

Capítulo XIV. La mediación	125
I. La aplicación de la sistémica y la cibernética en el estudio y empleo de la mediación	130
II. La modelización sistémica del proceso de mediación	133
III. La relación de la mediación con su entorno	134

CAPÍTULO XIV

LA MEDIACIÓN

Dada la complejidad de la vida en los albores del siglo XXI, tenemos que orientarnos hacia nuevas teorías de conflicto que no estén constreñidas por el positivismo lógico sino que sean sensibles al contexto, a la interacción, a la cultura, al poder y al discurso.

Sara Cobb

He resuelto dedicar un capítulo especial a la mediación científicamente encarada porque implica, en el mundo occidental, una revolución entre los mecanismos sociales destinados a resolver conflictos.

Ha dicho uno de los más importantes mediadores estadounidenses, Eric Green, que “la utilización de la mediación y otros métodos alternativos es sólo el inicio de una nueva etapa para la humanidad. Primero fue la venganza, la violencia a mano armada y la ley del más fuerte. Luego llegó la civilización y la decisión a través de un juez mediante procesos rígidos y estatales. Se asoma ahora una tercera etapa donde serán las partes quienes mantendrán en su poder el control de la resolución de sus conflictos, asistidos por terceros idóneos y facilitadores preparados en diferentes técnicas, dejando a la Justicia una función más específica, a un *imperium*”. Por su parte, un estudioso y profesor de la materia en la Argentina, Silvio Lerer, ha dicho, citando a J. Bonafé Schmitt, que “la presión de los acontecimientos económicos, sociales y políticos determinó la evolución de los sistemas de regulación social, que se fueron

modificando, y a esta altura nosotros mismos estamos viviendo un período de profunda mutación de esos sistemas. Nos encontramos asistiendo a una etapa de cambio que no se limita a señalar la crisis de la institución judicial, sino que abarca a las estructuras tradicionales de regulación de los conflictos. Esta situación de crisis está dando lugar a la creación de nuevos espacios de regulación y nuevas instituciones intermedias entre el Estado y los ciudadanos. Estas políticas comunitarias no vienen a responder a la disfuncionalidad del sistema judicial sino a proponer otro modelo de regulación de los conflictos, fundada en la descentralización, la desprofesionalización y la deslegalización. Esta idea de la mediación se sustenta tanto en la diversificación como en la complejidad de la vida social que favorece el desarrollo de modos descentralizados de regulación de las disputas que permiten a los ciudadanos reconquistar para sí la gestión de sus propios conflictos”¹.

Como dice Luis María Desimoni: “Estamos presenciando la ruptura del orden jurídico tradicional que requiere una urgente revitalización basada en acuerdos y negociación, por parte de la multiplicidad de intereses enfrentados en las diferentes materias”.

Nuestros sistemas jurídicos se sustentan en el pasado, definiendo a la legislación como reflejo de *inputs* sociales previos, o sea, la jurisprudencia, sustentada sobre todo en el mundo anglosajón (pero también en el de derecho continental), en el principio del *stare decisis et quia non movere*, esto es, estar a lo decidido. Y no alterarlo.

Frente al tradicional ofrecimiento de modos de comportamiento generalizados y tradicionales, junto con la idea de valores socialmente compartidos, esta nueva institución (recep-

¹ LERER, Silvio, “El marco de referencia de la mediación”, LL, Actualidad, 2/3/1996.

tora, sin embargo, de comportamientos sociales de resolución de conflictos con una tradición milenaria, ya que la mediación se practica en China desde hace miles de años) atiende más a los valores individuales de las partes en conflicto y se proyecta con soluciones dinámicas hacia el futuro. Esto tiene mucha importancia en un mundo en constante cambio, un mundo en el cual las sociedades son infinitamente complejas e interrelacionadas y donde cada vez es más difícil encontrar y aplicar coactivamente valores compartidos por toda la comunidad.

La solución del conflicto en la mediación nace de la confrontación y armonización de los valores y necesidades de los actores específicos, no de la imposición de los valores sustentados por el juez que, dada esta situación, cada vez menos pueden ser el fiel reflejo de los valores de la sociedad. Por otra parte, y a diferencia del derecho tradicional que mira más hacia el *input*, las normas preexistentes, las normas consuetudinarias y las soluciones previamente dadas por la jurisprudencia, la mediación se dirige en su enfoque hacia el *output*, esto es, hacia las consecuencias para el futuro de la resolución del conflicto, tratar de crear una situación nueva, satisfactoria para ambas partes involucradas. No debemos pensar a los conflictos como entidades simples sino como *procesos complejos*, a los que no podremos nunca conocer totalmente, ni predecir certeramente su evolución. Además, al ser procesos, debemos sumarle el elemento de aleatoriedad, el azar, con lo cual se suma aún más incertidumbre.

Recordemos lo que dice Luhmann: que el primado de la orientación al *input*, esto es, el enfoque tradicional y conservador del derecho, ha de sustituirse por un primado de la orientación hacia el *output*.

Puede ser que esté llegando, de esta manera, el cambio profundo en el modo de solucionar los conflictos de que ha-

blaba ya, hace decenios, William D. Seagle en su libro *The quest for law*², esto es, que la paz del hombre individual como la paz de las naciones solamente puede devenir real y permanente cuando se eliminan las causas de los conflictos. Dice este autor que el derecho nos parece un concepto eterno, pero es concebible que una sociedad futura ya ni siquiera conocerá el significado de la tesis “justicia conforme a derecho”. El derecho, después de todo, afirma, es sólo un corto experimento, puesto que la humanidad ha vivido mucho más tiempo de acuerdo con usos y costumbre que conforme a derecho y ley.

La aparición, pues, de diversos métodos alternativos al tradicional mecanismo judicial de resolución de disputas, en particular, la mediación, parece apuntar a una modificación sustancial, al menos en determinadas áreas y en relación con determinados aspectos, de la práctica de lo que tradicionalmente llamamos “derecho”. Ha dicho un jurista uruguayo que ha aplicado el enfoque sistémico al derecho, el profesor Alfredo Fernández Vicente, que “la visión reduccionista, normativa, presentaba al derecho como un orden preestablecido, dado, puesto por la autoridad e impuesto mediante la coacción o la amenaza de ella, algo ajeno y represivo. No en vano esta concepción se representaba por el símbolo de la pirámide. Si partimos de la consideración del caso, en cambio, las normas son meros modelos o criterios para la decisión de los conflictos y se opera una inversión del esquema jerárquico, en tanto los casos están en la base. Se parte entonces, no de la jerarquía legitimada por la pirámide normativa, sino desde los destinatarios del derecho. El paciente y no el legislador, el usuario del servicio jurídico, la compleja sociedad civil de la postmodernidad. Por lo tanto, la inversión del razonamiento jurídico apuntada no sólo va a implicar una

² SEAGLE, William D., *The quest for law*, A. A. Knopf, Nueva York, 1941.

comprensión integrativa del caso (comprensiva no sólo de los aspectos normativos sino también de los niveles conductuales y valorativos) sino que va a cambiar el modo de aparición autoritario y represivo del derecho tradicional por una actividad de hacer Justicia como experiencia compartida y creadora.

El caso puede revelarnos al disenso, al conflicto de intereses detonado por una pugna de voluntades generadora de una controversia jurídica que puede requerir la intervención de los tribunales oficiales de Justicia (en una suerte de cirugía jurídica).

”Pero puede ponernos también, frente al consenso donde, sin perjuicio de existir una contraposición de intereses, las partes cooperan para acceder al objeto deseado o comparten el mismo. En el primer caso, será necesario *decidir* un conflicto, en el segundo se tratará de *regular* un consenso; esto es, que el caso jurídico no es necesariamente conflictivo”³.

Por su parte, Analía N. Consolo considera que “la existencia de modos alternativos de resolución de conflictos, nos conduce a interrogarnos sobre la evolución de nuestras sociedades hacia aquello que se llama una ‘sociedad diferenciada’, con la existencia de subsistemas que generan sus propios sistemas de regulación. La diversidad y complejidad de la vida social alienan el desarrollo de modos descentralizados de resolución de conflictos...”⁴.

Esto también lo hemos observado al hablar de los nuevos sistemas, la *lex mercatoria* y la *lex retis*.

³ FERNÁNDEZ, Vicente A., “Consideración sistémica del caso jurídico”, ponencia presentada en las 4^{as} Jornadas Sistémicas, Grupo de Estudios de Sistemas Integrados, Buenos Aires, 1995.

⁴ CONSOLO, Analía N., “Mediación: forma alternativa de solución de controversias”, LL, Actualidad, 1/2/1996, p. 4.

I. LA APLICACIÓN DE LA SISTÉMICA Y LA CIBERNÉTICA EN EL ESTUDIO Y EMPLEO DE LA MEDIACIÓN

Desde el punto de vista sistémico, el proceso de mediación configura un sistema porque: a) consiste en elementos interconectados (las partes en conflicto, sus letrados, el o los mediadores); b) es dependiente de un metasistema significativo (la sociedad); c) presenta un comportamiento global (durante el proceso de mediación); d) presenta un tipo reconocible de egresos a partir de ingresos característicos (ingresos: el conflicto, expuesto por las partes; egreso: el acuerdo, si se concreta); e) es capaz de mantener su organización interna durante cierto tiempo (mientras dura el proceso de mediación).

Desde el ángulo cibernético vemos que: a) el proceso de mediación se encuentra sometido a realimentaciones positivas o negativas del medio ambiente (p. ej., de los medios de comunicación en el caso "Daniela Oswald" tramitado hace unos años en la Argentina y relacionado con tenencia de hijos) y también posee sus propias realimentaciones internas. Por ejemplo, el *caucus*, es decir, los coloquios privados que mantiene el mediador con las partes. b) Posee variedad interna, provista por las distintas propuestas de soluciones, más los variados modos de llegar a ella. c) Tiene controles que regulan las interrelaciones entre los elementos de la mediación, es decir, las partes, sus abogados, el o los mediadores. d) Goza de sus propias regulaciones y reservas, lo que le da autonomía frente al entorno (esto parece diferenciarlo de la negociación).

Desde otro punto de vista, podemos también decir que el proceso de mediación actúa en forma cibernética por cuanto tiene: a) un objetivo: la resolución del conflicto; b) un programa de acción: la técnica y las normas de mediación; c) un procedimiento de decisión; d) una función de ejecución: el cumpli-

miento voluntario o compulsivo del acuerdo de las partes; e) una función de retroacción sobre la situación social existente previa al conflicto.

Como todo sistema, puede verse como un proceso que tiene, desde el punto de vista estático, una estructura y, desde el punto de vista dinámico, una función. Para la adecuada comprensión del sistema de mediación debemos, pues, tratar de comprenderlo y analizarlo en forma conjunta, tanto desde el aspecto estático como de su dinámica.

El conflicto suele no ser circular sino que configura una espiral en la que actúan elementos de retroalimentación positiva, lo que puede hacer que el mismo llegue a una explosión. Por ello, para tratar de disolverlo, de llegar a una solución del mismo, se le opone la mediación que consiste en una retroalimentación negativa destinada a lograr el restablecimiento del equilibrio.

Por otra parte, la mediación flexibiliza el modelo centralizador que asumió en los últimos siglos el derecho, a través de la mecánica de erigir a la ley en su fuente principal y a la justicia administrada por el Estado en su brazo ejecutor principal. Al respecto, dice Horacio C. Reggini que en numerosos sistemas, como las colonias de hormigas, el flujo de vehículos en carreteras, las operaciones económicas, los procesos inmunológicos, etc., los resultados emergentes no resultan de una autoridad o ente centralizador sino de las interacciones locales de componentes descentralizados. Es difícil de aceptar, dice, y comprender las ideas de descentralización, si se ha estado acostumbrado desde la infancia a las ideas jerárquicas de centralización. Pero —sostiene— las ideas de descentralización deben complementar y no erradicar las de centralización. Un compromiso exagerado o injustificado con una idea descentralizadora es tan peligroso y dañino como una idea centralizadora porque, añade,

vivimos una era que apunta a la descentralización y sería deseable que nos acostumbráramos cada vez más a convivir y obtener beneficio en la sociedad de cambios crecientes en la que nos toca vivir, de los sistemas descentralizados que parecerían estar convirtiéndose en la regla y no en la excepción. Los puntos de vista de corte centralizador, aparentemente más racionales, son restrictivos, fuentes de estancamiento, inhibidores de nuevas vertientes y alejados de la realidad social⁵.

El modelo de la mediación que aparece en estas últimas décadas está indudablemente vinculado con el cambio de paradigma que se refleja en una visión sistémica de la realidad, sea ésta física, biológica o social y, como lo señala Lerer, deberá permitir la reconstrucción de un espacio de socialización que determine nuevos modos de regulación, que implique no sólo la traducción de los cambios en la distribución del poder sino una redefinición de las relaciones entre lo que llamamos la sociedad civil y el Estado y, en particular, de la legitimidad de poder manejar los conflictos.

No es de sorprender frente a este profundo cambio, entonces, que todo el proceso que lleva a la introducción e institucionalización de la mediación en muchos países, particularmente los de fuerte impronta autoritaria, provoque rechazos. Es que no se trata, meramente, como podría pensarse, de un nuevo remedio procesal. Es mucho más y muy diferente de esa caracterización simplificatoria. Por eso será necesario estudiarlo, tanto desde un punto de vista teórico como pragmático y también sociológico, en profundidad.

⁵ REGGINI, Horacio C., "La utopía de la centralización", *La Nación*, Buenos Aires, 30/8/1995.

II. LA MODELIZACIÓN SISTÉMICA DEL PROCESO DE MEDIACIÓN

Las herramientas que nos provee un enfoque sistémico serían especialmente adecuadas para analizar y profundizar el conocimiento de los procesos de mediación. Porque la sistémica apunta a la construcción de modelos adecuados de sistemas complejos (y el de la mediación, por sus características, lo es), modelos que deben ser a la vez funcionales y estructurales.

En tal sentido, recordemos nuevamente las pautas dadas por Charles François al señalar que el primer problema relativo a cualquier modelo es su grado de correspondencia con la realidad y que no construimos el modelo por amor al arte sino para usarlo en la práctica.

Recordemos también que el sistema es, por un lado, objeto, o sea un conjunto estructurado de elementos que podemos percibir como tal en un momento dado y que tiene una *Gestalt*, cuyas estructuras no son caprichosas sino que corresponden a interconexiones definidas de subsistemas y elementos entre sí.

Por otra parte, el sistema, como modelo, también refleja la naturaleza funcional-dinámica de los sistemas reales. Cumple funciones, carácter funcional que refleja el hecho de que los sistemas reales que representa se manifiestan por el desarrollo de un número de procesos coordinados entre sí y que el aspecto funcional del sistema permite usarlo como modelo básico para la descripción dinámica de sistemas reales.

Por ello sería útil construir modelos sistémico-cibernéticos de los diversos procesos de mediación, lo que implicaría la creación de instrumentos para estudiarlos en forma más precisa y eficiente a efectos de que resulte cada vez más una técnica eficaz para la resolución de conflictos sociales. Se presenta aquí una modelización de los elementos de la mediación configura-

dos como sistema (véase figura 12). La misma representa un rudimentario y necesariamente estático modelo de la mediación; lo que debería desarrollarse son modelos dinámicos que ejemplifiquen el desarrollo de los procesos de mediación, que permitan visualizar sus mecanismos de comunicación intra e intersistémicos. Ello constituiría, a nuestro juicio, un potente instrumento pedagógico y de investigación, que contribuiría al conocimiento y a la mejora de este antiguo, y a la vez posmoderno, método de resolución de conflictos.

Este esquema es muy simple. Existen mediaciones en que intervienen múltiples partes y, en este sentido, hay que tener presente que, como señala Marinés Suares, en la mediación siempre la inclusión de un tercero crea un nuevo sistema diferente del que existía antes de su inclusión Y, por otra parte, que no es necesario cambiar la totalidad del sistema: la introducción de un cambio, por pequeño que sea, si se mantiene, produce efectos en la totalidad del sistema.

III. LA RELACIÓN DE LA MEDIACIÓN CON SU ENTORNO

Todo sistema se encuentra íntimamente conectado con su entorno. Hall y Fagen, citados por Watzlawick en *Teoría de la comunicación humana*, dicen: "Para un sistema dado, el medio es el conjunto de todos los objetos cuyos atributos al cambiar, afectan al sistema y también aquellos objetos cuyos atributos son modificados por la conducta del sistema"⁶.

En el caso del sistema de mediación, tal como se lo practica y ha estructurado en la Argentina, se trata indudablemente de un subsistema dentro del sistema social y, de alguna manera,

⁶ WATZLAWICK, P. (coord.), *Teoría de la comunicación humana*, Herder, Barcelona, 1989.

es un subsistema del subsistema jurídico, al menos tal y como se ha concebido, legislado y se maneja en nuestro país.

Dice Marinés Suares que podemos construir una cadena de subsistemas-sistemas-metasistemas, por ejemplo: un sistema diádico (dos personas que solicitan una mediación) puede considerarse como un sistema que junto con el sistema de mediadores (la pareja o el equipo de mediación) constituye el sistema del proceso de mediación, el cual, a su vez, es parte de un macrosistema, que puede ser el sistema legal y éste, a su vez, es parte de otro macrosistema que es la sociedad a la cual pertenece, etc. Por otra parte, como señala esta autora, en el sistema de la mediación conviven dos subsistemas: el de los mediadores y el de los participantes (con sus abogados)⁷.

En un interesante trabajo, la profesora Nora Femenia de la Nova Southeastern University Florida, Estados Unidos, ha señalado algunos importantes aspectos de la institución de la mediación en su relación con su entorno cultural. Esta autora señala que la mediación, tal como se la estudia e intenta implementar ahora, al menos en la Argentina, es una práctica eminentemente basada en modelos norteamericanos. Esta práctica ya lleva algunos años y está basada en el deseo de proveer medios alternativos, no adversariales, de solución de disputas. Su aplicación es exitosa en variados ámbitos: comerciales, familiares, institucionales o comunales, al generar interacciones entre las partes que promueven la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables.

Es importante considerar que las prácticas sociales se crean y desarrollan dentro de cada contexto cultural, en el cual se expresan y reproducen normas y valores importantes. La forma jurídica de la mediación, tal como se la introduce en la

⁷ SUARES, Marinés, *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

Argentina, ya es una parte de la cultura prevaleciente en los Estados Unidos y, como tal, se asienta en principios que para esa cultura son básicos y autoevidentes. No así para la nuestra.

Dice la Dra. Femenia, con razón, que las personas mencionadas discuten, reclaman y respetan los valores para sí mismas, que son vistos como la norma aceptada para regir las interacciones de la vida cotidiana. Tiene que haber una correlación entre los valores tematizados y los aceptados como normas que rigen válidamente la interacción social. Aquellos valores solamente declarados pero no encarnados en la práctica diaria son ineficaces para regir y modelar las interacciones entre personas. Por ejemplo, la Asociación Americana de Arbitración en su modelo de conducta para mediadores establece que el principio fundamental de la mediación es la autodeterminación, que descansa sobre la capacidad de las partes de alcanzar un acuerdo voluntario y sin coerciones, teniendo ambas la libertad de abandonar el proceso de mediación en cualquier momento.

El peligro de trasponer un modelo de mediación basado en este valor, sin examen adecuado de las circunstancias culturales locales, podría llegar a producir mediaciones donde se ofrezca un pseudorespeto a la autodeterminación de las partes. Una cultura autoritaria supondría, sin mayor preocupación por el valor de la autodeterminación, que el mediador puede o debe arrogarse la posibilidad de decidir por las partes o permitirse ofrecer consejo profesional⁸.

Esto lamentablemente ocurre y con cierta frecuencia en el ámbito de las mediaciones en la Argentina.

Otro aspecto sobre el que hace énfasis es el segundo principio sobre el cual se basa de manera explícita y prescriptiva la mediación norteamericana, y es el de imparcialidad. El media-

⁸ FEMENIA, Nora, "Mediación, ética y cultura", *Actualidad psicológica*, año XXI, nro. 237.

dor sólo puede conducir aquellos procesos en los cuales pueda permanecer imparcial, debiendo retirarse si tiene intereses o prejuicios en contra de una de las partes, o si una de las partes así lo percibe.

En este punto surgen muchas dificultades al traducir la teoría de la mediación a otro contexto, en este caso, el latinoamericano.

Y luego de analizar otros aspectos, la autora concluye que “insertar un nuevo instrumento público como lo es la mediación demanda un profundo cambio social, porque es necesario hacer un examen cuidadoso de los principios éticos sobre los cuales se basa. Para promover la confianza del público en este nuevo método de resolución de disputas, hace falta iniciar una amplia discusión entre profesionales y público acerca de la mediación, sus valores subyacentes y su concordancia con los principios éticos vigentes en la Argentina”.

Dentro de esta misma línea debemos mencionar las ideas de un importante sistemista recientemente fallecido —Magoroh Maruyama—, que ha acuñado la noción de “paisajes mentales (*mindscapes*) que caracteriza como “una estructura de razonamiento, cognición, percepción, conceptualización, diseño, planificación y toma de decisiones que puede variar de un individuo, profesión, cultura o grupo social a otro”⁹.

Desde otro punto de vista es importante el desarrollo del tema de la influencia del observador sobre lo observado. Los mediadores observamos el conflicto, debemos tener claro en qué medida influenciamos lo que observamos. Los aportes realizados por la teoría del observador de Humberto Maturana y Heinz von Foerster y el profesor francés Jaumarie, entre otros, nos han mostrado cómo el sujeto observador construye a los

⁹ MARUYAMA, Magoroh, “Segunda cibernética y paisajes mentales”. *Cuadernos Gesi*, nro. 9, Buenos Aires, 1985.

objetos de la realidad, y nos hablan de una realidad “entre paréntesis”, ya que la realidad en sí, sin paréntesis, no puede aprenderse (aprehenderse). Se trata de un nuevo paradigma: *el observador condiciona lo observado*.

Edgar Morin, por su parte, nos dice que esta construcción depende del objeto de la observación, y habla de la coconstrucción realizada entre el sujeto y el objeto. Marinés Suares agrega que esta coconstrucción no va a depender sólo del sujeto y el objeto sino que también lo hace de los instrumentos que se utilizan en la observación.

En esta misma línea comentan, en un trabajo sobre negociación, los Dres. Jorge H. Gentile y Estela G. de Gentile que la mayoría de los conflictos entre personas se originan en las diferentes percepciones que tienen sobre un mismo hecho, dicho o dato. Si éste es idéntico para las partes, la diferencia está en la óptica con que se lo mira. El tratar hábilmente con estas diferentes percepciones es de lo que depende, en gran medida, el manejo del conflicto. Comprender las percepciones de los otros es la destreza que permitirá un buen entendimiento entre las partes.

Otro aspecto sistémico ha sido señalado por el chileno Mario Schilling, al hacer énfasis sobre los aspectos entrópicos y neguentrópicos de los sistemas. Dice que el abogado y —especialmente el negociador— tiene como tarea diaria la resolución de conflictos jurídicos. En materia privada, estos conflictos derivan de un “sistema” cuya “entropía” lo ha afectado a tal punto que se encuentra en descomposición o ha perecido como tal. Pensemos en los matrimonios separados que buscan divorcio, nulidad, separación de bienes, pensión alimenticia, régimen de visitas, etc. Al sistema “matrimonio” lo ha afectado el incremento de “entropía”. Por lo tanto, tras un breve estudio podemos diagnosticar cuáles fueron las fallas del sistema, cuál

les eran sus objetivos, cuáles su corriente de entrada y de salida, en fin, podremos darnos cuenta, incluso, qué nuevo sistema han formado: un matrimonio puede convertirse en una relación (sistema) de alimentante-alimentario, por ejemplo.

Nuestra labor como negociadores (o mediadores) no es otra que transformar un “sistema altamente entrópico” (conflicto) en un sistema neguentrópico (arreglo) y, por el principio de la recursividad ya mencionada, no podemos escapar a nuestra inexorable condición de supersistema de estos subsistemas que debemos “arreglar”¹⁰.

Hay otros aspectos sistémicos considerados particularmente desde el punto de vista de la terapia sistémica utilizados por Sara Cobb y, en la Argentina, por Marinés Suares. La contribución que estas formas de terapia pueden realizar a la mediación son múltiples, porque se basan en las relaciones entre las personas. Pero no entraremos en las mismas por ser ajenas a las disciplinas jurídicas, que son las nuestras.

¹⁰ SCHILLING, Mario, “Teoría sistémica de la negociación”, <http://inter-mediacion.com/papers/sistemica.htm>.