientras no se creen las cámaras de mediación, los conflictos podrán ser dirimidos en los términos del procedimiento de mediación previsto en la subsección I, de la sección III del capítulo I de esta Ley.

Párrafo único. La Abogacía Pública Federal, de los estados, del Distrito Federal y de los municipios, donde haya, podrá instaurar, de oficio o mediante provocación, procedimiento de mediación colectiva de conflictos relacionado a la prestación de servicios públicos.

Artículo 34.- La instauración de procedimiento administrativo para la resolución consensual de conflicto en el ámbito de la Administración Pública suspende la prescripción.

§ 1° Se considera instaurado el procedimiento cuando el órgano o entidad pública emita juicio de admisibilidad, con suspensión de la prescripción a la fecha de formalización de la solicitud de resolución consensuada del conflicto.

§ 2° En lo referido a materia tributaria, la suspensión de la prescripción deberá observar el dispuesto en la Ley 5.172, de 25 de octubre de 1966 - Código Tributario Nacional.

Sección II

De los conflictos que involucran a la Administración Pública Federal Directa, sus municipios y fundaciones

Artículo 35.- Las controversias jurídicas que involucran la Administración Pública Federal Directa, sus municipios y fundaciones podrán ser objeto de transacción por adhesión, con fundamento en:

- I. Autorización del Abogado General Federal, con base en la jurisprudencia pacífica del Supremo Tribunal Federal o de tribunales superiores; o
- II. Dictamen del Abogado General Federal, aprobado por el Presidente de la República.

§ 1º Los requisitos y las condiciones de la transacción por adhesión serán definidos en resolución administrativa propia.

§ 2º Al hacer el pedido de adhesión, el interesado deberá adjuntar prueba de atención a los requisitos y a las condiciones establecidos en la resolución administrativa.

§ 3º La resolución administrativa tendrá efectos generales y será aplicada a los casos similares, habilitados mediante pedido oportuno de adhesión, aunque solucione sólo una parte de la controversia.

§ 4º La adhesión implicará renuncia del interesado al derecho sobre el cual se fundamenta la acción o el recurso, eventualmente pendientes, de naturaleza administrativa o judicial, con respecto a los puntos comprendidos por el objeto de la resolución administrativa.

§ 5º Si el interesado es parte en proceso judicial iniciado por acción colectiva, la renuncia al derecho sobre el cual se fundamenta la acción deberá ser expresada mediante la petición dirigida al juez de la causa.

§ 6º La formalización de la resolución administrativa destinada a la transacción por adhesión no implica una renuncia tácita a la prescripción, ni su interrupción o suspensión.

Artículo 36.- En el caso que conflictos que tornen controversia jurídica entre órganos o entidades de derecho público que integran la Administración Pública Federal, la Abogacía General Federal deberá realizar composición extrajudicial del conflicto, observando los procedimientos previstos en acto del Abogado General Federal.

§ 1º En la hipótesis del *caput*, si no hay acuerdo con relación a la controversia jurídica, cabrá al Abogado General Federal dirimirla, con fundamento en la legislación correspondiente.

§ 2º En los casos que la resolución de la controversia implique el reconocimiento de la existencia de créditos del Gobierno Federal, de sus municipios y fundaciones frente a personas jurídicas de derecho público federales, la Abogacía General Federal podrá solicitar al Ministerio del Planteamiento, Presupuesto y Gestión la adecuación presupuestaria para la aprobación de la gestión de las deudas reconocidas como legítimas.

§ 3º La composición extrajudicial del conflicto no excluye la verificación de responsabilidad del funcionario público que dio causa a la deuda, siempre que se verifique que su acción u omisión constituye, en tesis, infracción disciplinaria.

§ 4º En las hipótesis en que la materia objeto del conflicto esté siendo discutida en acción de improbidad administrativa o sobre ella haya decisión del Tribunal Federal de Cuentas, la conciliación de que trata el *caput* dependerá de la anuencia expresada del juez de la causa o del ministro ponente.

Artículo 37.- Se faculta a los estados, al Distrito Federal, y a los municipios y fundaciones públicas, así como a las empresas públicas y sociedades de economía mixta federales, someter sus conflictos con órganos o entidades de la Administración Pública Federal o la Abogacía General Federal, para fines de la composición extrajudicial del conflicto.

Artículo 38.- En los casos que la controversia jurídica sea relativa a tributos administrados por la Secretaría Federal de Ingresos de Brasil o a créditos inscritos en deuda activa federal:

- I. No se aplican a las disposiciones de los incisos II y III del *caput* del artículo 32.

- II. Las empresas públicas, sociedades de economía mixta y sus subsidiarias que exploten actividad económica de producción o comercialización de bienes o de prestación de servicios en régimen de competencia no podrán ejercer la facultad prevista en el artículo 37.
- III. Cuando sean partes las personas a las que alude el *caput* del artículo 36:
 - a) La sumisión del conflicto a la composición extrajudicial por la Abogacía General Federal implica renuncia del derecho de recurrir al Consejo Administrativo de Recursos Fiscales.
 - b) La reducción o la cancelación de los créditos dependerá de manifestación conjunta del Abogado General Federal y del ministro de Estado de la Hacienda.

Párrafo único. Lo dispuesto en ese artículo no apartan la competencia del Abogado General Federal, prevista en los incisos VI, X y XI del artículo 4 de la Ley Complementaria 73, del 10 de febrero de 1993 y en la Ley 9.469, de 10 de julio de 1997.

Artículo 39.- La propuesta de acción judicial en que aparezcan en los polos activo y pasivo órganos o entidades de derecho público que integran el Gobierno Federal deberá ser previamente autorizada por el Abogado General Federal.

Artículo 40.- Los servidores y empleados públicos que participen del proceso de composición extrajudicial de conflicto solamente podrán ser responsabilizados civilmente, administrativamente o criminalmente cuando mediante dolo o fraude reciban cualquier ventaja patrimonial indebida, permitan o faciliten su recepción por tercero, o para tal ocurrencia.

Capítulo III

De las disposiciones finales

Artículo 41.- La Escuela Nacional de Mediación y Conciliación, dependiente del Ministerio de la Justicia, podrá crear la base de datos sobre buenas prácticas en mediación, así como dar mantenimiento a la relación de mediadores y de instituciones de mediación.

Artículo 42.- Se aplica esta Ley, en lo que corresponda, a las otras formas consensuadas de resolución de conflictos tales como mediaciones comunitarias y escolares, y aquéllas llevadas a efecto en las oficinas extrajudiciales, siempre que estén en el ámbito de sus competencias.

Párrafo único. La mediación en las relaciones de trabajo será regulada por ley propia.

Artículo 43.- Los órganos y entidades de la Administración Pública podrán crear cámaras para la resolución de conflictos entre particulares, sobre actividades por ellos reguladas o supervisadas.

Artículo 44.- Los artículos 1 y 2 de la Ley 9.469, de 10 de julio de 1997, pasan a tener la siguiente redacción:

«Artículo 1.- El Abogado General Federal, directamente o mediante delegación, y los dirigentes máximos de las empresas públicas federales, en conjunto con el dirigente estatutario del área involucrada, podrán autorizar la realización de acuerdos o transacciones para prevenir o terminar conflictos, incluso los judiciales.

§ 1º Podrán crearse cámaras especializadas compuestas por servidores públicos o empleados públicos efectivos, con el objetivo de analizar y formular propuestas de acuerdos o transacciones.

§ 3º El Reglamento dispondrá sobre la forma de composición de las cámaras de que trata en el primer

párrafo, que deberán tener como integrante por lo menos 1 (un) miembro efectivo de la Abogacía General Federal o, en el caso de las empresas públicas, 1 (un) asistente jurídico u ocupante de función equivalente.

§ 4° Cuando el conflicto envuelva valores superiores a los fijados en Reglamento, el acuerdo o la transacción, bajo pena de nulidad, dependerá de una previa y expresada autorización del Abogado General Federal y del ministro del Estado a cuya área de competencia esté afectado el asunto, o aun del presidente de la Cámara de los Diputados, del Senado Federal, del Tribunal Federal de Cuentas, del Tribunal o Consejo, o del Procurador General de la República, en el caso de interés de los órganos de los poderes Legislativos y Judicial o del Ministerio Público Federal, excluidas las empresas públicas federales no dependientes, que necesitarán sólo de previa y expresada autorización de los dirigentes de que trata el caput.

§ 5° En la transacción o acuerdo celebrado directamente por la parte o por intermedio de apoderado para extinguir o cerrar proceso judicial, incluso los casos de extensión administrativa de pagos postulados en juicio, las partes podrán definir la responsabilidad de cada una por el pago de los honorarios de los respectivos abogados».

«Artículo 2.- El Procurador General Federal, el Procurador General del Banco Central de Brasil y los dirigentes de las empresas públicas federales mencionadas en el caput del primer artículo podrán autorizar, directamente o mediante la delegación, la realización de acuerdos para prevenir o terminar, judicial o extrajudicialmente, el conflicto que implique valores inferiores a los fijados en Reglamento.

§ 1º En el caso de las empresas públicas federales, la delegación está restringida al órgano colegiado formalmente constituido, compuesto por al menos 1 (un) dirigente estatutario.

§ 2º El acuerdo de que trata el caput podrá consistir en el pago del débito en cuotas mensuales y sucesivas, hasta el límite máximo de 60 (sesenta).

§ 3º El valor de cada prestación mensual, con ocasión del pago, se incrementará con intereses equivalentes a la tasa referencial del Sistema Especial de Liquidación y Custodia (Selic) para títulos federales, acumulados mensualmente, calculados a partir del mes siguiente al de la consolidación hasta el mes anterior al del pago y de un 1 % (uno por ciento) para al mes en que se efectúe el pago.

§ 4º Cuando no se pague alguna de las cuotas, después de 30 (treinta) días, se instaurará el proceso de ejecución que será proseguido, por el saldo».

Artículo 45.- El Decreto 70.235, de 6 de marzo de 1972, pasa a tener añadido el siguiente dispositivo:

«Artículo 14-A. En el caso de determinación y exigencia de créditos tributarios federales cuyo sujeto pasivo sea órgano o entidad de derecho público de la administración pública federal, la sumisión del conflicto a la composición extrajudicial por la Abogacía General Federal será considerada reclamación, para fines del dispuesto en el inciso III del artículo 151 de la Ley 5.172, de 25 de octubre de 1966 - Código Tributario Nacional».

Artículo 46.- La mediación podrá ser hecha por internet o por otro medio de comunicación que permita la transacción a distancia, siempre y cuando las partes estén de acuerdo.

Párrafo único. Es facultativo que la parte domiciliada en el exterior se someta a la mediación según las reglas establecidas en esta Ley.

Artículo 47.- Esta Ley entra en vigor después de transcurrir 180 (ciento ochenta) días de su publicación oficial.

Artículo 48.- Se revoca el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley 9.469, de 10 de julio de 1997.

Brasilia, 26 de junio de 2015; 194° de la Independencia y 127° de la República.

Dilma Rousseff

José Eduardo Cardozo

Joaquim Vieira Ferreira Levy

Nelson Barbosa

Luís Inácio Lucena Adams

ANEXO
FORMULARIOS UTILIZADOS EN EL PROCEDIMIENTO
DE MEDIACIÓN

SOLICITUD DE MEDIACIÓN
n.º XX/2020

1) Identificación del solicitante

Nombre:

Dirección:

Ciudad:

Nº identificación:

Teléfono:

Correo electrónico:

El solicitante está de acuerdo en resolver su problema a través del procedimiento de mediación y requiere la invitación a la otra parte para participar de la reunión de mediación abajo indicada.

2) Identificación del solicitado

Nombre:

Dirección:

Ciudad:

Nº identificación:

Teléfono:

Correo electrónico:

Relato del conflicto:

3) Honorarios iniciales de la mediación

4) Fecha prevista de la reunión: / /2020

5) Horario

Aracaju, de de 2020.

Solicitante

Secretario de la cámara

REGISTRO DE LOS PARTICIPANTES
MEDIACIÓN n.º: XX/2020

Sesión: Conjunta () Individual () Final ()

Solicitante

Nombre:

Dirección:

Ciudad:

Número de identificación:

Teléfono:

Correo electrónico:

Abogado:

Teléfono del abogado:

Representante del solicitante:

Dirección:

Ciudad:

Teléfono:

Solicitado(a)

Nombre:

Dirección:

Ciudad:

Número de identificación:

Teléfono:

Correo electrónico:

Abogado:

Teléfono del abogado:

Representante del solicitante:

Dirección:

Ciudad:

Teléfono:

CARTA DE INVITACIÓN

Aracaju, de de 2020

Estimado (a) señor(a),

Ante la Solicitud de Mediación n.º **XX/2020**, efectuada por el **señor(a) XXXX**, por medio de la misma, le invito a comparecer a la dirección abajo descrita, el **día / / 2020**, a las **xx horas**, con el objetivo de participar de la sesión de mediación para resolver la cuestión que llegó de forma rápida y amigable.

Asunto:

Pedido:

Atentamente,

Secretario de la cámara

TÉRMINO DE COMPROMISO DE MEDIACIÓN PREMEDIACIÓN

Mediación n.º XX/2020

Fecha:

Solicitante:

Solicitado:

Las partes arriba mencionadas, de libre y espontánea voluntad, están de acuerdo en solucionar sus controversias por el medio del procedimiento de **mediación**, y declaran conocer y aceptar las normas del procedimiento de la cámara y, en especial:

- 1) La mediación es un procedimiento extrajudicial y privado de resolución de conflictos, informal, célere, sigiloso y voluntario, realizado por la cámara ..., con dirección en ...
- 2) El tiempo de las sesiones, el término y el desistimiento deberán ser decididos de común acuerdo entre las partes.
- 3) Los mediadores, comediadores y observadores —profesionales capacitados— son imparciales, independientes y la sesión se hará de forma que facilite el diálogo entre las partes en la búsqueda de la solución al conflicto presentado.
- 4) Las partes pueden estar representadas por procuradores, con las credenciales, así como consultar o estar acompañadas de abogado.
- 5) Durante la sesión de mediación, los mediadores, comediadores y observadores seguirán el Reglamento y el Código de Ética para Mediadores.
- 6) El acuerdo de mediación produce efecto inmediato entre las partes, con fuerza de título ejecutivo extrajudicial y si quieren, se hace la homologación judicial.

7) Las sesiones son realizadas de forma confidencial y el mediador no podrá ser testigo en cualquier proceso en los tribunales sobre la cuestión que fuera tratada en la mediación y lo que fuera discutido no puede ser utilizado en proceso judicial o arbitral, con excepción del cumplimiento a la decisión judicial o por fuerza de la Ley.

8) Los mediadores cuidan que haya equilibrio entre las partes y no podrán ser responsabilizados por cualquier acto u omisión de las partes durante la sesión.

Solicitante:

Solicitado:

TÉRMINO DE COMPROMISO DE SIGILO

Yo, ..., con identificación n.º ... y dirección ..., ciudad de Aracaju, con interés en el procedimiento de mediación, me comprometo de mantener sigilo absoluto de los temas tratados en la Sesión de Mediación número XX/2020, realizada en la sede de la Cámara

Aracaju, de de 2020.

Interesado

TÉRMINO DEL CIERRE DE LA MEDIACIÓN SIN ACUERDO

Mediación n.º XX/2020

Mediando(a):

Mediado(a):

Mediador(a):

Comediador(a):

A través del procedimiento de mediación, realizado bajo la supervisión y coordinación de la cámara, las partes dan por cerrado y finalizado el procedimiento de mediación **sin éxito** en la tentativa de que el conflicto que se trajo se solucione.

El cierre de la mediación no otorgará a cualquiera de las partes directa la indemnización a cualquier título, ni podrá ser utilizada como argumento en el eventual proceso judicial.

Aracaju, de de 2020.

Mediador(a)

Comediador(a)

Observador(a)

Mediando(a)

Mediado(a)

TÉRMINO DEL CIERRE DE LA MEDIACIÓN CON ACUERDO**Mediación n.º XX/2020****Mediando(a):****Mediado(a):****Mediador(a):****Comediador(a):**

Abierta la sesión de mediación, comparecen a la cámara ... el (la) denominado(a) como mediando(a) Sr(a). XXXX, sin compañía del abogado y el (la) denominado(a) como mediado(a) Sr(a). XXXX, sin compañía del abogado.

De acuerdo a la disposición de las partes en participar de la sesión para llegar la resolución del conflicto de forma consensual, **resultó exitosa la mediación** propuesta, mediante la especificación del acuerdo en las siguientes condiciones:

Aracaju, de de 2020.

Mediador(a)

Comediador(a)

Observador(a)

Mediando(a)

Mediado(a)

PEDIDO DE DESISTIMIENTO Y ARCHIVO

Mediación n.º XX/2020

Mediando(a):

Mediado(a):

La parte **XXXX**, requiere: **desistimiento y archivamento**, por los siguientes motivos:

Mediador(a)

Comediador(a)

Observador(a)

Mediando(a)

Mediado(a)

El Instituto Sergipano de Arbitraje y Mediación - ISAM tiene como principal finalidad difundir métodos alternativos de solución de conflictos como la conciliación, la mediación, la constelación sistémica, la justicia restaurativa y el arbitraje.

Se trata de una empresa que promueve un espacio de discusión sobre los métodos alternativos de resolución de controversias a través de grupos de estudios y entrenamiento para estudiantes, empresarios y profesionales de diversas áreas.

Además de esas actividades, el instituto promueve cursos, seminarios, congresos, publicaciones, entre otros, que tienen como finalidad ayudar a promover la paz social con la resolución de conflictos y evitar el ingreso a procesos en el Poder Judicial.

El instituto también promueve, por medio de profesionales especializados, servicios de mediación, conciliación, constelación sistémica, justicia restaurativa y arbitraje relacionados a conflictos entre socios, gerentes y empleados, entre diferentes empresas, así como conflictos que involucran bienes patrimoniales, contratos comerciales, conflictos familiares y comunitarios, servicios de asesoría y consultoría, secretaría general y *ad hoc* de arbitraje, entre otros.

Av. Dr. José Machado de Souza n.º 120, 10º Andar, sala 1007

Edificio Horizonte Jardins Offices - CEP 49025-790

Aracaju - Sergipe - Brasil

Correo electrónico: isam.contato@gmail.com

Teléfono: +55 79 9 9874 2842

LA MEDIACIÓN PASO A PASO
DENTRO DE UNA MIRADA SISTÉMICA
SE TERMINÓ DE IMPRIMIR EN EL MES DE
DICIEMBRE DEL 2020, CON F.M. SERVICIOS
GRÁFICOS S.A., MIGUEL ALJOVÍN 414, URB. SANTA RITA,
MIRAFLORES, TELÉFONO: 620-5795
LIMA 18, PERÚ