

Cultura de paz, solución alternativa de  
conflictos y mediación

Teodoro Pozo Illingworth

Cultura de paz, solución alternativa de conflictos y mediación

ISBN: 978-9942-27-098-6

Edición y Corrección  
Lic. Marilin Balmaseda Mederos, MSc.

Diagramación y maquetación en L<sup>A</sup>T<sub>E</sub>X  
Ing. Rodolfo Barbeito Rodríguez

Diseño de cubierta  
DG. Alexander Javier Campoverde Jaramillo

© Sobre la presente edición: Primera Edición, 2019

Impresión: Editorial Universitaria Católica (EDÚNICA)

Queda prohibida la reproducción total o parcial de la obra sin permiso por escrito de la Universidad Católica de Cuenca, quien se reserva los derechos para la presente edición.

---

## Justificación

---

Desde hace 20 años periódicamente he sido invitado por la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica de Cuenca a dictar a los alumnos de cursos superiores charlas de acercamiento a los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos. Desde la creación en esa Universidad del Centro de Mediación y Arbitraje “Josefina Espinosa Astorga”, en varias oportunidades he sido parte del equipo de formación de Árbitros y Mediadores que allí se han preparado, consecuentemente el material que recoge la presente publicación proviene de aquellas charlas, obviamente mejorado en las formas expresivas y añadiendo capítulos, conceptos, métodos y opiniones que en estos últimos lustros los expertos han incorporado a las técnicas de negociación, la participación social, la mediación y su relación ética, tema este último, que está presente a lo largo de este trabajo que resalta la vigencia de los principios y virtudes rectores de la dignidad humana como fuente o cimiento moral de la autoestima y de la cohesión social, porque el valor de la personalidad individual y la fortaleza de la comunidad, estarán en relación con la autoconciencia de los seres humanos y el sentido del bien común como conceptos que repercuten en el anhelo de certeza y la seguridad emocional de las personas y estabilidad jurídica de los pueblos, pues la Paz es la vocación innata del ser humano y de la especie, mientras la violencia, la confrontación

y la guerra, son las enfermedades que hay que erradicar de las conciencias y de las naciones.

Mi anhelo es promover una Cultura de Paz y en ese afán, al ya conocido método de Harvard agrego otros que son interesantes, sugestivos y complementarios como herramientas útiles para mejorar las tensas relaciones entre las partes y hallar soluciones a sus conflictos, sin dejar a un lado reflexiones dentro del marco jurídico constitucional ahora vigente en el Ecuador a consecuencia de la idea de Soberanía y del extremado nacionalismo que afecta al Arbitraje Internacional dándole un tratamiento alejado de la tendencia mundial. En ese aspecto constitucional, trato también la Negociación Comunitaria como forma actual de construir la democracia siempre que se la edifique sobre la verdadera Ética, que no es la curiosa “ética laica” de que habla la Constitución ecuatoriana del 2008, sino la de los principios universales donde se halla la Mediación como un acto humano, en búsqueda del valor justicia. Búsqueda que me lleva a las Estrategias y Habilidades del Mediador, donde explico la importancia del liderazgo que debe tener cualquier facilitador en la organización y conducción del proceso, poniendo algunas destrezas motivadoras para alcanzar éxito como los aportes de Eduardo de Bono a la Cultura del Diálogo, con sus hábiles y sugestivas técnicas para aprender a pensar y actuar, a más de su invitación a hacer una Revolución Positiva.

Me refiero también a la Negociación Social llamando la atención sobre el trato ecuatoriano al tema de la mediación comunitaria; así también me refiero a lo vinculado con la Mediación Escolar en la que subrayo el asunto del **bulling**. Concluyo con un capítulo sobre la Cultura de Paz que destaca la importancia del desarme espiritual en una educación positiva para la experiencia dichosa de la Paz y la No violencia.

El autor

---

## Introducción

---

La concepción orgánica de la sociedad -que la interpretaba como un organismo vivo, armónico y en orden-, hacía pensar que todo conflicto era similar a una enfermedad o aberración patológica que exigía, según su gravedad, remedios disciplinarios y hasta extirpaciones que restauren el equilibrio intrínseco de la comunidad. Se justificaban así las grandes injusticias del pasado y las arbitrariedades del presente, porque lo importante con esa manera de discernir, era mantener la estabilidad, el concierto, la homogeneidad. El funcionalismo posterior recoge muchas de las interpretaciones organicistas, principalmente las relativas al orden institucional y a la interrelación de las estructuras. El conflicto, con esta teoría, sigue siendo algo anormal que perturba desde fuera el funcionamiento equilibrado del organismo: es como una desviación que afecta a la estructura pero que no proviene de la estructura misma; es un obstáculo que se presenta como una fuerza disgregadora que pretende impedir el avance o el desarrollo regular de la sociedad.

Ante estos modos sugestivos pero no convincentes de interpretar la sociedad, surgen con fuerza otras teorías que analizan la lucha permanente por la existencia que caracteriza la vida real de las personas en comunidad y de las mismas sociedades frente a otras. Las nuevas hipótesis analizan el cambio y el conflicto social; la inestabilidad, el impersonalismo, la masificación; las jerarquías

y los poderes; las organizaciones, la tecno estructura y los modelos de sistemas. Con sus estudios, ven al conflicto como una parte esencial de la vida en grupo; como la fuerza que impulsa la historia; como la tensión necesaria para la supervivencia y el progreso, porque el conflicto, no es un mal que hay que erradicar, sino un impulso creador que es preciso valorar. Es una energía que debe aprovecharse para hacer más rica la relación de convivencia, y más humano y productivo el cambio transformador.

La Sociología del Derecho y la de la Política, profundizan sus estudios sobre la Teoría del Conflicto y la del Cambio, buscando afanosamente soluciones globales que puedan aplicarse a las circunstancias y consecuencias que traen esos mismos dos hechos connaturales al dinamismo social. Dinamismo que no es fruto de leyes cósmicas inexorables de evolución, sino de un proceso histórico de transformaciones culturales, de descubrimientos e invenciones, de movimientos y de variaciones que alteran y cambian los estilos de vida. Unas veces, esas transformaciones han sido largamente discutidas y planificadas; otras, se han dado de modo súbito e inesperado. En ocasiones han sido fruto de la voluntad popular a través de decisiones democráticamente compartidas y en otras, han salido como el resultado de resoluciones dictatoriales impuestas.

El conflicto y el cambio son las características de la sociedad, no sólo de la contemporánea, sino de toda sociedad. Son parte del estado natural de “lo social”. Por eso, es urgente aceptarlos, comprenderlos y aprender a vivir con ellos. Recordemos las palabras de R. Dahrendorf: “Quien quiere conseguir una sociedad sin conflictos ha de hacerlo por el terror y la fuerza policíaca, pues ya sólo la idea de una sociedad sin conflictos es un acto de violencia cometido contra la naturaleza humana”.

El trabajo que presento no pretende ser un análisis sociológico de la teoría general del conflicto. Simplemente, reconociendo que el antagonismo, la disputa, la competencia, la rivalidad, existen en el campo de las relaciones interpersonales y admitiendo que su presencia afecta a los individuos, trato de exponer, con

criterio informativo, los caminos alternos que existen en la propia sociedad para solucionarlos. Caminos que dejaron de usarse ante la prepotencia formal de otros que se impusieron, pero que ahora ya no responden con eficiencia a las urgencias de una sociedad en constante movimiento. Caminos sencillos, óptimos y seguros; susceptibles, ciertamente, de ser mejorados. Tampoco es un tratado que analiza o encasilla a los medios alternativos, dentro de doctrinas jurídicas, para encontrar o discutir su naturaleza jurídica o su validez legal. Está muy lejos, así mismo, de ser un manual de instrucciones para formar expertos en arbitraje o negociación. Es escuetamente un texto que aspira despertar, en gentes de buena voluntad, la inquietud por recorrer esos caminos que, al ofrecer experiencias más personales y humanas, con toda seguridad, capacitan mejor para construir la paz y vivir la democracia con respeto.

Teodoro Pozo Illingworth





# Índice general

<b>Justificación</b>	<b>III</b>
<b>Introducción</b>	<b>V</b>
<b>1. Determinación Teórica</b>	<b>1</b>
1.1. El derecho como hecho social . . . . .	1
1.2. Las necesidades sociales que el derecho satisface . . . . .	3
1.3. El derecho y los intereses protegidos . . . . .	9
1.3.1. Los intereses y sus clases . . . . .	9
1.3.2. La libertad y la cooperacion . . . . .	11
1.4. El deseo de certeza y la necesidad de cambio . . . . .	12
1.5. El poder social y el hecho constituyente . . . . .	14
1.6. La acción del poder social en la transformacion del derecho	15
<b>2. El ordenamiento social litigioso</b>	<b>19</b>
2.1. La cultura del conflicto . . . . .	19
2.2. Las causas de los conflictos . . . . .	21
2.3. Las fases de los conflictos . . . . .	24
2.4. Características generales de los conflictos . . . . .	25
2.5. La desconfianza en el sistema judicial . . . . .	27
<b>3. Hacia una cultura de dialogo</b>	<b>29</b>
3.1. Visión positiva del conflicto . . . . .	29
3.2. Búsqueda de soluciones al conflicto . . . . .	32
3.3. Papel de la autoconciencia, de la razón y de la imaginación	32
3.4. Posibles caminos de solución de los conflictos . . . . .	37
3.5. “Desjudicializacion” y “Juridificación” . . . . .	38
3.6. La cultura del dialogo en el ordenamiento judicial . . . . .	39
3.7. La resolucion alternativa de conflictos . . . . .	41
<b>4. Instituciones sustitutivas del proceso público</b>	<b>43</b>
4.1. La “litigiosidad” represada . . . . .	43
4.2. Necesidad de los medios alternativos de solucion de conflictos	46
4.3. Ventajas de los medios alternativos . . . . .	49
4.3.1. Ventajas para el Sistema Judicial . . . . .	49

---

4.3.2. Ventajas para los Abogados . . . . .	50
4.3.3. Ventajas para los Particulares . . . . .	51
4.4. Nociones previas de algunos medios alternativos de solución de conflictos . . . . .	52
4.4.1. El Arbitraje . . . . .	52
4.4.2. La Conciliación . . . . .	53
4.5. La Mediación . . . . .	54
4.5.1. EL “OMBUDSMAN” o Defensor del Pueblo . . . . .	55
4.6. La Defensoría del Pueblo en el Ecuador . . . . .	55
4.7. Otros ensayos de medios alternativos para la solución de conflictos . . . . .	58
<b>5. El Arbitraje</b>	<b>63</b>
5.1. Reseña Histórica . . . . .	63
5.2. Antecedentes en el Ecuador . . . . .	64
5.3. Naturaleza Jurídica . . . . .	66
5.4. Clasificación del Arbitraje . . . . .	69
5.4.1. Clasificación por el origen . . . . .	69
5.4.2. Clasificación por las formas de desarrollo . . . . .	72
5.4.3. Clasificación por la forma de decidir . . . . .	72
5.4.4. Por el lugar en dónde se lo practica . . . . .	75
5.4.4.1. Arbitraje Internacional antes de la Constitución del 2008	76
5.4.4.2. Arbitraje Internacional Después de la Constitución del 2008 . . . . .	77
5.5. Lo que se puede someter a arbitraje . . . . .	79
5.6. Lo que no se puede someter a arbitraje . . . . .	81
5.7. El Acuerdo Arbitral . . . . .	83
5.8. Efectos del Convenio Arbitral . . . . .	86
5.9. Renuncia del Convenio Arbitral . . . . .	86
5.10. Nulidad del Compromiso Arbitral . . . . .	87
5.11. Vicios del Consentimiento . . . . .	87
5.11.1. El Error . . . . .	88
5.11.2. La Fuerza . . . . .	88
5.11.3. El Dolo . . . . .	89
5.12. El Procedimiento Arbitral . . . . .	90
5.13. La Prueba en Materia Arbitral . . . . .	97
5.14. El Laudo Arbitral . . . . .	98
5.15. Formas del Laudo . . . . .	98
5.16. Contenido del Laudo . . . . .	99
5.17. Inapelabilidad de Los Laudos . . . . .	99

5.18. Impugnación del Laudo . . . . .	100
5.19. Ejecución del Laudo Arbitral . . . . .	101
5.20. Las Medidas Cautelares en El Arbitraje . . . . .	101
<b>6. La Mediación</b>	<b>105</b>
6.1. Concepto . . . . .	105
6.2. Características de la Mediación . . . . .	106
6.3. La Mediación como Negociación . . . . .	108
6.4. Casos Recomendables para la Mediación . . . . .	110
6.5. La Negociación Comunitaria . . . . .	111
6.6. El Procedimiento de la Mediación . . . . .	113
6.7. Modos de Acceder a La Mediación . . . . .	115
6.8. La Confidencialidad en La Mediación . . . . .	118
6.9. Fin de La Mediación . . . . .	119
6.10. La Mediación y La Etica . . . . .	122
6.10.1. ¿QUÉ ES LO ETICO? . . . . .	123
6.10.2. Etica y Mediación . . . . .	125
<b>7. La Conciliación</b>	<b>129</b>
7.1. Naturaleza Jurídica . . . . .	129
7.2. Formas de La Conciliación . . . . .	130
7.3. Diferencia entre las Formas de Conciliación . . . . .	133
7.4. La Conciliación en La Negociación Alternativa . . . . .	133
7.5. Oportunidad de La Conciliación . . . . .	135
7.6. Asuntos que se Pueden Conciliar . . . . .	136
7.7. Efectos de La Conciliación . . . . .	137
7.8. La Audiencia de Conciliación . . . . .	139
7.9. Ventajas de La Conciliación . . . . .	140
7.10. El Papel del Conciliador . . . . .	141
<b>8. Métodos de la Negociación</b>	<b>143</b>
8.1. Método . . . . .	143
8.2. Metodo Harvard de Negociación . . . . .	144
8.2.1. No negociar con base en las posiciones . . . . .	145
8.2.2. Separar a las personas del problema . . . . .	146
8.2.3. Concentrarse en los intereses, y no en las posiciones . . . . .	150
8.2.4. Inventar opciones de mutuo beneficio . . . . .	151
8.2.5. Insistir en que los criterios sean objetivos . . . . .	153
8.3. El modelo transformativo de Bush y Folger . . . . .	154
8.4. Modelo circular narrativo de Sara Cobb . . . . .	156

---

8.5. Mediación Interpersonal de Billikoph . . . . .	158
8.6. Método integrador de Castillo Falcón-Caro . . . . .	161
<b>9. Estrategias del mediador</b>	<b>165</b>
9.1. Perfil del Mediador . . . . .	165
9.2. Organización del proceso de mediación . . . . .	166
<b>10. Habilidades del Mediador</b>	<b>173</b>
10.1. Habilidades . . . . .	173
10.1.1. Confeccionar el guión . . . . .	174
10.1.2. Identificación de los Adversarios . . . . .	175
10.1.3. Los Seudoajustes de la personalidad . . . . .	176
10.1.4. Cuidado con la manipulación . . . . .	180
10.2. Aprendiendo a Pensar . . . . .	181
10.2.1. El Pensamiento Lateral . . . . .	182
10.2.2. Seis sombreros para pensar . . . . .	185
10.3. Decidiendo la acción . . . . .	188
10.3.1. Seis pares de zapatos para la acción . . . . .	189
10.3.2. Las combinaciones de zapatos . . . . .	192
10.4. La Revolución Positiva . . . . .	193
10.4.1. Principios de la Revolución Positiva . . . . .	194
<b>11. La mediación en la negociación social</b>	<b>197</b>
11.1. Idea general de la mediación social . . . . .	197
11.2. La participación social . . . . .	199
11.3. La participación social en el Ecuador . . . . .	203
11.4. La mediación comunitaria . . . . .	215
11.5. La Mediación Escolar . . . . .	218
<b>12. Estado actual y futuro de la resolución alternativa de conflictos</b>	<b>225</b>
12.1. Los medios alternativos en varios países . . . . .	225
12.2. Estado de los medios alternativos en el Ecuador . . . . .	230
12.3. Futuro de los medios alternativos en el Ecuador . . . . .	234
12.3.1. El futuro preferido . . . . .	239
12.4. La cultura política y la negociación social . . . . .	240
<b>13. Hacia la cultura de paz</b>	<b>245</b>
13.1. Concepto de paz y su trascendencia . . . . .	246
13.2. Contenido de la cultura de paz . . . . .	250
13.3. El desarme de las conciencias . . . . .	255

---

13.4. El programa global del desarme . . . . .	267
13.5. Hacia una educación para la paz y la no violencia . . . . .	276
13.6. Lo alternativo como constitutivo . . . . .	280
Referencias . . . . .	283



# Capítulo 1

---

## Determinación Teórica

---

### 1.1 El derecho como hecho social

El Derecho es un conjunto de normas que desde su gestación hasta sus proyecciones, pasando por todo su desenvolvimiento, por su observancia, por su aplicación práctica y hasta por las transgresiones que sufre, es eminentemente social porque nace de una realidad colectiva para ordenarla en todos los aspectos generales y particulares que surgen como consecuencia del hecho de vivir en sociedad.

Las tradiciones, las costumbres, las necesidades presentes, las creencias, las convicciones éticas, políticas y religiosas, así como los intereses nacionales, regionales y los particulares, de distinta naturaleza, sean económicos, culturales, políticos, etc., constituyen el ordenamiento de la vida colectiva, el modo de ser y actuar de un pueblo: su estilo, su idiosincrasia.

Dentro de esa manera de ser y actuar, se presentan varios hechos que plantean al hombre la urgencia de legislar, de reglamentar, de contratar, de hacer convenios, de formular tratados, de hacer instructivos que tengan carácter general y obligatorio, que constituyan una regla para todos sin posibilidad de equívocos. Es la necesidad de convertir en jurídicas ciertas formas de actuar y de vivir, dándoles un valor

jerárquico diferente; en síntesis, es la tendencia a otorgar valor legal, imperativo, a determinadas conductas.

En ese qué hacer se manifiesta la vocación que impulsa a quienes se animan a legislar, pues en su ánimo se harán presentes sus personales atracciones y repulsiones; allí estará lo que valoran como bueno y lo que rechazan como malo, también sus convicciones, sus anhelos, consecuentemente, su voluntad reflejará el valor que otorguen a la norma, a los conceptos de justicia y de equidad; el criterio que tengan sobre la persona, sobre su dignidad y su libertad.

Pero a pesar de esa enorme dosis de individualidad que encierra la voluntad de legislar, es también todo un fenómeno humano que explica su razón de ser en lo social, en la convivencia, en las formas de conducta y en los modos de actuar para hacer posible la vida en comunidad, permitiendo, garantizando, respaldando, prohibiendo y sancionando, los actos de las personas dentro de un ordenamiento institucional y jurídico, siempre listo a producir sus efectos.

Estos efectos pueden ser:

- **POSITIVOS**, cuando aquello que se convirtió en jurídico logra en la sociedad los objetivos que se propuso, en el tiempo para el que los pensó; y,
- **NEGATIVOS**, cuando fracasa el propósito, o si lo reglado interfiere con otros factores que están presentes en el contexto y da paso a una serie de combinaciones diversas e imprevistas, a vacíos legales, a confusiones, a obscuridades o contradicciones que requerirán ser regulados de manera independiente o separada, lo cual genera nuevas urgencias legislativas.

Podrá también tener efectos de **REACCIÓN**, cuando provoca el nacimiento de corrientes adversas que buscan mejorar o derogar lo establecido, sustituyéndolo con otra norma. Para algunos, la reacción debe ser vista dentro de lo positivo, pues aunque de inicio no se logren los objetivos originalmente previstos, se habría conseguido sembrar la idea de la necesidad de legislar sobre ese algo y se habría provocado que surjan nuevas opiniones que harán posible, a corto o mediano plazo, una satisfacción adecuada de la exigencia, con más y mejores elementos de juicio.



## 1.2 Las necesidades sociales que el derecho satisface

El nacimiento de la norma, el análisis de su vigencia y de sus efectos, la posibilidad de su reforma o de su derogatoria, el estudio del procedimiento para su correcta aplicación, etc., constituyen los capítulos de la Dinámica del Derecho que siempre habrá de tener a la norma como una manifestación social “*para*” alguien y “*para*” algo. Es decir, como un fenómeno con destino, con objetivos que deben cumplirse en personas o cosas; como una expresión que proviene del ser humano y que se cumple en él o en los objetos que posee, puesto que la norma es como la manifestación de la necesidad de convivencia en armonía y en paz.

Por ello, el Derecho se ocupa de satisfacer con prioridad las siguientes grandes necesidades sociales: la organización del poder político; su legitimación; el señalamiento de sus límites y la atención a los conflictos de intereses. Analizaremos a cada de esas necesidades:

### a) La Organización del Poder Político

El Derecho busca, idealmente, encontrar resoluciones prácticas que sean aceptadas y que se impongan a todos por igual, de modo que sus normas, leyes, reglamentos o pautas, sean cumplidas inexorablemente por los fuertes y por los débiles y que, de ser posible, no exista margen a la peripecia de la indisciplina. Para eso, el Derecho necesita sentirse apoyado por el Poder Social como el ente más fuerte entre todos los fuertes, es decir, estar protegido por el Estado o Poder Político, al cual el mismo Derecho debe definir y organizarlo convenientemente para que cumpla su misión. De esto resulta que Estado y Derecho son interdependientes, porque el Estado surge del Derecho y el Derecho lo dicta el Estado.

Ahora bien, la obediencia que el Estado consigue se debe a que el Derecho que dicta se presenta como legítimo en virtud de que responde a un ordenamiento previo, fruto de los poderes sociales más fuertes y de los hechos sociales más comunes y habituales. Por lo mismo, el Estado no puede aparecer sin el Derecho que es el que le da forma, organización, estructura, estabilidad y permanencia; y, por su parte, ese mismo Derecho asoma recibiendo del Estado que creó, el apoyo necesario para que sus normas imperen y se cumplan.

Por esto, el Poder Político o Estado, adquiere la categoría de jurídico, porque es una expresión primigenia del Derecho, que a su vez recibe del Estado la coercitividad que necesita para ser efectivo, lo que ratifica

que Derecho y Estado, son entidades interdependientes. De ahí que sea posible hablar de un “Estado de Derecho”, cuando la vinculación de esas dos entidades es correcta; cuando el poder político, (Estado), ha nacido y se mantiene con legitimidad, (Derecho). Ese Estado no será “de Derecho”, cuando la relación de la que nace es ilegítima o porque, habiendo nacido bien, sin embargo, para mantenerse como poder, atropella el Derecho y se impone por la fuerza.

Legitimidad no debe confundirse con legalidad. La legitimidad es una calidad del poder político que viene dada por el ajuste o relación proporcional de ese poder con los verdaderos fines de carácter colectivo de manera que la organización que surja de esa vinculación será tanto más genuina, cuanto más cierto y próximo sea el ajuste; por ello, la perfección o excelencia de la relación, liga el concepto de legitimidad con los de justicia y equidad. En cambio, legalidad es una calidad de legal y es aquello que está conforme con lo estatuido, con lo previsto u organizado por la Ley existente, sin que importe si esa ley es o no justa.

## **b) La Legitimación del Poder Político**

El Poder Político o Estado se legitima, en tanto en cuanto se lo organice según los criterios de Justicia. Este valor arquetípico es el que otorga juridicidad no solamente al poder político, sino a toda norma de Derecho cuya máxima aspiración es ser el reflejo fiel de lo justo. Cuando el Poder Político se aparte de este ideal, será injusto e ilegítimo; se podrá imponer por la fuerza, pero no por su legitimidad.

La Justicia, como entequeia, reúne en sí las categorías fundamentales del entendimiento y de los valores trascendentes y por esa misma fusión de lógica y ontología, resulta una virtud, un concepto perfecto, un ideal, una potestad sublime, un modelo supremo difícil de alcanzar, casi imposible. Por eso, la perfección del Poder Político o de la norma, es una meta arquetípica y un permanente desafío de la organización social que debe luchar para desenvolverse tratando de lograrla, por lo menos, en términos de EQUIDAD asequibles y conectados con la realidad que le aproximen a la Justicia como paradigma.

Por este motivo, el hombre histórico trabaja en el constante mejoramiento de la vida de relación para posibilitar una convivencia donde la libertad se armonice con el respeto, donde se equilibren los intereses procurando que sea la EQUIDAD la que establezca las reglas del comportamiento y garantice una coexistencia en orden, para que el ejercicio

de los derechos individuales, principalmente el de la Libertad, se haga de manera legítima y ecuánime.

En esta labor organizadora, el hombre ha ensayado diversas formas y estructuras sociales, ha concebido varios modos de organizar el Estado y ha tratado de legislar interpretando las circunstancias y los hechos, para crear normas de convivencia que le aproximen cada vez más al modelo ideal.

En este largo trajinar, paulatinamente el hombre ha ido dando prioridad a aquellas reglas que atañen a la esencia social de la persona; ha dado importancia a las normas que se preocupan de la colectividad que es en donde nace y se nutre el individuo y en cuya permanencia histórica adquiere significación la vida. Así se explica que poco a poco, la protección a los intereses individuales, de motivación egoísta, haya ido cediendo frente a la importancia de los intereses sociales, de índole altruista, y constituyendo un amparo más cercano a la idea de LO JUSTO, cuya realización concreta se busca con sistemas procesales simples, uniformes y eficaces.

### **c) La Limitación del Poder Político**

La organización de un Poder involucra necesariamente la limitación de ese mismo Poder, caso contrario, su alcance estaría dependiendo de la influencia que de hecho sea capaz de ejercer él mismo, en cada uno de los instantes en los que ejercite su capacidad; lo que equivale a decir que el Poder dependería de su propia fuerza que si fuere vigorosa, robusta, enérgica, podría llegar a ser sofocante, arbitraria, abusiva, sin límites; pero si por el contrario, fuere débil, disminuida, llegaría al extremo de carecer de influencia efectiva, de no poder controlar nada y de dar paso al caos y al desorden social. Para evitar cualquiera de estos extremos, la Limitación del Poder, es decir el señalamiento claro de sus facultades y atribuciones, de sus responsabilidades y deberes, es una necesidad para la estabilidad del Estado bajo el imperio sereno de la norma.

Esta limitación del Poder, implica el reconocimiento de los derechos individuales y sociales de los asociados, de las facultades que tiene la persona para hacer o no hacer algo sin coacción o interferencia alguna, peor aún de aquellas presiones o estorbos que podría ejercer el propio Estado o el poder público. Contra los derechos individuales reconocidos el Poder Político no tiene facultad para ir en su contra porque siendo inviolables son una limitación a ese mismo poder y exigen que su ejercicio sea garantizado y protegido por el Estado.

La Limitación del Poder significa también la aplicación del axioma de Montesquieu: “*El poder debe frenar al poder*”, para que no concentre sino que divida sus funciones a fin de controlarse; así, el poder legislativo será el que interpretando la realidad social dicte las normas más adecuadas para esa colectividad; el poder judicial se encargará de analizar y aplicar esas normas a las conductas particulares proclamando el derecho que asiste a unos o sancionando a los transgresores; y, el poder ejecutivo, tendrá la misión de administrar el Estado ejerciendo el gobierno y dando las garantías suficientes a los ciudadanos para que vivan convenientemente en todos los órdenes y también tutelando a los otros poderes con el propósito de que ejerzan con autonomía sus facultades. Así entonces, cada una de las Funciones o Poderes del Estado ejercerá una parte importante del poder real con independencia y responsabilidad.

Este criterio básico de división se aplica no solamente en la organización de los Estados o países, sino también en las entidades particulares más pequeñas donde se distribuye el poder según los imperativos funcionales a los que pretendan responder, pero conservando la idea central de separación de funciones en relación con las necesidades del conjunto que deben ser atendidas.

#### **d) La Atención a los Conflictos de Intereses**

Es indiscutible que en la vida social cada persona tiene una serie de deseos, de intereses y aspiraciones que ansía satisfacer de algún modo, sea individualmente, en grupo, en asociaciones, etc. La concesión íntegra de los anhelos para contentar las demandas de todos es imposible, por ello se presentan insatisfacciones, frustraciones, competencia, en una palabra, aparecen los conflictos, cuya solución puede provenir de:

- a) la fuerza que se impone y domina;
- b) la Ley que regula y obliga a los contendientes a hacer o no hacer algo, o a proceder de tal o cual manera; y,
- c) del diálogo vinculante que compromete a los involucrados a acordar entre ellos una solución a sus diferencias.

Con la fuerza se predomina el vigor de uno de los contendientes sobre el otro, sea por su superioridad física, numérica o por su astucia, preparación o influencias; su uso deja a un lado la razón y puede

provocar enfrentamientos en cadena por el resentimiento y venganza del derrotado. El empleo de cualquier forma de fuerza atenta contra la convivencia y la paz social, dando paso a la inestabilidad y a crisis profundas de la colectividad.

Para superar esa crisis y el abuso del poder se pensó en robustecer la autoridad a fin de que sea la que imponga soluciones obligatorias y *la Ley del Talión* constituyó un paso en ese esfuerzo: ley drástica y a veces terrible pero que siendo válida para todos, fue una regla obligatoria a la que debían atenerse, pues la satisfacción de las ofensas o perjuicios se hacía en la misma medida de lo sufrido: “**ojo por ojo, diente por diente**”.

Posteriormente, cuando aparece la familia, sea patriarcal o matriarcal, se da importancia a la autoridad del más anciano o del que hace de cabeza de ella y se buscan formas de convivencia que se apoyen en sentimientos o valores que comprometan las varias esferas de la relación paterno-filial; de esta forma, es la autoridad del ascendiente más antiguo la que soluciona las controversias en los clanes y en las tribus. Esa autoridad ancestral venía a ser un tercero aceptado y respetado por el grupo ante quien los parientes en conflicto debían concurrir para que sabiamente solucionara su problema.

Para algunos, el anciano a cuya sabiduría se concurría era un árbitro que imponía su autoridad moral y su experiencia y habría sido ante él que comenzó el proceso oral con la exposición que cada parte hacía de sus pretensiones, con la discusión entre los oponentes y al final, con la declaración razonada del jefe de familia que pronunciaba su fallo.

Luego, con la mejor estructura de los clanes, sería el **Consejo de Ancianos** el que habría de asumir el papel de árbitro o de tribunal ante el que se expondrían ordenadamente los argumentos de cada parte: unos acusando, otros defendiéndose, procurando cada uno probar y convencer al Consejo de la razón que se creía asistido, para lo cual no siempre eran directamente los involucrados quienes intervenían, sino que confiaban su caso a un mejor expositor para que en su nombre lo haga, surgiendo los abogados defensores y los acusadores, expertos en elocuencia; una vez escuchados los argumentos de las partes, la deliberación la hacía el Consejo que debía emitir su criterio unánime o por mayoría, la cual a veces no era fácil obtener y las discusiones demoraban postergándose el fallo de sesión en sesión. Cuando la organización social se complica también fue más difícil tener la seguridad en cuanto a la ejecución de las sentencias entendidas no como venganza personal, sino como sanción social, para lo cual se idearon formas de castigo a

imponerse a quienes incumplían un fallo, llegando hasta las más graves como fueron el extrañamiento u ostracismo social y la muerte de los que irrespetaban los veredictos.

Pero las fases del proceso oral poco a poco se irían definiendo mejor, apareciendo claramente diferenciadas: la etapa de **POSTULACIÓN**, la **PROBATORIA** y la de **RESOLUCIÓN**, las que con el transcurso del tiempo se perfeccionaron y también se enredaron.

Con el proceso aparece también el formalismo que, paulatinamente se enmaraña con los guiones procesales, con el lenguaje especializado, con los esquemas adjetivos, las fórmulas y las frases de rigor que el uso las consagra como ritual ineludible para la validez de un acto, sin que aquello conste formalmente en ninguna norma etc.; todo lo cual formará una trama que atentando contra la celeridad, la claridad y la eficiencia, hará que se caiga en una verdadera crisis caracterizada por la lentitud de los trámites, la acumulación de causas, la desproporción entre las que entran y las que se despachan, los incidentes que se crean para demorar los procesos, las apelaciones y los recursos, etc., lo que ha generado la desconfianza en el sistema, hasta el punto que, para muchos, hasta su propia rectificación es improbable por los escudos y candados que lo guardan.

Por eso, es indispensable pensar en nuevas formas de solución de los conflictos, atendiendo a los intereses que están en juego, encausando la solución de las disputas en instancias diferentes a las tediosas formas de los procesos judiciales, los cuales quedarán solamente para los casos estrictamente necesarios en los que deba ser el Estado, y no otro, el que acuda a ponerlos fin.

Con estas nuevas formas se trata de poner en práctica el **PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD** que consagrado modernamente como básico para la Unión Europea en el Tratado de Lisboa de diciembre del 2009, es sin embargo un precepto antiguo, propio de la Doctrina Social de Iglesia Católica que lo toma del Derecho Natural: “*primero la familia después el Estado*”, dictaminando que este último debe aceptar que los conflictos –de cualquier índole– deben ser solucionados por quienes estén más cerca de ellos y solamente cuando eso no sea posible, podrá convocarse al Estado para que los arregle en aras del bien común. Así el principio de subsidiariedad es opuesto al modelo estatal absorbente que anhela intervenir en todo con una presencia injustificada que desconoce la energía y creatividad de los cuerpos sociales que son capaces de idear soluciones efectivas a sus problemas.

Aceptar el principio de subsidiariedad en la organización administrativa del Estado, es reconocer los derechos y libertades personales, la capacidad decisoria de los grupos sociales intermedios y las autonomías seccionales; la subsidiariedad llevada al campo jurídico implica que el Estado interviene para resolver un asunto administrativo, político o judicial, solamente cuando en los otros organismos sociales privados se haya agotado el tema sin solucionarlo. Bajo este principio se habla ya del moderno Estado Subsidiario que entra en el proceso de transferencia de sus competencias administrativas a organismos seccionales públicos o a entidades particulares bajo criterios suplementarios y de cercanía.

William Ury, respecto de la búsqueda de solución a los conflictos manifiesta que *“las cuestiones deberán ser tratadas al más bajo nivel en la mayor medida posible, en forma descentralizada; al más alto nivel sólo se tratará los conflictos en que ello sea absolutamente necesario”*. El bajo nivel lo constituyen las partes más cercanas al problema, es decir las personas que están en disputa y deben procurar su solución con absoluto conocimiento directo de las causas que la provocan; en tanto que el más alto nivel será la instancia contenciosa a seguirse por la controversia en los juzgados y tribunales, a los que se podrá acudir sólo cuando no se haya alcanzado arreglo alguno en las instancias personificadas y descentralizadas intentadas por los involucrados y sea necesario acudir al Estado pidiendo la intervención de la autoridad pública para que solucione el problema con todo el aparato del Derecho Positivo vigente, sustantivo y adjetivo que está a su disposición

Para los casos de bajo nivel, se desarrollan estudios sobre **RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE DISPUTAS, (RAD)**, buscando reemplazar la cultura del litigio, por la cultura de diálogo, para que tanto los intereses en juego como los valores individuales de los involucrados y la moralidad social en la que ellos se desenvuelven, sean respetados a cabalidad, dando a los contendientes la oportunidad real de participar en la solución de sus problemas, sin que se viole la Constitución ni se alteren las normas de convivencia.

## 1.3 El derecho y los intereses protegidos

### 1.3.1 Los intereses y sus clases

En general, se denominan INTERESES los valores, urgencias o necesidades que una persona, o una sociedad, siente o percibe como suyos, otorgándoles una significación o jerarquía importante en el desenvolvi-

miento de su vida, hasta el punto que muchos de esos intereses no solamente son un objetivo a lograr, sino un modelo de comportamiento individual no negociable ni transigible, una pauta directriz de su modo de ser y de actuar pues conforma su personalidad y su estilo vital que es un todo único inseparable. Roscoe Pound, indica que los Intereses pueden clasificarse en: INDIVIDUALES; PUBLICOS Y SOCIALES.

**1. INTERESES INDIVIDUALES**, son aquellos que se refieren a la personalidad, a la vida particular. Temas como la integridad corporal, la salud, la honra, el domicilio, la contratación, las creencias, etc., que siendo individuales tropiezan a veces con otros intereses también protegidos y reconocidos, dando como resultado la aparición de problemas, urgencias y necesidades que requieren la presencia del Derecho para que las regule, como son las diferentes situaciones de la persona en su vida de relación social: incidentes familiares, económicos, mercantiles, laborales, estudiantiles, etc.

Estos INTERESES INDIVIDUALES, se dividen a su vez en: **Universales y Particulares**.

- a) Son **Universales**, aquellos que se refieren a todas las personas por el simple hecho de ser tales y que sirven para la reafirmación de YO y del contorno que le es propio. Los de permanencia y seguridad del individuo; los que atañen a su felicidad y bienestar y, por ende, implican también derechos que permiten a la persona desenvolverse en su colectividad con confianza en el ordenamiento que los respalda y garantiza. Esto implica la existencia de una cantidad de servicios públicos que la persona individual tiene la prerrogativa de exigirlos por su condición de ser humano y por pertenecer al grupo o comunidad en la que vive.
- b) Son **Particulares**, aquellos que de modo exclusivo son propios de cada individuo o comunidad específica y cuya administración les compete privativamente a ellos, sin afectar a los demás.

**2. INTERESES PÚBLICOS** se llama a los que pertenecen al Estado como tal, a su organización y supervivencia tanto en el orden interno como dentro de la comunidad internacional; y,

**3. INTERESES SOCIALES**, son los que importan al bien común, al progreso, al orden de una colectividad. La paz, la cultura, la salud; la conservación de los recursos, la eficiencia administrativa, etc. son intereses que pueden llegar a confundirse con los derechos individuales de carácter universal.



### 1.3.2 La libertad y la cooperacion

Todos los intereses que hemos pormenorizado, Luis Recasens Siches, los reduce a dos: libertad y cooperación.

- A) **LIBERTAD**, entendida como el interés de encontrarse sin interferencias en la realización de la vida material, espiritual, intelectual o social, de tal forma que la dignidad humana que ostenta cada ser, sea posible ser sentida y percibida por él y los otros como una Verdad que diariamente se observa, con el único límite que viene indicado por el axioma: “*La libertad del uno, termina donde comienza la libertad del otro*”, lo que significa que las normas de respeto al prójimo tienen que ser las pautas de comportamiento permanente de las personas entre sí y desde y hacia la comunidad de la que son parte. En este sentido, el Derecho proclamará y garantizará la Libertad protegiéndola de cualquier intromisión.
- B) **COOPERACIÓN**, como el anhelo de ser partícipe en la consecución de los fines individuales y sociales que solamente puede ser efectuada con la colaboración de los demás. Es decir, con la plena conciencia de que la realización del hombre en tanto ser social, sólo podrá hacerse en la vida comunitaria: compartiendo metas y objetivos, a sabiendas de que los intereses sociales estarán por encima de los particulares cuyo egoísmo se supera dando prioridad a la auténtica convivencia que se basa en la solidaridad.

Entendida así la Cooperación, será deber del Derecho ordenar y articular las actividades de los individuos para que como personas naturales o jurídicas, unan sus voluntades en procura de alcanzar aquellos fines. Albert Einstein, decía: “*Prisioneros (los hombres) sin saberlo de su propio egoísmo, se sienten inseguros, solitarios y privados del ingenuo, sencillo y natural goce de la vida. El hombre puede encontrarle sentido a la vida, aun siendo como es corta y peligrosa, únicamente consagrándose a la sociedad*”.

Señalado el marco teórico de los intereses, observamos que en la vida real, no sólo que ellos pueden ser unos más importantes que otros no sólo por sus características inherentes, sino porque las mismas personas así los perciben y los viven de manera diferente y hasta categorizada. Así, los intereses que tienen que ver con la vida o la libertad, son vistos por muchos como más significativos que los simplemente económicos y otros tendrán a los anhelos que atañen al honor o la dignidad como más

trascendentales que la misma vida, o la inversa, personas para quienes los intereses puramente económicos o materiales, sean más importantes que el honor o la vida. *“Lo que nos muestran los sentidos, -dice Hans Gerth- puede inclusive estar determinado en mayor o en menor grado por el contexto social y las expectativas personales que ayudan a determinar lo que vemos, oímos y olemos en el futuro. El mundo que experimentamos está determinado en gran medida por nuestras experiencias pasadas y nuestras expectativas futuras, que forman un marco de referencia, o como ha sido llamada, una masa a perceptiva”.*

Por eso, el hombre, en su dinamismo psíquico, recibe activamente todo un cúmulo de sensaciones y hasta se puede afirmar que construye, o se representa el mundo, no como realmente es, sino como personalmente lo percibe, con las cargas emocionales que particularmente le impactan o le motivan. Aprende a ver, a oír, a gustar, a palpar... Aprende a amar, a odiar y perdonar. , porque desde su infancia, y tal vez desde antes, entrena psicológicamente no sólo sus sentidos, sino también su alma, y por ello, “los tabúes morales y sociales lo mismo que los intereses y habilidades, modelan nuestras percepciones... Las diversas normas que hemos internalizado seleccionan y regulan lo que esperamos ver y lo que no debemos ver”.

## 1.4 El deseo de certeza y la necesidad de cambio

La esperanza de todo ser humano, es obtener el cumplimiento de sus anhelos e intereses para que los valores que animan su vida se realicen de manera efectiva, porque los percibe como justos e indispensables para su felicidad. En esta expectativa, busca en el orden jurídico la **certeza y la seguridad** para que esos valores y esa ilusión se regulen de un modo claro y definido, de manera que las personas sepan a qué atenerse y estén convencidas de que sus expectativas están garantizadas por unas reglas de juego válidas para todos. Así, la persona ve en el Derecho un **medio especial** que naciendo de las urgencias de la vida humana, sirve a los individuos para garantizar el cumplimiento de sus aspiraciones; mira al Derecho como un medio de imposición inexorable en beneficio de quienes lo crean y se someten al él voluntariamente.

El Derecho así percibido, es una respuesta de la colectividad que lo crea a las ansias de sus propios miembros para proteger su libertad y a su vez, alcanzar de ellos la cooperación indispensable para la coexistencia; por esta reciprocidad, se concluye que el derecho no es un fin de la sociedad, sino un medio para la convivencia.

El hombre necesita saber a qué atenerse, no sólo frente a los problemas de la naturaleza sino también ante los comportamientos de sus semejantes, por eso tiende a buscar la certeza de que ciertas relaciones y modos de actuar sean obligatorios y que exista el deber de cumplirlos; igualmente, procura tener la seguridad de que la norma será obedecida aunque para ello sea necesario imponerla con la fuerza.

La certeza y seguridad, como lógicos afanes de una convivencia correcta, no pueden sin embargo ser entendidas como valores que una vez alcanzados se tornen absolutos y permanentes, porque también es cierto que lo que es concebido como modelo de justicia apropiado para una sociedad, en un tiempo y en un lugar determinados, coexiste con otros modelos diferentes y lo que es más, comparte espacios con los anhelos de progreso y de cambio que también son inherentes a la vida en grupo que aspira mejora e innovación.

Por tanto, si por una parte el ser humano busca la estabilidad social bajo los principios de la certeza y seguridad, por otra, su misma condición personal y social perfectible, lo lleva a la exploración de mejoras y de nuevos modos de enfrentar o solucionar sus anhelos como una inclinación natural al cambio, al progreso constante que explica la evolución de los individuos y de los grupos porque si no fuera así, se propiciaría el estancamiento del hombre, el quietismo social, el aniquilamiento de la natural tendencia evolutiva de la especie; de lo dicho resulta entonces que los anhelos de certeza y seguridad son garantía de estabilidad relativa.

Los extremos, sea un orden rígido e inflexible o uno blando y permeable, serían peligrosos, pues harían del hombre y de las sociedades entidades fuera del tiempo: anclados en el pasado que anquilosa, o vagabundos anticipados del futuro que alucina, pero en cualquiera de los dos casos, anticuado o futuroológico, tanto el individuo como el grupo, serían seres anacrónicos, apartados de la realidad existente que es un **aquí y ahora** en el que están no para servir o rendir culto a **un ayer que pasó**, ni tampoco a **un mañana lejano que tal vez no vendrá**, sino para sentir y vivir con lo actual, con lo que realmente es, nutriéndose de lo fue y fortaleciéndose con la verdad social que experimenta ahora, planificar un futuro previsible.

Consecuentemente, si el deseo de certeza y el anhelo de seguridad, son tendencias imprescindibles y lógicas, su cumplimiento no se da en los extremos absolutos y siempre será bueno un margen de incertidumbre e inseguridad, como condiciones para que el orden jurídico se adapte

a los cambios de la realidad social y de ese modo pueda desplazarse, moverse o adaptarse, en búsqueda del ideal de justicia.

Esta posibilidad de mejoramiento hace posible el progreso de las instituciones; permite la adaptación a los cambios que la misma colectividad propone a través de las modalidades de vida que adopta con el tiempo; modalidades que son merecedoras de la respuesta que el Estado debe dar a través del ordenamiento jurídico, si es que con sinceridad ejerce la tutela de los intereses de los miembros de su colectividad.

## 1.5 El poder social y el hecho constituyente

El Derecho surge y se apoya en el fenómeno del poder social que es la realidad subyacente que lo hace nacer y que otorga sentido a su vigencia, lo que significa que el poder social es el hecho constituyente del ordenamiento jurídico.

Dada la naturaleza de este trabajo sobre medios alternativos de resolución de conflictos, no vamos a detallar el debate jurídico, político, sociológico y hasta psicológico en torno al concepto de **Poder** como capacidad real de influencia y decisión en el ordenamiento y la estructura social, ni podemos detenernos en la variada percepción que los individuos pueden tener sobre ese poder, sintiéndolo como bueno o malo, legítimo o ilegítimo, fuerte o débil, o apreciándolo como permisivo o autoritario, controlado por élites influyentes o por sistemas democráticos, pues para ubicar a los medios alternativos y valorarlos en su dimensión jurídica, es suficiente saber que el Derecho surge y se apoya en el poder social como circunstancia latente de la convivencia humana que provoca el surgimiento de una relación interindividual y colectiva que a su vez exige y presiona el nacimiento de una norma que la regule a fin de que las personas puedan aprovechar ese vínculo; regla que al corresponderse armónicamente con la relación que sistematiza será la base para que obtenga respeto, estabilidad y vigencia porque tal apreciación genera en la sociedad confianza y seguridad; pero cuando no existe esa correspondencia y la norma no es una respuesta válida del poder a la real urgencia social, la apreciación provoca dudas, temor y hasta miedo sobre ese hecho constituyente del ordenamiento jurídico imperante.

Vale anotar que por encima del poder social y del ordenamiento jurídico vigente, existe un conjunto de pautas éticas, de normas morales, en las que la sociedad se apoya para calificar los actos de ese mismo

poder y de la normatividad que crea, estimándolos positiva o negativamente según que acaten o contraríen los criterios de valor que subsisten en la colectividad. En consecuencia, los actos del poder dominante no siempre ni necesariamente han de ser evaluados como meritorios, virtuosos u honestos, pues también pueden ser todo lo contrario.

Sin embargo, por duro que esto resulte, la norma rige no en virtud de su justicia o de su bondad intrínseca, sino en razón del poder en que se apoya, lo que lleva a concluir que lo que otorga valor de justicia a una ley, lo que le da **JURIDICIDAD**, es su concordancia con los criterios éticos; pero lo que le confiere **REALIDAD**, imperio, vigencia efectiva, imposición inexorable, es el respaldo del poder social que la sostiene, el patrocinio de la opinión más fuerte; entendido este poder patrocinador no solamente como la influencia de un sector mayoritario legítimo de la comunidad para establecer la conducta y los modos de actuar de todo un pueblo, sino también, y lamentablemente, como el poder de unas minorías que mediante estrategias de cualquier índole, llegan a ejercer un imperio ilegítimo que lo imponen según sus intereses, lo cual permite comprender que una norma injusta, mala o inmoral exista y se imponga gracias poder que la apoya y no a su contenido.

Lo ideal sería que la Juridicidad y la Realidad se correspondan y esa es la misión principal del legislador quien, para dictar el Derecho Positivo debería conocer a fondo los dos valores a los que nos hemos referido a fin de que las garantías de certeza y seguridad de las cuales supuestamente es custodio, sean efectivas.

## 1.6 La acción del poder social en la transformación del derecho

El poder social que constituye al Derecho y consecuentemente al Estado, no se presenta únicamente en el nacimiento de cada uno de ellos, pues para que lo nacido sobreviva y permanezca es indispensable que ese poder lo siga apoyando. Cuando el hecho constituyente falta, o pierde poder, el ordenamiento jurídico se torna débil y puede derrumbarse, dando paso a la anarquía o a la presencia de un nuevo hecho social que será capaz de provocar la sustitución del ordenamiento jurídico anterior y, por lo tanto, apto para auspiciar el comienzo de un nuevo orden de cosas.

El fenómeno efectivo de poder en el que se apoya el ordenamiento jurídico, es un fenómeno social real que resulta de las conductas de

los asociados; es una dirección unitaria de comportamientos, a pesar de la diversidad y aún de las opiniones contrarias que las personas puedan tener; no es una especie de alma colectiva que anima el espíritu comunitario sino una realidad predominante y objetiva, un modo de ser y de hacer verificable que será el cimiento de lo jurídico, pero que además señalará unos marcos de referencia dentro de los cuales se ha de desenvolver lo creado para que pueda innovarse, mejorar y adaptarse a las situaciones que se vayan generando en la vida social.

Esto explica el dinamismo del poder y del Derecho que siempre estará atento a las transformaciones, variaciones o cambios del fenómeno social en el que se apoya para responder con oportunidad a las urgencias y demandas de la colectividad a la que se debe. Explica la evolución del Derecho que, desde luego, no se transforma con la misma velocidad con la que lo hacen los fenómenos sociales, cuya consolidación el Derecho espera, para tomarla como base de un cambio o de una modificación en el ordenamiento jurídico o institucional.

Los hechos sociales en su evolución, en sus cambios o variaciones, jerarquizan los intereses y los derechos de manera espontánea, separando aquellos que merecen protección de los que no la necesitan. Más aún, a los intereses que decide proteger, los coloca en una escala de prioridades, buscando no solamente armonizar los aparentemente opuestos, sino señalando los límites dentro de los cuales habrán de merecer su protección. El legislador, que está obligado a interpretar estos fenómenos sociales para elevarlos a la categoría de leyes, no puede actuar arbitrariamente, sino con la suficiente capacidad discrecional, dentro de los lineamientos o marcos que los hechos colectivos establecen para cada caso.

Los factores que influyen en las circunstancias sociales constituyentes de lo jurídico, suelen ser los siguientes:

1. La abundancia o escasez de medios para la satisfacción de intereses;
2. La idea que prime en la colectividad sobre los conceptos de lo justo, lo decente y lo honesto;
3. La influencia que sobre esos conceptos tenga los sentimientos religiosos de un pueblo;
4. La acción o influencia que las tradiciones o costumbres ejerzan sobre esas mismas ideas;

5. La intensidad con la que se perciban los anhelos de progreso, cambio o transformación, frente a los de conservación y permanencia;
6. La intensidad de los peligros, reales o imaginarios, que la gente piense que los amenaza y de lo que esté dispuesta a sacrificar, o renunciar, para su eventual defensa;
7. De la influencia que las clases sociales tengan sobre el tratamiento del problema, o sobre los sectores afectados; y,
8. Del peso o credibilidad que hayan alcanzado las pautas o modelos colectivos de comportamiento que se hayan creado para la solución de los problemas.

Todos estos factores influyen en los usos, costumbres y prácticas sociales que se enraízan en una colectividad, llegando a constituir el modo de ser global de ella, su estilo propio, lo que se podría llamar su perfil psicológico y moral. Todo este conjunto de formas de comportamiento hace que un pueblo sea diferente de otro.

Estos estilos y hábitos colectivos van desde el simple trato a la gente con las reglas de respeto, cortesía y urbanidad en los actos más corrientes de la vida en común, hasta las normas de trascendental importancia que se erigen con la categoría de **deberes** o de preceptos de obligatorio cumplimiento para otras conductas. A los usos y costumbres más generales, se les da el nombre de "**Folkways**", y a los que han alcanzado la categoría de norma obligatoria se los llama "**Mores**", porque son costumbres, usos o modos de actuar que se vinculan con los conceptos morales de bondad o maldad y son lo que la sociedad "espera" de sus miembros, es decir, se los enlaza con "**el deber ser**" de un comportamiento. La transgresión a la *more*, atenta contra la sociedad, contra su estabilidad, contra su integridad y exige ser sancionada con la imposición de una pena; el incumplimiento de un *folkway*, no revista tanta gravedad.

El mismo poder social en su desenvolvimiento ha ido creando y estableciendo los mecanismos procesales para señalar quién, cómo y cuándo deba juzgar y sancionar los comportamientos atentatorios, diferenciando el campo del derecho sustantivo y el del adjetivo, pero procurando que sea la razón la que se imponga sobre la fuerza para que la Ley y la autoridad pública sean las que se encarguen del asunto. Todo ello tiene una larga evolución histórica en la que se pueden distinguir las siguientes etapas:

- La de la Venganza privada;
- La de la Ley del Talión;
- La de la composición-compensación, o estipulación Wergeld.
- La de transacción con autoridad mediadora
- La de decisión de autoridad judicial; y,
- La del Derecho Justo, o Igualdad ante la Ley.

En cada una de estas épocas históricas existen diferentes modos de reclamar con un conjunto de normas procesales que deben cumplir los reclamantes para hacer valer sus derechos. En esas etapas van apareciendo los requisitos formales, las solemnidades que indispensablemente se habrán de seguir para presentar las peticiones, demostrar las pretensiones y alcanzar una decisión.



# Capítulo 2

---

## El ordenamiento social litigioso

---

### 2.1 La cultura del conflicto

Sin lugar a dudas, hasta antes del siglo XX la humanidad hacía cambios en su estructura y organización de manera lenta y paulatina. Las instituciones sociales, sin mayor prisa, se adaptaban a las condiciones y circunstancias que iban apareciendo con perezosa parsimonia; parecía que el tiempo transcurría más despacio y se afrontaban los problemas con prudente calma.

Pero en la época actual, con todos los progresos de la ciencia y de la técnica, se vive con velocidades de vértigo y las exigencias de transformación y de adaptación son de tal índole que no hay riesgo en afirmar, que si antes se asistía al cambio de la instituciones, hoy se vive la institucionalización del cambio; ahora se siente la presión de la urgencia, de la prontitud y todo ello, en un ambiente de competencia y de rivalidad.

Estamos constantemente asistiendo a diversas formas de confrontación: desde aquellas que buscan el cambio del sistema social que consideran fracasado en todos los órdenes para reemplazarlo en su integridad, hasta esas otras que aspiran innovaciones dentro del mismo sistema para acoplarlo a las nuevas exigencias en un proceso dinámico de modernización.

El proceso revolucionario de cambio del sistema, con todos los comportamientos que implica, tanto para quienes se adhieran a la teoría que lo impulse, como para los que la combatan, es un proceso interesante de análisis psicológico y sociológico que ha suscitado estudios sobre las complejas conductas revolucionarias y contrarrevolucionarias. Aquí nos interesa la forma de confrontación que surge para obtener cambios dentro del mismo sistema con el afán de mejorarlo y, más concretamente, el que propone novedosos comportamientos que tienen que ver con el sistema judicial y la aplicación de las Leyes que nos están rigiendo y que es preciso remozarlas porque muchas vienen desde mucho antes; tal confrontación la tomamos como sinónimo de conflicto, de litigio, de controversia, de cultura “adversarial”, si es que se nos permite el uso del término como neologismo.

El sistema judicial que nos rige es parte principal de esta Cultura de Conflicto y nos conduce a la confrontación en la que hasta el régimen de universitario en el área del Derecho nos prepara para la contienda, nos organiza para ser Abogados de éxito y nos arma para ganar los pleitos que nos confían los clientes. Nos convence de que cualquier dificultad debe ser resuelta ante los Jueces y Tribunales de Justicia en una batalla jurídica para hacer que prevalezca la posición de cada litigante y hasta la de cada abogado patrocinador que involucra en la discusión su propio prestigio profesional y espera que el Juez vea las cosas como él las ve, para que declare la razón que le asiste frente a la equivocación del adversario; busca que acepte sus argumentos y deseche los del otro; que absuelva al uno y condene al otro y que lo haga, en gracia a los llamados “méritos del proceso”, que no siempre son los méritos de la Verdad.

El esquema de esta cultura conflictiva se expresa en la fórmula “**YO GANO... TU PIERDES**”, como un juego para el que no solamente se entrena a los profesionales del Derecho que hacen del conflicto la materia prima de su trabajo, sino que es una competición que se ha establecido en todos los órdenes de la actividad social como un modo de vida pues se ha hecho de la confrontación, un estilo; de la emulación, un modo de subsistir; de la agresión, una conducta diaria; de la crítica acerba, rigurosa y cruel, una condición de inteligencia. La cultura del conflicto, en el valor etimológico del término, rinde culto al éxito victorioso, al triunfo aplastante, hace pleitesía al vencedor que arrolla y deja tirados en el camino a los vencidos, de los que no se vuelve a ocupar.

En la mayor parte del mundo actual, “cuyos dos polos sociales –dice Pedro Laín Entralgo- van siendo la aventura del viaje cósmico

y la rutina impersonal del hormiguero”, se vive una cultura de masas con estructuras injustas que han creado dependencias egoístas movidas por el triunfalismo competitivo y las ansias de poder y de dominio: civilización de conflicto, de rivalidad, de litigio, de competencia desleal: ¡Yo gano,... tú pierdes!

## 2.2 Las causas de los conflictos

Los conflictos en el terreno de las relaciones interpersonales con posible derivación jurídica, pueden suscitarse por varias causas, de las que señalaremos los principales:

**a). Por los principios o valores discutidos:** se refiere a preceptos abstractos, a las creencias o reglas morales, a las ideologías o al prestigio personal, adoptadas como modelos o pautas de conducta que, en muchas ocasiones, tienen más importancia que los bienes materiales y hasta que la vida misma, pues son valores que las personas estiman en alto grado y que no están dispuestas a dejar, ceder o transigir. Son valores que pueden ser vividos exclusivamente por la persona que se halla en situación conflictiva y también por otros extraños al individuo sujeto del problema o ajenos al problema mismo, pero que sin embargo, comparten los mismos valores y principios que estarían dispuestos a defenderlos de modo similar, o por lo menos a hacer escuchar su opinión y su respaldo.

Estas pautas o valores conductuales pueden tener diferente importancia según si estuvieron antes de la situación conflictiva que vino a amenazarlos o vulnerarlos, o si se los exhibe luego de haber aparecido el problema; en el primer caso, la dificultad se fundamenta en los valores menoscabados o infringidos y, en consecuencia, puede originar posiciones más firmes, honestas, sinceras, drásticas o radicales con las que se insiste en la creencia; en el segundo, cuando el problema estuvo antes que los valores que se alegan, es posible que la defensa de los principios sea un pretexto o una coartada para justificar actitudes que no son realmente sentidas.

**b). Los bienes materiales en discusión:** existen cosas que en sí mismas tienen un valor que puede ser cuantificado y otras a las que se les otorga un valor afectivo. El conflicto surgirá cuando esos bienes estén en peligro de perderse, cuando la posesión y goce de ellos sea perturbado y se lo discute; o cuando el valor que significan tales bienes es anhelado por alguien que no los posee y es capaz de luchar para tenerlos. El mediador, en estos casos tiene que descubrir si el interés

en el bien o en el valor que tiene, es real, o si el bien solamente es un símbolo de otro anhelo, o es un capricho o reflejo de otro interés subyacente.

**c). El espacio personal o del grupo, discutido:** toda persona percibe que con sus actos, con su profesión, con su trabajo, con sus negocios, etc., se ha abierto o ganado un espacio en la sociedad que lo siente como propio. Esta apreciación no solamente es psicológica, sino que también puede ser física cuando la persona se desenvuelve en un territorio que ha logrado captar como campo de sus actividades o que le ha sido asignado para que en él realice algo. Estos espacios psicológicos o físicos forman parte de la vida de una persona hasta el punto que no se reconocería a sí misma en caso de perderlos, porque ese “posicionamiento espacial” le ha dado un status para el que ha configurado un estilo de vida individual en concordancia con ese escenario; por eso cuando ve su espacio en peligro, o simplemente cree que puede perderlo, lo defiende y se aferra a él adoptando comportamientos que le pueden llevar a situaciones de conflicto.

Los grupos también son capaces de identificar espacios como suyos y de creer que ningún otro tiene derecho a intervenir u opinar sobre esas zonas, reaccionando, a veces con violencia, cuando perciben una forma de invasión del campo que estiman como exclusivo de su actividad y sienten el peligro de perder la influencia que sobre él mantienen y que, en ocasiones, es la razón de su propia existencia.

Cuando ha surgido un conflicto por situaciones de esta naturaleza es común que no se presente el verdadero interés con claridad y que se busquen rodeos al tema: argumentos triviales, exigencia de exagerados formalismos, opiniones que se dicen como si fueran de otros para reforzar los propios criterios; se inventan circunstancias, se forjan situaciones imaginarias, etc., procurando conducir la opinión; en definitiva, se opone resistencia tratando de no hacer caer en cuenta la propia inseguridad de fondo que es el miedo o recelo a perder el espacio o la posición.

**d). Las relaciones interpersonales e intergrupales como causa de conflicto:** El hombre es por naturaleza un ser social y no se podría concebir su existencia fuera de la sociedad. En ese medio que le es natural, el individuo hace varias relaciones vinculándose con los demás por distintos grados de afectos y mediante diversas formas de comunicación. Estas conexiones pueden verse en peligro o riesgo de resquebrajarse y en consecuencia, de generar conflictos gracias a tres circunstancias:

e). **Diferencias de poder en la relación** cuando en los vínculos humanos se producen diferencias muy notables de poder, se crean situaciones de conflicto puesto que se observa cómo el fuerte domina al débil. La prepotencia del uno genera la resistencia del otro; los afanes impositivos del uno, ofenden al otro provocando que en una situación con estructuras de poder muy dispares, se vuelva difícil una negociación porque el obstáculo no es fácil superar. Pero esto no se da únicamente en las relaciones interindividuales, sino en las de clase cuando real o supuestamente se enfrentan ricos y pobres, patronos y obreros, empleados y empleadores, opresores y oprimidos, lo que hace dificultosa la armonía social, pues los antagonismos en ocasiones se vuelven insuperables por el “posicionamiento” y las actitudes que asumen los extremos, no tanto por la conciencia de cada clase en sí misma, sino por el caudillaje que asumen los portavoces de cada una de ellas.

f). **Las expectativas de la relación:** Se afirma que las relaciones entre las personas son una forma de contrato psicológico tácito en el que cada una espera de la otra un comportamiento y confía que lo que espera se cumplirá porque siente que no puede ser de otra manera. La confianza mutua es indispensable en las relaciones sociales y por lo mismo, cualquier situación que la altere, puede ser causa de conflictos según el incumplimiento de ese pacto tácito. Obviamente que esas alteraciones serán percibidas y sentidas por el grado mayor o menor de la expectativa. La mentira, por ejemplo, puede ser valorada de diversa forma, sea en relación con la naturaleza de la verdad alterada, o en proporción con la persona que la dice, porque a veces no importa tanto la mentira en sí misma, sino quien la dijo, por ello la frustración puede ser grave si lo que se esperó de una persona resultó completamente lo opuesto pudiendo de esta manera generar “posicionamientos” que difíciles de superar, salvo que se estableciere entre los individuos una nueva relación psicológica.

Lo dicho es válido también para las relaciones de grupo o de clase, pues la desconfianza entre los que tienen el poder y los que no lo poseen, entre los que se sienten más y los que se creen menos, puede llegar a situaciones de enfrentamiento, no así cuando las organizaciones se confían mutuamente, se respetan y colaboran.

g). **El choque de personalidades** es el que puede darse por mecanismos de atracción o de repulsión. El primer caso ocurre cuando entre personas francamente afines hay temor a que esa aproximación mutua prospere, porque cada una siente miedo a un posible rival, o porque una persona ve en la otra el reflejo de los defectos propios y

la cercanía podría resultar una acusación permanente que es preferible evitar. El segundo caso, por repulsión, se produce cuando las maneras de ser de las personas son incompatibles y la antipatía es el sentimiento mutuo que impulsa al rechazo recíproco. No sería de extrañar que en los choques de personalidades que hemos indicado, sea por atracción o por repulsión, lo que verdaderamente se tema sea la rivalidad, pero en cualquier caso, habrá necesidad de afrontar la situación con objetividad y reconocer que las personas existen y están ahí con su realidad conflictiva que no desaparece tratando de evitarse, todo lo contrario; admitida la existencia del problema se buscará el origen de la desavenencia, que bien puede estar en las falsas percepciones personales.

Igual cosa se aplica a los choques de grupo o de clase, cuando están movidos por “posicionamientos” ideológicos contrarios en los que cada cual se siente dueño de la verdad y se cree facultado para denigrar al contrario. El “posicionamiento” ideológico grupal que no acepta las razones o motivos de los que piensan diferente es una forma de fundamentalismo colectivo que ha sido causa de disturbios, de luchas, de persecuciones, de revoluciones y de guerras porque el sentimiento grupal no es un tema fácil, todo lo contrario, por El clima de respeto y tolerancia, es la gran aspiración por la que es necesario trabajar, creando una cultura de diálogo.

### 2.3 Las fases de los conflictos

No se puede establecer con absoluta diferenciación y claridad los momentos y grados por los que pasa el conflicto de índole jurídico, sin embargo, únicamente con fines pedagógicos es posible hablar de la existencia de cinco etapas:

1. La del conflicto latente es una fase previa que se produce por cualquiera de las causas que indicamos en el apartado anterior y en la que poco a poco se alimenta el desacuerdo; esta fase no tiene una duración clara, puede ser instantánea o durar años, sobre todo si se trata de una estructura conflictiva que se impone.
2. La de iniciación se produce cuando algún factor desencadenante se presenta y hace que se manifieste aquello que estuvo latente.
3. La de búsqueda de equilibrio ocurre cuando una vez presentado el litigio se trata de restablecerlo usando mecanismos de poder para imponer lo que alguien cree que es la solución y entonces

se recurre a amenazas, a presiones y posiblemente a proponer un juicio para que sea la sentencia de un juez la que se imponga y con su mandato ejercer la fuerza para imponer el derecho de uno, lo cual no es un verdadero equilibrio.

4. Como en el estado anterior no se ha reencontrado el orden alterado, el conflicto entra en un proceso de maduración en el que cada parte conoce algunos mecanismos, estrategias y aspiraciones de la otra para la solución y se recelan mutuamente, estado en el que son frecuentes los enojos que conducen a tensiones cuya necesidad de superar es sentida pero nadie quiere dar el primer paso puesto que cada parte cree conocer el campo de batalla y está convencida de su victoria final, aunque para ello deba hacer concesiones actuales.
5. Los ajustes y concesiones que se hacen en el afán de construir una solución a la propia medida, son como parches provisionales y simplemente hacen de subterfugios, pero el conflicto crece y desencadena circunstancias que exigen nuevas y definitivas soluciones.

Todo esto es un ciclo, pues se puede volver a la fase inicial y comenzar un nuevo proceso; lo que nos recuerda la Ley del CORSI E RECORSI (flujo y reflujo) de la que hablaba Juan Bautista Vico repitiendo lo insinuado por Ibn Khaldun en su *Teoría Cíclica de la Evolución*, sugiriendo que los hombres y los pueblos viven un mundo histórico en el que tratan de construir algo nuevo fluyendo desde lo necesario a lo útil, de ahí a lo cómodo y lo agradable, para llegar finalmente a la ostentación perniciosa que será su ruina lo que provocará el reflujo para volver a empezar.

## 2.4 Características generales de los conflictos

Conflicto es toda oposición de intereses, pretensiones o derechos, que coloca a las partes en situaciones difíciles, en muchas ocasiones angustiosas, por no encontrar la salida adecuada; por lo mismo, tiene un enorme componente psicológico que lo vincula con la pasión o con la carga emocional de cada individuo porque es un hecho que altera la tranquilidad individual y la paz social, se sale de las pautas comunes de la conducta personal o de la convivencia y por tanto requiere de reencauzamiento para volver a la normalidad.

Los conflictos no siempre se originan en desvíos de lo establecido, pues también surgen de otras motivaciones como de la insatisfacción con lo instituido, o del convencimiento de la necesidad de cambiar aquello que se resiste a la transformación impidiendo por conveniencia de pocos que vengan nuevas formas de actuar; y, por fin asoman como una rebeldía contra lo que habiendo caído en obsolescencia, sin embargo permanece como barrera entorpeciendo y creando dificultades para el cambio.

El conflicto, tenga el origen que fuere, hace que las personas que lo viven asuman **posiciones** y busquen argumentos que respalden la conducta que han decidido adoptar frente a él y presentarlos como justificativos de la lucha que cada una defiende, pero el verdadero interés quedará oculto o camuflado en el discurso diseñado para la exposición del tema. Desde ese “**posicionamiento**” pueden observarse ciertas características generales del proceder jurídico litigioso, a saber:

- a. **Existencia de un frente interno:** es decir, la postura que cada parte asume frente al problema desde su ego y la conducta particular que está decidida a adoptar ante el conflicto. El convencimiento de que está asistida por la razón es posible que le lleve a asumir una posición triunfalista, irreductible, segura de vencer; o podría ser lo contrario en el caso de que las razones sean percibidas como insuficientes o inválidas, lo cual puede conducir a que se tenga la postura del derrotado que presiente que va a perder. El equilibrio entre los extremos, triunfal el uno y vencido el otro, surge cuando la actitud asumida se fundamenta en un análisis objetivo de los pro y contras de la situación y se muestra abierta al diálogo, a la confrontación de argumentos e intereses.
- b. **Reconocimiento del motivo del conflicto:** se refiere al conocimiento que cada parte tiene sobre la controversia, la verdad de ella y los reales motivos de la discusión. Es decir el reconocimiento de los intereses que promueven el conflicto, que lo originan y lo impulsan.
- c. **La relación entre las partes:** O sea, el conocimiento que se tengan entre sí las partes como personas, esto es en cuanto a las relaciones de afecto o desafecto, de simpatía, antipatía o de indiferencia que mantengan y de la disposición de cada una para conservarlas, mejorarlas o terminarlas.



- d. **La necesidad de una solución:** se refiere a la urgencia y sinceridad con la que cada parte sienta la necesidad de una solución y a lo que estén dispuestas a hacer para lograrlo.
- e. **La credibilidad en la solución:** Quiere decir el grado de certeza y seguridad que cada parte tiene en la posible solución, no sólo desde su individualidad, sino también desde la confianza que le merezca la parte contraria, para lo cual son indispensables los niveles de libertad y autoridad con que se concurra a la búsqueda de la solución.

## 2.5 La desconfianza en el sistema judicial

La solución de los conflictos que se busca en el sistema judicial consiste en entregar la controversia a un tercero autorizado por la Ley, llamado Juez, para que la resuelva siguiendo un esquema, aparentemente simple, que comienza por la postulación, sigue por la etapa probatoria y concluye en la de resolución.

Pero cada una de estas fases exige una serie de requisitos y detalles tanto para la presentación del caso ante el Juez, cuya competencia se determinará previamente por razón de la materia controvertida, por el territorio y hasta por la condición de las personas que litigan; cuanto para la exposición de la réplica que hará la otra parte; tiene exigencias para la demostración o práctica de las pruebas y para la evaluación de ellas; y, finalmente, también obliga a cumplir con condiciones y requerimientos para la emisión de la sentencia y para las apelaciones o recursos sobre ella.

El formalismo en el que todas estas fases se desenvuelven complica las cosas con los guiones procesales, con la tecnificación de los sistemas, el rigor de los esquemas adjetivos y hasta con el lenguaje especializado de la rama del Derecho que debe usarse para cada caso particular. Otros temas como el del tiempo oportuno, el de los plazos y los términos; el de la hora judicial y el día hábil; o aquellos sobre las excepciones, las diligencias previas, las citaciones, las notificaciones, la prueba, el testimonio, etc., forman un conjunto atentatorio contra la celeridad, la eficiencia y la oportunidad de los procedimientos judiciales, que ha provocado una verdadera crisis en el sistema.

La lentitud que caracteriza a los trámites, venga del excesivo formalismo de los procedimientos; o de la acumulación de causas en los juzgados y tribunales por la desproporción entre las que entran para

ser tramitadas y las que se despachan; o provenga de los incidentes que se crean para demorar los procesos, de las apelaciones, de los recursos, o de cualquier otra razón, es una demora que se traduce en injusticia y, por lo mismo, en desconfianza.

Si a esta desconfianza se suma el desconcierto que nace de las formas de corrupción que se observa en el comportamiento de algunos jueces, empleados subalternos y en el de los propios abogados que corrompen, el asunto se vuelve grave presentándose como una auténtica crisis de inseguridad y hasta de desesperanza, porque llega al extremo en el que hasta la rectificación del sistema judicial se presenta como improbable por las trabas que se ponen para ello, por la falta de decisión y de apoyo institucional y legislativo para hacerlo.

Por eso, en la propia colectividad que siente con angustia la desconfianza en el sistema judicial, surgen propuestas para encontrar nuevas formas de solución a los conflictos; formas que atiendan con eficacia los intereses que en una disputa se ponen juego, de modo que algunos agravios y controversias puedan arreglarse en instancias diferentes a las tediosas de un proceso judicial, el cual quedará solamente para aquellos casos en los que por su importancia o por los intereses protegidos en peligro, deba ser el Estado el que acuda a ponerlos fin.

# Capítulo 3

---

## Hacia una cultura de dialogo

---

### 3.1 Visión positiva del conflicto

La importancia el tratamiento del conflicto hace que en los últimos años se busque afanosamente elaborar una **TEORÍA GENERAL** que abarque los distintos niveles, estratos y áreas en los que se presenta. Si de hecho se dan problemas psicológicos, económicos, familiares, laborales, políticos, jurídicos, etc., el estudio de la estática y dinámica de ese fenómeno necesariamente tendrá que ser de carácter multidisciplinario mediante un examen que vea al conflicto como un AGENTE DE CAMBIO, como una crisis que siendo angustiosa, es INDISPENSABLE, porque nos determina a encontrar su remedio y será un análisis que entienda al conflicto como un hecho que NO es necesariamente malo, o fatalmente negativo, sino que puede ser un gran ESTÍMULO para la creatividad y consecuentemente para el progreso.

Ahora, dados los avances técnicos de la humanidad en el siglo XX, teniendo en cuenta la velocidad con la que actualmente se vive y analizando ese sufrimiento individual y colectivo del hombre contemporáneo que “*ya no se muere de infecciones, pero se muere de disgustos*”, como afirmaba Emilio Mira y López, se percibe la urgencia de buscar un remedio, una solución para los traumas que provoca la cultura del conflicto.

Pedro Laín Entralgo, sintetizando los conceptos que los grandes investigadores sociales han hecho en sus respectivos tratados y agregando su propia opinión, dice: “*La vida social es OBLIGACIÓN (Emilio Durkheim), IMITACIÓN (Gabriel Tarde), y más ampliamente, RELACIÓN INTERINDIVIDUAL (Simmel von Wiese), pero también, dentro de este contexto, RIVALIDAD”.*

Estas características no se distribuyen, como es obvio, matemáticamente en porcentajes iguales, pero es lo cierto que toda sociedad o grupo humano las presentará, apreciando a cada una de ellas en más o en menos, en relación con las personas que lo integran.

El hombre, animal político como decía Aristóteles, tiene como medio natural para su existencia a la sociedad, sin la cual ni siquiera sería posible concebirlo y peor entenderlo pues en ese hábitat se interrelaciona con los demás, se comunica, aprende y crea, en una palabra: VIVE.

Vivir, es luchar por mantenerse; es enfrentarse con las propias aspiraciones e intereses y también con los del prójimo. Vivir, es un esfuerzo del hombre por ser *agente, autor y actor de sí mismo*, y todavía más cuando una sociedad de masas como la actual, amenaza con despersonalizarlo, diluyendo su valor individual en el anonimato de las multitudes mediante la descomposición de su unidad entre las virtudes conceptuales de un equipo hipotético con el que la *organización* aspira reemplazarlo. En este peligroso escenario el hombre desarrolla su propio drama no siempre convencido de que debe triunfar, pues en frecuentes ocasiones prefiere huir de los retos sociales, asumiendo posiciones románticas, casi bohemias y se aísla, se incomunica, se recoge en su soledad; en otras circunstancias, también asiduas, opta por rechazar el medio social, tomando una postura intelectualista de crítica acerba, despreciativa, para justificar su alejamiento del contorno con el afán de situarse por encima de esa realidad. Pero en cualquiera de esas formas equivocadas, el hombre huye sin dar batalla, sin luchar, sin proponer soluciones de cambio, lo que significa que sin aceptar el desafío permanente de la vida, el individuo se escapa de lo social por cualquiera de esos caminos convirtiéndose en un ser supuestamente *antisocial*.

También hay sujetos que vuelcan sus afanes en lo colectivo hasta el punto de alienarse por lo social, desnaturalizando al hombre en su valor individual restando toda importancia a la persona, y preconizando la reivindicación de la especie. Bueno es recordar en este punto, la sentencia de Laín Entralgo: “*El utopista comunitario, desconoce la índole de la intimidad humana; el eremita antisocial olvida, por su parte, que hasta para ser antisocial, hace falta la sociedad*”.

El hombre que afronta los retos, que se inquieta con sinceridad por lo que le rodea; el hombre que entiende el conflicto y la rivalidad como consustanciales a la existencia y al desenvolvimiento social, siente el desafío permanente de vivir asumiéndolo con entereza para alcanzar su propia liberación, su dignidad humana y es creativo, inventa y sueña nuevas formas de ser y de actuar porque ama su libertad y la defiende, humaniza la ciencia y la tecnología como *medios* a su servicio, sin reconocer ni someterse a la esclavización y tiranía de ciertos instrumentos cuyo uso engendra dependencias y debilita las relaciones sociales.

En la búsqueda de esa síntesis armoniosa, el hombre mira al conflicto como una fuente de inspiración, como un impulso creador para encontrar mejores estructuras sociales, más justas y dinámicas que respeten las funciones y necesidades del ser humano como individuo y como ser universal y den a la cultura y a la tecnología el auténtico papel de servidoras, de medios beneficiosos para hacer más digna y llevadera la existencia.

El conflicto positivamente visto y enfrentado impulsa a forjar nuevos sistemas donde el individuo, la especie humana y la civilización tengan espacio para expresarse con autenticidad y plenitud en un ambiente de respeto, de concordia y de paz, en un contexto de satisfacción y de gozo por lo que se piensa, se dice o se hace, con móviles honestos, con estilos transparentes y libres, para hacer del conflicto una herramienta positiva y fecunda para la relación social, sin los egoísmos que subyugan esclavizando al propio individuo.

En el caso del sistema judicial, que ha sido capaz de provocar desconfianza por la serie de factores que van desde su lentitud hasta la corrupción, o desde las formas caducas que se mantienen entorpeciendo el régimen procesal hasta la carencia de voluntad política para cambiarlo, podemos afirmar que en sí mismo ha llegado a madurar como las pústulas y está reventando en conflictos agudos igual que un dolor social intenso e irresistible, dejándose ver como una crisis que es urgente sanar en su integridad.

La colectividad percibe al sistema judicial como ineficaz y le va retirando su confianza porque lo ve inseguro e inestable lo que provoca la pérdida de fe en él y la exigencia, cada vez más fuerte, de su modernización y cambio. La crisis del procedimiento contencioso es un problema que está afectando a la vida cotidiana por lo que la misma comunidad se empeña en buscar soluciones que reencaucen la situación porque anhela volver a la normalidad, a la convivencia social en paz, con armonía y equilibrio.

## 3.2 Búsqueda de soluciones al conflicto

Si al conflicto le hemos de ver positivamente, es obvio que frente a él no es posible el estancamiento sino la búsqueda de soluciones que restablezcan la paz interior con eficiencia, con sentido vital para lo cual es necesario saber que el conflicto puede ser observado desde varios ángulos:

- *Primero*: desde la perspectiva de ser un factor o agente de cambio que motiva a abandonar el “quietismo” indiferente o de huida, e impulsa hacia la creatividad y el progreso;
- *Segundo*: desde el hecho de que el conflicto, como cualquier otra crisis, necesita madurar para manifestarse en su verdadera dimensión y permitir la toma de decisiones oportunas que abarquen la integridad del fenómeno; y,
- *Tercero*: desde el convencimiento de que el conflicto es necesario para valorar la verdad.

Con el examen a partir de cualquiera de los puntos indicados, se supera lo que podría interpretarse **objetivamente**, como una desgracia, por haber perdido o estar en peligro de perderse, los dones recibidos, o realizados; o **subjetivamente**, como un estado de infelicidad por haber perdido o estar en peligro de perderse, la fe, la confianza, la autoestima personal o la íntima seguridad.

## 3.3 Papel de la autoconciencia, de la razón y de la imaginación

Superada cualquier falsa interpretación desorientadora, toca enfrentar los problemas con autenticidad, para lo cual es necesario poner en juego la **AUTOCONCIENCIA, LA RAZÓN y la IMAGINACIÓN** que son las cualidades que hicieron y hacen del hombre un ser cuya vida trasciende a lo que le rodea.

La VIDA adquiere sentido en el hombre que es consciente de sí mismo, que sabe de su propia importancia, de su desvalimiento y que conoce las limitaciones de su existencia, incluyendo su misma muerte. Esta condición es la que obliga a la persona a buscar permanentemente “*vivir su propia vida*”, realizarse en el medio y en el tiempo en los que le tocó existir y que le son accidentales. Esa ansia de vivir

hace del hombre el único ser para el que su existencia se plantea como un problema que tiene que resolver y que no puede soslayarlo, pues habiendo asomado al mundo biológicamente desvalido, tiene el reto de desarrollar la potencialidad racional que trae, hasta hacerse dueño de la naturaleza y, sobre todo, dueño de sí mismo.

El hombre es el único animal que puede decir “YO”; los demás ni siquiera necesitan un sentimiento de identidad porque están inmersos en el ecosistema sin trascenderlo. El hombre en cambio, dotado de razón y de imaginación, razona y toma decisiones para lo que tiene que sentirse a sí mismo como sujeto generador de sus propias acciones; esta urgencia es tan importante vital e imperativa que el hombre no podría estar sano si no encontrara un modo de satisfacer esa exigencia, para lo cual tiene que salir de los vínculos primarios que lo ligan con la madre y con la naturaleza a fin de trascenderse y diferenciarse de lo que le rodea, procurando ser él mismo, dueño de sus actos diferente y único, para lo cual tiene que concebir el mundo exterior como algo separado e independiente de él y por ello accidental, pero en lo que se desenvuelve y en lo que puede dejar o imprimir su huella personal.

La felicidad del hombre no está en la satisfacción de sus exigencias instintivas, orgánicas, o de sus premuras sociales, sino en la satisfacción de sus necesidades de **INDIVIDUACIÓN**, que ocurre cuando el hombre es capaz de unir el valor de lo que piensa y siente, con la importancia de lo que hace; esto es, cuando ha sido capaz de establecer la **ARMONÍA** entre su vocación y su acción, pue solo cuando en el ser humano existe equilibrio entre el **SER NATURAL** (biológico) que **ES**, y el **SER CULTURAL** (experimental), que también **ES**, se produce la auténtica satisfacción personal que le lleva a encontrar la felicidad.

Esta necesidad de individuación y de autoconciencia, en muchas ocasiones pasa desapercibida, las personas no la afrontan con la entereza y energía con que deberían hacerlo, prefiriendo en la mayor parte de las veces, huir del desafío acomodando su intimidad al medio, a través de falsos ajustes de la personalidad, los que se desarrollan entre dos caminos de acoplamiento: el de la **sumisión** y el del **ansia de poder**.

Por el primer camino, el de la sumisión, la persona tiende a someterse a otra, a un grupo o a una institución por la necesidad de llegar a ser parte de alguien, para sentirse importante o más grande, siendo admitido como un “*prójimo normal*” dentro de una corriente que anhela, envidia y hasta rechaza íntimamente, pero que cree indispensable para estar “*a tono con el tiempo*”. Así, el sentimiento de identidad o necesidad de autoconciencia se escabulle haciéndolo descansar en los

otros, en la muchedumbre con cuya uniformidad se conforma. De esta forma, la sumisión resulta un substitutivo cómodo de la necesidad de identificación, cuyo desafío se evade haciéndola coincidir con situaciones o estados ajenos que los asume como propios. Se podría afirmar que la persona que se somete “*ha colgado guantes*”, arrastrada por la corriente del grupo, por la moda o del esnobismo y ha preferido abandonar la íntima satisfacción de sentirse a sí mismo, para instalarse en la pereza conformista que le convierte en un ser anónimo entre mucha gente.

Por el segundo camino, el del ansia de poder, el hombre va en busca de dominio, de autoridad, de influencia para unirse con el mundo y dominarlo; quiere armonizar con el entorno adquiriendo sobre él una suerte de mando, de imperio a cualquier costa, aunque sea pisoteando todo lo que le rodea, adquiriendo secuaces, esbirros y corifeos que lo ensalcen, que lo mimen, lo alaben y lo hagan sentir respetable; utilizando o despreciando a las personas a su capricho, para demostrar su poderío en las más diversas formas porque necesitan rodearse de fama, de prestigio, así sea por el miedo o recelo que produzcan sus comportamientos coincidentes, muchas veces, con la de los prepotentes, los caudillos, los “*mareados por el poder*” ya sea económico, político o social, por la reputación intelectual o artística, por el liderazgo sindicalista o gremial, etc.

Pero, por cualquiera de los dos caminos, sumisión o ansia de poder, no se llega a obtener identidad, integridad y libertad, sino –lo que es peor-, se las pierde, porque lo que se hace es someterse a los demás: los unos dependiendo de aquellos a quienes se allanó y los otros dependiendo de todos a los que avasalló.

Saint-Exupéry decía: “*Si se implantara en el corazón del hombre el respeto por sus semejantes, los hombres lograrían crear eventualmente un sistema político, social y económico que consagrara este respeto*”. El sistema anhelado podrá alcanzarse cuando el individuo aprenda a respetarse a sí mismo, lo cual se logra a partir del descubrimiento de la propia identidad.

Descubrir la autoimagen, el conjunto de valores y desvalores que constituyen la personalidad individual o sea alcanzar la AUTOCONCIENCIA, es un gran desafío para las personas y, solamente aquellas que hayan sido capaces de autoevaluarse tendrán el coraje de cumplir la sentencia de Ortega y Gasset quien después de haber proclamado la fórmula de identidad, “*Yo, soy yo y mis circunstancias*”, estableció la otra pauta lapidaria para señalar que solo quien sea capaz de decir “*En medio de todos éstos, éste soy Yo*”, tendrá derecho a hablar de



personalidad. Coraje, porque el proceso de identificación implica necesariamente uno de “*diferenciación*”, es decir, de distinción de los otros para no confundirse con ellos, lo cual exige bravura, porque para que la diferencia sea auténtica, real y efectiva, no debe establecerse en base a las simples apariencias, por las imágenes que cada uno proyecta, pues sino por el “*conocimiento*” indispensable y cierto de aquellos con quienes se va a establecer la desigualdad, identificando las situaciones y el entorno de ellos, lo que implica conocer al otro, al prójimo como la “*circunstancia*” más cercana del sujeto que se diferencia. Todo esto porque no es lógico que se busquen diferencias con lo que se desconoce.

Sólo cuando el contorno humano y social es conocido, es posible la identidad de uno mismo. Este saberse a sí mismo conociendo al otro, permite que las personas puedan plantearse con honradez su estrategia vital, su misión en el mundo, en ese “*aquí y ahora*” que les ha tocado vivir.

Identificado el *ser* y el *contorno*, reconocida la *vocación* y el *objetivo vital*, se podrá con franqueza y equilibrio, con serena libertad y paz, enfrentar las dificultades mediante decisiones precisas en pro de la realización individual y humana.

En todo este proceso de Individuación o de Autoconciencia juega un papel importantísimo la RAZON, pues sólo si se discierne con orden y buen sentido, se obtendrá el verdadero conocimiento que es el que garantiza la libertad. La ignorancia, el desconocimiento, el analfabetismo, son limitaciones que en razón del grado que tengan, pueden conducir a la incapacidad y hasta a la barbarie.

Si la autoconciencia individual es indispensable para la auténtica personalidad, la que adquieran los pueblos y comunidades sobre su identidad histórica, sobre su conciencia nacional, su cultura y sus relaciones con otros pueblos o colectividades, será sustancial para entender a la sociedad civil en sus conexiones con el Estado y el Poder y en su vinculación real con el marco jurídico que tiene para su desenvolvimiento. La normatividad subyacente que otorga juridicidad al Derecho Positivo; la auténtica opinión pública que está en el sentir ciudadano y que puede ser distinta de la que se anuncia con la interpretación y el parecer de quienes tienen la oportunidad de estar presentes en los medios de comunicación; el poder popular, las organizaciones auténticas de la sociedad civil en sus diferentes estratos, etc., se enlazan de modo inevitable con la conciencia colectiva que se denomina como el alma de un pueblo. Obviamente, el ejercicio de las libertades de ese pueblo, su participación en el desenvolvimiento del Estado, su práctica efectiva

de la democracia, estará en proporción directa con el conocimiento de su idiosincrasia, de su índole colectiva, de su composición cultural y simbólica, de su espíritu comunitario, de su “i”.

Solo el conocimiento de estos valores permitirá que los pueblos sean actores de su propia historia, que sus acciones reivindicativas tengan solidez, coherencia, y puedan permanecer el tiempo suficiente y necesario garantizando de manera efectiva aquel deseo de seguridad y de certeza de la que hemos hablado antes.

El proceso de individuación con el de diferenciación, bajo el empleo de la razón que impulsa a la creatividad, no puede ser jamás un proceso autárquico porque siempre e ineludiblemente, deberá tener en cuenta al prójimo como única forma referencial para que el hombre se explique a sí mismo.

La comprensión de esto, conduce al respeto, al intercambio de ideas, al diálogo constructivo, a la búsqueda solidaria de mejores condiciones de vida, con la participación de todos. Lleva a la cooperación y por lo mismo a la vivencia comunitaria que será la que proponga marcos de referencia para alcanzar una sociedad más justa, equitativa, igualitaria, pluralista y democrática porque el respeto es el camino para que los humanos y los países adquieran su identidad y se reconozcan como personas y como nación.

Se dirá que todo esto no pasa de ser un ideal y que, como todo ideal, es inalcanzable; sostenemos, sin embargo, que precisamente son los ideales los que mueven la historia y provocan los cambios dando sentido a la vida; más aún cuando modernamente se piensa y se exige una mayor participación del pueblo en las decisiones del Estado, al cual ya no se lo mira sólo como la organización estructural y casi física del poder en sí, sino como un espacio de servicio de ese poder cuyo ejercicio será eficaz en la medida de su proximidad o distancia con las oportunidades que brinde a los asociados para intervenir en sus determinaciones, lo cual obliga a trabajar políticamente para el logro de las aspiraciones, identificando con claridad lo que se quiere y conociendo los mecanismos de intervención adecuados para hacerlas efectivas.

La toma de conciencia crítica sobre los reales intereses colectivos, sobre las desigualdades sociales y las demandas más urgentes, es la base para decidirse a trabajar e introducir modificaciones adecuadas en los procesos sociales del diario convivir, a sabiendas que desde allí, desde ese espacio cotidiano, los pueblos serán capaces de transformar las estructuras de administración y de gobierno porque dejarán de ser una sociedad pasiva, obediente de los grupos o pensamientos hegemónicos,

pasando a ser una sociedad deliberante, transformadora, capaz de formular sus propuestas con identidad y libertad, pues habrá adquirido conciencia de su obligación para ser protagonista en la construcción de su destino.

### 3.4 Posibles caminos de solución de los conflictos

En el campo de los problemas cotidianos, las personas buscan uno de los siguientes caminos para solucionar sus conflictos:

- a) **Contendiendo o compitiendo:** o sea, tratando de luchar con lealtad y buen juicio para que se reconozcan o triunfen los intereses de uno. Vencer, hacer prevalecer las propias ideas, aspiraciones o intereses, con la fuerza de la razón, del discernimiento y la cordura; con la confrontación de ideas, con el diálogo talentoso para que la victoria obtenida sea legítima y cause satisfacción.
- b) **Reconociendo o aceptando:** significa, terminar con la resistencia que originalmente se puso, para dar paso a los intereses del otro, cuyo triunfo se prefiere. Es asentir a los razonamientos o motivos de la otra parte sin ser condicionado o presionado a ello. Es una manifestación libre de la voluntad individual.
- c) **Conviniendo o acordando:** es decir, ajustar los intereses de cada parte acoplando sus respectivas posiciones de modo que se satisfagan los intereses de ambas. En éste camino se encuentran posibilidades como el hecho de ceder posiciones en cambio de algo; el de reconocer todas o parte de las aspiraciones del otro y el acto de transigir. Formas típicas de esta vía son la conciliación y el regateo.
- d) **Colaborando para la resolución definitiva:** es trabajar conjuntamente para encontrar las formas más adecuadas de solución que satisfagan plenamente a las partes. En este trabajo, deberán descubrir los verdaderos intereses y proponerse varias alternativas para que la negociación sea positiva. La búsqueda de intereses y alternativas conjuntas, hace de este proceso un mecanismo integrador y reconciliador en el que se halla la completa satisfacción de los objetivos reales de cada parte. No tiene vencedores ni vencidos y tampoco generosos resignados.

Para llevar adelante con éxito este último camino es indispensable el dialogo, abierto, franco, de tal manera que la comunicación que se establezca entre las partes enfoque con autenticidad la causa del conflicto y el auténtico interés que sobre él tenga cada una. De ahí que adquiera singular importancia el **contenido del diálogo** para saber si las partes realmente se están comunicando, es decir, intercambiando lo que cada una percibe y siente del asunto, dando y recibiendo información, entendiéndose en el tema que anhelan superar.

Mucho influirá para esto las formas externas que se utilicen en el diálogo, desde las posturas físicas que adopten, la gesticulación y las maneras, hasta las palabras y modos de expresión que se usen.

### 3.5 “Desjudicialización” y “Juridificación”

La desconfianza en los procesos que se siguen ante el sistema judicial es algo que se está presentando, en sí mismo, como un conflicto intenso e irresistible que es urgente sanar en su integridad, porque el peso de la dogmática procesal que excluye los aspectos humanos del conflicto, llega a ser insufrible.

La colectividad, percibiendo al sistema judicial como ineficaz, inseguro e inestable, le retira poco a poco su confianza porque va perdiendo la fe en ese régimen y comienza a exigir su modernización y cambio; la sociedad identifica la crisis y siente que la vida cotidiana se afecta con ella, pues la seguridad y la certeza que antes le daba el sistema judicial, las ve amenazadas y no está dispuesta a perderlas, por ello busca soluciones que reencaucen el problema y eliminen los motivos que alteran la paz social. El poder colectivo que anhela volver a la normalidad, a la armonía, al equilibrio, exige transformaciones en el Derecho y en el sistema procesal que le garanticen la seguridad y la certeza sobre la real vigencia y cumplimiento del Derecho y la Justicia.

En esta búsqueda afanosa la colectividad clama por la “**DESJUDICIALIZACIÓN**” de los conflictos, porque percibe que no es bueno que toda controversia deba ser necesariamente “*judicial*” pues no encuentra razones suficientes para inscribir algunos comportamientos privados como objeto de la tutela del Estado; observa que existen procedimientos que en vez de aligerar los trámites, los complican y los vuelven intolerables e incomprensibles, ante estas apreciaciones exige mayor participación individual y social en la solución de sus propios problemas; clama por una nueva forma de ver y de sentir a la Justicia para que sea una práctica diaria como una vivencia cotidiana de

lo justo y quiere una “**JURIDIFICACION**” de la vida personal y colectiva, para que sea más eficaz, digna y merecedora de ser vivida, como garantía real de la democracia; espera un sistema legal sencillo, pronto, entendible, que sea una respuesta sincera del legislador a lo que verdaderamente se vive en la colectividad que delegó en él su autoridad.

La *Juridificación* de la vida, desjudicializando muchos conflictos, implica normar la convivencia social permitiendo que ella genere sistemas de relación para solucionar las controversias como formas de coexistencia que obliguen a los involucrados en ellas a usarlos a fin de que ellos mismo restablezcan la armonía sin necesidad de poner el asunto a la voluntad de los jueces quienes por más probos que fueren, no dejarán de ser extraños al problema. En un Estado de Derecho predomina la Constitución y en ella tiene singular importancia la parte dedicada a la declaración general de los derechos de las personas los mismos que serán regulados y desarrollados por otras leyes secundarias que entregarán su control del sistema judicial; y es precisamente en el hecho constituyente creador del Estado, donde están las facultades de deliberación y decisión de las personas que ejerciéndolas resuelven instaurar tal ente jurídico, el cual a su vez, como poder legitimado, debe proclamar y garantizar la vigencia de esos derechos personales gracias a los que él mismo existe, facilitando el desarrollo de la personalidad, de la libertad de opinión y del derecho a una vida digna sin ninguna forma de violencia, lo cual entraña la capacidad de enfrentar y solucionar directamente los conflictos interpersonales con partes contrapuestas, precisamente como expresión de libertad y de dignidad personal, en busca de la convivencia en paz, siempre que el arreglo al que lleguen no afecte a terceros o al orden público,

### 3.6 La cultura del dialogo en el ordenamiento judicial

Ese afán de hacer que la conducta diaria sea cada vez más jurídica pretende que la Cultura del Conflicto, que partiendo de la raíz etimológica “*cultoris*”, del vocablo cultura, ha entronizado un verdadero **culto** al litigio, llenando de ritos y ceremonias procesalistas los trámites de los reclamos, sea sustituida por una auténtica **CULTURA DEL DIALOGO**, que apoyada en la raíz “*cultur*” del mismo vocablo, quiere **cultivar** los valores de la convivencia ennobleciendo y dando sentido propio y verdadero a la condición humana mediante no solo de la labor de siembra de valores tales como los de Justicia, verdad, solidaridad, respeto, sino también la del cuidado atento de lo

sembrado para que nazca y crezca vigoroso y sea capaz de restablecer el equilibrio, la armonía y la normalidad en la coexistencia social.

La Cultura del Diálogo pretende conectar a las personas en algo que les es común de modo que aprovechen mutuamente lo que cada uno sabe de aquello y todos enriquezcan su conocimiento gracias a la cooperación que dinamizará el proceso comunicativo y será capaz de construir nuevos entendimientos con la diversidad compartida, donde la simple exposición de ideas y opiniones, coincidentes o no, realizada con respeto creará vínculos positivos entre los que dialogan.

La Cultura del Diálogo, busca que no se produzcan vencedores ni vencidos; trata que el adversario no sea identificado como un enemigo al que hay que derrotar, sino como un prójimo necesario para triunfar; establece que la razón de la que uno se crea asistido, no es la única valedera para los demás cuya versión también es válida para ellos, y así es mejor que todos sean escuchados, porque lo merecen. La Cultura del Diálogo piensa que no es correcto creer como el ritualismo procesalista **“que la ley debe aplicarse aunque se hunda el cielo”** (*Fiat lex, et ruat coelum*), igual que rezaba el axioma romano, sino que es necesaria una ordenación horizontal donde se ofrezca más amplitud para la participación de las personas en la solución de las controversias y en consecuencia, las decisiones que sobre sus problemas tomen las partes, tenga mayor energía, cohesión y permanencia; la Cultura del Diálogo aspira que no se haga justicia vertical desde la arrogancia del poder, sino una más llana desde el convencimiento de la equidad.

La Cultura del Diálogo desea que la tutela del Estado no sea la única forma de solucionar las diferencias interpersonales y que tampoco sea la rigidez procesal la vía exclusiva para arribar a un arreglo, ni que sólo la Sentencia Judicial sea la forma de proclamar un derecho, sino que éste pueda ser reconocido y aceptado por las personas en su realización individual, porque eso otorga al hombre la posibilidad de expresar lo que siente y piensa de verdad en medio de una vida de relación más humana y justa, por eso surge comprometiendo la autoconciencia personal, el entendimiento y la solidaridad, para que la Cultura del Diálogo es la práctica diaria de la no-violencia.

El Nobel de la Paz, Alberto Schweitzer, analizando la cultura actual, se pregunta con angustia: *“¿Tendrá el hombre de hoy la fuerza para hacer lo que el espíritu demanda de él y que la época probablemente querrá impedir?...”*

Y responde: *“En las sociedades súper organizadas que lo tienen en su poder de cien maneras, él debe, de algún modo, convertirse otra vez*

*en una personalidad independiente y ejercer, así, influencia sobre ellas. Ellas emplearán todos los medios para mantenerlo en aquella situación de impersonalidad que les conviene. Temen la personalidad porque el espíritu y la verdad, que querrán amordazar, encuentran en ella un medio para expresarse. Y su poder es, desgraciadamente, tan grande como su miedo”.*

### 3.7 La resolución alternativa de conflictos

Ante la crisis que experimenta el proceso judicial público la sociedad busca nuevas formas que reemplacen en parte a aquellas que ocasionan dificultades y promueve sistemas que ayuden a superar la lentitud judicial. En esa búsqueda, la sociedad ve que los MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCION DE CONFLICTOS, como el **arbitraje, la conciliación, la mediación, los mini juicios y otros sistemas**, -que no son creaciones de la sociedad moderna- resultan mecanismos idóneos que le ayudarán en el proceso de redefinir lo social y por eso recurre a ellos cada vez con más énfasis.

En el anhelo de mejorar y optimar la justicia, a la colectividad no le interesa discutir siquiera la naturaleza jurídica o dogmática de estos sistemas y no se preocupa por la cuestión técnica de si vale o no insertarlos en una de las teorías civilistas tradicionales para justificar su existencia, o de si son nuevos mecanismos que surgen de la voluntad comunitaria. Para la comunidad moderna la justificación de esos medios radica en su eficacia, en los resultados positivos que su práctica aporta al bienestar social y por eso mismo exige que se los desarrolle, que se los mejore y difunda en una verdadera Política de Justicia, puesto que la finalidad de esos medios alternativos, es la misma que la de los sistemas adversativos que hasta ahora se han considerado como únicos paradigmas de la discusión, pero que no han sido capaces de ganarse la confianza plena de la colectividad, gracias a las deficiencias que presentan, a su lentitud y vulnerabilidad, a los costos que tienen y a la corrupción que provocan.

Para Rafael Badell Madrid, los medios alternativos “...son modos de terminación no jurisdiccionales distintos a la sentencia cuya titularidad no corresponde al juez, sino a las partes”, lo que es corroborado por Luis Fraga Pittaluga cuando señala que “...son medios que pueden utilizarse solamente si las partes acceden al empleo de los mismos y si con ellos se llega a una solución que no sea impuesta por ninguna de ellas. Se trata pues de métodos de resolución convenidos e igualitarios”

Si la tutela ofrecida por el Estado para acceder al sistema de justicia y obtener su pronunciamiento tiene como objetivo garantizar la paz y la seguridad colectiva, igual propósito tienen y logran estos otros sistemas que el ciudadano libremente puede escoger para solucionar sus conflictos. Si por la crisis del sistema estatal, la protección a las personas no es óptima, ellas tienen el derecho de buscar mecanismos eficaces que satisfagan sus intereses y alcancen el mismo objetivo.

Es indudable que la participación personal en la solución de los propios conflictos es atrayente para la realización y tranquilidad individual porque así el hombre elige la forma de ventilar sus problemas sin depender de lo que otros o el juez sean capaces de hacer para alcanzar esa misma solución pero sin valorar los reales intereses de las personas, sino que decide con la frialdad de un análisis lógico sobre los méritos que él ve en el proceso, que no siempre son los méritos de la verdad.



# Capítulo 4

---

## Instituciones sustitutivas del proceso público

---

### 4.1 La “litigiosidad” represada

La búsqueda de equilibrio entre los intereses opuestos es una estrategia válida para evitar el enfrentamiento al que desgraciadamente conducen los conflictos llevados al plano de lo jurisdiccional donde provocan con frecuencia, profundos resentimientos y frustraciones en cada una de las partes. No olvidemos que el proceso judicial en el fondo es DECLARATIVO DE DERECHOS, pues lo que se pide al Juez es que proclame el derecho de la parte que está asistida por la Ley, niegue o sancione a aquella que no lo está y que todo lo haga en mérito de los autos, no necesariamente en virtud de la razón, o lo que es peor, no indispensablemente por la Justicia.

Si a esto, que de suyo es una limitación, se agrega la circunstancia real de que para obtener esa declaración judicial se debe seguir un proceso largo, tedioso, lento, lleno de incidentes, términos y plazos, de inspecciones, peritajes e informes, de excepciones, alegatos, recursos, apelaciones e instancias, que se convierte en una contienda fatídica en la que ni siquiera intervienen directamente las partes, sino sus abogados, lo cual aumenta la zozobra frente a los verdaderos intereses y su larga duración solo alimenta la esperanza de lograr un resultado.

En el proceso judicial son terceras personas ajenas a las partes las que participan y lo llevan: abogados, peritos, curiales y jueces, para quienes el problema humano de los interesados litigantes, no existe, sino solo el trámite formal ordenado en un expediente que simplemente es uno más de los tantos que tienen; por su parte, los abogados patrocinadores de cada adversario expondrán ante el Juez la naturaleza del problema y las razones de hecho y de derecho que creen propias y favorables a su respectivo cliente, poniendo en lenguaje técnico jurídico su particular interpretación de los sucesos cuidando su prestigio profesional en el resultado de la contienda. En consecuencia, el problema individual de los afectados con sus íntimas vivencias pierde su contenido humano, se desnaturaliza pasando a ser un caso de disección en la mesa operatoria de la Ley.

Finalmente el Juez, ayudado por secretarios, amanuenses y peritos, estudiará con lógica frialdad las piezas procesales y el material que cada abogado patrocinador haya aportado en nombre de la parte que defiende, y entonces, atendiendo a las circunstancias de fondo y forma que contienen los autos, emitirá su pronunciamiento declarativo proclamando el derecho y la obligación que establece para cada parte sin que en ningún momento los haya sentido como suyos, sino que los ha encontrado en los folios para dar o quitar algo a alguien bajo la fórmula “*ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DEL PUEBLO SOBERANO DEL ECUADOR Y POR AUTORIDAD DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS LEYES DE LA REPÚBLICA*”,.

La explicación que la técnica del Derecho intente dar sobre este largo trámite la entenderán los expertos, pero no obtendrá acogida en las partes que tienen un conocimiento existencial de su problema, pues ni siquiera quien haya triunfado quedará plenamente satisfecho del sistema porque tendrá la sensación de que no le reconocieron todo lo que aspiraba, o que lo hicieron demasiado tarde y hasta la idea de que tuvo que ceder algo para siquiera lograr lo que obtuvo.

Este modo formalista de administrar justicia no es ahora una garantía de la paz social como originalmente lo fue. La tardanza genera injusticia, da motivo a que las relaciones entre las partes se deterioren más de lo que inicialmente estuvieron y permite que se ofendan durante el proceso, no con lo que ellas mismas dicen o hacen, sino con lo que en su nombre dicen y hacen sus abogados.

El formalismo judicial es un proceso que cansa y muchas veces provoca que se lo abandone por el tedio que produce, o por el arrepentimiento de haber llevado un problema humano ante una justicia

ritualista que lo reduce a esquemas legales donde se etiqueta la controversia matriculándola dentro de un conjunto de normas sustantivas y adjetivas atinentes al “*caso más*” que ingresó y al que se asigna un número, sin que importe la significación humana que para los contendientes tiene. Ciertamente que el abandono también ocurre porque se debilita el motivo que incitó a demandar cuando pasa la cólera o el deseo de venganza, porque se modifica el anhelo de prestigio o el afán de alcanzar estatus; en fin, porque los ánimos se aquietaron y se prefiere dejar de impulsar el proceso sin desistir de él expresamente ya que es otro formulismo, dejando que el archivo se produzca por petición de la otra parte o por decisión del juez aplicando de oficio la prescripción.

Pero el abandono del juicio iniciado por la razón que fuere, deja el problema sin solución pesando en los anaqueles y en las estadísticas del juez como un caso pendiente, pero también el sentimiento de las partes como un argumento para que sus relaciones no sean buenas.

El abandono de causas, la gran cantidad de insatisfacción, de rencor y desconfianza ante la justicia ordinaria, sumados a la cantidad de casos no resueltos que supuestamente están sustanciándose pero con la sensación de que no avanzan, generan un círculo vicioso que se ha denominado **LITIGIOSIDAD REPRESADA**, pues lo que ocurre es que se comienza con una relación interpersonal defectuosa cuya solución se busca en la administración de justicia, la cual, por sus propias características y mecanismos, ha sido capaz de producir reacciones de insatisfacción y desconfianza que llevan a la gente a hacer justicia por sí misma aumentando la gravedad del trato inicial, porque las medidas que toman los involucrados ante sí y por sí, son siempre exageradas, sin proporción alguna e ilegales. Esto a su vez provoca respuestas del agraviado, venganzas en cadena y una verdadera situación de ambiente delictivo que pone en peligro la paz social y consecuentemente la convivencia humana.

Esta *litigiosidad represada*, explica la tendencia actual de la sociedad hacia la búsqueda de una reestructuración del sistema judicial que sin proponérselo deliberadamente, sin embargo está provocando ese ambiente conflictivo. En esa búsqueda el objetivo es claro: que la Justicia sea oportuna, ágil y verdaderamente equitativa. En ello, también se empeña el mismo sistema judicial que clama por innovaciones y por su modernización, pero todavía el Legislador no da la respuesta adecuada y, lo que a veces es peor, deja la impresión de que no tiene el ánimo político de hacerlo, traicionando así al **deseo de certeza y necesidad de cambio** que como hecho social siente su mandante y olvidándose

como Legislador de la obligación que tiene de poner en Leyes la **juridicidad subyacente** que la colectividad genera, no las normas que a él se le ocurran.

## 4.2 Necesidad de los medios alternativos de solución de conflictos

Por lo que hemos dicho en cuanto a la Cultura de Diálogo, a la urgencia de Desjudicializar los Conflictos y *Juridificar* la Vida, así como por lo que señalamos respecto al problema de la *Litigiosidad* Represada, se colige lo indispensable que resulta afrontar con valentía la revisión del Sistema Judicial, permitiendo la informalización de algunos procesos, el desarrollo de instancias y mecanismos no judiciales que provienen de la inventiva comunitaria y se acercan más a la problemática de las personas y al ejercicio efectivo de su libertad; en este empeño se deben incentivar las prácticas que fortalezcan la Democracia y promuevan el sentido de la auto organización donde los individuos sean quienes participen no solamente en el arreglo de sus propios problemas de relación interindividual, sino también en aquellas decisiones que atañen a la comunidad de la que son integrantes, pues ésta será una intervención racional, humana, ennoblecida por la autoconciencia y enriquecedora de la solidaridad y de la convivencia porque será una participación integral, decidida, ágil y honesta que hará posible la satisfacción de la convivencia en lo equitativo y lo justo.

Con estos mecanismos no se aspira solamente a aligerar la carga que significa para el Estado la prestación del servicio de Justicia, sino que se trata de racionalizar su intervención dejándola que se haga presente **de manera obligatoria y gratuita**, solo cuando los asuntos controvertidos sean realmente públicos o de interés colectivo o social, sea por la materia del tema, o por los efectos de él en la convivencia comunitaria, aceptando que la participación de la justicia estatal en el arreglo de problemas particulares sea posible solamente cuando las partes involucradas reconozcan y demuestren que han sido incapaces de llegar a una solución y pidan expresamente que el Estado a través de su Sistema Judicial, se encargue de remediar la polémica de conformidad con el Derecho Positivo vigente, lo cual sería un servicio cuya prestación por llamamiento de las partes no tendría por qué ser gratuito, sino sometido al pago de una tasa como contraprestación por el beneficio que recibirían las partes.

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos no solamente pueden aplicarse a aquellas dificultades que tradicionalmente se ventilan ante la Justicia Formal, sino también a la cantidad de asuntos que conocen las autoridades administrativas de los distintos organismos públicos que en la práctica offician de jueces y hasta emplean en sus Resoluciones la misma fórmula para administrar justicia en nombre de la República, sin que pertenezcan a la Función Judicial.

Pero, si los Medios Alternativos permiten que las personas, en ejercicio de su libertad, tutelen sus derechos y participen más activamente en la consolidación de la Democracia, entonces su horizonte no está limitado a las relaciones interpersonales, sino que se amplía a las diversas situaciones e intereses de la comunidad o de los grupos humanos organizados en cuanto a su propio funcionamiento y forma de ser, así como a las que se deriven de su vinculación con otras comunidades y grupos o de sus relaciones con los entes del sector público seccional o nacional.

Esto último tiene singular importancia en el tiempo actual, cuando la bondad de un Estado no se establece solamente por la eficacia de la organización que haya dado a su poder político, sino también por la cantidad de interacción social que sus estructuras permitan para la toma de decisiones en los diversos campos de su actividad social, económica, cultural, ambiental, etc., puesto que la sociedad civil organizada reclama ahora mayores y mejores espacios para opinar, para ser parte de las resoluciones que se toman, no una espectadora de lo que el Poder Gubernamental hace.

Para que la participación de la sociedad civil sea efectiva en la modificación de la colectividad y en el trabajo del Estado, tiene que partir de la identificación de sus valores, de la **autoconciencia** a la que nos referimos antes, solo así, identificando honestamente las aspiraciones nacionales y su real capacidad de transformación, será posible que la sociedad civil organizada obtenga resultados satisfactorios; esto implica que también debe hacer conciencia del grado de responsabilidad que le toca frente a las estructuras que desea cambiar y que en algún momento fue la misma comunidad quien las creó, permitió que se establezcan, o las toleró.

Para llegar a esa autoconciencia y aprovechar con eficacia la participación en las decisiones, es preciso que en la población se generen **CONSENSOS** y para ello, tanto el diálogo constructivo como la negociación que proponen los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, son indispensables, sea para lograr el concierto de voluntades entre los

mismos moradores o ya para alcanzar acuerdos con el poder político del Estado.

Con el panorama que hemos reseñado, la reflexión sobre la necesidad de cambio no ha de referirse exclusivamente al campo del Sistema Judicial, sino que ha de abarcar integralmente a la Sociedad con CULTURA DE DIALOGO que proponemos, para mejorar las condiciones de la vida de relación de todo el conglomerado humano, comprometiéndose la revisión de lo establecido para perfeccionarlo, corregirlo o cambiarlo, mediante la participación de las diferentes fuerzas sociales. Este mejoramiento es el gran desafío de construir una democracia real para que sea “*el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo*”, como la definía Abraham Lincoln.

Construir la democracia no es una labor fácil, ni siquiera es mediata sino un proceso a largo plazo que debe hacérselo día a día porque implica un cambio de actitud en la vida cotidiana, una toma de conciencia sobre lo que hemos llamado *juridificación* de la vida. Construir la democracia es un proceso sistemático que valorando la autonomía de las personas, las vincula positivamente con lo social, con lo comunitario, en una participación decidida que las liga con el desarrollo y el progreso; construir la democracia es edificarla cimentándola en la **Libertad** y levantarla palmo a palmo, trabándola con orden y armonía hasta presentar con sano orgullo y dignidad, una Política Global de Estado que rijan en todas las actividades creando un estilo que caracterice y otorgue personalidad al pueblo para que se identifique como una verdadera y auténtica comunidad que siente y vive eso que se ha denominado “*alma colectiva*”. Si esta nueva estructura democrática pudiese ser una realidad, poco importaría la dimensión del espacio geográfico en el que se desarrolle tan preciosa solidaridad humana.

En esta labor constructora de la auténtica Democracia debemos sentirnos involucrados todos porque es integral, eminentemente solidaria y que demanda una gran creatividad. Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos constituyen un camino importante que se nos ofrece para alcanzar esa meta porque siendo el conflicto un hecho real que puede presentarse en las distintas formas de las relaciones interhumanas, obviamente no solo es el que tiene dimensiones de controversia judicial o el que se encuentre encasillado en las definiciones del Derecho Positivo, ya que puede asomar en cualquier modo de vivencia personal o de convivencia desde la experiencia íntima que se tiene con uno mismo, o la que se obtiene de la vinculación con la pareja, con la familia, con las conexiones que diariamente se hacen con los vecinos en el barrio,

con los compañeros y amigos; hasta aquellas que se tienen con los jefes y con los subordinados; con el profesor y el alumno; con los clientes, con proveedores y compradores, y aquellas que se dan con los organismos públicos, con el Estado y la Comunidad Internacional.

Por esta amplia dimensión que esbozamos, es evidente la necesidad de una Teoría General del Conflicto y la urgencia de analizarlo positivamente y descubrir en él los incentivos aprovechables para una transformación eficaz de la sociedad, por ello es bueno que quienes se interesen por los Medios Alternativos de Solución de Conflictos analicen las modernas tendencias de la Sociología y de Psicología Social que estudian las percepciones y los intereses, los auténticos valores éticos que orientan la conducta y aquellos que incentivan la búsqueda de poder y de estatus, sin descuidar la importancia funcional innovadora, integradora y de cambio positivo de los conflictos en la dinámica social, pero también los aspectos desintegradores y destructivos que pueden provocar.

### 4.3 Ventajas de los medios alternativos

Las ventajas que en el campo específico de la Administración de Justicia ofrecen los Medios Alternativos son amplias; trataremos de explicarlas referidas a los siguientes involucrados:

#### 4.3.1 Ventajas para el Sistema Judicial

La cultura de diálogo y negociación que permite a las partes de un conflicto buscar ellas mismo su solución, hará posible que poco a poco la instancia judicial se convierta en la *última alternativa* a la que deban acudir quienes discutan algo; instancia a la que irán cuando hayan agotado los mecanismos de acercamiento que ofrece esta forma coloquial o parlamentaria de concebir la vida.

La sola *desjudicialización* de algunos comportamientos que hasta ahora se consideran materia de litigio exclusivo ante la Justicia Ordinaria, será un gran paso para la eliminación de tanta “*causa*” intrascendente que llega a los Juzgados congestionándolos de forma irracional. Esto permitirá aprovechar la capacidad de los Jueces para los casos de verdadera importancia que así habrán de tramitarse más ágilmente mereciendo una atención y análisis más cauto para llegar a resoluciones que doctrinal y jurídicamente sean más convincentes, pues el Juez tendrá más tiempo de estudiar, no únicamente lo relativo a la causa, sino

también para actualizarse en su preparación legal, doctrinal y jurisprudencial. Así, la Administración de Justicia podrá cumplir con uno de sus fines, que es garantizar la paz social recuperando la confianza que el pueblo ahora le retira.

La descongestión se producirá también, cuando quien llame al Estado en su auxilio para que le arregle sus controversias patrimoniales, tenga que pagar una tasa por ese servicio extraordinario que no tiene razón de ser gratuito; así, veremos cómo el Estado deja de ser un cobrador de deudas privadas, o un instrumento capaz de movilizar su enorme y costoso aparato de presión coercitiva en beneficio de grandes acreedores, no siempre honestos, que se aprovechan del Sistema Judicial para consumir sus pretensiones, en no pocos casos con extorsión y abuso, enriqueciéndose aún más no solamente con lo que alcanzan a cobrar, sino con lo que dejan injustamente de pagar.

La Administración de Justicia, autónoma, libre, descongestionada, sabia y oportuna, será una respuesta adecuada a los anhelos colectivos y podrá dejar de ser vista como una ironía y hasta como una insultante calumnia.

### 4.3.2 Ventajas para los Abogados

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos por el hecho de constituir un interesante desafío para encontrar nuevas formas de ver y valorar las cosas, es indudable que abre a los abogados un campo de acción bastante amplio pues les ofrece la posibilidad de cumplir con lo que se ha dicho muchas veces, “*El mejor abogado no es el que más juicios gana, sino el que más juicios evita a sus clientes*”.

Así, el Abogado se convertirá en un verdadero agente promotor de la paz social y lo que en ese campo obtenga será su mayor triunfo. La íntima vocación que le llevó a estudiar una de las más nobles profesiones, tendrá la oportunidad de realizarse con autenticidad, encontrando el ideal de Justicia que lo motivó y por el que prestó juramento al recibirse de Abogado, pues promoviendo que las controversias se solucionen con satisfacción de las personas involucradas, tiene además el agrado de ser coautor de los arreglos que contarán con el respaldo moral, legal y científico, de quien como él conociendo de la materia jurídica y de los inconvenientes de un litigio ante la justicia ordinaria, cuya sentencia definitiva e inapelable, podría demorar varios meses y hasta algunos años, prefirió aconsejar la solución alternativa.



En la cultura del diálogo será el Abogado asesor quien reemplace al Abogado litigante y, desde ese punto de vista, se vislumbra un buen futuro para los bufetes de asesoría o consultoría, en detrimento de los tradicionales litigantes donde se trabaja para el conflicto. En esos despachos se cumplirá la consulta al profesional que dará el consejo experto para la solución, aconsejará en las sesiones, asesorará para los acuerdos, y velará por su ejecución.

La realización individual y social crea también una ventaja económica para el Abogado porque con la celeridad que tienen los arreglos por la vía de los Medios Alternativos, serán necesarias pocas horas de negociación distribuidas en uno o más días para cobrar honorarios por la asesoría y acompañamiento que no serán malos; además le quedará tiempo para atender y hacerse cargo de nuevos casos y también para cuidar con mayor esmero aquellos asuntos verdaderamente litigiosos que lleve ante los Tribunales y Jueces, donde hará valer su conocimiento y versación en materias legales novedosas e interesantes que surgen a tono con el dinamismo de las actividades comerciales y empresariales en el mundo gracias a la cibernética que revoluciona todos los campos de la convivencia, principalmente los de comunicación y mercado presentando espacios en los que es preciso prepararse para entender los nuevos sistemas legales, unos que surgen y otros que se actualizan, creando áreas de especialidad y exigiendo profesionales expertos en cada una de ellas.

### **4.3.3 Ventajas para los Particulares**

La satisfacción de sentirse coautor de la solución al conflicto en el que está inmerso es ya una complacencia personal que causa seguridad y estabilidad emocional. Apreciar que no se tiene la calidad de ganador o de perdedor que asigna la voluntad de un tercero como es el Juez, sino que se ha construido un resultado conveniente para todos gracias a la propia decisión de cada uno de ellos, es más placentero y más humano que la controversia, porque han sido las partes quienes han tenido el control del proceso, no aquel tercero y sus curiales.

Si a esta ventaja se suma la rapidez con la que se termina el problema, deduciremos también un provecho financiero, pues se ahorra el costo, el tiempo y el dinero, que requieren para afrontar un largo proceso. Estos rubros cuantificables que se economizan son importantes, pero más lo son aquellos calificables que atañen a la confianza y estabilidad espiritual de sentirse libre de un problema.

Esta ventaja es atractiva y por ello, cada vez con más decisión, las personas se animan y exigen la solución de sus problemas por los Medios Alternativos, para que sea el entendimiento mutuo, libremente concertado, el camino idóneo a seguir para arribar al arreglo de diferendos y consecuentemente, sea ésta la ruta que debe apoyar el Estado en su afán de precautelar la paz social y la convivencia, por ello, cada vez son más los países que en sus Constituciones reconocen la validez de los sistemas alternativos de Resolución de Conflictos.

## **4.4 Nociones previas de algunos medios alternativos de solución de conflictos**

### **4.4.1 El Arbitraje**

Es una forma pacífica de resolución de conflictos que, prescindiendo de la justicia ordinaria, confía a un tercero independiente e imparcial, la decisión del diferendo. Este sometimiento puede ser concertado por las partes directamente involucradas, o venir impuesto por la ley. En el primer caso estaremos frente a un ARBITRAJE VOLUNTARIO y en el otro ante el ARBITRAJE FORZOSO; en cualquier caso es el tercero o árbitro, el que tiene el control del proceso.

Cuando la resolución de lo controvertido deba hacerse con apego a la ley y a la jurisprudencia obligatoria, será un ARBITRAJE EN DERECHO O JURÍDICO; pero si se lo hará con arreglo al espíritu de justicia y equidad, que comprenden los principios de la sana crítica, la imparcialidad, la ecuanimidad, el honor, los criterios de la doctrina, etc., para que el árbitro los aplique a su leal saber y entender, estaremos ante un ARBITRAJE EN EQUIDAD, O AMIGABLE COMPOSICIÓN.

El procedimiento que siga el árbitro, que bien puede ser una o varias personas, será el previsto en la ley pertinente, el que hayan diseñado las partes mediante un acuerdo previo, o el que tengan preestablecido los organismos arbitrales especializados a los que las partes decidan acudir.

La resolución que emite el árbitro se llama LAUDO que es vinculante y obligatorio para las partes; en caso de incumplimiento de la decisión por una de ellas, la que se sienta afectada tiene la facultad de concurrir ante los jueces ordinarios para demandar su ejecución.

#### 4.4.2 La Conciliación

Es la forma más antigua de resolver los conflictos de las personas sin llegar a un juicio. El vocablo viene del latín “*conciliatio*” que significa “*congregar*”, o sea reunir las voluntades de las partes para arreglar sus diferencias mediante el diálogo directo de los involucrados que pueden solicitar para ello el apoyo de un tercero en calidad de facilitador o de amigable componedor.

La reunión para el diálogo será buscada por las partes u ordenada por la Ley con el propósito de ayudar a los envueltos en una controversia a encontrar juntas y libremente los ajustes necesarios para la superación del problema que los separa, en cuyo caso tiene dos formas: la Conciliación **Pre procesal** y la **Conciliación Procesal o Judicial**.

La Conciliación que buscan las partes es **Extraprocesal** y se produce cuando los involucrados buscan la solución del problema fuera de las instancias judiciales usando el modo más viejo de arreglar problemas: el diálogo como un mecanismo alternativo que actualmente es una exigencia colectiva ante el cansancio que han provocado procesos formales ordinarios para terminar conflictos. Esta búsqueda dialogada de soluciones, puede darse antes de llegar a juicio (Pre procesal), o en el transcurso de uno ya iniciado (Procesal) y se la hace con cordialidad y creatividad a fin de que el acuerdo al que se llegue, logre que ninguna de las partes se sienta perdedora y se reestablezca entre ellas la armonía.

El diálogo puede ser conducido por un facilitador o moderador escogido por las partes quien escuchando los argumentos y propuestas de cada una de ellas tratará de descubrir el verdadero interés que les anima en el problema y para que no se tergiverse su actuación evitará sugerir mecanismos de arreglo canalizando el diálogo a fin de que sean las partes quienes decidan sobre el tema.

La conciliación extrajudicial alcanzada por diálogo directo o con el apoyo de un conciliador, debe concretarse en un documento conocido como Acta de Conciliación que suscrita directamente por los involucrados alcanza validez jurídica con el reconocimiento del Juez ante quien debe presentarse para su homologación; pero la conseguida ante un facilitador calificado y registrado tiene valor jurídico inmediato pues lo convenido goza del mismo mérito que el de una sentencia ejecutoriada para su cumplimiento.

La Conciliación será **Pre procesal** si una norma dispundría que el planteamiento o deducción de un juicio solamente será posible cuando quien lo intente, justifique previamente que habiendo buscado el acuer-

do conciliatorio para evitar el pleito, no logró alcanzarlo y por ello se ve precisado a deducirlo, demostración que a su vez permitiría al juez calificar y aceptar a trámite la causa.

Se llamará Conciliación **Procesal**, o **Judicial**, a la que es prevista por la Ley como un paso dentro del trámite de un juicio cuando el Juez a petición de parte o de oficio, convoca a los litigantes a una Audiencia de Conciliación que como etapa procesal debe llevarse ante él, la cual, si concluye en un acuerdo conciliatorio terminará con el litigio; caso contrario, se dejará constancia de su realización señalando que no fue posible la conciliación y se continuará con el desarrollo del juicio.

## 4.5 La Mediación

Es un proceso en el que interviene un tercero neutral para ayudar a las partes a expresar el problema que les afecta y colaborar en la búsqueda de una solución satisfactoria libremente acordada por ellas mismas.

La mediación tiene la estructura de la Conciliación, quizá por eso la llaman algunos “*Conciliación asistida*”, aunque se diferencia porque lo que busca la mediación son los verdaderos intereses de las personas involucradas en el conflicto y los puntos de coincidencia que podrían llevarlas a un acuerdo satisfactorio. La mediación no trata de **conciliar** en el sentido de ajustar los intereses y pretensiones opuestos, sino de revelar aquellos aspectos concordantes válidos para procurar una solución pacífica del problema. Más acertada es la denominación que otros prefieren, *Negociación Asistida*, porque busca negociar un acuerdo integral que abarque todos los factores del conflicto.

Se dice que en la Conciliación se argumenta para convertir y conquistar la voluntad de los contendientes persuadiéndolos sobre la conveniencia de ceder en sus posiciones; en tanto que en la Mediación se canaliza el razonamiento de las partes para que cada una de ellas se convenza de la ventaja de concertar sus comportamientos al hecho real en virtud de que las coincidencias con la otra son suficientes y merecedoras de un acuerdo beneficioso e idóneo para las dos. En la Mediación no deben existir concesiones, consentimientos o renunciaciones que dejen la sensación de haber cedido derechos y en el fondo de haberlos perdido, sino que lo que se logre deberá ser con la conciencia plena de que se produjo una convergencia de intereses afines.

### 4.5.1 EL “OMBUDSMAN” o Defensor del Pueblo

Tanto el término como la institución son de origen sueco. Nació como un sistema de fiscalización que podía ejercer la sociedad civil a las actividades de la administración pública y se difundió en Europa como un mecanismo a disposición de la ciudadanía para el control de la gestión del gobierno y recién, en 1978, aparece en España como Defensoría del Pueblo. Desde esta legislación hispana la figura es tomada por otros países, entre ellos el Ecuador que en 1996 la propuso dentro de la consulta popular para reformar la Constitución, a raíz de lo cual en 1997 se dicta la Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, pero es en el Art. 96 de la Constitución de 1998, que la figura es reconocida constitucionalmente.

Actualmente, en la Constitución del año 2008, (Art. 214 y ss.), se establece la Defensoría del Pueblo “como órgano de derecho público con jurisdicción nacional”, estableciendo que: “...*tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de las ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país*”, señalando a continuación sus atribuciones principales:

1. “El patrocinio, de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, hábeas corpus, acceso a la información pública, hábeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.
2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos, y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente, por sus incumplimientos.
3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.
4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir, e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas”.

## 4.6 La Defensoría del Pueblo en el Ecuador

Como Defensoría del Pueblo es una institución al servicio de aquellos para quienes es difícil el acceso a la justicia y su origen más antiguo

algunos lo han querido situar en el “*defensor civitatis*” del derecho Romano que era designado para defender a los humildes contra las exigencias ilegales de las que eran víctimas, incluyendo las pretensiones abusivas de los gobernadores y de las autoridades municipales en materia de tributos y de prestaciones laborales, con lo que la institución tenía un carácter de protección pública de los débiles frente a la prepotencia privada y administrativa, estando así más cercana a las instituciones judiciales actuales de los “*abogados de pobres*” y a la de los “*defensores de oficio*”, pues el organismo denominado del Ombudsman, o Defensor del Pueblo, modernamente se lo entiende más en la labor de investigación de la actividad de los servicios públicos que brinda el Estado, para denunciar y censurar si fuere del caso la labor deficiente según el sentir de la ciudadanía que se ve afectada por tal actividad.

Al Defensor del Pueblo, Ombudsman, se le asignan diferentes funciones o atribuciones dependiendo de la legislación, pero es común que se le encargue lo siguiente:

1. Promoción de las actividades públicas mediante investigación, conferencias y publicaciones que sean capaces de innovar y mejorar los servicios del Estado, principalmente en cuanto al respeto de los derechos ciudadanos y la administración de la justicia.
2. La investigación de las denuncias sobre comportamientos inadecuados de los funcionarios de gobierno y de los jueces para hacer recomendaciones públicas o privadas sobre las medidas que deben ser adoptadas para corregir lo que justificadamente se demuestre que debe ser corregido o cambiado. Puede solicitar las sanciones del caso.
3. Iniciar acciones o promover recursos judiciales contra la administración pública en defensa de los particulares cuando éstos por su propia cuenta tuvieren dificultades de hacerlo por falta de personería u otras situaciones que le hagan difícil ser escuchado. Principalmente debe preocuparse de reforzar las garantías para el respeto a los derechos humanos; la atención a los derechos que se derivan de la protección al medio ambiente y de los derechos colectivos, cuya defensa no es fácil para los ciudadanos comunes que no pueden justificar su personería, la cual sería legitimada por el defensor del pueblo.
4. Promover la difusión de los medios alternativos de solución de conflictos e, inclusive, instar a las partes de un conflicto a acudir

a centros públicos o privados de mediación para que resuelvan sus controversias.

La Constitución de la República del Ecuador del año 2008, señala que:

**Art. 214:** *“La Defensoría del Pueblo será un órgano de derecho público con jurisdicción nacional, personalidad jurídica y autonomía administrativa y financiera. Su estructura será desconcentrada y tendrá delegados en cada provincia y en el exterior”.*

**Art. 215:** *“La Defensoría del Pueblo tendrá como funciones la protección y tutela de los derechos de los habitantes del Ecuador y la defensa de los derechos de los ecuatorianas y ecuatorianos que estén fuera del país. Serán sus atribuciones, además de las establecidas en la Ley, las siguientes:*

1. El patrocinio de oficio o a petición de parte, de las acciones de protección, habeas corpus, acceso a la información pública, habeas data, incumplimiento, acción ciudadana y los reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.
2. Emitir medidas de cumplimiento obligatorio e inmediato en materia de protección de los derechos y solicitar juzgamiento y sanción ante la autoridad competente por sus incumplimientos.
3. Investigar y resolver, en el marco de sus atribuciones, sobre acciones y omisiones de personas naturales o jurídicas que presten servicios públicos.
4. Ejercer y promover la vigilancia del debido proceso, y prevenir e impedir de inmediato la tortura, el trato cruel, inhumano y degradante en todas sus formas”

Pienso que tal como está concebida la Defensoría del Pueblo en nuestro país, no es un auténtico mediador social en búsqueda de consensos hacia una cultura de diálogo, de armonía y de paz en la comunidad, sino más bien se lo presenta como un bufete jurídico litigante a la caza “clientelar” de problemas y hasta de escándalos políticos o administrativos donde promoverse como patrocinador, inquisidor y sancionador. Desnaturalizada la noble función promotora de concordia y corresponsabilidad, tergiversada la tarea de difundir las obligaciones y

los deberes ciudadanos como fundamentos de un verdadero Estado de Derecho, corre el riesgo de caer en desprestigio, perder la confianza popular y convertirse en brazo ejecutor de persecuciones, o en plataforma particular para forjar candidaturas o escenarios políticos.

#### 4.7 Otros ensayos de medios alternativos para la solución de conflictos

Si bien no se han difundido lo suficiente, existen otros medios, a más de los indicados, que poco a poco van teniendo acogida. Son los siguientes:

1. Mini Trial, o Pequeño Juicio;
2. Private Trial, o Juicio privado
3. Arbitraje Derivado
4. Juicio por Jurado Sumario
5. El Oyente neutral
6. Determinaciones por experto neutral; y,
7. Decisión no obligatoria de secretos comerciales y patentes.

Daremos una idea muy breve de estos ensayos con el propósito de dejar sembrada la inquietud sobre los mecanismos que pueden ayudar a la solución de problemas, desde fuera del campo judicial.

1. **Mini Trial o Pequeño Juicio:** Son audiencias que organizan y convocan los abogados de las partes y a las que concurren también los involucrados para exponer sus puntos de vista y justificar sus respectivas pretensiones. De esta manera se logra tener una visión real y objetiva de la situación lo que, en muchas ocasiones conduce a un arreglo amistoso del conflicto.

Por su propia naturaleza, no tiene reglas de procedimiento y se someterá a la organización que para cada caso hayan acordado los abogados que también informarán de los costos del proceso judicial y de su duración real aproximada. Pero la decisión corresponderá a las partes. Es un procedimiento alternativo que viene teniendo acogida principalmente para las relaciones de carácter comercial.



2. **Private Trial o Juicio Privado:** Es una modalidad adoptada en California y consiste en la posibilidad que tienen las partes de contratar a su costa, a un Abogado de experiencia, por lo general especializado en la materia del conflicto, para que actúe en calidad de Juez y resuelva su controversia. Se llama también “sistema de jueces de alquiler”. El proceso se lleva adelante con mismas facultades que tienen los Jueces Ordinarios de Primera Instancia o Jurisdiccionales, excepto la de disponer de la fuerza pública para exigir la comparecencia de una de las partes. La sentencia que dicta puede ser apelada ante los Tribunales de Segunda Instancia del Estado.

Lo que se pretende es la celeridad, pues este juez alquilado conocerá solamente el caso para el que se lo haya contratado. Obviamente lo tramitará con los plazos y términos que la ley procesal establezca, pero como el tema al que se aplicarán sería el único que está dilucidando el juez de alquiler, se cumplirán de manera ágil y oportuna y no serán esperas agobiantes. Además, el juez que conocería el caso, concentraría su atención en el proceso y no sería distraído con otras causas, ni estaría sujeto a extrañas, de manera que su decisión sería fruto de análisis y estudios serenos y profundos.

Se afirma que las resoluciones que se logran por este sistema, muy rara vez son motivo de apelación porque son suficientemente motivadas lo cual descongestiona a la Justicia Ordinaria, precisamente en el nivel de primera instancia que es donde se producen la mayor parte de problemas y se satisface la necesidad de las partes, no sólo en cuanto a la rapidez del proceso, sino también en lo relativo a los fundamentos legales del derecho que se declara.

Una variante de éste Juicio Privado, es la experiencia que se viene haciendo para que ciertos casos, antes de ser presentados ante el Juez Ordinario, sean consultados y merezcan la opinión de los Jueces de Alquiler, quienes apegados estrictamente a la Ley emitirán su opinión haciendo saber a los interesados, no solamente cuál sería su fallo, sino también entregándoles un informe que contenga: datos sobre el tiempo que duraría el proceso en caso de llevarlo ante la justicia común; los riesgos que correrían por las apelaciones y recursos, y los relativos a los costos del trámite. Las partes, con esta opinión razonada, tienen el instrumento que les permite decidir si llevan o no el caso ante la Justicia, o si prefieren un mecanismo alternativo.

Se piensa que algo parecido puede hacerse para los casos en los que se desea recurrir de la decisión tomada por los jueces inferiores, permitiendo que tanto el fallo del juez o del tribunal de origen como las razones de las que se cree asistido el apelante, puedan ser consultadas a Magistrados de Alquiler para que emitan su opinión sobre los posibles resultados de la interposición del recurso, con lo cual el interesado sabrá si continúa o no en su pretensión de apelar.

Con estas ideas se procura la celeridad de los juicios evitando los incidentes innecesarios y la demora que se percibe como injusticia. Cierro que la experiencia se ha adecuado mejor donde existe el desenvolvimiento de un derecho no escrito, consuetudinario, que exige estudios profundos sobre casos similares que hayan sentado jurisprudencia; sin embargo, pueden analizarse también para los sistemas de derecho positivo, en los que la propia ley permite que el trámite procesal se dilate por las excepciones y recursos que lamentablemente tolera.

3. **El arbitraje derivado:** Algunos de los Estados de Estados Unidos de América han institucionalizado la posibilidad de que una de las partes, durante el trámite de un juicio, pueda pedir que el asunto pase a ser resuelto por un árbitro designado por el juez, en cuyo caso obliga a la otra parte a aceptar esa derivación, conservando el derecho de apelar por la decisión que tome el árbitro designado.

Existe también la tendencia a hacer que el arbitraje sea exigido, en ciertos casos de naturaleza civil y de menor cuantía, como requisito previo a la iniciación del juicio, el cual vendría a ser una forma de apelación del laudo arbitral que se haya dictado.

4. **Juicio por Jurado Sumario:** Se trata de un Jurado no oficial que se integra con personas cuyos nombres constan en listas previas que son conocidas por los abogados de las partes. El veredicto que proclamen sobre el caso no es obligatorio, pero en cambio es muy útil para que cada uno de los contendientes reflexione sobre el posible veredicto que un Juez o Tribunal oficial pronunciaría sobre el tema. Se afirma que este ensayo es de gran utilidad para aquellos casos en los que la percepción de las cosas es tan diferente entre las partes, que se hace indispensable que sean ellas mismas las que exponiendo su caso, conozcan cómo el problema es entendido por otros y así se formen una idea de

los posibles resultados del pleito, lo cual facilita la búsqueda de soluciones sin llegar al litigio.

5. **El Oyente Neutral:** Consiste en que las partes designan a una persona de mutua confianza y de reconocido prestigio, para que conozca no solamente el problema sino también la mejor propuesta de arreglo que cada parte esté dispuesta a ofrecer. Esta persona, luego de analizar el asunto, podrá recomendar que se inicien reuniones para negociar el caso sin llegar a juicio, o sugerir que se lo ventile ante la Justicia ordinaria, pero haciendo saber los riesgos que ello traería.
6. **El Experto Neutral:** Cuando se trata de cuestiones técnicas, las partes pueden escoger de común acuerdo una persona especializada para que emita su opinión, la cual, de acuerdo a lo que previamente se pacte, podrá o no ser obligatoria.
7. **Decisión no Obligatoria sobre patentes:** Es una forma muy difundida de someter a un experto, al que se llama **adjudicator**, los asuntos relativos a patentes o secretos comerciales para que estudie todos los documentos que las partes tengan sobre su respectiva posición a fin de que resuelva la disputa, manteniendo el secreto y la reserva de los argumentos. Si la decisión a la que llegue no es aceptada, continúan las conversaciones, actuando el **adjudicator** como mediador.



# Capítulo 5

---

## El Arbitraje

---

### 5.1 Reseña Histórica

Históricamente, el sometimiento de una controversia a la decisión de un tercero, que no es la autoridad señalada por el Estado para resolverla, se remonta a los tiempos más antiguos. En la Mitología Griega, Paris es designado árbitro para dilucidar sobre la belleza de Juno, Minerva y Venus. En las Leyes de Solón se habla de los arbitrajes públicos y privados. En la Biblia hallamos el sistema en varios de sus pasajes.

Con más claridad se ve la figura en el Derecho Romano, que declaraba “*Aliud est iudicium, aliud arbitrum*”, es decir: “una cosa es el juicio, y otra el arbitraje” porque en el juicio actuaba el Juez o Pretor; en el arbitraje, lo hacía el *Arbiter*, que debía ser un “*bone viri*”, o sea, un varón bueno, competente y honesto, que debía fallar en el mismo lugar del litigio, revestido de amplias facultades para ejercerlas “*en el sentido de la buena fe y el proceder recto*”. Estas facultades, podía usarlas una vez que había aceptado el requerimiento de las partes para que sea él quien solucione su discusión. Era el “*Receptum arbitrii*”, que implicaba la existencia previa de un convenio entre las partes para llevar su problema ante el arbiter, acogiéndose al principio consagrado de “*Non differendarum litium causa, sed tollendarum ad arbitros itur*”, o sea “*no se acude a los árbitros para prolongar los pleitos, sino para*

*evitarlos*"; lo cual nos hace pensar que en el Imperio Romano se establecía este medio que podía ser escogido por las partes en ejercicio de su libertad para descongestionar la administración de justicia ordinaria.

Vale decir además que en el primitivo Derecho Romano existían los llamados "*Recipitatores*" que actuaban como árbitros en los conflictos que surgían entre los ciudadanos romanos y los de sus pueblos aliados, a fin de que ninguno de los litigantes pretenda resolver el problema ante sus propios tribunales aplicando el derecho correspondiente a su pueblo; vemos entonces que en los orígenes del Derecho Romano, el arbitraje también era un medio alternativo prudente para evitar el conflicto de Leyes.

El arbitraje estaba previsto en la "*Actio finium regundorum*", para el señalamiento de linderos en los fundos rústicos, caso en el que se señalaba una pena pecuniaria para quien incumplía el fallo en beneficio de la parte que sí lo acataba.

Muy interesante resulta la figura del "*Jurgium*", por la cual las controversias entre parientes o vecinos que ya estaban en conocimiento de un juez o magistrado, podían derivarse a que sean resueltas mediante arbitraje solicitado por los litigantes, o a instancia del mismo juez. El valor que se otorgaba al parentesco y a la vecindad urbana o rústica, como elementos de integración y de solidaridad, llevó a idear esta forma de solucionar los problemas entre ellos, evitando que familiares o vecinos se distancien más y se ofendan irreconciliablemente enfrentándose en un proceso judicial.

El Arbitraje aparece como una forma pacífica de resolución de conflictos que prescindiendo de la justicia ordinaria, confía a un tercero la decisión del diferendo. No es el Estado el que ejerciendo la autoridad delegada que ha recibido de sus asociados, impone coercitivamente su dictamen, sino que es otro el que lo hace porque ha recibido la confianza de las partes para que lo haga, pues su experiencia y sabiduría, su rectitud, su bondad y demás virtudes le han hecho merecedor de que ellas lo escojan y entreguen voluntariamente la capacidad de resolver su problema, dándole suficiente autoridad para hacerlo.

## 5.2 Antecedentes en el Ecuador

En el Ecuador la figura del arbitraje aparece en la Ley Orgánica del Poder Judicial autorizada en Diciembre de 1907, cuando en su Art. 65 dice: "*Pueden decidirse por jueces árbitros las controversias que la Ley no excluye expresamente*", disposición que se mantuvo hasta febrero

de 1938 en que se cambió su texto por el siguiente que consta en el Art. 87 de la misma Ley: “*Pueden decidirse por árbitros solamente las controversias sobre bienes o derechos transmisibles por acto entre vivos o renunciables*”, declaración que casi sin modificación se mantuvo en la Ley Orgánica de la Función Judicial hasta la expedición de la Ley de Arbitraje y Mediación en Septiembre de 1997, pues en su Art. 87 se decía: “*Pueden decidirse por árbitros sólo las controversias sobre bienes o derechos que, siendo renunciables, pueden transmitirse por acto entre vivos*”. Por su parte, el Código de Procedimiento Civil, en el Título II, “*De la Sustanciación de los Juicios*”, en la Sección 33<sup>a</sup>, se refería al Juicio por Arbitraje y, en el Art. 956, expresaba: “*Pueden comprometer libremente la causa en árbitros, así como nombrar éstos, los que puedan comparecer en juicio por sí mismos, los mandatarios con poder especial y los representantes legales de personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado, a quienes la Ley no lo prohíbe o no les impone, al efecto, ningún requisito. No tendrán esta facultad los curadores ad litem*”.

Todo esto en armonía con la disposición del Art. 11 del Código Civil que dice: “*Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia*”.

Por otro lado, en el año de 1963 se dictó la Ley de Arbitraje Comercial con el propósito de volver más simples los trámites de los conflictos que se originaban en operaciones comerciales, otorgándoles “mayores garantías”. Con esta finalidad, las controversias comerciales podían ser resueltas por los tribunales de arbitraje de las Cámaras de Comercio, así como por las Comisiones Nacionales o Internacionales de Arbitraje existentes. Pero esta Ley olvidó definir o indicar cómo se conformaban estas Comisiones, asunto que no se aclaró legalmente ni siquiera en la Ley de Cámaras de Comercio que se dictó en 1969, en la que se habla de la Comisión de Reclamos y Arbitraje, la cual tampoco tiene las atribuciones necesarias para conocer y resolver los conflictos surgidos por operaciones comerciales. De ahí que esa Comisión de Reclamos actúe en el campo de la Conciliación antes que en el de Arbitraje.

Con esta dificultad de origen en la regulación del arbitraje comercial, fueron las Cámaras de Comercio las que organizaron los Tribunales respectivos para que emitan sus fallos “*según su conciencia, honrado criterio y sentido de equidad*”, pero, la ejecución de sus decisiones, tenía que ser solicitada mediante un proceso ejecutivo ante un Juez de lo Civil.

Las disposiciones citadas, excepto la del Código Civil, fueron derogadas expresamente por la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial N° 145 del jueves 4 de septiembre de 1997.

Actualmente, la Constitución del 2008, en su **Art. 190**, declara: *“Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la Ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la Ley”.*

### 5.3 Naturaleza Jurídica

El hecho de que los contrincantes se pongan de acuerdo para escoger la persona que deba hacer de árbitro y se comprometan a aceptar la decisión que él tome, hace que ésta sea una razón de origen para discutir la naturaleza jurídica de la figura, pues la actuación del *Arbitrator*, o *Avenidor*, como también se lo llama, surge sólo de la voluntad de los contendientes al igual que el acatamiento de su fallo que también se apoya en el mismo acuerdo de donde resulta que el compromiso de las partes es el único que otorga poder al Árbitro, pero no es un poder con la posibilidad de imponerse coercitivamente porque del ajuste de voluntades particulares, no puede nacer la jurisdicción que es pública.

Ante estas dificultades de origen, hay quienes sostienen que la capacidad de someter una controversia a la decisión arbitral es una manifestación del libre albedrío de las partes y por lo mismo es expresión de un derecho primordial que ninguna fuerza externa puede impedir porque es la afirmación de la autonomía de la voluntad de las personas para negociar o decidir, en tanto que la Jurisdicción, siendo una función propia y exclusiva del Estado, no tiene por qué sentirse afectada por el ejercicio de esa libertad que, sin usurpar facultades al Estado, más bien lo beneficia dándole la oportunidad de ejercer su poder jurisdiccional para hacer respetar lo pactado por las partes e imponer una decisión arbitral válidamente tomada obligando a que se acate el poder vinculante del convenio, para lo cual el Estado reconoce que aquella manifestación de voluntad de los adversarios contractualmente expresada de conformidad con la Ley en materia lícita, es eficaz e imperativa.

Este reconocimiento estatal es lo que se llama HOMOLOGACION DEL LAUDO ARBITRAL a una Sentencia; acto que en el Derecho Romano lo cumplía el Pretor y que ahora lo hace un Juez de Derecho



cuando la parte afectada por el incumplimiento del laudo solicita expresamente tal reconocimiento, en razón de que la principal obligación del Estado es la tutela de derechos y no la solución de controversias. De esta forma, el Estado ampara no solamente el derecho de las partes para contratar sino también su voluntad de someter a árbitros el problema que tengan o que podrán tenerlo en el futuro, protegiendo también las consecuencias de ese contrato.

Otros piensan que la capacidad del Estado para ejercer su potestad en busca de la paz y de la armonía social, es anterior a su propia facultad legislativa para mandar, prohibir, permitir y castigar; por lo mismo el interés de la Justicia siendo uno de los fines generales del Estado, lo es también de los particulares o asociados que lo forman, consecuentemente, la armonía y la paz son igualmente fines que persiguen las partes cuando en cierto momento experimentan un conflicto que pone en peligro la armonía social y rompe el normal desenvolvimiento de la convivencia. De esta forma, el laudo o decisión que toma el árbitro, es imparcial, independiente de la voluntad de aquellos que lo escogieron para que conozca y resuelva el caso, siendo un pronunciamiento que proviene del análisis de ese asunto, de la apreciación de las normas de convivencia y hasta de la valoración del espíritu de las leyes aplicables al tema; el laudo no es la lógica y estrecha aplicación de la ley, sino un razonamiento que en el fondo expresa lo que las mismas partes piensan y sienten, pero que no lo dicen porque no alcanzan a despojarse de su propio interés.

Con el razonamiento anterior, si la realización de la Justicia sería un fin social, el laudo arbitral hallaría su fundamento en la misma jurisdicción del Estado sin que importe el órgano, la autoridad o la persona que cumpla el objetivo. De esta manera, se reconoce en el arbitraje un carácter jurisdiccional intrínseco porque es una forma de Administración de Justicia consentida y respaldada por el Estado que confiere a los particulares la facultad de escogerla para sustituir a la que él imparte; por lo tanto, se trata de una jurisdicción complementaria en la que el LAUDO que emite el árbitro cumple igual función que la SENTENCIA dictada por un juez y, por lo mismo, sus efectos deben ser idénticos.

Discutir la naturaleza jurídica del Arbitraje por las tesis contractuales o jurisdiccionales, puede ser interesante desde la Técnica Jurídica, sin embargo, las dos posiciones que hemos resumido, ni por separado ni juntas alcanzan a explicar la esencia misma del arbitraje, pues no son excluyentes ni complementarias sino que cada una trata el asunto

desde su punto de vista formal estudiando el problema como aparece externamente y ninguna analiza el tema en el fondo humano que entraña, no solo en cuanto al íntimo anhelo natural de una persona para arreglar una controversia con el prójimo y alcanzar la paz interior desestabilizada por el problema, sino también en lo que significa ese igualmente natural impulso de obtener certeza con el apoyo de la opinión de alguien en quien se confía, sin el riesgo de poner las cosas a la decisión de un juez extraño y de un sistema oficial que no inspira esa misma seguridad.

No olvidemos sin embargo que la institución del arbitraje nunca fue bien vista por el formalismo jurídico tradicional que concentraba en el Estado todos los poderes y no admitía otra forma de administrar justicia que no fuese la oficialmente impartida, por eso se explica que civilistas y procesalistas hayan discutido la figura con el afán de encasillarla en su respectiva ciencia y en el sistema absorbente por ellos creado en el Derecho suponiendo, arbitrariamente, que solo aquello que deriva de las entidades civiles o procesales alcanza validez.

Personalmente, creo que la facultad de comprometer en árbitros es un derecho natural del ciudadano y como tal no puede ser menguado por nadie, por tanto, siendo una prerrogativa consubstancial a las personas, lo importante es que se la declare como tal, porque no se trata de que el Estado, facultativamente “*pueda*” conceder la gracia de su existencia, sino que ineludiblemente “*debe*”, reconocerla.

Una vez reconocido o declarado el derecho, será obligación del Legislador regularlo dándole las garantías y la efectividad suficientes, como lo hace con los demás derechos naturales. Más aún ahora que frente a los defectos de la Justicia Procesalista, el arbitraje obtiene resultados oportunos con efectos reales y prácticos. Esos frutos eficaces son los que dan credibilidad y validez a la figura y son los que efectivamente hablan en su favor, sobre todo actualmente cuando la velocidad e institucionalización del cambio se muestra cansada de hablar de los objetivos teóricos como metas ideales de largo plazo y exige resultados concretos y ágiles.

Lo importante es que el arbitraje como derecho de las personas es un mecanismo pacificador y como tal puede ser escogido por los ciudadanos en ejercicio de su libertad, o ser exigido por el Estado con el mismo propósito. De acuerdo a lo que soliciten las partes, el árbitro resolverá el problema en equidad con su justo saber y entender; o se pronunciará en derecho teniendo en cuenta las disposiciones legales y la jurisprudencia que exista sobre la materia; en cualquier caso seguirá un

proceso propio y adecuado a cada modalidad que puede ser convenido por las mismas partes

Pero, sea que el árbitro actúe por designación de las partes o por mandato judicial; que deba resolver en equidad o en derecho, en ninguno de los modos cumple la labor de Juez, porque no tiene el poder y la autoridad para imponer, para sancionar, para exigir juramento o requerir la comparecencia de un testigo, o hacer que su decisión se cumpla coercitivamente, porque no tiene jurisdicción; en muchas legislaciones no tiene siquiera la capacidad para disponer medidas cautelares, sin embargo el árbitro cumple con el objetivo privado y social de buscar la paz y la convivencia social en armonía, que es un fin primordial de las personas y del Estado y, en ese cumplimiento, obtiene buenos resultados, que es lo que quieren las partes y la comunidad.

El árbitro obtiene esos logros porque para su pronunciamiento no está sometido ni a las partes que lo escogieron, ni a los apretados marcos de la Ley, puesto que la justicia que administra está por encima de la voluntad contractual en los términos que la legislación civil establece para estos actos; su decisión puede apartarse de esas disposiciones preestablecidas para desarrollarse según la intensión de los contradictores que es la de solucionar el problema, siempre, claro está, que el objeto del laudo sea legal y no atente contra el orden público, so pena de nulidad del arbitraje.

## 5.4 Clasificación del Arbitraje

Doctrinalmente se clasifica al arbitraje por su ORIGEN; por sus FORMAS DE DESARROLLO; por la forma de DECIDIR y por el LUGAR en el que se lo practica. Veamos cada una de estas clasificaciones:

### 5.4.1 Clasificación por el origen

Se relaciona con la manifestación de voluntad de las personas y puede ser Voluntario y Forzoso.

- a. **ARBITRAJE VOLUNTARIO:** cuando los contradictores libremente se ponen de acuerdo en escoger esta vía para arreglar las posibles diferencias que pudieran presentarse en sus relaciones; este convenio puede constar en la llamada **CLÁUSULA COMPROMISORIA**, que de modo expreso se la hace constar en el documento que respalda el negocio que se trate entre las

partes, en la cual se obligan a acudir al arbitraje para solucionar conflictos futuros que surjan de la ejecución o interpretación de tal negocio. Pero puede darse también mediante un pacto de las partes para solucionar conflictos ya existentes, actuales, no previstos y que suscitados en el presente requieren una solución, pacto que puede deducirse de las comunicaciones escritas entre las partes, lo que es muy común en la actualidad por las facilidades y medios electrónicos que existen.

Caso especial dentro del arbitraje voluntario es aquel en el que las partes primero suscriben lo que se llama el **COMPROMISO EN ÁRBITROS** que es un acuerdo detallado, preciso y amplio, que contiene no solamente los casos que habrán de ser sometidos a arbitraje, sino también los procedimientos a seguir en su desarrollo, las facultades que otorgan al árbitro y el alcance obligatorio que convienen en dar al laudo que él pronuncie. Es frecuente que para la redacción de este compromiso, se tomen en cuenta los criterios del tercero independiente escogido para que actúe como árbitro, o que acepten los que tenga un Centro arbitral concreto y especificado al que se comprometen a acudir.

Insistimos en que no se puede olvidar la libertad con que deben actuar las partes tanto para escoger el mecanismo de solución, tanto para designar a la persona que actúe como árbitro y aún para establecer las reglas del procedimiento a seguir.

La Ley de Arbitraje y Mediación, en su Título I, cuando habla de la Validez del Sistema Arbitral, dice:

**“Art. 1.** - El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.

Es preciso destacar que el legislador ecuatoriano estatuye que se podrá acudir al sistema arbitral solamente mediante **“mutuo acuerdo”**, esto es con la manifestación de voluntad de las partes que no puede estar viciada para que sea válida. Esto se relaciona con lo prescrito en el inciso primero del Art. 4 que se refiere a la Capacidad para acudir al Arbitraje y que dice: *“Podrán someterse al arbitraje regulado en*

*esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma”.*

La **CAPACIDAD** de las personas está regulada en el Arts. 1461 y siguientes del Código Civil, así:

- **Art. 1461, inc. 5):** “La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”;
- **Art. 1462:** “Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la Ley declara incapaces”, y,
- **Art. 1463:** “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aún obligaciones naturales, y no admiten caución. Son también incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos respectos determinados por las leyes. Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

Véanse también, como referencia lo que indicaban las siguientes disposiciones:

Art. 956 del Código de Procedimiento Civil: tienen facultad de someter una causa a la decisión de árbitros aquellos que “pueden comparecer en juicio por sí mismos, los mandatarios con poder especial y los representantes legales de personas naturales o jurídicas”.

Art. 87 de la Ley Orgánica de Función Judicial: “pueden decidirse por árbitros solo las controversias sobre bienes o derechos que siendo renunciables pueden transmitirse por acto entre vivos”.

- b. **ARBITRAJE FORZOSO O NECESARIO:** Se llama Legalmente Forzoso cuando es la Ley la que determina que el camino para solucionar un diferendo es el arbitraje; y es Contractualmente Necesario cuando las partes están obligadas a usar el arbitraje en cumplimiento del acuerdo preestablecido entre ellas.

La Ley de Arbitraje y Mediación, por la declaración constante en su Art. 1º, como sistema “*al cual las partes pueden someter de*

*mutuo acuerdo, las controversias... para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias*”, abarca al arbitraje voluntario, pues la frase que subrayamos “**mutuo acuerdo**”, deja a un lado la aplicación de esta Ley a los casos de Arbitraje Legalmente Forzoso.

Este arbitraje voluntario que reconoce la disposición transcrita, puede pactarse para que sea realizado “*por los tribunales de arbitraje administrado*” o para que se efectúe mediante “*árbitros independientes*”, escogidos por las partes.

La Ley de Arbitraje y Mediación, en su Art. 2 dice: “*El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un Centro de Arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley*”. En todo caso, será la voluntad o mutuo acuerdo de las partes, expresado en legal forma, el que escoja el sistema que adoptará.

#### 5.4.2 Clasificación por las formas de desarrollo

Se refiere a lo que antes hemos dicho: Arbitraje ADMINISTRADO o INDEPENDIENTE.

- a) **ADMINISTRADO**, lo será cuando se lo lleve ante un Centro de Arbitraje establecido de conformidad con la Ley y siguiendo las normas reglamentarias que para el efecto tenga dicho Centro.
- b) **INDEPENDIENTE**, será si las partes escogen libremente sus árbitros y señalan el procedimiento a seguir mediante convenio. Nuestra Ley, sobre esta división dice lo antes transcrito del Art. 2; pero además:

“**Art. 38.** - *El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables*”.

#### 5.4.3 Clasificación por la forma de decidir

Por la forma de expedir el laudo, se habla de ARBITRAJE EN EQUIDAD y de ARBITRAJE EN DERECHO:

- a. **ARBITRAJE DE EQUIDAD:** Es la forma típica u original del arbitraje porque en ella, el árbitro es un tercero independiente que actuará con toda libertad y habrá de decidir guiado por los principios generales de la Justicia, por los valores éticos y morales, por las costumbres sociales en relación con la práctica de los conceptos de honor, caballerosidad, buenas costumbres, etc., todo lo cual una vez valorado y será expuesto motivadamente según su libre saber y entender en un fallo inapelable que pondrá fin a la divergencia de las partes, siendo válido también para apoyar la convivencia y la paz social.

El arbitraje en equidad se sale de la rígida técnica legal para analizar la realidad de las personas y el problema humano que sienten dentro del contexto social en el que ellas viven pue su análisis se ubica en el **aquí y ahora** de los individuos en conflicto, abandonando la estructura de la lógica formal que aplican los jueces bajo la fórmula “*Decidme el hecho y os daré el Derecho*”, cuya práctica implica un andamio dialéctico que no considera los detalles individuales que pueden caracterizar al asunto; en cambio, el árbitro en equidad actúa con amplia libertad, sin esquemas o armazones, hasta llegar con pleno convencimiento a una decisión válida que soluciona el diferendo y que la pronuncia con sabiduría y discreción.

El **Art. 3** de nuestra Ley, dice:

“Las partes indicarán si los árbitros deben decidir en equidad o en derecho, a falta de convenio, el fallo será en equidad.

“Si el laudo debe expedirse fundado en la equidad, los árbitros actuarán conforme a su leal saber y entender y atendiendo a los principios de la sana crítica. En este caso los árbitros no tienen que ser necesariamente abogados”.

El arbitraje en equidad puede llevarse adelante mediante procesos formales o informales. Será un proceso formal cuando las partes hayan convenido que el trámite de la causa se sujete a las disposiciones que constan en la Ley o a las reglas que para el efecto tenga un Centro de Arbitraje escogido por ellas; y será informal, cuando hayan decidido que la sustanciación sea en base de lo que ellas mismo han estipulado en el convenio arbitral como procedimiento a seguir, (art. 2 de la Ley).

Vale aclarar que cualquiera forma que sea la elegida, sólo se aplicará al modo de conducir el caso sometido a arbitraje hasta el momento

de emitir el fallo, el cual se lo dictará con la sabiduría y ponderación del buen juicio.

Como forma singular de un proceso informal de arbitraje en equidad, se habla de la **AMIGABLE COMPOSICION**, como un modo en el que las partes escogen a alguien vinculado con ellas que sea capaz de acercarlas, de transmitir a cada una las inquietudes de la otra y que sobre la marcha, vaya limando asperezas, haciendo sugerencias, proponiendo fórmulas de arreglo y procurando encuentros a fin de que sean los propios interesados quienes luego de analizar y discutir los temas, lleguen a un acuerdo que será redactado por el amigable componedor que lo suscribirá a manera de laudo. En este sentido, la figura del amigable componedor se inscribiría mejor en la Mediación o en la Conciliación, que también son formas alternativas de solución de conflictos, antes que dentro del Arbitraje, porque a mi entender, el amigable componedor no decide, no se pronuncia y no dictamina; su papel es de hábil intermediario y de testigo final de lo que las partes acuerdan, gracias a la diplomática intercesión del amigo común que no es un árbitro en la acepción estricta del término.

No obstante hay quienes se inclinan a pensar que las sugerencias que formula el amigable componedor, son hechas con plena libertad, utilizando el sentido común y aunque no deba pronunciar un laudo, conduce a las partes a un arreglo concertado bajo los mismos principios de equidad y de justicia con que actúa el árbitro; además, dicen, al estar animado por la misma finalidad de hallar la paz, el compromiso de arreglo que obtiene y lo hace suyo, es tácitamente un contrato obligatorio para quienes lo acuerdan, lo cual garantiza que al ser emitido formalmente como un laudo, los efectos sean inmediatamente positivos.

- b. **ARBITRAJE DE DERECHO o JURIDICO:** Se produce cuando el árbitro debe organizar el proceso y ceñir su dictamen a las disposiciones legales aplicables al caso, a la jurisprudencia y la doctrina de conformidad con la técnica y la especialidad jurídica que el tema requiera. Prácticamente es similar a un proceso judicial; se usa también como un medio preventivo cuando las partes, antes de someter su conflicto a la decisión de un juez, o antes de que surja el diferendo dentro de la relación que tengan, desean saber la interpretación de la Ley para someterse a ese criterio en caso de que llegue a producirse un problema.

Nuestra Ley dice:



- **Art. 3, inc. 3:** “Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados”.

Más adelante encontramos lo siguiente:

“**Art. 37.** - En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho”.

Analizando las disposiciones, observamos cuán equivocada es la tendencia a creer que el arbitraje en derecho tiene que ceñirse exclusivamente a las disposiciones legales, a la jurisprudencia obligatoria, pues la misma Ley cuando faculta al árbitro para que expida su laudo ateniéndose “*a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina*”, prevé que el laudo fundado en derecho es un estudio jurídico en el más amplio sentido de la palabra, pues se trata de un dictamen que sitúa el problema no entre los márgenes de las disposiciones legales, sino en el universo jurídico amplio, científico, doctrinal, ético, para fijarlo con lógica y sistematización en el sitio exacto de lo justo, sabiendo que lo que alcanza moralmente esa categoría, no siempre corresponderá a lo que es legal; por eso, la misión del Árbitro en Derecho no puede confundirse con la del Juez, porque es mucho más amplia, más sabia y erudita, pues debe llegar al restablecimiento de la paz por el camino de la Justicia, sin pasar por encima de una convicción que afecte un estado de conciencia, como reza el primer mandamiento del Decálogo de los Abogados, del insigne Ángel Ossorio y Gallardo, en su clásica obra “*El Alma de la Toga*”.

#### 5.4.4 Por el lugar en dónde se lo practica

Puede ser NACIONAL o INTERNACIONAL.

- a) Será **ARBITRAJE NACIONAL**, si la relación que ha motivado el problema entre las partes, se rige por las normas y usos internos de un país y por lo tanto debe dilucidarse localmente.
- b) Será **ARBITRAJE INTERNACIONAL**, si el caso se relaciona con convenios internacionales sobre la materia, o cuando

las partes hubiesen pactado que la resolución de un problema sería solventada por organismos extra nacionales especializados en el asunto; o cuando el domicilio de la cada una de las partes esté en un país distinto y se considera prudente que al arbitraje lo haga alguien ajeno a las legislaciones nacionales propias de los involucrados. También es posible que ocurra cuando los efectos del laudo se han de producir en un estado diferente.

Creo que con fines informativos es bueno señalar lo que la Legislación ecuatoriana decía sobre el Arbitraje Internacional antes de la Constitución del 2008, para indicar después lo que está vigente luego de la Carta Magna de Montecristi cuya visión ideológica hostil al Arbitraje Internacional no es alentadora para el futuro de la institución.

#### *5.4.4.1 Arbitraje Internacional antes de la Constitución del 2008*

El Art. 14 de la Constitución de 1998, decía: **“Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales”**.

Nuestra Ley hablaba del ARBITRAJE INTERNACIONAL, en las siguientes disposiciones:

- **“Art. 41.** - Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:
  - a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes; o,
  - b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,
  - c) Cuando el objeto del litigio se refiere a una operación de comercio internacional”.

- **“Art. 42.** El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional, suscritos y ratificados por el Ecuador.

“Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.

“Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y Leyes de la República.

“Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

“Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional”.

De modo que, en nuestra legislación, las partes tenían amplias facultades para pactar un arbitraje internacional, una vez que se hayan cumplido con cualquiera de los tres requisitos que señala el Art. 41 que, en las circunstancias de los negocios y de las relaciones que se establecen por las facilidades de comunicación, son condiciones muy comunes. La amplitud facultativa iba más allá del país en el que tenga domicilio una de las partes, o del lugar en el que debía ejecutarse la porción sustancial de las obligaciones, pues, por el segundo inciso del Art. 42, toda persona, sin restricción alguna, podía estipular que un reglamento de arbitraje de un tercer país, sea el tomado en cuenta para el procedimiento arbitral.

#### *5.4.4.2 Arbitraje Internacional Después de la Constitución del 2008*

En el apartado sobre Antecedentes del Arbitraje en el Ecuador, transcribimos el Art. 190 de la Constitución actual que hace el reco-

nocimiento de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, en la legislación ecuatoriana.

La ideología del Socialismo del Siglo XXI que inspira la Constitución del 2008 es propulsora de un extremado nacionalismo que proclama al Estado como soberano, intercultural, plurinacional, unitario y señala que su deber principal es el de ser garante y defensor de la soberanía nacional, indicando que ella radica en el pueblo y que se la ejerce a través de los órganos del Estado y de las formas de participación directa, (Arts. 1 y 3, num. 2), demostrando así que los constituyentes reunidos en Montecristi no tuvieron idea de la diferencia entre Estado y Nación y tampoco de lo que se debía entender por el término Soberanía, por eso no definieron a ninguna de esas entidades y usan su denominación de manera imprecisa proclamando que el Estado plurinacional es el soberano, que la soberanía está en el pueblo ecuatoriano, no en cada nacionalidad, pero que es deber del Estado garantizar y defender la soberanía nacional, no la del Estado ni la del pueblo, y sin embargo establece que es obligación primordial del Estado, fortalecer la unidad nacional en la diversidad, donde la soberanía en primer lugar “*se ejerce a través de los órganos del poder público*” y en segundo lugar, por medio de las “*formas de participación directa previstas en la Constitución*”, sin que tampoco en el Título IV de la Carta: “PARTICIPACION Y ORGANIZACIÓN DEL PODER”, los legisladores definan al “*poder público*”, asunto que lo consideramos indispensable porque el alcance del término “PODER” es relativo y depende de la disciplina filosófica o científica que lo aplique y de la idea que cada una de ellas tenga sobre la autoridad, de modo que el PODER podría aludir a la tenencia de bienes o riqueza material, o a la posesión de dotes espirituales y carismas; a las facultades de liderar, de persuadir, de ser modelo, o a la fuerza física, a la cantidad numérica o a la capacidad de coacción; a la capacidad de mando y hasta a la posibilidad de generar reacciones opuestas; con esta pequeña gama de alcances que citamos del término Poder, la imprecisión del llamado “poder público” es evidente.

A tono con estas imprecisiones y bajo el peso hostil de las malas experiencias del Gobierno ecuatoriano que ha recibido fallos contrarios de parte de Tribunales Internacionales de arbitraje a pesar de haber desplegado intensas campañas publicitarias para posicionar sus tesis, los legisladores constituyentes al momento de establecer las normas para los TRATADOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, redactaron en la Constitución el Art. 422, que dice:

*“No se podrá celebrar contratos o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.*

Lo cual, denotando un perjuicio por el arbitraje internacional, es una declaración que no guarda armonía con la tendencia mundial de las Relaciones y Tratados Internacionales que propenden a fortalecer el sistema. Personalmente creo que la cuestión de la Soberanía es compleja y delicada puesto que se refiere a un poder de decisión que no está sometido a ningún otro y por lo mismo es supremo, absoluto y constituyente del Estado, como se lo ha tratado desde Aristóteles y la filosofía de Jean Bodín, pasando por Montesquieu, Thomas Hobbes y Juan Jacobo Rousseau, y pensadores más recientes como Georg Jellinek, Hermann Heller y los actuales como Manuel Atienza o Antonio Torres del Moral, quienes no son precisamente de la línea liberal que asusta al socialismo del siglo XXI que en la Constitución de Montecristi bautizó como “**soberanos**” a muchos elementos y derechos: soberanía territorial, electoral, de la naturaleza, ambiental, alimentaria, de salud, educativa, etc., etc., pero no se atrevió a definir la entidad, porque en su ideario la Soberanía parece ser propia del Gobernante pero no del Estado.

## 5.5 Lo que se puede someter a arbitraje

La Constitución vigente dispone que los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, entre ellos el arbitraje, se podrán aplicar “*en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir*”; nuestra Ley

de Arbitraje y Mediación indica en su Art. 1º, siguiendo a la doctrina más extendida, que se pueden someter a arbitraje “*las controversias susceptibles de transacción*”, para más adelante sostener, en el Art. 4º, que podrán someterse a esta institución alternativa, “*las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir*”.

La TRANSACCIÓN doctrinariamente es definida como: “*Acto jurídico bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o dudosas. Es, pues, una de las formas de extinción de las obligaciones*”, según el Dr. Manuel Ossorio.

El Dr. Guillermo Cabanellas, dice que Transacción es la “*Concesión que se hace al adversario, a fin de concluir una disputa, causa o conflicto, aun estando cierto de la razón o justicia propia.// Adopción de un término medio en una negociación; ya sea en el precio o en alguna otra circunstancia.// Ajuste, convenio.// Negocio.// Operación mercantil.*”

Ahora bien, realizar un “*acto jurídico*” válido, una “*concesión al adversario*”, un “*ajuste*”, o un “*convenio*”, puede solamente aquel que tiene la capacidad legal, civil, política y social, para ser sujeto activo o pasivo en las relaciones jurídicas; por lo tanto, únicamente quien reúne las características para ser sujeto de derechos u obligaciones, para ejercer funciones o facultades, producir conductas o hacer declaraciones de voluntad con eficacia jurídica, es el que tiene la capacidad legal para transar.

En nuestro Código Civil encontramos:

■ **Art. 1488:** “Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

1. Que sea legalmente capaz;
2. Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;
3. Que recaiga sobre un objeto lícito; y,
4. Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra”.

Como hemos manifestado antes, cuando hablamos del arbitraje voluntario, la capacidad se establece de una manera general en el Art. 1489 del Código Civil, que dice: “*Toda persona es legalmente capaz,*

*excepto las que la Ley declara incapaces*”; afirmación que exige que sepamos el contenido del artículo siguiente que señala a quienes la Ley considera incapaces:

- **Art. 1490:** “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Sus actos no surten ni aun obligaciones naturales, y no admiten caución.

“Son también incapaces los menores adultos, los que se hallen en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas. Pero la incapacidad de estas clases de personas no es absoluta, y sus actos pueden tener valor en ciertas circunstancias y bajo ciertos aspectos determinados por las leyes.

“Además de estas incapacidades hay otras particulares, que consisten en la prohibición que la ley ha impuesto a ciertas personas para ejecutar ciertos actos”.

En el caso del arbitraje como mecanismo alternativo para la solución de controversias presentes o futuras susceptibles de transacción, tenemos que estar atentos no solamente a la capacidad de las partes para comprometer un asunto en árbitros y obligarse al cumplimiento del laudo, sino también vigilar que la manifestación de voluntad no adolezca de vicio alguno que pueda afectarla de nulidad, y, además, por el objetivo que persigue el sistema, debemos asegurarnos que el asunto que será sometido a arbitraje sea una controversia susceptible de transacción, es decir que tenga carácter contencioso sobre materia lícita.

## 5.6 Lo que no se puede someter a arbitraje

No se podrán comprometer en árbitros los siguientes asuntos:

1. Los de carácter penal, en cuanto a la responsabilidad o culpabilidad, sanción o castigo que ellos merezcan, porque no son temas transigibles; pero sí las repercusiones civiles como indemnizaciones o pago de daños, si podrán ser arbitrables.
2. Los asuntos que tengan que ver con la capacidad o el estado civil de las personas;
3. Las causas que se refieran a bienes de dominio público;

4. Las causas en las que deba ser escuchado el Ministerio Fiscal;
5. Las causas en las que se dilucide la voluntad del testador;
6. Toda otra cuestión que de alguna manera comprometa el orden público.

Las personas jurídicas constituidas conforme a derecho comparecerán con sus legítimos representantes, quienes acreditarán su personería demostrando la facultad que tengan para transigir y comprometerse en arbitraje en nombre de ellas.

La Ley, en su **Art. 4º**, dice también:

“Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse a arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- “Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
- “La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- “En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- “El convenio arbitral, por medio del cual la Institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha Institución.

“El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral”.

El “*requisito adicional*” de exigir el dictamen del Procurador General del Estado para “*el caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia*”, y no pedir ese mismo pronunciamiento para pactar el arbitraje Antes de que surja una controversia, a mi entender es una traba peligrosa, pues si la persona autorizada para contratar a nombre de una entidad del sector público suscribiría un convenio arbitral antes de que surja la polémica, con su sola firma, sin que haya contado ni siquiera con la opinión, peor con la autorización de ninguna otra autoridad del Estado, compromete a la entidad



y por ende, a la administración central, seccional o autónoma a la que el organismo pertenezca, a respetar lo pactado y someter a arbitraje, nacional o internacional, la controversia que surja por la relación jurídica contratada, sin que importe su naturaleza, su objeto o su cuantía; sería un caso claro de prevención de lo que podría ocurrir y para eso no requiere dictamen del Procurador. Sin embargo, si antes no se hubiere pactado un convenio arbitral, y se quiere hacerlo una vez surgida la controversia, entonces sí se exige el dictamen del Procurador que será de “*obligatorio cumplimiento*”.

¿Qué se persigue con ello?... Pienso que el dictamen debería ser anterior; cuando se tiene la visión global de todo el negocio jurídico; cuando ninguna de las partes ha provocado problema alguno y están actuando con más transparencia; cuando en prevención de lo que pueda pasar se escoge un mecanismo alternativo para evitar litigios. El dictamen del Procurador, antes de celebrar el convenio, es una garantía para las partes pues otorga mayor seguridad y genera confianza. Lo otro es peligroso, pues, cuando ha surgido la controversia, los intereses y hasta las pasiones que las propias partes manejan son diferentes. Aparte de las presiones de todo orden que pueden presentarse, incluyendo las de carácter político que, en el caso de los organismos del sector público, son tan frecuentes. Más aún, si el dictamen tuviese que darlo el Procurador General de un gobierno diferente al de aquel bajo el que se estableció la relación jurídica.

## 5.7 El Acuerdo Arbitral

Para someter sus controversias a árbitros, las partes pueden vincularse mediante la **cláusula compromisoria**, o por el **compromiso arbitral**, bipartición que no es aceptada por muchos, incluyendo a la Comisión de las Naciones Unidas que propuso la Ley Modelo para las relaciones mercantiles internacionales, la cual prefiere llamar simplemente **acuerdo** arbitral a cualquiera de los dos caminos mediante los que se excluye a la jurisdicción del Estado para que intervenga en un caso concreto que ata a esas partes.

Sin embargo es prudente decir que varios estudiosos prefieren la división, pues por CLAUSULA COMPROMISORIA, entienden a una de las estipulaciones que las partes hacen constar dentro de un contrato, manifestando su voluntad de someter a arbitraje las controversias que en el futuro puedan surgir de la relación jurídica que ese documento establece. En tanto que por COMPROMISO ARBITRAL conciben a un

documento suscrito por las partes obligándose a someter un problema concreto surgido entre ellas al procedimiento arbitral que mutuamente determinan y a la decisión del árbitro que escogen. Esta decisión puede formularse ya sea en cumplimiento de una Cláusula Compromisoria antes pactada, o simplemente frente a la aparición real de un conflicto que las partes desean arreglarlo por esta vía alternativa o en prevención de lo que pueda ocurrir a consecuencia de sus relaciones. Nuestra Ley denomina CONVENIO ARBITRAL a este acuerdo, cláusula o compromiso.

Por la importancia de este Compromiso que por voluntad de las partes excluye la intervención de la justicia ordinaria en la solución del caso que las distancia y por la repercusión o efectos que puede llegar a tener la decisión arbitral en el tema, se trata de un acuerdo vinculante que se convierte en Ley para las partes, por lo cual necesariamente tiene que constar en un documento válido, jurídicamente regulado, en el que se diga con claridad la decisión voluntaria de los intervinientes que deben suscribirlo en ejercicio pleno de su libre albedrío y con las formalidades que cada Ley local exija, so pena de nulidad de lo que pacten. La Ley ecuatoriana al respecto dice:

“Art. 5. - El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

“El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

“La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

“No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y,

de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él”.

Es de destacar que nuestra Ley acoge la doctrina que reconoce la autonomía del Compromiso Arbitral respecto del contrato originario, de manera que la declaración de alguna nulidad de este contrato, no alcanzaría al convenio arbitral pactado porque la decisión de las partes para someterse a árbitros es una manifestación de voluntad diferente sobre un propósito preventivo que está centrado no sólo en la celeridad procesal para el caso de las controversias que podrían surgir en el cumplimiento de lo estipulado en el contrato sustancial, sino también involucra la mutua confianza que depositan en el tercero que habría de ejercer la función de árbitro, por tanto al Compromiso Arbitral no le afectan los vicios del contrato originario que se denuncien y demuestren, pues se trata de un pacto tutelar distinto.

Además de lo dicho, nuestra Ley reconoce otras formas de expresión de voluntad para someterse al arbitraje:

“**Art...6:** Se entenderá que existe un Convenio Arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al Arbitraje”

De las disposiciones transcritas, se observa que el legislador ecuatoriano exige que el convenio simplemente sea escrito, ya sea en un documento firmado por las partes, o en uno que resulte de otros medios de comunicación que dejen constancia indudable de su existencia; la legislación nacional no indica como lo hacen otras, que este acuerdo deba ser realizado mediante escritura pública, ante alguna autoridad competente o ante testigos; lo que manifiesta en el inciso primero del Art. 4, que habla de la capacidad para acudir al arbitraje, es que las personas naturales o jurídicas podrán “someterse al arbitraje regulado en esta Ley... cumpliendo con los requisitos que establece la misma”, con lo que reafirma el criterio del legislador y deja a un lado disposiciones constantes en otras leyes para dar solemnidad a los contratos; por lo mismo, es suficiente que el acuerdo arbitral sea escrito, sin embargo, es recomendable que se lo haga mediante escritura pública o con reconocimiento de firmas ante autoridad competente para otorgarle una formalidad más comprometedora.

## 5.8 Efectos del Convenio Arbitral

Hemos señalado que por la importancia y el propósito del Convenio Arbitral o de la Cláusula, son estipulaciones independientes del contrato principal, por lo cual resulta obvio que su consecuencia más próxima sea la de excluir a la justicia ordinaria en las controversias futuras relacionadas con el objeto para el cual, sea el Convenio o la Cláusula, fueron pactados; por eso nuestra Ley, dice:

**Art. 7:** *“El Convenio Arbitral, que obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, impide someter el caso a la justicia ordinaria”.*

Producidos los hechos hipotéticos previstos en el Convenio Arbitral, las partes tienen la obligación de acudir al mecanismo del arbitraje escogido: administrado o independiente.

## 5.9 Renuncia del Convenio Arbitral

Como el Convenio es un asunto consensual, se lo puede renunciar siguiendo el mismo proceso efectuado para constituirlo, es decir por mutua voluntad de las partes y por escrito, lo cual será una RENUNCIA EXPRESA.

Pero puede ocurrir que una de las partes presente ante la justicia ordinaria una demanda sobre puntos previstos en el Convenio o en la cláusula compromisoria y que la otra parte conteste la demanda sin alegar la excepción de existencia de aquella estipulación, lo que configura de denominada RENUNCIA TÁCITA.

Nuestra Ley indica lo siguiente:

- **Art. 8:** *“Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando, presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, en el tiempo de proponer excepciones, la de existencia de convenio arbitral. El órgano judicial respectivo deberá sustanciar y resolver esta excepción, de haberse propuesto, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya comunicado*

*el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriada el auto dictado por el Juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”.*

Es de advertir la existencia de legislaciones que prevén otras formas de extinguir el convenio arbitral, como la PRESCRIPCIÓN o la RESCISIÓN, detallando los casos en los que esas figuras pueden darse, ya sea que consten acordadas en el mismo convenio o ya provengan de causas que afectando al contrato principal, hagan ineficaz a tal convenio.

## 5.10 Nulidad del Compromiso Arbitral

En primer lugar, como hemos dicho, las formas de estipulación arbitral son un acuerdo de voluntades, por lo tanto es obvio que a ellas se aplicará toda la teoría y las disposiciones sobre el consentimiento, en consecuencia, la invalidación del compromiso o de la cláusula arbitral podrá venir de los vicios que acarrearán la nulidad de esa manifestación de voluntad, vinculados con la capacidad de entender o de querer de las personas, que no solamente tienen relación con la aptitud individual para comprender y decidir algo, sino también para entender lo que se quiere, captando o teniendo la idea exacta del objeto deseado. Consiguientemente, la manifestación de voluntad se caracteriza por la presencia de discernimiento, intención y libertad, por tanto las anomalías o carencias que la menoscaban hasta el punto de anularla, serán defectos que conciernen a una de esas características.

Doctrinalmente se señala que no hay discernimiento en los inmaduros y dementes y que sus actos se reputarán como inexistentes; que la Intención se ve afectada por el error y el dolo; y, que la libertad no existe cuando la impide la fuerza, la simulación o el fraude.

No es este un trabajo para entrar en detalles sobre la Teoría del Consentimiento ni sobre los Vicios de la Voluntad, que se los encuentra en los Tratados especializados de Derecho Civil, pero no podemos dejar de reseñarlos.

## 5.11 Vicios del Consentimiento

Nuestro Código Civil en su Art. 1467 señala que el ERROR, la FUERZA y el DOLO son los vicios del consentimiento:

### 5.11.1 El Error

Es un falso concepto que se tiene sobre personas, objetos, hechos, sobre el tiempo o las leyes, provocado por equivocación, ignorancia o por las dos juntas, que produce un convencimiento incorrecto de la realidad; el error siendo una determinación o certidumbre falsa sobre algo que efectivamente es distinto, resulta obvio que excluye a la duda, que es indeterminación, vacilación o indecisión entre posibilidades.

El error como vicio del consentimiento, puede ser de hecho y de derecho:

- a). El **ERROR DE HECHO** se refiere a la falsa apreciación de la realidad referida a la identidad de personas, cosas, especies o tiempo, concluyendo que el consentimiento o manifestación de voluntad, emitido bajo este equivocado concepto, es nulo y acarrea igual reputación a los actos que hayan nacido de él.

Los Arts. 1469, 1470, 1471 del Código Civil tratan de este error que debe ser probado por quien lo alegue.

- b). El **ERROR DE DERECHO** en cambio alude a la Ley o a situaciones jurídicas que no anula la manifestación de voluntad en virtud del principio que presume obligatorio el conocimiento de las normas y proclama que la ignorancia de Ley no es excusa. Su alcance es amplio pues abarca a la norma en sí, a su vigencia, a su válida interpretación y aún a la jurisprudencia que haya generado con fuerza de ley.

A la ignorancia de Ley se refiere el Art. 1468 del Código Civil proclamando que no excusa a persona alguna, por tanto no sería entre nosotros un vicio del consentimiento.

### 5.11.2 La Fuerza

Denominada también **VIOLENCIA** es el vicio del consentimiento que se ha obtenido por la coacción física o moral ejercida sobre el cuerpo de una persona, sobre su fuero interno o su libertad a fin de obtener su anuencia, declaración o aceptación de algo, que de otra forma no se hubiere obtenido. En el primer caso se habría aplicado fuerza material directa sobre la persona o usado habilidades o instrumentos de cualquier orden que le causen dolor, aflicción o que afecten o amenacen su integridad corporal; en el segundo, la coerción sobre la persona sería anímica o psíquica, ejerciendo amenaza grave, apremiante e irreparable

que podría ocurrir directamente a ella, a su cónyuge, a sus descendientes o ascendientes, a su honra, a sus bienes o derechos, si no admite, aprueba, suscribe o hace lo que se le pide.

Cualquiera de estas formas de violencia para que pueda ser reconocida como causal de anulación de la voluntad, debería haber sido grave, injusta e ilegítima, real, determinante y que efectivamente haya sido capaz de producir temor o miedo irresistible e insuperable; por esta consideración, hay quienes exigen que la violencia como vicio del consentimiento, debe ser actual e inminente, aunque otros afirman que estas características están implícitas en el concepto de gravedad.

Amenazar con algo previsto en la Ley, como llevar a juicio o denunciar ante la autoridad, no es una fuerza ilegítima, pero si se la hace con el propósito de lograr mayores beneficios que los legales, entonces sí estaría viciando el consentimiento.

En nuestro Código Civil podemos encontrar la figura de la fuerza o violencia en el Art. 1473

### 5.11.3 El Dolo

El dolo se define como la intensión clara de una persona de hacer daño a otra o a los bienes de ésta, empleando para ello procedimientos ilícitos, fraudulentos, sobre la verdad de las cosas, a fin de obtener favores o determinaciones del sujeto engañado que de otra forma no los podría lograr.

En nuestro Código Civil es el Art. 1474 el que describe al dolo como vicio del consentimiento indicando que debe provenir de una de las partes y producirse en el momento mismo de la manifestación de voluntad de la otra y ser de tal calidad engañosa, que sin esa astucia o insidia, la expresión de albedrío de esta última no se hubiere dado. A más de estas condiciones determinantes que deben ser probadas, será necesario también que el daño causado mediante el engaño, sea significativo.

La SIMULACIÓN y el FRAUDE, algunos los tratan como vicios que podrían afectar a los actos jurídicos pues tienen una connotación importante como actos típicos de ocultamiento concreto de un hecho dentro de otro, así por ejemplo: transmitir derechos a interpuestas personas, esconder patrimonios e ingresos, alterar la verdad procesal con que se inició un trámite, etc. no dejan de ser formas o variaciones del dolo.

## 5.12 El Procedimiento Arbitral

Siendo el sistema arbitral un proceso al que los contradictores se someten por propia voluntad o por mandato de la Ley, tiene un conjunto de solemnidades adjetivas que cumplir tanto para honrar su seriedad, cuanto para garantizar su eficacia. Ellas son:

1. **Designación de Árbitros:** Son las partes las que escogen a los árbitros en el convenio arbitral o en la cláusula compromisoria. La Ley reconoce la existencia del ARBITRAJE ADMINISTRADO y la del ARBITRAJE INDEPENDIENTE.

El ARBITRAJE ADMINISTRADO, se refiere a los Tribunales regidos por un Centro de Arbitraje que puede ser constituido por los sectores organizados de la colectividad como las Cámaras de la Producción, de Industrias, de la Construcción o de Comercio, así como otras asociaciones, agremiaciones, fundaciones e instituciones públicas o privadas sin fines de lucro. (Arts. 2; 39 y 40.).

El segundo, ARBITRAJE INDEPENDIENTE, hace relación a las personas que sin ser integrantes o miembros de un Centro de Arbitraje, por sus méritos y prestigio particular son libremente escogidas por las partes para que actúen como árbitros en el litigio. (Art. 16, inc. 6 y Art. 17, inc.3)

Pueden ser árbitros todas las personas que tengan capacidad para comparecer por sí mismas en juicio; pero si el fallo que deban emitir se exige que lo sea en derecho, entonces necesariamente tendrán que ser abogados, (Art. 19; Art. 3, inc.3.)

La función que desempeña el árbitro, o el amigable componedor, obliga a que sea desempeñada exclusivamente por personas naturales; por esta característica el Arbitraje es una institución que procede *intuitu personae*, esto es que no puede ser ejercido por las entidades civiles o por las organizaciones jurídicas con entidad moral, pues ninguna de éstas por sí mismas tienen opinión o decisión, pues solamente se les reputa personas jurídicas o entidades de derecho

Un Tribunal Arbitral preestablecido no escapa del carácter personalísimo, porque las partes lo escogen de una lista de varios tribunales previamente organizados por el Centro de Arbitraje en el que ellas confían y al que pertenecen sus miembros; o lo pueden conformar las mismas partes con las personas que constan registrados como Árbitros en la nómina del Centro que garantiza su idoneidad, madurez, preparación y discreción, porque sus virtudes han sido apreciadas socialmente



y han hecho mérito para integrar su nómina, lo cual sirve también para que las partes los escojan e integren el cuerpo resolutorio que buscan para solventar su problema, pero en ningún caso actúa como árbitro el Centro al que pertenece el Tribunal o del que son miembros las personas escogidas.

En cualquiera de las posibilidades que seleccionen las partes, podrán introducir modificaciones. (Art. 16.)

2. Constitución del Tribunal: Partiendo del acuerdo voluntario de las partes, el arbitraje no siempre será efectuado por un organismo pluripersonal, pues también es permitido designar a una sola persona para que lo haga. Para el caso del ARBITRAJE ADMINISTRADO, con mucha frecuencia estaremos hablando de un TRIBUNAL pluripersonal, salvo que las partes decidan otra cosa. En el ARBITRAJE INDEPENDIENTE, en cambio, es común que los interesados escojan a una sola persona como UNICO árbitro, sin que por ello dejen de llamarlo Tribunal Arbitral.

Con este antecedente, nuestra Ley dice que el tribunal “*se constituirá con tres árbitros principales y un altermo, quien intervendrá inmediatamente en el proceso en caso de falta, ausencia, o impedimento definitivo de un principal*”. (Art. 17).

Sobre esta forma de integración cabe observar que el árbitro altermo, no integra formalmente el tribunal y tampoco participa en sus deliberaciones; sólo interviene “*en caso de falta, ausencia o impedimento definitivo*”, lo que significa que recién cuando ocurra una de estas hipótesis, el altermo tendrá que enterarse de todo lo que hasta ese momento haya hecho el Tribunal, lo cual no es lo mejor para la celeridad de la justicia que se busca. En otras legislaciones, el miembro altermo asiste desde un comienzo a las reuniones del tribunal y conoce el desarrollo del proceso aunque no interviene en las deliberaciones, pero si llega el caso de reemplazar al miembro titular, estará en pleno conocimiento del asunto que no sufrirá interrupción gracias a esta modalidad.

Una vez designados, los árbitros tienen tres días para aceptar el cargo; si guardan silencio, la ley entiende que no lo aceptan; pero si lo hacen deben tomar posesión de él ante el Presidente o Director del Centro al que pertenezcan o ante un Notario si son independientes, comprometiéndose a desempeñar sus funciones de conformidad con la Ley, con lo establecido por las partes en el acuerdo correspondiente y asumiendo las responsabilidades que ello implica, sabiendo que pueden

responder por los daños y perjuicios que con su acción u omisión causen, (Arts. 17 y 18.).

3. **Incapacidad - Inhabilidades - Recusación:** La incapacidad ha de entenderse como la falta de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones; consecuentemente, las personas que tengan estos impedimentos no podrán ser árbitros por el mandato del Código Civil en sus Arts. 1467 y ss., que antes hemos visto.

La inhabilidad en cambio, se refiere a la situación que afecta a una persona capaz, impidiéndole que ejerza el cargo para el que ha sido designada. Puede ser una circunstancia actual que no permita que se asuma la función, o darse como evento sobreviniente imposibilitando que continúe ejerciéndola, El árbitro que se encontrare en una situación de inhabilidad posterior, deberá excusarse de continuar en el cargo, pero si no lo hiciere, cualquiera de las partes tendrá el derecho de recusarla. (Art. 19, inc. 2 y 3 y Art. 21).

Las razones que el Código Orgánico General de Procesos, (Art. 22), establece para la excusa o recusación de los jueces, son las mismas que también rigen para la de los árbitros.

4. La demanda arbitral: Todo escrito de demanda tiene que cumplir con los requisitos que la Ley prevé para que pueda ser calificada de clara, completa y ser admitida a trámite.

En el caso del arbitraje, no solamente son los requisitos señalados expresamente en el Art. 10 de la Ley, sino también los que se establecen en el Código Orgánico General de Procesos, “*LIBRO III DISPOSICIONES COMUNES A TODOS LOS PROCESOS TÍTULO I ACTOS DE PROPOSICIÓN CAPÍTULO I DEMANDA*”.

“**Artículo 141.-** Inicio del proceso. Todo proceso comienza con la presentación de la demanda a la que podrán precederle las diligencias preparatorias reguladas en este Código.

“**Artículo 142.-** Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá:

1. La designación de la o del juzgador ante quien se la propone.
2. Los nombres y apellidos completos, número de cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte, estado civil, edad, profesión u ocupación, dirección domiciliaria y electrónica de la o del actor, casillero judicial o electrónico de su defensora o defensor público

o privado. Cuando se actúa en calidad de procuradora o procurador o representante legal se hará constar también los datos de la o del representado.

3. El número del Registro Único de Contribuyentes en los casos que así se requiera.
4. Los nombres completos y la designación del lugar en que debe citarse a la o al demandado, además de dirección electrónica, si se conoce.
5. La narración de los hechos detallados y pormenorizados que sirven de fundamento a las pretensiones, debidamente clasificados y numerados.
6. Los fundamentos de derecho que justifican el ejercicio de la acción, expuestos con claridad y precisión.
7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica.
8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.
9. La pretensión clara y precisa que se exige.
10. La cuantía del proceso cuando sea necesaria para determinar el procedimiento.
11. La especificación del procedimiento en que debe sustanciarse la causa.
12. Las firmas de la o del actor o de su procuradora o procurador y de la o del defensor salvo los casos exceptuados por la ley. En caso de que la o el actor no sepa o no pueda firmar, se insertará su huella digital, para lo cual comparecerá ante la o el funcionario judicial correspondiente, quien sentará la respectiva razón.

13. Los demás requisitos que las leyes de la materia determinen para cada caso.

“**Artículo 143.-** Documentos que se deben acompañar a la demanda. A la demanda deben acompañarse, cuando corresponda, los siguientes documentos:

1. El poder para intervenir en el proceso, cuando se actúe por medio de apoderada o apoderado o de procuradora o procurador judicial.
2. Los habilitantes que acrediten la representación de la o del actor, si se trata de persona incapaz.
3. Copia legible de la cédula de identidad o ciudadanía, pasaporte o Registro Único de Contribuyentes de la o del actor.
4. La prueba de la calidad de heredera o heredero, cónyuge, curadora o curador de bienes, administradora o administrador de bienes comunes, albacea o de la condición con que actúe la parte actora, salvo que tal calidad sea materia de la controversia.
5. Los medios probatorios de que se disponga, destinados a sustentar la pretensión, precisando los datos y toda la información que sea necesaria para su actuación.
6. En los casos de expropiación, la declaratoria de utilidad pública, el certificado de propiedad y gravámenes emitido por el Registro de la Propiedad, el certificado del catastro en el que conste el avalúo del predio.
7. Los demás documentos exigidos por la ley para cada caso. La o el juzgador no ordenará la práctica de ninguna prueba en contravención a esta norma y si de hecho se practica, carecerá de todo valor probatorio”.

Es preciso destacar que en esta clase de demanda o requerimiento arbitral, con el escrito inicial para deducir la acción, se deben presentar todas las pruebas y también pedir aquellas que se estimen necesarias, lo cual le diferencia de los procesos judiciales, porque desde el comienzo se procura la celeridad en el trámite escogido y convenido entre las partes, lo cual genera la confianza para suponer que ninguna de ellas pretenderá demorar la solución del caso; sospechar que alguna parte tenga argumentos escondidos para exhibirlos sorpresivamente, o que se prepare para deducir excepciones dilatorias, simplemente porque el

proceso de arbitraje un asunto en el que se actúa con las cartas sobre la mesa, con franqueza y lealtad procesal.

4. **Citación y contestación:** Una vez calificada la demanda, el árbitro mandará a citar a la otra parte dentro de los cinco días subsiguientes.

El desconocimiento del domicilio del demandado deberá justificarse y sólo así se podrá hacer la citación mediante dos publicaciones en un diario de amplia circulación en el lugar del arbitraje.

El citado tiene diez días de plazo para contestar. Este plazo será contado desde la fecha de citación personal o desde la última publicación, si es que el demandado reside en el lugar del arbitraje; si no fuere así, se le podrá conceder un término extraordinario que no excederá del doble del ordinario, para que conteste.

La contestación debe reunir los requisitos que para ello establece Código Orgánico General de Procesos, que son los mismos exigidos para la presentación, además, deberá, como en el caso de la deducción de la demanda, adjuntar todas las pruebas de que se creyere asistido y solicitar la realización de aquellas que vea oportunas para sostener sus afirmaciones.

El demandado, una vez que ha sido citado, puede no presentarse en el proceso, pero esta ausencia no impedirá que el arbitraje continúe. (Art. 14.)

La falta de contestación se la tomará como negativa pura y simple de la demanda.

En la contestación se podrá reconvenir exclusivamente sobre la misma materia del arbitraje. Si esto se produce, se concederá al actor el término de diez días para que conteste la reconvenición, la cual no es sino una contrademanda en la que se plantea una pretensión distinta a la formulada por el demandante a fin de que sea resuelta en el mismo proceso y que implica derechos del demandado en contra del demandante. Puede ser conexa con el asunto expuesto en la demanda, o inconexa, pero la materia de la reconvenición debe ser una que conste en la cláusula o en el convenio arbitral.

Es necesario anotar que también se conoce como reconvenición, los cargos que hace el demandado en contra del demandante por los derechos que cree tener sobre él, valiéndose de los mismos actos, argumentos o palabras, expuestos por éste en su demanda. Presentada la reconvenición, se otorgará al demandante, o reconvenido, el término de diez días

para que conteste la reconvencción, adjuntando igualmente las pruebas y pidiendo las diligencias probatorias que creyere oportunas. (Art. 12.)

6. **Modificación de la demanda o contestación:** Tanto la demanda como la contestación, o la reconvencción y la respuesta a ésta, pueden ser modificadas por una sola vez en el término de cinco días de presentadas. Si esto ocurriere, las partes dispondrán de tres días para contestar las modificaciones. (Art. 13.)
7. **Audiencia de Mediación:** Con la contestación o sin ella, el director del centro de arbitraje o el árbitro independiente, convocará a una audiencia de mediación para buscar un avenimiento de las partes, lo cual es un aporte interesante de la Ley nacional porque trae al arbitraje la figura de la mediación como un medio alternativo previo que puede poner fin al conflicto. Esta audiencia, como una modalidad especial del arbitraje en Ecuador, se la busca para apoyar el anhelo de celeridad procesal que anima a las partes desde que prefirieron apartarse de los formalismos de los trámites ordinarios a fin de alcanzar eficacia y seguridad de manera rápida en la solución de sus discrepancias.

En esta audiencia, las partes, con sus abogados, pueden realizar las exposiciones que creyeren oportunas con toda libertad y solamente lo que lleguen a convenir constará en un acta. De todos los demás incidentes o deliberaciones no se dejará constancia alguna.

El acta en la que conste el acuerdo parcial o total al que lleguen las partes tendrá fuerza obligatoria porque la Ley le da efecto de sentencia ejecutoriada y valor de cosa juzgada, con lo que se podrá exigir su ejecución.

8. **Cuestiones previas:** Una vez constituido el Tribunal, se resolverán las siguientes cuestiones previas:
  - a. En una audiencia de sustanciación, deberá primero declararse competente para conocer el asunto. (Art. 22). A partir de este momento, el Tribunal tiene 150 días de término para expedir el laudo, que puede ser prorrogado a petición motivada de las partes o de oficio convenientemente razonado (Art. 25).
  - b. Señalar el término en el que se practicarán las diligencias probatorias. (Art. 22.)

- c. Fijar el lugar en el que se hará el arbitraje que puede ser señalado por acuerdo de las partes. Si no lo hacen, el Tribunal podrá optar por el lugar de los efectos de la materia del arbitraje, o por el del domicilio del demandante. (Art. 35).
- d. Acordar sobre la confidencialidad del proceso. (Art. 34).

### 5.13 La Prueba en Materia Arbitral

Las partes dentro del término fijado para las diligencias probatorias, podrán presentar todas las pruebas que consideren pertinentes a su respectiva pretensión, para lo cual deben tener en cuenta lo que el Código Orgánico General de Procesos exige.

En materia arbitral es frecuente que la producción, conocimiento y exhibición de la prueba se lo haga en el sistema de audiencias.

Como la sana crítica en materia arbitral tiene más sentido que en ninguna otra materia jurídica, los árbitros valorarán la prueba promovida con ese criterio y, si bien deben analizarla en su conjunto, en la resolución que dicten podrán referirse solamente a aquella evidencia o justificación que fuere decisiva para el laudo.

No debemos olvidar que el sistema arbitral se basa en el principio de la colaboración para llegar a la solución pacífica del conflicto y que por ello, los medios de prueba que se utilicen deben estar orientados con honestidad a encontrar la certeza anhelada por las partes y que, con este mismo propósito, los árbitros están investidos de amplias facultades para pedir por su cuenta las pruebas o recaudos que creyeren oportunos, dentro de lo que se llama **Diligencia Para Mejor Proveer**, (Art. 23), o facultad oficiosa.

El Tribunal, una vez que se han llevado a cabo aquellas diligencias, obligatoriamente señalará día y hora para una Audiencia de Estrados, en la que las partes podrán exponer sus puntos de vista haciendo la relación puntual y fundamentada de aquello que sostienen y reclaman. (Art. 24.) Pero el Tribunal no aceptará los incidentes que promuevan las partes con el propósito de retardar la solución del problema o de entorpecer su trámite; más aún, tiene facultad para sancionar con multas si eso ocurriere. (Art. 33)

## 5.14 El Laudo Arbitral

Cuando los árbitros hayan analizado el asunto con todas las diligencias probatorias pedidas por las partes o dispuestas oficiosamente, deben resolver el conflicto mediante el pronunciamiento denominado LAUDO que es comparable a una sentencia, aunque no goce del carácter jurisdiccional que esta tiene.

Sin embargo, para dictar el laudo los árbitros proceden con un juicio lógico y crítico similar al que efectúan los jueces cuando emiten su sentencia, sobre todo cuando el laudo tiene que darse en derecho, donde es preciso anotar que la ley inexorablemente obligatoria para los jueces, tiene para los árbitros un carácter orientativo y no les impone una decisión, por eso los laudos suelen ser ricos en doctrina, teoría y jurisprudencia sobre el derecho que reconocen o que habrá de concretarse en el caso específico que resuelven. El axioma latino que rige para los jueces “*da mihi factum, dabo tibi ius*”; “*Dadme los hechos y yo os daré la disposición legal*”, no es tan drástico para los árbitros que pueden motivadamente ir más allá del marco estrictamente legal, para proclamar el Derecho, desde el punto de vista jurídico.

## 5.15 Formas del Laudo

Cuando el tribunal arbitral se integra con varias personas, doctrinalmente se reconocen tres votaciones que podrían darse y es frecuente que en el convenio o en la cláusula correspondiente, las partes dejen en claro este asunto para respetar el fallo:

- a. Laudo unánime: cuando todos los árbitros están de acuerdo con el pronunciamiento y así lo suscriben;
- b. Laudo por mayoría: cuando el laudo, debidamente razonado, lo dicta la mitad más uno de los miembros del Tribunal Arbitral, en tanto que uno o más motivadamente manifiestan su desacuerdo ya sea respecto de uno o varios fundamentos o considerandos de la decisión, o de la parte resolutive.
- c. Laudo del umpire: Cuando en un Tribunal integrado por un número par de miembros, se produzca el empate de opiniones, se somete el desacuerdo a un tercero, llamado “umpire”, o también “tercero en discordia”, para que como auxiliar del tribunal se pronuncie por uno u otro de los pareceres emitidos por los árbitros,



no sobre los hechos o pretensiones del caso, apreciándolos con sana crítica a la luz de la doctrina y de conocimientos especiales, ejerciendo así una función pericial ilustrativa y esclarecedora que orienta al Tribunal para la emisión definitiva del laudo.

Nuestra Ley acepta el laudo por mayoría, señalando que el voto salvado se expresará a continuación del de mayoría. (Art. 26 y 27).

## 5.16 Contenido del Laudo

El laudo debe contener todas las cuestiones planteadas por las partes en el proceso, analizadas según el texto del compromiso arbitral libremente pactado. Este análisis se lo hace con libertad, sobre todo si el arbitraje ha de pronunciarse en equidad. Los árbitros **de iure** se apegarán más a la Ley atinente a la materia del conflicto y se apoyarán en criterios doctrinarios y teóricos que ilustran la decisión que se tome en el caso concreto. Pero todos los árbitros, de equidad o de derecho, ceñirán su laudo a la moral y a las buenas costumbres, pronunciándose con honestidad y buena fe, sin afectar al orden público.

El laudo se hará conocer a las partes en una audiencia en la que se lo leerá y se entregarán copias a los interesados. (Art. 29).

En unas legislaciones se establece que el laudo se entregará a las partes debidamente registrado ante Notario. En otras se permite, simplemente, que la notificación se la haga llegar al domicilio señalado en el proceso.

Se prevé también, que cuando el laudo ha analizado aspectos que en equidad pueden estar más allá de la Ley, ponderando valores no contemplados en lo estrictamente jurídico, sino en los principios generales de justicia, puede hacerse conocer solamente el resultado, manteniendo en reserva los planteamientos.

## 5.17 Inapelabilidad de Los Laudos

El laudo es inapelable, pues por la misma importancia de ser una forma escogida por las partes para solucionar sus conflictos dentro de un marco de confianza y de fe en el árbitro elegido de mutuo acuerdo, sería inaceptable aceptar opciones contrarias a ese principio.

Admitir la posibilidad de apelación sería poner en peligro la institución del arbitraje.

Lo que sí es posible solicitar es la **aclaración** o la **ampliación** del laudo en aquellos puntos que se consideren oscuros, impropios, inconexos o dudosos. Quizá por esto algunos tratadistas llaman a esta petición “**recurso de interpretación**” que lo despacha el mismo Tribunal en el término de diez días contados desde la presentación

## 5.18 Impugnación del Laudo

La única acción impugnatoria que cabe es el planteamiento del **Recurso de nulidad**, al que no es posible renunciar, porque más que un recurso propiamente dicho, es una **acción** que se puede interponer para denunciar violaciones formales al debido proceso, referidas a la falta de citación, a la falta de oportunidad para la presentación de pruebas, o para la defensa de ellas en audiencia. También cabe cuando el laudo conceda más de lo reclamado o se refiera a asuntos no sometidos al arbitraje, etc. Aspectos todos que tienen que ver con los vicios del procedimiento, pero no con las cuestiones de fondo que analiza el laudo.

Este recurso se lo interpone, dentro de los diez días posteriores a la notificación del laudo, ante el mismo tribunal que conoció la causa, el cual, sin pronunciarse, deberá remitir el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje, para que lo conozca en el término de tres días. El Presidente de la Corte, si lo estima conveniente, podrá disponer que por sorteo, conozca y despache el asunto una de las Salas de la Corte.

La ejecutoriedad del laudo no se suspende, si es que no hay petición expresa del recurrente en tal sentido y siempre que, para ello, consigne la caución suficiente que debe ser fijada por el Tribunal.

El planteamiento de la nulidad del laudo que se fundamenta en aspectos de carácter formal y que por lo mismo no ataca cuestiones de fondo, trae doctrinariamente una discusión: ¿será posible deducir la acción de nulidad en todos los casos de arbitraje, o solamente en aquellos en que debe resolverse en derecho?,... ¿cabe el recurso en los arbitrajes de equidad en los que, el respeto al orden público y a las buenas costumbres, es el único límite para los árbitros y, por lo mismo, su acción se desenvuelve con la más amplia libertad?.

La acción de nulidad es una garantía irrenunciable que no puede ser pactada en el convenio arbitral, porque atañe al derecho de defensa, al derecho a ser oído. El justo proceso no solamente implica cumplir con ciertas reglas en la sustanciación de la causa, sino también con pasos que, por ética, tienen que darse en cualquier circunstancia conflictiva;

como por ejemplo, el conocimiento que las partes deben tener sobre lo que se demanda, sobre las pruebas que aportan y sobre el ejercicio del derecho a la réplica.

Si la esencia del juicio de arbitraje es la pacificación y la solución de un conflicto interpersonal, subjetivo, sobre la base del leal saber y entender de los árbitros, el recurso de nulidad hace que el Juez que lo conozca, no deba pronunciarse sino exclusivamente sobre las garantías formales del procedimiento, pero no sobre el fondo de lo resuelto por el laudo, porque simplemente el Juez no tiene capacidad legal para ello.

¿Quiere esto decir que el recurso o acción de nulidad deja con vigor al laudo?... La declaratoria de nulidad por las razones señaladas en la Ley, sigue el principio universal de Derecho: **todo acto declarado nulo, se reputa como que nunca existió**. Consecuentemente, si se llega a anular un proceso arbitral, la nulidad abarca a todo, inclusive al laudo.

Sin embargo, hay quienes piensan que al tratarse solamente de un análisis formal, no es una sentencia de carácter rescisorio, sino una resolución que puede dejar sin efecto aquello que por el vicio formal constituye un exceso en el laudo, pero que no corrige el fundamento de lo resuelto, ni las razones que los árbitros tuvieron para pronunciarse.

## 5.19 Ejecución del Laudo Arbitral

El convenio arbitral que vincula a las partes y las compromete, hace nacer la condición de obligatoriedad que para ellas tiene el laudo.

Pero esa obligatoriedad no debe ser confundida con ejecutoriedad, porque esta figura lleva implícita la capacidad compulsiva para exigir el cumplimiento de una sentencia. Capacidad que solamente la tiene el Estado con su poder de imperio, ejercida a través de los Jueces de Derecho.

Por esta razón, cualquiera de las partes podrá concurrir ante un juez ordinario y, con la exhibición en regla del laudo, exigir su cumplimiento. (Art. 32)

## 5.20 Las Medidas Cautelares en El Arbitraje

El poder o facultad coercitiva tiene el órgano de administración de justicia no solamente para hacer cumplir la sentencia que dicta, sino

también para asegurar el normal desenvolvimiento del proceso y precautelar los intereses de las partes que eventualmente pueden hallarse en peligro por el comportamiento del adversario. Es el poder que otorga la jurisdicción.

En el arbitraje, la carencia o ausencia del poder o facultad jurisdiccional, plantea el problema sobre la capacidad legal de los árbitros para dictar medidas cautelares, frente a la necesidad de obtener soluciones de manera ágil. Por lo general se venía aceptando la posibilidad de que los árbitros dicten medidas cautelares con el auxilio jurisdiccional, principalmente para la fase de ejecución de los laudos, que, una vez ejecutoriados, podían merecer que un juez ordinario, a petición de parte o del árbitro, promueva una medida cautelar o exija coercitivamente su ejecución.

Poco a poco, dada la importancia que cobra la institución del arbitraje, va ganando terreno la tesis que admite que sean los propios árbitros quienes señalen las medidas cautelares, sin necesidad de los jueces ordinarios. Ciertamente es que esta forma de pensar encuentra oposiciones dentro de la doctrina y del purismo dogmático, puesto que significaría otorgar a los árbitros un poder que es exclusivo de la justicia del Estado, el cual recibe esa facultad por la renuncia que hacen sus asociados de la auto tutela de sus intereses, resignando en la colectividad jurídicamente organizada, esa prerrogativa. Por tanto, si la capacidad de dictar medidas cautelares tiene este origen, no puede surgir de un convenio o acuerdo voluntario y privado de las partes que escogen una vía para arreglar sus diferendos particulares.

Desde el punto de vista de esta posición doctrinal, es admisible que tanto el árbitro, como las partes, puedan solicitar a un juez ordinario la expedición de medidas cautelares, si renunciar al procedimiento arbitral. De esa manera, podían pedir las partes antes, en el transcurso, o luego de concluido el juicio arbitral para asegurar sus intereses.

Se sugiere también que en aras a la celeridad y a la necesidad de asegurar el cumplimiento de los laudos, se asigne a los árbitros la capacidad de dictar medidas cautelares pero por la vía contractual, es decir, cuando en el convenio arbitral, las mismas partes hayan acordado que, de ser necesario llegar al juicio arbitral, cualquiera de ellas podrá pedir al árbitro la fijación de tales medidas cautelares con el carácter de previsión o aseguramiento. Esto surgiría de la misma fuerza vinculante que pactan las partes sobre aquellos asuntos que pueden ser motivo de arbitraje y que solamente estarían obligando a los contratantes, mas no a terceros.

La Ley ecuatoriana prevé que:

“**Art. 9:** Los árbitros podrán dictar medidas cautelares, de acuerdo con las normas del Código de Procedimiento Civil o las que se consideren necesarias para cada caso, para asegurar los bienes materia del proceso o para garantizar el resultado de éste. . . ”

Esta disposición es amplia pues concede al árbitro plenas facultades para dictar medidas cautelares, no solamente de acuerdo con lo que para ello disponga el Código de Procedimiento Civil, sino también con otras leyes que considere necesarias para el caso. Para la ejecución de las medidas cautelares, cuando se prevé para ello, estipulación de las partes en el convenio arbitral, el árbitro podrá pedir el auxilio de los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos, sin tener que recurrir ante el Juez. Si en el convenio arbitral nada se pacta sobre la ejecución de las medidas cautelares, las partes solicitarán al Juez ordinario la correspondiente orden de ejecución, como si se tratara de una sentencia de última instancia.



# Capítulo 6

---

## La Mediación

---

### 6.1 Concepto

Es un procedimiento informal de solución de conflictos que siguen las partes con el apoyo de un tercero independiente y neutral que colabora con ellas para no llegar a la instancia judicial sino a una conclusión acordada y directa que supera la controversia a través del diálogo; es un medio sin cánones que busca encontrar el interés fundamental que mueve a cada adversario, a fin de rebasar ese empeño mediante una visión positiva del conflicto que armonice los afanes individuales en pugna, alcanzando un convenio mutuo en el que ninguno se sienta perdedor.

Para lograr este objetivo, el mediador, que no hace el papel de juez ni de árbitro, utiliza técnicas y estrategias que inducen a los contrincentes a comunicarse mejor, a expresar su auténtica e íntima verdad; les provoca acercarse recíprocamente en un clima de respeto, de diálogo creativo, que rompiendo las tensiones propias de la discrepancia o del enfrentamiento, permita un análisis objetivo de la realidad y que se busque inteligentemente una solución adecuada y satisfactoria con la que los contendientes se sientan triunfadores, perciban que han tenido éxito y experimenten la complacencia personal de haber ganado sin derrotar al otro, sino con el apoyo y colaboración de él, sin lo cual no hubiera sido posible superar el problema que antes los separaba.

Por esta presencia y actuación del mediador, se la conoce también con el nombre de **NEGOCIACIÓN ASISTIDA**, porque quienes discuten, exponen sus puntos de vista, los aceptan o rechazan, y quienes finalmente llegan o no a un acuerdo, son las partes, con la colaboración del mediador que ha canalizado el diálogo, ha resumido los diferentes enfoques y ha evitado enfrentamientos, logrando que se descubran los verdaderos intereses y finalmente, suscribiendo con ellas el compromiso al que hayan llegado, o informando en un documento, que no ha sido posible arribar a un acuerdo.

## 6.2 Características de la Mediación

Es un procedimiento que se destaca por las siguientes características:

1. Es **Voluntario**, porque las partes en ejercicio de su libertad, deciden tratar el problema que enfrentan dentro de este sistema alternativo ya sea porque ellas lo escogen de común acuerdo o porque admiten la sugerencia para acudir a él. Esta característica potestativa, voluntaria, no se la pierde en ningún momento pues, desde el inicio hasta el final de los diálogos, las partes exponen sus decisiones y dan a conocer sus intereses con plena libertad pudiendo retirarse del procedimiento cuando lo deseen, sin que quepa reclamo alguno.
2. Es **Informal y flexible**, porque el desenvolvimiento de la Mediación no está sometido a reglas procesales precisamente para que las partes puedan expresarse sin trabas, sin moldes ni esquemas que los sujeten, salvo las exigencias del respeto mutuo, de la cortesía y la urbanidad; por esta misma falta de reglas, el sistema también es flexible, porque al desenvolverse sin pautas preestablecidas, se acomoda a las condiciones y circunstancias de los interlocutores y de las que caracterizan al caso concreto que se trate, porque el objetivo del método es llegar al fondo del problema sin detenerse en rituales o formulismos que obstaculizan la espontaneidad de los diálogos.
3. Es **Asistido y neutral**, porque en el sistema de Mediación interviene un tercero imparcial, legalmente autorizado, para facilitar esta forma de negociación entre las partes, equilibrando la relación de fuerza entre ellas, canalizando su diálogo a fin de que cada



una exprese su real interés y necesidad procurando, mutuamente, encontrar un acuerdo satisfactorio que solucione el diferendo. Este trabajo profesional, motivador, será efectuado por el facilitador en base a los métodos y técnicas propias de su especialidad como mediador y de la experiencia adquirida en la práctica, con absoluta neutralidad para garantizar la equidad de la solución y la serenidad de las partes para el acuerdo.

4. Es **Confidencial**, porque ni las partes ni el mediador pueden revelar o utilizar lo que en el transcurso de la Mediación se haya argumentado, dicho o hecho; la reserva, la discreción y confidencialidad, constituyen en definitiva, el secreto y garantía de seriedad del sistema y de la libertad con la que deben actuar las partes para expresar sus auténticos intereses sin riesgo o temor alguno; esta obligación se la cumple con todo escrúpulo durante todo el proceso y, para no despertar temores en los intervinientes, ni siquiera se deja constancia escrita de sus actuaciones; solamente se lo hará de la conclusión a la que lleguen: positiva si lograron un acuerdo, negativa si aquello no fue posible.
5. Es **Cooperativa**, porque la participación de los interesados en la Mediación es espontánea y creadora buscando las fórmulas de arreglo frente a frente, con franqueza, cada uno tratando de entender la realidad que vive la contraparte, lo que de verdad siente y le preocupa como persona, para lo cual deben procurar colocarse cada uno en el lugar del otro; esto hace de la Mediación un proceso eminentemente humano y solidario.
6. Es **Justa**, porque el arreglo que pretende la Mediación, naciendo de la libertad y voluntad de las partes, no se queda exclusivamente en la proclamación de los derechos según la Ley, que lo podría hacer un Juez, sino que yendo más allá toca a lo equitativo y honesto. La Mediación no se detiene en analizar lo ocurrido para establecer los responsables del conflicto, sino que trata de conocer la realidad actual del problema, la situación de los involucrados ahora, como consecuencia de lo que antes pasó y visualizar lo que podría venir en caso de escalada del conflicto o imaginar aquello que sucedería si se logran acuerdos satisfactorios; la mediación se preocupa por el futuro de las relaciones entre las partes poniendo las bases para que sea una vinculación estable que otorgue a cada una, tranquilidad y paz emocional; precisamente para esto, la Mediación requiere de la sinceridad y lealtad de las partes y

de la transparencia con la que expongan sus auténticos intereses y reales aspiraciones; y

7. Es **Creativa**, porque para conseguir buenos resultados la Mediación obliga a que las partes inventen y analicen diversas opciones con las que podrían poner término al conflicto y solamente cuando de entre ellas hayan escogido la mejor, comenzarán recién a producirse las decisiones y los acuerdos. Lo dicho exige creatividad, desarrollo de la inventiva para procurar ver al problema desde otras dimensiones que antes ni siquiera eran sospechadas; visión creativa que por sí misma, ayuda a liberar grandes presiones y cargas emocionales, haciendo que las partes se sientan autoras de la solución y estén convencidas de que aquello que lograron con su inteligencia creadora, es bueno y justo.

Por las características indicadas, se puede concluir afirmando que la Mediación es un procedimiento democrático para resolver conflictos mediante el diálogo honesto de las partes, conducido por un tercero neutral que cumple el papel de facilitador, hasta que lleguen a un acuerdo satisfactorio.

### 6.3 La Mediación como Negociación

La Negociación es una forma de trato humano que en todos los órdenes de la vida se utiliza para alcanzar un objetivo de provecho. Los sinónimos del vocablo ayudan a comprender su alcance: ocupación, actividad, trato comercial, acto lucrativo, cesión, traspaso, endoso, compra venta, gestión importante para obtener algo o para solucionar conflictos.

Con esta idea, observamos que en las relaciones de convivencia, los seres humanos hacen tratos, se comprometen, se obligan, compran, venden, apuestan, transan, negocian en una palabra, desde los asuntos domésticos que atañen a su vida en el hogar, con sus hijos, en el barrio con sus vecinos, en la escuela, con los amigos, en su trabajo, hasta los temas de interés profesional, económico, comercial, político, etc. Vemos igualmente que los Estados negocian con sus similares, hacen acuerdos, pactan, se alían, suscriben protocolos y hacen mancomunidades en muchos temas, unos para la paz, el desarrollo y hasta para la guerra. La negociación entonces, es una actividad intensa en la que se intercambian puntos de vista sobre cuestiones en las que dos o más personas o

países tienen interés, preocupación o afecto, y también sobre divergencias, discrepancias y oposiciones que tratan de ajustarlas para acordar algo mutuamente satisfactorio.

Esta exposición de puntos de vista, puede convertirse por sí misma en un conflicto cuando la comunicación no es la adecuada y los distintos pareceres no solo que se enfrentan como ideas contrarias, sino que lleva a las partes a un combate de intereses personales donde la pugna sustituye al diálogo, porque la información entre ellas no es de intercambio honesto de opiniones que se exponen con franqueza buscando construir entendimientos positivos, sino que es una guerra de trincheras en la que cada expositor fortifica sus criterios y lucha para imponerlos, doblegando al contrario. En ese combate es frecuente que las partes, para hacer sentir su fuerza o el prestigio de su presencia, se entrapen en formalismos o en hechos intrascendentes a los que otorgan una significación extraordinaria, unas veces porque concurren a la entrevista sin tener el "*animus negotiandi*", o deseo de convenir, que es indispensable para arreglar y tratan de sacar de casillas al contrincante; otras, porque no tienen una idea clara del asunto y desean armarse con los argumentos que logren obtener de la otra parte y recién entonces empezar a diseñar una estrategia para vencer.

Tampoco faltan ocasiones en las que se concurre al supuesto diálogo, no para negociar en el claro sentido de la palabra, sino para agravar las cosas, provocar el rompimiento definitivo, amenazar o debilitar al contrincante haciéndole perder su paciencia, echarle la culpa y desviar el asunto a otras instancias.

Frente a estos peligros reales de la Negociación Directa, aparece la idea de la Negociación Asistida o Mediación, a fin de que el diálogo se lleve a efecto con el apoyo de un tercero imparcial quien como moderador experto en las técnicas de intercomunicación, para evitar desequilibrios en el diálogo, exageraciones o exabruptos que dificultarían la transacción, conducirá la reunión a terrenos de paz, donde prime el respeto y sea posible el logro de acuerdos convincentes que habrán de nacer de la voluntad de las mismas partes y en los que, ninguna de ellas, aparecerá o se sentirá como vencedora o vencida. Si el facilitador observa que no hay ese "*animus negotiandi*", tiene la responsabilidad ética de decirlo y retirarse del proceso.

## 6.4 Casos Recomendables para la Mediación

De modo general, pueden ser llevados a mediación o negociación todos los casos susceptibles de transacción o de conciliación según la Ley, con las condiciones y requisitos que para los asuntos de arbitraje hemos señalado antes. Sin embargo, siendo la mediación una forma técnica de negociar el conflicto con la ayuda de un tercero calificado, es indudable que la índole de la dificultad que se pretenda arreglar, será determinante para saber si el caso puede o no ser llevado a éste proceso de solución; por eso insistimos en la importancia que tiene la Teoría del Conflicto, a la que nos referimos inicialmente, pues sólo conociendo sus particularidades, teniendo el claro convencimiento de que la dificultad no siempre es negativa y que puede ser un poderoso estímulo para lograr soluciones duraderas, podremos saber si el problema concreto que tengamos a nuestro alcance, merecerá o no ser negociado con los mecanismos de la Mediación.

No olvidemos tampoco que se trata de un procedimiento en el que las partes arreglan sus diferencias con su propia decisión y voluntad, lo que se vincula con el grado de “poder” que cada una de ellas tiene realmente o cree tener sobre el asunto, lo cual podría afectar de diversa forma a la capacidad, efectiva o imaginaria, de “control” de la situación.

Estos dos puntos de vista orientan para recomendar el camino de la mediación en los casos siguientes:

- a. Cuando la relación entre las partes, por parentesco, amistad, negocios, dependencia, etc., tenga una significación tan importante capaz de dejar en un segundo plano al objeto mismo del conflicto, será indispensable valorar el impacto social y el escándalo que el deterioro de la relación podría provocar, sino también el riesgo que un proceso judicial público acarrearía sobre esos vínculos y sobre el prestigio de cualquiera de las partes o de terceros indirectamente afectados;
- b. Cuando la interpretación que cada una de las partes da al problema, proviene de malos entendimientos o de errores de comunicación, propios o inducidos, que podrían ser superados por el acercamiento directo de las partes;
- c. Cuando el poder, o control, que cada una de las partes realmente tiene o cree tener sobre el asunto, se encuentra equilibrado o con pequeñas y relativas diferencias.

- d. Cuando la Ley no es clara o tiene vacíos sobre el tema y se sabe que una posible resolución judicial, tendría que basarse necesariamente en la analogía o en los principios de la equidad;
- e. Cuando la materia del problema exige conocimientos especiales que siendo o no de la inteligencia de las partes, su valoración o esclarecimiento no depende de la sabiduría jurídica que pueda tener el Juez, sino de la preparación y experiencia técnica de expertos o de peritos en la materia;
- f. Cuando el verdadero “interés” de una o de ambas partes está realmente fuera de ellas y son otros individuos, o grupos vinculados, los auténticamente preocupados en los resultados de la conversación que se lleve a cabo entre las personas que se presenten en el proceso. Típico ejemplo de esta situación es la que se da cuando se negocia con delegados o representantes que tienen que dar explicaciones y responder a instancias superiores a ellos: directorio, accionistas, o a distintas asociaciones o sindicatos dentro de la misma organización a la que se deben. En este caso, se recomienda comenzar por una negociación previa que deje en claro los intereses de los entes jerárquicos correspondientes a fin de que, cuando se discuta el tema, las personas que concurren al diálogo tengan claro y sólido el interés que representan y la autorización suficiente para comprometerse sin el riesgo de oposición de sus representados.

## 6.5 La Negociación Comunitaria

Dentro de este último aspecto se halla la negociación comunitaria que se inscribe y desarrolla fundamentada en la base de la participación popular para hacer lo que se viene llamando “**concertación social**” como una forma de “**negociar la democracia**”, con la finalidad de construir una sociedad más participativa y justa, haciendo que los ciudadanos de un sector conozcan y opinen sobre los proyectos de leyes, trabajos, autorizaciones que comprometan al medio ambiente, o de obras que las entidades públicas planeen hacer o conceder en ese lugar, para que formulen sus observaciones, otorguen su aprobación o manifiesten su rechazo; proceso que comúnmente se lo viene llamando “*socialización*”, aunque ésta es más compleja que la divulgación anterior cuyo fin político es acordar voluntades para algo concreto.

En efecto la **SOCIALIZACIÓN** es el proceso cultural permanente de interacción por el cual la sociedad transmite a sus miembros su cultura, sus valores y experiencias, sus modos de ser y actuar, sus usos y costumbres para que los asociados los asimilen incorporándolos a su individualidad como pautas de comportamiento que caracterizarán su índole personal. Es un proceso complejo, cambiante, continuo y permanente de enseñanza-aprendizaje desde el nacimiento y aún antes, hasta la muerte de los individuos, en el que juegan un rol importantísimo la familia, el vecindario, la escuela, los amigos, los grupos profesionales, los partidos políticos, etc., como agentes socializadores que también sujetos a transformaciones y cambios.

Este esquema de comunicación, participación, asimilación y adaptación, es el que varias organizaciones sociales intentan replicar a fin de que sus miembros las acepten como tales y se sientan inmersos en ellas con gusto y responsabilidad; así la Administración Pública y las empresas privadas para crear un ambiente de trabajo bueno, entusiasta, solidario, aplican técnicas para la integración, compromiso y eficacia de su personal, usando al interés social como argumento y base para mantener aquellas estructuras cuya efectividad se demuestre, o cambiar las que se consideren obsoletas; para cualquiera de estos propósitos, sobre todo cuando se requiere respaldo, se anhela establecer un diálogo entre Estado y población, entre Municipalidad y vecindario, entre empresarios y trabajadores, etc. para que el afán sea más vigoroso, más humano y eficaz, comprometido auténticamente con la verdadera realidad social, por lo que la concertación social, deviene en una especie de Socialización Organizacional.

“La concertación social -dice Miguel Ángel Solans Latres es una práctica política impregnada de pragmatismo para introducir una mayor dosis de consenso y de legitimidad en la elaboración y aplicación de ciertas medidas de política social y económica... En términos generales, el fenómeno de la concertación social ha sido una respuesta política de los sistemas de democracia pluralista en los países industrializados a la rigidez de los mecanismos constitucionales de expresión del poder, para asegurar la gobernabilidad y canalizar la compleja y conflictiva realidad de estas sociedades, buscando para ello la cooperación de los agentes sociales”.

De lo transcrito se colige la importancia que tiene éste tipo de negociación de los conflictos, permitiendo vislumbrar la trascendencia que podría llegar a tener en la sociedad actual, cuya crisis se agudiza con más fuerza y desesperación, haciendo indispensable la necesidad de consensos en los que la opinión de la sociedad civil sea tomada en cuenta frente a la de las autoridades nacionales o sectoriales, o al sentir de los sectores de poder que controlan la actividad económica de los pueblos, a fin de trazar nuevos caminos concertados que conduzcan a la instauración de sistemas más justos de convivencia, acuerdos para los que el mecanismo de la negociación será un factor de alivio y de solución de la crisis social y política que sufren los pueblos. Entre esos nuevos caminos está el que viene denominándose **SOCIALIZACIÓN VIRTUAL** que se apoya en el desarrollo tecnológico de la informática que todos los días transforma los sistemas y modos de comunicación impactando en la sociabilidad humana mediante la gran cantidad de conocimientos que son posibles adquirir, conocer, criticar, usar, etc., en las redes virtuales superando los márgenes de espacio y tiempo de épocas anteriores, permitiendo una educación diferente con nuevas interacciones que dan paso al establecimiento de maneras diferentes de comprender a los demás y entenderse con ellos, introduciendo cambios en la convivencia desde el comportamiento individual y el interpersonal hasta las complejas relaciones comerciales e internacionales de consorcios y países. La socialización virtual, nos permite asistir a un dinamismo vertiginoso en el que es urgente aprender a convivir con el cambio y la diversidad.

En este dinamismo se usan ahora sistemas de socialización “en línea”, para un proceso de enseñanza aprendizaje dinamizador y proactivo a través del uso de programas y sistemas de computación, del internet, que facilitan la capacitación y las inducciones al personal en red y aún las evaluaciones. Más todavía, las mismas formas de trabajo desde el domicilio, no presencial, se difunden y tienen mayor acogida.

## 6.6 El Procedimiento de la Mediación

El proceso de mediación es sencillo y motivador en el sentido de alentar el acercamiento de las partes para que sean ellas mismas las que encuentren la solución a sus desavenencias mediante un acuerdo que les ponga fin. Nuestra Ley así lo entiende:

- **“Art. 43:** *La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extra-judicial y definitivo, que ponga fin al conflicto”.*

Si el acuerdo gestionado no llega a obtenerse, no se puede hablar de fracaso de la mediación, porque el acercamiento de las partes, la comunicación lograda entre ellas, el intercambio de opiniones, representa el esfuerzo que hicieron con la decisión de acometer el problema y si bien el empeño no ha sido suficiente para arribar a un acuerdo final, no deja de ser un acercamiento que facilita para que los intervinientes entiendan mejor el conflicto, piensen en la existencia de alternativas para el arreglo y baje el grado de la tensión que los enfrenta.

A este procedimiento técnicamente asistido se puede llegar mediante una petición formal, así lo establecen los siguientes artículos de la Ley:

- **“Art. 44.** - La mediación podrá solicitarse a los centros de mediación o a mediadores independientes debidamente autorizados.  
“Podrán someterse al procedimiento de mediación que establece la presente Ley, sin restricción alguna, las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, legalmente capaces para transigir.  
“El Estado o las instituciones del sector público podrán someterse a mediación, a través del personero facultado para contratar a nombre de la institución respectiva. La facultad del personero podrá delegarse mediante poder”.
- **“Art. 45.** - La solicitud de mediación se consignará por escrito y deberá contener la designación de las partes, su dirección domiciliaria, sus números telefónicos si fuera posible, y una breve determinación de la naturaleza del conflicto”.

De manera que, cualquier persona, natural o jurídica, pública o privada, legalmente capaz, puede someter a mediación, sin restricción alguna, toda materia susceptible de transacción. Existe gran amplitud y libertad para hacerlo, precisamente porque es un sistema en el que la voluntad de las partes es indispensable como expresión de su libre albedrío, de la capacidad y decisión que ponen para arreglar una controversia que no quieren que continúe.



## 6.7 Modos de Acceder a La Mediación

A pesar de esta amplitud, la Ley en su Art. 46 establece los tres modos de acceder al sistema de la mediación: Convenio previo; solicitud de parte; y por derivación provista por un juez.

- **“Art. 46.** - La mediación podrá proceder:
  - a) “Cuando exista convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación. Los jueces ordinarios no podrán conocer demandas que versen sobre el conflicto materia del convenio, a menos que exista acta de imposibilidad de acuerdo o renuncia escrita de las partes al convenio de mediación. En estos casos cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá que la renuncia existe cuando presentada una demanda ante un órgano judicial el demandado no opone la excepción de existencia de un convenio de mediación. El órgano judicial deberá resolver esta excepción corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones en el término de tres días contados desde la notificación. Si prosperare esta excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, caso contrario se sustanciará el proceso según las reglas generales;
  - b) “A solicitud de las partes o de una de ellas; y,
  - c) “Cuando el Juez ordinario disponga en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, que se realice una audiencia de mediación ante un centro de mediación, siempre que las partes lo acepten.  
“Si dentro del término de quince días contados desde la recepción por parte del centro de la notificación del Juez, no se presentare el acta que contenga el acuerdo, continuará la tramitación de la causa, a menos que las partes comuniquen por escrito al Juez su decisión de ampliar dicho término”.

De lo transcrito se destaca que siempre, en cualquiera de los tres casos, deberá estar presente la voluntad de las partes, porque la mediación es una herramienta para que los contendientes solucionen sus conflictos intercambiando sus opiniones, comunicándose percepciones e intereses ante un tercero que les ayuda a manejar ese instrumento

hasta llegar a un acuerdo. Es un mecanismo de autocomposición que no puede entenderse sin ese requisito de aquiescencia.

La disposición legal, para la primera forma de acceder a la mediación, simplemente habla de “*convenio escrito entre las partes para someter sus conflictos a mediación*”, lo cual puede ser tomado como suficientemente amplio para entender que basta para el efecto un documento privado suscrito por las partes, una simple cláusula expresa dentro de un contrato o convenio manifestando que las discrepancias que surgieren por el cumplimiento de ese documento principal, se someterán a mediación. Pero también podría interpretarse restrictivamente para sostener que el convenio escrito debe ser previo a la aparición del problema y referido a la totalidad de conflictos que puedan surgir en la relación futura de las personas involucradas; eso se podría deducir del empleo que el legislador hace del plural “*sus conflictos*”.

Creemos que del contexto del artículo transcrito se infiere que la intención de la Ley es amplia y que su exigencia de convenio escrito ni siquiera es previa al problema, porque bien podría ocurrir que una vez surgido un conflicto no previsto, las partes decidan que el mejor camino para solucionarlo es la mediación y acuerden ir a ella.

Mejor hubiese sido que el legislador, como en el caso del Arbitraje, detalle y defina con más precisión el CONVENIO DE MEDIACION, cuya existencia también puede deducirse del “*intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes...*”.

Es de señalar también, que en las dos primeras formas de acceder al sistema, es decir, tanto por la vía del convenio previo de mediación, cuanto por el camino de la solicitud individual o conjunta, las partes tienen libertad para escoger si el procedimiento se lo llevará a cabo ante un Centro de Mediación o ante un mediador independiente; no así en el tercer caso relativo a la derivación judicial, pues aquí el Juez tiene que desviar el problema necesariamente, “*ante un centro de mediación*”. Esto último no lo veo del todo prudente, porque las partes es posible que tengan preferencia por acudir ante un mediador independiente que les inspire mayor confianza que el determinado por el Juez. Ciertamente que el asunto podría arreglarse con el Centro al cual se derive si es que en su lista de mediadores constaría el nombre del mediador independiente preferido; o si es que en los estatutos del Centro existiría la posibilidad de convocar a la persona escogida por las partes para que, aunque no forme parte del Centro, actúe en la mediación. Preferible hubiese sido que el legislador otorgue al juez ordinario la facultad de derivar también

ante un mediador independiente, debidamente calificado, sugerido por las partes.

Sobre la importancia de la derivación judicial hacia la mediación, hablaremos con más detenimiento en otro apartado.

Es de resaltar que la Ley, una vez que define el sistema de mediación y señala ante quién y los casos en los que es procedente, no indica esquemas de procedimiento legal para el desarrollo de la audiencia en sí, porque ello sería una barrera para la espontaneidad y franqueza que se busca en un ambiente de informalidad. Los únicos límites en la audiencia, son las modalidades que se impongan las mismas partes para ordenar de mejor forma su comunicación dentro de las reglas comunes de urbanidad y respeto mutuo, mediante un acuerdo previo que puede ser modificado en el transcurso del proceso según las circunstancias que se vayan dando, porque, en atención al propósito final de la mediación, no pueden ser formas inexorables. Por eso la Ley no prevé reglas y deja a las partes en plena libertad para que se desenvuelvan sin estorbos formales en pro de solucionar el conflicto que los separa, encontrando los intereses comunes que pueden unirlos.

Sin embargo, para que el diálogo sea viable y productivo, el mediador, al iniciar la audiencia debe explicar muy claramente los siguientes aspectos, a más de los que él crea convenientes:

- a. La eficacia y validez legal del sistema escogido para solucionar el problema;
- b. El papel que habrá de desempeñar como tercero neutral;
- c. El sistema que como moderador del encuentro, sugiere que las partes adopten para el desarrollo del diálogo y para que la reunión sea provechosa;
- d. Las pautas generales que para el efecto tenga el Centro Especializado de Mediación y el sistema que, como Mediador, utiliza para el desenvolvimiento de la audiencia.

Todos los temas de esta introducción no son formalismos procesales inexorables que se imponen, sino medios que se sugieren para canalizar adecuadamente las intervenciones durante el diálogo y que pueden ser modificados por las partes, no solamente al comenzar la audiencia, sino en cualquier momento de ella según sus conveniencias, pensando siempre en la buena organización del proceso de mediación. Sin embargo, para el mediador las reglas de actuación que las partes acepten o

se impongan, serán de suma importancia porque constituirán los únicos instrumentos de control que disponga para conducir la mediación y procurar que la participación de las partes sea equilibrada, respetuosa y con ponderación, para que no desborden las pasiones y se produzcan nuevas causas de distanciamiento.

La mayor o menor formalidad del proceso, tendrá mucho que ver con la naturaleza del tema que se trate y con las características de las personas involucradas, quienes podrían, después de la instrucción preliminar del mediador, suscribir un ACUERDO DE MEDIACION en el que señalen las modalidades y reglas de las audiencias.

## 6.8 La Confidencialidad en La Mediacion

Cuando hablamos de las características de la mediación, indicamos los rasgos que la singularizan. Esas condiciones peculiares son las que guían la comunicación y el acercamiento de los contendientes porque son el fundamento del sistema y las que con el aporte voluntario de las partes, habrán de permitir que se restablezca la relación entre ellas y se supere el conflicto. Pero vale la pena destacar que la Ley expresamente se refiere a la CONFIDENCIALIDAD como una nota distintiva de la mediación que garantiza la libertad que las partes tienen para exponer sus percepciones o propuestas, con la seguridad de que nadie podrá aprovecharse de ellas. Por eso, la Ley señala:

- “Art. 50: La mediación tiene carácter confidencial.

Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva.

Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar.

Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad”

Esta confidencialidad y reserva obliga a todos los que participen de la mediación, sea como partes directamente involucradas, o como asesores u observadores. El mediador o facilitador tiene idéntica obligación, pero además, como un amparo para su propia independencia y como un resguardo para los intereses futuros de las partes, cuyas opiniones, actitudes, pruebas, documentos, etc., ha conocido durante el proceso de mediación.

- **“Art. 49:** Quien actúe como mediador durante un conflicto queda inhabilitado para intervenir en cualquier proceso judicial o arbitral relacionado con el conflicto objeto de la mediación, ya sea como árbitro, abogado, asesor, apoderado o testigo de alguna de las partes.

“Además por ningún motivo podrá ser llamado a declarar en juicio sobre el conflicto objeto de la mediación”.

Esta prevención de la Ley concede al mediador la guardia, casi sacramental, de lo ocurrido durante la mediación, como un imperativo que no desaparece por la renuncia a la confidencialidad que hagan los contendientes, pues forma parte del secreto profesional que el mediador está obligado a mantener y custodiar.

Es tan importante el tema de la confidencialidad, que se recomienda que las partes, antes de comenzar el proceso de mediación, suscriban un CONVENIO DE CONFIDENCIALIDAD, no solamente para que garanticen con su propio criterio la reserva de sus conversaciones, sino también para que tomen conciencia de la importancia y seriedad del procedimiento que han escogido para solucionar sus diferencias.

Pero la reserva que se impone, no mira solamente al interés de los contendientes sino también al de la independencia judicial, para que en caso de que los órganos judiciales tengan que conocer y resolver la controversia porque la mediación no llegó a acuerdo alguno, la acción judicial no sea entorpecida por lo que se dijo o hizo durante la mediación. La aplicación de la Ley que haga el Juez tiene que ser formalmente objetiva y eminentemente lógica, sin ideas previas y sin prejuicios, en mérito a lo actuado durante el proceso judicial y no por lo realizado en el proceso de la mediación fallida.

El procedimiento de mediación al ser conducido por ese tercero imparcial especializado, tendrá mucho de su estilo personal, de su preparación y de la experiencia que haya adquirido en el manejo del método y en su capacidad de comunicación. La función que cumple el mediador y su actividad durante el proceso, son materia de interés especial, cuyos lineamientos generales daremos después.

## 6.9 Fin de La Mediación

Este proceso informal, dinámico y confidencial de la mediación, concluye con la suscripción de un acta que puede contener el Acuerdo

de solución total o parcial del problema, o la constancia de que no fue posible llegar a un arreglo.

“Art. 47: El procedimiento de mediación concluye con la firma de un acta en la que conste el acuerdo total o parcial, o en su defecto, la imposibilidad de lograrlo.

“En caso de lograrse el acuerdo, el acta respectiva contendrá por lo menos una relación de los hechos que originaron el conflicto, una descripción clara de las obligaciones a cargo de cada una de las partes y contendrán las firmas o huellas digitales de las partes y la firma del mediador.

“Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en éste son auténticas.

“El acta de mediación en que conste el acuerdo tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la suscripción del acta de mediación.

“Si el acuerdo fuere parcial, las partes podrán discutir en juicio únicamente las diferencias que no han sido parte del acuerdo. En el caso de que no se llegare a ningún acuerdo, el acta de imposibilidad firmada por las partes que hayan concurrido a la audiencia y el mediador podrá ser presentada por la parte interesada dentro de un proceso arbitral o judicial, y ésta suplirá la audiencia o junta de mediación o conciliación prevista en estos procesos. No obstante, se mantendrá cualquier otra diligencia que deba realizarse dentro de esta etapa en los procesos judiciales, como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario.

“En los asuntos de menores y alimentos, el acuerdo a que se llegue mediante un procedimiento de mediación, será susceptible de revisión por las partes, conforme con los principios generales contenidos en las normas del Código de Menores y otras leyes relativas a los fallos en estas materias”.

La disposición transcrita contiene varios asuntos de interés:

1. **Final del Proceso de Mediación:** la mediación concluye mediante la suscripción formal del Acta correspondiente, la misma que debe reunir ciertos requisitos como:
  - a) La relación de los hechos que motivaron el conflicto, y no de los que se hayan dado durante la mediación, ni de los argumentos que las partes hayan expuesto en el transcurso de ella, porque tales acontecimientos están protegidos por la confidencialidad y de ellos no se lleva ni se deja constancia alguna. Esta relación debe ser puntual y concisa sobre la razón misma de la controversia, para evitar que por cualquier falta de precisión, se dejen puertas abiertas para nuevos inconvenientes;
  - b) La descripción o expresión precisa y clara de lo que asume cada parte como forma de solucionar el problema y de dar por terminado el conflicto. Constará el detalle de las responsabilidades de las partes: los derechos y obligaciones mutuos o de cada una; la cantidad y calidad de lo que se debe dar o hacer; el tiempo, lugar, plazos, condiciones, etc. en que lo asumido como obligación se habrá de cumplir. Todo lo cual deberá ser dicho con exactitud y minuciosidad, para precautelar la ejecución del acuerdo; y,
  - c) Las firmas de las partes que aceptan el compromiso que adquieren y la del mediador. Esta última es la que otorga autenticidad al documento, es decir, la que lo acredita como verdadero en su contenido y en su forma, haciéndolo merecedor de fe porque lo legaliza; por eso, quien actúe como mediador, deberá ser legalmente reconocido como tal. Así lo establece la Ley:
    - **“Art. 48:** La mediación prevista en esta Ley podrá llevarse a cabo válidamente ante un mediador de un centro o un mediador independiente debidamente autorizado.

“Para estar habilitado para actuar como mediador independiente o de un centro, en los casos previstos en esta ley, deberá contarse con la autorización escrita de un centro de mediación. Esta autorización se fundamentará en los cursos académicos o pasantías que haya recibido el aspirante a mediador.

“El centro de mediación o el mediador independiente tendrá la facultad para expedir copias auténticas del acta de mediación”.

De esta validez jurídica se colige que el Acta de Mediación no requiere ser homologada, autorizada o reconocida por autoridad o juez alguno.

2. Efectos Jurídicos del Acta: El Acta con la que de concluye el proceso de mediación tiene el efecto de “**sentencia ejecutoriada y cosa juzgada**”. Lo cual, jurídicamente significa que:
  - I. La voluntad expresada en el Acta es irrevocable y que el asunto no podrá ser sometido ni a un nuevo proceso de mediación, ni a juicio;
  - II. Por ser firme, es inmutable y no puede ser objeto de apelación o recurso. Solamente en los casos de menores y de alimentos “será susceptible de revisión por las partes,...”, para efectos de actualizar el valor de las pensiones o modificar el período de visitas, por ejemplo;
  - III. Estas características, hacen del Acta de Mediación una excepción perentoria que, en caso de demanda, puede oponer el demandado;
  - IV. La ejecución de lo acordado se podrá pedir ante un Juez ordinario, quien ordenará el cumplimiento de las obligaciones que se hayan contraído, compeliendo a que se lo haga, aún por la vía de apremio. El Juez ordinario lo es “de la ejecución”, por tanto, no entrará a calificar el acuerdo, ni se pronunciará sobre su contenido, cuya validez está dada “por la sola firma del mediador”;
  - V. Por economía procesal, el Acta de Mediación suple a la Audiencia o la Junta de Conciliación previstas en los procesos arbitrales o judiciales, en lo que a la cuestión discutida se refiere, pues resultaría inútil convocarla, cuando se sabe que el propósito de llegar a un acuerdo, habiéndoselo intentado, no fue posible obtenerlo. Sin embargo, esas figuras procesales se mantendrán para otros efectos, “como la contestación a la demanda en el juicio verbal sumario”.

## 6.10 La Mediación y La Etica

Cuando tratamos el concepto y características de la mediación destacamos ciertas palabras que considero claves para entender por qué es



necesaria la Ética en este tema. La controversia es un comportamiento que tienen dos o más personas que acuden ante un tercero que también es persona para que apoye la solución del problema; son seres humanos con su dignidad y honor, con sus intereses y principios de conducta; para ese arreglo se buscará cumplir con la justicia, con la libre expresión de voluntad para decidir; se exigirá neutralidad, imparcialidad, confidencialidad, reserva y respeto a lo acordado: todos éstos son valores fundamentalmente éticos.

### 6.10.1 ¿QUÉ ES LO ETICO?

La idea de la verdad o la percepción las cosas en sus detalles y estructura, se relacionan con la Filosofía, que no es sino “amor a la sabiduría” para así desentrañar y conocer las causas supremas, visibles o invisibles; espirituales o materiales, los ideales, los fines y objetivos de personas y cosas: por un lado, la cosmovisión y la postura que ante ella se asuma y, por otro, es axiología para discernir y justipreciar con madurez y buen criterio las experiencias.

En esta parte de la Filosofía, está la Ética que se ocupa de los principios de bondad o maldad, de lo justo y lo injusto que están en la conciencia humana y ahora preocupan también a la Bioética que desde el genoma humano los plantea como esenciales en todo el proceso de la vida desde su comienzo hasta su extinción.

Esa capacidad de valoración está en las lindes trascendentales de la Justicia con el anhelo de libertad y eternidad que pueden cumplirse, no en los individuos, sino en la especie, en su organización social y en la del Estado que en tanto entidades, caminan con las virtudes y defectos de sus integrantes hacia el progreso colectivo.

La Ética estudia la esencia de los denominados “actos humanos”, es decir de aquellos que se hacen con conciencia y voluntad y surgen desde la libertad y la capacidad de querer y hacer que tengan los individuos y las sociedades; a diferencia de los llamados “actos del hombre”, que son los que realiza el cuerpo independientemente de la voluntad, de manera mecánica o fisiológica, sin que puedan ser calificados de éticos o antiéticos, de morales o inmorales.

Por este campo de acción en los comportamientos humanos libres, es que la Ética se ocupa de los valores y virtudes esenciales, universales, de bondad o maldad que califican la conducta humana, dando a los actos calidad, dignidad y valor; principios y calidades que subyacen en el hecho que se analice, para hacerlo bueno, malo, honesto, deshonesto,

procedente, improcedente, correcto, incorrecto, verdadero o falso; y, desde ese análisis, elaborar la noción superior, paradigmática, válida para todos, o “percepción holística” de los preceptos de apreciación ética de los comportamientos.

Es importante referirse de paso a la denominada Conciencia Ética, es decir, a la facultad de la inteligencia humana para apreciar y distinguir el bien y el mal antes y después del acto: antes, advirtiendo la benignidad o malignidad que encierra y por tanto recomendando su ejecución oportuna y prudente, o reprochándolo y exhortando a su rechazo; después del acto, haciendo un juicio espiritual que premia o censura al actor.

El tema de la Conciencia Ética es complejo, como también lo es el de la naturaleza del comportamiento o del bien en sí para saber por qué un acto es bueno o es malo, o simplemente entender de qué depende la bondad o maldad de un comportamiento. Estas inquietudes fáciles de anunciarlas, son las que dan origen a los Problemas Filosóficos

Por la importancia del tema que lo traté en otro libro, “Nociones de Justicia, Ética, Moral y Derecho”, reproduzco de él el texto de Leonardo Boff:

“La ética es parte de la filosofía. Considera concepciones de fondo, principios y valores que orientan tanto a personas como a sociedades. Una persona es ética cuando se orienta por principios y convicciones. Decimos entonces que tiene carácter y buena índole. ...

La moral, en cambio, forma parte de la vida concreta. Trata de la práctica real de las personas que se expresan por costumbres, hábitos y valores aceptados. Una persona es moral cuando obra conforme a las costumbres y valores establecidos que, eventualmente, pueden ser cuestionados por la ética. Una persona puede ser moral (sigue las costumbres) pero no necesariamente ética (obedece a principios).

Estas definiciones, aunque útiles, son abstractas porque no muestran el proceso, cómo surgen efectivamente la ética y la moral. Para aclararlas, no ayudan los conceptos griegos, porque:

- La morada, no es un simple espacio físico, sino que debe ser entendida existencialmente como el conjunto de las relaciones entre el medio físico y las personas que la habitan y la sienten como su querencia. Y llaman a la morada, con “e” larga, “*e*thos”.
- Para que la morada sea morada, hay que organizar el espacio físico (cuartos, sala, cocina) y el espacio humano (relaciones de los moradores entre sí y con sus vecinos) según criterios, valores y

principios para que todo fluya y esté como se desea. Eso da carácter, estilo propio, a la casa y a las personas. Los griegos también llaman a esto "ēthos". Nosotros diríamos ética y carácter ético de las personas.

- En la morada, los moradores tienen costumbres, maneras de organizar las comidas, los encuentros, modos de relacionarse, tensos y competitivos o armoniosos y cooperativos. Es el "ethos" (con e corta). Nosotros diríamos moral y la postura moral de una persona: pero ocurre que esas costumbres (moral), siendo relaciones familiares, forman el carácter (ética); el estilo propio; el modo de ser de las personas, de las cuales podremos decir que serán éticas, o sea que tendrán principios y valores, si han tenido y recibido una buena moral, o sea, que sus relaciones en casa fueron armoniosas e inclusivas".

De lo dicho se infiere que la *Ética* es ciencia de los "valores", que resulta como la Filosofía del deber ser de las acciones humanas para guiar la convivencia y por tanto el orden jurídico de las colectividades, consecuentemente es contigua a la Justicia porque las dos velan por los principios de LIBERTAD, EQUIDAD, IGUALDAD, PAZ, HONRA, PROPIEDAD, principios éstos que son la fuente de múltiples garantías e instituciones del Estado y del Derecho.

### 6.10.2 *Ética y Mediación*

La solución de controversias entre los seres humanos es una íntima aspiración de las personas involucradas no sólo para el equilibrio de su individualidad y el aseguramiento de su autoestima, sino también como un deseo de convivir en paz; es además una tendencia personal que encuentra apoyo en la cultura del diálogo que debe primar entre quienes aspiran alcanzar arreglos justos, equitativos, para lo cual sienten que deben hacerlo actuando con libertad, con sinceridad, con espontaneidad, no con el ánimo de forjar vencedores y vencidos, ganadores y perdedores, generosos sacrificados y egoístas favorecidos, sino movidos por la convicción de la necesidad de éxito común, solidario, bajo la fórmula de "ganar-ganar".

En esta perspectiva humana, los valores éticos y los preceptos morales deben tenerlos muy presentes tanto las partes involucradas en el problema que vayan a negociar, cuanto la persona escogida por ellos para que apoye el proceso en calidad de tercero neutral.

Para el caso de las partes involucradas, será esencial que cada una de ellas tenga la visión de orden ético sobre su verdadero interés en el tema, y también en torno a auténtica disposición que le impulse a arreglarlo. Ciertamente que el hecho de haber optado por la negociación o la mediación como vías para arreglar el pleito, es síntoma de que los interesados perciben una situación conflictiva que es preferible superar y esta circunstancia debe llevar a una evaluación inteligente de los principios éticos comprendidos en el problema, haciendo el análisis a la luz de los esquemas que al respecto maneja la comunidad para así saber si los motivos que produjeron el conflicto y los posteriores matices que se hayan añadido durante su existencia, corresponden o no a los prototipos sociales de comportamiento humano válidos, respetados y exigidos en el diario convivir; sólo así será posible percibir si en el tema será necesario reforzar los valores existentes o abandonarlos para acercarse a las pautas colectivas, tomando las decisiones adecuadas con libertad y conciencia para asumir con dignidad las responsabilidades que de ello se deriven.

Con la carga de intereses directos que los involucrados tienen en el problema, no es para ellos una evaluación fácil, pero las etapas del proceso de mediación o negociación, prestan mucha ayuda no solamente para escudriñar los valores individuales verdaderamente aprendidos y vividos en el proceso de socialización y que corresponden a la idiosincrasia de cada parte sin contravenir el orden público, sino también, mediante ejercicios de simulación, pensar en aquellos valores que se los tiene como característicos de una profesión o actividad cuyo cumplimiento se espera y exige a quien la ejerza o practique, porque son modelos que están más allá de una regla expresa, ubicándose en la índole misma de la carrera o labor.

Por estos motivos, siempre se exige que los Centros de Mediación dispongan de un Código de Ética estricto para sus Mediadores y se ha llegado a sugerir que deberían ser los países los que dicten uno que rija para quienes se hayan calificado para el ejercicio de esta función y aún para quienes sean libremente escogidos a fin de que actúen como tales. La exigencia resulta entendible por el papel que los mediadores cumplen en el proceso de solución de conflictos; relevancia que gira en torno a las virtudes que deben caracterizar cualquier proceso de mediación: neutralidad, imparcialidad, independencia y confidencialidad que están vinculados con la personalidad del mediador, con su integridad personal, con su honestidad y honor individuales, así como con su dig-

nidad, prestigio y confiabilidad profesionales, porque su actuación en el proceso de mediación es personalísima, es decir “*intuito personae*”

La exigencia de neutralidad e imparcialidad requiere que el mediador no esté influido por afectos o desafectos en relación con nacionalidad, raza, sexo, ideologías, religión o creencias de las partes, de manera que pueda conducir el proceso con equilibrio, sin cargas afectivas en pro o en contra de ningún involucrado.

La dignidad y prestigio del mediador, su integridad personal y su comportamiento familiar y social, su capacitación y experiencia para el papel que va a desempeñar, influyen mucho como garantía de seriedad, de la confidencialidad del proceso y la rectitud del mediador que no pondrá en riesgo ni favorecerá a ninguna de las partes. El tema es de tal importancia que no es raro escuchar ahora que la Ética es intrínseca de la Mediación, puesto que son procedimientos de diálogo entre personas como medio para entenderse y solucionar válidamente sus desacuerdos, lo que significa que se trata de un medio ético; más aún, autores que siguen la Ética del Discurso de Jürgen Habermas, afirman que la interacción comunicativa que se produce en la Mediación es una práctica de clarificación de lo que es el bien común, perturbado por intereses particulares, experiencia donde el discurso argumentativo demuestra gracias a la comunicación lingüística: el valor ideal que concibe el Mundo subjetivo, (veracidad, sinceridad, confiabilidad), se concreta en un acto ético real y observable en el Mundo objetivo, (verdad, franqueza, corrección), y que el Mundo social, lo hace válido y digno, porque está cercano a la idea desarrollada en la comunidad sobre la rectitud moral, lo justo, lo bueno, lo equitativo, lo solidario y sobre la felicidad, por encima del utilitarismo y la materialidad de ellos o de la riqueza física que representen; es un acercarse humano a aquello que se conoce como “Filosofía de la Vida”, con impulsos sencillos y libres, ajenos al cientificismo, sin dejar la racionalidad pero en una búsqueda participativa de lo correcto en las relaciones comunitarias de convivencia; esto exige el reconocimiento de los interlocutores como personas capaces de discutir sobre valores o principios y no sobre intereses, para construir una voluntad común sobre el conflicto, entendido casi como una patología que sufre la convivencia social correcta.

La Ética del Discurso, aspira traer los temas éticos al campo público y entiende que la rectitud moral debe ser una pretensión del mundo social, sin que ello signifique abandonar el campo de lo privado; es un acercamiento entre las corrientes filosóficas liberales y las comunitarias. En este afán, cierta novelaría de los asambleístas constitucionales

reunidos en Montecristi para dictar la Constitución del Ecuador, habiendo hecho del país un “Estado Constitucional de derechos y justicia... plurinacional y laico”, le otorgó en el Art. 3, núm. 4) de la Carta Magna, el deber primordial de “Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico”, lo que significa no solamente confundir Ética y Moral, sino que además, adjetivando al sustantivo “ética” con la calidad de “laica”, se proclama una posición reduccionista de la validez de la Ética que solamente merecerá reconocimiento cuando sea “sustento del quehacer público”, lo cual implica que el legislador arbitrariamente asigna al Estado una ideología, lo que es simplemente absurdo.

La “Ética” juzgando lo que es bueno o malo, no requiere de adjetivos calificativos ni determinativos, simplemente es o no es; la Moral si los admite y por ello existen muchas formas de moral en los distintos pueblos de nuestro país y del mundo; pero, aún con esta aclaración y tolerando que los términos Ética y Moral se vean como sinónimos, la imposición ideológica de “ética laica” permanece por encima de las afirmaciones que constan en el Preámbulo de la Constitución que reconoce nuestras raíces en los “distintos pueblos” y en “nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad” y apela, a “la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen”, imposición que va en contra de los “derechos humanos” que la misma Constitución celebra.

Es posible que el legislador constituyente al hablar de Estado “laico” y de “ética laica”, haya querido aludir a la separación entre el Estado y las organizaciones religiosas y clericales, especialmente a la Iglesia Católica, lo cual constituiría una pobre visión del Laicismo como doctrina filosófica que preconiza el destino perfectivo del hombre hacia la felicidad que será alcanzable por el esfuerzo digno de las personas y el pleno uso de su libertad, que permite diferenciar, escoger y decidir entre alternativas posibles contrarias o disímiles. La Ética Discursiva, cavilosa y racional, retoma los principios laicos para una investigación disciplinada y razonada, participativa y social, porque es en la vida comunitaria, no aislada, donde se logra el perfeccionamiento humano.

# Capítulo 7

---

## La Conciliación

---

### 7.1 Naturaleza Jurídica

Según el Diccionario de la RAE, el verbo conciliar tiene tres acepciones: “*Componer y ajustar los ánimos de quienes estaban opuestos entre sí. //2. Conformar dos o más proposiciones o doctrinas al parecer contrarias. //3. Granjear o ganar los ánimos y la benevolencia, o, alguna vez, el odio y aborrecimiento*”, a su vez, CONCILIACIÓN siendo la acción y efecto del verbo conciliar, no sería otra cosa que la gestión para que los adversarios lleguen a concertar un arreglo a fin de evitar un conflicto o desistir de uno ya iniciado.

Estas significaciones académicas coinciden con el hecho de que la conciliación es una de las formas más antiguas de buscar la armonía y el avenimiento de las partes. Es un mecanismo de autocomposición por el cual las personas que se encuentran opuestas y antagónicas fuera o dentro de un juicio, deciden por sí mismas resolver su problema, encontrando un acuerdo satisfactorio por medio del diálogo directo y amistoso.

Este avenimiento, sea que se produzca antes de llevar el diferendo a juicio o que ocurra dentro de un proceso judicial en trámite, si es por iniciativa de los mismos contendientes, la naturaleza de la conciliación se encontrará en el ejercicio de la libertad individual como un acto

nacido de la voluntad de las personas; no importa si para el acuerdo las partes buscaron por ellas mismas acercarse entre sí, o si para facilitar el encuentro escogieron un tercero que les ayude en ese procedimiento informal.

Pero la conciliación también puede darse por disposición de la Ley como un mecanismo que obliga a los contendientes a buscar su avenimiento a fin de apaciguar sus relaciones en forma rápida y concluir el juicio. En este caso, el acercamiento se lo hace en acatamiento de la Ley, aún en contra de la voluntad de las partes, ante la presencia y autoridad directa del Juez, o frente a un tercero designado por ese mismo funcionario. En este caso, la naturaleza de la conciliación está en la potestad del legislador manifestada en el Derecho Adjetivo como forma especial de poner fin al proceso aplicando el principio de inmediatez procesal.

Sin embargo, hay quienes piensan que la figura de la conciliación como acto jurídico, tiene autonomía por la especificidad de su objetivo que es buscar la avenencia o acuerdo de las partes quienes para ello expresan su consentimiento y manifiestan su voluntad modificando una relación existente entre ellas y creando una nueva situación entre las dos, precisamente para evitar el litigio o ponerle fin, mediante un pacto conciliatorio que no puede ser debatido judicialmente porque tiene validez de cosa juzgada y su cumplimiento puede ser exigido ante el Juez.

Con estos antecedentes, se puede decir que la Conciliación es un medio alternativo de solución de conflictos con el que las partes directamente resuelven sus diferencias con o sin el apoyo de un tercero.

## 7.2 Formas de La Conciliación

Así entonces, la conciliación entendida siempre como un avenimiento que busca arreglar el problema que está enfrentando a las partes, puede darse bajo las siguientes formas: extrajudicial y judicial.

- a) **CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL**, cuando el ajuste se lo busca con anterioridad a un proceso con el ánimo preventivo de evitarlo; o cuando estando en marcha un juicio y sin importar el estado en el que se encuentre, las partes por propia iniciativa hacen conocer al Juez que han llegado a un acuerdo y solicitan el archivo del proceso.



No es necesario que se la haga con la presencia de un conciliador, aunque los buenos oficios de un tercero sean aconsejables no solamente para facilitar el acercamiento de los contendientes, sino también porque morigera y lima las asperezas de los criterios opuestos y a veces agresivos, para permitir un diálogo respetuoso que concluya en la resolución del caso. El tercero podría, si las partes lo piden, formular propuestas para facilitar una discusión concentrándola en los verdaderos intereses, evitando aspectos de carácter secundario que muchas veces son los que dificultan un arreglo.

Cuando la conciliación extrajudicial se impone como condición o requisito de admisibilidad antes de promover una demanda, se la denomina “prejudicial”, el tema trae polémica:

- Los defensores del sistema opinan que es un mecanismo salvable no sólo por la solución que puede obtener, sino también por el acercamiento obligatorio que aunque no logre resultados positivos, provoca la exposición de criterios que luego servirán de ayuda para una resolución judicial definitiva. Si consiguen el avenimiento, la justicia ordinaria se descongestiona porque no se iniciará un proceso. Si no se lo consigue, se habría procurado la aproximación de las partes y se sabrán por lo menos, sus reales aspiraciones. La oportunidad que el sistema brinda, provocará: transacción; allanamiento a las pretensiones del actor; o desistimiento de las mismas, y en cualquiera de ellas se habrá logrado con celeridad el objetivo final de la Justicia, sin el desgaste judicial y los costos de un proceso.
- Quienes se oponen al sistema, indican que en las legislaciones que lo aplican se ha vuelto una verdadera traba procesal porque es un auténtico obstáculo para acceder a la Justicia y se ha convertido en un trámite ineficaz y formalista, que está siendo abandonado en varios de los países que originalmente lo adoptaron.
- Otros, menos entusiastas, asumen una posición más prudente: defienden el sistema de la conciliación prejudicial para conflictos de menor cuantía como asuntos familiares y laborales; de defensa del consumidor e incluso para consecuencias civiles de temas penales de impulso particular. Quienes se abanderan por esta posición, señalan que la sociedad civil debe promover verdaderos centros de conciliación.

La Ley de Arbitraje y Mediación, en el Art. 55, reconoce que “*La conciliación extrajudicial es un mecanismo alternativo para la solución de conflictos. Para efectos de la aplicación de esta Ley se entenderán a la mediación y a la conciliación extrajudicial como sinónimos*”.

- b) **CONCILIACIÓN JUDICIAL O DE PROCESO PÚBLICO**, es el avenimiento dentro de la audiencia obligatoria prevista en la etapa procesal de un pleito promovido ante el Juez de la materia quien necesariamente la convoca. En este caso es preciso distinguir entre el acto conciliatorio, entendido como el acercamiento de las partes acatando el mandamiento legal para procurar entre ellas un acuerdo, y el resultado conciliatorio, que alude al efecto de ese acercamiento que puede ser positivo, si es que produjo un convenio satisfactorio para los litigantes que acepta y convalida el Juez; o negativo, si el avenimiento no fue posible. En el primer caso, termina el conflicto en el estado en el que se encuentre judicialmente; en el segundo el problema permanece y el trámite judicial continúa.

Cuando la Conciliación es exigida dentro de un proceso judicial ordinario, es siempre una institución procesal para buscar que las partes se pongan de acuerdo y terminen el problema. El Juez participa en el diálogo y prudentemente aconseja propiciando un avenimiento, sin que por ello se pueda decir que su actuación sea una forma de prejuzgamiento o de coacción hacia las partes y peor de prevaricato.

La conciliación en este caso, tiene una naturaleza claramente procesal, puesto que ocurre dentro de un pleito judicial iniciado formalmente y como un paso previsto en el desarrollo de la causa a fin de dar oportunidad a las partes para que en sede jurisdiccional contenciosa, ejerciten su derecho de convenir sobre lo controvertido que se deduce de las pretensiones que constan en la demanda y en la contestación a ella; esta manifestación de la potestad voluntaria de las partes evita que el litigio continúe hasta ser resuelto en sentencia. La intervención del Juez que conoce el tema discutido en razón de lo que se halla impugnado y refutado en el expediente, se limita a solemnizar y en cierta manera a dirigir la audiencia para que el acuerdo sea equitativo, pero no decide ni da a conocer su criterio judicial.

### 7.3 Diferencia entre las Formas de Conciliación

De lo dicho anteriormente se colige que la conciliación extrajudicial, incluyendo en ella a la prejudicial, se lleva a cabo entre las partes con o sin el apoyo de un facilitador, se caracteriza por ser espontánea, comunicativa, colaboradora y creativa y porque puede abordar todos los temas del diferendo entre las partes involucradas, tratándolos y entendiéndolos con empatía para generar una solución equilibrada más cercana a los principios éticos de justicia y equidad, sin que se oponga a la ley, en un clima de absoluta confidencialidad.

En cambio, el encuentro de las partes en la conciliación judicial o de proceso público, no es espontáneo sino que se produce por mandato de la Ley ante el Juez de la causa y exclusivamente para tratar los temas que constan en el expediente y sobre los que se haya trabado la Litis, o sea aquellos que se hicieron contar en la demanda y fueron controvertidos en la contestación; el tratamiento que se da al encuentro es más formal y cercano a lo que es público y oficial, por ello no garantiza la confidencialidad y el acuerdo de solución se apegará más a lo legal que a lo ético.

### 7.4 La Conciliación en La Negociación Alternativa

Ha quedado establecido que la conciliación busca el avenimiento de las partes para una solución pacífica a un conflicto antes de establecida la Litis o durante ella, por tanto, como proceso pacificador no está fuera de los mecanismos alternativos de solución de conflictos cuya esencia es la participación de los contendientes en el arreglo de sus propios problemas.

Sin embargo, si se consideran las FÓRMULAS por las que la Conciliación obtiene resultados y que son: el DESISTIMIENTO; la TRANSACCIÓN o el ALLANAMIENTO, vemos que tales procedimientos se alejan del objetivo de los medios alternativos que fomentando una cultura de diálogo buscan solucionar los conflictos sin concesiones, sin dejar vencedores ni vencidos, propósito que no queda claro en la conciliación cuando se aplican las indicadas maneras, pues, el desistimiento implica una renuncia o abandono de aspiraciones; el allanamiento, significa conformarse y aceptar los planteamientos del demandante, y la transacción, como acción y efecto de transigir, equivale a consentir con lo que no se cree justo, razonable o verdadero, haciendo cesiones, ajustes

o dividiendo las diferencias, que no siempre son decisiones mutuas o recíprocas, sino renunciadas parciales a legítimas pretensiones.

Cierto que cualquiera de las tres fórmulas lleva formalmente a un resultado de carácter voluntario porque proviene de una autocomposición, pero no es una consecuencia que deje plenamente contentas y satisfechas a las partes, pues desistir o allanarse, propiamente no entraña hacer acuerdos en la fórmula “ganar-ganar”, sino expresiones particulares de voluntad para desistir o conformarse; y en la manera de la transacción, es evidente que muchas de las veces las partes concilian guiadas por el decir popular: “Es preferible una mala transacción, que un buen juicio”, que recomendando la renuncia a lo justo antes de someterse a los intrincados caminos de un proceso judicial, siendo una promoción de lo injusto es también una crítica a la lentitud del sistema, posiciones que debería desalentar el Estado suscitando sentimientos distintos hacia la confianza en el principio de Justicia cuyo fin es la aplicación del Derecho con absoluta equidad y legalidad.

Se cree que hace falta mayor información de los ciudadanos para acercarse sin reservas al mecanismo de la conciliación entendida como un negocio asistido por un tercero que, a más de apoyar una adecuada comunicación entre las partes, podrá sugerir fórmulas conciliatorias sobre las que ellas puedan dialogar con más facilidad y llegar a una decisión; así, no solamente se logrará la difusión del sistema, sino que se promoverá la confianza requerida para un acto voluntario como el que tratamos, lo cual redundará en la disminución de la carga procesal en la justicia ordinaria y en la participación de la ciudadanía para involucrarse en el fomento de una cultura de paz.

Por la disposición del Art. 55 de la Ley de Arbitraje y Mediación, antes transcrito, en el Ecuador se reconoce que “...se entenderán a la mediación y a la conciliación extrajudicial como sinónimos”, por lo tanto, se deberán aplicar a la Conciliación las mismas características, técnicas y estrategias establecidas para la Mediación que antes hemos analizado en los Capítulos VI y VII, siendo necesario recordar que se trata de un proceso voluntario, informal y flexible, asistido y neutral, cooperativo, justo, creativo y confidencial, que solo es posible si es que existe verdadero ánimo de arreglar; además el Código Orgánico Integral de Procesos, COIP, en su Art. 664, establece para la Conciliación los siguientes “Principios: La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad”, los mismos que por

la analogía arriba destacada, servirán también para ser exigidos en la mediación.

Para el tercero que ayuda en el proceso y que en este caso llamaremos “conciliador” también es atinente lo que señalamos como Estrategias del Mediador en el capítulo VIII.

## 7.5 Oportunidad de La Conciliación

Son dos los temas preocupantes: el momento más acertado para la Conciliación y si en su desarrollo deben o no estar presentes los abogados de las partes.

En cuanto al momento en que debería darse la Conciliación, se han sugerido varios:

- a) **Como actividad preventiva**, es decir, como un acercamiento recomendable que debería procurarse antes de iniciar un proceso y ante un funcionario u órgano autorizado por el Estado para que actúe como mediador, o para que, con sus buenos oficios oriente a las partes hacia una solución concertada o, a lo mucho, arbitral.
- b) **Como actividad obligatoria prejudicial**, para que sea un requisito que las partes deban cumplir ante una autoridad designada para el efecto o en un centro de mediación calificado, que promoverá la Conciliación entre ellas y cuyo acuerdo en caso de producirse, podría ser homologado por un juez, o alcanzar por sí mismo validez de cosa juzgada con la firma del facilitador o conciliador autorizado; y, en caso de no concretarse, la constancia de ese hecho servirá como requisito para deducir el juicio, convirtiéndose en condición obligatoria de admisibilidad de la demanda.
- c) **Como acto discrecional dentro del juicio**, procedería como una facultad de las partes o del mismo juez, para solicitar la conciliación en cualquier momento del proceso;
- d) **Como acto obligatorio de ciertos procesos**, sobre todo en lo referente a cuestiones de familia para que las partes concurren ante el juez personalmente y en presencia del representante del Ministerio Público, traten de encontrar avenencias o reconciliaciones directas que luego serán homologadas por el Juez de la causa.

- e) **Como actividad antes de la prueba**, como una última oportunidad que se da a las partes para llegar a una solución concertada bajo la dirección del Juez, antes de la etapa probatoria de la causa.

Respecto a la presencia o no de los abogados en la diligencia de conciliación, se tienen posiciones antagónicas:

1. La de quienes afirman que los interesados deberían ser los únicos que lleven a cabo la conciliación, sin la asistencia de sus abogados defensores porque ellos enredan las cosas con argumentos legales que desorientan a los involucrados quienes se aferran a la expectativa jurídica y a los razonamientos de sus patrocinadores, lo cual es un obstáculo para los acuerdos porque a los abogados no les interesa una pronta solución pues aspiran a tener mejores ganancias con un juicio donde tendrán la posibilidad de crear incidentes para demorarlo, complicarlo y exigir una remuneración más alta o ganar notoriedad y prestigio profesional.
2. La de los defensores de la presencia de los Abogados en la Conciliación, arguyendo que cuando esa diligencia no es una formalidad procesal, sino un acto voluntario, el abogado asume el papel de consejero y puede persuadir a su cliente sobre las mejores opciones para un entendimiento adecuado, con paz y seguridad; sobre todo cuando las propuestas se hagan por escrito y se requiera para ello de formación jurídica.

## 7.6 Asuntos que se Pueden Conciliar

Para algunos autores, principalmente colombianos, la conciliación ajusta la auto y la hétero composición y, en la actualidad, con el desarrollo y beneplácito que viene teniendo la Mediación, la asimilan a ella, igual que lo ha hecho el legislador ecuatoriano al tomar a la conciliación extraprocesal como sinónimo de la conciliación.

Bajo este concepto, se podrán conciliar los asuntos susceptibles de transacción que dependan del libre albedrío de las personas; sin embargo, varias legislaciones con el ánimo de descongestionar a los juzgados ordinarios, prefieren señalar expresamente tales asuntos, siendo principales los siguientes:

1. Los de policía en cuanto contravenciones menores;

2. Los que surgen de la relación obrero patronal, siempre que no sean derechos irrenunciables;
3. Los problemas civiles que nacen de la compraventa, del arrendamiento, y de la consignación. En general, toda disputa particular y de contenido patrimonial;
4. Los problemas relacionados con el señalamiento de pensión alimentaria, custodia y cuidado de los hijos;
5. Los problemas agrarios relativos a las servidumbres; al paso de las aguas para riego; al cuidado de los caminos y hasta la fijación de linderos;
6. Las infracciones penales que requieren de querrela y también esas que, por no afectar al orden público, pueden admitir desistimiento.
7. En ciertas infracciones de tránsito en las que no haya muerte de personas.

## 7.7 Efectos de La Conciliación

La Conciliación como acercamiento y encuentro de las partes, concluye:

- Cuando una de ellas manifiesta su voluntad de retirarse y no continuar con este medio;
- Cuando las partes han llegado a un acuerdo total o parcial y suscriben el correspondiente documento; y,
- Cuando no ha sido posible llegar a un acuerdo y así lo consignan.

Los efectos de estas formas de concluir el proceso conciliatorio, deben ser analizados según se haya o no conseguido el propósito del avenimiento, así:

**1. SI SE HA OBTENIDO EL PROPÓSITO**, que puede ser un acuerdo parcial o total, la cuestión de los efectos es explicada desde dos puntos de vista:

- a) El de quienes piensan que debe ser el Juez quien homologue el acuerdo y lo adecue a la figura jurídica que corresponda según la Ley, para que alcance validez jurídica y fuerza legal; y,

- b) El de los que piensan que el acuerdo conciliatorio habiendo partido de la voluntad de las partes tiene fuerza obligatoria por sí mismo y no requiere de homologación alguna, pues es un convenio o negocio jurídico como cualquier otro al que se puede aplicar el principio general de que “lo contratado, es Ley para las partes”.

Para acortar distancias entre las dos posiciones, vale recordar que la Conciliación es un acto de autocomposición entre las partes que puede concluir o no en el Acuerdo Conciliatorio como instrumento en el que se expresará la voluntad de ellas para que produzca efectos jurídicos; por lo mismo, en cuanto autocomposición funda su naturaleza en la voluntad de los interesados, pero su validez arranca en la eficacia que otorgue la Ley procesal al Acuerdo, que no podrá ser sino la del reconocimiento jurisdiccional de ese acto por parte de la autoridad competente, en consecuencia, lo acordado por ser de naturaleza procesal, tendrá efectos jurídicos por sí mismo y adquirirá validez de cosa juzgada otorgando el derecho de exigir su cumplimiento, sin que se altere la unidad e identidad que deben tener los actos procesales.

La importancia que cada Ley nacional otorgue a las manifestaciones de voluntad producidas por las partes, es la clave para el entendimiento correcto de los Acuerdos Conciliatorios que habiéndose producido dentro del proceso, tienen la característica de extinguirlo y por lo tanto, de no admitir la posibilidad para interponer recurso jurídico alguno, ni aún el de casación, en contra de ellos.

Si el acuerdo fuere parcial, cualquiera de las partes podrá llevar a juicio solamente aquellos puntos en los que no llegaron a conciliar.

**2. SI NO SE HA OBTENIDO EL PROPÓSITO**, el hecho de haber realizado el acto de acercamiento de las partes, así no se haya logrado el avenimiento, sirve para aclarar las pretensiones de cada contendiente y conocer el verdadero problema que habrá de ser ventilado en el juicio, porque es frecuente que, a pesar de no haber llegado a un acuerdo conciliatorio, se fijen, sin embargo, los auténticos motivos de la controversia, lo cual permite concentrar la atención en realidades o aspiraciones más concretas y, consecuentemente, ordenar el proceso de mejor manera; pero además, las partes y el conciliador o facilitador suscribirán un documento o acta de imposibilidad que al ser presentada en el proceso judicial o de arbitraje, suplirá a la audiencia de conciliación que procesalmente deba convocarse en el respectivo sistema.



## 7.8 La Audiencia de Conciliación

La Audiencia de Conciliación venía siendo un acto procesal previsto dentro del desarrollo de los juicios en el cual se buscaba que las partes en presencia del Juez, arreglen sus diferencias o transijan sobre ellas. El papel del Juez que mediante providencia convocaba a la Audiencia de Conciliación señalando fecha y hora para que se lleve a efecto, se limitaba a presenciarla y a lo mucho a dar consejos y exhortaciones pues era una tarea pasiva que se veía forzado a cumplir, por tratarse de una solemnidad procesal rutinaria a la que incluso se iba con recelo toda vez que sus intervenciones podían ser interpretadas como antelación de criterio o prevaricato y, en vez de procurar solución a los conflictos, los complicaba. Por eso la Audiencia de Conciliación fue perdiendo importancia y credibilidad; las mismas partes acudían a ella sin el ánimo conciliador requerido para el efecto; otras veces, aprovechaban para agredir o ablandar a la parte contraria; la usaban para exponer o aclarar aquello que en la demanda no lo habían dicho o no estaba muy notorio; para rebatir lo que el otro había contestado; para impresionar en el ánimo del Juez, etc., pero todo ello, lejos del deseo de avenimiento.

La Audiencia practicada así, se convirtió en un incidente o etapa procesal más y perdió su noble objetivo y solemnidad, hasta el punto de ser vista como un paso secundario que podía cumplirse ante los auxiliares de la oficina del juzgado y no ante el Juez de la causa y al que ni siquiera concurrían los propios interesados, sino sus abogados.

Pero la Conciliación no es ni puede ser solamente un acto rutinario que deba cumplirse por el hecho de estar regulado en las Leyes Procesales, sino que, por el hecho de ser un suceso voluntario de las personas que intervienen como partes para solucionar un conflicto, debe ser un evento serio y solemne, pues en él actúan tanto la calidad humana de los interesados, cuando la respetabilidad de la ley que garantiza la expresión de su libertad para procurar un acuerdo que pondrá término al conflicto que las separa, concretándose en un Acta cuya eficacia jurídica será reclamable ante el Estado. Por esta trascendencia se pretende recuperar el valor e importancia de la conciliación, dándole un tratamiento especial mediante técnicas adecuadas y propias que manejadas por un experto, ayuden a las partes a llegar a un acuerdo amistoso. La Conciliación, con este nuevo enfoque y en virtud del sinónimo con la mediación que establece el Art. 55 de la Ley que antes transcribimos, se volverá un trámite extrajudicial ágil, que podrá ser pedido por las

partes o por el mismo Juez, en razón de lo que establece el Art. 46 de la misma Ley.

Para la audiencia de Conciliación y el Acuerdo al que lleguen las partes, regirán las mismas reglas de la Mediación y el convenio que suscriban tendrá idéntico valor que el acta de mediación, es decir, que surtirá efectos de “sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutará del mismo modo que las sentencias de última instancia...”

Pero los jueces también tienen la obligación de prepararse en las técnicas que se usan para la aplicación de los medios alternativos, y actuar sin recelo en búsqueda de la solución de los conflictos. Si la audiencia de conciliación puede ser el medio aprovechable para este fin, el Juez debería usarlo bajo el amparo que hoy existe en la Ley:

**“Art. 56:** “Los jueces ordinarios no podrán ser acusados de prevaricato, ni sujetos a queja por haber propuesto fórmulas de arreglo entre las partes en las audiencias o juntas de conciliación”.

## 7.9 Ventajas de La Conciliación

Señalamos, entre otras, las siguientes:

- Poder arreglar las discrepancias con autonomía sin siquiera acudir a los trámites de la justicia ordinaria, o concluir las cuando ya han sido sometidas a un proceso, haciéndolo con la manifestación propia y libérrima de la voluntad recogida en un acuerdo que tiene plena validez jurídica, es una ventaja que produce satisfacción y bienestar por su llaneza y efectividad, lo cual alienta a la paz social que se busca.
- La celeridad con la que pueden arreglar los diferendos, es ahorro de tiempo y de dinero, no solo a las partes sino al Estado que se beneficia por la descongestión del trabajo de sus servidores judiciales, lo que podrá ser aprovechado en el trámite de otros asuntos. Finalmente, la validez de lo acordado goza de eficacia jurídica, de modo que existe la suficiente seguridad para confiar en el sistema.

## 7.10 El Papel del Conciliador

Quien interviene para lograr un arreglo conciliatorio es un tercero independiente, ajeno al conflicto, que simplemente ayuda a que los propios interesados lleguen a un acuerdo, actuando con imparcialidad y guiados para que su diálogo sea constructivo, ponderado, respetuoso y creativo. Para ello, el conciliador debe reunir ciertas características y cualidades humanas que le hagan confiable y que transmita a las partes esa virtud; debe ser capaz de establecer un clima propicio para el coloquio franco, para la exposición sin recelos de los intereses y aspiraciones. Debe manejar bien el tema de las relaciones humanas para asegurar en las partes el entusiasmo por el mecanismo y la certidumbre de que al actuar con sinceridad, obtendrán resultados positivos. Debe además, ser un buen comunicador, no sólo para transmitir con claridad sus propias ideas y sugerencias, sino también para aclarar aquello que las partes, por sus personales condiciones, sean incapaces de exponerlo con precisión.

Por lo dicho, no siempre los jueces son buenos conciliadores. Precisamente por eso, existe la corriente que cree en el conciliador como un tercero entrenado que, aparte de sus condiciones de respetabilidad y seriedad, debe tener conocimiento y experiencia en las técnicas particulares del trámite conciliatorio que, en este punto, tiene enorme semejanza con el proceso de mediación. Quizá por esta misma proximidad o similitud, varios tratadistas y no pocas legislaciones, incluida la nuestra, tratan a la conciliación y a la mediación como sinónimos y ven con agrado que se lleven a afecto sin la intervención de los jueces.



# Capítulo 8

---

## Métodos de la Negociación

---

### 8.1 Método

Por la naturaleza de esta obra no haremos una exposición detallada sobre la definición, características y clasificaciones del Método. Es suficiente que sepamos con claridad que etimológicamente significa un camino o procedimiento para llegar a conocer algo y que este camino tendrá el carácter de ideológico o de científico cuando cumpla ciertas características que la filosofía o las ciencias naturales, en su orden, le exijan. Los requerimientos de la filosofía estarán en atención del razonamiento lógico, dialéctico, intuitivo o deductivo, fenomenológico o trascendental que el tema pida; los de las ciencias naturales en cambio demandarán observación minuciosa ordenada, formulación de hipótesis, presentación de evidencias, el análisis de ellas con experimentación o comprobación, para demostrarlas o refutarlas y su conclusión enunciarla en una tesis o teoría.

Los métodos o caminos para llegar a la verdad son muchos y distintos; los hay exclusivos y combinados; empíricos y razonados; experimentales y deductivos; descriptivos, narrativos e inductivos, etc., todos ellos con las etapas y herramientas que las materias exijan, cada camino útil e interesante, pero ninguno completo e infalible.

Pero lo que importa desde los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, es llegar a superar los problemas que separan a las partes, mejorar sus relaciones de convivencia y buscar alternativas para una cultura de paz en la colectividad, para lo cual serán buenos todos los caminos siempre que se los recorra con respeto, con franqueza y honradez.

La misma Mediación es un método o sistema de negociar con miras a obtener algo de los demás o un acuerdo válido para las partes y no siempre en situaciones duras de conflicto o pugna frontal de intereses opuestos, sino también en contextos blandos, compartidos y amigables de relaciones e intereses recíprocos donde también se hacen convenios o transacciones éticas, legales o de costumbre eficientes, con los que se esperan utilidades, mantener o mejorar una situación existente. En cualquiera de los casos se hace mediación o se negocia, para lo cual se han desarrollado técnicas probadas científicamente y reforzadas con la experiencia al haberse aplicado con éxito en muchos casos.

## 8.2 Metodo Harvard de Negociación

Para manejar cualquier caso, la Escuela de Negocios de la Universidad de Harvard, diseñó lo que también se conoce con los nombres de METODO DE NEGOCIACION SEGÚN PRINCIPIOS, o NEGOCIACION CON BASE EN LOS MÉRITOS, que sus autores Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, exponen en su libro “SÍ...De acuerdo”, que se resume en los siguientes pasos:

- a) No negociar con base en las posiciones;
- b) Separar las PERSONAS del problema.
- c) Concentrarse en los INTERESES, no en las posiciones,
- d) Inventar OPCIONES de mutuo beneficio,
- e) Insistir en que los CRITERIOS sean objetivos

Trataremos de explicar sucintamente, en qué consiste cada uno de estos pasos que no son una guía exclusiva para el mediador o facilitador, sino también para quienes con frecuencia hagan negociaciones:

### 8.2.1 No negociar con base en las posiciones

Se llama “POSICIÓN” a la tendencia que frente a un conflicto tienen las personas para acoger sin razonamiento una actitud o postura intelectual, asumiendo una opinión, disposición de ánimo o dando por ciertos los hechos que personalmente perciben o creen y que no están dispuestas a ceder ni a demostrar.

Bajo esta actitud, una negociación conduce a acuerdos insensatos, porque el ego caprichosamente se identifica con la posición, no acepta razonamientos contrarios, no está dispuesto a admitir una equivocación ni a ceder porque la inseguridad que existe en su intimidad, le impulsa a aferrarse a su posición. Así, no será posible llegar a conciliar los intereses de las personas con verdadera eficiencia; por ello, advierte Harvard que poner demasiada atención a los posicionamientos hará que se descuiden los auténticos intereses subyacentes y se llegue a acuerdos que no habrán de satisfacer los verdaderos anhelos de las partes en términos duraderos de equidad.

Discutir sobre posiciones resulta ineficiente y pone en peligro una relación firme y continuada, porque lo que se haría es enfrentar voluntades y criterios ya asumidos en un pugilato. En lugar de diálogo se asiste a un debate en el que cada contendiente trata de forzar al rival para que cambie su criterio y acepte lo que sostiene. Si una de las partes ha tomado postura, la negociación será difícil porque mientras más defiende la posición asumida, más comprometido se sentirá con ella sosteniéndola, aunque sea para mostrar su firmeza y “no quedar mal”; así entonces el cambio del enfoque inicial no será viable.

El posicionamiento es a veces una estrategia para endurecer la negociación y ablandar al contrario mostrándole la disposición a efectuar ligeras concesiones, pero en el fondo hay engaño respecto de los verdaderos intereses que no afloran, más aún cuando la contraparte, frente a la tozudez del contrincante, también llega a escudarse en la rigidez de sus decisiones. El ego del uno, ha despertado al ego del otro y serán infructuosos los esfuerzos del negociador para obtener conciliaciones o acuerdos.

En los casos de una negociación blanda, el posicionamiento es peligroso porque pone en riesgo la relación existente y podría provocar el recelo y hasta el enojo de la contraparte que se vería obligada a “ceder por tus caprichos” a fin de no empeorar las cosas, mientras para el otro sería el resultado de su fuerza de voluntad y la contundencia de sus razones.

También es comprometida la negociación en la que cada parte quiere aparecer más liberal y desprendida que la otra, puesto que los acuerdos que obtendrían serían absolutamente frágiles por su falta de solidez y sentido pues no se apoyan en la verdadera realidad.

### 8.2.2 Separar a las personas del problema

Es preciso tener en cuenta que en el conflicto y en la búsqueda de su solución, intervienen personas, cada una con su personalidad, sus virtudes y sus defectos; por lo tanto, siempre será indispensable pensar que esos individuos concurren al conflicto con sus propios valores, principios, emociones y percepciones, los cuales, por la carga emotiva que tienen, sea de afecto o de desafecto, de simpatía o antipatía, están en la posibilidad de distorsionar y confundir la realidad apreciando las cosas no como verdaderamente son, sino como desearía que fueren. Los sentimientos de estimación o aversión, de amor o de odio, en sus diversos grados, predisponen a las personas en uno u otro sentido, no únicamente en pro o en contra de la materia misma del problema, sino también en cuanto a los individuos involucrados en el conflicto ya sea como la parte contraria del tema, o como el sujeto que actúa de mediador.

Recordemos lo que dijimos respecto de la “pasión”, porque será preciso que los mediadores sean sensibles y respetuosos de cada individualidad involucrada en el conflicto, que consideren su personalidad, su temperamento y carácter, procurando atender esos diferentes egos con tino; para ello, antes de empezar la negociación, es aconsejable tener una idea clara de las personas con las que se va a tratar y, si se descubre la existencia de un problema particular, será mejor trabajar sobre ese inconveniente a fin de separarlo de la sustancia del conflicto; pero como a menudo los aspectos substanciales se confunden con los psicológicos, la separación no será fácil, porque la relación afectiva o sensible tiende a fusionarse con el problema como si los dos fuesen una sola cosa, más todavía cuando frente a un mismo hecho u objeto, la manera de pensar de una parte es abiertamente diferente a la de la otra.

Por ello, lo prudente es ofrecer a las partes toda la información sobre el tema de la discordancia para buscar, con esos datos o elementos, la verdad, convenciendo a cada parte que “el conflicto no está en la realidad objetiva, sino en la mente de las personas”, y que las discrepancias existen porque han sido creadas intelectual o emocionalmente por los individuos, mientras que la realidad objetiva que es una sola y válida para las dos partes, está fuera de cada individualidad, como un



hecho externo y ajeno a la razón humana. La verdad de esa realidad objetiva, será la que conjuntamente se tratará de desentrañar y descubrir en el proceso de mediación.

Para que este esclarecimiento sea posible, el negociador tiene la tarea de procurar que cada una de las partes se ponga en el lugar de la otra, porque muchas de las veces la percepción o manera de juzgar y opinar sobre las cosas depende del lado o posición desde donde se las mire; en esta gestión será indispensable que los interesados sepan que “comprender el punto de vista del oponente, NO significa estar de acuerdo con él”, sino simplemente es saber la manera y el motivo de su percepción diferente; ponerse en el lugar del adversario es un aprendizaje para intentar vivir y sentir sus emociones, aproximando o manteniendo la relación entre contrincantes como un ensayo beneficioso que reduce o circunscribe el área esencial del conflicto que se busca solucionar.

En este punto de la relación, lo que se tiene que evitar es la tendencia de las personas a interpretar de la peor manera lo que la otra parte dice, piensa o hace, a veces como un mecanismo de apoyo o seguridad para la propia opinión. Ese refugio es negativo porque no permite aprovechar las ideas que la otra parte pueda aportar para la solución; es un artificio que anula o cohibe a las ideas personales, porque hace que la mente del individuo fije su atención en hallar lo malo que produzca o diga el otro para replicarlo desbaratando o mofándose de su exposición, sin percatarse que buscar lo malo a fin de preparar el reproche a las percepciones del otro, es un arma de defensa que no aporta sino que entorpece el acercamiento, porque casi siempre se la usa para echarle la culpa haciéndole responsable de todo, de donde el reproche se convierte en un recurso fácil para ocultar el propio compromiso, sin notar que la táctica es peligrosa y muchas veces contraproducente, porque genera la resistencia de la contraparte que al sentirse atacada e inculpada, también adopta posiciones defensivas y se cierra en sus opiniones.

Por eso, con habilidad el mediador hará comprender que esa forma de percibir no es la correcta, pues “juzgar la culpa ajena involucra a las personas y deja a un lado la realidad objetiva del problema”, que como antes dijimos, está fuera de los individuos; es recomendable en este punto comentar con las partes las percepciones unilaterales y diferentes en forma honesta y franca, fomentando el desarrollo de la capacidad de escuchar, desechando lo que pueda ser superfluo, ofensivo o displicente, para comunicarse con facilidad.

El respeto a las personas obliga al mediador a mantenerse vigilante de sus emociones porque la negociación podrá avanzar, estancarse o romperse, dependiendo de cómo actúe la capacidad reactiva de cada individuo: el temor, la ira, la vergüenza, la sospecha o cualquier sentimiento de uno, puede producir reacciones en el otro y viceversa.

Los autores del método de Harvard recomiendan que el negociador no solamente reconozca las emociones de las partes, sino también las suyas; escuchar y observar el comportamiento de los otros no será suficiente y el mediador deberá hacer conciencia de sus propias impresiones o reacciones ante el desenvolvimiento del diálogo y expresiones de las partes; esto ayudará a relajarse y mantener la independencia frente a los contendientes. Debe también averiguar el motivo de tal o cual emoción reactiva, tratar de saber la causa de un enojo repentino; cerciorarse de si las resistencias se originan en situaciones pasadas, o por el contrario, se producen por algo que está ocurriendo en el momento de la discusión y que es preciso corregir sobre la marcha para lo cual será de mucha ayuda darse cuenta si las partes están buscando venganza, o si su actitud es un simple y momentáneo desahogo; de ser esto último la estrategia es facilitar ese alivio expansivo apoyando el relato de las quejas que serán escuchadas con respeto y no serán objeto de comentario. Estos datos son elementos importantes para la conducción prudente y ecuánime de la reunión. Pero, ocurra lo que ocurra, será preciso reconocer las emociones como legítimas y procurar que se manifiesten explícitamente, tratando de no discutir o de conversar sobre ellas; de esta manera se controlan los posibles estallidos emotivos y se minimiza el problema.

Para obtener esto, el mediador utiliza la técnica del llamado PARAFRASEO que consiste en repetir lo que haya dicho o argumentado una parte, antes de que la otra le responda, pero haciéndolo con una expresión positiva, recuperando la verdadera intención del mensaje y omitiendo lo ofensivo o displicente; lo que el mediador transmitirá de esta forma, debe corresponder a la idea principal que tuvo emisor original, procurando que el participante que la recibe la capte así, despojada de la aspereza o provocación inicial.

Otra técnica que consigue buenos resultados cuando el ambiente se ha encendido, es la de enviar un mensaje distinto del que las partes esperan para conseguir una corrección o una ratificación prudente de las percepciones. Una dosis de humor para distender el nerviosismo y hacer proactiva a la reunión, no vendrá mal.

Para el manejo adecuado de las percepciones y de las emociones, es indispensable atender con interés al proceso de comunicación entre las partes y de ellas con el mediador, porque solamente un diálogo adecuado será el que alcance buenos resultados como fruto de un trabajo conjunto en el que las opiniones y propuestas hayan compaginado con el ego de los individuos provocando en cada uno la particular satisfacción de sentirse coautor del acuerdo que pone fin a ese conflicto que habiendo tenido origen en realidades objetivas externas, sin embargo separaba a las personas porque afectó la condición anímica de ellas.

La negociación por ser un trato con el fin de concertar, implica necesariamente un proceso de comunicación que tienda lazos para unir a quienes dialogan, por ello es necesario recordar que toda comunicación se produce entre un emisor y un receptor que cuando platican mutua y alternadamente son transmisores y receptores de las señales que ellos comprenden; por tanto, para que una comunicación sea efectiva, será fundamental tanto la claridad del mensaje que se envíe, cuanto la precisión con que se lo capte; en otros términos la comunicación adecuada exige que el emisor diga lo que piensa y siente con naturalidad, franqueza y sinceridad y que el receptor escuche con atención, cortesía y entienda lo que oye.

Dice el refrán, “a palabra suelta no hay vuelta”, por ello es aconsejable la prudencia cuando se habla; hacerlo con lenguaje sencillo, coloquial, sin palabras rebuscadas, sin ironías, tratando de convencer, no de impresionar ni de ofender; diciendo lo necesario y suficiente de lo que se piensa y siente, no de lo que se supone que piensan y sienten los otros.

Congruentes con el ejercicio de ponerse en el papel del otro, para quien oye proponemos la “escucha empática”, que no es otra que la de atender con cortesía, sin valoraciones preconcebidas y procurando comprender al expositor tanto en sus razonamientos como en sus emociones, en todas las formas de lenguaje verbal o gesticular que use para transmitirlos, escuchar con respeto sin prepararse para responder, convencidos de que la empatía no es simpatía, que la comprensión o el entendimiento, no significa identificación con el expositor, ni coincidencia con sus intereses, pensamientos u opiniones. La “escucha empática” es un contacto positivo con el interlocutor y su forma de expresión, una actitud educada que consigue reciprocidad, porque demuestra preocupación por lo que oye, pero al mismo tiempo es una actitud que beneficia a la interioridad del oyente porque facilita que se comprenda mejor a

sí mismo actualizando su intimidad y preparándola para acciones concretas y cambios.

### 8.2.3 Concentrarse en los intereses, y no en las posiciones

Antes hablamos ya de las Posiciones y al comienzo del proceso de mediación serán ellas las que aparezcan manifestándose en ciertos aspectos como diametralmente opuestas y creando lo que llamamos un “impasse”, porque cada una de las partes deseará que prevalezca su opinión y para eso expondrá y argumentará atacando o defendiéndose. Con la estrategia de separar a las personas del problema como realidad objetiva que está fuera de ellas, valorando las percepciones, las emociones, respetando los valores humanos y los puntos de vista de cada interlocutor, irán asomando los verdaderos INTERESES, las auténticas necesidades, los efectivos deseos, las preocupaciones y hasta los temores sinceros de las partes; es decir, se irá presentando el genuino motivo del problema, aquello que constituye la razón de ser de las Posiciones y que engendra el conflicto.

Sin embargo, cuando el proceso de comunicación permite desenterrar la verdad, resulta harto frecuente hallar que detrás de las posiciones iniciales, existen intereses compartidos y compatibles, junto a otros que son conflictivos. Esos intereses coincidentes y relacionados, son los que una vez descubiertos, podrán ser la base para elaborar el acuerdo.

Identificar los verdaderos intereses no es tarea fácil, porque así como no es cómodo ponerse en el lugar del otro, tampoco lo es cambiar la opinión o superar el posicionamiento. El acercamiento logrado con los lazos que tiende la comunicación adecuada, permitirá preguntar; y la empatía con el estado de ánimo del opositor, facilitarán que cada uno recapacite en el efecto de su propia propuesta y piense en las razones o dificultades para no haber tomado antes la decisión que se sugiere o que asoma como posible solución.

En este punto será conveniente que el facilitador prepare una lista de los intereses a medida que ellos vayan apareciendo y que con objetividad los presente a las partes bajo dos principios o reglas muy claras, la primera: “corríjanme si estoy equivocado”, y la segunda, “si alguien quiere que sus intereses sean tomados en cuenta, es necesario que los haga conocer”, exponiéndolos con claridad y franqueza, para que no exista el pretexto de quejarse aduciendo que sus motivos han sido dejados a un lado; que los indique con los detalles específicos refe-

rentes a su importancia y legitimidad, de modo que no aparezcan como razonamientos exagerados de una situación improbable.

Exponer los intereses, no significa que se deban decir las propias conclusiones o propuestas; eso sería poner en manos del otro con demasiada premura, la mejor alternativa personal de negociación. Conocidos los intereses de cada parte, es necesario pensar que el problema existe por los matices o factores que cada interesado destaca, pues si no habría diferencias, no existiría la contrariedad.

En este momento del proceso de diálogo se hace indispensable que cada parte tenga la suficiente FLEXIBILIDAD y APERTURA para apreciar los argumentos de la otra, sin veredictos prestablecidos o suspicaces y así trabajar juntas en OPCIONES que satisfagan a las dos. Para afanarse en esto el facilitador deberá convencer a las partes que “Ser elástico no implica debilidad y que ser abierto, no significa carecer de argumentos”.

Esta situación permitirá, como afirman los profesores de Harvard, “ser duro con el problema y suave con las personas”. Afrontar las cosas, que como hemos dicho están fuera de los individuos, con toda objetividad y crudeza, sin que este rigor con los hechos quiera decir que se deba ser grosero o agresivo con las personas.

No debe olvidarse el principio anterior: SEPARAR A LAS PERSONAS DEL PROBLEMA, para atacar al conflicto y no a quienes lo protagonizan, para diseccionar la realidad objetiva, no a los individuos. Esto concede importancia y jerarquía a quien asume la posición de analizar las cosas con firmeza, con severidad imparcial, pero al mismo tiempo con criterios ecuanímenes que den viabilidad a una solución.

Insistimos en recordar que el diálogo debe hacerse pensando hacia el futuro, sin quedarse en aquello que pasó, porque a nada conducen las recriminaciones mutuas sobre comportamientos que de haber sido otros no hubiesen causado el conflicto actual. Es necesario entender que lo pasado, pasado está, quedó atrás y nada se puede hacer para que no sea así; lo que es posible mejorar son consecuencias actuales de aquello y su proyección en el tiempo que vendrá.

#### **8.2.4 Inventar opciones de mutuo beneficio**

Reconociendo que el problema es común y está fuera de las personas será necesario crear posibles soluciones, provocando que las partes inventen una gran cantidad de propuestas. Se precisará estimular que se produzca una verdadera “lluvia de ideas” al respecto, sin que importe

que las sugerencias sean o no las más adecuadas: lo importante es que las partes aporten con su imaginación creativa.

Este proceso encuentra, según los investigadores de Harvard, 4 dificultades:

- Los juicios prematuros;
- La búsqueda de una sola respuesta;
- La creencia de que existe una mínima cantidad de opciones; prácticamente en la fórmula todo o nada: gano o pierdo; me dan la razón o me la niegan;
- La idea de que el problema es o está creado por el otro y que es obligación de él buscar la solución.

Estas dificultades será preciso superarlas mediante los siguientes procesos que recomiendan los mismos autores:

- I. **SEPARAR LAS OPCIONES** que se inventan de la tendencia a analizarlas o juzgarlas. Es conveniente en esta fase, no hacer juicios críticos o de valor sobre las posibles soluciones que se propongan. Es bueno dejar que sea la imaginación la que se suelte con libertad, sin inhibiciones o temores, procurando que surjan pensamientos que antes no habían, o que si existían, no se los había expresado.
- II. **AMPLIAR LAS OPCIONES:** es decir, que de la lluvia de ideas provocada se recojan varias que podrían ser las más adecuadas o prometedoras y, sobre las escogidas hacer el ejercicio de ampliarlas o desarrollarlas, usando la táctica de que una buena idea, es siempre capaz de generar otras mejores. En este momento, se recomienda pedir a las partes que piensen en el problema, pero desde la perspectiva de diferentes profesiones o disciplinas científicas, lo cual debe ser sutilmente inducido por el facilitador, haciéndoles recapacitar; por ejemplo, en un divorcio, ¿cómo vería el problema de la tenencia de los hijos, un abogado, un médico, un psicólogo o un financiero? Esta reflexión que saca a las partes de su contexto, les obliga a analizar el tema desde otra perspectiva y ayuda a entender mejor las cosas. En el ejemplo, es posible que para el abogado tenga importancia fundamental que se cumpla el mandato de la ley que entrega la custodia a la madre; el médico quizá se interese por saber cuál de los padres está en condiciones

de atender más a la salud del menor; el psicólogo por su parte podrá preocuparse de las relaciones afectivas y el impacto que en el desarrollo de la personalidad pueda tener la separación de sus padres, el alejarse de uno o la vinculación que a futuro tendrá con ellos y, por fin, el financista analizará las ventajas económicas que para uno u otro de los padres significa la custodia del niño y la seguridad también económica de éste. En el ejercicio, cada parte tratará el papel de cada profesional y expondrá su posible punto de vista con los mejores argumentos para apoyar su criterio; este adiestramiento de pensar como si fuese de tal o cual área, amplía la visión del problema y se completa con la reflexión para encontrar un acuerdo entre todos. En el caso del ejemplo, las partes tendrán que especular y hallar un convenio que beneficie al menor, en todos los sentidos.

- III. **BUSCAR EL BENEFICIO MUTUO**, tras la lluvia de ideas, será indispensable perseguir el provecho recíproco tratando de identificar los intereses comunes que crean valor y aquellos que reclaman valor, para llegar a soluciones convenientes, a sabiendas de que las mismas diferencias son un mérito aprovechable. Este beneficio mutuo debe ser entendido como un **OBJETIVO**, como una buena oportunidad que es preciso descubrirla o crearla para mejorar las relaciones humanas; no es una simple casualidad o un milagro, sino que es una verdad objetiva que está allí y que es necesario tomarla con decisión en el momento que se nos presenta dándonos la oportunidad de aprovecharla.

### **8.2.5 Insistir en que los criterios sean objetivos**

Saber que la confrontación de voluntades es dura y que el enfrentamiento como base de una negociación es ineficiente, es algo que las partes tienen que percibirlo para que sientan la necesidad de buscar una plataforma independiente a fin de que la negociación deje de apoyarse en la buena o mala voluntad y prefiera cimentarse en **PRINCIPIOS**, no en **PRESIONES** ni en **EMOCIONES**. De esta forma se buscará la solución en los méritos o en los intereses reales del problema a la luz de las opciones que se hayan escogido como posibles en la lluvia de ideas; y, mejor si ellas se apoyan en experiencias de la comunidad, lo cual otorga cierta confianza y certidumbre. Estos méritos o intereses, por un lado deben ser legítimos para que sean motivo de discusión, no de imposición; y por otro, deben ser prácticos y atractivos, para que

signifiquen una solución equitativa, lo cual hace que cada parte experimente la sensación de haber ganado. Por ello la necesidad de insistir en la objetividad del tratamiento del problema, garantizando por parte del mediador o negociador la confidencialidad de lo que se trate y discuta; todo dentro del ambiente de respeto que debe prevalecer durante el tiempo que dure la negociación.

Hasta aquí una síntesis de los cinco pasos primordiales del método Harvard de negociación. Ciertamente que sus creadores anotan dos gestiones más: la de la Relación de las Partes y la de Comunicación entre ellas, que nosotros las anotamos pero no las tratamos aparte, porque en cada uno de los cinco caminos antes resumidos, se topan los temas de la buena relación que es necesario generar entre las partes, sin mezclar las posiciones personales y los criterios preconcebidos a fin de que la comunicación entre ellas sea fluida, clara, entendible, usando cualquiera de los lenguajes de transmisión de pensamiento, más aún ahora que son de imponderable ayuda los sistemas y novedades de cibernética.

William Ury, proclama: “La negociación basada en intereses parte de la idea de que se pueden satisfacer los intereses de ambas partes de modo que todos salgan ganando. Aquí está la magia: se trata de encontrar salidas que posibiliten una ganancia mutua: un resultado win-win (ganar-ganar). Este resultado sólo puede darse cuando las partes colaboran y dejan de verse como adversarios”.

El libro, “¡SÍ... de acuerdo!”, que ha alcanzado un enorme éxito editorial en el mundo entero, se complementa con otro, “¡Supere el NO!” de William Ury, cuyo estudio me permito recomendar, porque a más de reforzar los puntos de la publicación anterior, ofrece una serie de consejos para negociar con personas obstinadas y difíciles.

### 8.3 El modelo transformativo de Bush y Folger

Para Robert Bush y Joseph Folger que tuvieron gran éxito con su obra “La Promesa de Mediación”, la finalidad de este sistema debe ser la de transformar la relación conflictiva y antagónica de las partes convirtiéndola en una vinculación amistosa y positiva; por eso, ante la rigidez del método de Harvard que pone énfasis en el logro del acuerdo que ponga fin al conflicto, sostienen que aunque no se alcance este arreglo, hay otros beneficios para las relaciones humanas entre las partes, principalmente los relacionados con la mejora de la comunicación evitando lo que significa disputa, competencia, discusión, altercado, porfía, cambiándolo con la ayuda del mediador, en un proceso de crecimiento



y de madurez emocional que permita analizar y revalorizar la situación conflictiva o “masa crítica”, dando paso al mutuo respeto de las opiniones, evitando las ofensas, las ironías agresivas y las amenazas, para entenderse reconociendo la situación y examinándola desde los motivos de su aparición para comprender por qué surgió: si fue por cosas materiales muebles o inmuebles, si por valores o principios, creencias o ideologías, afectos o desafectos; si brotó por errores de comunicación verbal o no verbal, palabras, gestos o actitudes, o por fines, propósitos, metas o aspiraciones diferentes; por espacios personales de estatus o de poder discutidos etc. Del análisis de los orígenes del conflicto se pasará al de su crecimiento y sus motivos, para tener un diagnóstico de cómo se encuentra en la actualidad.

La interactuación que produce el diálogo entre las partes bajo la hábil gestión técnica del facilitador, es una forma de retroalimentación, (feet back), que favorece una perspectiva lógica del problema que permitiría conseguir la armonía de voluntades; por tanto, es un proceso dinámico, interactivo, que no está sometido a regla alguna, sino que se apoya en la versión de las partes que ganando confianza entre sí, tendrán un diálogo más franco y espontáneo propicio para revalorizar la autoestima de cada una, para lo cual será de gran importancia la capacidad de escuchar respetando la condición humana del interlocutor. Así se transforman las percepciones y la conciencia de las partes, por ello el nombre “transformativo” del método.

Es interesante que el método se apoye en la importancia del autoconocimiento, de la libertad y la cooperación de las que hablamos nosotros en el capítulo que titulamos “Hacia Una Cultura de Diálogo”, puesto que la transformación que busca solo puede llegar a darse con conciencia de lo que realmente se es y se posee, porque se cumple el principio que proclama “nadie da, lo que no tiene”; todo ello dentro de un estilo de comunicación respetuoso, tolerante, responsable, que está en lo que ahora se denomina “Comunicación Asertiva o Empática” que se aleja de la agresividad, del egocentrismo, de la victimización, planteando un esquema sin prejuicios cuyo modelo es el mutuo respeto para expresar y escuchar, procurando que tanto la emisión como la recepción del mensaje, sean claros, perceptibles, capaces de llevar al interlocutor a ponerse en el lugar del transmisor y comprender desde ese punto de vista el mensaje.

En este punto, creo que el método transformador se enriquece con la obra de Stephen Covey, “Los Siete Hábitos de la Gente Altamente Efectiva” (1989), que presenta los paradigmas desde los que cada

individuo se ha acostumbrado a ver la realidad y que han dado lugar a principios de comportamiento que hacen la “ética del carácter”, modelos sobre los que es necesario reflexionar para cambiar la actitud pero modificando primero al individuo desde adentro, para que aprenda a administrarse, a dominar su yo, a valorar sus decisiones y pueda ser parte de una comunicación empática responsable desde su íntima verdad.

La empatía será entonces el elemento transformador que predisponga a honestar el pensamiento y las opiniones del otro con decencia, a abrir la conciencia para comprender las ideas, emociones, y preocupaciones del interlocutor, no para pensar como él, sentir o tener sus mismas apetencias, ni para someterse a él, sino para respetarlo en su integridad humana y desarrollar relaciones personales francas hacia metas positivas y beneficiosas para los dos, reduciendo malos entendidos y superando los conflictos. La empatía es el modo de “... de reflejar y comunicar al otro el sentir que se tiene de su mundo interior, aunque se contemplen con ojos nuevos y sin miedo los aspectos que la otra persona aún teme.”(Carl Rogers).

Este cambio de enfoque respecto del opositor, que al decir de Stephen Covey sería “la otra punta del palo”, alienta para la solución del conflicto, porque acerca los extremos abriendo espacios al entendimiento entre rivales, para que no existan vencedores ni vencidos, sino seres humanos que se escuchan y tratan de acompañarse para superar algo que los mantiene ofuscados, construyendo juntos una solución.

El mismo Covey señala: “El modo en que vemos el problema, es el problema”, pero como la transformación es un proceso hacia la comprensión, cada escalón que se avance será un logro liberador de esa atadura y un paso a restaurar heridas y sanar enojos, lo que otorgará mayor claridad en el ascenso efectivo al cambio perdurable.

## 8.4 Modelo circular narrativo de Sara Cobb

Creado por SARA COBB, de la universidad de Massachusetts, en 1995 es un método que propone el principio de la circularidad como básico para entender a la persona humana como una TOTALIDAD en la que no es posible aislar causas y efectos concretos, sino que su entendimiento cabal se logrará en base de una percepción integral de cada individuo interactuado con el medio en el que se desenvuelve. Por tanto, es un método que permite al mediador jugar un papel importantísimo promoviendo que cada una de las partes identifique previamente

su “yo”, sus recelos, sus miedos, sus ansiedades, sus fortalezas y debilidades, pues reforzando la personalidad, automáticamente se libera de los mecanismos de defensa o frenos inhibitorios que consciente o inconscientemente ha usado y se abre espontánea a una comunicación más segura, afectiva y auténtica.

La comunicación siendo característica constitutiva de la persona, es necesario entenderla como elemento del sistema circular en el que los individuos son interdependientes: los padres entre sí y con cada uno de los miembros de la familia y con lo que ella significa como grupo; interdependencia con la colectividad barrial e individualmente con sus vecinos; interdependencia en la escuela, en el grupo de amigos, en los negocios, en la profesión, etc., pues donde haya relación humana, habrá interacción y será preciso que la comunicación que allí ocurra, sea sentida como un instrumento de la comprensión y entendimiento entre los seres humanos involucrados, pero también signifique conocimiento de los hechos, de las creaciones materiales o inmateriales, de los sucesos o de los procedimientos que estando fuera de los individuos, sin embargo son algo que puede condicionar su vida, sus planes y actividades, por lo cual será forzoso que se los aprecie tanto en su real dimensión externa, cuanto en su alcance y relación con la interioridad personal de quien los perciba; es así como el sistema circular de interdependencia cobra importancia y gran significación para entender la TOTALIDAD INTERDEPENDIENTE que es el ser humano.

La importancia de la identificación del “YO”, lo manifestamos al destacar el papel de la AUTOCONCIENCIA, LA RAZÓN Y LA IMAGINACIÓN, lo que se consolida con este método Circular que subraya la necesidad de entender los intereses individuales a fin de apreciar la libertad requerida para sentirse personalmente dignas y con la conciencia de que su realización humana, sólo podrá lograrse con el concurso social y comunitario en un aquí y ahora concreto, esto es: con la colectividad concreta en un espacio físico y cultural determinado y en un tiempo presente igualmente definido, pues nunca la construcción de la personalidad será en espacios hipotéticos, aislados, ni en sociedades ideales, ni con el pasado que se añora, ni con el futuro que se espera.

Una vez cubierta esta primera fase de valoración y autoestima liberadora de desconfianzas, pavores e incertidumbres en las partes y que a su vez enseña al tercero neutral a percibir relaciones y conexiones nuevas, será el momento de dirigir el diálogo hacia la búsqueda y encuentro de las “razones” de ciertos comportamientos de las partes en relación con el problema que las distancia, para lo cual cada una de

ellas expondrá su versión previa del tema o percepción de su historia, describiendo el rol que personalmente cree haber cumplido en su inicio y desarrollo. El mediador, como estrategia, podrá exagerar las diferencias que distinga introduciendo el caos comparativo entre las versiones que escuchó, con el propósito de que cada relator, con la calidad humana descubierta o valorada en la fase anterior, más el aporte de las diferencias percibidas por el mediador, esté en condiciones de juzgar por sí mismo ese rol inicial y decidir si en la nueva narración de su historia, consolida la versión inicial o introduce cambios.

De estas narraciones el mediador extraerá la coherencia de ellas en relación con los roles de los personajes, los valores que ellos manejan conectados con la importancia del argumento central y la responsabilidad atribuida o real de los protagonistas y promoverá que los narradores construyan una historia nueva del caso, en la que ellos estén libres, fuera del tema, para reformular los papeles y las decisiones.

Con este método, el mediador no busca el acuerdo que ponga fin al diferendo, sino procura mejorar la relación inicial entre las partes y que esa mejora sea reconocida por ellas tomando conciencia de los criterios o contribuciones que aportaron para lograrla, de manera que el conflicto pueda ser abordado con neutralidad, conjunta y ecuanímente en este nuevo ambiente de confianza que ha unido a las partes para luchar juntas con el problema y mejorar aún más la relación de futuro consolidando el cambio que hayan experimentado.

Por lo expuesto, se comprende que algunos opinen que el Método Circular Narrativo puede ser una herramienta de cualquiera de los otros métodos.

## 8.5 Mediación Interpersonal de Billikoph

Es un método desarrollado desde 1992 por el Profesor chileno GREGORIO BILLIKOPH ENCINA, con el auspicio de la Universidad de California, Berkeley, en base a experiencias efectuadas en Chile, Angola y Estados Unidos con campesinos y sectores agropecuarios y dado a conocer en el año 2004 mediante la primera edición de la obra “Mediación Interpersonal: empoderamiento del individuo”, que actualmente está en la quinta versión castellana, especialmente dirigida a mediadores, facilitadores y abogados pero igualmente recomendable para todos los que aspiren a arreglar sus conflictos de una forma pacífica. Comprende dos caminos en los que el autor destaca la importancia fundamental de las

Audiencias Preliminares que el facilitador debe tener en privado con cada una de las partes, antes de la reunión conjunta:

- Mediación Dirigida por los Individuos, (MDI) y,
- Evaluación de Desempeño Negociada, (EDN).

Billikoph declara que “...estos dos modelos intentan incorporar lo mejor de las herramientas de mediación, según lo exija el contexto y las habilidades del mediador, ya sean aportadas por los modelos de Harvard, transformador, narrativo, circular narrativo u otros modelos emergentes pues lo que distingue a los modelos MDI y EDN no es el uso de estas varias herramientas, sino más bien la mecánica del proceso”.

1. **Mediación Dirigida por los Individuos:** Diseñada para la búsqueda de solución de conflictos “entre pares”, esto es entre personas de igual poder, influencia, cultura, relaciones sociales, etc.

Para esta mediación el facilitador preparará una reunión preliminar individual con cada parte, en la que les explicará en general lo que es una mediación dentro de una cultura de paz y lo que se aspira conseguir con ella fuera de los esquemas judiciales de arreglo; despejará las dudas que sobre el sistema tenga el interlocutor y, luego revelará el propósito de la reunión preliminar y dejará que cada parte, con toda objetividad, como un mecanismo de desahogo, hable sobre el origen del problema, su estado actual, lo que aspira del contrincante y lo que estaría dispuesto a ceder, etc. El facilitador, aplicando la escucha empática, demostrará su interés en la exposición pero no interrumpirá con preguntas ni comentarios y sólo al final dialogará con confianza, pidiendo algún detalle, una aclaración, pero no opinará sobre soluciones. No importa que la reunión preliminar pueda llevar algún tiempo y exigir una o varias sesiones, porque lo significativo es que se haga sin apremio bajo la regla “el que habla lleva las riendas del asunto, no el que escucha”, siendo sustancial que el emisor se sienta comprendido. El mediador preparará una lista de temas para ser llevados a la sesión conjunta, pero será la parte oída quien la ordene por importancia.

En este punto, el mediador informará a la parte escuchada cómo se desenvuelve la negociación conjunta y la trascendencia de poder hacerlo cara a cara, mirando de frente al adversario y observando sus reacciones; con esta información le ayudará a prepararse para ello, incluso simulando la posible presentación estratégica para decir al adversario

su forma de ver el problema, expresando sus reclamos y pretensiones con absoluto respeto pero sin recelos, evitando términos injuriosos o provocativos, sin asumir posiciones defensivas, sintiéndose de igual a igual y con la disposición para arreglar el conflicto sin perder la dignidad personal; entrenamiento éste que no es fácil porque es la base para superar diferencias y posiciones.

Cuando las partes se sientan listas y seguras de querer arreglar el problema y sepan lo que es una negociación directa y cómo habrán de negociar su caso sin rencores, se convoca a la reunión conjunta en la que el mediador que les apoya les recuerda la importancia de decir con franqueza lo que siempre han querido decir y la de escucharse mutuamente sin interrupciones; el facilitador, una vez que comience el diálogo, asume el papel de moderador u observador a prudente distancia de los contrincantes, atendiendo y escuchando empáticamente, observando cómo frente a frente se dirigen la palabra y conversan sobre el tema de manera similar a lo que hicieron en el simulacro de la reunión preliminar; el mediador es un testigo cuya presencia da seguridad y confianza sin que tenga poder de decisión alguno.

El mediador que preparó a las partes para este encuentro conjunto, estará atento a los sentimientos y necesidades que presente cada una, sobre todo en los momentos en que dejen de ver o tratar al oponente como su enemigo, o en aquellos en que admitan algo de culpa; igual atención tendrá para asegurarse que la conversación aborde todos los temas que mencionaron en la fase preliminar, e intervendrá para recordarles que lo hagan o para mejorar la comunicación, señalando los éxitos que hasta ese momento haya observado. Cuando las partes encuentren las soluciones, el mediador podrá solicitar que alguna se aclare con el propósito de establecer su concreción y evidencia a fin de asegurar su futuro cumplimiento.

2. **Evaluación de Desempeño Negociada, (EDN)**, es la estrategia de negociación jerárquica o entre desiguales: donde una parte es superior y la otra inferior; entre jefes y subalternos. La EDN ayuda a solucionar problemas que generalmente los subordinados evaden y no los dicen por temor; aspira a ser una herramienta que mejore el desempeño responsable de los involucrados, mejorando la comunicación que redundará en la productividad.

El mediador, apoyándose en los rasgos psicológicos de cada parte involucrada, usa la reunión preliminar para prepararla en la comprensión o entendimiento del problema desde su propio punto de vista, para

lo cual trabaja tanto con el supervisor como con el supervisado, sobre unas mismas preguntas relativas al propio desempeño y al de la otra parte, sobre los logros reales obtenidos y de los que se espera obtener.

En esta preparación previa es aconsejable poner énfasis en el desempeño del subalterno, a fin de establecer con claridad la autovaloración del inferior y la apreciación que sobre lo mismo tenga el superior. Es importante este período preparatorio para que el principal caiga en la cuenta y sepa que es bueno celebrar los éxitos del subalterno. De otro lado el subordinado consciente de su propia situación y entendiendo la del otro, permitirá un diálogo conjunto positivo en el que el mediador o facilitador, como en la MDI anterior, tendrá una función más de veeduría.

El camino de la EDN, se amplía actualmente con las técnicas para la evaluación de las relaciones humanas en las empresas y en los programas para su mejoría evitando cualquier forma de violencia laboral, lo que implica formación de verdaderos líderes tanto entre los supervisores cuanto en los supervisados a fin de crear un ambiente de mutua confianza y respeto jerárquico, que redunde en la eficacia y rendimiento sin necesidad de mecanismos de presión y peor de acoso, de tratos discriminadores o vejatorios, de amenazas y profusión de sanciones, de exceso de carga laboral, insultos, burlas, etc.; sino con una verdadera promoción de valores, de compromisos efectivos, de culto a la verdad y la honestidad, para lo cual aporta mucho la estrategia de tratar de pensar desde el punto de vista del otro.

## 8.6 Metodo integrador de Castillo Falcón-Caro

Es creado en España por MARÍA DEL CASTILLO FALCÓN-CARO, (2014) en base a los estudios de la Programación Neuro Lingüística, PNL, para usarla en el proceso de mediación y en la formación de los mediadores, pues considera que el conflicto siendo intrínseco a la naturaleza humana e inevitable en las relaciones sociales, es sin embargo el que también impulsa cambios individuales y colectivos porque presenta oportunidades para la acción y la innovación de comportamientos y decisiones; por ello, el conflicto puede estimular aspectos constructivos o destructivos, positivos o negativos y, cualquiera de ellos exigirá procesos mentales complejos que integren lo sensorial y lo racional de la persona para comprender y entender el problema bajo una perspectiva que incite nuevas conductas.

Entender lo que individualmente significa el conflicto y la decisión de aprovecharlo así como percibir lo que representa para la otra parte, coloca a las personas en el camino de alcanzar el objetivo “ganar-ganar” de la Mediación, proceso donde las técnicas de la PNL serán una buena herramienta para superar los problemas puesto que llevan al convencimiento de que cada individuo construye su propio enfoque de la realidad conflictiva según la captación que de ella hayan efectuado sus sentidos y sus afectos, sus experiencias y su formación cultural, sus inhibiciones y sus libertades; todo ello a sabiendas de que en la modificación de esa situación conflictiva, intervendrán las mismas capacidades que la construyeron.

“El método INTEGRADOR –afirma su creadora- proviene de la Filosofía y de la Psicología: de la Filosofía como forma de entender la vida y el pensamiento de la Humanidad, desde la filosofía del lenguaje como estudio de la naturaleza del significado, de la referencia, y la relación entre el lenguaje, los usuarios del lenguaje y el mundo, así también relacionado con la filosofía de la mente que incluye la investigación de las percepciones, sensaciones, emociones, fantasías, sueños, pensamientos y creencias.

De la Psicología, como ciencia que explora conceptos como la percepción, la atención, la motivación, la emoción, el funcionamiento del cerebro, la inteligencia, la personalidad, las relaciones personales, la consciencia y la inconsciencia”.

De la cita se desprende la importancia que para este método tienen los conceptos y el lenguaje que sirve para expresarlos, pues es evidente que el diálogo que sirve para el entendimiento entre las personas, la conversación, el intercambio cultural, la comunicación en definitiva, se hace a través de un idioma o lengua común (oral, escrito o mímico), que mediante un conjunto de sonidos, letras o señas, designa, define o nombra personas, cosas, hechos, afectos, estados, etc., lo que posibilita que el mensaje sea emitido, percibido y comprendido gracias al acepción común de conceptos y de símbolos con se lo hace; si no existiría la relación entre significante y significado, entre emisor y receptor, estaríamos ante el castigo bíblico de la confusión de lenguas que Jehová dispuso para los orgullosos constructores de la torre de babel, para que ninguno entienda el habla de su compañero.

Apoyar el método Integrador en la Programación Neurolingüística inventada por Richard Bandler y John Grinder, parece una consecuencia natural de lo anterior, puesto que la PNL como una disciplina pseudocientífica del desarrollo personal, pretende comprender la exce-



lencia y potencial de la mente humana para pensar de diversas formas, organizar varios aspectos de la vida, así como replantearlos en caso necesario, aprendiendo o diseñando nuevas conexiones, conductas o hábitos para lo cual la herramienta clave es el lenguaje, principalmente el corporal (respiración, postura, gestos, movimiento de los ojos, miradas, sonrisas, etc.). Ciertamente que el lenguaje generalmente será analizado en dos direcciones: desde el emisor hacia el interlocutor y viceversa, sin descuidar el que se lo hace consigo mismo, en las modalidades que la PNL reconoce vinculadas con los sentidos y el movimiento, a través de los cuales la mente se representa la realidad, establece modelos, jerarquizaciones, categorías, limitaciones, experiencias, emociones, éxitos o fracasos, con los que se construye la personalidad de los individuos quienes con mucha frecuencia guían su conducta por interpretaciones fragmentadas y no sustanciales de la realidad que asumen.

El método es atractivo y tiene seguidores, principalmente en España, pero es honesto decir que muchos no aceptan a la Programación Neuro Lingüística, PNL, porque gran parte de sus postulados carecen de credibilidad científica pues no han sido demostrados y se mantienen desde la década de 1960 en se desarrolló la PNL con su atractivo inicial de orden mercantil principalmente, aunque ahora estén obsoletas, lo que ha llevado a creer que la PNL fabricó y promueve un discurso que vende sinceridad y credibilidad en una sociedad ávida de franqueza, angustiada e insegura, como una mercancía más para una clientela ansiosa.



# Capítulo 9

---

## Estrategias del mediador

---

### 9.1 Perfil del Mediador

En los temas anteriores nos hemos referido al MEDIADOR como la persona en el papel de tercero neutral o facilitador que apoya a las partes en la solución del conflicto que las distancia; ahora creemos indispensable ampliar esta idea para aproximarnos lo más claramente posible a este interlocutor que cumple un rol trascendental en la terminación de desacuerdos.

Lo primero que es necesario destacar es que se trata de un personaje más en el desenvolvimiento del drama, por tanto, es otro ser humano con sus virtudes y defectos; con sus simpatías y antipatías; con su temperamento y urgencias. No es ni juez ni árbitro, no está en el caso para proclamar un derecho, premiar o castigar a nadie, tampoco para dictar un pronunciamiento o una solución, sino que está para escuchar, para hacer posible que las partes descarguen sus egos, que aproximen sus verdaderos intereses y lleguen juntas a acordar la conclusión del problema que las separa. El Mediador no está para complacer o ser solidario con ninguna de las partes, tampoco para ganar poder o notoriedad con la distinción e importancia de los involucrados, ni para alcanzar prestigio con la solución que surja, porque cualquiera de esas actitudes le

quitarían calidad al Mediador pues, en la primera, ideológicamente solidario o compasivo, no tendría el control del proceso y sería más filial que neutral; en la segunda manera, buscando poder, estaría inclinado a favor de la parte que más atraiga su afán, dejaría la su calidad de imparcial y pasaría a ser un secuaz; y, en la tercera, deseando prestigio por el resultado, ejercería presión para alcanzar el acuerdo que personalmente calcula y que satisfaga mejor su vanidad, dejando a un lado los reales intereses de las partes.

Consecuentemente, el Mediador debe tener liderazgo (del inglés leader; “lea” =senda, y “der” =descubridor), descubridor de caminos para organizar el diálogo, moderarlo como interlocutor y guía, escuchado con respeto, paciencia, imparcialidad, humildad y empatía, demostrando su real compromiso afectivo con el asunto, no con los individuos, a fin de dirigir la conversación hacia el encuentro de un desenlace serio. Esto exige que el Mediador conozca técnicas y tenga habilidad para la comunicación, que sea rápido en comprender no solamente lo que oye, sino también aquello que percibe con los otros sentidos y que forman parte de la expresión de las personas, modulación de voz, gesticulaciones, miradas, sonrisas, posturas, etc., tomando los mínimos detalles que sirvan para animar a la solución del conflicto, al entendimiento de las partes desalentándolas de la pugna, del resentimiento por algo que pasó y más bien promoviendo para ellas un futuro de paz con objetivos posibles, dando valor a cualidades y méritos de los involucrados que serán la base para construir el arreglo que dará valor a sus aspiraciones y sueños.

Todo lo anterior exige probidad, integridad y entereza en el Mediador, cuyo profesionalismo, honradez y moralidad deben ser reconocidas y a toda prueba, precisamente para inspirar confianza, crédito, autoridad, discreción y ser un garante solvente de la seriedad del proceso y del potencial acuerdo de mediación; estos valores personales y profesionales se verán reforzados con los conocimientos que el Mediador tenga sobre la materia del conflicto y su visión ética, social y jurídica, así como con la facilidad expresiva que tenga para comunicarse.

## 9.2 Organización del proceso de mediación

El mediador, una vez que ha recibido y aceptado la función, revisará el caso y preparará con cuidado las fases de la mediación sin descuidar en ningún momento que los actores que intervendrán en el

proceso son personas y por lo mismo merecerán todo respeto. Se suele organizar a la Mediación en los siguientes pasos:

**I: PRE MEDIACIÓN:** que comprende el lugar donde se realizará, el discurso inicial y las sesiones previas:

- a) El lugar: en la preparación del proceso es importante escoger el lugar en el que se llevarán a cabo los encuentros, el mismo que debe ser un espacio suficiente, sereno, cómodo, que permita el contacto visual y auditivo eficaz entre las partes y el Mediador; que facilite la distribución adecuada de colocaciones o asientos que permita el diálogo frente a frente y no sugiera preeminencia o prerrogativa alguna. Hay mediadores que recomiendan mesas redondas o ubicaciones en círculo, que no conceden ni reconocen cabeceras. Pedirá que no existan interrupciones ni distracciones y que, en consecuencia, se apaguen celulares y otros medios de grabación o comunicación con el exterior.
- b) Discurso inicial: Una vez en el sitio, el Mediador hará su presentación personal dando su currículum y explicando en qué consiste la Mediación en cuanto medio alternativo para la solución de conflictos y el rol neutral que él habrá de cumplir en el desarrollo y aplicación de ese sistema que, siendo esencialmente voluntario y colaborativo para construir un mejor futuro, otorga a las partes el poder de controlarlo en todo momento. Será muy claro en dejar establecido que el éxito de la negociación radica en la libertad con la que se concurra, en el respeto mutuo de los involucrados y en la confidencialidad que el método exige como garantía de su eficacia; en consecuencia, hablará de la prohibición de usar, en beneficio privado, de terceros o en de un juicio, lo que ocurra en las reuniones de mediación y señalará la proscripción de grabaciones, fotografías o videos, actas o registros de las sesiones e intervenciones de las partes.
- c) Reglas básicas: Destacamos las siguientes:
  - El mediador será explícito en declarar su NEUTRALIDAD e IMPARCIALIDAD como conductor del diálogo, señalando que siempre estará atento a mantenerlo en el clima del respeto mutuo y en el afán positivo de superar el conflicto, evitando las inculpaciones, agresiones, insultos e indirectas, para lo cual también será un guía imparcial, imaginativo,

flexible, proactivo, que tomará notas personales y que en ocasiones hará el papel de abogado del diablo para reflexionar, aclarar posiciones, replantear y definir con precisión ciertos aspectos que los expondrá en resúmenes objetivos. En este punto, el Mediador debe manifestar que su escucha es doble: activa y empática, es decir que participa en la comunicación mostrando su interés en la versión de cada parte para, en caso necesario, actuar reformulando o haciendo parafraseo de algo y evitar malos entendidos; pero también que procurará entender empáticamente a cada expositor, poniéndose en su lugar, para entender sus sentimientos desde ese punto de vista, pero dejando en claro que entender o comprender, no significa estar de acuerdo.

- Indicará que las reglas del sistema de Mediación son de orden ÉTICO Y PRÁCTICO; las primeras relativas a la libertad de concurrencia y permanencia en el método escogido, al respeto, la franqueza, la sinceridad, honradez y la confidencialidad con que se llevarán los diálogos; y las de orden práctico concernientes a no emplear lenguaje ofensivo; escuchar sin interrupciones ni muestras de reprobación, ademanes y gestos de disgusto.
- Explicará la mecánica de las sesiones conjuntas y privadas; la modalidad que haya escogido para establecer la parte que hablará primero, sabiendo que hay quienes sugieren que sea la que pidió la mediación, mientras otros creen que debe darse por orden alfabético o por sorteo.

d) Sesiones privadas iniciales: Son reuniones que tendrá el Mediador con cada adversario para escuchar la correspondiente versión del problema y explorar su naturaleza, los intereses disimulados del expositor y saber en qué terreno pisa, cuál podría ser la Mejor Alternativa de Acuerdo Negociado, MAAN, sin que la sesión parezca una audiencia investigativa o un interrogatorio creador de barreras defensivas y de desconfianza. Podrá usar las técnicas que juzgue oportunas a fin de forjar un contexto positivo motivador capaz de cambiar el estado complicado o belicoso de adversarios, a uno de cooperación y sociedad para construir un futuro de paz con opciones reales de solución. Dará alguna instrucción al entrevistado respecto de la forma cómo debiera exponer su caso

en la sesión conjunta y reforzará la regla clave de la mediación: máxima libertad con máximo respeto.

**II. INICIO DE MEDIACIÓN, SESION CONJUNTA:** La segunda fase comienza con la sesión conjunta en la que el Mediador recuerda las reglas básicas y concede la palabra a las partes en el orden que antes se haya establecido, sabiendo que es frecuente comenzar con la que se reunió primero; tendrá los siguientes espacios esenciales:

- a. Exposición: Los contendientes expondrán su versión del problema, sus objetivos y sus sentimientos. Esta será una etapa en la que el Mediador continuará el rastreo de necesidades o intereses subyacentes que podrían estar ocultos o detrás de la versión que explique cada parte tratando de convencer a la otra y a los oyentes sobre su manera de ver el conflicto; pondrá especial atención a estos discursos iniciales en los que no será extraño que se presenten algunas formas de agresión y defensa, de manipulación, amenaza, afán de dominio y exhibición de poder, etc. que agravando o subestimando el tema, intentarán presionar el ánimo del contrario.
- b. Masa Crítica: El mediador después de escuchar y de haber percibido empáticamente la actuación de los expositores, hará una síntesis de lo que captó, a fin de presentar lo que haya apreciado como situación actual del conflicto, generalmente llamada "MASA CRITICA", porque es la suma o conjunto de las dificultades que resulta de los problemas que alguna vez surgieron como descontentos, desacuerdos o desavenencias iniciales que se dejaron pasar y fueron empeorando con confrontaciones, altercados y disputas en un proceso gradual de crecimiento hasta llegar a la contienda, a esta crisis inminente de hoy, que está aquí y en este ahora, para intentar arreglarla. El Mediador tratará de esbozar lo que haya estimado como antecedentes bajo la premisa de que todos ellos son historiales sin solución porque pertenecen a ese pasado que se quedó atrás; y con esta visión, tratará de señalar los objetivos actuales proponiendo a las partes la reflexión sobre el tema partiendo de los asuntos en que existiría conformidad y podrían servir para construir una versión consensuada del conflicto y continuar con el esfuerzo en pos de diseñar estrategias para arreglar lo que actualmente está mal aquí y ahora, alcanzando así los objetivos del sistema.

- c. Lluvia de ideas: Motivará la espontaneidad y propondrá hacer la lluvia de ideas como un ejercicio de creatividad que ablanda criterios y descubre, entre la seriedad y la broma, medios viables e ilusorios de arreglar el problema. Este cúmulo de probabilidades es un gran material a ser desbrozado, eliminando lo inviable y dejando en pie lo posible para evaluarlo con más detenimiento y mesura; esto abrirá el ánimo a pensar en lo que cada cual estaría dispuesto a hacer o pedir. Recién en este momento el problema podrá ser abordado en mancomunidad o sociedad de alternativas, pues solamente en éste clima se vislumbrará el “animus negotiandi” que moviliza a cada parte y comenzará a dibujarse la fórmula “ganar-ganar”.

En este punto el Mediador podrá sugerir la suspensión de la reunión; propondrá hacer algo distendido y convocar a una nueva sesión.

### III. DESARROLLO DEL PROCESO DE MEDIACIÓN:

Después de la primera sesión, se podrán tener cuántas más sean necesarias hasta lograr el Acuerdo de solución y si esto no fuere posible, suscribir un Acta de Mediación Fallida como constancia de haber intentado la Mediación sin resultados positivos. En las sesiones conjuntas que se desarrollen, se hará:

- a. Evaluación: El Mediador al iniciar una nueva sesión solicitará a las partes efectuar una particular estimación de la potencial salida del conflicto vislumbrada en la anterior. Los expositores efectuarán esta evaluación con la mayor franqueza señalando los beneficios y las dificultades que cada cual advierte para la realización y la estabilidad del arreglo en el tiempo, así como hará un pronunciamiento sobre su conformidad o inconformidad con la solución ideada.
- b. Resumen: Como en la sesión inicial, el mediador hará una síntesis de lo captado por él; hablará del cumplimiento de las reglas de la mediación por parte de los interlocutores, encomiando lo positivo y pidiendo mayor esfuerzo para superar lo que haya estado mal sin culpar a nadie. Recalcará en los objetivos planteados y los avances logrados hasta ese momento, sugiriendo que cada parte reconozca a la otra los esfuerzos que haya hecho; igualmente observará sobre las dificultades que en su opinión estén dificultando llegar al acuerdo y pedirá a las partes que también lo hagan y formulen un listado de esos obstáculos.



- c. Replanteamiento del conflicto, con el ejercicio anterior y las experiencias de las otras reuniones, es prudente volver a plantear el problema en base de lo se haya avanzado para examinar si existen opciones para llegar a un acuerdo que lo ponga fin. En este momento el Mediador pedirá a las partes concentrarse primero en los reales intereses compartidos sobre los que podría ser posible acordar, luego en aspectos que satisfagan anhelos particulares sin desequilibrar la relación, y después, valorar si estos aspectos coinciden con las aspiraciones que motivaron su participación en el sistema de mediación para de esta forma tener en claro cuál podría ser su Mejor Alternativa de Acuerdo Negociable, MAAN, o cuál sería la opción en caso de no llegar a un Acuerdo.

**IV. CONCLUSIÓN DEL PROCESO:** Acuerdo y Acta fallida: Una vez definido el medio de solución, se lo pondrá por escrito con el apoyo del mediador en un texto que según el caso se denominará Acuerdo de Mediación, o Acta de Mediación Fallida

- a. Acuerdo de mediación, si se ha llegado a un arreglo total o parcial del conflicto se redacta y suscribe el documento que contendrá la relación de los hechos que motivaron el conflicto; la descripción precisa y clara del arreglo consensuado al que hayan llegado y la reseña exacta de lo que asume cada parte para precautelar la ejecución del Acuerdo y, de ser el caso, los puntos sobre los que no ha sido posible arreglo. Ese texto será revisado conjuntamente tanto en su parte formal cuanto en la de fondo, cuidando que reúna las características de validez legal y constituya un instrumento efectivo para mejorar la relación de las partes, que sea viable, equilibrado, claro y posible; solamente cuando los intervinientes hayan aprobado el documento, lo suscribirán por triplicado y en cada ejemplar firmará también el Mediador que pondrá su licencia y número de registro, lo que da testimonio de lo actuado por las partes y otorga fuerza jurídica al Acuerdo dándole el valor de ejecutoriedad y cosa juzgada, para ser exigido. Este Acuerdo no podrá ser objeto de apelación o de recurso alguno y su ejecución, en caso de incumplimiento, podrá ser exigida directamente ante un Juez que no tiene competencia para volver a conocer el tema de fondo, sino solamente para ordenar su cumplimiento aún por la vía de apremio.
- b. Acta de Mediación Fallida: se llama así al documento en el que se deja constancia que habiéndose llevado a cabo el proceso de

mediación no ha sido posible llegar a un Acuerdo; contendrá la relación del conflicto para el que fue convocado el proceso de mediación, las fechas en que se desarrollaron las sesiones y la declaración de que no ha sido posible llegar a solucionar el conflicto entre las partes; llevará también la firma del Mediador para su validez en caso de ser presentada en Juicio como prueba de que no se produjo un arreglo.

# Capítulo 10

---

## Habilidades del Mediador

---

### 10.1 Habilidades

Al hablar del perfil del mediador hicimos un resumen de las virtudes éticas y profesionales que deben caracterizarlo como persona capaz de mediar en el conflicto de otras. En este apartado que hemos llamado de Habilidades, queremos reseñar ciertas destrezas y tácticas que el mediador puede usar para facilitar su labor y obtener que el diálogo entre las partes sea franco, fluido y que muestre los verdaderos intereses de los intervinientes; son estrategias motivadoras válidas para generar confianza y seguridad en las partes que, teniendo libertad de expresión en el proceso, anhelan siempre guardar su intimidad en base de la confidencialidad y eficacia del sistema escogido para solucionar sus diferencias, percibiendo que la fórmula “ganar-ganar” sí es posible.

La personalidad y del medio social de cada una de las partes, en relación con la naturaleza y ambiente del conflicto son elementos importantes de la realidad en la que se desenvolverá el mediador, porque también influirán en su individualidad y en las estrategias para manejar las etapas del proceso, procurando siempre llevarlas con dinamismo y armonía entre esa realidad y el sistema, presentando tácticas, ejercicios o dinámicas, diseñadas adecuadamente para que asomen los intereses, se mantenga la concordia y se abandonen las posiciones, pero también

que permitan al Mediador manejar los momentos de tensión o estancamiento, para motivar o hacer las paráfrasis, exponer los resúmenes, presentar los estados de situación, y hasta para redactar los compromisos, etc. siempre acercando a los enfrentados, mejorando su relación y finalmente logrando la suscripción de Acuerdo de Mediación que ponga fin al conflicto.

Por ello, ponemos a disposición de los interesados en este tema, los siguientes elementos valiosos para el éxito de la negociación:

### 10.1.1 Confeccionar el guión

George Fern, en el año 2003, publicó su obra “El Arte de negociar con éxito” que siendo un interesante manual para lograr victorias en “Los diferentes campos de batalla” a que nos llevan las distintas transacciones de la vida cotidiana, no es una guía diligente para el proceso de Mediación que, no siendo una batalla, obviamente no deja vencedores ni vencidos, dado que su esquema es colaborativo y su estrategia ganar/ganar, sin embargo, contiene se funda en una advertencia que es válida para toda persona que aspire negociar: “La importancia de conocernos a nosotros mismos”, desafío socrático milenario, siempre actual y muy oportuno para quienes intervengan en un proceso de negociación en el que las partes y también el mediador, deben tener conciencia clara de sus objetivos y del ánimo con que concurren al proceso alternativo para arreglar un diferendo.

Fern sostiene y para el efecto ejemplifica, que desde el comienzo los involucrados en la negociación deben saber la diferencia entre los conceptos de “objetivo” y de “meta”, para que todos tengan claro que: OBJETIVO es el planteamiento general de lo que se aspira, ejemplo: se anhela un aumento de sueldo; mientras que META es lo que concretamente se desea con ese objetivo, ejemplo: se pretende que ese aumento sea de \$100; explicación: si se ha conseguido una alza real de \$60, se habría logrado cumplir el objetivo aumento de sueldo, pero no se habría alcanzado la meta pretendida de \$100. Consecuentemente, será importante que cada parte se plantee un objetivo general y una meta específica que podría modificarse sin alterar el objetivo.

Para saber con transparencia lo se va a negociar, Fern invita a lo que él llama “CONFECIONAR UN GUIÓN”, respondiendo en conciencia al siguiente cuestionario básico:

1. “¿Quién soy, para mí y para mi oponente?”

2. ¿Qué quiero obtener de esta negociación? = OBJETIVO
3. ¿Qué necesito de verdad de todo lo que voy plantear?
4. ¿Hasta dónde creo que voy a llegar? = META
5. ¿Dónde y cómo negociaré?
6. ¿Qué estrategia debo seguir?
7. ¿Qué estrategia debo evitar?
8. ¿He pasado por esto en otras ocasiones? ¿Cuál fue el resultado?”,

Las respuestas adecuadas a esta introspección, llevarán a dominar las emociones y reacciones de las personas, a superar su timidez y a que tengan claros sus intereses particulares, lo que dará a cada parte la suficiente seguridad y confianza para actuar en el sistema de mediación sin timidez ni recelo, viéndolo como una experiencia democrática enriquecedora, porque son ellas quienes van a gobernar libremente el problema que las separa, ejerciendo su poder con tolerancia y respeto mutuo para mejorar su relación, aún si no llegaren a suscribir un Acuerdo.

b).

### 10.1.2 Identificación de los Adversarios

Psicólogos y expertos en motivación individual y colectiva mencionan variadas estrategias y mecanismos seductores para que el mediador los use con el propósito de encaminar a cada una de las partes para que haga un examen reflexivo de sí misma, señalando que sin esa introspección será muy difícil que tenga una visión real del conflicto, de sus orígenes, de su verdadero valor y de su estado actual, así como tampoco dispondrá de una definición de los objetivos y metas de cuya satisfacción podrían depender las condiciones para arreglarlo.

Creemos que el Mediador indispensablemente en la sesión particular previa y después cada vez que pueda en las demás reuniones conjuntas, con habilidad y prudencia debe plantear a las partes la importancia de conocerse a sí mismas, porque, como dice el refrán: “Nadie da lo que no tiene”, de donde resulta que si no hay sinceridad y franqueza en la participación individual, tampoco las habrá en la negociación que estaría destinada al fracaso.

Por eso las primeras preguntas de Fern, “1. ¿Quién soy, para mí y para mi oponente? // 2. ¿Qué quiero obtener de esta negociación? // 3.

¿Qué necesito de verdad de todo lo que voy plantear?//, y 4. ¿Hasta dónde creo que voy a llegar?, involucran el valor humano que cada oponente tiene y que es necesario que íntimamente lo reconozca, porque esa es la valía que otorga al individuo su carácter de único e insustituible en medio de la multitud humana y en el universo cambiante en los que está, permitiendo que esa autoestima haga que los enfrentados se muestren como seres racionales e inteligentes diferentes, como personas valiosas, irrepetibles, ubicadas en un “aquí y ahora” concretos y mutables, o sea que las partes concurren a la mediación como seres humanos con cualidades y defectos, con grande o poca preparación y cultura, actores en escenarios geográficos, temporales y sociales reales y cambiantes en los que toman decisiones autónomas para alcanzar los objetivos vitales que armonicen con su íntima vocación; personajes que en definitiva, siendo distintos y teniendo una existencia fugaz, están igualmente sujetos a los cambios o variaciones que lenta o rápidamente exigen esos contextos para lo que es necesario tener el “diseño de un guion” que prevenga la estrategia vital que se deba seguir a fin de alcanzar lo que se desea, empleando tácticas válidas, equilibrando la pasión y la razón, evitando caer en frustraciones, reconociendo que la tolerancia no es sumisión ni derrota, sino reconocimiento de circunstancias, de hechos y limitaciones que la terquedad no las podrá cambiar. Responderse a las preguntas planteadas requiere valentía porque reivindica a la persona en su dignidad humana, irrefutable y segura, que merecerá ser ejemplo por su perseverancia consciente y honesta en la verdad, nunca por su falsedad, negligencia e indecisión, por su fantasía e incongruencia, jamás por su inseguridad e incertidumbre.

### 10.1.3 Los Seudoajustes de la personalidad

Cuando se ha errado en el diseño del guion, se ha fallado en la elaboración de la estrategia, y peor aun cuando ni siquiera se ha contado con esos planes, las personas se sienten obligadas a restaurar u obtener el equilibrio personal, para lo cual muchas veces toman atajos equivocados que se denominan seudoajustes de la personalidad porque son casos en los que consciente o inconscientemente los individuos realizan comportamientos desafortunados para tratar de superar la carga de tensión emotiva que trae el íntimo desequilibrio causándoles inseguridad, trastornos temperamentales y debilidad de carácter, lo cual se encubre con actuaciones justificativas que se las presenta como si fuesen estilos vitales propios, modos de ser naturales y espontáneos, pero que disimu-

lan la verdad interior de los sujetos. Estos comportamientos personales desatinados son peligrosos para el caso de la mediación porque se originan en hechos ajenos al problema que se negocia y son verdaderos obstáculos no solo para la comunicación, sino también para concretar los acuerdos, porque generan conductas y propuestas falsas y extrañas.

El maestro español Emilio Mira y López, en la sexta edición de su obra “Problemas Psicológicos Actuales” (1960), clasificó los pseudoajustes de una manera sencilla, muy entendible, instructiva y aún válida, a pesar del tiempo transcurrido, para que los profanos en el psicoanálisis lo capten, señalando a los siguientes como los más comunes:

1. El “conformista” o “resignante”:

Es la actitud de ciertas personas que se conforman o se resignan con las crisis emocionales que padecen y no hacen nada por superarlas, desarrollando más bien un estilo de vida que corresponde al significado de los términos con los que se lo ha definido: el “conformista” porque se comporta “adaptándose a la forma de...”; o sea, se acomodan y toleran aquello que les daña, amoldándose a las personas o las circunstancias que les afecta; y el “resignante” porque actúa “reafirmando el signo de...”, o el estilo de quien lo domina, sometándose a su voluntad, como forma cómoda de no esforzarse para manejar por sí mismo la tensión emocional de infelicidad que padece; las dos son conductas personales erradas ante la dificultad de relacionarse, a sabiendas de que ninguna es la solución al problema, ni una respuesta eficaz a la crisis, lo cual tampoco les importa porque tanto el uno como el otro aparentemente gozan y se deleitan con el disfraz escogido y se ocupan en buscar explicaciones para lo que hacen por culpa de los otros, nunca por la suya. El peligro de este pseudoajuste radica en que la tirantez reprimida va en aumento pudiendo provocar una inevitable explosión de la personalidad que no será fácil de controlar no sólo por la fuerza con que lo haga sino porque es frecuente que el rompimiento de los diques inhibitorios dirija energías hacia otros caminos equivocados.

2. El “vanidoso”:

Corresponde al comportamiento de aquel que busca superar el conflicto interno adoptando una conducta de aparente satisfacción y felicidad. El sujeto vanidoso es capaz de crear a su alrededor un cúmulo de ficciones protagonizadas de las que él mismo se jacta, se alaba y se engrandece, esperando que los otros confirmen o ratifiquen su manera

de ser; para conseguir aquello se vuelve adulator, lisonjero, mentiroso, porque confía que le devuelvan los elogios. Es difícil que el vanidoso se percate que su actitud implica una doble hipocresía: para consigo mismo y para con los demás; por eso no es merecedor de confianza y sus propuestas basadas en fingimientos, indudablemente no serán las apropiadas para un acuerdo en el sistema de Mediación. El peligro de este comportamiento falso radica no sólo en la inminente falsedad de su comportamiento presente, sino que también va más allá, porque cuando la persona toma conciencia de su fatuidad y de la doblez de su actitud infecunda, se desata el enorme vacío interior que soporta, provocando crisis de rabia y de desprecio de sí mismo que les lleva a encerrarse en su soledad, volviéndose inaccesibles y llegando a la depresión. Los vanidosos no son personas para negociar con certeza, todo lo contrario.

### 3. El “olvidadizo”

La persona de este seudoajuste tiene un comportamiento que procura “olvidarse” de los problemas, dejar de lado la tensión, marginar la crisis, los disgustos, recurriendo a la frivolidad y a todo lo pueril e insubstancial que lo aleje de la realidad. No será nada raro que el “olvidadizo” se refugie en el juego, en las diversiones, en el alcoholismo y en el mundo de las drogas. La persona sabe que su comportamiento es un olvido artificial, una huida del problema que sigue estando ahí, talvez postergado o arrinconado solamente y con seguridad dispuesto a agravarse. Este seudoajuste hace que la persona deje a un lado valores indispensables válidos para un auténtico compromiso vital consigo mismo y con el mundo que le rodea, porque prefiere posponerlo todo, siempre a la espera de otro momento o que cambien las circunstancias, consecuentemente no es un sujeto auténtico o acreditado para un compromiso de negociación. En una negociación el peligro de este seudoajuste está no solamente en el desentendimiento del conflicto que se busca superar, sino también en la apatía por los esfuerzos de los demás en el proceso y, sobre todo, por el desgaste personal que causa la pretensión de dejar de lado circunstancias o valores que sí tienen sentido para los otros. Quizá, cuando el “olvidadizo” quiera recuperar lo que supuestamente olvidó, sea demasiado tarde.

### 4. El “irónico”:

Este seudoajuste corresponde a quienes se jactan de llevar la vida en broma y se burlan con sarcasmo e ironía de la actitud y de los



esfuerzos de los demás por subsistir. El escepticismo y una fingida amabilidad, reemplaza a las actitudes nobles y francas, sinceras y firmes que reclama la convivencia. El comportamiento típico de los “irónicos” es la actitud de superioridad y de desprecio, para desde la altura en que se ubican, conceder “la gracia” de ver a los demás; actitud difícil de mantenerla por mucho tiempo, porque la vida toma su revancha y les aísla. Cuando esto ocurre, el “irónico” busca la soledad, se siente fracasado y es entonces cuando odia. La falsedad y el peligro de estas personas son evidentes para el proceso de negociación

#### 5. El “quejumbroso”:

Es el falso ajuste del individuo que se hunde en los problemas y se proclama desdichado para buscar la compasión de los demás. Compensa su infelicidad relatando sus penas y tragedias para conseguir que los otros le consuelen, le ofrezcan su simpatía, su ternura y su misericordia. Su negocio es impresionar con su desventura y obtener indulgencia y apoyo compasivo. También terminan solos, víctimas de sus propias armas, porque cansan, aburren y no convencen. Cuando esto ocurre, se convierten en incomprendidos, marginales y postergados, jactándose ser los traicionados por la vida. Evidentemente en un proceso de Mediación son personas negativas porque se presentarán como víctimas y buscarán convencer de su tragedia en búsqueda de beneficios y conmiseración.

#### 6. El “energuménico”:

Es aquel que se proclama en combate abierto contra todo y contra todos. Aparenta fortaleza ante la adversidad y su táctica es devolver “golpe por golpe”, no importa a quién se lo dé, lo que le vale es ver sufrir a los demás. Su estilo es la crítica agresiva, despiadada, la búsqueda de los puntos débiles o negativos de los otros para combatirlos, pero es incapaz de pelear su propio problema. Le gusta impresionar con sus batallas, presentarse como héroe o campeón de cualquier derecho, pero es inútil para luchar con su conflicto interior. En la negociación persona muy difícil, buscará triunfar porque es incapaz de entender la fórmula de “ganar-ganar” y lo que aspira es derrota del contrincante y verlo vencido.

Encontrarse en una negociación con cualquiera de estos comportamientos de pseudoajuste, hará difícil al proceso, pero no imposible. El negociador, reforzando su independencia y neutralidad, sin necesidad de ser un experto en psicología, deberá llevar a la persona a buscar su

identidad, a que encuentre los Valores y Desvalores de su comportamiento en una autoevaluación que le brinde la oportunidad de reconocerse y tener una visión objetiva de su contorno, de las circunstancias reales que le rodean y en las que está inmerso; es decir que el sujeto tome conciencia de su IDENTIDAD y de su papel en el mundo y en el tiempo que le ha tocado vivir.

Insistimos en lo que antes dijimos sobre aquella necesidad de IDENTIFICACION, que es la única forma que tiene el ser humano de reconocer su PEQUEÑEZ frente al mundo, pero al mismo tiempo de saber de su GRANDEZA y de la importancia de ser UNICO e IRREPETIBLE.

El mediador, debe motivar con sutileza el descubrimiento de esos valores, no solamente para que el individuo se preocupe por encontrar el objetivo vital que le proporcione paz interior, sino para que corrija su estrategia de conducta, supere con fortaleza el actual conflicto y lo tome como un paso firme en la modificación de los otros problemas que lo afecten para que sea capaz de hallar el equilibrio que necesita y gozar de un nuevo estilo existencial en el que disfrute con serenidad de su LIBERTAD lo cual será una conquista que logre con su propio poder de decisión.

#### 10.1.4 Cuidado con la manipulación

El profesor Jaime Lopera en su agradable obra “El Lado Humano del Conflicto”, (2006), con la soltura que le es característica advierte sobre “Los Juegos Ocultos de la Manipulación”, señalando que “Es frecuente escuchar que existen tres sentimientos a través de los cuales las otras personas nos manipulan o nos dominan: mediante el miedo, la ira y la culpa” hasta lograr que hagamos lo que ellas quieren.

El diccionario de la RAE define Manipular como: “(Del lat. *manipŭlus*, manojo, unidad militar, y en b. lat. el ornamento sagrado). tr. Operar con las manos o con cualquier instrumento. || 2. Trabajar demasiado algo, sobarlo, manosearlo. || 3. Intervenir con medios hábiles y, a veces, arteros, en la política, en el mercado, en la información, etc., con distorsión de la verdad o la justicia, y al servicio de intereses particulares. || 4. coloq. Manejar alguien los negocios a su modo, o mezclarse en los ajenos.” De donde se entiende que de la estrategia militar y de los ornamentos pomposos que en sus orígenes tiene el término, se derivan las habilidades, artes, adornos y hasta mañas del comportamiento manipulador para someter, cautivar, llamar la atención o perturbar los

sentidos y el ánimo de los otros, hasta controlar su voluntad anulando su libertad de decidir.

Lopera, advierte que la manipulación “aparece en las relaciones de amistad o en el mundo laboral, revestida de formas sutiles como el premio y el castigo. Los rumores, las intrigas, las amenazas, las alianzas, las descalificaciones, las prebendas y los beneficios extraordinarios, son formas de manipulación tan antiguas como el hombre”. Más adelante, señala en primer lugar a la publicidad con su poder de convencimiento, en segundo lugar a la técnica de la distracción que crea incidentes para desviar la atención del público a otros lados, y luego a la táctica de construir situaciones difíciles para proponer y vender soluciones, como las estrategias de manipulación más frecuentes, concluyendo que por esas razones, “es una fuente inagotable de desavenencias y conflictos”.

El mediador debe estar preparado para detectar la presencia de cualquier estrategia de manipulación de las antes indicadas y de otras como el chantaje, la coacción, las urgencias compulsivas, aquellas que maniobran sentimientos, motivos espirituales o afectivos, con el fin de explotar el idealismo, los fanatismos, la devoción, la piedad o el misticismo y de alguna forma desequilibrar la relación de las partes, para de inmediato proponer algún ejercicio dinámico que la restablezca llevándola otra vez al plano humano.

## 10.2 Aprendiendo a Pensar

En el ser humano, la actividad de “Pensar” es una operación intelectual dispuesta voluntariamente por la razón o que surge espontánea debido a un estímulo externo. Lenguaje y pensamiento se engranan de tal manera que no es posible hacer abstracción y entenderlos por separado pues se piensa en contenidos conceptuales previamente definidos por el lenguaje y viceversa, por ello las dos operaciones son posibles gracias a las significaciones configurativas y acumulativas interdependientes. No es este el espacio ni somos expertos en la materia para detallar las clases de pensamiento que reconocen la Psicología y la Filosofía en relación con los estilos de hacerlo, nos basta recordar que las operaciones mentales se hacen principalmente de manera inductiva y deductiva, interrogativa y afirmativa, creadora y destructiva, con formas autónomas o combinadas, que configuran el conocimiento y la conducta humanos, las certezas y las equivocaciones, las maneras de ser y de actuar, la cultura y el cambio, la posibilidad de comunicarse

y de entenderse, de compartir reflexiones, ideas, experiencias, así no se hable el mismo idioma.

La importancia de pensar y de expresarlo es trascendental para la realización individual y de la especie; sin embargo, muchos sostienen que la comodidad que otorga acogerse a lo establecido, a lo que está pensado o dicho, ha descuidado el estudio y la práctica de esas actividades, lo que afecta a la capacidad de evaluación y a la creatividad personales, prefiriendo acoplarse sin esfuerzo a lo que piensen, hagan o digan otros.

EDWARD DE BONO, médico y psicólogo nacido en la Isla de Malta en el año 1933, que ha dedicado su vida profesional al desarrollo del pensamiento, en su libro “¡Piensa! Antes de que sea demasiado tarde”, sostiene: “Más allá de las matemáticas, no hemos hecho nada por el pensamiento humano por cerca de 2.400 años, desde los grandes filósofos griegos”... y “Nada es más más fundamental o más importante que el pensamiento humano. ¿Qué hay de los valores? El propósito de pensar es permitirnos conducir y disfrutar de nuestros valores. Los valores sin pensamiento son altamente peligrosos y han sido responsables de las guerras, matanzas, persecuciones y comportamientos horribles del pasado. Pensar sin valores no tiene sentido, ya que entonces pensar no tiene un propósito”.

El doctor De Bono, de manera elocuente y sencilla, sin entrar en digresiones complicadas y eruditas, desde el año 1960 se consagró a escribir y dictar conferencias en pro de la importancia de Pensar como base de acciones positivas, libres y propias de la dignidad humana, siendo creador de los sistemas que a continuación reseñamos y que son muy útiles para motivar a las partes en el proceso de mediación:

### **10.2.1 El Pensamiento Lateral**

Edward de Bono, motivador en creatividad y desarrollo del pensamiento, creó en 1967 el sistema que denominó “Pensamiento Lateral” que se difundió extraordinariamente desde su aparición y en la actualidad es un concepto y método extendido universalmente en las áreas de la educación, la psicología y la motivación social, con el propósito de estimular la creatividad y el desarrollo de la perspicacia a fin de obtener nuevas y más amplias pautas de pensamiento innovador mediante un proceso de revisión de los prototipos que se tienen en la mente como modelos conceptuales.

El “Pensamiento Lateral” es una actividad que por sí sola provocará cambios conscientes en el comportamiento de las personas, pues

en unos casos la reafirmación del arquetipo dará mayor validez humana a la manera de ser o actuar individual, y en otros, la mera exploración de nuevos datos e informaciones, transformará el modelo mejorándolo o sustituyéndolo como una decisión personal apoyada en su propia observación.

Los esquemas rígidos de pensamiento o los patrones inmutables de hacer las cosas, se convierten en estándares conductuales a cumplirse, en inhibiciones para no actuar o en pautas para valorar los comportamientos de otros, pero cuya superación es posible desde la interioridad de las personas cuando desean informarse sobre esos paradigmas y una vez observados y valorados decidir si se los mantiene, si se los mejora, o si se los cambia, por ello, el pensamiento lateral es un proceso de adiestramiento de la mente para que esté siempre dispuesta a revisar los modelos intelectuales aprendidos en función de los detalles del entorno propio de ellos y de otros datos nuevos y variados que la mente encuentra para enriquecer lo que ya tiene; es una habilidad que demuestra apertura, perspicacia, capacidad de observación y discernimiento para ampliar los horizontes con enfoques recientes; el Pensamiento Lateral es una provisión dignificante de información y de flamantes supuestos, que plantea alternativas inéditas a los esquemas existentes, no es un proceso valorativo sobre la bondad o maldad de las nuevas conjeturas, o sobre su eficacia o inutilidad, es simplemente la muestra clara de que otros enfoques de un esquema, son posibles.

La valoración de los nuevos supuestos para corregir o cambiar los existentes, no es campo del Pensamiento Lateral, sino del juicio crítico posterior -propio del pensamiento vertical-, que será el que cuando existan varias ideas laterales para escoger, realice el examen lógico y el reordenamiento del parámetro conductual examinado.

El Pensamiento Lateral, cuando se lo posee de manera innata, es una actitud mental o cualidad creativa del intelecto de una persona que aprovecha la información que capta, la organiza y combina para plasmarla en opiniones, producciones, obras y técnicas novedosas y útiles; es como un don para inventar, descubrir y encontrar soluciones o alternativas a las necesidades y los problemas que presenta la vida cotidiana; pero además, el Pensamiento Lateral es un método de aprendizaje cuando se lo estudia para entrenar a la mente a buscar y procesar información a fin de asegurar lo que sabe respaldándolo con suficiente investigación de apoyo, o para modificar los patrones de comportamiento actualizando los conocimientos que los sustentan, remozando su propia estructura o sustituyéndolos por otros modelos o esquemas.

En la mediación, la lluvia de ideas es el aporte de las partes sugiriendo iniciativas con o sin sentido, vinculadas o no al caso, que provocan un gran abanico de posibilidades y enfoques del problema como mecanismo demostrativo de que los contendientes son capaces de hallar soluciones laterales a lo acostumbrado, o fuera de los estilos comunes; Albert Camus advertía: “Todos los grandes hechos y todos los grandes pensamientos tienen un comienzo ridículo”.

El cúmulo de ideas desordenadas estimulará su propia reestructuración a través del pensamiento vertical que hará la valoración de esas proposiciones, escogerá las más adecuadas y decidirá de entre éstas, el modelo óptimo de solución práctica y segura, porque el pensamiento lateral no evalúa las mociones, ni hace juicios sobre su validez, solamente aporta gran número de observaciones, desmenuza los modelos existentes o los enfrenta con nuevos datos o información, provocando con sus contribuciones, el rompimiento de la rigidez de los moldes paradigmáticos, de aquellos patrones que se mantienen a pesar de que surgieron en función de una realidad que ya no existe, o de aquellos estereotipos logrados a base de reproducir una falsedad, (prejuicios religiosos, raciales, profesionales o geográficos), que hacen difícil cualquier solución.

El Pensamiento Lateral no se ocupa de buscar lo correcto, sino de hallar un buen número de opciones, de alternativas o de enfoques que podría tener un asunto, para lo cual no descuida ninguno de los elementos que lo componen, pues por sí solos o estructurados de otra forma, podrían ser capaces de generar nuevos conceptos; para esta búsqueda se entrena la perspicacia y la sensibilidad de las personas provocándolas para desmenucen y descubran los elementos de las ideas que tienen como patrones y creen alternativas con ellos armándolos de diversa forma o en otra dirección. Para este sistema de provocación deliberada Edward De Bono inventó la palabra PO, (*provokin operation; provocative operation; provocation operation*), como abreviatura de todo un experimento que incita al talento creador a fin de que, partiendo de un elemento o situación contraria o extraña a lo usual colocado deliberadamente para estimularlo, sea capaz de proponer algo diferente y novedoso.

El entrenamiento en grupo puede ser recíprocamente divertido y alentador pues despierta la imaginación y la capacidad de inventar de cada uno, a fin de que enriquecidas con las apreciaciones o aportes de todos, activen su facultad de selección de esas contribuciones para que sean aprovechadas en el diseño particular del nuevo modelo que, al igual que aquellos que presenten los demás participantes, no será

valorado por el momento. No olvidemos lo que afirmó Albert Einstein: “La creatividad es la inteligencia divirtiéndose”.

El Pensamiento Lateral se difunde en el mundo actual con mayor aceptación porque está a tono con las exigencias del cambio permanente y vertiginoso de la época cuya realidad presenta fenómenos y problemas nuevos cuya atención no es posible con patrones rígidos tradicionales o habituales, sino con soluciones ingeniosas y rápidas, sencillas y oportunas que es preciso crear; por eso el Pensamiento Lateral fraterniza con el cambio, pero quedaría incompleto sin el aporte final que debe recibir del pensamiento lógico que ordenará los aportes del lateral y hará la correspondiente valoración crítica para otorgar validez a lo que acepte.

### 10.2.2 Seis sombreros para pensar

El Dr. De Bono, publicó esta técnica de desarrollar habilidades para pensar, varios años después de haberla creado y practicado; en el Prefacio de la obra advierte: “La dificultad principal para el pensamiento es la confusión. Intentamos hacer demasiado al mismo tiempo. Las emociones, la información, la lógica, la esperanza y la creatividad nos agobian. Es como hacer malabarismo con demasiadas pelotas”... “En este libro presento un concepto muy simple que permite al pensador hacer una cosa por vez. Permite separar la lógica de la emoción, la creatividad de la información, y así sucesivamente. Este es el concepto de los seis sombreros para pensar. Ponerse uno implica definir un cierto tipo de pensamiento. Aquí describiré la naturaleza y el aporte de cada uno”.

Para superar es dificultad inicial que agobia y entorpece el proceso de toma de decisiones, se sugiere hacer atender las cosas de una a una con el auxilio de los colores diferentes de los seis sombreros que simbolizan un estilo principal de pensamiento a seguir:

1. “**Sombrero Blanco:** El blanco es neutro y objetivo. El sombrero blanco se ocupa de hechos objetivos y de cifras”.

El estilo del Sombrero Blanco, sin color, significa neutralidad en proporcionar la información objetiva presentando los datos o los hechos tal como ellos fríamente son; es un estilo que no interpreta ni pone las emociones del ponente en lo que transmite, aunque en ocasiones puede informar opiniones de otra persona sobre tales hechos porque forman parte constitutiva de ellos; el sombrero blanco comunica el grado de

credibilidad que tiene la información y la fuente, no especula ni pasa rumores o incertidumbres.

2. “**Sombrero Rojo:** El rojo sugiere ira, furia y emociones. El sombrero rojo da el punto de vista emocional”.

El Sombrero Rojo, que sugiere fuego, calor y pasión, permite al expositor expresar con espontaneidad las emociones, los sentimientos, los afectos y desafectos, simpatías o antipatías, intuiciones o presentimientos que los hechos despierten en él o en los demás; este estilo no busca razones lógicas para justificar la pasión, el entusiasmo o la desventura, simplemente los muestra con toda la gama de irracionalidad que tengan, siempre que sean auténticos, ahí radica la eficacia del sombrero.

3. “**Sombrero Negro:** El negro es triste y negativo. El sombrero negro cubre los aspectos negativos – por qué algo no se puede hacer”.

El Sombrero Negro, es nocivo; busca señalar lo incorrecto, lo que está mal, lo que no corresponde a lo acostumbrado; advierte imperfecciones, riesgos y peligros sin ser consistente en la argumentación académica de sus recelos, es redundante en ellos. Es el pensamiento de la cautela, de la precaución y las advertencias pesimistas que llevan a corregir aspectos débiles de una planificación y a la toma de decisiones que permiten continuar o abandonar lo proyectado; pero es también un pensamiento muy usado porque es más fácil reprochar o destruir que celebrar y construir.

Se recomienda que cuando se requiera la reflexión sobre algún error que es preferible corregirlo a tiempo, el facilitador proponga el uso del sombrero negro para reflexionar y reparar el tema, pues después podría entorpecer la relación o provocar peores discusiones.

4. “**Sombrero Amarillo:** El amarillo es alegre y positivo. El sombrero amarillo es optimista y cubre la esperanza y el pensamiento positivo”.

El Sombrero Amarillo, lleva al pensamiento positivo porque simboliza luz, optimismo y alegría. Se podría decir que es el pensamiento contrario al del sombrero negro, porque su lógica a veces entusiasta, optimista, le lleva a buscar primero el valor y el beneficio atrayentes, generadores de ideas, proyectos y oportunidades, después persigue el



respaldo lógico que apoye su puesta en práctica. Su exaltación tiene el peligro de mezclarse con la fantasía, los sueños y la intuición que bordearían el pensamiento rojo, lo que es necesario evitar. El amarillo es un pensamiento eficaz que prefiere soluciones y no problemas por eso es que su optimismo es práctico, curioso, sensato y busca oportunidades seductoras que generen beneficios atractivos.

5. “**Sombrero Verde:** El verde es césped, vegetación y crecimiento fértil, abundante. El sombrero verde indica creatividad e ideas nuevas”.

Es el sombrero de la creatividad, de la búsqueda de alternativas y novedades; es el pensamiento de las provocaciones motivadoras para alejarse de lo rutinario, para innovar, para inventar, para diseñar posibilidades de mejora menos costosas, más prácticas y útiles. Es un pensamiento explorador que prevé caminos y soluciones; es un pensamiento fértil porque una idea hace de semilla y germina para obtener más ideas como frutos; es un pensamiento estimulador que permite avanzar porque empuja y provoca deliberadamente, aunque sea invirtiendo los estilos para que se vean todo lo contrario de lo que son.

6. “**Sombrero Azul:** El azul es frío, y es también el color del cielo, que está por encima de todo. El sombrero azul se ocupa del control y la organización del proceso del pensamiento. También el uso de los otros sombreros”.

Es el sombrero del control, de la organización, de la planificación, de la colocación ordenada de los datos para disponer las tareas. Hace una síntesis de lo que observa para tener una visión global y sacar conclusiones. Es el pensamiento que exige cumplir con las reglas para hacer bien las cosas.

En los ejercicios de dinámica y en la mediación, el facilitador que coordina el evento ejerce la función con sombrero azul porque garantiza el respeto y el orden de la reunión; los participantes, en principio lo usarán cuando les corresponda la secuencia, o cuando les pida individualmente el mediador, pero a medida que avanzan en el aprendizaje de la técnica podrán personalmente solicitar usarlo para comentar y pedir aclaración de lo que escuchan de los otros sombreros.

La estrategia de este pensamiento es preguntar, averiguar y analizar para definir; por eso recapitula, hace resúmenes, sintetiza, planifica y diagrama.

Como cada sombrero es el distintivo para establecer una manera de pensar que no requiere ser justificada, será conveniente retener esos colores y significados a fin de que el ejercicio sea eficiente. En las reuniones de mediación o en ejercicios de dinámica de grupos es necesario que los participantes tengan claro que podrán expresar libremente lo que se les pida con la limitación que impone el estilo de pensamiento que exige el color del sombrero que esté puesto, porque la técnica pretende conseguir una manera de pensar más ordenada y procede de modo análogo a lo que “...es la impresión a todo color. Se imprime cada color por separado y al final se reúnen todos y se ve el conjunto”, aclara De Bono, y solamente el respeto a esta restricción permitirá que el ejercicio sea óptimo y produzca un pensamiento después de otro y que el resultado final sea completo y bueno.

Se sugiere que el tiempo que use cada sombrero sea corto y aún menor para el rojo. La secuencia dependerá del ambiente y la resolverá el facilitador. Son varias las recomendaciones de los técnicos que han acopiado experiencias sobre su uso, pero generalmente se inicia con el azul que instruye y sirve para absolver preguntas sobre el sistema, se pasa al blanco para la exposición pura de los hechos; luego al amarillo, para sugerencias; al rojo para escuchar las emociones, luego al negro, para saber lo negativo, y finalmente al verde de la construcción. Con la práctica, el uso del sombrero azul puede intercalarse.

El sistema ha sido acogido por muchos motivadores en todo el mundo como un camino efectivo para entrenarse a pensar, casi jugando, y ser más productivos; incluso lo han admitido empresas y corporaciones para sus programas de capacitación para maximizar la forma de pensar de sus equipos que, según el sombrero que se les pida usar, se entrenarán a ver la realidad desde distintos puntos lo cual siempre es enriquecedor porque fuerza a analizar mejor las cosas y coordinar las observaciones y conocimientos que aportan todos los del grupo que miraron con el mismo sombrero las cosas.

### 10.3 Decidiendo la acción

Edward De Bono, luego del éxito de su método de los sombreros para enseñar a pensar, desarrolló la técnica para fomentar la acción a través de los zapatos que sugieren las imágenes de caminar, trabajar, ejercitarse, o de un qué hacer y, principalmente porque “el calzado, como la acción, está destinado para llegar a alguna parte”. El autor sostiene que “La educación es descriptiva y analítica en demasiadas

ocasiones. Esta es la tradición académica y es más fácil enseñar la descripción y el análisis que enseñar a actuar. Pero en el mundo real existe la acción tanto como el conocimiento. Por eso he inventado la palabra OPERANCIA, que es la habilidad para actuar. Esta palabra tiene la misma raíz que operación y su desarrollo es tan importante como aprender a leer, escribir y hacer cuentas”.

El calzado desarrolla la “operancia” porque con su diferente forma, material y color señala los tipos de acción más adecuados a cada situación. En el caso de los “sombrosos para pensar”, no se hace referencia a la forma de ellos porque no es relevante y la cabeza es una sola; para la acción en cambio, la forma del calzado y su naturaleza es básica y, como por lo general son dos pies, podrán combinarse las unidades de zapatos y formar un par.

### 10.3.1 Seis pares de zapatos para la acción

Se llama la obra que expone la técnica que desarrolla las habilidades para actuar a través de las siguientes formas y colores de calzado:

1. “Zapatos formales de color azul marino: el azul oscuro o azul marino es el color de muchos uniformes. El azul marino sugiere la marina con sus disciplinas y rutinas. Así que la forma de actuar del zapato azul marino abarca las rutinas y los procedimientos formales”.

La rutina es la manera habitual de hacer las cosas que se la adquiere por la costumbre o por las instrucciones que forman parte de un programa; la frecuencia con la que se la practique vuelve a la rutina un acto natural e irreflexivo que se ejecuta cuando es necesario según las circunstancias. Como su naturaleza es formal, es necesario cumplirla con exactitud, cuidando su procedimiento y protocolos para que salgan bien las cosas.

2. “Zapatillas deportivas grises: El gris sugiere la materia gris y las células grises del cerebro. También la niebla y la bruma y la dificultad para ver claramente. La forma de actuar de la zapatilla de deporte gris se relaciona con la exploración, la investigación y la reunión de evidencias. El propósito de la acción es conseguir información”.

Cada deporte exige zapatillas adecuadas y cómodas para esa actividad tanto en la fase de entrenamiento como en la de competencia;

y cada deporte exige preparación y adiestramiento apropiados para desempeñarlo con éxito y despejar la bruma. Por eso la actividad exige investigación y exploración de la tarea a cumplir para no dudar ni cometer errores en alcanzar la meta. La labor investigativa requiere partir de una presunción, es una actividad intensa, perseverante, que pide claridad en el propósito de lo que se recopila, de los datos que se reúnen o de la información que se clasifica para la hipótesis; es una diligencia que demanda discreción pues muchas veces debe hacerse de manera reservada y silenciosa; pero también es una actividad creativa porque estimula a inventar o generar procesos para recaudar con neutralidad información que puede ser válida.

3. “Los zapatos marrones: El marrón es un color práctico. El marrón sugiere la tierra y lo esencial, los pies bien apoyados en la tierra. El marrón también sugiere el lodo y las situaciones confusas, no definidas con claridad, Los zapatos marrones suelen ser prácticos y cómodos y pueden usarse para el trabajo duro. Así que su modo de actuar está relacionado con lo práctico y lo pragmático. Haga lo que es razonable y práctico. Resuelva el problema mientras usa la iniciativa, el comportamiento práctico y la flexibilidad. En este sentido, la forma de actuar del zapato marrón es casi opuesta a la formalidad del zapato azul marino”.

Este es un zapato de uso diario y la acción que sugiere es práctica, correspondiente al sentido común para hacer las cosas con tino y efectividad, observando y afrontando los problemas con perspicacia para hacer lo realizable y provechoso. Es una actividad pragmática en el sentido de regirse por el orden y los principios para obtener resultados valiosos; por ello jerarquiza, prioriza los temas y los recursos para afrontarlos; hace evaluaciones periódicas, revisa prioridades, analiza alternativas, es flexible para modificar la tarea, corregirla si es necesario de acuerdo a cómo se presenten las necesidades y la experiencia de otros.

4. “Las botas de goma naranjas: El naranja sugiere peligro, explosiones, advertencia, llama la atención. Las botas de goma insinúan a los bomberos y a los trabajadores de rescate, y la forma de actuar de la bota de goma naranja sugiere el peligro y la emergencia. Se requiere acción en la emergencia. La seguridad es la preocupación principal”.

Las botas no son de uso frecuente, se las usa para ciertos casos; la goma es un material dúctil, flexible y suave; el naranja es un color de advertencia o alerta. Por lo tanto, la acción que sugieren las botas de este color, es la exigida por emergencias, situaciones extrañas o críticas, cuya aparición súbita e imprevisible demanda acciones rápidas, oportunas, porque el peligro es inminente y los daños se pueden predecir. La acción que proponen es para controlar la situación amenazante, sofocarla, o minimizar el riesgo, advertirlo y evitar que empeoren las cosas; es el comportamiento que requiere la gravedad y la inminencia del peligro que se trate: desde la acción inmediata, las decisiones heroicas para enfrentar las causas de los hechos o sus consecuencias, hasta la planificación de estrategias u operativos para los peligros predecibles a corto o mediano plazo, con claridad en los instructivos, en el objetivo final que se aspira y con suficiente valor o coraje para disponer y hacer.

5. “Las pantuflas rosas: El rosa sugiere calidez y ternura. Es un color convencionalmente femenino que recuerda al hogar, la vida doméstica y la comodidad. Es un color amable. Así que la forma de actuar de la pantufla rosa sugiere ternura, compasión y atención a los sentimientos y sensibilidades humanas”.

Es la actuación que involucra a los sentimientos humanos principalmente dirigidos hacia la atención y el cuidado de las personas y de la comunidad, con la ternura, la calidez y la comodidad del hogar. La acción de la pantufla rosa exige una manifestación empática de los sentimientos que deben concretarse en comportamientos efectivos que correspondan a esas intenciones y deseos: escuchar, comprender, consolar, servir, interesarse por el sufrimiento o la felicidad ajenos. Los niveles de sensibilidad de la pantufla rosa para percibir los aspectos humanos son importantes para su accionar, siendo los más importantes:

- La intención, o sea la inclinación de la voluntad personal en favor de otro, de una actividad o de un proyecto;
- El sentimiento, como estado de ánimo de simpatía o empatía producido por las personas o los sucesos que impresionan;
- Los gestos, o movimientos corporales visibles que demuestran el estado de ánimo, principalmente expresados en el rostro o por las manos, y
- La acción en el sentido de hacer algo como consecuencia de los niveles anteriores.

Es de anotar que la acción del color rosa puede apoyar otras que se estén ejecutando con zapatos de diverso color, principalmente los marrones o naranjas, para hacerlo de manera más suave y compasiva.

6. “Las botas de montar púrpuras: El púrpura era el color de la Roma Imperial. El púrpura sugiere autoridad. Las botas de montar también sugieren a alguien que monta un caballo o por lo menos una motocicleta. La sugerencia es de autoridad. La bota de montar púrpura en la acción significa representar el papel otorgado por la posición o la autoridad. Existe un elemento de liderazgo y mando. La persona no está actuando por sí misma sino en un papel oficial”.

El color se relaciona con la pompa, las posiciones y la autoridad; por ello el actuar de las personas en el papel de mando, puede ser diferente del que cumplen como individuos; consecuentemente la acción que sugieren las botas de montar púrpuras, es la oficial, la que se espera que cumpla quien ejerce una profesión, oficio o cargo, porque cada uno de ellos tiene un patrón de comportamiento, un rol determinado, unas obligaciones inherentes y hasta un código de ética propios. Actuar con las botas de montar púrpuras exige conocimiento del papel a cumplir o representar; pero así como pueden existir buenos y malos jinetes o motociclistas, también existirán buenos y malos representantes o actores del rol, lo cual lleva a pensar en la responsabilidad con la que se actúa y ejerce el poder que otorga el padrón.

Hay actuaciones que siendo principalmente cumplidas con el uso de otros calzados, requieren en un momento las botas púrpuras, porque precisan de mando y autoridad.

### 10.3.2 Las combinaciones de zapatos

“Una de las ventajas de usar la metáfora del zapato es que normalmente usamos un par”.... “No existe una receta formal para combinar las diferentes formas de acción”. De Bono señala tres tipos de combinación:

- a) “La combinación equilibrada: cuando la situación exige una medida igual de dos formas diferentes de acción,
- b) Una situación dudosa: El equilibrio de la acción puede inclinarse hacia un lado u otro. Hacen falta dos colores para cubrir las posibilidades, y

- c) Una situación modificadora: Una forma de actuar es dominante pero otra actúa como modificadora”.

Sugiere, a manera de ejemplo varias combinaciones, entre otras citamos las siguientes:

- “Azul marino y gris: rutina y averiguaciones formales,
- Azul marino y marrón: rutina y flexibilidad
- Azul marino y naranja: procedimiento de rutina en una emergencia.
- Gris y rosa: investigación con buenos modales y sensibilidad,
- Marrón y gris: acción práctica y sensibilidad
- Marrón y rosa: acción práctica con sentimientos y emociones
- Naranja y gris: reunir información y solicitar criterios a especialistas
- Rosa y gris: escuchar y atender para ayudar y consolar
- Rosa y púrpura: usar el poder y la autoridad para ayudar
- Púrpura y naranja: ordenar y organizar con autoridad las emergencias.

La simplicidad del método de los Seis Pares de Zapatos para la Acción, ayuda a identificar diferentes situaciones frente a las que será necesario reaccionar de manera adecuada, sugiriendo con la imagen y el color de los zapatos, las tácticas básicas para enfrentarlas. El entrenamiento en el sistema permitirá que se realice con oportunidad la actividad requerida y es obvio que el éxito lo obtendrá quien domine el método.

## 10.4 La Revolución Positiva

Los estudios Dr. De Bono sobre la mente humana, su propuesta sobre el pensamiento lateral, su técnica de sombreros para pensar y las estrategias de los zapatos para la acción, alcanzaron una difusión extraordinaria en el mundo por su simplicidad académica, habiendo sido traducidos a más 20 idiomas, y le abrieron las puertas para trabajar

como motivador en las más grandes y prestigiosas empresas del mundo como IBM, Ericsson, Siemens, Microsoft, donde recoge experiencias para promover la creatividad humana en su libro “La revolución Positiva”, como una guía práctica de cinco principios que se simbolizan en la mano humana.

“¿Es posible realizar una revolución sin la furia, el odio y la pasión que implica estar “en contra” de algo? ¿Es posible realizar una revolución sin el sentido de “misión” y energía focalizada que genera un “enemigo”? Muchos dirán que no lo es. Esas personas están encerradas en el hábito de pensamiento obsoleto y tedioso, basado en el argumento: “Yo tengo razón – usted está equivocado”.

“La revolución positiva no se aplica a los revolucionarios profesionales, sino a las personas comunes, a aquellos aficionados que pueden realizar cambios, milímetro a milímetro. Una revolución positiva no es el choque poderoso de la “lógica pétrea” de las ideologías brutalmente arrogantes, sino el poder lento y firme de la “lógica líquida”, que tiene la capacidad de dar un rodeo y de filtrarse”

### 10.4.1 Principios de la Revolución Positiva

Son cinco, “Porque en una mano hay cinco dedos y por tanto es sencillo recordar los cinco principios básicos. La mano también puede servir como símbolo de la revolución”. Pocos principios para que sea posible cumplirlos y recordarlos, condensados en la función principal de cada dedo que juntos explican la utilidad de la mano.

1. **EFFECTIVIDAD:** representada en el dedo “pulgar”, sin el cual la mano se inutiliza. La efectividad, “es disponerse a hacer algo, y hacerlo”, es planear y ejecutar con control de lo que se proyecta y cumple; con confianza en lo que sabe y hace; y, con disciplina para perseverar con paciencia, concentrándose en hacer bien la tarea propuesta a fin de lograr lo proyectado y gozar con su éxito.
2. **LOS ASPECTOS CONSTRUCTIVOS:** simbolizados por el dedo “índice” que señala, indica, los pensamientos positivos y las acciones constructivas que debe tener el comportamiento revolucionario que es guía y camino a seguir con entusiasmo en pos de la superación constante y del bienestar, aportando ideas positivas, generadoras de nuevos acoplamientos y estructuras para una convivencia en armonía y paz.



3. **EL RESPETO:** al estar representado por el dedo “mayor” resulta el principio más importante, porque es el modo que tenemos de comportarnos con los demás y, en consecuencia, comprende los valores y sentimientos humanos que motivan esa actitud de atención considerada y de cortesía a los otros, que reproduce el miramiento que tengamos hacia nosotros mismo.
4. **AUTOSUPERACIÓN:** sugerida por el dedo “anular”, señala ese derecho y deber de mejorar, de superarse, de cambiar, de comprometerse para perfeccionarse, para educarse, para desarrollar hábitos positivos superando defectos y desarrollando actitudes óptimas.
5. **CONTRIBUCIÓN:** figurada en el dedo más pequeño, el “meñique”, que usamos para acciones delicadas, suaves, para las que los otros dedos son rudos; es el dedo que fácilmente se une y acopla con el pulgar, por ello representa a la acción de estar siempre dispuestos a dar algo para un fin, al hecho de apoyar para que un proyecto se efectivice con éxito. Las contribuciones por más pequeñas que sean, serán siempre bien venidas.

He ahí los cinco principios de la Revolución Positiva diseñada para todos y que será fuerte, práctica y real cuando se sepa pensar con el sombrero correcto y actuar con los zapatos adecuados para el caso, poniendo energía, coraje, decisión para construir, no para destruir; para ser activos y no pasivos; para ser actores y no espectadores; positivos y no negativos.

De Bono afirma:

- “En una revolución negativa tradicional existe un enemigo al que hay que odiar.
- “La lucha contra el “enemigo” sigue otorgándole un sentido de misión y un objetivo a la vida. La lucha se torna un fin en sí mismo.
- “Una revolución positiva puede contraponerse a una negativa.
- “En lugar de ataque hay construcción.
- “En lugar de crítica hay proyectos
- “En lugar de cambios a través de la violencia, los hay a través de la percepción.

- “En lugar del poder de las armas, existe el poder de la información.
- “En lugar de una ideología para marcar el rumbo, existe la actitud de permitir cambios en el rumbo marcado.
- “En lugar de un sistema centralmente organizado, hay un sistema que se organiza autónomamente.
- “Si bien la revolución positiva no es violenta, de ningún modo es pasiva. Por el contrario, el énfasis está colocado en la acción y en la efectividad
- “La revolución de Karl Marx fue inspirada por la injusticia de la tecnología del motor a vapor de la revolución industrial. La revolución positiva está inspirada en las oportunidades ofrecidas por la era electrónica de la información”.

# Capítulo 11

---

## La mediación en la negociación social

---

### 11.1 Idea general de la mediación social

Bajo el nombre de “Mediación Social”, que otros prefieren llamar “Negociación Social”, se suele agrupar dos formas alternativas de solución de problemas que se desarrollan en la sociedad civil y al margen del Poder Judicial del Estado:

- La primera, reúne a todos los procesos informales que utilizan y promueven las organizaciones sociales para solucionar los conflictos sin recurrir al Derecho Estatal, sino más bien acudiendo a los usos y costumbres propios de un determinado sector social, empleando el diálogo como instrumento de entendimiento y comprensión. En estos métodos se inscriben las propuestas de modernizar los sistemas procesales de la Justicia y los diversos programas para acceder a ella; también están la difusión de las técnicas de mediación, de conciliación, de arbitraje y los planes de capacitación y formación de mediadores o de árbitros, que se ofrecen a la población y a la misma Función Judicial, dotando y promoviendo Centros Especializados en estos servicios, a los

que las personas podrían acudir directamente, o a los cuales los Jueces derivarían los procesos formales;

- La segunda, se refiere al uso de la Mediación Social o Negociación Social, como mecanismos de participación democrática de la comunidad en la toma de decisiones que deben hacer los organismos públicos o privados en cuanto a la aprobación de leyes, realización, programación y desarrollo de obras o actividades que, directa o indirectamente, afecten los intereses colectivos. También se promueve la Mediación Social, buscando el equilibrio en la disputa por el reconocimiento y respeto de los derechos humanos comunitarios, el acatamiento de situaciones ambientales y ecológicas que son sentidas como aspiraciones colectivas, problemas grupales, idiosincrásicos, vinculados con las nacionalidades; cuestiones de raza, de género, de sexo, de edad o de otras condiciones; temas frente a los cuales hay discrepancia de opiniones que dan lugar a conflictos, discusiones y hasta enfrentamientos.

La negociación para contrarrestar fuerzas concede siempre prioridad a lo social, a lo humano, a la sociedad civil general, frente a lo particular, privado o burocrático y sirve para fijar el interés en valores que trascienden las identidades o las fronteras y que están por encima de cualquier formalismo. Se busca atender la participación colaboradora y dinámica de los involucrados, para lograr, sin violencia, la solución de los conflictos que pueden surgir por el choque de opciones igualmente legítimas, cuyo respeto es indispensable, para alcanzar verdaderas soluciones.

En los dos aspectos señalados, tiene sustancial importancia el uso de la COMUNICACIÓN y de sus procedimientos para conectar a los seres humanos de distinta edad, sexo, idiosincrasia, lengua, cultura, situación económica, geográfica, etc. que manejando pautas diferentes, heterogéneas y con repertorios lógicos e ideológicos complejos, sin embargo son capaces de vincularse, de acoplarse y de entenderse.

La Comunicación es toda una ciencia y una técnica no sólo informativa para dar noticia de algo, sino también para enseñar y persuadir, por ello es indispensable para lograr cambios en la manera de ser y actuar de las personas, pues la comunicación establece un nexo entre el emisor que transmite y el receptor que capta y puede provocar que surjan sentimientos y emociones en el destinatario capaces de hacer que el mensaje enviado lo incorpore a su personalidad como si se tratara de una afortunada coincidencia con aquello que siempre ha estado con él;

en otros casos, el receptor simplemente recibe el mensaje aceptándolo de tal forma que desplaza a lo que tenía por propio. También puede haber rechazo total o parcial y aquello obligará a mejorar la comunicación o corregirla.

Este poder de la comunicación en los últimos años tiene visos extraordinarios y sustanciales por los avances tecnológicos cada vez mejores que están ahora al alcance de las personas en cualquier parte y momento, siendo herramientas o sistemas eficaces para la mediación social y el cambio cultural, constituyendo ellas mismas una expresión de la técnica innovadora y vertiginosa que vivimos, donde la exigencia de ajustes institucionales ágiles para su acoplamiento a la urgencia del servicio, es constante porque no puede enmarcarse con límites temporales rígidos ni con disposiciones inamovibles, pues la característica de la realidad social actual es su movilidad intercultural donde los instrumentos, aparatos o soportes lógicos para la comunicación y transmisión de datos, han adquirido su propio espacio, memoria e identidad, a través de los llamados “hardware” y “software”, “ordenadores” y “servidores”, “programas”, “códigos”, “claves” y “lenguajes”, “internet”, “redes sociales”, etc., y cumplen una tarea inconmensurable en todos los campos de la cultura y civilización del mundo moderno, susceptibles de ser asistidos por la cibernética, hasta el punto de haber convertido a las personas en “usuarios”, “consumidores” y “productores”, de automatización y robótica, con concepciones distintas a las que tienen los emisores y receptores tradicionales, para construir en base a los roles que cumplen esos ingenios y respaldos, una sociedad global que depende de ellos en todos los campos imaginables del saber humano y de su actividad; en los ámbitos de la administración pública y privada, de la educación, de los negocios, del ejercicio profesional, del entretenimiento y hasta de la delincuencia, con gran cantidad de nuevas formas de relación humana, de convivencia y de infracciones, consecuentemente, también de modernas formas de conflicto y anhelos de solución, en un mundo en el que parecería que las distancias se habrían acortado, que las fronteras físicas y morales estarían suprimidas o por declararse innecesarias, siempre a la expectativa de algo nuevo.

## 11.2 La participación social

La Constitución del año 1998, introdujo en el Ecuador el asunto de los Medios Alternativos de Resolución de Conflictos que fueron concebidos bajo aquella norma suprema que recogió varias aspiraciones

ciudadanas de la época. Han transcurrido más de quince años y ahora rige la Constitución del año 2008 cuyo esquema responde más a la ideología política del Socialismo del Siglo XXI, antes que al verdadero sentir popular; por ello, considero que es prudente no sólo aclarar lo que es realmente la Participación Ciudadana sino también tener en cuenta respecto de ella las referencias jurídicas a la Carta Magna de 1998, y luego referirme a las novedades –o novelerías– que trae la Constitución que actualmente nos tutela.

La Participación Social es un proceso cultural que implica un cambio en la manera de vivir, en la forma de ver y de solucionar los problemas cotidianos. Es una transformación en el estilo y en la práctica de la democracia que abarca desde las relaciones familiares en el hogar, en el barrio, en los establecimientos educativos, hasta las complicadas ligazones político económicas de los Estado entre sí y los nexos con sus propios súbditos, por ello, la participación social es un grado de madurez de la sociedad y es una experiencia que demanda contacto frecuente entre padres e hijos, entre maestros y discípulos, entre empleados y empleadores, entre trabajadores y patronos, entre ciudadanía y gobierno. Madurez social que se establece de modo similar al de la madurez individual, esto es en relación con la libertad de querer y hacer que, en este caso, tenga la colectividad, o sea voluntad exenta de los vicios que la afectan: error, fuerza y dolo, de los cuales trasciende para lo social aquellos que se originan en las diversas formas de ejercicio de la fuerza: amenazas, condicionamientos, represión, interferencias, restricciones, imposiciones, despidos, detenciones arbitrarias, chantaje y controles superiores.

La participación en este sentido cultural es un valor humano y social inapelable que es preciso rescatar para que se inscriba en lo que hemos llamado Cultura del Diálogo, como una integridad racional, libre, inteligente y emotiva que conforma una virtud cívica que exige la práctica diaria de un auténtico compromiso por alcanzar una sociedad cada vez más justa y solidaria, respetuosa e independiente; una sociedad que se desarrolle y progrese en un ambiente físico, económico, político y cultural adecuado, seguro y digno de la condición personal de los seres que la conforman. Si la mediación general no es posible cuando no existe en las partes el “*animus negotiandi*”, la mediación o participación social tampoco será factible si no está presente la voluntad libérrima de mejorar. Si participar significa sentirse “parte” comprometida con la creación y desarrollo de algo, con su éxito o con su fracaso, es entonces una actitud humana positiva que debería comprometerse todos los días

con la justicia y la libertad, por eso hemos dicho que la Participación o Negociación Social, se trata de un proceso transformador, vital, eminentemente crítico y efectivo al que se concurre y en el que se decide con pleno ejercicio del libre albedrío puesto que no tiene validez ética ni jurídica una participación ordenada o impuesta, ni un compromiso obligado, debiendo recordarse que es precisamente en este aspecto, donde se origina la discusión sobre las resoluciones obligatorias que nacen de la mitad más uno, generando lo que algunos llaman la tiranía de las mayorías, o esos comportamientos obedientes que se cumplen por asignación vertical o exigidos dentro de la despersonalización de colectivos autodenominados “orgánicos”, por los intereses del caudillo o de la ideología.

En la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social, reunida en Copenhague entre el 6 y el 12 de Marzo de 1995, por iniciativa y convocatoria de las Naciones Unidas, se abordó este tema de la Participación Social porque se reconocía su importancia en el desarrollo y el bienestar de la humanidad, no solamente en el momento actual, sino en el futuro que ofrecerá el siglo XXI. En esa Cumbre, se procuró establecer objetivos y políticas sociales que apunten al desarrollo, a la integración, a la mitigación de la pobreza, a la creación de empleo, etc. reconociendo que la participación de la sociedad civil es indispensable para obtener los siguientes compromisos:

1. Crear un entorno económico, político, social, cultural y jurídico, que permita el logro del Desarrollo Social.
2. Buscar erradicar la pobreza mediante una acción mundial y nacional enérgica;
3. Promover como objetivo políticas para alcanzar el pleno empleo;
4. Promover la integración social con el fomento de comunidades estables, seguras y justas;
5. Promover el respeto de la dignidad humana y el logro de la igualdad y de la equidad entre hombres y mujeres;
6. Promover y lograr: el acceso universal y equitativo a una educación de calidad; el nivel más alto posible de salud física y mental, y el acceso de toda persona a la atención de salud primaria;
7. Acelerar el desarrollo económico, social y humano de África y de los países menos adelantados;

8. Asegurar que los programas de ajuste estructural que se llegaren a acordar, incluyan objetivos claros de desarrollo social, en particular de erradicación de la pobreza; de generación de empleo pleno y productivo; y de promoción de la integración social;
9. Aumentar sustancialmente y utilizar con mayor eficacia los recursos asignados al desarrollo social con el propósito de alcanzar los objetivos de la Cumbre, mediante la acción nacional y la cooperación regional e internacional; y,
10. Mejorar y fortalecer con espíritu de coparticipación, el marco de cooperación internacional, regional y subregional para el desarrollo social por medio de las Naciones Unidas y de otras instituciones multilaterales.

Por el momento, no importa saber si los compromisos y objetivos que se plantearon, fueron o no cumplidos. Lo importante, desde el punto de vista de la negociación social es destacar la inquietud mundial sobre la necesidad de que la sociedad civil participe en el trabajo por el progreso de toda la humanidad comprometiéndose decididamente a ello y con la urgencia que las personas y los pueblos requieren.

En el esquema de esta cultura participativa, tanto el modelo de relaciones que actualmente se vive como el que se aspira para después, tienen que ser claros para que se formulen verdaderas propuestas positivas para el cambio. El análisis de la realidad resulta indispensable pues ahora no se trata de colocar en la plataforma de lucha la conocida protesta reivindicativa reclamando reales o supuestos derechos, sino que es tiempo de promover una actitud constructiva que lleve a compartir responsabilidades y a solidarizarse con las decisiones adoptadas de común acuerdo pues con esta nueva cultura no se busca la compensación particular de intereses para un grupo o una clase que siente marginación, sino se pretende la satisfacción de los propósitos y anhelos de toda la colectividad que se vincula con pautas globales en las cuales la lógica de la transmisión que hace el emisor y la conciencia del receptor de la comunicación moderna, juegan un papel trascendental para cambiar las concepciones y patrones de conducta individual o grupal usuales, hacia modelos y significaciones colectivas diferentes, aunque por momentos puedan ser susceptibles de empoderamientos personales.

Pero esto que se enuncia y declara como meta y compromiso de la sociedad civil, no resulta fácil ponerlo en la práctica, pues cambiar un paradigma cultural exige que alguien promueva el cambio, que se



involucre en los temas que aborda esta nueva cultura y que los difunda en la colectividad. Ese “alguien” concreto es imprescindible porque la sociedad civil es un concepto general con un contenido amplio y global que se extiende y abarca a toda una población o comunidad, por lo cual resulta ilusorio creer que la sociedad civil así entendida, pueda promover por sí misma el cambio y los compromisos señalados por la Cumbre. La aspiración de que la nueva cultura participativa llegue a todos y cambie los hábitos integrales de la sociedad, será un reto que asuman diversas organizaciones reales de ese ente que llamamos sociedad civil, cada una con los líderes individuales que las dirigen e impulsan, altamente comprometidos con los ideales de Justicia y Libertad, de Igualdad y de Democracia.

### 11.3 La participación social en el Ecuador

La Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social a la que nos hemos referido, se efectuó como respuesta a la inquietud de distintas corrientes ideológicas en el mundo sobre el tema de la participación social en el qué hacer jurídico, social y económico de los pueblos.

El Ecuador no se mantuvo ajeno a esa preocupación y podemos observar que desde la década de los 80, varias tendencias ideológicas, agrupaciones políticas, sociales y académicas del país, exigían cambios legales que permitirían a los ciudadanos el ejercicio de una verdadera democracia. Principalmente asomaron grupos que se calificaban de “marginados”, los partidos políticos que querían que se reconozca su “vocación por lo social”; los sectores indígenas organizados y algunas agrupaciones sindicales de trabajadores que cuestionaban “la Democracia representativa” como forma de gobierno, acusándola de ser un sistema que acude al pueblo sólo en tiempo de elecciones pidiendo el voto indispensable para el triunfo de los candidatos, pero que después de consolidado el poder de los ganadores, el mismo sistema representativo permite olvidar los intereses populares para que primen los partidistas y personales del elegido y sus afanes de poder. En la década de los 90, en diferentes cátedras universitarias se profundizaron estudios sobre el tema y muchos sectores de la influyente Iglesia Católica y algunas ONG tomaron el asunto de la participación social como principio básico de su trabajo con organizaciones populares y de base; de ahí las reformas que introdujo la Constitución que rigió desde Agosto de 1998, otorgando importancia a la Democracia participativa, como respuesta del legisla-

dor constituyente a la inquietud que se había vuelto clamor ciudadano, pero sin eliminar a la Democracia Representativa.

Así entonces, las reformas constitucionales de 1998 nacieron de un hecho social generador que venía madurando desde varios años atrás en distintos sectores, exigiendo una nueva forma de organizar al poder político para que legitime su actuación y atienda los conflictos de intereses con criterios más justos. Ese hecho generador estaba estimulado por los intereses de Libertad y Cooperación sobre los que hablamos al inicio de esta obra, junto con el deseo de certeza y la necesidad de cambio, los cuales asomaban reclamando su acatamiento efectivo y paulatinamente dejaban de ser meros enunciados, para convertirse en medios cumplidos con la conciencia de saber y tener la seguridad de que participar en el cambio del modelo de organización social, bajo formas recíprocas de concurso de los diferentes sectores que la conforman, era y es un derecho humano que exige ser respetado incluso usando medios coercitivos para imponer su acatamiento.

Por esas exigencias de Libertad y Cooperación, de seguridad jurídica y de cambio, que socialmente están en lo que hemos llamado juridicidad subyacente, el legislador incorporó en la Constitución de 1998 varias declaraciones y derechos que apuntaban a satisfacer los anhelos colectivos en lo relacionado con los conceptos de participación. Así, en el Preámbulo de esa Carta Fundamental se leía:

Que: I: “El Pueblo del Ecuador”..., es “fiel a los ideales de libertad, igualdad, justicia, progreso, solidaridad, equidad y paz”, II: proclama que la voluntad del pueblo es la “de consolidar la unidad de la nación ecuatoriana en el reconocimiento de la diversidad de sus regiones, pueblos, etnias y culturas”.

Luego, en los Principios Fundamentales, establecía:

“Art. 1: “El Ecuador es un estado social de derecho, soberano, unitario, independiente, democrático, pluricultural y multiétnico. Su gobierno es republicano, presidencial, electivo, representativo, responsable, alternativo, participativo y de administración descentralizada” ..... “El quichua, el shuar y los demás idiomas ancestrales son de uso oficial para los pueblos indígenas, en los términos que fija la Ley”.

ESTADO como entidad jurídica constituida en un territorio delimitado; SOCIAL en el sentido de los vínculos históricos de origen, idioma y cultura que unen a las personas de su población oriunda para compartirlos con los extranjeros; Estado con un sistema sistemático en el que prima el DERECHO, es decir, la Constitución y la Ley debidamente aprobadas y promulgadas como reglas para una convivencia

en paz donde los habitantes saben a qué atenerse, porque las normas jurídicas obligan a todos por igual y otorgan la seguridad jurídica indispensable para la vida en comunidad, pues permite conocer lo que se debe y lo que se puede hacer, estar al tanto de las consecuencias de los actos y saber el procedimiento para reclamar. Estado Social de Derecho que exige separación de poderes y funciones del Estado y del Gobierno para su autocontrol y responsabilidad, cuyas finalidades y límites están señalados de manera institucionalizada y no personalizada.

“Art. 3. Son deberes primordiales del Estado:

1. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad.
2. Asegurar la vigencia de los derechos humanos, las libertades fundamentales de mujeres y hombres, y la seguridad social.
3. Defender el patrimonio natural y cultural del país y proteger el medio ambiente.
4. Preservar el crecimiento sustentable de la economía, y el desarrollo equilibrado y equitativo en beneficio colectivo.
5. Erradicar la pobreza y promover el progreso económico, social y cultural de sus habitantes.
6. Garantizar la vigencia del sistema democrático y la administración pública libre de corrupción”.

A tono con las declaraciones constitucionales que hemos reproducido, encontrábamos que el Art. 3, inc. 3 de la Ley de Descentralización del Estado y de Participación Social, emitida en Octubre de 1997, señalaba que:

“La participación social es el sistema por el cual se involucra activamente a todos los sectores sociales en la vida jurídica, política, cultural y económico social del país, con la finalidad de mejorar las condiciones de vida del habitante ecuatoriano, con miras a una más justa distribución de los servicios y recursos públicos”.

Esta línea de pensamiento, venía desde el Art. 28, literal c) de la Ley de Seguridad Nacional dictada en Agosto de 1979:

“El Frente Interno prestará su colaboración a los demás Frentes, para el cumplimiento de las siguientes acciones en el campo de Seguridad Nacional: c): Orientación de la conciencia ciudadana y de los esfuerzos de la Nación, para que el pueblo participe y colabore en los planes de desarrollo integral del país”.

En el Capítulo de los Derechos, Garantías y Deberes, el texto constitucional de 1998 insiste en varias disposiciones sobre las ideas básicas que fortalecen la doctrina y práctica de la Participación Social como garantía de los Derechos Humanos, de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley, de la libertad que ellos deben gozar para desenvolver su vida con calidad, en un ambiente ecológico y cultural sano. Todo ello con seguridad jurídica en los distintos y variados órdenes de la convivencia, la cual se debía desenvolver buscando la unidad en la diversidad étnica, cultural y geográfica del país.

Vale destacar que en esa heterogeneidad pluricultural y étnica, se reconocían derechos especiales para los llamados “grupos vulnerables” que se constituyen con los niños y adolescentes; con las mujeres embarazadas; con los ancianos, con los discapacitados y con los enfermos con padecimientos terminales o complejos. Tratamiento especial también merecieron los pueblos indígenas y los negros o afro ecuatorianos. En el Capítulo de Las Garantías de los Derechos, al ya conocido Recurso de Habeas Corpus, se añadieron el de Habeas Data y el de Amparo, y se creó la Defensoría del Pueblo.

Cuando la Constitución de 1998 se ocupó “De La Participación Democrática”, en el Título IV, trató de manera especial las figuras jurídicas “De la Consulta Popular”; “De la Revocatoria del Mandato” y del “Estatuto de la Oposición”. Desde la perspectiva de éste libro, transcribimos lo que decía esa Carta Fundamental en su Art. 191, relativo a La Función Judicial: “El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

“De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

“Se reconocerá el arbitraje, la mediación otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

“Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Con esta declaración, no solamente que se reconocía a los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, sino que, respetando la pluri-nacionalidad, se otorgaba valor a varios sistemas ancestrales que los

pueblos indígenas tenían para tratar y resolver sus problemas, con diversas modalidades en cada comunidad de la patria.

Estos derechos y declaraciones, no fueron una graciosa donación de legislador constitucional, ni conquista de ningún sector político o ideológico; significaron, como hemos dicho antes, un reconocimiento de lo que el pueblo venía haciendo y exigiendo desde años atrás, para alcanzar en el Estado de Derecho, el reconocimiento de su plena validez, por la significación legal que se les otorgó en la Carta Magna.

En las últimas décadas del siglo XX, desde antes de la vigencia de la Constitución de 1998, se reunían los diversos estamentos sociales de la nación procurando organizarse para participar comunitariamente en la vida del país. En ese sentido, especial mención merece el trabajo de los sectores indígenas que, con sus típicas instituciones comunales, se manifestaron rescatando su cultura, su idiosincrasia, el orgullo de su estirpe, de sus tradiciones, aspirando consolidar una fuerza importante que oriente significativos cambios en la política del Estado. Hablaron de sus propios parlamentos, de la necesidad de que su nacionalidad sea reconocida y acatada; proclamaron sobre sus leyes, sus costumbres y hasta de su propia administración de Justicia; anhelaban dejar de ser marginados, explotados, engañados, embaucados y olvidados, para convertirse en actores respetados y respetables de la nueva historia del país.

Nadie pondrá en duda la validez de su aspiración y la razón del derecho que les asistía y aun asiste. Pero es de desear que la identidad maravillosa de esos pueblos, que su albedrío vernáculo, que su cultura ancestral con sus estilos y costumbres, no sean tergiversados y usados por otros sectores ideológicos o políticos del país en provecho de sus propios intereses; que no sean explotados por quienes so pretexto de solidaridad y de defensa de los marginados y de los humildes, se inmiscuyen sagaz y técnicamente entre ellos para “concientizarlos” en su nacionalidad, en su cosmovisión, para apoyarlos en la organización, orientar sus decisiones y, con ladina habilidad, convertir a los grupos indígenas en el instrumento de sus particulares ambiciones que, muchas veces, ni siquiera lo son de las personas que directamente trabajan con los pueblos o comunidades campesinas, sino de entidades nacionales y extranjeras que pretenden a través de Fundaciones, sectas religiosas, ONGs, etc. poner en práctica otras y nuevas estrategias de coloniaje y de aculturación.

La Constitución de 1998 tuvo diez años de vigencia y fue reemplazada.

## **NOVEDADES (o NOVELERÍAS) EN LA CONSTITUCIÓN DEL AÑO 2008**

Las disposiciones de la Constitución del año 2008 que ahora nos tutela, corresponden al lineamiento ideológico del Socialismo del Siglo XXI inventado por Heinz Dieterich Steffan en 1996, que se impuso a la mayoría de los legisladores Constituyentes reunidos en Montecristi en el año 2008, pero que antes, en el 2005 fue adoptado por Venezuela y luego por Bolivia. El texto original de esta Constitución del 2008, muchos afirman que habría sido redactado por teóricos de ese movimiento ideológico contratados para el efecto y cuya versión final, aprobada rápidamente por la mayoría legislativa y corregida por una comisión de redacción, fue sometida a consideración del pueblo en un referéndum a fin que de recaiga sobre él, como soberano, la responsabilidad de aceptarla o rechazarla. Todos sabemos que un asunto filosófico, jurídico y político tan especializado y complejo como el de una Constitución no está al alcance del saber y entender de las mayorías populares, cuya votación, consecuentemente, nunca reflejará aprobación o negación razonada de su contenido y solo expresará la inclinación o rechazo de la petición que en tal o cual sentido formule el líder que convoca la consulta.

Al “PREAMBULO” de una Constitución doctrinalmente se lo tiene como la “Norma de Normas” porque establece los principios filosóficos esenciales y constitutivos que servirán de sustento y de parámetro para evaluar las secciones dogmática y orgánica que vienen después; el Preámbulo constitucional contiene declaraciones vitales en base de las que se podría juzgar y establecer la “constitucionalidad” de todas y cada una de las disposiciones de la Carta Magna. Con esta demarcación conceptual sobre la trascendencia de un Preámbulo Constitucional, se entiende que muchos países no se atrevan a tenerlo en la suya.

Veamos lo que dice el texto que los Asambleístas Constituyentes pusieron en la Constitución ecuatoriana del año 2008:

### “CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

#### “PREAMBULO

“NOSOTRAS Y NOSOTROS, el pueblo soberano del Ecuador,....

- RECONOCIENDO nuestras raíces milenarias,...
- CELEBRANDO a la naturaleza, la Pacha Mama, ...

- INVOCANDO el nombre de Dios...
- APELANDO a la sabiduría de todas las culturas...
- COMO HEREDEROS de las luchas sociales de liberación..., etc.

Y con un profundo compromiso con el presente y el futuro,

DECIDIMOS CONSTRUIR:

- “Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*”,
- “Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades;
- “Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro- la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y,
- “En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente:
- CONSTITUCIÓN DE LA REPUBLICA DEL ECUADOR”

Así se comienza a “construir” lo que para Dieterich es el “Nuevo Proyecto Histórico” como una reformulación permanente de la democracia participativa donde “...las dimensiones de lo cotidiano, lo estético y lo racional-crítico, deben estar incorporadas al cambio social”, impulsado por la joven tendencia indigenista latinoamericana que procura descubrir y estructurar una cultura andina ancestral de origen quichua, “*sumak kawsay*”, lo cual es ya un fundamentalismo étnico e ideológico reductor, que no podría servir de único molde para la enorme diversidad humana universal, ni para la pluralidad que habita en Ecuador aspirando ser “Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”; esta curiosa forma de “construir”, unilateralmente comprometida con esa concepción de la “integración latinoamericana”, se fabrica con las disposiciones que constan en el Régimen de Desarrollo, a partir del Art. 275 de la Constitución.

Viene el Art. 1, inciso primero que dice:

“El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada”, texto que es objeto de varias preocupaciones que las expuse en el Capítulo 6 de mi libro “Nociones de Justicia, Ética, Moral y Derecho”, (Edit. Universidad Católica de Cuenca, noviembre 2014), y que ahora las expongo aquí con alguna ligera modificación formal:

1. Afirmando que “El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia...”, por tanto el Ecuador deja de ser el “Estado social de derecho” que antes era donde primaba el conjunto de normas jurídicas que regulaban la convivencia y comienza a ser un “Estado constitucional de derechos”, es decir de libertades, potestades y prerrogativas que es la tesis de la doctrina del neo constitucionalismo garantista que promueve una Constitución rígida e inamovible para “construir” lo que en el Preámbulo se anunció como una “nueva forma de convivencia ciudadana”, pero que será una coexistencia subordinada a la ideología del Socialismo del siglo XXI permitiendo que la interpretación de la norma suprema la pueda hacer cualquier juez, en el caso que se le ocurra, actuando de manera orgánica con el poder dominante; sumisión que acaba con los principios de legalidad y de estabilidad ciudadana, sin percatarse que con ello no será posible construir “Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades”, simplemente porque las disposiciones de la Ley que regulan la convivencia, no serán estables ni duraderas.
2. En este “Estado constitucional...”, todos los jueces en los casos o causas que conozcan tienen la obligación de aplicar primero la Constitución, (Arts. 10 y 11; 424 a 428), lo que les convierte en potenciales creadores de nuevos derechos, porque en sus sentencias pueden apartarse de los principios legales comunes que constituyen la garantía de la seguridad jurídica e imponer lo que ellos opinen apoyándose en la Constitución, y no en las “normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” como pide el Art. 82 de la misma Carta fundamental, imposición del juez que será peligrosa para la estabilidad social sin la cual no será posible alcanzar el llamado “buen vivir” y



tampoco una sociedad respetuosa de la dignidad de las personas, es decir una sociedad con relaciones seguras y duraderas.

Este tema se complica con la disposición imperativa que trae el Art. 172, inc. 2) de la Constitución cuando manda que “Las servidoras y servidores judiciales, que incluyen a juezas y jueces, y los otros operadores de justicia, aplicarán el principio de la debida diligencia en los procesos de administración de justicia”, (el subrayado es nuestro), porque ese principio que se ordena aplicar, el de la “debida diligencia”, no está definido en la Ley ni tiene un concepto claro en la doctrina y tampoco es igual al derecho de tutela consagrado en el Art. 76 de la misma Constitución que dispone la obligación de asegurar el “debido proceso...”, en toda causa en que se determinen derechos y obligaciones, tutela que está en armonía con el mandato del Art. 11, relativo a los principios que regirán para ejercicio de los derechos, núm. 5): “En materia de derechos y garantías constitucionales, las servidoras y servidores públicos, administrativos o judiciales, deberán aplicar la norma y la interpretación que más favorezcan su efectiva vigencia” (el subrayado nos pertenece); entonces el incierto principio de la “debida diligencia...”, resultará ser una declaración más para la libre interpretación y consecuente aplicación que puedan decidir quiénes funjan de servidores públicos.

3. En tercer lugar, el modelo neo constitucionalista que se inaugura con este “Estado constitucional de derechos...”, suprime el PRINCIPIO DE LA COSA JUZGADA y acepta la revisión hasta de los fallos de última instancia, (Arts. 436, núm. 5; 437), lo cual atenta otra vez contra la seguridad jurídica que se pregona como derecho en el ya invocado Art. 82, y pone en peligro la estabilidad social y la cultura de paz, porque ningún derecho otorgado o declarado por juez o tribunal competente será seguro, pues podría ser que alguien al cabo de los años, alguna vez, podrá perturbar su goce, demandando la invalidez del pronunciamiento por alguna supuesta causa de inconstitucionalidad.
4. Otra preocupación, ¿Por qué razón en el texto copiado del inciso primero del Art. 1, la palabra “justicia” está después de la expresión “de derechos”, si se sabe que éstos provienen del valor primigenio JUSTICIA?... ¿será que la virtud inmanente Justicia, por decisión de los asambleístas constituyentes se la debe

entender como posterior a los derechos que técnicamente nacen de ella...?

En la doctrina neo constitucionalista sería, encontramos que ontológicamente al deber ser del Derecho se lo separa de la concepción de ley positiva, de la misma forma que la noción trascendental de Justicia se la aparta de la forma de aplicación de la ley que hacen los jueces, verdades éstas que implican la distancia entre Filosofía y Ley, entre Ética y Moral; pero el legislador constituyente ecuatoriano las confunde, principalmente éstas dos últimas, o por lo menos usa los términos Ética y Moral equivocadamente como sinónimos, lo que es una gran inexactitud; por este error en el Art. 3 que señala los “deberes primordiales del Estado”, dispone que uno de ellos será “Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico”, lo que significa adjetivar al sustantivo “ética” cuya validez, a la letra de la disposición, sería garantizada por el Estado sólo cuando tenga la calidad de “sustento del quehacer público” que arbitrariamente le asigna, lo cual implica que la Constitución impone al Estado una ideología, lo que es simplemente absurdo; más aún, la “ética” no requiere de adjetivos calificativos, simplemente la Ética es o no es, porque si se admitiría la existencia de una “ética laica”, bien podría hablarse de otras éticas, “clerical”, “militar”, “comercial”, “partidista”, etc., etc. En el caso de que el término esté usado por los legisladores como sinónimo de Moral que sí admite calificativos o determinativos, la imposición ideológica que hacen los asambleístas constituyentes se mantendría, porque el reconocimiento y garantía de un solo tipo de Moral en el Estado Ecuatoriano se mantendría, desconociendo las muchas formas de Moral que fueron poéticamente reconocidas, invocadas y apeladas en el Preámbulo, y que existen entre “las mujeres y hombres de distintos pueblos”, que se dan en “nuestras diversas formas de religiosidad y espiritualidad” y que están en “la sabiduría de todas las culturas que nos enriquecen como sociedad”, pregones éstos que el mismo legislador constituyente las refuta con la confusión entre Ética y Moral.

5. Algunos comentaristas creen que con la expresión “de derechos” en la frase transcrita para el análisis, se alude a las prerrogativas que gozan las personas por su condición humana, o sea a las facultades que están reconocidas en su favor tanto en la Decla-

ración Universal de derechos del Hombre, cuanto en la misma Constitución y en otros instrumentos internacionales, a fin de que los individuos las disfruten en gracia a su propia naturaleza, sin que nadie las pueda negar.

Es posible también que la locución “de derechos y justicia...” en el predicado de la oración copulativa, no se refiera a valores sino que, dado el plural “derechos” y el lugar que el término “justicia” ocupa en la frase, aluda más bien a los diferentes ordenamientos o sistemas jurídicos que se reconocen en el “...Estado constitucional,” que la Constitución define además como “social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico”; en cuyo caso el término “derechos”, podría creerse que sugiere el conjunto de tradiciones, usos y costumbres con valor jurídico que se aplicarían en un sector poblacional que representa una nacionalidad, lo cual concordaría con el significado de la palabra “justicia” que escrita a continuación y con minúsculas, serviría para expresar la aplicación culturalmente ancestral de esa variedad de derechos, dentro de la “justicia indígena”; “justicia aborígen”, “justicia cañari”; “justicia shuar”, etc., pues cuando a la palabra se la usa con el valor inmanente, filosófico, que tiene, se la escribe con mayúscula, Justicia. Para quienes discurren por éstos detalles semánticos, la frase empleada en la disposición constitucional que comentamos, tiene una connotación inferior a la de virtud filosófica, porque su determinación es de orden simplemente administrativo, para reconocer en el Estado ecuatoriano la coexistencia de varios derechos o regímenes jurídicos propios de cada pueblo o nacionalidad que lo integra y consecuentemente de la forma de hacer justicia al aplicar cualquiera de ellos.

6. Pero el tema tampoco se soluciona con la interpretación anterior, porque actualmente con la palabra “derechos” se identifica no solamente a los sistemas o regímenes de ordenamiento jurídico, sino también a todas las prerrogativas que a lo largo del tiempo se han ido reconociendo en las denominadas generaciones de derechos, desde la primera de fines del siglo XVIII hasta la quinta de estos últimos años, lo cual también podría ser la intención del legislador constitucional cuando en el numeral 1 del Art. 3, dice: “Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos estableci-

dos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes”, que desde luego no son todos los derechos humanos reconocidos.

De lo dicho se desprende que la redacción del Art. 1 de la Constitución Ecuatoriana del 2008 deja mucho que desear por su ambigüedad, lo que no permitirá que la Participación Ciudadana ocurra en un ambiente de comprensión y de seguridad plenos, pero sobre todo no se producirá en un clima de libertad.

Sin embargo, los Artículos de la Constitución del Ecuador que hablan de tal Participación, son varios, entre ellos:

- “Art. 95.- Las ciudadanas y ciudadanos, en forma individual y colectiva, participarán de manera protagónica en la toma de decisiones, planificación y gestión de los asuntos públicos, y en el control popular de las Instituciones del Estado y la sociedad, y de sus representantes , en un proceso permanente de construcción del poder ciudadano. La participación se orientará por los principios de igualdad, autonomía, deliberación pública, respeto a la diferencia, control popular, solidaridad e interculturalidad.

“La participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”.

1. “Art. 100.- En todos los niveles de gobierno se conformarán instancias de participación integradas por autoridades electas, representantes del régimen dependiente y representantes de la sociedad del ámbito territorial de cada nivel de gobierno, que funcionarán regidas por principios democráticos. La participación en estas instancias se ejerce para:
2. Elaborar planes y políticas nacionales, locales y sectoriales entre los gobiernos y la ciudadanía.
3. Mejorar la calidad de la inversión pública y definir agendas de desarrollo.
4. Elaborar presupuestos participativos de los gobiernos.
5. Fortalecer la democracia con mecanismos permanentes de transparencia rendición de cuentas y control social.
6. Promover la formación ciudadana e impulsar procesos de comunicación

Para el ejercicio de esta participación se organizarán audiencias públicas, veedurías, asambleas, cabildos populares, consejos consultivos, observatorios y las demás instancias que promueva la ciudadanía”.

- “Art. 207: El Consejo de Participación Ciudadana y Control Social promoverá e incentivará el ejercicio de los derechos relativos a la participación ciudadana, impulsará y establecerá mecanismos de control social en los asuntos de interés público y designará a las autoridades que le corresponda de acuerdo a la constitución y la ley. La estructura del Consejo será descentrada y responderá al cumplimiento de sus funciones” .....

## 11.4 La mediación comunitaria

Se conoce como tal al manejo alternativo de los conflictos que surgen en las comunidades indígenas ancestrales, negras o afrodescendientes, en las agrupaciones rurales agrícolas, en los grupos urbano marginales o barriales, en los gremios, asociaciones y en cualquier conjunto de personas que compartan profesiones, actividades, elementos o espacios en común, puesto que en cada una de ellas se produce una forma de convivencia propia, diferente, que brota de su cultura, de su diversidad étnica, de su idioma, de sus costumbres, usos y tradiciones, de las tareas y roles que cumplan sus miembros por edades o género, por estatus, etc., y, como es obvio, esas agrupaciones sufren también desencuentros que es preferible arreglar dentro de ellas mismas, considerando su composición humana, su idiosincrasia y hasta sus propias reglas; por ello la Mediación Comunitaria exige entendimiento de la cultura del grupo en el que se la practique para que el trámite alternativo sea eficaz, compatible con esa comunidad y enriquecedor de la experiencia grupal para prevenir futuros problemas.

Con lo dicho, el Título III de la Ley de Arbitraje y Mediación, “De la Mediación Comunitaria”, siendo anterior a las Constituciones de 1998 y del 2008, adquiere más importancia y significación, pues ahora se encuentra respaldado por los principios y la línea de pensamiento proclamados en la carta Fundamental vigente.

Los Arts. 58 y 59 de la indicada Ley, dicen:

“Art. 58.- Se reconoce la mediación comunitaria como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos”

“Art. 59.- Las comunidades indígenas y negras, las organizaciones barriales y en general las organizaciones comunitarias podrán establecer centros de mediación para sus miembros, aun con carácter gratuito, de conformidad con las normas de la presente Ley.

“Los acuerdos o soluciones que pongan fin a conflictos en virtud de un procedimiento de mediación comunitario tendrán el mismo valor y efecto que los alcanzados en el procedimiento de mediación establecido en esta Ley.

“Los centros de mediación, de acuerdo a las normas de esta Ley, podrán ofrecer servicios de capacitación apropiados para los mediadores comunitarios, considerando las peculiaridades socio-económicas, culturales y antropológicas de las comunidades atendidas”.

De modo que en cualquier agrupación comunitaria es posible la Participación Social para solucionar los conflictos individuales y colectivos, privados o públicos que surjan en ellas, mediante la utilización del sistema de la Mediación o Negociación Asistida.

Esta amplia posibilidad que otorga la Ley debería ser aprovechada por aquellos grupos humanos que ahora más que en otras épocas, demuestran su preocupación por insertarse de verdad en la toma de decisiones y en el qué hacer político, económico y administrativo del país. El empleo de la Mediación Comunitaria para lo que hemos llamado “construcción de la democracia” exige en las partes y en los facilitadores, un amplio desarrollo de la Cultura del Diálogo y la profundización sincera en el conocimiento de los auténticos valores e intereses propios de cada comunidad y las diferencias con aquellos que posee la colectividad en general. Sólo así se podrá concurrir a la negociación con franqueza, con fuerza, con verdadera representatividad para acordar soluciones equitativas, duraderas y que promuevan la paz y la armonía social, pues se debe ir a la Negociación o Mediación Comunitaria sin odios ni anhelos de revancha, sin afanes de reivindicación, sin críticas ofensivas que siembran rencores y son la semilla de nuevas injusticias; se concurrirá a negociar para construir un auténtico sentir comunitario en base de lo honestamente percibido como ancestral, no se asistirá para combatir y destruir, sino para fortalecer la participación colaborativa de sus miembros. Para los facilitadores o mediadores el escenario conflictivo es complejo pues no sólo está obligado a conocer la cultura e idiosincrasia de cada una de las partes interesadas que pueden ser

dos o más, sino también debe tener ideas claras sobre las diferencias que cada una reclamará respecto de la comunidad general, por ello su preparación y experiencia es clave para el éxito.

Pero también la Negociación o Mediación Comunitaria es una posibilidad para arreglar conflictos privados que existen en esas comunidades, apartando a los implicados de los caminos procesalistas de la Administración de Justicia formal que ellos los perciben como tortuosos por ser miembros de esas colectividades marginales, remplazando esas vías por la propia y patrimonial costumbre de su grupo. La Ley abre ahora la oportunidad para que los pueblos, las etnias y las colectividades laterales, desarrollen su ancestral capacidad para poner fin de manera rápida y oportuna a las disputas entre sus miembros. No aprovechar el sistema que ofrece la normatividad actual, invalida en buena parte la crítica que desde esos mismos sectores se ha venido haciendo a la Administración de Justicia estatal.

Es urgente entonces que las comunidades que se sienten marginales o laterales, analicen y promuevan el sistema de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos; que preparen Mediadores; que creen centros de Mediación Comunitaria y Particular, para que sean los gestores auténticos de su propio estilo de administrar justicia, con sus valores genuinos y ciertamente ancestrales, no con aquellos saberes que alguien dice que lo son, sin demostración alguna y que muchas veces se contradicen con la opinión de otros miembros de la misma comunidad. Allí está el reto para su capacidad de organización, el desafío para sus líderes y asesores, a fin de hacer que la llamada “justicia indígena”, “ancestral” o “vernácula”, sea más transparente y creíble, porque surgirá de los valores de una convivencia interactiva verídica, mantenedora y creadora constante de solidaridad y de paz.

En la Negociación o Mediación Comunitaria, el facilitador sigue siendo imparcial, no reemplaza a ninguna autoridad o líder étnico o comunitario, pero asume el papel de pacificador que impulsa a las partes a construir una solución que no solamente satisfaga sus particulares intereses, sino que también sea apreciada por la comunidad, cuya anuencia igualmente es requerida por las partes porque esa aceptación legítima el acuerdo y fortalece el sentimiento unitario del grupo que no se desentiende de los problemas particulares de sus miembros, sino que su preocupación por ellos demuestra y otorga valor al sentido de pertenencia que fluye entre el grupo y sus integrantes en un ajuste de vinculaciones recíprocas que hacen de la circunstancia colectiva y de la individual una suerte de interdependencia mutua, porque las dos

realidades comparten su existencia personal y grupal, sus aspectos culturales, ambientales, materiales y espirituales, con toda espontaneidad y uno a otro perciben el apoyo que cada cual pretende. Por lo indicado, el rol del mediador en la Mediación o Negociación Comunitaria se cumple más allá de los límites y aspiraciones de las partes directamente involucradas, puesto que la comunidad no es solo una observadora curiosa, sino una interesada atenta y preocupada por el distanciamiento que afecta a sus miembros como personas, porque el motivo que las separa le causa alarma y anhela que no vuelva a presentarse y si volvería a ocurrir, desea saber cómo actuar en el futuro y promover su solución; consecuentemente el mediador comunitario es también un promotor social para una vivencia corporativa de paz.

## 11.5 La Mediación Escolar

Entendemos por “Escuela”, no solamente la institución donde se da a los niños la educación primaria, sino cualquier entidad donde se imparta una instrucción; así entonces, la escuela es un amplio escenario social donde inter actúan muchas personas de diversas edades, condiciones sociales y culturales: alumnos, profesores, padres de familia, servidores, maestros, entrenadores, etc., cada cual con su manera de pensar y de sentir, con afectos y desafectos, con su grupo social, profesional y económico, cada uno con su religión y visión ética, moral, política, artística, con sus anhelos y propósitos; en fin, se podría afirmar que la Escuela, con su edificación material e inmaterial, con sus instalaciones físicas y cibernéticas, y con toda la gente que de modo corporal o virtual acude a ella, es un encuentro de seres humanos diferentes con el propósito de participar -aprendiendo o enseñando, investigando o creando- en la difusión del modelo ilustrativo cultural que la autoridad competente, privada o pública, haya diseñado en unos casos para la formación académica gradual de sus alumnos, y en otros para la población entera mediante un pensum específico aplicable en cada escaño, grado o curso; y, paralelamente a esos programas, enseñando también principios éticos y morales que afiancen el civismo y la nacionalidad, con usos y costumbres sanos y válidos para la convivencia, la solidaridad, el respeto y la paz.

En este dinamismo de enseñanza-aprendizaje se producen gran cantidad de problemas de distinta índole en el aula, laboratorios, salones y servicios, en los bares, patios, corredores, canchas y hasta en las calles y medios de comunicación; inconvenientes que surgen sin un



motivo válido y que se relacionan con el origen social de cada compañero, con su aspecto físico; con la ubicación atrás o adelante en clase; con problemas por el sistema de calificaciones, puntuación y promoción que tiene ribetes competitivos; inconformidades por el régimen disciplinario; por el trato entre compañeros y profesores. También los docentes tienen conflictos entre ellos, por el peso curricular de la materia que dictan, por los horarios, por dificultades con la administración del establecimiento; incomprendimientos con las autoridades del ramo, con sus alumnos, con los padres de familia; apremios de popularidad y de aceptación pues unos son más exigentes, simpáticos o respetados que otros, etc. Se registran pugnas que llegan al enfrentamiento o agresión violenta y otras que desbordan el recinto escolar saliendo a la calle con escándalo social y no pocos conflictos escolares asoman con características ideológicas y políticas.

Este esbozo de la conflictividad escolar justifica la preocupación mundial por encontrar mecanismos y estrategias para evitarla o solucionarla en los diferentes niveles en los que se produzca, mejorando las relaciones humanas para inculcar y promover la “aceptación del otro” como estilo de la enseñanza-aprendizaje en todos sus niveles a fin que el respeto mutuo sea un valor cultural y una vivencia democrática. Una de las destrezas para lograr este anhelo es la Mediación Escolar, que se podría aplicar en dos caminos:

- a La Mediación como medio alternativo de solución o de prevención de conflictos escolares, es un camino válido para tratar la conflictividad escolar ya sea solucionando los problemas producidos o previniendo los que estén por ocurrir; pero no es asunto fácil precisamente por la diversidad humana en la que tendría que aplicarse, pues la técnica que se usaría entre los alumnos - que de suyo tendría que ser distinta según los niveles, edades y grados-, no podría ser la misma que se emplearía con los profesores, o con los padres de familia, porque ninguna estrategia por sí sola sería capaz de corregir o prevenir problemas cuya etiología está entre estamentos tan diferentes, sobre los cuales sería indispensable intervenir simultáneamente.
- b La Mediación en tanto pedagogía de enseñanza-aprendizaje de valores, a través de la Comunicación adecuada entre los seres diferentes que confluyen a una institución escolar, a fin de promover didácticamente la autoestima, la responsabilidad, el respeto, la interacción solícita, la aceptación del otro por ser tal, suscitando

la empatía a través de lenguaje verbal y no verbal que transmite conductas y contenidos; por tanto la Mediación como pedagogía es un adiestramiento en las técnicas de comunicación para desarrollar capacidades y talentos, para motivar la investigación, el pensamiento reflexivo que permita conocer el criterio e inclinación de los otros y compartir conocimientos y experiencias y todo ello en cada una de las esferas humanas que conforman la Escuela.

## EL BULLYING

En cualquiera de las dos vías, Mediación como sistema alternativo de solución o prevención, y Mediación como sistema pedagógico, será indispensable la investigación previa sobre los temas que conforman el Acoso o Violencia Escolar, cuya denominación en inglés, “BULLYING”, se ha afianzado y abarca todas las formas de maltratos psicológicos y físicos que ocurren en los establecimientos escolares sobre niños y adolescentes.

El primero en usar la palabra “bullying”, en el año 1970, fue el psicólogo noruego Dan Olweus, para significar con ella cualquier forma de acoso intencional y reiterado ejercido por uno o más estudiantes contra otro u otros, a fin de dominarlos, explotarlos, o tenerlos como objeto de diversión y burla, haciéndolo con la complicidad de quienes les hagan coro, toleren o sean indiferentes al problema. Generalmente es una situación de violencia inadvertida por los maestros y adultos responsables del proceso educativo, porque se produce en espacios que no controlan y sobre personas indefensas con miedo de denunciarla; situación que genera diversos grados de consecuencias en las víctimas, algunas muy graves que han llegado a la desesperación y al suicidio, por lo cual el “bullying” actualmente es una realidad preocupante a nivel mundial, tanto por los pretextos o motivos de que se vale, por las modalidades de maltrato que usa, cuanto por las consecuencias que provoca.

Entre los pretextos más comunes de los agresores para desatar el acoso escolar están las condiciones socio económicas familiares de sus víctimas: raza, etnia, religión, cultura; el rendimiento estudiantil; su rose social o estatus; la apariencia física, corporal de las personas, incluyendo su manera de estar a la moda, su estilo de vestir; su motricidad, sus preferencias sexuales, su facilidad para expresarse, etc.

Las modalidades igualmente son variadas:

- Verbales: mediante apodos, insultos, burlas, amenazas, propagación de rumores falsos, mensajes amenazantes a la víctima a la que se hostiga y menosprecia.
- Físicas: con empujones, coscorriones, golpes, ataduras, heridas, dolor, que provocan miedo a que se repitan; encerramientos angustiosos; amenazas a la integridad física de la víctima, a la de sus seres queridos o de sus bienes;
- Morales: remedando, intimidando, poniendo miedos, extorsionando, chantajeando; haciendo gala de menosprecios públicos; estigmatizando a la víctima como débil y cobarde, tonto o feo, gordo o flaco, enano o gigante, culpable de todo, inútil o no merecedor de participar en actividades de la clase, o del grupo, buscando manipular la voluntad del atormentado hasta obtener beneficios.

En este campo tienen especial importancia los ataques emocionales a las personas, los aislamientos, burlas, ironías y marginación por aspectos vinculados real o imaginariamente con la dignidad de ellas, con su sexualidad o género -real o aparente-, que sirven de causa para provocar la broma y el menosprecio de los compañeros, presentando imágenes distorsionadas de la víctima en estos aspectos, lo que se ha denominado “ACOSO HOMOFÓBICO”, conocido también como “gay bashing”.

- Relaciones Sociales: mediante aislamientos, desprecios, marginaciones, deshonras públicas, por prejuicios raciales, étnicos, culturales, económicos etc., imputables a la víctima o a su familia; o también explotaciones, chantajes y venta de protección para permitir, presentar, apadrinar y proteger al martirizado en sus relaciones sociales, principalmente con personas del sexo opuesto. En estos modos, tienen importancia las actitudes de poder que asume el agresor para ganar estatus a costa de su víctima, dominando, exigiendo, mostrando autoridad, llamando la atención de múltiples formas, incluso formando grupos de secuaces para que los observadores le teman.

En este campo están los espacios digitales que se usan y que dan origen a la modalidad del llamado “CYBERACOSO”, o también “CYBERBULLYING” que es la importunación o tortura mediática que se ejerce con fotografías, montajes, “memes”, mensajes, que se envían a través de las redes sociales y del internet.

Los resultados varían según la intensidad de la tortura y la personalidad del acosado indefenso, inseguro y su anulada capacidad reactiva, que darán paso a comportamientos tales como huir de los agresores y de la propia escuela, aislarse en el hogar, buscar la soledad; sentir tristeza, nerviosismo, alteraciones en el sueño, estar propenso al llanto y al abatimiento, hasta los que provoca la baja autoestima, creyendo no valer ni significar nada, sintiendo deseos de escapar de la protección y del mimo del hogar, de la vida social y de todo, recurriendo muchas veces al suicidio.

El agresor en cambio, se envanece con la derrota de su víctima suponiendo que le otorga un poder real o imaginario sobre los demás; exhibe su figura despiadada bajo las formas que estén de moda para su estilo: orgulloso, bravucón, patán, irrespetuoso, guapetón jactancioso o donjuanesco, buscando que le distingan como diferente y superior a los demás. El ofensor protagonista del “bullying” por lo general es una persona impulsiva que se ha educado en la violencia y proviene de un hogar inestable, sin autoridad, por eso carece de muchos paradigmas morales y de ahí su visión distorsionada de la realidad que le lleva a llamar la atención, a tratar siempre de ganarse el respeto y cariño que nunca tuvo, pero que en el fondo anhela con vehemencia, por eso busca público que aplauda su manera de comportarse rompiendo esquemas y que lo admire.

Por lo dicho, la Mediación Escolar debe analizar todos los estamentos que se involucren con el fenómeno del acoso o “bullying” y en cada uno de ellos promover relaciones de empatía y verdadera comunicación:

- Familiarmente suscitando el diálogo sincero entre padres e hijos, evitando la sobreprotección y el autoritarismo; estimulando la confianza, autonomía y la seguridad en los niños y adolescentes;
- En los hijos y alumnos, armonizando los conceptos de igualdad y libertad humanas, con los del respeto a las diferencias biológicas, culturales, económicas, etc., y la necesidad de aceptación de los demás con sus propios valores y experiencias;
- En los maestros, reforzando los mismos conceptos anteriores para su relación cordial, interpersonal y equitativa con los alumnos en su desarrollo moral, responsable y entrenando sus habilidades para detectar, prevenir y remediar, los casos de hostigamiento y agresión; y,

- En las autoridades administrativas, fomentando su entusiasmo para apoyar la convivencia solidaria en un ambiente positivo, alegre y constructivo en sus entidades, a fin de que la comunicación sea efectiva, recíproca, cortés, verdaderamente común y valiosa para transmitir no solamente la información de las asignaturas del pensum, sino también otras ideas y cultura, doctrinas, valores, principios, usos, costumbres y comportamientos necesarios en la convivencia que interesan a todos los involucrados en el proceso educativo, mediante la intercomunicación basada en el lenguaje, en símbolos, y hasta en códigos realmente compartidos, a fin de que los mensajes sean acertados, claros y resulte natural la creación de un organismo mediador en el establecimiento que trabaje con equipos mixtos en la atención, prevención y solución del “bullying”.



# Capítulo 12

---

## Estado actual y futuro de la resolución alternativa de conflictos

---

### 12.1 Los medios alternativos en varios países

En el Asia, la China y el Japón, tienen experiencia amplísima sobre mediación, muy a tono con su cultura milenaria que inculca el arreglo de discrepancias por medio del diálogo afectuoso y persuasivo para encontrar la armonía y el equilibrio, fundamentos de su manera de ser y de actuar.

En la China Popular, se crearon los Comités Populares de Conciliación que se encargan de hacer conocer las leyes a la comunidad, reuniéndose con ella para explicar sus contenidos, teniendo también la misión de solucionar las desavenencias entre los miembros de la colectividad con la que trabajan. Cuentan con la ayuda de un Asistente Judicial quien, como funcionario del Gobierno, tiene la obligación de capacitar a los mediadores comunitarios para fortalecer el sistema de la conciliación que no puede hacerse contrariando la Ley. Una instancia superior es la constituida por el Tribunal Popular que puede conocer una mediación hecha por el Comité, siempre que en ella se haya contravenido lo dispuesto por el Gobierno.

Lo curioso del caso en China, es que la mediación sin ser obligatoria, es usada por la población con gran confianza, hasta el punto que los

Comités Populares de Conciliación o Mediación, conocen y resuelven diez veces más causas que los Tribunales Populares.

La experiencia centenaria de China estima a los medios alternativos de solución de divergencias como caminos naturalmente indispensables, hasta el punto de considerar como “incapaces” a quienes no hayan podido solucionar sus problemas por los mecanismos del diálogo y la autocomposición y, por esa “incapacidad” manifiesta, deban recurrir a la justicia del Estado para que arregle sus problemas. Ciertamente que es una costumbre que no ha influido mucho en los países de occidente, pero debe sin embargo ser estudiada con profundidad, no sólo por reunir un enorme acervo de experiencias y de técnicas, sino también por los resultados positivos que ha logrado en la descongestión de los juzgados y las cortes, así como por la participación colectiva en la solución de problemas individuales y sociales.

En África, siempre tuvo importancia la Asamblea de Vecinos para resolver los problemas de un grupo frente a otro, así como para las divergencias individuales de sus miembros. La organización tribal, el sentido de comunidad y el respeto tradicional a la autoridad comunitaria, cacique o brujo, son básicos para el desarrollo moderno de la conciliación, tal como se viene manifestando en el afianzamiento de la democracia que se está dando en los diversos países que se forman en ese continente.

En Europa, los países de ancestro anglo sajón y germano, tienen enorme experiencia en los sistemas de arbitraje y mediación porque los han usado siempre tanto para sus actuaciones diplomáticas, como para las de carácter comercial y laboral. Así mismo, para los asuntos familiares, de educación y para las divergencias entre la comunidad y sus autoridades, usan medios alternativos desde tiempo atrás, sin que para esos países constituya novedad la existencia de los jueces de paz, de los defensores del pueblo, de los árbitros y de los jurados comunitarios.

No podemos dejar de mencionar los avances introducidos por Francia en su vieja experiencia judicial que ha acogido a la conciliación para que pueda ser aplicada a todos los casos de orden civil y además, posibilitando que sea pedida en cualquier instancia en que se encuentre un juicio.

En América del Norte merece destacarse el caso de los Estados Unidos, donde el arbitraje, la conciliación y la misma mediación, tienen una larga historia. Varias comunidades de inmigrantes colonizados con fuerte tendencia religiosa, organizaron sistemas comunitarios de defensa de sus creencias y costumbres a fin de que conozcan y re-



suelvan las controversias entre sus miembros y también de aquellas que eran provocadas por extraños a la comunidad. Allí arranca la tradición conciliatoria que estuvo primero por el área comercial, desde donde pasó a la laboral, luego a la civil, principalmente al campo familiar y de menores; a las relaciones de inquilinato y a las controversias por mala práctica profesional. En los últimos años, la conciliación incursiona en el terreno de lo penal cuando aborda temas de injurias, contravenciones y accidentes de tránsito, haciéndolo con éxito.

Desde el año 1980 se implementan todos los medios alternativos a los que antes nos hemos referido, bajo un programa específico adscrito al Departamento de Justicia y con el amparo de la Ley Federal de Resolución de Disputas, con financiación aprobada por el Congreso para su difusión y desarrollo, incluyendo la investigación y capacitación técnica de mediadores. El auge que desde entonces tiene la mediación es enormemente significativo en los temas de control y defensa del medio ambiente, salud pública, protección del consumidor, aplicación de los derechos humanos, conflictos laborales y en participación ciudadana.

Todo esto se complementa con programas educativos desde el nivel primario hasta el superior para difundir la cultura de diálogo y los Medios Alternativos de Solución de Conflictos. Las Facultades de Derecho, las de Administración de Negocios y las Escuelas de Diplomacia, preparan a sus alumnos en el tema y se establecen privada y públicamente, planes de promoción del sistema que es bien acogido por los empresarios industriales, por las organizaciones de empleados y trabajadores, así como por los sectores que se dedican al comercio y por organizaciones comunitarias de derechos humanos y ecologistas.

Es de destacar que varias Universidades, principalmente la de Harvard, investigan el asunto y han desarrollado métodos y técnicas de mediación científicamente probadas, para hacer más seguros, confiables y rápidos los resultados de la solución pacífica y dialogada de los sistemas alternativos. Como resultado, los grandes bufetes de Abogados instauran centros de mediación y arbitraje adscritos, con personal capacitado en esas áreas para ofrecer a sus clientes la posibilidad de solucionar sus problemas sin acudir a la justicia ordinaria.

Paralelamente, las mismas Cortes organizan centros de arbitraje y mediación anexos a ellas y bajo su vigilancia, ejerciendo el control sobre la designación de árbitros y mediadores y la administración de casos, sobre los que hace un seguimiento constante evaluando los resultados. Se ha llegado a establecer, a partir de 1990, que un porcentaje muy cercano al 60 % de los Jueces, está convencido que los resultados de

solución a los que se llega mediante los medios Alternativos, son más justos que los obtenidos por la vía del litigio formal.

La experiencia sobre los “Jueces de Alquiler”, a la que antes nos hemos referido, es otro aporte interesante de Estados Unidos a los medios alternativos de solución de conflictos que puede y debe ser analizada en otros países.

En Latinoamérica no ocurre lo mismo pues la preocupación por los medios alternativos de solución de conflictos no es de larga data. Sin embargo, desde finales del siglo XX, varios países comenzaron a dar pasos importantes no solamente en sus legislaciones sino también en las comunidades organizadas y en las Universidades, en aras a permitir que tales sistemas sean utilizados para terminar con disputas que alterando las relaciones interindividuales, también lo hacen con la paz social.

En estudios serios sobre las tradiciones culturales se observa que varias colectividades campesinas a lo largo de toda América, tienen maneras informales de aplicar Justicia, fundamentándose en sus costumbres ancestrales; a esto se suman las influencias de carácter religioso que provienen, principalmente de varias sectas cristianas, en las que Cristo es el “mediador” entre Dios y el hombre e inculcan a sus fieles el arreglo pacífico de las controversias; de lo dicho se explica aquella mezcla interesante de la cultura aborigen con las corrientes del pensamiento colonizador que da como consecuencia una base muy rica en la que se pueden apoyar métodos y procedimientos para solucionar conflictos, sin acudir a la Justicia Ordinaria del Estado. En el estudio cultural antropológico y sociológico de esta simbiosis están trabajando las Universidades y varios Centros de Investigación con experiencias positivas en el encuentro de formas ancestrales de justicia y su efectividad; hacen exposiciones, seminarios y talleres con delegados de varios países y comunidades; se editan publicaciones y memorias que circulan profusamente lo que propicia un ambiente cultural que facilita la atención de abogados, juristas y legisladores que dejan de ser indiferentes a los planteamientos de los medios alternativos de resolución de conflictos y los aceptan en varias Constituciones y sistemas procesales.

Con este marco de experiencias, los países latinoamericanos, han reconocido en su legislación a los Medios Alternativos, principalmente a la Mediación y la Conciliación, con matices interesantes y con la posibilidad de mejorarlos para responder a la realidad cambiante y evolutiva de sus propias sociedades.

En Argentina, los medios alternativos se promocionaron como valores de la sociedad civil para el apoyo y desarrollo de la democracia. La

fundación LIBRA, formada por jueces, abogados, trabajadores sociales, sociólogos y psicólogos, impulsa programas de difusión y de capacitación para jueces, mediadores, líderes comunitarios y maestros, que han tenido mucha acogida. En ese país funcionan Centros de Mediación y Arbitraje anexos a las Cortes y, desde 1996 los casos civiles deben primero pasar por Mediación antes de ser llevados a los Juzgados ordinarios, lo que ha dado buenos resultados en cuanto a la agilidad de resolución y, consecuentemente generando confianza ciudadana en el sistema.

En Bolivia se arrancó con estudios sobre los mecanismos informales que de hecho practicaban varias comunidades indígenas y de barrios marginales, para reconocerlos e incorporarlos en el procedimiento judicial. De esto está surgiendo un sistema de justicia comunal propia y diferente para esos sectores de la población que se empeñan en el reconocimiento de sus etnias y nacionalidades.

En Brasil, con las experiencias positivas de la mediación en el Estado de Río Grande del Sur, se ha aprobado que los litigios de menor cuantía en lo civil y ciertos casos de indemnizaciones penales, riñas e injurias, puedan ser resueltos por abogados conciliadores, quienes presentarán su fallo ante un Juez de Derecho para que revise que la decisión tomada no viole la Ley y que se ajuste a los principios de la equidad.

Colombia es el país que, como política nacional incorporó los Medios Alternativos a su sistema de solución de conflictos para descongestionar a juzgados y tribunales promocionando el diálogo en su sociedad, lamentablemente, víctima de la violencia y el terrorismo. El sistema ha tenido buena acogida y ahora existen Centros de Mediación Comunal en muchas ciudades con resultados muy positivos. Siendo el primer país latinoamericano que se ocupó del sistema, es también el primero en admitir la Conciliación, (Mediación), para problemas administrativos. El Centro de Capacitación de Bogotá, bajo el auspicio de la Cámara de Comercio, ha desarrollado interesantes programas de enseñanza-aprendizaje al que acuden estudiantes de varios países. Vale destacar que se ha logrado involucrar a establecimientos educativos desde los pre primarios hasta los superiores, en técnicas de Mediación Escolar para el adiestramiento teórico y práctico del sistema, subrayando la importancia del diálogo y la comunicación como factores indispensable de la paz, de la solidaridad y de la democracia; así como elemento para la auto estima personal y comunitaria, fundamentales para el correcto ejercicio de la libertad.

Con este mismo propósito, la mayoría de las Universidades colombianas han incorporado a su pensum de estudios la Cátedra sobre Medios Alternativos y, bajo el auspicio de la Universidad del Rosario funciona el Instituto Latinoamericano de Solución de Conflictos, con el empeño de poner estos modos al alcance de la comunidad en general, utilizando la más alta tecnología, los proyectos, planes y programas, tanto para la capacitación y entrenamiento de profesores y de mediadores, como para el aprovechamiento particular de los Centros de Mediación, programas que vienen siendo bien utilizados por diversas organizaciones públicas y privadas.

En Uruguay, la etapa de conciliación o mediación en los casos civiles, es previa a la presentación de la demanda. La difusión y capacitación son apoyadas por la Función Judicial y, tanto en la Escuela de Jueces como en las Facultades de Derecho, la aprobación de la asignatura sobre Medios Alternativos de Solución de Conflictos, es obligatoria.

## 12.2 Estado de los medios alternativos en el Ecuador

No es de extrañar, con lo anteriormente dicho, que el Ecuador también se haya preocupado por el tema aunque con retraso frente a los avances de otros países. Así, la Codificación de la Constitución Política autorizada en mayo de 1996, que recogió reformas por mandato de dos consultas populares previas, en el Art. 118, reconocía "...el sistema arbitral, la negociación y otros procedimientos alternativos para la solución de controversias".

El Dr. Álvaro Galindo C., comentaba al respecto: "Si bien es cierto que la introducción de este párrafo es un gran avance, consideramos que el mandato debió ser más claro, fortaleciendo la utilización de estos medios de solución de conflictos y llamando a los diferentes sectores involucrados con el tema de justicia a impulsar el desarrollo de estos mecanismos en el Ecuador".

Pero el mandato constitucional no fue sólo una apertura para que se incorporen legalmente al sistema de justicia experiencias extranjeras, sino también para que se reconozcan diferentes prácticas que, en Comunidades campesinas de distintas zonas del país, se usan para arreglar las discrepancias entre sus miembros que acuden ante la autoridad comunal para que ella en base a la tradición o a la costumbre, encuentre una solución a sus divergencias sin tener que recurrir a los Jueces.

Un aporte significativo fue la reunión de las inquietudes, trabajos y propuestas que desde 1990 se habían desarrollado sobre el tema de

los Medios Alternativos para solucionar conflictos y hacer más ágil al sistema judicial, descargándolo de materias que bien podían ser conocidas y resueltas en esos medios, destacándose entre ellos el programa que en 1987 arrancó el CIDES –Centro Sobre Derecho y Sociedad– en comunidades rurales y en barrios populares, tanto para investigar la etiología de las reiteradas discrepancias en las relaciones sociales de sus miembros, cuanto los modos de solución que esos grupos estilan para arreglar esas divergencias. Se buscaba con ello, por un lado reunir el suficiente material y experiencias para diseñar mecanismos que ayuden a las comunidades a administrar pleitos utilizando sus propios recursos y habilidades; y, por otro, acopiar motivaciones suficientes para proponer reformas legales efectivas que mejoren la administración de justicia y faciliten a los grupos vulnerables el acceso a los servicios de justicia.

Se pensó entonces en la capacitación de líderes comunitarios para que motiven y orienten a decenas de comunidades campesinas y de barrios marginales, en el uso y aprovechamiento de diversos medios alternativos, principalmente el de la mediación. En Quito, Guayaquil e Ibarra se formaron centros urbanos con igual propósito y también se preparó a personas que podían hacer de mediadores en las áreas de derechos humanos y de género.

Con todas estas experiencias, nacionales y extranjeras, se da la declaración constitucional de 1996, con cuyo fundamento, la Función Legislativa dicta la Ley de Arbitraje y Mediación que se encuentra publicada en el Registro Oficial N° 145 del día 4 de Septiembre de 1997 la cual, con muy pocas reformas, está aún vigente.

No es una Ley completa, sin embargo, mereció buenos comentarios en simposios internacionales, sobre todo por el efecto que confiere a los laudos arbitrales y a las actas de mediación, que tendrán el valor de “sentencia ejecutoriada y cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo”, o en su caso, “con posterioridad a la suscripción del acta de mediación”, (Arts. 32, inc. 3; y 47, inc. 4). Sin olvidar que el resultado que se obtenga con la aplicación de la CONCILIACIÓN EXTRAJUDICIAL, tendrá también ese mismo valor, en razón de que esta figura jurídica, está considerada por la Ley, como sinónimo de la de mediación, (Art. 55).

A la indicada Ley de Arbitraje y Mediación, sostienen algunos que le hace falta el Reglamento correspondiente. No comparto esta opinión, porque en la Ley se detallan los procedimientos y las condiciones que

deben reunir tanto el acuerdo arbitral como el compromiso de mediación, que contendrán las estipulaciones a las que se obligarán las partes y que, por su naturaleza contractual resultan ser el reglamento al que se atenderán.

En 1997 con la vigencia de la Ley, se despertó cierto entusiasmo por los sistemas alternativos que no fueron suficientes para divulgarlos de manera efectiva. Algunas Facultades de Derecho incluyeron en su pensum de formación de Abogados, el estudio de esos sistemas. En Quito, la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, puso singular empeño en el asunto y a más de la Cátedra, inauguró al servicio de la comunidad un Centro de Mediación. Las Universidades Espíritu Santo y Laica de Guayaquil dieron especial énfasis al Arbitraje, mientras que las de Loja y Machala incluyeron la cátedra entre las asignaturas a dictarse en varias de sus facultades: Derecho, Servicio Social; Administración de Empresas. Pero no conozco de ningún Instituto de Educación Superior que ofrezca la especialidad o la formación profesional de Mediadores o Negociadores de Conflictos.

En esos mismos años por iniciativa de la Universidad de las Américas, con sede en Quito y de PROJUSTICIA, se convocó a las Facultades de Ciencias Jurídicas del país, para un Seminario en el que se conoció y discutió la Propuesta de Cátedra de Gestión Alternativa de Conflictos, que el Dr. Gustavo Guerra Bello, resume en un documento de trabajo:

1. “Comprender el fenómeno conflicto, desde distintos puntos de vista, y analizar sus facetas, tipos y elementos.
2. “Promover la utilización de vías alternativas a las formas tradicionales de resolver conflictos, para el fomento de la paz social y la seguridad jurídica.
3. “Proveer a los estudiantes de los conocimientos básicos sobre las temáticas de negociación, mediación y otras formas reconocidas de resolución alternativa de conflictos
4. “Aportar al desarrollo de aptitudes y destrezas necesarias para su adecuada aplicación, así como el manejo de la normativa relacionada con la temática
5. “Identificar las principales áreas de intervención de los mecanismos de resolución alternativa de conflictos”.

Recomendaciones finales de este Taller, al que asistieron cerca de cuarenta profesores de diversas Universidades del país, fueron:

- a) La de impulsar a través del máximo organismo que agrupa a los centros de educación superior, la adopción de la Cátedra sobre Medios Alternativos en todas las Facultades o Escuelas de Derecho y en aquellas que se dediquen a la formación de administradores, maestros, planificadores familiares o promotores sociales;
- b) Promover la creación de Centros de Mediación y Arbitraje a los cuales puedan acudir quienes interesen solucionar sus problemas por las vías alternativas y, puedan también, recibir de los Jueces la derivación de casos;
- c) Promover, por diferentes medios, el conocimiento de los sistemas alternativos e impulsar su desarrollo, como un medio eficaz para la paz social;
- d) Impulsar la creación de un organismo Nacional que agrupe a los Profesores del área de Resolución Alternativa de Conflictos.

Entidades privadas como las Cámaras de Industrias y las Comercio de Quito y Guayaquil, con la facultad que tenían antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, mejoraron los centros de Arbitraje que en ellas funcionaban, y, en Cuenca, la Cámara de Industrias, unida con la de Comercio y de la Construcción, convino con la Universidad del Azuay y la CLD, la puesta en marcha de un Centro de Mediación y Arbitraje que también capacita a personas que se interesan por estos temas.

Organizaciones no gubernamentales sin fines de lucro, se vienen preocupando por los medios alternativos. Así la CLD, Corporación Latinoamericana para el Desarrollo, con el personal que ha capacitado en diversos países, ha dictado en diferentes ciudades del país Seminarios de difusión y Cursos de Formación de Mediadores, manteniendo su propio Centro en Quito para resolver casos reales y entrenar a sus alumnos.

La Corte Suprema de Justicia y la Procuraduría General del Estado con el apoyo de PROJUSTICIA, se preocuparon también de difundir la Ley de Arbitraje y Mediación entre los Jueces y profesionales en libre ejercicio, y en 1999 crearon en Quito y Guayaquil, Centros de Mediación anexos a las Cortes Superiores y a la Procuraduría, tanto para captar la Mediación derivada que dispongan los Jueces en virtud de la facultad legal que tienen para ello, como para canalizar las Audiencias de Conciliación previstas en los procesos ordinarios y también como un servicio gratuito que podría ser requerido libremente por las partes.

Pero en esa época no se advertía mayor entusiasmo por los Medios Alternativos ni en los funcionarios judiciales ni en los abogados: había celo profesional, no confiaban en su efectividad; por ello, la Escuela de Tecnología Judicial que funcionaba en Ibarra para capacitar a los funcionarios judiciales en diferentes aspectos, trató de liderar el entrenamiento de Jueces en la mediación por derivación y en las Audiencias de Conciliación.

Es interesante anotar que varias organizaciones que se preocupan por los derechos de los grupos sociales vulnerables, de las minorías étnicas, de los temas ecológicos y del medio ambiente, dieron importancia a los medios alternativos de solución de conflictos como mecanismos idóneos para satisfacer las aspiraciones de sus integrantes y de las comunidades afectadas o promotoras, pues la herramienta del diálogo que manejan esos sistemas es la mejor opción para exponer los intereses y llegar a acuerdos satisfactorios con quienes los discuten.

Dentro de toda esta preocupación fue loable la preocupación que existió en Quito y Guayaquil por la Mediación Escolar para impulsarla mediante el desarrollo de programas educativos como un mecanismo motivador de la cultura de diálogo desde los primeros años de formación de la conciencia y la responsabilidad infantil; inicialmente se inscribieron catorce centros de educación primaria y varios de pre escolar en este proyecto basado en base de esquemas experimentados en Colombia con buenos resultados.

### **12.3 Futuro de los medios alternativos en el Ecuador**

El párrafo anterior no cuenta con el hecho de que la doctrina del Socialismo del Siglo XXI entraría a dirigir el país desde el año 2006 y que cambiando la Constitución y la estructura del Estado convertiría al Ecuador en un país con gobierno híper presidencialista, sin independencia de poderes, absorbente, con un centralismo avasallador que desde el 2008 protagoniza la más grande inseguridad jurídica en su historia con la decisión ejecutiva de “meter la mano en la justicia”.

Antes de esta irrupción ideológica del Socialismo del Siglo XXI en el Ecuador, sobre este título apunté: “los especialistas en Sociología, cuando hablan del tema del futuro y formulan sus pronósticos, suelen hacerlo desde dos ángulos: el del futuro factible y el del futuro preferido. Desde el primero, establecen predicciones verosímiles, factibles, porque surgen como consecuencia de la realidad actual, analizada y comparada con el contexto cultural de la sociedad para la que se predice, con



todas sus tendencias, con las influencias que soporta y con los estilos de reaccionar que tiene. Este es un futuro previsible cuya probabilidad de que ocurra, se respalda en la lógica. Desde el segundo, o del futuro preferido, las previsiones se enmarcan más en el campo del ideal y de los sueños, en el mundo de los valores y las virtudes éticas. Sin embargo, sus augurios arrancan también de la realidad que se analiza”.

### **“1. EL FUTURO FACTIBLE DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS”**

En el año 2000 lo vimos “con entusiasmo porque (...) son muchas las inquietudes sociales en pro de ellos e igualmente son varios los organismos públicos y privados que los impulsan y motivan, nacional e internacionalmente, para que no sólo sea la legislación la que los acoja, sino principalmente la comunidad, toda vez que son mecanismos que ella los puede usar con confianza para que su propia voz sea escuchada”.

En aquel año 2000 dijimos que “Los Medios Alternativos siendo un buen ejercicio de democracia real y participativa; de valoración de la autoconciencia y de la libertad, están siendo acogidos en diferentes planes de estudio, desde la primaria hasta la universitaria, para dar pasos hacia una instrucción que favorezca su divulgación y uso. Esto implica una apertura del sistema educativo hacia el desarrollo del pensamiento crítico, sin el cual, no es posible la cultura del diálogo. De aquí se derivarán, como ya está ocurriendo, análisis de la realidad nacional en todos los niveles y estratos de la colectividad, enfocándolos desde los diversos ángulos que puedan afectarla, para tener una imagen auténtica y objetiva de esa realidad, con el propósito de mejorarla, enfrentándola con el reto de la modernidad, de la que el país no puede escapar, pero en cuyo narcisismo tampoco puede sucumbir”.

“El futuro factible y probable de los Medios Alternativos que comienza a ser construido en los diversos niveles de educación, se verá reforzado por el compromiso ineludible que tiene el sistema educativo para liderar el cambio social en todos los órdenes, lo cual le obliga a involucrarse como un verdadero agente promotor y multiplicador de ese cambio, facilitando el aprendizaje con estímulos que desarrollen la iniciativa creadora, el razonamiento, la capacidad de adaptación de las personas a la constante transformación del mundo actual que trae cada día avances tecnológicos y científicos que los profesores no pueden enseñar porque tampoco los aprendieron”.

“Junto a la educación que se imparte en los niveles formales, está aquella que otorgan otros organismos más concretos y específicos que se preocupan por los derechos humanos, por los de género, por los de medio ambiente, etc. que también se ocupan de la solución de conflictos por la vía del diálogo y el mutuo entendimiento.

“Por otra parte, la misma Función Judicial, en todos los países y, obviamente en el nuestro, se percata de que su labor no es bien recibida por la colectividad por diversas razones, cuyo orden podrá variar de un país al otro, pero que en el fondo son las mismas:

1. **Lentitud**, que no solamente viene dada por el exceso de formalismo procesal que no sintoniza con la realidad actual, sino también por la cantidad desproporcionada de causas que se presentan;
2. **Falta de preparación** de los jueces en materias nuevas y complejas que surgen de la intensa actividad mercantil y de comunicaciones entre los pueblos, que ni siquiera están previstas en la Ley con claridad, porque el legislador no actualiza el marco jurídico del país, dejando a los jueces con herramientas obsoletas que, lógicamente, no sirven para resolver con absoluta solvencia este tipo de problemas, provocando el temor de hacerlo;
3. **La tendencia a litigar** que se nota en la población que lleva a deducir juicios por motivos sin importancia, acumulando de procesos a los juzgados, bajo el amparo de una gratuidad mal entendida, tendencia que es aprovechada, muchas veces, para impulsarla, por los mismos abogados que luego se quejan y denigran a la Administración de Justicia. Las estadísticas sobre saturación de los juzgados, son elocuentes: en promedio, a cada juzgado civil del Ecuador, ingresan por año, más de 1200 nuevas causas. Si se calcula que un Juez versado y con mucha experiencia, puede despachar, en el mejor de los casos, entre 400 y 450; la diferencia queda rezagada, llegando a crecer de tal manera, que ningún remedio por la vía del procedimiento tradicional será posible para semejante atiborramiento crónico que hiere de muerte a la confianza en el Sistema Judicial y enferma a la Democracia.
4. **La corrupción** de algunos empleados y funcionarios en los diversos niveles de la Función Judicial que afecta a su normal funcionamiento y repercute en la respetabilidad del sistema, por la absurda generalización que de ello se hace, principalmente en los

medios de comunicación social que en lugar de denunciar y perseguir a la parte corrupta, prefieren el achaque a todo el organismo;

5. **La politización**, que es uno de los mayores males porque, no sólo que desestabiliza la Función, sino que también da pábulo a que se la cuestione desde su origen y se desconfie de ella y de sus nobles fines.
6. **La crítica negativa y detractora**, que se hace no sólo en los medios de comunicación social, sino desde otras funciones y organismos del Estado, sobre la Administración de Justicia, echándole la culpa de fallas estructurales del sistema procesal y de vacíos legales que no dependen de ella, sino también de los errores policiales y de otros entes de control, que no canalizan formal y legalmente sus actividades de investigación y de denuncia para que puedan ser jurídicamente atendidas.

“Con el análisis de éstas razones, y ante la gravedad del mal, la Función Judicial observa que la utilización de los medios alternativos es uno de los caminos de solución de varios de sus problemas, no solamente para disminuir la carga procesal que ahora soporta, sino porque su difusión y puesta en práctica mejora los niveles de comprensión y de diálogo promoviendo un ambiente de menos pleito y controversia.

“Por lo dicho, si la difusión de los Medios Alternativos, con los auspicios que actualmente tiene, se la hace paralelamente con la de la cultura del diálogo, se logrará, por lo menos, inculcar la urgencia de invertir el orden actual de las cosas, reemplazando la tendencia a litigar, por la tendencia a dialogar. Si se siembra ésta preocupación, se estará dando un paso hacia delante. Si a ello se pudiese agregar una decisión honesta de desjudicializar algunos procesos y un sistema proporcional de tasas judiciales en relación con la cuantía en los asuntos civiles y tributarios de interés particular, se conseguirá un auténtico y beneficioso cambio que obtendrá el apoyo de la ciudadanía que anhela hacer realidad su vieja aspiración de una Justicia rápida y oportuna.

“Con lo expuesto, no es un riesgo decir que el futuro factible de los Medios Alternativos puede ser calculado con optimismo para los próximos años”.

El futuro factible de los Medios Alternativos llegó antes por la presencia del Socialismo del Siglo XXI en el sistema judicial que agravó los males que antes quedan anotados, principalmente en cuanto a la politización de los jueces escogidos en gracia a la filiación o cercanía

con el partido gobernante Alianza País, y a la falta de preparación y experiencia en gran parte de ellos, no solo para la materia concreta del juzgado que les asignan, sino en la rama constitucional que prioriza el nuevo orden de cosas para aplicar a cualquier caso. Ahora la corrupción adquiere nuevas formas vinculadas con el control ideológico de los jueces y la injerencia de los entes administrativos de las funciones judicial y ejecutiva en los trámites y despacho de las causas, protegiendo intereses personales y políticos de unos o agobiando posiciones o tendencias de otros, simplemente por la carga de odio a quienes no piensan como los que mandan y de rechazo a las personas supuestamente vinculadas a las clases sociales y económicas, calificadas de “peluconas” por el gobernante y sus secuaces, lo cual se agrava si el problema es de un particular contra alguna entidad estatal, pues hasta desde el Gobierno corrió la instrucción a los jueces de que el Estado no puede perder.

Esta inseguridad por la parcialización ideologizada de la justicia obediente que trajo el Socialismo del Siglo XXI, motivó para que las personas y las empresas, animadas por el deseo de certeza, estipulen con más frecuencia en sus contratos que los diferendos que puedan ocurrir por el cumplimiento o ejecución de ellos se arreglarán por los caminos del diálogo directo o usando los medios alternativos de solución de conflictos o por el arbitraje ante Centros de Mediación reconocidos, generalmente de las Cámaras de Comercio, de la Producción y aún de la Procuraduría General del Estado y de las mismas Cortes Superiores, en caso de negocios con entidades públicas. La tendencia a usar los Medios Alternativos, se adelantó por la autonomía que ellos ofrecen, independientes de los poderes públicos.

Además, como la entrada prepotente del Socialismo del Siglo XXI y su Revolución Ciudadana en la Función Judicial agravó los defectos que antes hemos anotado y acrecentó la desconfianza en esa Función, lo cual hizo reflexionar a abogados y usuarios de la justicia ordinaria en el hecho real de que la solución a los conflictos que se logra a través de los Medios Alternativos es una decisión segura porque nace de la voluntad de las partes involucradas y no de la decisión de un juez inexperto y politizado que apartándose de los parámetros legales y de los méritos del expediente, se envanece de ser juez constitucional e interpreta la Constitución a su amaño y según la ideología del partido al que se debe, para desechar la causa declarando un motivo insospechado por las partes, o proclamando un derecho no reclamado por ellas, pero que él desentraña de alguna norma suprema que según él debe aplicar primero; sentencias judiciales que además, en el sistema que trajo la Revolución

Ciudadana, no ofrecen nunca la certeza de la “cosa Juzgada”, pues en cualquier tiempo podrán ser revisadas en el Tribunal Constitucional, inseguridad ésta que no ocurre con la solución acordada por las partes ante un mediador, porque el Acta de Mediación sí “tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada...”, según el mandato del inc. 4 del Art. 47 de la Ley de Mediación.

Esta búsqueda de refugio de los usuarios en los Medios Alternativos provocada por el novelero sistema del Socialismo del Siglo XXI, encontró que eran pocos los mediadores calificados y eso despertó el interés por la capacitación de más personas para la tarea facilitadora del diálogo y desde el año 2010 han sido las Universidades y los pocos Centros que ya existían los que organizan cursos y talleres de formación de mediadores y de árbitros, a los que concurren abogados, empresarios y particulares; los mismos estudiantes de Derecho son ahora los que exigen conocer sobre el tema de la Resolución Alternativa de Conflictos como vía no litigante para el arreglo pacífico de problemas y aspiran ser Abogados Mediadores

### 12.3.1 El futuro preferido

“PARA EL FUTURO PREFERIDO, -decíamos antes de la Constitución del 2008-: “ideal en el que debería reinar la nueva cultura de diálogo como instrumento sustancial de la convivencia, el pronóstico es más difícil pronunciarlo porque para su diseño será preciso enlazar correctamente la dignidad humana, individual y socialmente considerada, con el progreso vertiginoso, innovador y absorbente; será indispensable analizar cuánto se ha avanzado en la técnica de aprender a pensar críticamente, en la de aprender a escuchar y en la de aprender a dialogar, para saber si seremos capaces de superar la neurosis que trae el progreso cuando no encaja con la nobleza del ser humano.

Para pronosticar el futuro ideal, tendremos que estar seguros de que el sistema educativo haya abandonado con decisión el tradicional criterio de creer que el proceso educativo se constriñe a “volcar en odres nuevos el vino añejo”, porque el compromiso con el cambio no es posible hacerlo si se entiende que la educación de las nuevas generaciones es un simple proceso de transferencia, por el cual las generaciones que se van depositan en las que vienen, todo lo que han reunido. No es posible cambiar, si a la educación se la toma como un adoctrinamiento egoísta y vanidoso de la vieja generación pretendiendo que la nueva, se encamine por sus mismos moldes y que su comportamiento se exprese con

las formas de ser y actuar que ella usó. Educar, “direccionando” la conducta del educando para encasillarla en los esquemas establecidos, es tergiversar la misión del educador que debe fomentar la autoconciencia y la libertad para que el alumno adquiera un bagaje de conocimientos que le permitan enfrentar con éxito las innovaciones que le trae el progreso.

Para el futuro ideal, el proceso de cambio tiene que ser más hondo y conmovir desde las raíces a la sociedad entera con accionar político serio”.

2. Mi pronunciamiento sobre el Futuro preferido, lo mantengo así:

## 12.4 La cultura política y la negociación social

Para pensar en el futuro preferido, creo indispensable la reflexión que en éste acápite me atrevo a hacer:

Como en la razón de ser de la negociación social se encuentran el descubrimiento de la identidad colectiva y el respeto a la coexistencia en planos de igualdad, es lógico que para formular acuerdos o diseñar soluciones que satisfagan a las partes interlocutoras, la participación y los compromisos deberán hacerse dentro de los esquemas de un sistema democrático real, que, en nuestra opinión, es el único que permite esta forma de ejercicio del poder popular.

En consecuencia, es indispensable que para el éxito de la negociación se tenga una cultura política clara y profunda respecto de las aspiraciones concretas de los sectores sociales a quienes se representa, pues sólo de esta forma se tendrá una visión cabal de lo que se quiere y de los pasos a dar para obtenerlo. Esta cultura política es más necesaria si entendemos al mecanismo de la negociación social como un proceso liberador de injusticias, ataduras u opresiones, que paulatinamente, con dinamismo creador e inventivas eficaces, sea capaz de conquistar una libertad auténtica. Por lo tanto, la adopción de una cultura política acorde con la realidad, es un imperativo para garantizar con seriedad y firmeza, la construcción de una sociedad cada vez más equitativa y solidaria, en términos concretos, objetivos y prácticos.

La cultura política la entendemos en el sentido más noble de los términos: cultivo y conducción honestos de las relaciones humanas para alcanzar un orden social fecundo, confiable y seguro, en el que las personas sientan y vivan su dignidad, sin alienaciones y obstáculos que impidan o dificulten su crecimiento.

Diseñar esta cultura política en el sentido de la idea general que planteamos, es en sí un desafío para los distintos grupos de la sociedad civil que tendrán que apelar a toda su experiencia, a su poder de convocatoria, a su energía real, para proponer iniciativas coherentes y racionales que atraigan, comprometan y reúnan a las personas en una auténtica y sincera movilización positiva, vigorosa y esforzada que conduzca a auténticas transformaciones. Es un desafío que se inscribe en la célebre noción de utopía que trazó Tomás Moro, porque implica una actividad dinámica del interés general en la construcción de la sociedad del futuro que se irá concretando paulatinamente a medida que se vayan despejando los bloqueos de las situaciones contemporáneas o presentes que ocultan o desfiguran lo que realmente existe. Esta actividad exige que se trabaje en las características que Paulo Freire encuentra en la utopía, es decir, “la denuncia y el anuncio”.

Denuncia, para exponer con claridad las diversas situaciones por las que atraviesa una sociedad como resultado de los errores del pasado y del presente. Denuncia de la opresión, de la injusticia, de los males que aquejan a la colectividad, a las mayorías. Acusación y crítica fundamentada, con virtud convincente, que nace de una realidad de se palpa y sufre ahora, pero que se fortalece con su estudio retrospectivo. Revelación de hechos, de motivaciones. Censura valiente de conductas. Reprobación analítica de situaciones negativas. No es la diatriba ni la queja sin motivo; la sátira o el reproche que tacha o se burla sin razón. Es la acusación sólida, documentada, que provoca reflexión, que gana adeptos porque convence. No es la mentira, o la deformación manipuladora de juegos verbales que impresionan a las personas. Es la crítica enriquecedora que conmueve las conciencias.

Anuncio como advertencia de lo que vendrá, de lo que deberá ser. Pronóstico del cambio que se hace necesario para lograr un nuevo orden de cosas. Anuncio como proposición de alternativas para mejorar o renovar aquello que se denuncia. Sugerencias meditadas, válidas, aplicables y prácticas, que nacen del estudio de la realidad y de la capacidad creadora del hombre que se inquieta por movilizar la historia. Este dinamismo prospectivo exige acciones en el presente para obtener, paso a paso, la transformación que anuncia. Por eso, es una proclama comprometida, práctica, no ilusoria. Es una exteriorización auténtica, radical, innovadora, que lleva a la praxis aquello que racionalmente construye.

Para que éstas características funcionen con efectividad, es imprescindible la acción política como ejercicio vital de modos de ser y de hacer que combinan la sutileza del arte y la objetividad de la ciencia,

para dirigir y administrar; para mandar y obedecer; para tutelar y sancionar. Acción política como cultura de diálogo y de respeto en la que se aprenda a decir con franqueza lo que se siente y aspira, y se aprenda también a escuchar la opinión contraria, para valorarla en lo que tenga de positivo u objetarla con argumentos válidos.

La negociación social siendo un proceso en el que se delibera y se discuten intereses, es por naturaleza polémica y dialéctica. Por ello mismo, es un proceso político que, como tal, también debe empeñarse en rescatar el valor de la política que, como palabra y como actividad se ha desgastado tanto, hasta llegar a niveles peyorativos. Ennoblecen la política con actitudes serias y coherentes; con pensamientos claros y oportunos; con compromisos honestos en los que prime el interés colectivo con absoluta transparencia

El futuro ideal que preferimos, es necesario construirlo con una verdadera política social que mejore las relaciones humanas comenzando por una auténtica valoración de la persona que tomará conciencia de su “yo” en la proporción que sea capaz de entenderse como ser creado por la sociedad. Sólo así se logrará una relación lúcida entre el individuo y la colectividad. Sólo así se combatirá a los prejuicios egoístas que provocan el aislamiento de los individuos y el de los grupos intolerantes y se preparará el camino para una verdadera conciencia cosmopolita del hombre moderno”.

Me ratifico en lo anterior y más todavía frente a los ensayos que produjo la doctrina del Socialismo del Siglo XXI y su Revolución Ciudadana que se adueñó del Ecuador desde el 2006, preconizando aparentemente la importancia del diálogo intercultural y el encuentro de la identidad colectiva plurinacional, para fortalecer “la unidad en la diversidad”, como reza la Constitución, pero ejerciendo en la práctica un monólogo partidista e ideológico irrespetuoso de esa coexistencia en planos de igualdad. Sin embargo, debo decir que resulta válida la difusión de las técnicas del diálogo que varias entidades lo han hecho poniendo énfasis en la atención y escucha empáticas para sus fines específicos, lo cual puede ser aprovechable para la difusión de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, (MASC), en un sistema democrático real, con una cultura política auténtica que respete la convivencia de los seres humanos diferentes en un ambiente de paz, honesto y seguro, en el que tanto la “denuncia” genuina, verdadera y oportuna, como el “anuncio” con advertencias o propuestas serias y decentes, defendidos por Paulo Freire, sean objetivos francos, capaces de crear una verdadera cultura de diálogo para que la negociación social sea efectiva, no un



formalismo que se anota en un registro de asistencia de copartícipes, afiliados o vinculados al partido gobernante.

El futuro ideal se construye sin egoísmos, sin intolerancias, sin ese afán pernicioso de buscar un pasado nacional falso para construir una antropología cultural que supuestamente debería dar identidad al país; el futuro ideal se forja en una cultura de paz, sencilla y realista, que respete el verdadero pasado y no aspire regresar a él bajo el pretexto de un supuesto reencuentro de lo ancestral incierto, o tergiversando la historia para narrar costumbres y sucesos que nunca tuvimos, haciendo “antigüedades recién hechas” como dice la conocida canción de Piero, una cultura que acepte lo que somos ahora: un pueblo fruto de un mestizaje “racial”, -si es que cabe el término-, y también cultural que se ha ido formando desde hace más de quinientos años y que en las últimas cinco décadas toma saberes de muchas fuentes del mundo a una velocidad de vértigo y las incorpora a su manera de ser y actuar; el futuro ideal de diálogo y de paz, no se forja con la tiranía al viejo estilo colonial del monopartidismo fundamentalista que desde la majestad del poder impone conocimientos, opiniones, señala lo que es bueno y lo que es malo, bajo la amenaza y persecución del poder público y del espionaje imperial al estilo del “gran hermano”, que advirtió Orwell; a la construcción de una cultura de diálogo, de paz y de progreso, le hace daño la retórica alienante sobre la “noche oscura de la colonia”, o la “larga noche de la partidocracia”, “la noche oscura neoliberal”, que no pasa de ser una monserga que nada sostiene, como cuando después de poco se oiga decir algo sobre “el tenebroso socialismo del siglo XXI”, o la “pavorosa sombra de la revolución ciudadana”.

La construcción de una cultura de paz es una actividad constante, delicada, generosa, pero franca; trabaja con personas inmersas en realidades y situaciones concretas, por tanto se ocupa de la diversidad humana y cultural que está presente aquí y ahora, pero que tiene valores e ideales con los que traza y juzga metas y comportamientos; la cultura de paz, solidaria, diversa y múltiple no se la forja para el pasado que, bueno o malo, se fue y no existe, tampoco lo hace para un futuro incierto que no se sabe si vendrá; esa cultura posible se la trabaja en el presente relativo que viven las generaciones que existen, para que sean ricas en libertad y dignidad humana.

La Mediación y sus técnicas de diálogo y comunicación son y serán una gran herramienta para edificar una cultura positiva de armonía, de equidad, de respeto, una cultura de libertad, solidaria y de consensos, por ello la recomendación para que se la cultive y profundice desde la

comunidad familiar, se la difunda desde los establecimientos educativos y de formación social, y se la viva todos los días comunitariamente.

# Capítulo 13

---

## Hacia la cultura de paz

---

En los capítulos iniciales de este trabajo nos preocupamos de la existencia de los Medios Alternativos de Solución de Conflictos como un hecho social antiguo y necesario, jurídicamente válido para salir, mediante la decisión de las partes, del actual ordenamiento social litigioso que caracteriza a la cultura del conflicto, destacando al diálogo como mecanismo para “desjudicializar” el esquema “yo gano tú pierdes” y propender a la “juridificación” de la vida personal y colectiva, que debe identificar a la convivencia social.

Una vez presentadas las principales herramientas que podrían sustituir con éxito a las del proceso público, señalamos que los sistemas denominados por costumbre como alternativos para la solución de problemas, por su esencia dialogal y participativa tienen en realidad el carácter de constitutivos y existieron antes que los métodos procesales reglados y escritos.

Con estas bases y con el futuro que prevemos para los Medios Alternativos de Solución de Conflictos, queremos concluir este volumen con una referencia a la Cultura de Paz que lo inspiró.

## 13.1 Concepto de paz y su trascendencia

Es frecuente hallar la definición de PAZ como un estado que se opone a la guerra y a los conflictos armados de los pueblos; sin embargo, también hay otro que está más allá de la contraposición a lo bélico o lo conflictivo porque asume que la PAZ es una calidad espiritual dignificante de la persona, algo “constitutivo” de su individualidad, donde la armonía psicofísica entre cuerpo y espíritu provoca en la integridad del ser sensaciones de mesura, sosiego, sensatez, placidez y satisfacción que le impulsan a convivir con los demás de forma alegre y optimista, prudente y satisfactoria, solidaria y creadora; entendida la paz individual como un componente ideal y ennoblecedor del ser humano, resulta el atributo básico para el desarrollo de la autoconciencia, de la razón y la imaginación, a las que nos referimos en el capítulo III. Cada uno de estos conceptos tiene su propia trascendencia:

- A. El concepto restringido de Paz como fenómeno contrario al enfrentamiento beligerante entre los pueblos, fue el planteamiento urgente y necesario para contrarrestar las motivaciones y trágicas consecuencias de las dos grandes guerras mundiales casi consecutivas del siglo XX, que tuvieron astucias, ambiciones y hechos inhumanos, vergonzantes y repudiables con resultados desastrosos para los países involucrados cuya crisis social y económica causó angustia en cada post guerra e hizo de la Paz una idea válida como antípoda para la hostilidad de los pueblos envueltos en esas hecatombes, para la agresividad de atacantes y atacados, y contraria a las mañoserías de la guerra fría entre las potencias en su ambiciosa carrera armamentista a fin de consolidar su poder y dominio en el mundo. En los años inmediatos posteriores a la terminación de esas guerras se vivieron momentos muy duros y fue necesario presentar también la idea de Paz como esperanza en la reinsertión social de las víctimas, ex combatientes y refugiados como ambiente indispensable para el progreso y desarrollo de los pueblos. Estos hechos promocionaron la doctrina de la unidad nacional como condición básica para la defensa de los Estados y para la fundación de las organizaciones mundiales, regionales o económicas de los países: en 1919 finalizada la Primera Guerra Mundial, surgió la Sociedad de las Naciones (SDN), cuyo propósito fue organizar la paz reestructurando las relaciones y la cooperación internacionales, lo cual exigía que los países consoli-

den su orden interno, fortalezcan los métodos y procesos para el resguardo de sus fronteras y de su soberanía externa, sus ejércitos y su armamento; en 1945 nació la Organización de Naciones Unidas, ONU, que en su Carta constitutiva proclama la igualdad soberana de los países miembros y la necesidad de la solución pacífica de sus controversias en base a los principios de cooperación voluntaria de los pueblos libres y a la necesaria seguridad internacional para el mantenimiento de la paz evitando cualquier agresión, promoviendo el progreso económico y social de todos los pueblos los cuales deben suscitar en sus respectivos países el conocimiento, práctica y respeto de los derechos fundamentales de los seres humanos, la eliminación de desigualdades sociales, la lucha contra el analfabetismo y la búsqueda de mejores condiciones de salud y de trabajo. En los diferentes Capítulos de la Carta, se establece la estructura de la Organización donde tienen especial importancia la Asamblea General, el Consejo de Seguridad y Arreglo Pacífico de Controversias, el Consejo Económico y Social, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría General, otorgando a cada uno las competencias necesarias para investigar casos de amenaza a la paz, mediar en las disputas, autorizar sanciones, cooperar en la integración económica, etc.

Es necesario destacar que en la denominada “Guerra Fría”, las potencias enfrascadas en ella, Estado Unidos y Rusia, representando en su orden al capitalismo y al socialismo, en el afán de consolidar su poder e influencia en el mundo desarrollaron planes y programas propios, dividiéndolo entre Occidente y Oriente:

- EE.UU., lanzó el Plan Marshall en 1947, con la doctrina Truman, buscando que los países europeos no caigan en el comunismo, para lo que proyectaron un programa de ayudas económicas para su reconstrucción afianzando en esas naciones el capitalismo y la democracia. Similar programa fue promovido en 1961 por el Presidente John Kennedy para América Latina, bajo el nombre de Alianza para el Progreso. Desde el punto de vista militar, en abril de 1979 se formó la OTAN (Organismo del Tratado del Atlántico Norte), agrupando en torno a EE.UU. a varios países no socialistas de Europa que se comprometían a defenderse mutuamente en caso de ataque a cualquiera de ellos. Hasta

hoy funciona la OTAN con su sede en Bélgica y ha intervenido en varios conflictos internacionales.

- Rusia por su parte, creó el Plan Molotov que se concretaría en el COMECON que desde 1949 funcionó en Moscú como una organización de Cooperación Económica que fortalecía las relaciones bilaterales de los países de Europa Oriental con la Unión Soviética que les ayudaba a reconstruir sus industrias proveyéndoles de materia prima hasta los años de la Perestroika y la caída del socialismo. En 1955, confrontando a la OTAN, se suscribió el Pacto de Varsovia dirigido a resguardar el predominio militar de la URSS en el este de Europa; igualmente en nombre de ese Pacto se han efectuado intervenciones armadas en varios países.

- B. El concepto amplio de Paz como parte de la naturaleza humana y de la esencia de las personas, radica en los valores que dirigen sus comportamientos, en el ejercicio digno de su libertad individual, solo limitada por la del prójimo, con su índole de respeto, tolerancia y entendimiento mutuo, con ese ímpetu capaz de convertir el hábitat natural de los humanos en una sociedad democrática justa en la que los individuos encuentren bienestar y tranquilidad para satisfacer sus necesidades, es la verdadera gran noción que inspira el deber de profundizar el estudio sobre las tendencias instintivas que impulsan a los humanos a la convivencia social, al reconocimiento y comunicación entre prójimos, a la ayuda mutua, a la solidaridad. Esta obligación de analizar científicamente el origen de las raíces emocionales que estimulan la unión de las personas en grupos, pueblos, etnias y naciones, es una urgencia para saber los valores, usos y costumbres que construyen una cultura con ambientes primigenios de libertad, de respeto, donde la violencia resulta la extraña amenaza a la paz connatural de la dignidad humana.

Este profundo concepto que esbozamos de la Paz, fue preocupación de la Comisión Internacional reunida en Ginebra en 1922 que originó el Instituto Internacional de Cooperación Intelectual que debía difundir el tema entre los países europeos, siendo esta experiencia institucional el elemento de trabajo de los Ministros Aliados de Educación reunidos en la Conferencia de Londres en 1942 durante la segunda guerra mundial, quienes llamaron la atención sobre la gran importancia que realmente tenía el con-

cepto, comprometiéndose a profundizar su análisis y promover las estrategias a fin de convertirlo en prioridad formativa en todos los pueblos. El entusiasmo público y privado por el estudio y vivencia de esta paz profunda y connatural a los seres humanos, concluye en la organización de la UNESCO el 16 de noviembre de 1945, con 37 de las 44 naciones reunidas en la Conferencia sobre la Educación y la Cultura, como un organismo especializado de las Naciones Unidas.

- La UNESCO tiene como misión fundamental la consolidación de la paz investigando los valores comunes que vinculan a las culturas en el tiempo y el espacio, promoviendo su respeto y vivencia como fuentes de solidaridad moral; para ello, colabora en la formación de profesores y la construcción de escuelas, no solo para erradicar el analfabetismo, sino también investigando el patrimonio cultural de los pueblos, sus tradiciones, usos y costumbres, llevando a cabo proyectos de integración nacionales y regionales, fortaleciendo la información, la comunicación, el intercambio de experiencias y el diálogo, como fuentes de desarrollo sostenible y de eliminación de la pobreza.
- Consolidar la paz desde la perspectiva de los valores éticos intrínsecos en la naturaleza social del ser humano, significa comenzar afianzando la autonomía y la autoestima personal pues la libertad de conciencia es indispensable como fuente de apreciación de la sociedad y de rechazo racional a cualquier forma de violencia que se ejerza sobre las personas y pueblos que de alguna manera dificulte, impida o niegue, la realización digna de los seres humanos como tales. Este afianzamiento se hará mediante procesos que estimulen la comprensión de los derechos humanos y motiven la solución de los conflictos a través del diálogo y la negociación; para lo cual se requiere mejorar los programas y métodos educativos, asunto que la UNESCO lo comenzó en la década de los 60, exigiendo a los países miembros la revisión y rediseño de los pensum académicos y de los objetivos curriculares correspondientes a cada nivel educativo, para lograr que los educandos sean actores de su desarrollo sintiendo y comprendiendo el entorno cultural y ambiental en el que se desenvuelven, logrando que aprecien “el aquí y ahora”

que les toca vivir y sientan que su propia libertad se logra con justicia social, con una vivencia honesta de valores, con relaciones de respeto mutuo y compromisos serios; por ello, con las experiencias recogidas en cerca de 40 años de investigación y trabajo, en el año 1999 la UNESCO obtuvo que la ONU apruebe lo que se conoce como Declaración y Programa de Acción para una Cultura de Paz; meses después declaró al año 2000 como Año Internacional de la Cultura de Paz, período de positivas experiencias que sirvieron para que la Asamblea General de la ONU las examine y proclame a la década del 2001 al 2010, como el Decenio Internacional de una Cultura de Paz y No Violencia Para Los Niños del Mundo. En ese Decenio, concretamente en el año 2007, se promovió el diálogo entre religiones y culturas con el fin de que acercándose por sus coincidencias y respetándose en sus diferencias, se trate de cumplir con lo anunciado en el Art. 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos como derecho fundamental a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

### 13.2 Contenido de la cultura de paz

El fenómeno de la globalización compromete todos los órdenes de la sociedad actual cuyo desenvolvimiento en el mundo está caracterizado por el cambio, la movilidad y la velocidad, principalmente en la comunicación, que permite tomar decisiones con una presteza y rapidez asombrosos para reunir personas y culturas en instantes, acortando y eliminando diferencias, continentes, distancias, países, fronteras, edades u horarios; haciendo negocios y compromisos públicos y privados de toda índole: financieros, políticos, administrativos, formando amistades, grupos y redes de apoyo gracias a la facilidad que ofrece la tecnología digital, lo cual establece un escenario cosmopolita con tendencia a la inmediatez, y lo desechable, para el que no es fácil diseñar un programa concreto de cultura de paz, precisamente por tratarse de una concepción que se apoya en valores y principios éticos como modos de convivencia cimentados en la verdad y autenticidad, en la justicia y libertad, que propende estructurar en las diferentes sociedades, comportamientos solidarios de respeto y tolerancia, con valores y principios aparentemente de difusión y asimilación lenta, opuestos a la rapidez global actualmente exigida, pero sin percatarse que la Cultura de Paz rescata esquemas que



han estado en la sociedad siempre, porque son derechos propios de la naturaleza humana, a los que una convivencia egoísta y utilitaria los ha opacado y muchas veces negado, poniéndolos en peligro con amenazas, agresiones, o limitaciones, mediante procedimientos o estilos contrarios que los coartan, restringen o anulan empleando varias manifestaciones de fuerza o de poder, de autoritarismo y de corrupción, que en definitiva son modos injustos de conducta, pero que se encuentran regados en el mundo y en ocasiones hasta vergonzosamente institucionalizados.

Pero la necesidad de ir hacia una Cultura de Paz en toda la tierra, es una exigencia cada vez más fuerte entre los seres humanos que rechazan la violencia por ser ajena al convivir honesto y anhelan una sociedad justa, democrática y libre, afectuosa y alegre donde sea posible el progreso y desarrollo de individuos y pueblos cooperando entre sí para superar la ignorancia, la pobreza, los discrimenes de cualquier clase; por ello la declaración de la ONU en el Acta 53/243 aprobada el 06 de Octubre de 1999, es una propuesta amplia de directrices que merece ser reproducida, dice:

## **“DECLARACIÓN SOBRE UNA CULTURA DE PAZ”**

### **“LA ASAMBLEA GENERAL,**

- Recordando la Carta de las Naciones Unidas, incluidos los propósitos y principios enunciados en ella,
- Recordando también que en la Constitución de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura se declara que "puesto que las guerras nacen en la mente de los hombres, es en la mente de los hombres donde deben erigirse los baluartes de la paz",
- Recordando además la Declaración Universal de Derechos Humanos y otros instrumentos internacionales pertinentes del sistema de las Naciones Unidas,
- Reconociendo que la paz no sólo es la ausencia de conflictos, sino que también requiere un proceso positivo, dinámico y participativo en que se promueva el diálogo y se solucionen los conflictos en un espíritu de entendimiento y cooperación mutuos,
- Reconociendo también que el final de la guerra fría ha ampliado las posibilidades de reforzar una cultura de paz,

- Expresando profunda preocupación por la persistencia y la proliferación de la violencia y los conflictos en diversas partes del mundo,
- Reconociendo la necesidad de eliminar todas las formas de discriminación e intolerancia, incluidas las basadas en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la propiedad, las discapacidades, el nacimiento u otra condición,
- Recordando su resolución 52/15, de 20 de noviembre de 1997, en que proclamó el año 2000 "Año Internacional de la Cultura de la Paz", y su resolución 53/25, de 10 de noviembre de 1998, en que proclamó el período 2001-2010 "Decenio Internacional de una cultura de paz y no violencia para los niños del mundo",
- Reconociendo la importante función que sigue desempeñando la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura en la promoción de una cultura de paz,

Proclama solemnemente la presente Declaración sobre una Cultura de Paz con el fin de que los Gobiernos, las organizaciones internacionales y la sociedad civil puedan orientar sus actividades por sus disposiciones a fin de promover y fortalecer una cultura de paz en el nuevo milenio:

**Artículo 1:** Una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en:

- a) El respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación;
- b) El respeto pleno de los principios de soberanía, integridad territorial e independencia política de los Estados y de no injerencia en los asuntos que son esencialmente jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional;
- c) El respeto pleno y la promoción de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales;
- d) El compromiso con el arreglo pacífico de los conflictos;
- e) Los esfuerzos para satisfacer las necesidades de desarrollo y protección del medio ambiente de las generaciones presente y futuras;

- f) El respeto y la promoción del derecho al desarrollo;
- g) El respeto y el fomento de la igualdad de derechos y oportunidades de mujeres y hombres;
- h) El respeto y el fomento del derecho de todas las personas a la libertad de expresión, opinión e información;
- i) La adhesión a los principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia, solidaridad, cooperación, pluralismo, diversidad cultural, diálogo y entendimiento a todos los niveles de la sociedad y entre las naciones; y animados por un entorno nacional e internacional que favorezca a la paz.

**Artículo 2:** El progreso hacia el pleno desarrollo de una cultura de paz se logra por medio de valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida propicios para el fomento de la paz entre las personas, los grupos y las naciones.

**Artículo 3:** El desarrollo pleno de una cultura de paz está integralmente vinculado a:

- a) La promoción del arreglo pacífico de los conflictos, el respeto y el entendimiento mutuos y la cooperación internacional;
- b) El cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y el derecho internacional;
- c) La promoción de la democracia, el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales y el respeto y cumplimiento universales de éstos;
- d) La posibilidad de que todas las personas a todos los niveles desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación, la formación de consenso y la solución pacífica de controversias;
- e) El fortalecimiento de las instituciones democráticas y la garantía de la participación plena en el proceso del desarrollo;
- f) La erradicación de la pobreza y el analfabetismo y la reducción de las desigualdades entre las naciones y dentro de ellas;
- g) La promoción del desarrollo económico y social sostenible;
- h) La eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer promoviendo su autonomía y una representación equitativa en todos los niveles de la adopción de decisiones;

- i) El respeto, la promoción y la protección de los derechos del niño;
- j) La garantía de la libre circulación de información en todos los niveles y la promoción del acceso a ella;
- k) El aumento de la transparencia y la rendición de cuentas en la gestión de los asuntos públicos;
- l) La eliminación de todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexas;
- m) La promoción de la comprensión, la tolerancia y la solidaridad entre todas las civilizaciones, los pueblos y las culturas, incluso hacia las minorías étnicas, religiosas y lingüísticas;
- n) El respeto pleno del derecho a la libre determinación de todos los pueblos, incluidos los que viven bajo dominación colonial u otras formas de dominación u ocupación extranjera, como está consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y expresado en los Pactos internacionales de derechos humanos, así como en la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales contenida en la resolución 1514 (XV) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1960.

**Artículo 4:** La educación a todos los niveles es uno de los medios fundamentales para edificar una cultura de paz. En ese contexto, es de particular importancia la educación en la esfera de los derechos humanos.

**Artículo 5:** Los gobiernos tienen una función primordial en la promoción y el fortalecimiento de una cultura de paz.

**Artículo 6:** La sociedad civil ha de comprometerse plenamente en el desarrollo total de una cultura de paz.

**Artículo 7:** El papel informativo y educativo de los medios de difusión contribuye a promover una cultura de paz.

**Artículo 8:** Desempeñan una función clave en la promoción de una cultura de paz los padres, los maestros, los políticos, los periodistas, los órganos y grupos religiosos, los intelectuales, quienes realizan actividades científicas, filosóficas, creativas y artísticas, los trabajadores sanitarios y de actividades humanitarias, los trabajadores sociales, quienes ejercen funciones directivas en diversos niveles, así como las organizaciones no gubernamentales.

**Artículo 9:** Las Naciones Unidas deberían seguir desempeñando una función crítica en la promoción y el fortalecimiento de una cultura de paz en todo el mundo”.

De la lectura del documento se concluye que para la Organización de las Naciones Unidas y consecuentemente para la UNESCO, la construcción de la Cultura de Paz, es posible a través de la Educación que puede enseñar, adiestrar y estimular todo lo relativo a los valores indispensables para una convivencia social armónica, debiendo para ello adecuar sistemas y entrenamientos en los diferentes niveles de instrucción, desde los hogareños o familiares, pasando por los de pre escolar y escolar, hasta los grados universitarios, sin descuidar gremios, profesiones y otros colectivos sociales, que promuevan en cada uno de ellos un desarrollo humano íntegro, rico en valores éticos y morales.

### 13.3 El desarme de las conciencias

Entendida la PAZ como sustrato de la calidad humana, es obvio que la bondad y la solidaridad resultan tendencias instintivas que impulsan a los individuos a vivir en sociedad gozando dignamente de su libertad y respetando la de los demás, construyendo entre todos el entorno democrático de bienestar; por esta importancia, se reconoce la necesidad de estudiar esas propensiones espontáneas de comunicación y ayuda mutua como origen de la unión de las personas para la formación de grupos, desde la célula familiar hasta las naciones, culturas y civilizaciones porque se observa que la fortaleza y salud originaria de la sociedad, es invadida por epidemias de egoísmo y vanidad que enferman la conciencia moral de las personas, anulan su tendencia nativa a la bondad, avasallan sus principios éticos con armas poderosas como el individualismo, el materialismo utilitarista, el apetito de riqueza, la petulancia, el exhibicionismo, la jactancia de poder y el ánimo pernicioso de dominar a los demás y de explotarlos.

Esas epidemias son las creadoras del esquema “Yo gano, tú pierdes”, de la cultura conflictiva que no tiene escrúpulos en usar cualquier medio a fin de derrotar o aprovechar a quienes considera opositores, competidores, posibles sombras a su esplendor, o simples adeptos o servidores sumisos. La conciencia social de las personas, ha sido invadida por la violencia, la competencia deshonestas, la mentira, el crimen, el fanatismo, el caudillismo; está ocupada por la guerra, cercada por la corrupción, el terrorismo y tantas otras formas de maldad que en el siglo I a. C., hicieron exclamar a Plauto: “Homo homini lupus est”, el “Hombre es lobo del hombre”, que repitió y popularizó Thomas Hobbes en el XVI d.C., como si la violencia, la agresividad, la desconfianza, fue-

sen la esencia instintiva humana, sin percatarse que el lobo es el virus invasor que enferma al hombre.

En el año 1963, el Papa Juan XXIII, con la horrible experiencia de las dos guerras mundiales del siglo XX y el auge de la Guerra Fría entre las potencias que burlándose del mundo una construía el Muro de Berlín y otra hacía la Guerra de Vietnam, suscribía en abril de ese año su famosa Encíclica *PACEM IN TERRIS*, (Paz en la Tierra), dirigida no solo al pueblo católico sino a “todos los hombres de buena voluntad”, que se constituyó, igual que la Carta de la ONU y la UNESCO sobre la Cultura de Paz, en el cimiento de la corriente mundial sobre el Desarme, no solamente físico, sino también psicológico, porque se trata de un texto valiente “Sobre la paz entre todos los pueblos que ha de fundarse en la verdad, la justicia, el amor y la libertad”, como reza su subtítulo, emitida por el líder del Catolicismo que siendo una de las religiones más grandes del mundo, puede considerarse una potencia espiritual de enorme influencia; por ello en este apartado destacamos lo más importante de su contenido reproduciendo varios de sus numerales, que dieron origen a lo que se llama desde aquel año, el Desarme de las Conciencias:

En la INTRODUCCIÓN de *PACEM IN TERRIS*, el Papa Juan XXIII, habla de “El Orden en el universo”, donde establece:

- “2. El progreso científico y los adelantos técnicos enseñan claramente que en los seres vivos y en las fuerzas de la naturaleza impera un orden maravilloso y que, al mismo tiempo, el hombre posee una intrínseca dignidad, por virtud de la cual puede descubrir ese orden y forjar los instrumentos adecuados para adueñarse de esas mismas fuerzas y ponerlas a su servicio.

Luego, en “El orden en la humanidad”, dice:

- “4. Resulta, sin embargo, sorprendente el contraste que con este orden maravilloso del universo ofrece el desorden que reina entre los individuos y entre los pueblos. Parece como si las relaciones que entre ellos existen no pudieran regirse más que por la fuerza”.
- “5. Sin embargo, en lo más íntimo del ser humano, el Creador ha impreso un orden que la conciencia humana descubre y manda observar estrictamente. Los hombres muestran que los preceptos de la ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia. Por otra parte, ¿cómo podría ser de otro modo? Todas las obras de Dios son, en efecto, reflejo de su infinita sabiduría,

y reflejo tanto más luminoso cuanto mayor es el grado absoluto de perfección de que gozan”

En ese mundo cargado de hostilidad, enfermo de odio, de materialismo utilitarista, de desigualdades e injusticia, el Pontífice observaba que muchos tienden:

- “6. ...al error de pensar que las relaciones de los individuos con sus respectivas comunidades políticas pueden regularse por las mismas leyes que rigen las fuerzas y los elementos irracionales del universo, siendo así que tales leyes son de otro género y hay que buscarlas solamente allí donde las ha grabado el Creador de todo, esto es, en la naturaleza del hombre” y concluye el apartado proclamando:
- “7. Son, en efecto, estas leyes las que enseñan claramente a los hombres, primero, cómo deben regular sus mutuas relaciones en la convivencia humana; segundo, cómo deben ordenarse las relaciones de los ciudadanos con las autoridades públicas de cada Estado; tercero, cómo deben relacionarse entre sí los Estados; finalmente, cómo deben coordinarse, de una parte, los individuos y los Estados, y de otra, la comunidad mundial de todos los pueblos, cuya constitución es una exigencia urgente del bien común universal”.

Estas básicas enseñanzas dan origen a una serie de reglas más o menos complejas que detallando las diversas relaciones de convivencia, indican formas de ejercer derechos y maneras de actuar de los ciudadanos en cada tipo de vínculo a fin de facilitar el ordenamiento concreto de una sociedad, pero en el acápite “I. ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES CIVILES”, al hablar de “La persona humana, sujeto de derechos y deberes”, el Pontífice advierte:

- “9. En toda convivencia humana bien ordenada y provechosa hay que establecer como fundamento el principio de que todo hombre es persona, esto es, naturaleza dotada de inteligencia y de libre albedrío, y que, por tanto, el hombre tiene por sí mismo derechos y deberes, que dimanen inmediatamente y al mismo tiempo de su propia naturaleza. Estos derechos y deberes son, por ello, universales e inviolables y no pueden renunciarse por ningún concepto”.

Cuando razona sobre de Los derechos y deberes del hombre, concluye proclamando:

- “34. La dignidad de la persona humana requiere, además, que el hombre, en sus actividades, proceda por propia iniciativa y libremente. Por lo cual, tratándose de la convivencia civil, debe respetar los derechos, cumplir las obligaciones y prestar su colaboración a los demás en una multitud de obras, principalmente en virtud de determinaciones personales. De esta manera, cada cual ha de actuar por su propia decisión, convencimiento y responsabilidad, y no movido por la coacción o por presiones que la mayoría de las veces provienen de fuera. Porque una sociedad que se apoye sólo en la razón de la fuerza ha de calificarse de inhumana. En ella, efectivamente, los hombres se ven privados de su libertad, en vez de sentirse estimulados, por el contrario, al progreso de la vida y al propio perfeccionamiento”.

Dentro de lo que llama “La convivencia civil”, dice que ella sólo podrá ser “ordenada, fructífera y congruente con la dignidad humana si se funda en la verdad”, lo cual a su vez exige el reconocimiento de derechos y deberes bajo la luz de la justicia, del amor y la libertad, destacando además que:

- “36. La sociedad humana, venerables hermanos y queridos hijos, tiene que ser considerada, ante todo, como una realidad de orden principalmente espiritual: que impulse a los hombres, iluminados por la verdad, a comunicarse entre sí los más diversos conocimientos; a defender sus derechos y cumplir sus deberes; a desear los bienes del espíritu; a disfrutar en común del justo placer de la belleza en todas sus manifestaciones; a sentirse inclinados continuamente a compartir con los demás lo mejor de sí mismos; a asimilar con afán, en provecho propio, los bienes espirituales del prójimo. Todos estos valores informan y, al mismo tiempo, dirigen las manifestaciones de la cultura, de la economía, de la convivencia social, del progreso y del orden político, del ordenamiento jurídico y, finalmente, de cuantos elementos constituyen la expresión externa de la comunidad humana en su incesante desarrollo”.
- “37. El orden vigente en la sociedad es todo él de naturaleza espiritual. Porque se funda en la verdad, debe practicarse según los preceptos de la justicia, exige ser vivificado y completado



por el amor mutuo, y, por último, respetando íntegramente la libertad, ha de ajustarse a una igualdad cada día más humana”.

En las “Características de nuestra época”, recalca lo que llama “La elevación del mundo laboral”, reconociendo avances y reivindicaciones positivos; destaca “La presencia de la mujer en la vida pública”, como una consecuencia de la mejora en la toma de conciencia de su propia dignidad humana, y, celebra la “Emancipación de los pueblos” que adquieren su libertad para que en el mundo no existan dominadores ni dominados, reconociendo su derecho a la igualdad y condenando los discrimenes.

Continúa con el acápite “II. ORDENACIÓN DE LAS RELACIONES PÚBLICAS”, donde recalca la necesidad de que exista una “Autoridad” sometida al orden moral que dirija la sociedad hacia el bien común siempre ajustándose a la dignidad humana de las personas que conforman esa sociedad y, consecuentemente, actuando sin intimidar a su conciencia, para que su mandato tenga eficacia de modo que la autoridad no debe apoyarse en la fuerza, ni en la imposición, sino en el bien común y en la obediencia racional de los ciudadanos.

Afirma el Papa que el “Bien Común” está ligado a la naturaleza humana y obliga a la colaboración de todos para acomodar sus intereses a las necesidades de los demás, incluidos los gobernantes que deben dictar las normas en atención a ese bienestar de la comunidad, defendiendo los derechos y deberes del hombre, que no puede desentenderse del concepto integral de persona humana que tiene urgencias corporales y espirituales, cuya armonización, regulación y tutela, es necesario que los gobernantes las promuevan de manera adecuada y oportuna, para que el desarrollo social comprenda lo económico, lo político y lo cultural, con servicios esenciales en salud, vivienda, educación, transporte, etc. pero también con aquellos que sean un auxilio al descanso y perfeccionamiento del espíritu.

Esa necesidad de equilibrio y ordenación exige que en la forma de gobierno escogida por la sociedad, exista “División de funciones y poderes” cada cual con sus reglas sin descuidar jamás las normas morales, la justicia y las exigencias del bien común dentro de la vida social de hoy, “tan variada, compleja y dinámica, que cualquier ordenación jurídica, aún la elaborada con suma prudencia y previsoría intención, resulta muchas veces inadecuada frente a las necesidades”, por lo que no será prudente encasillarse en moldes preestablecidos siendo indispensable:

- “72....satisfacer las exigencias fundamentales de la vida social, acomodar las leyes y resolver los nuevos problemas de acuerdo con los hábitos de la vida moderna, tengan, lo primero, una recta idea de la naturaleza de sus funciones y de los límites de su competencia, y posean, además, sentido de la equidad, integridad moral, agudeza de ingenio y constancia de voluntad en grado bastante para descubrir sin vacilación lo que hay que hacer y para llevarlo a cabo a tiempo y con valentía”

Cuando el Papa habla de “III. ORDENACION DE LAS RELACIONES INTERNACIONALES” recalca que “...la misma ley natural que rige las relaciones de convivencia entre los ciudadanos debe regular también las relaciones mutuas entre las comunidades políticas”, y consecuente con la dignidad humana y el bien común que ha defendido antes como pautas para la organización y gobierno de los Estados, señala no es lícito renunciar a esas guías en el ámbito de las relaciones internacionales, afirmando que:

- “86. Hay que establecer como primer principio que las relaciones internacionales deben regirse por la verdad. Ahora bien, la verdad exige que en estas relaciones se evite toda discriminación racial y que, por consiguiente, se reconozca como principio sagrado e inmutable que todas las comunidades políticas son iguales en dignidad natural. De donde se sigue que cada una de ellas tiene derecho a la existencia, al propio desarrollo, a los medios necesarios para este desarrollo y a ser, finalmente, la primera responsable en procurar y alcanzar todo lo anterior; de igual manera, cada nación tiene también el derecho a la buena fama y a que se le rindan los debidos honores”.
- “91. Segundo principio: las relaciones internacionales deben regularse por las normas de la justicia, lo cual exige dos cosas: el reconocimiento de los mutuos derechos y el cumplimiento de los respectivos deberes.
- “92. Y como las comunidades políticas tienen derecho a la existencia, al propio desarrollo, a obtener todos los medios necesarios para su aprovechamiento, a ser los protagonistas de esta tarea y a defender su buena reputación y los honores que les son debidos, de todo ello se sigue que las comunidades políticas tienen igualmente el deber de asegurar de modo eficaz tales derechos

y de evitar cuanto pueda lesionarlos. Así como en las relaciones privadas los hombres no pueden buscar sus propios intereses con daño injusto de los ajenos, de la misma manera, las comunidades políticas no pueden, sin incurrir en delito, procurarse un aumento de riquezas que constituya injuria u opresión injusta de las demás naciones. Oportuna es a este respecto la sentencia de San Agustín: Si se abandona la justicia, ¿qué son los reinos sino grandes latrocinios?”

En este capítulo de las relaciones internacionales, Juan XXIII aborda “El problema de las minorías étnicas”, que “aspiran a ser dueños de sí mismos y a constituir una sola nación”, lo que muchas veces no puede realizarse resultando en minorías que viven dentro de un país distinto dando lugar a problemas que no son fáciles de resolver; señala:

- “95. En esta materia hay que afirmar claramente que todo cuanto se haga para reprimir la vitalidad y el desarrollo de tales minorías étnicas viola gravemente los deberes de la justicia. Violación que resulta mucho más grave aún si esos criminales atentados van dirigidos al aniquilamiento de la raza.
- 96. Responde, por el contrario, y plenamente, a lo que la justicia demanda: que los gobernantes se consagren a promover con eficacia los valores humanos de dichas minorías, especialmente en lo tocante a su lengua, cultura, tradiciones, recursos e iniciativas económicas.
- 97. Hay que advertir, sin embargo, que estas minorías étnicas, bien por la situación que tienen que soportar a disgusto, bien por la presión de los recuerdos históricos, propenden muchas veces a exaltar más de lo debido sus características raciales propias, hasta el punto de anteponerlas a los valores comunes propios de todos los hombres, como si el bien de la entera familia humana hubiese de subordinarse al bien de una estirpe. Lo razonable, en cambio, es que tales grupos étnicos reconozcan también las ventajas que su actual situación les ofrece, ya que contribuye no poco a su perfeccionamiento humano el contacto diario con los ciudadanos de una cultura distinta, cuyos valores propios puedan ir así poco a poco asimilando. Esta asimilación sólo podrá lograrse cuando las minorías se decidan a participar amistosamente en los usos y tradiciones de los pueblos que las circundan; pero no podrá alcanzarse si las minorías fomentan los mutuos roces, que

acarrear daños innumerables y retrasan el progreso civil de las naciones.

- Como otro principio de las relaciones internacionales señala el de “la solidaridad activa” que debe actuar en ellas de manera física y espiritual puesto que el bien común no se hace únicamente en los límites geográficos de los países, sino que debe procurárselo en la familia humana, mediante colaboración e intercambios; fomentando la comunicación entre los pueblos, más aún cuando la técnica acorta las distancias y se pone al servicio de todos, facilitando el cambio de bienes, capitales y personas, lo que debería permitir que “el capital busque a las personas y no al contrario”.

En este punto el Papa aboga por los “exiliados políticos” que expulsados de su patria tienen, por su propia dignidad de personas, derecho a ser reconocidos en la que los acoge de modo que puedan llevar su vida con decoro y sin más dolores. Igualmente defiende el derecho de las personas a “emigrar” a donde esperen atenderse mejor y alcanzar el bienestar de su familia, y el deber de las autoridades a admitir a los extranjeros que llegan, “en cuanto lo permita el verdadero bien su comunidad”; por eso declara:

- 107. “... aprovechamos la presente oportunidad para alabar públicamente todas las iniciativas promovidas por la solidaridad humana o por la cristiana caridad y dirigidas a aliviar los sufrimientos de quienes se ven forzados a abandonar sus países”.

Más adelante, refiriéndose a “La carrera de armamentos y el desame”, expresa que es lo opuesto a los principios de solidaridad, de bien común, de dignidad humana; un derroche de enormes energías y recursos materiales y espirituales consagrados a fabricar armamento y preparar ejércitos con el frívolo justificativo de que “hoy día la paz... no puede garantizarse si no se apoya en una paridad de armamentos”, frente a lo cual establece:

- “111. La consecuencia es clara: los pueblos viven bajo un perpetuo temor, como si les estuviera amenazando una tempestad que en cualquier momento puede desencadenarse con ímpetu horrible. No les falta razón, porque las armas son un hecho. Y si bien parece difícilmente creíble que haya hombres con suficiente osadía para tomar sobre sí la responsabilidad de las muertes y de la asoladora destrucción que acarrearía una guerra, resulta

innegable, en cambio, que un hecho cualquiera imprevisible puede de improviso e inesperadamente provocar el incendio bélico. Y, además, aunque el poderío monstruoso de los actuales medios militares disuada hoy a los hombres de emprender una guerra, siempre se puede, sin embargo, temer que los experimentos atómicos realizados con fines bélicos, si no cesan, pongan en grave peligro toda clase de vida en nuestro planeta.

- “112. Por lo cual la justicia, la recta razón y el sentido de la dignidad humana exigen urgentemente que cese ya la carrera de armamentos; que, de un lado y de otro, las naciones que los poseen los reduzcan simultáneamente; que se prohíban las armas atómicas; que, por último, todos los pueblos, en virtud de un acuerdo, lleguen a un desarme simultáneo, controlado por mutuas y eficaces garantías. No se debe permitir -advertía nuestro predecesor, de feliz memoria, Pío XII- que la tragedia de una guerra mundial, con sus ruinas económicas y sociales y sus aberraciones y perturbaciones morales, caiga por tercera vez sobre la humanidad”.
- “113. Todos deben, sin embargo, convencerse que ni el cese en la carrera de armamentos, ni la reducción de las armas, ni, lo que es fundamental, el desarme general son posibles SI ESTE DESARME NO ES ABSOLUTAMENTE COMPLETO Y LLEGA HASTA LAS MISMAS CONCIENCIAS; es decir, si no se esfuerzan todos por colaborar cordial y sinceramente en eliminar de los corazones el temor y la angustiosa perspectiva de la guerra. Esto, a su vez, requiere que esa norma suprema que hoy se sigue para mantenerla paz se sustituya por otra completamente distinta, en virtud de la cual se reconozca que una paz internacional verdadera y constante no puede apoyarse en el equilibrio de las fuerzas militares, sino únicamente en la confianza recíproca. Nos confiamos que es éste un objetivo asequible. Se trata, en efecto, de una exigencia que no sólo está dictada por las normas de la recta razón, sino que además es en sí misma deseable en grado sumo y extraordinariamente fecunda en bienes”, (las mayúsculas me corresponden).

En este párrafo se origina la frase que se difundió por el mundo: “DESARME DE LAS CONCIENCIAS” como una necesidad urgente de los hombres para sanar su espíritu de las epidemias y virus que lo ofuscan, y lo enferman. Por eso, insistiendo en que las relaciones

humanas individuales y las de las naciones, se fundan en las “normas de la recta razón, es decir, las normas de la verdad, de la justicia y de activa solidaridad”, el Papa Juan XXIII, dice:

- “117.... interpretando los más ardientes votos de toda la familia humana y movido por un paterno amor hacia todos los hombres, consideramos deber nuestro rogar y suplicar a la humanidad entera, y sobre todo a los gobernantes, que no perdonen esfuerzos ni fatigas hasta lograr que el desarrollo de la vida humana concuerde con la razón y la dignidad del hombre.
- “118. Que en las asambleas más previsoras y autorizadas se examine a fondo la manera de lograr que las relaciones internacionales se ajusten en todo el mundo a un equilibrio más humano, o sea a un equilibrio fundado en la confianza recíproca, la sinceridad en los pactos y el cumplimiento de las condiciones acordadas. Examínese el problema en toda su amplitud, de forma que pueda lograrse un punto de arranque sólido para iniciar una serie de tratados amistosos, firmes y fecundos”

Termina el capítulo sobre las relaciones internacionales señalando que ellas deben regirse también por el principio de la Libertad:

- “120. Hay que indicar otro principio: el de que las relaciones internacionales deben ordenarse según una norma de libertad. El sentido de este principio es que ninguna nación tiene derecho a oprimir injustamente a otras o a interponerse de forma indebida en sus asuntos. Por el contrario, es indispensable que todas presten ayuda a las demás, a fin de que estas últimas adquieran una conciencia cada vez mayor de sus propios deberes, acometan nuevas y útiles empresas y actúen como protagonistas de su propio desarrollo en todos los sectores”.
- “124. En este punto, nuestro predecesor, de feliz memoria, Pío XII dejó escrito un saludable aviso: “Un nuevo orden, fundado sobre los principios morales, prohíbe absolutamente la lesión de la libertad, de la integridad y de la seguridad de otras naciones, cualesquiera que sean su extensión territorial y su capacidad defensiva. Si es inevitable que los grandes Estados, por sus mayores posibilidades y su poderío, tracen el camino para la constitución de grupos económicos entre ellos y naciones más pequeñas y más

débiles, es, sin embargo, indiscutible -como para todos en el marco del interés general- el derecho de éstas al respeto de su libertad en el campo político, a la eficaz guarda de aquella neutralidad en los conflictos entre los Estados que les corresponde según el derecho natural y de gentes, a la tutela de su propio desarrollo económico, pues tan sólo así podrán conseguir adecuadamente el bien común, el bienestar material y espiritual del propio pueblo”.

- “125. Así, pues, es necesario que las naciones más ricas, al socorrer de múltiples formas a las más necesitadas, respeten con todo esmero las características propias de cada pueblo y sus instituciones tradicionales, e igualmente se abstengan de cualquier intento de dominio político. Haciéndolo así, se contribuirá no poco a formar una especie de comunidad de todos los pueblos, dentro de la cual cada Estado, consciente de sus deberes y de sus derechos, colaborará, en plano de igualdad, en pro de la prosperidad de todos los demás países”

El Papa Juan XXIII observa que muchos están convencidos que la guerra es un medio de resarcir derechos y la justifican, pero otros frente al temor de las calamidades y ruina por una guerra atómica devastadora, animan la tendencia, cada vez más persuasiva, que busca soluciones a los diferendos por medio de negociaciones y convenios, antes que por el uso de las armas, lo cual es necesario apoyar e institucionalizar.

En el capítulo “IV. ORDENACION DE LAS RELACIONES MUNDIALES”, Juan XXIII, insiste en la necesidad de “La interdependencia de los Estados en lo social, político y económico”, para el fortalecimiento del intercambio en esos aspectos que apoye una suerte de “economía universal” donde se construya el progreso social con orden, seguridad y tranquilidad y se alcance el perfeccionamiento de los países y el bien universal.

Para esta anhelada prosperidad, es necesario reconocer que las complejas relaciones modernas entre países mediante embajadas y convenios tradicionales no son suficientes y que la buena voluntad sin autoridad, carece de poder, por lo que afirma que “Es necesaria una autoridad de alcance mundial” porque entre el “bien común” que es universal y el “ejercicio de la autoridad pública”, existe una conexión de orden moral que debe alcanzar eficacia real “por el acuerdo general de las naciones”, que respetando sus diferencias y su propia dignidad, reconozcan también y sin excepción la dignidad de la persona humana y su derecho al bienestar, por encima las particularidades de la nación a la

que pertenezca. Esa autoridad, sugiere que deberá ser ejercida por la ONU que tendrá que acomodar sus estructuras y objetivos para ejercerla, en base del “principio de subsidiariedad en el plano mundial”, que en el tema del bien común universal, si interferir con los poderes de los países en particular, resuelva la complejidad de esos problemas de manera amplia y urgente, por encima de los trámites nacionales específicos, cuyos formalismos hasta acordar, demoran tanto que no se alcanza a atender el problema con oportunidad o los agrava si no hay convenios; subsidiariedad que debe ser entendida en gracia a la dignidad humana, al respeto y cumplimiento de los derechos del hombre inviolables e inmutables, a cuya acatamiento debe tender el mundo entero, a medida que se vaya creando un ambiente en el que los poderes públicos y privados, las autoridades y los individuos comunes, los grupos de cualquier índole, realicen sus funciones con seguridad y eficacia.

La encíclica *PACEM IN TERRIS*, concluye con el capítulo “V. NORMAS PARA LA ACCIÓN TEMPORAL DEL CRISTIANO”, donde el Papa insta a todos a participar activamente en la vida pública de sus naciones buscando el progreso y el bien común, armonizando la “cultura, la técnica y la experiencia”, advirtiendo con sereno magisterio:

- 149. Todas estas cualidades deben ser consideradas insuficientes por completo para dar a las relaciones de la vida diaria un sentido más humano, ya que este sentido requiere necesariamente como fundamento la verdad; como medida, la justicia; como fuerza impulsora, la caridad, y como hábito normal, la libertad”.

Comportamientos humanos dignos que exigen coherencia entre lo que se piensa y lo que se hace; entre voluntad y acción; entre moral y comportamiento; entre vocación y profesión; todo lo cual no es fácil en el dinamismo social acelerado de la actualidad donde para muchos, se dificulta la aplicación de los principios doctrinales a la realidad práctica de la convivencia que equivocadamente asoma compleja, desafiante, agresiva, y de la que es necesario defenderse, mientras para otros, es la época de nuevas perspectivas, de amplias posibilidades que exigen el ajuste de la realidad a la justicia, de las leyes a la moral, de la vida diaria a los principios éticos, a la comprensión, al respeto, a la colaboración y solidaridad.

En el título “Evolución, no revolución”, frente a los deseos impetuosos de muchos para cambiar revolucionariamente situaciones injustas, advierte con prudencia que:



- “162..., en el campo de las instituciones humanas no puede lograrse mejora alguna si no es partiendo paso a paso desde el interior de las instituciones. Es éste precisamente el aviso que da nuestro predecesor, de feliz memoria, Pío XII, con las siguientes palabras: “No en la revolución, sino en una evolución concorde, están la salvación y la justicia. La violencia jamás ha hecho otra cosa que destruir, no edificar; encender las pasiones, no calmarlas; acumular odio y escombros, no hacer fraternizar a los contendientes, y ha precipitado a los hombres y a los partidos a la dura necesidad de reconstruir lentamente, después de pruebas dolorosas, sobre los destrozos de la discordia”.

Por eso, formula su “Llamamiento a una tarea gloriosa y necesaria”, a fin de establecer un nuevo sistema de relaciones humanas “...bajo el magisterio y la égida de la verdad, la justicia, la caridad y la libertad” convocando a todas las personas a esta tarea noble y esperanzadora, necesaria y gloriosa:

- “165. Porque la paz no puede darse en la sociedad humana si primero no se da en el interior de cada hombre, es decir, si primero no guarda cada uno en sí mismo el orden que Dios ha establecido...”.

Concluye Juan XXII llamando a todos los hombres de buena voluntad, no solamente a los católicos, a unirse para consolidar la paz en el mundo y a los creyentes invitándoles a orar por la paz, a evitar cuanto pueda ponerla en peligro y para que todos seamos testigos de la verdad, de la justicia y el amor fraterno .

## 13.4 El programa global del desarme

A los 53 días de publicada la encíclica *Pacem in Terris*, fallecía el Papa Juan XXIII, y su muerte provocó que el documento se difundiera con profusión, pues mucha gente quería recordarlo poseyendo un ejemplar de sus últimas palabras escritas. La Encíclica mereció elogios de líderes mundiales adversos al catolicismo y a toda religión, que hallaron en el texto un instrumento válido, bien estructurado, que al insistir en la dignidad humana y en el bien común, hacía un llamamiento a la conciencia de todas las personas, a su voluntad sincera para que se despojen de sentimientos agresivos, violentos, belicistas y crezca en principios éticos, en emociones morales pacíficas y solidarias, en aras a

alcanzar la propia seguridad personal, la tranquilidad familiar y la de los pueblos; éste llamado al desarme espiritual o de conciencias, incentivó a profundizar en el “PROGRAMA GLOBAL DEL DESARME”, que hasta antes de la Encíclica de Juan XXIII, era disperso y retraído. En esta profundización, otra vez tiene importancia el concepto de Paz, pues:

- A. Por el concepto opuesto a la beligerancia guerrera de los pueblos, la visión del desarme global se centra más en las armas y los ejércitos. Así, pocos años después de concluida la Segunda Guerra Mundial, en 1952 se organizó la Comisión para el Desarme, de las Naciones Unidas con los mismos países que conforman el Consejo de Seguridad, con la preocupación de las armas nucleares y de destrucción masiva, pero no avanzó mucho en sus propuestas concretas hasta el punto que en 1961, por iniciativa de los EE.UU., y la Unión Soviética se fundó el “Comité de Desarme de las Diez Naciones” para apoyarla, Comité que a fines de ese mismo año ya era de 18 países y en 1969 cambia su nombre por el de “Conferencia del Comité de Desarme”, que protagonizó iniciativas muy importantes a fin de prohibir el uso de fondos oceánicos para emplazar, almacenar o destruir armas nucleares, químicas o bacteriológicas, hasta convertirse en 1984 en la “Conferencia del Desarme” de las Naciones Unidas con sede en Ginebra, que es autónoma en sus decisiones y recomendaciones, pero tiene la obligación de informar a la Asamblea General de sus actos y programación.

Su preocupación gira en torno a:

- 1) armas de destrucción masiva: nucleares, químicas, biológicas;
- 2) armas convencionales;
- 3) reducción de presupuestos militares;
- 4) reducción de las fuerzas armadas;
- 5) desarme y desarrollo;
- 6) desarme y seguridad internacional;
- 7) medidas colaterales;
- 8) medidas para el fomento de la confianza entre países;
- 9) métodos de verificación de acuerdos y resoluciones; y,

10) programa global de desarme.

Sobre cada uno de estos aspectos la Comisión ha desarrollado convenciones y encuentros principalmente sobre armas nucleares, prohibición de carrera armamentista en el espacio; armas incendiarias; municiones en racimo; minas antipersonales; armas encefalíticas como el láser; armas biológicas y tóxicas, etc., pero aún no logra Resoluciones Generales, aunque sí ha obtenido adhesiones importantes y aún acatamientos unilaterales de varios países.

El Consejo de la Unión Europea tiene también un grupo de trabajo para de Desarme y Control de Armamento que pone atención especial en las minas terrestres antipersonales y en las armas químicas y biológicas; últimamente este Grupo de Unión Europea se plantea la necesidad de establecer normas internacionales para las actividades en el espacio ultraterrestre.

B. Por el concepto de Paz como esencial en la naturaleza de las personas y de su dignidad, la Oficina de Asuntos de Desarme de las Naciones Unidas ha establecido Subdivisiones y Centros Regionales que trabajan en temas de estrategias para el desarme, principalmente de armas ligeras y pequeñas en varias zonas como la CARICOM, Comunidad del Caribe, desde 1958; la ASEAN, Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, 1967, y otras como el UNIDIR, Instituto de las Naciones Unidas de Investigación para el Desarme, 1982, que poniendo énfasis en la erradicación de armamentos en sus zonas de influencia y fomentando en ellas el compromiso con la vocación universal de paz, busca lograr una zona libre de armas ligeras en Asia, África y América Latina, para ello apoya estrategias culturales y educativas libres que profundicen en la necesidad de la paz, de la no violencia y sobre problemas de la seguridad internacional y nacional.

Sin embargo han sido otras Organizaciones de las Naciones Unidas, preocupadas de promover los derechos humanos las que se han encargado de educar a la población en temas que son parte de la cultura de paz, así por ejemplo:

El CDH, Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la Oficina del Alto Comisionado Para los Derechos Humanos (ACNUDH), que con esta denominación desde el año 2006, sustituye a la Comisión de Derechos Humanos establecida en 1946, que velando por el cumplimiento de los Derechos Humanos en

todo el mundo, estudia los problemas que para ello se presentan, recopila información y hace evaluaciones que pueden concluir en la suspensión de los derechos de los miembros que toleren violaciones graves y persistentes de los derechos humanos.

La UNESCO, Organización de las Naciones Unidas para la Ciencia y la Cultura), con su sede en París, creada en noviembre de 1946, precisamente para suscitar la paz mundial difundiendo el saber social, científico, cultural, artístico, de los pueblos, desde los diversos niveles de educación y los medios de comunicación para alcanzar el respeto individual y social a la justicia y a los derechos humanos proclamados en la Carta de la ONU, sin distinción de ninguna clase.

La UNICEF, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, con sede New York, creado en 1946, para atender a los niños víctimas inocentes y desplazados por las guerras, mediante programas de cooperación para su supervivencia, educación básica y desarrollo personal posterior, libre de explotación, malos tratos, promoviendo en todo el mundo políticas públicas y privadas en favor de los niños, recibió el Premio Nobel de la Paz en 1965, y alcanzó en 1989 que las Naciones Unidas establezca la carta mundial de los Derechos del Niño.

La OMS, Organización Mundial de la Salud, nacida en 1948, con sede en Ginebra, como organismo especializado de las Naciones Unidas para cooperar técnicamente con los países miembros en temas de salud pública a fin de alcanzar niveles elevados de sanidad y bienestar en las personas y pueblos, dirigiendo la cooperación internacional para elaborar normas técnicas de control epidemiológico, de enfermedades transmisibles, de calidad de medicamentos, de seguridad sanitaria, etc. La OMS ha alertado al mundo sobre las decenas de miles de niños que mueren asesinados cada año por la violencia, a más de los millones de atentados sexuales de que son víctimas o los castigos corporales que sufren, constituyendo un horror más grave que el de guerras entre países.

Las experiencias de cada uno de estos organismos, puestas en conocimiento de la Asamblea General, periódicamente se han visto apoyadas por la voz de los Papas que han concurrido a la Organización de las Naciones Unidas en calidad de invitados, puesto que el Vaticano no forma parte de los países miembros de ella, aunque es observador per-

manente, para dar su visión ética, su valoración moral y su crítica en representación de esa “potencia espiritual” que directa o indirectamente es reconocida como exigencias fundamentales para el desarme global; el resumen de los mensajes en esas visitas es el siguiente:

1. PAULO VI, octubre de 1965, dice “un mensaje para toda la humanidad”, estableciendo que la obra de las Naciones Unidas es “enseñar a los hombres la paz....La paz, como sabéis, no se construye solamente mediante la política y el equilibrio de las fuerzas y de los intereses. Se construye con el espíritu, las ideas, las obras de la paz”, procurando “... que abunde el pan en la mesa de la humanidad y no auspiciar un control artificial de los nacimientos, que sería irracional, con miras a disminuir el número de convidados al banquete de la vida”.
2. JUAN PABLO II, primera visita: octubre de 1979, como invitado especial al Primer Período Extraordinario de Sesiones Dedicadas al Desarme, ciclo en que se estableció la Comisión de Desarme como órgano de deliberación de las Naciones Unidas para estudiar el tema en todos sus aspectos; allí Juan Pablo II criticó duramente la clásica “filosofía de la paz”, que esgrimen varios países y pensadores, como elemento de “disuasión” y de un “equilibrio de fuerzas”, lo que ha resultado en un auténtico “equilibrio del terror”, por lo cual se hace impostergable “invertir la tendencia” para que los países “repensando su postura” realicen su tarea sin armas “hacia la causa de la paz” que es “el resultado del respeto a los principios éticos. El verdadero desarme, aquel que garantizará la paz entre los pueblos, no se realizará sino con la solución de esta crisis ética”; señalando que “...Vale la pena, a través de la sensibilización de las conciencias en lo absurdo de la guerra, crear las condiciones materiales y espirituales que disminuyan las desigualdades clamorosas y que den a todos un mínimo de espacio para la libertad de espíritu”, exclamando: “A pesar del dolor que invade mi alma, me siento autorizado, más aún, obligado a reafirmar solemnemente ante vosotros y ante el mundo lo que mis predecesores y yo mismo hemos repetido muchas veces en nombre de la conciencia, en nombre de la moral, en nombre de la humanidad y en nombre de Dios:
  - La paz no es una utopía, ni un ideal inaccesible, ni un sueño irrealizable.

- La guerra no es una calamidad inevitable.
- La paz es posible.
- Y porque es posible, la paz es un deber. Un deber muy grave. Una responsabilidad suprema.

La paz es difícil, cierto, y exige una gran dosis de buena voluntad, sabiduría, tenacidad. Pero el hombre puede y debe hacer que prevalezca la fuerza de la razón sobre las razones de la fuerza”.

3. JUAN PABLO II, segunda visita, octubre de 1995, en la Quincuagésima Asamblea General de las Naciones Unidas. Allí destacó que en nuestro tiempo es necesario “Asumir el riesgo de la libertad” como una “exigencia ineludible que brota del reconocimiento de la inestimable dignidad y valor de la persona humana” que es agredida por el “totalitarismo moderno...que ha llegado incluso a la negación del valor inviolable de la vida”.

Destacó que “Es necesario que en el panorama económico internacional se imponga una ética de la solidaridad, si se quiere que la participación, el crecimiento económico, y una justa distribución de los bienes caractericen el futuro de la humanidad”.

3. BENEDICTO XVI, abril del 2008, en el ciclo conmemorativo de los 60 años de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, propuso el “Principio de la responsabilidad de proteger”, que luego fue discutido y hasta ahora en viene siendo objeto de diálogo cada vez más intenso en las Naciones Unidas; para ello destacó la importancia de los Derechos Humanos como razón fundacional de la ONU, cuyos preceptos “...el deseo de la paz, la búsqueda de la justicia, el respeto de la dignidad de la persona, la cooperación y la asistencia humanitaria– expresan las justas aspiraciones del espíritu humano y constituyen los ideales que deberían estar subyacentes en las relaciones internacionales”, en las cuales “...es necesario reconocer el papel superior que desempeñan las reglas y las estructuras intrínsecamente ordenadas a promover el bien común y, por tanto, a defender la libertad humana”... “En nombre de la libertad debe haber una correlación entre derechos y deberes, por la cual cada persona está llamada a asumir la responsabilidad de sus opciones, tomadas al entrar en relación con los otros”.

Benedicto XVI subrayó que “El reconocimiento de la unidad de la familia humana y la atención a la dignidad innata de cada

hombre y mujer adquiere hoy un nuevo énfasis con el principio de la responsabilidad de proteger"... "Todo Estado tiene el deber primario de proteger a la propia población de violaciones graves y continuas de los derechos humanos, como también de las consecuencias de las crisis humanitarias, ya sean provocadas por la naturaleza o por el hombre".

Con énfasis recordó que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre fue el resultado "de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales,...y de considerar a la persona humana esencial para el mundo de la cultura, de la religión y de la ciencia. Los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana" y advirtió "Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos. Así pues, no se debe permitir que esta vasta variedad de puntos de vista oscurezca no sólo el hecho de que los derechos son universales, sino que también lo es la persona humana, sujeto de estos derechos".

Concluyó diciendo: "En mi reciente Encíclica Spe salvi, he subrayado "que la búsqueda, siempre nueva y fatigosa, de rectos ordenamientos para las realidades humanas es una tarea de cada generación"

4. El Papa FRANCISCO, septiembre del 2015, durante el ciclo conmemorativo por los 70 años de creación de la ONU pronunció ante la Asamblea General un discurso que fue calificado de provocativo pues abordó con entereza temas muy sensibles, afirmando que:

- "El panorama mundial hoy nos presenta,... muchos falsos derechos, y –a la vez– grandes sectores indefensos, víctimas más bien de un mal ejercicio del poder: el ambiente natural y el vasto mundo de mujeres y hombres excluidos"... "Por eso hay que afirmar con fuerza sus derechos, consolidando la protección del ambiente y acabando con la exclusión".

Desarrollando esta idea señaló que es deber de las naciones abandonar el “afán egoísta e ilimitado de poder y de bienestar material que lleva tanto a abusar de los recursos materiales disponibles como a excluir a los débiles y con menor habilidades”, puesto que “La exclusión económica y social es una negación total de la fraternidad humana y un gravísimo atentado a los derechos humanos y al ambiente”... “Por todo esto, la medida y el indicador más simple y adecuado del cumplimiento de la nueva Agenda para el desarrollo será el acceso efectivo, práctico e inmediato, para todos, a los bienes materiales y espirituales indispensables: vivienda propia, trabajo digno y debidamente remunerado, alimentación adecuada y agua potable; libertad religiosa, y más en general libertad de espíritu y educación. Al mismo tiempo, estos pilares del desarrollo humano integral tienen un fundamento común, que es el derecho a la vida y, más en general, lo que podríamos llamar el derecho a la existencia de la misma naturaleza”.

- Parte de los procesos de exclusión es “El abuso y la destrucción del medio ambiente”, lo que ha generado “La crisis ecológica (que) junto con la destrucción de buena parte de la biodiversidad, puede poner en peligro la existencia misma de la especie humana. Las nefastas consecuencias de un irresponsable desgobierno de la economía mundial, guiado solo por la ambición de lucro y de poder, deben ser un llamado a una severa reflexión sobre el hombre...”; “Por eso, la defensa del ambiente y la lucha contra la exclusión exigen el reconocimiento de una ley moral inscrita en la propia naturaleza humana, que comprende la distinción natural entre hombre y mujer (Laudato si’, 155), y el absoluto respeto de la vida en todas sus etapas y dimensiones (cf. ibíd., 123; 136), esto es desde la concepción hasta el final de sus días, período en el que el hombre puede “servirse respetuosamente de la creación para el bien de sus semejantes y para gloria del Creador, pero no puede abusar de ella y mucho menos está autorizado a destruirla”.
- Señala el Papa Francisco que: “Una ética y un derecho basados en la amenaza de destrucción mutua –y posiblemente de toda la humanidad– son contradictorios y constituyen un fraude a toda la construcción de las Naciones Unidas,



que pasarían a ser «Naciones unidas por el miedo y la desconfianza». Hay que empeñarse por un mundo sin armas nucleares, aplicando plenamente el Tratado de no proliferación, en la letra y en el espíritu, hacia una total prohibición de estos instrumentos”.

En este punto, señaló también que el narcotráfico es “otra clase de guerra que viven muchas de nuestras sociedades” y lamentó que haya sido “pobremente combatida”, porque es una dinámica que va acompañada “de la trata de personas, del lavado de activos, del tráfico de armas, de la explotación infantil y de otras formas de corrupción”, que lamentablemente “ha penetrado los distintos niveles de la vida social, política, militar, artística y religiosa, generando, en muchos casos, una estructura paralela que pone en riesgo la credibilidad de nuestras instituciones”.

- El Papa Francisco abogó por la libertad religiosa advirtiendo sobre “...la dolorosa situación de todo el Oriente Medio, del norte de África y de otros países africanos, donde los cristianos, junto con otros grupos culturales o étnicos e incluso junto con aquella parte de los miembros de la religión mayoritaria que no quiere dejarse envolver por el odio y la locura, han sido obligados a ser testigos de la destrucción de sus lugares de culto, de su patrimonio cultural y religioso, de sus casas y haberes y han sido puestos en la disyuntiva de huir o de pagar su adhesión al bien y a la paz con la propia vida o con la esclavitud”. Realidades crudas que “deben constituir un serio llamado a un examen de conciencia de los que están a cargo de la conducción de los asuntos internacionales”. Puesto que “la más elemental comprensión de la dignidad humana [obliga] a la comunidad internacional, en particular a través de las normas y los mecanismos del derecho internacional, a hacer todo lo posible para detener y prevenir ulteriores violencias sistemáticas contra las minorías étnicas y religiosas y para proteger a las poblaciones inocentes”.
- El Papa refiriéndose al fundamento de la vida social señaló que los gobernantes tienen la obligación de procurar que los seres humanos “puedan tener la mínima base material y espiritual para ejercer su dignidad y para formar y

mantener una familia”, “Este mínimo absoluto tiene en lo material tres nombres: techo, trabajo y tierra; y un nombre en lo espiritual: libertad de espíritu, que comprende la libertad religiosa, el derecho a la educación y todos los otros derechos cívicos”.

- Finalmente señaló que “la distinción natural entre hombre y mujer está inscrita en la propia naturaleza humana”, advirtiendo que “La casa común de todos los hombres debe continuar levantándose sobre una recta comprensión de la fraternidad universal y sobre el respeto de la sacralidad de cada vida humana, de cada hombre y cada mujer; de los pobres, de los ancianos, de los niños, de los enfermos, de los no nacidos, de los desocupados, de los abandonados, de los que se juzgan descartables porque no se los considera más que números de una u otra estadística. La casa común de todos los hombres debe también edificarse sobre la comprensión de una cierta sacralidad de la naturaleza creada”. Edificación que debe hacerse con sabiduría comprendiendo que “el sentido pleno de la vida singular y colectiva se da en el servicio abnegado de los demás y en el uso prudente y respetuoso de la creación para el bien común. Repitiendo las palabras de Pablo VI, «el edificio de la civilización moderna debe levantarse sobre principios espirituales, los únicos capaces no sólo de sostenerlo, sino también de iluminarlo»

### 13.5 Hacia una educación para la paz y la no violencia

La cultura de Paz es una actividad constructiva que no se acaba porque se la hace todos los días y es el estilo vital que hemos llamado “juridificación de la vida”, procurando que el comportamiento diario y espontáneo sea hacer lo justo cumpliendo con lo que es ético y moralmente bueno, lo cual va más allá del acatamiento de la ley y el orden. Las actividades de los Organismos de las Naciones Unidas y las intervenciones de los Pontífices han marcado huella en varios sectores sociales que se han organizado para propender actividades concretas que apoyan la construcción de la Paz desde el cambio en la conciencia individual de las personas en base de motivaciones espirituales y culturales positivas, capaces de introducir valores, modos de comportamiento y

estilos de vida que anulen la agresividad y la violencia, que promuevan el diálogo y la comprensión, el intercambio y la sensibilización por la No Violencia en los grupos sociales y los pueblos.

Para ello se insta a los países miembros y a la sociedad civil a reforzar todo lo relativo a Derechos Humanos, principalmente las siguientes actividades, entre otras, como política de cada Estado miembro respecto de sus habitantes:

1. Fijar con claridad los objetivos de la educación en valores, principios, actitudes comportamientos y estilos de vida para lograr el desarrollo nacional en una cultura de paz, velando porque desde la primera infancia los niños reciban esa educación. Promover el diálogo, el respeto a la dignidad humana, la tolerancia, la prevención de los conflictos, el arreglo pacífico de las controversias y la consolidación de la paz después de haber llegado a los acuerdos.
2. Promover la educación y capacitación de las personas naturales y jurídicas para la prevención y solución de conflictos mediante sistemas alternativos a la justicia formal que privilegien el diálogo de las partes, y promuevan la solidaridad, la tolerancia, la comprensión y la paz social. Comprende no sólo a los establecimientos educativos en todos sus niveles, sino a empresas e instituciones, asociaciones y corporaciones, para que busquen en el diálogo el modo de solucionar sus diferendos o controversias, honestando la palabra y los compromisos que adquieran, procurando un movimiento mundial con intercambio de información e iniciativas en favor de la paz;
3. Dictar medidas adecuadas para la erradicación de la violencia que afecte directa o indirectamente a los menores de edad; hacer estudios sobre las etapas que comprende la niñez, desde su concepción y desarrollo prenatal, su nacimiento, crianza e infancia; hasta los períodos de adolescencia y juventud previa a su mayoría de edad, a fin de determinar, prevenir y evitar las formas de maltrato y violencia que lamentablemente se producen en cada una de ellas. Se trata de apartar cualquier forma de castigo físico o emocional inapropiado y excesivo que puedan sufrir los niños por parte de padres biológicos o adoptivos, cuidadores, maestros, amigos, instituciones, etc., que afectan su desarrollo y su posterior autoestima; particularmente se busca extirpar de la sociedad el abuso sexual a los niños por parte de personas mayores a él y peor ocasionado por adultos.

4. En la erradicación del maltrato infantil, están también los temas de indecencia, obscenidad, seducción, exhibicionismo, pornografía, explotación, discrimen, bulling y similares que, por acción u omisión, se produzcan y atenten contra el bienestar de los menores, dañen su salud física y mental o los coloquen en situación de riesgo.
5. La capacidad de cada nación para reducir las desigualdades económicas y sociales; la erradicación de la pobreza y la promoción de soluciones para la deuda externa y la carga social de ella; buscando el desarrollo con proyectos en que participen todos.
6. La obligación de velar por la salud integral de la población y el acceso a los centros hospitalarios; la consecución de un medio ambiente sano, con medidas participativas de protección, preservación y regeneración de los recursos naturales; la seguridad alimentaria mediante procesos populares de producción y distribución;
7. Promover la igualdad de derechos del hombre y la mujer que si bien es parte de la Declaración Universal de los Derechos Humanos desde 1948 y antes lo fue de la carta Constitutiva de la Organización de Naciones Unidas en 1945, aunque formalmente ha sido aceptada en las Constituciones de los Estados miembros, aquello no es suficiente porque en la realidad se observa que en varios de esos mismos países, todavía las mujeres son víctimas de desigualdad y discriminación por el hecho de serlo, mediante disposiciones o prácticas de exclusión, menoscabo, limitación o restricción, en aspectos sociales, económicos, políticos, laborales, etc., lo cual se agrava con conceptos culturales y hasta religiosos, para no permitirles disfrutar de los mismos derechos que gozan los varones. Por ello, la misma ONU ha tenido convenciones que han abordado el tema ampliándolo o aclarándolo, principalmente el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 2005 que dicta medidas para hacer posible la proclama de Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1993.

Esta promoción de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, exige a su vez que los Estados miembros de la ONU, se comprometan, entre otros ajustes, a:

- a) Respetar, proteger y cumplir la proclamación de igualdad de derechos entre hombres y mujeres, facilitando y otor-

gando los medios adecuados y oportunos para que efectivamente se sienta la vigencia de esa equidad, lo que implica la derogatoria o abolición de todo tipo de disposiciones legales, prácticas administrativas, costumbres y usos sociales que consagren o impliquen discriminación a las mujeres.

- b) Implementar y supervisar la efectividad de programas educativos motivadores de concienciación para eliminar prejuicios, costumbres, prácticas, o conceptos estereotipados que empequeñezcan o menosprecien las capacidades de la mujer, reconociendo su derecho a participar en la vida social, cultural, deportiva, científica de su país en las mismas condiciones que los varones;
- c) Cumplir y hacer cumplir las normas, disposiciones, programas y decisiones que haya promovido, creando para el efecto mecanismos de controles adecuados y efectivos que premien o incentiven su cumplimiento, como formas de acelerar el desarrollo sostenible.
- d) Otorgar a las mujeres los mismos derechos que el varón a los servicios de salud pública física y mental; a los de seguridad social, sistema de prestaciones, pensiones y jubilación;
- e) Una cultura de paz no puede aceptar discriminación, ni diferencias de trato y oportunidades a las mujeres en razón de su sexo, agravadas en ocasiones por su edad u otras condiciones personales como raza, idioma, religión, estado civil; disminuyendo sus derechos para acceder libremente a entidades educativas, profesiones u oficios; que les impidan o dificulten trabajar y percibir remuneraciones, promociones y evaluaciones iguales a las de los varones; ser libres para escoger pareja y formar una familia, etc.; más aún, una cultura de paz debe estar dispuesta a otorgar temporalmente medidas a favor de la mujer para mitigar circunstancias adversas, hasta cuando la igualdad de derechos se cumpla verdaderamente.
- f) Revisar periódicamente la legislación, políticas y programas que en torno a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres haya implementado, con el propósito de mejorarlos o corregirlos.

8. Combatir la delincuencia organizada, el terrorismo, la corrupción, así como la producción, tráfico y el consumo de drogas ilícitas; el lavado de activos y el blanqueo de dinero.
9. Favorecer las medidas de tolerancia y solidaridad para los grupos sociales que se consideren vulnerables, o marginados como las poblaciones indígenas, los refugiados, desplazados o migrantes, procurando su integración.
10. Promover todo aquello que signifique mayor comprensión, tolerancia, solidaridad y cooperación entre todos los pueblos, naciones, etnias, utilizando medios adecuados y nuevas tecnologías de difusión y comunicación;
11. Apoyar la comunicación, la información, la libertad de prensa, usando sus medios, sistemas y tecnología, incluida la internet, para difundir los principios de la cultura de paz.
12. Promover el desarme de las naciones; no reconocer territorios adquiridos por la guerra. Promover la confianza, la negociación y el arreglo pacífico de los problemas entre los países.
13. Programas de educación para la democracia y lucha contra la corrupción; suscitando la cultura de la unidad y el bienestar público en base de honradez y confianza, de seriedad y transparencia; de justicia independiente y ágil; de fiscalización y controles eficaces y oportunos. Democracia participativa y responsable.
14. Programas de formación de líderes y expertos en analizar la cultura del conflicto para combatirla con ideas, valores y principios morales, con ideas concretas y viables, para solucionar las divergencias mediante el diálogo y los acuerdos entre los litigantes.

### **13.6 Lo alternativo como constitutivo**

La validez jurídica que se reconoce a los medios alternativos de solución de conflictos como expresión de la idea de “bien común”, frente a la insatisfacción causada por la justicia formal procesalista, no es sino un ejercicio que retoma antiguos mecanismos de autocomposición, en el caso de la mediación y de la conciliación, y de heterocomposición si hablamos del arbitraje, pero su aplicabilidad y puesta en práctica no es aún generalizada y su uso preferentemente para arreglar problemas

particulares es opcional, pues la decisión de acudir a esos medios, jurídicamente válidos y ágiles, sigue siendo una manifestación de voluntad privada y excepcional porque aún se los percibe como una alternativa a la que es posible y permitido recurrir.

Sin embargo, en la negociación social, así como en la comunitaria y en la escolar el asunto viene cobrando otra dimensión, porque los medios alternativos se presentan como formas optativas en las que la comunidad, o sociedad civil, tiene la ocasión de “ejercer su poder”, y demostrar que también tiene sus “fuerzas” ante los organismos que ejercen autoridad. De esta manera, lo alternativo como método, se convierte en constitutivo del grupo que interviene en la negociación social, porque es una estrategia indispensable sin la cual la comunidad, o sociedad civil, no puede llegar a ningún trato con la autoridad que representa el interés opuesto, porque no tendría la oportunidad de manifestar a plenitud su propio interés, sus auténticas aspiraciones, el grado de cohesión que haya logrado, su representatividad, su capacidad de decisión y su “peso” en la colectividad administrada.

Si para las negociaciones individuales o particulares es indispensable un equilibrio de poder entre los litigantes, para que actúen en planos respetuosos de igualdad; en las formas de negociación social ese equilibrio se expresa en la necesidad de que se reconozca la “coexistencia” de quienes discuten y que se admita la igualdad en la que lo hacen. El reconocimiento de los planos de igualdad es vital, porque de ello depende que la parte considerada débil, asuma “identidad”, esto es, personalidad propia; por eso, la negociación social no sólo es una estrategia, sino también un verdadero ejercicio de poder. Cuando éste ejercicio tiene la garantía de ser Constitucional, entonces su dinámica recoge la energía social que lo alimenta, consolidando jurídicamente el ingrediente esencial de impulso a la convivencia que caracteriza a la persona humana y su dignidad, con el estilo democrático que vigoriza la vida social como tendencia natural de la especie. Esta “identidad”, o auto conciencia de ser y sentirse a sí mismo que forja la singularidad y autoestima de los individuos, es también la que en ese proceso de consolidación otorga el valor social liberador que caracteriza, hace distinguible a un grupo y lo particulariza en medio de la diversidad; es lo que le otorga “personalidad” y, por lo mismo, es un componente que no puede separarse del todo porque es su elemento constitutivo. La sociedad civil que haya tomado conciencia de su identidad, se liberará de las ataduras representativas a las que se encontraba sometida y será capaz de sacudirse de la hegemonía de quienes le han venido interpre-

tando y será competente para hacer oír su propia voz y hacer respetar aquellos derechos que verdaderamente siente y los requiere.

Los grupos sociales que descubren su identidad y se liberan, de manera similar a lo que ocurre con la autoconciencia de las personas, tienen la responsabilidad de ser creadores, de involucrarse con los otros grupos y compartir la realidad del presente para promover el desarrollo integral de la sociedad, diseñando y estructurando planes, programas y soluciones para un futuro mejor. En esta línea de responsabilidad, están en la obligación de dialogar, de hacer compromisos, de actuar con solidaridad, con solvencia, con fidelidad a sus características y con respeto a las peculiaridades de los demás. Esta creatividad honesta, significa un insertarse en el destino de toda la colectividad y, para ello, el grupo tiene que fomentar y acrecentar sus espacios, preocuparse de su poder de convocatoria y de su credibilidad. Con la irrupción así lograda en el qué hacer colectivo, el grupo humano, o sociedad civil que lo haya conseguido, debe mantenerse involucrada en la dinámica social con equilibrio, con prudencia, con una perspectiva humanista, sin atrincherarse en lo logrado, sin acorrallar a los otros grupos; permaneciendo fiel a las responsabilidades, alianzas y tratos que haya hecho; sintiendo el proceso social con dimensiones éticas, con valores humanos.

Considerado así este descubrimiento liberador de “identidad” colectiva que toma conciencia de la responsabilidad histórica que corresponde a cada grupo de la sociedad civil, el concepto de desarrollo social se aparta de la simple noción de crecimiento económico susceptible de medición en índices de renta per cápita, o de niveles de bienestar en relación con la riqueza o pobreza, para convertirse en una concepción y actividad cultural, mental y física, de solidaridad y de reciprocidad que se sacude del egoísmo para crear condiciones integrales de existencia cada vez más dignas, tanto en las relaciones personales con el prójimo como en aquellas que se tienen con la naturaleza. Tarea enorme, fundamentalmente crítica y, como tal, hermosamente humana, bellamente ennoblecedora del individuo y de la especie, a la cual este libro, que termina aquí, aspira ser una convocatoria.



## Referencias

- Acland, A. F. (1993). *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*. Barcelona: Paidós.
- Badell Madrid, R. (2000). La concesión administrativa. *Boletín de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 67. (Caracas, Venezuela)
- Billikopf, G. (2005). *Mediación interpersonal. empoderamiento del individuo*.
- Caivano, R. J. (2000). *Arbitraje: su eficacia como sistema alternativo de resolución de conflictos*. Ad-Hoc.
- Castillo, J. (1968). *Introducción a la sociología*. Madrid: Guadarrama.
- Castillo Falcon-Caro, M. (2016). *La escuela integradora: Para el ejercicio personal y profesional de la mediación*. España: Athenaica.
- Colosi, T., y Berkeley, A. E. (1991). *Negociación colectiva: el arte de conciliar intereses*. México: Limusa.
- Covey, S. (1999). *Los siete hábitos de la gente altamente productiva*. Paidós Ibérica.
- Dahrendorf, R. (1970). *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad*. Madrid: Rialp.
- Davis, W. (s.f.). *Resolución alternativa de disputas (rad) y el estado de derecho*. (Conferencia)
- De Bono, E. (1992). *Seis pares de zapatos para la acción*. Barcelona: Paidós.
- De Bono, E. (1993). *El pensamiento lateral*. Barcelona: Paidós.
- De Bono, E. (1995). *La revolución positiva*. Barcelona: Paidós.
- De Bono, E., y Diéguez, R. D. (1988). Seis sombreros para pensar. *Granica*.
- Einstein, A. (1995). *Sobre el humanismo*. Paidós. Barcelona.
- Fanos, F. (1966). *Sociología de una revolución*. México: ERA.
- Faure, E. (1973). *Aprender a ser*. Madrid: UNESCO.
- Femenia, N. (s.f.). *Temas Éticos en la mediación*. (Conferencia)
- Fern, G. (2003). *El arte de negociar con Éxito*. Bogotá: Intermedio Editores.

- Fisher, R., Ury, W., y Patton, B. (2018). *¡ sí, de acuerdo!: cómo negociar sin ceder*. VERGARA.
- Folberg, J., y Tailor, A. (1992). *Mediación: Resolución de conflictos sin litigio*. México.
- Folger, J. P. (1996). *Promesa de mediación, la*. Ediciones Granica SA.
- Fraga-Pittaluga, L. (2000). *El arbitraje en el derecho administrativo*. Caracas: Editorial Torino.
- Fromm, E. (1964). *Psicoanálisis de la sociedad contemporánea: hacia una sociedad sana*. Fondo de cultura económica.
- Fromm, E. (1971). *Humanismo socialista*. Paidós.
- Fromm, E., Funk, R., y Herrero, E. F. (1996). *Espíritu y sociedad: Obra póstuma* (Vol. VI). Paidós Ibérica.
- Gozaini, O. (1995). *Formas alternativas para la resolución de conflictos*. Buenos Aires: De Palma.
- Habermas, J. (2000). *Ética del discurso*. Madrid: Ed. Trotta.
- Hall, C., y Lindzaey, G. (1974). *La teoría existencialista de la personalidad*. Buenos Aires: Paidós.
- Highton, E., y Alvarez, G. (1995). *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ad Hoc.
- Ihering, R. v. (s.f.). *El fin en el derecho*. Buenos Aires: Heliasta.
- Kirchheimer, O. (1968). *Justicia política*. México: Uteha.
- Llanos, S. E. (1999, November). *Conferencias en el seminario taller sobre la aplicación de la metodología en la enseñanza de los medios alternativos*. (Quito)
- Lopera Rodriguez, J. (2013). *El lado humano del conflicto*. Bogotá: Edit. Intermedio.
- Marcuse, H. (1969). *El hombre unidimensional*. México: J. Mortiz.
- Munuera Gomez, P. (s.f.). *El modelo circular narrativo de sara cobb y sus técnicas*. Universidad Complutense de Madrid.
- Ordoñez Espinosa, H. (1999). *Hacia la democracia participativa*. Quito: Fondo de Cultura Ecuatoriana.
- Peña Gonzales, C. (1997). Notas sobre la justificación del uso de sistemas alternativos. En *Resolución alternativa de con-*

- flictos*. Quito: CLD- USAID.
- Recasens Siches, L. (s.f.). *Sociología*. México: Uteha.
- Rehbinder, M. (1981). *Sociología del derecho*. Madrid: Pirámide.
- Sanchez, H. (1997). Solución alternativa de conflictos: La mediación. En *Resolución alternativa de conflictos*. Quito: CLD.USAID.
- Solans Latre, M. n. (1995). *Concertación social y otras formas de neo corporativismo en españa y en la comunidad europea*. Madrid: Edit. Tecnos.
- Teran T., O. (1997). El método harvard de negociación por principios. En *Resolución alternativa de conflictos*. Quito: CLD.USAID.
- Uprimi Yopez, R. y. c. (1996). *Memorias del taller sobre mecanismos alternativos para la resolución de conflictos*. San José: IIDH.
- Ury, W. (1996). *Supere el no*. Norma.



Otros títulos de la colección Ciencias Sociales y  
Humanidades



*Violencia Intrafamiliar. Beneficios de un Proyecto Social*

Vanessa Quito Calle, Mónica Tamayo Piedra y Olga Neira Cárdenas

*Pensamiento Argumentativo. Programa de Desarrollo*

Enrique Pozo Cabrera

*Hitos de la Constitución ecuatoriana*

Colectivo de autores

*Terapia de Pareja. Del enamoramiento a la Psicoterapia*

Juan Pablo Mazón, Claudia Fuentes, Lesly Morales, Erika Peña y Omar Peralta

*Derecho Sucesorio*

Ana Fabiola Zamora Vázquez y Diego Adrian Ormaza Ávila

*El Perfeccionamiento de los Contratos*

Fernando Moreno Morejón

*Actualidades en Investigación en Ciencias Sociales, Económicas y Administrativas*

Yonimiler Castillo Ortega (Compilador)

Otros títulos de la colección Salud y Bienestar



***Correlación entre la Medicina de Laboratorio y las Ciencias Básicas y Clínicas***

Julio César Sempértegui Vega, Sandra Patricia Ochoa Zamora, Poeth Estefania Sempértegui Alvarado y Mateo Esteban Zea Cabrera

***Patología Estructural Básica***

Yolanda Vanegas Cobeña, Nancy Vanegas Cobeña y Leonardo Morales Vanegas

***Esquizofrenia. El enigma continua***

Douglas Calvo de la Paz

***Medicina Ancestral***

Julio César Morquecho Salto

Otros títulos de la colección Ciencias, Ingenierías y Medio Ambiente



*Análisis de Funciones Especiales*

Carlos Fernando Méndez Martínez

*Topografía aplicada a las Ciencias Agrícolas*

Carlos Eloy Balmaseda Espinosa

*Bioestadística*

Froilán Segundo Méndez Vélez, Milton Bolívar Romo Toledo y Gabriela Alejandra Ortega Castro

*Desafiando a la Ciudad Letrada. Formas antagonistas de urbanismo en América Latina*

Antonio di Campli

Este libro se terminó de imprimir en los talleres de Imprenta de la Editorial Universitaria Católica de Cuenca (EDÚNICA), el 25 de noviembre de 2019, con un tiraje de 200 ejemplares, previa revisión, aceptación y aprobación del Vicerrectorado de Investigación, Posgrados, Vinculación con la Sociedad y Publicaciones de la Universidad Católica de Cuenca.

Cuenca - Ecuador

