

CUEMYC

REFLEXIONES MEDIADORAS EN LA POST PANDEMIA

Francisca Fariña
Javier Wilhelm
María Munné
(Coords.)

REFLEXIONES MEDIADORAS EN LA POST PANDEMIA

Francisca Fariña
Javier Wilhelm
María Munné

Serie de Publicaciones CUEMYC Nº 2

Cátedra UNESCO:
*Educación transformadora:
ciencia, comunicación y sociedad*

Universida deVigo



Este libro se ha editado con los fondos del Contrato programa del Grupo PS1 de la Universidad de Vigo

Título: REFLEXIONES MEDIADORAS EN LA POST PANDEMIA. Serie de Publicaciones CUEMYC Nº 2

Francisca Fariña, Javier Wilhelm, María Munné

Edita: Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC).

Imprime: Tórculo Comunicación Gráfica, S.A.

ISBN: 978-84-125553-9-4

Dep. Legal: C 1453-2022

Pontevedra, 2022

ÍNDICE

PRÓLOGO	
<i>Leticia García Villaluenga y Eduardo Vázquez de Castro</i>	7
LA PSICOLOGÍA EN LA FORMACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA MEDIACIÓN	
<i>Javier Wilhelm Wainsztein</i>	11
EL SELF AWARENESS EN LA FORMACIÓN DE LA PERSONA MEDIADORA	
<i>Montserrat Ordóñez Echeverri e Inmaculada Armadans Tremolosa</i>	24
LA EFICACIA DE LA ESTRATEGIA DE MEDIACIÓN “RECONOCIMIENTO EMOCIONAL	
<i>Manuel Rosales, Misael Ruiz y Juan Antonio Rodríguez</i>	34
LA CAPACIDAD DE MENTALIZACIÓN PARA LA PRÁCTICA MEDIADORA	
<i>Maria Munné</i>	44
LA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN Y EL IMPACTO EN LA FORMACIÓN JURÍDICA	
<i>Tássio Túlio Braz Bezerra</i>	61
DURANTE EL CONFINAMIENTO, PERCEPCIÓN DEL CONFLICTO EN PROCESOS DE SEPARACIÓN/DIVORCIO DE LA ABOGACÍA MEXICANA	
<i>Francisca Fariña, Olga Galicia, Mila Arch y Dolores Seijo</i>	70
SITUACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA A DOS DÉCADAS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE	
<i>Isabel Ximena González Ramírez</i>	81
LA GESTIÓN DEL CONFLICTO EN EL AULA: HABILIDADES EMOCIONALES PARA EL AFRONTAMIENTO	
<i>Pedro Bonilla, Inmaculada Armadans y M^a Teresa Anguera</i>	106
DIFERENCIAS DE GÉNERO EN MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y ACOSO ESCOLAR	
<i>Verónica Marcos, Álvaro Montes, Mercedes Novo, y Ramón Arce</i>	115
MEDIACIÓN PENITENCIARIA: ESTADO ACTUAL EN ESPAÑA	
<i>Jorge Parreño De Lamo y Carmen María Gómez Navarro</i>	124
LA VOZ DE LA FAMILIA: HERRAMIENTA PARA EL CAMBIO DE NARRATIVAS	
<i>Gloria Calderón Duque; Nuria Calvo Boizas; M^a Dolores Hernández Gutiérrez y Encarnación Leal Pérez</i>	140
LA MEDIACIÓN Y LA NEGOCIACIÓN, DOS HERRAMIENTAS IMPRESCINDIBLES PARA LAS ORGANIZACIONES	
<i>Gemma Vall Carbonell</i>	146

LA MEDIACIÓN CONCURSAL COMO HERRAMIENTA PARA EVITAR CONCURSOS DE ACREEDORES TRAS EL COVID-19 <i>Karen Barriga Villavicencio</i>	152
DERECHO PRECONCURSAL EN LA REFORMA DE 2021: EL EXPERTO EN REESTRUCTURACION Y EL MEDIADOR CONCURSAL <i>Francisco de Asís González Campo y José Luis Argudo Périz</i>	159
LA MEDIACIÓN COMO POLITICA PUBLICA PARA LA COHESIÓN SOCIAL EN MEXICO <i>Julio Cabrera Dircio</i>	175
COVID-19, INNOVACIÓN Y TECNOLOGÍA EN LA E-JUSTICIA ALTERNATIVA: ¿ALGO HEMOS APRENDIDO? <i>Marta Gonzalo Quiroga</i>	184

PRÓLOGO

Leticia García Villaluenga* y Eduardo Vázquez de Castro**

**Universidad Complutense de Madrid*

***Universidad de Cantabria*

El libro que nos encargamos de presentar es una muestra de la riqueza que ofrece la multidisciplinariedad en materia de medios adecuados de solución de controversias (en adelante MASC). Si se ojean los capítulos de esta obra “Reflexiones mediadoras en la postpandemia”, se pueden apreciar las diferentes líneas de tratamiento que en el abordaje colaborativo de los conflictos se están desarrollando actualmente, así como las tendencias que ya se vislumbran en un campo de tanta innovación social. Así, desde el ámbito de la psicología, del derecho, de la economía, de la antropología, de la sociología, de la pedagogía, del trabajo social, de la educación, etc., se realizan interesantísimas aportaciones que ponen de relieve el carácter complejo y transversal de la temática objeto de análisis.

Son muchos los trabajos científicos o de investigación que hemos tenido ocasión de acometer a lo largo de nuestros años de dedicación al estudio de las fórmulas de solución extrajudicial de disputas, ahora más conocidas como MASC, si seguimos la nomenclatura del Proyecto de Ley español de Medidas de Eficiencia Procesal, que tanto se hace de rogar. Resulta curioso que lo que siempre se ha presentado como una muestra de calidad, o como una señal de mérito científico, no siempre se valore en su justa medida. En este sentido, no se encontrará a ningún académico o profesional negando las bondades de los trabajos multidisciplinarios. En general, la realidad de las ciencias sociales es poliédrica y su análisis no puede reducirse a un estudio aislado, desde una única perspectiva. No caben los compartimentos estancos en la investigación de las ciencias sociales. Si se pretende un avance en un objeto de estudio como el conflicto y sus métodos de solución, debe tenerse en cuenta la evolución que va produciéndose desde cada disciplina que se encarga de abordarla.

Lo hasta ahora expuesto es una verdad que se viene admitiendo y proclamando desde hace tiempo en diversos campos del conocimiento, también en la mayoría de las ciencias experimentales. Sin embargo, hay que ser conscientes de que en nuestro actual sistema académico hay una rígida división o clasificación de disciplinas clásicas bien consolidadas que no admiten demasiada contaminación de nuevas tendencias. A la hora de valorar la calidad de algunos de los trabajos o publicaciones, muchas veces, se tiene más en cuenta la “ortodoxia” al utilizar los cánones clásicos de cada disciplina en el método o análisis de la cuestión abordada, que el haber realizado aportaciones novedosas compartiendo planteamientos con colegas de otras disciplinas o con la experiencia práctica de profesionales del sector.

En este sentido, resulta paradójico que, de un lado, se alabe la multidisciplinariedad y, de otro lado, se penalicen o minusvaloren trabajos que participan de manera ecléctica de diversos procedimientos o fórmulas de estudio del conflicto. Sin duda, el problema viene determinado por la ausencia, aún, de una doctrina sólida que se pronuncie clara y contundentemente sobre la calidad y valía de estos trabajos multidisciplinarios y el avance que suponen sobre la materia de la que se ocupan. La constante celebración de congresos científicos internacionales, abiertos al debate y a la discusión que se vienen promoviendo desde la Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC), desde 2012, pretenden que se pueda cimentar una masa crítica de expertos que sienten los pilares sobre los que se establezcan unos parámetros incuestionables de calidad sobre la investigación, la formación y la transferencia en materia de los MASC. Las publicaciones derivadas de los congresos sirven, además, como un consistente andamiaje teórico y práctico para seguir construyendo lo que podría llegar a ser una disciplina con entidad propia, características distintivas y tipicidad específica.

Como venimos afirmando, *el estudio de la mediación y el conflicto requiere de un planteamiento multidisciplinar que, sin duda, se enriquece en lo interdisciplinar*, ya que en la interrelación y en el diálogo que surge entre las ciencias que nutren estas materias encontramos una de las fuentes más importantes de su fortaleza... Una bella frase tiene el camino abierto a la posteridad, se repite como un bello dogma y no se cuestiona. Sin embargo, debemos mostrar nuestro desengaño y lo complicado que es llevar esta frase a la práctica en los nuevos planes de estudio o en los estudios de postgrado universitario. Planes de estudio de grado, según el Plan Bolonia, que estaba pensando en estudios básicos y convalidables en todo el Espacio Europeo de Educación Superior (EEES), para luego ser complementados a través de postgrados especializados (siguiendo el modelo anglosajón o estadounidense). La realidad es que, en las actuales titulaciones de grado resulta muy complicado introducir asignaturas nuevas que no vengan adscritas a una única disciplina. Además, la duración cuatrimestral de las asignaturas dificulta la posibilidad de profundizar suficientemente desde una perspectiva multidisciplinar. Por este motivo, y contextualizando en la materia objeto de reflexión, parece que el postgrado está llamado a ofrecer la formación completa y especializada que se requiere para contar con personal cualificado en la solución extrajudicial de controversias. Ésta es la línea que llevamos siguiendo, mayoritariamente, desde CUEMYC.

Además, las posibilidades y ventajas que ofrece un postgrado van más allá de poder combinar muchas disciplinas para la formación de profesionales de la solución de conflictos. Hay que ser conscientes de la necesidad de que una formación habilitante para el ejercicio de una profesión esté en contacto con la práctica. En este sentido, buena parte de las aportaciones en la enseñanza de los MASC, se va a explicar a través de la propia experiencia del profesorado práctico, tamizándola con la razón y en función de los resultados que se han ido obteniendo a lo largo de la trayectoria profesional. En suma, en la formación de calidad que se trata de realizar desde las universidades siempre

se ofrece una orientación Kantiana, en el sentido argumentado de que en nuestro conocimiento no todo proviene de la experiencia, pero tampoco ésta debe ser desdeñada (Kant,2017).

Últimamente, en España, los MASC vuelven a ser protagonistas al encontrarnos con una reciente legislación universitaria que nos afecta muy de cerca (Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria). Pensábamos que la novedad postpandemia en mediación iba a venir de la mano de la iniciativa legislativa de medidas de eficiencia procesal, pero aún habrá que esperar. En todo caso, también debe celebrarse que se haya pensado en la mediación y los MASC para prevenir y solucionar los conflictos que puedan surgir en la comunidad universitaria.

No podemos dejar pasar la ocasión de pronunciarnos muy brevemente sobre esta novedad, aunque ya lo hayamos hecho recientemente García Villaluenga y Vázquez de Castro (2022) en el artículo *Mediación en las Universidades: Una gran apuesta por la convivencia*. Nos tomamos la licencia por el interés de cualquier universitario ante las dudas e incertidumbre que suscita la nueva regulación que, al establecer las bases de la convivencia en el ámbito universitario, fomentan “la utilización preferente de modalidades alternativas de resolución de aquellos conflictos que pudieran alterarla, o que impidan el normal desarrollo de las funciones esenciales de docencia, investigación y transferencia del conocimiento” (art. 1).

La preferencia en el uso de estas modalidades alternativas, que predica tanto el Preámbulo, como el primer artículo de la Ley, es motivo de satisfacción. Si bien, parece que la escasa atención de la propia Ley (art. 5) dispensa a la regulación de estas modalidades, provoca una cierta contención de la inicial satisfacción. Ciertamente, dedicar todo un título de la ley a dos escasos artículos en los que se pasa por encima de los denominados “medios alternativos de solución de los conflictos de convivencia”, no denota gran entusiasmo del legislador. En todo caso, el desarrollo normativo se desplaza a la regulación autonómica y a las propias universidades. Al menos, en este artículo 5 se deja claro que estos desarrollos de las normas de convivencia deberán contar con “medios alternativos de solución de los conflictos de la convivencia basados en la mediación, para ser aplicados antes y durante el procedimiento disciplinario.” Ahora, la pelota está sobre el tejado de las propias universidades que, en uso de su autonomía, pueden dotarse como organización de sus propias reglas de convivencia, inspiradas en las apuntadas por la Ley (arts. 3 y 4). Además, para prevenir el incumplimiento de estas normas de convivencia se deberán establecer los protocolos correspondientes, realizar diagnóstico de riesgos, establecer cauces para que pueda informarse sobre posibles infracciones e incumplimientos y ofrecer servicios de mediación o medios alternativos de solución de conflictos.

La CUEMYC, al igual que elaboró en su día una guía sobre competencias para la formación en mediación (Rosales del Álamo y García Villaluenga, 2020) ha asumido el compromiso de trabajar en los retos que plantea la nueva Ley para facilitar a las Universidades, a las Administraciones y a la sociedad, los estudios y materiales necesarios para facilitar su aplicación con idoneidad. Así, se elaborarán documentos con propuestas de modelos

de implantación de estos sistemas que permitan dar respuestas eficientes ante cualquier tipo de conflicto que se presente en la organización. En este sentido, podría considerarse que tanto por la materia objeto de dedicación (conflicto), como por el ámbito en el que se debe aplicar (la universidad), resulta un deber adquirido, el tratar de contribuir o colaborar con la mejor fórmula de implantación de la mediación y otros medios alternativos versus adecuados de solución de controversias en nuestros lugares de encuentro y convivencia, en nuestras universidades.

Como puede observarse, la solución de conflicto es una materia que ofrece constantes retos y multitud de ámbitos de aplicación. Por este motivo, finalizamos como comenzamos, haciendo un llamamiento a colegas de cualquier disciplina que pretendan adentrarse en el estudio del conflicto y sus diversos métodos de solución, para que contribuyan y colaboren en la consolidación de una materia que se nutre con sus trabajos rigurosos y honestos. El libro que ahora se presenta es una buena muestra de este empeño y queremos alentar para continuar el camino. Un camino, el de CUEMYC, que empezó hace diez años. Un camino que está abierto para el que quiera caminar con nosotros. Hay que empezar por donde se pueda. El caso es empezar. Y seguir...

Referencias

- García-Villaluenga, L. y Vázquez de Castro, E. (2022). Mediación en las Universidades: Una gran apuesta por la convivencia. Anuario de Mediación y Solución de Conflictos, 9.
- Kant, I. (2017). *Crítica de la razón pura*. Madrid, España: Tecnos (Orig. 1781).
- Ley 3/2022, de 24 de febrero, de convivencia universitaria (2022). *Boletín Oficial del Estado*, 48, 22379-a 22396. <https://www.boe.es/eli/es/l/2022/02/24/3>
- Rosales del Álamo, M. y García Villaluenga, L. (2020). *Las competencias para la formación de la persona mediadora*. Santiago de Compostela, España: Andavira. <https://cuemyc.org/wp-content/uploads/2020/06/Las-competencias-para-la-formacio%CC%81n-de-la-persona-mediadora.pdf>

LA PSICOLOGÍA EN LA FORMACIÓN DE LOS PROFESIONALES DE LA MEDIACIÓN

Javier Wilhelm Wainsztein
Universidad Pompeu Fabra, España

Introducción

Muchas personas y colectivos han manifestado públicamente que la mediación es una práctica jurídica; en este artículo presentamos una serie de ideas que nos permiten manifestar que la tarea de la mediación implica una intervención diferente a el “hacer justicia” ya que, creemos que el actuar profesionalmente en disputas entre personas enredadas en un conflicto, hace que se deba considerar a la mediación como una intervención psicosocial, que involucra una serie de herramientas fundamentales de la psicología, que le dan un sentido profundo y ético al posicionamiento subjetivo de los y las profesionales que se quieren dedicar a este campo.

Se explicitan los contenidos fundamentales del ámbito de la psicología para el ejercicio adecuado de la mediación; así como los elementos intrapersonales que los mismos profesionales de la mediación deben conocer, entrenar y estudiar; así como el hecho de supervisar y trabajarse como el instrumento de trabajo esencial en la tarea mediadora para promover una relación empática que permita un encuadre facilitador de un procedimiento mediador.

“La educación no es llenar el cubo, sino encender el fuego.”
William Butler Yeats (poeta irlandés)

Formarse como un profesional de la mediación no implica sólo conocer y entender una serie de conocimientos teóricos y técnicos; contempla conocer, reflexionar y trabajar al objeto de trabajo (el conflicto humano) a partir del entendimiento del propio instrumento de intervención: la persona mediadora.

Teniendo en cuenta que hay un número de ingredientes, que exceden a la voluntad racional en el operar de la persona mediadora pero que, determinan quienes somos, cómo actuamos, escuchamos y nos relacionamos con los demás, deviene fundamental un trabajo introspectivo que minimice el riesgo de sesgos cognitivos en la interpretación de la escucha, actos inconscientes que desvirtúan lo que la otra persona dice y, la imposición de la “escucha comprensiva” con un sentido que interpreta y significa al otro y a su problema, desde nuestro universo personal.

Al tratarse de una profesión de formación de posgrado, la nueva formación implicará diferenciar los objetivos, el sentido y sobre todo el papel del profesional de la mediación de la formación previa que, desde la zona de confort que da la experiencia, ha de promover un desaprendizaje de lo

conocido para incorporar una nueva profesión, que al coincidir en diversas ocasiones con el objeto de trabajo (conflicto interpersonal) puede confundir el objetivo operativo sobre el mismo. Las personas que acceden a la formación en mediación tienen un recorrido profesional previo en otra disciplina, con lo que la situación se vuelve más compleja; puesto que no se trata de “más de lo mismo” sino de pensar, con una lógica distinta un tipo de intervención profesional diferente.

El alumnado de mediación debe prepararse para operar en un conflicto interpersonal, aunque el nivel sobre el que se opera es diferente, la metodología y los objetivos y procedimientos mediadores no coincidirán con la profesión de origen.

Los conocimientos académicos perderán sentido si la persona mediadora no está preparada psicológicamente para intervenir como tercero imparcial en conflictos emocionales, con riesgo de confundir e identificarse con el conflicto en el que operará.

En mediación se trabaja con personas que están, muchas veces, atravesando una situación en la que el nivel emocional de la misma les rebosa y les impide pensar y tomar decisiones. El profesional de la mediación opera con herramientas, competencias y técnicas específicas y diferenciadas, pero también con una actitud mediadora que debe trabajarse internamente para reforzar el posicionamiento subjetivo en el rol de tercero imparcial y equidistante.

Cuando el profesional es el mismo instrumento de intervención debe tener un trabajo de reflexión sobre sí mismo y las situaciones de conflicto, debe conocer sus resortes internos que le dejen trabajar, haberse trabajado sus sesgos, actitudes y estereotipos que, actuando inconscientemente, se hacen presentes en las relaciones diarias con los usuarios de mediación. Entender cómo estos sesgos influyen en los vínculos de confianza interpersonal que debe establecer para que en la relación con los medios ocurra algo que promueva un cambio efectivo.

Sin confianza y seguridad no se va a conseguir la relación empática necesaria para desempeñar el papel que promueve la mediación.

Fue el psicólogo humanista Carl Rogers, quien, en 1957, con su enfoque centrado en la persona, describió las condiciones para que esta relación funcione, promoviendo y facilitando la confianza y seguridad entre el usuario y el profesional necesarias para que en ese vínculo transferencial ocurra algo que devenga en un tipo de comunicación y apertura que facilite la reflexión y el cambio en el otro. Rogers hablaba del desarrollo de la empatía en cuatro ejes:

La consistencia del profesional, como la aptitud de saber de lo que se está hablando y con el instrumento en el que se está operando; aquí la calidad en la formación tendrá un peso fundamental.

La coherencia entre lo que el profesional dice y hace es básica para ser creíble, tanto desde el lenguaje verbal como del no verbal y en cada uno de sus actos con los mediados

La autenticidad o congruencia en el ser para con el otro desde el actuar son máscaras, y relacionarse sin imposturas, mostrándose desde lo que uno es.

La aceptación incondicional, aceptando a los mediados como son, con sus contradicciones y sus creencias, sus valores y su forma de ser en el mundo; trabajando con las personas respetando su singularidad, aunque no coincidamos, desde el respeto; hacia lo que dice, cuándo y cómo, sus ritmos en el proceso de cambio y el permiso a expresarse como quiera en un *setting* de confianza, seguridad y confidencialidad.

Rogers se preguntaba: *¿Cómo puedo ayudar a cambiar a esta persona?*, aunque luego reformularía la pregunta de esta forma: *¿Cómo puedo proporcionar una relación que esta persona pueda usar para su propio crecimiento personal?* (Bermejo, 1998)

Nos propone un cambio de visión estratégica en nuestro actuar como profesionales que intervendremos en una disputa y/o en un vínculo interpersonal empoderando a los mediados, desde una ética que Michelle Guillaume-Hofnung (2005) nombra cuando propone a la mediación como un como un proceso de comunicación ético que se basa en la responsabilización y en la autonomía de las partes, con la intervención de una persona mediadora que favorecerá el establecimiento y el restablecimiento de los lazos sociales, la prevención o la gestión de la situación que lo causa

El aprendizaje de la mediación implica también un meta aprendizaje de la persona mediadora y el desarrollo de una serie de aptitudes y actitudes ante el conflicto interpersonal que debe trabajarse y acompañarse en la propia formación.

Las ideas de Rogers han servido para desarrollar diversas líneas de actuación en el marco de lo que se ha llamado “desarrollo humano”, tiene punto de anclaje la tarea de trabajar en la superación de la persona. En estos programas se trabajan aspectos como el “autoconcepto”, “la autorrealización”, “la formación de valores”, etc. No puede dudarse que estos constructos y estos temas han fortalecido el discurso educativo y han sentado los fundamentos de esta teoría (llamada también “educación centrada en el estudiante” o “educación no directiva”) y los fines que persigue, van más allá de los conceptos tradicionales que se movían en el área de la educación cuyo acento estaba centrado en el conductismo (Torres, 2018, p. 218).

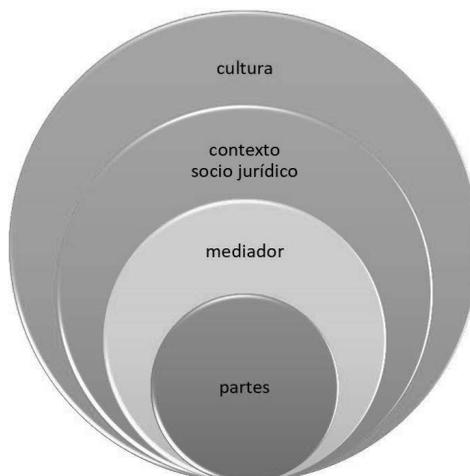
Enrique Pichón-Rivière, psiquiatra y psicoanalista suizo, desarrolla una serie de conceptos en los que se refiere a la formación en la psicoterapia relacional, y nos da algunas pistas sobre la dificultad especial que implica trabajar con personas en situación de conflicto (Lema, 1991). Para este autor, el sujeto se constituye como tal a lo largo de su proceso de interacciones tanto con su mundo interno como externo, así como a partir del enlace como relación y el grupo como red. De esta forma el aprendiz de mediador debe tener conciencia de cómo su “mundo interno” opera, facilita o perjudica su trabajo con otros en situación de conflicto abierto, como es el caso de la mediación, lo que implica que los profesionales de la mediación reflexionen y conozcan cómo sus propias experiencias de grupo, comenzando por su propia familia, los determinan en el operar con otros.

Para Pichón-Rivière (1985) y Pampliega de Quiroga (1985) los conceptos teóricos son conceptos instrumentales para aprehender la realidad e incidir sobre ella. Es un concepto similar al que posteriormente planteará Michel Foucault (1976) en relación con la teoría como “caja de herramientas” necesarias para el ejercicio del rol desde un sentido ético y profesional, ya que las personas confiarán en el profesional y en el sistema, de manera tal que la respuesta debe ser confiable y eficaz (Moraña, 2012). Es en este sentido que creemos que los elementos de la psicología ayudan al desarrollo de competencias transversales en la formación del rol profesional de los mediadores, tanto desde la formación como desde la supervisión de estas.

Pero el elemento que nos dará un sentido al desarrollo de competencias es el ECRO (Esquema conceptual referencial y operativo), o “la máquina de pensar”, que este autor desarrolla. El autor define al ECRO como un “conjunto organizado de conceptos generales, teóricos, referidos a un sector de la realidad, a un determinado universo de discurso, que permiten una aproximación instrumental al objeto particular (concreto)” (Lema, 1991).

Los profesionales de la mediación podemos afirmar que, en su formación, van “deseando” adquirir la técnica para poder operar en la difícil situación de conflicto interpersonal, cuando la clave creemos que está en la estrategia y el posicionamiento como profesional imparcial, sin interés en el resultado de la mediación, que es propio de las partes implicadas en el conflicto. El psicoanálisis le permite a Pichón-Rivière pensar la eficacia de las identificaciones vinculares inconscientes en la constitución del esquema referencial subjetivo, que opera como este “conjunto de experiencias, conocimientos y afectos con los que el individuo piensa y hace” y que le permite operar en el mundo, así como le posibilita una comprensión terminada de las vicisitudes subjetivas en los procesos de cambio (Checa, 1995).

Las ciencias sociales, como se observa en la Figura 1, aportan esta concepción macro que nos permiten pensar al sujeto (partes y profesionales en mediación) situado en una relación instituido – instituyente dentro de una estructura social y cultural (dentro de un marco jurídico) a la que pertenece.

Figura 1. Dimensiones que operan en la mediación

Fuente: Elaboración propia.

La epistemología de Gastón Bachelard (1993) introduce una reflexión respecto a los obstáculos epistemológicos que impiden el entendimiento de una teorización. “Si bien es posible encontrar obstáculos externos debidos a la misma complejidad de los fenómenos, a su fugacidad o inaccesibilidad, Bachelard se centra en los obstáculos internos y señala que “es en el acto mismo de conocer, íntimamente, donde aparecen, por una especie de necesidad funcional, los entorpecimientos y las confusiones” (Bachelard, 1993, p. 15). El autor se sitúa en una perspectiva centrada en los procesos del sujeto en el acto de conocer, con el objetivo de contribuir a lo que él denomina el psicoanálisis del conocimiento objetivo. Sin embargo, no hay que olvidar que, aunque son obstáculos que se dan internamente, son influidos y condicionados por complejos elementos externos.”

Se refiere a *obstáculos al conocimiento* a aquellos que enfrentan los individuos en el proceso del conocimiento, y se deberá reflexionar sobre la forma en que aparecen y, pondremos énfasis en la identificación de estos para propiciar el pensamiento crítico que permita en conocer, el aprender, el explicar lo adquirido, como método de intervenir con más calidad y eficacia en la sociedad (Pérez-Mora, 2022, p. 2).

Lo vemos en la dificultad para entender teóricamente un concepto o un procedimiento técnico; pero el concepto original de Pichón-Rivière (1995) es al que él se refiere como “Obstáculo Espitemofílico”, como una serie de impedimentos al aprender, vinculados al miedo y la ansiedad que todo conocimiento nuevo moviliza y despierta. Esto se relaciona con la idea de aprender a aprender y aprender a pensar y permite pensar los dilemas en problemas, es decir, una vía para superar los obstáculos epistemológicos (Barón, 2005). Creemos fundamental reflexionar sobre este concepto, ya que en la formación de los mediadores es necesario romper sesgos, prejuicios y

preconcepciones sobre lo que significa ayudar a “resolver conflictos”, y que la persona mediadora debe trabajarse internamente para poder operar mejor en los encuentros con los conflictos de los demás.

El paradigma de la mediación como una forma alternativa a lo judicial para resolver conflictos, nos ayuda a entender el dejar de lado la resolución por medio de la fuerza o el poder, la resolución por medio de “lo que es o debería ser justo”, que cada persona trae a la mesa de mediación, para así entrar en una dinámica diferente, en la que el sentido de “lo justo” no sea lo importante.

Como profesionales debemos ayudar a pasar del “sentido -o sentimiento- de justicia” a la negociación por necesidades, preocupaciones o intereses; de los hechos “objetivos” que han pasado a como éstos han repercutido en los protagonistas, y escuchar desde cómo estos hechos han determinado el actuar de las partes significando sus actos. Un profesional mediador escucha lo que la parte significa, le da sentido particular a lo que le ha pasado, más que comprobar los hechos objetivos. Esto se hace posible si los profesionales entienden el valor de la significación inconsciente, del significante lacaniano y cómo éste opera en el terreno de la comunicación que se presentifica en una mesa de mediación. Es en este sentido que en mediación no se trabaja con criterios de “verdad” o de “justicia”, sino con la significación que los involucrados le dan a su problema y cómo valoran la solución dentro de la misma.

Aprender a intervenir es entrar en la concepción del trabajo en un entorno de cambio permanente, lo que es, en términos de Pichón-Rivière (1970), el superar las ansiedades que promueven los obstáculos epistemofílicos, y en el sentido de Martha Alles (2002), desarrollar competencias transversales fundamentales para el ejercicio de este nuevo rol: el de mediador.

Como todo lo que plantea Pichón-Rivière desde su concepción dialéctica, este ECRO es un sistema abierto, no sólo al diálogo con otras producciones teóricas sino también, abierto a la praxis: el esquema conceptual, referencial y operativo está orientado al aprendizaje a través de la tarea, regulándose en el hacer mismo. Esta perspectiva estructural de la situación conflictiva nos permite la comprensión horizontal (la situación conflicto) y vertical (el individuo insertado en ella) insertos en una sociedad en permanente situación de cambio y, de los problemas de adaptación de los individuos involucrados, a su medio. Para Pichón-Rivière (1997), el aprendizaje se estructura como un proceso continuo, con oscilaciones, articulando los momentos de enseñar y aprender que se dan en el alumno y en el docente como un todo estructural y dinámico.

En la misma línea, Bleger (1969) afirma que enseñanza y aprendizaje constituyen pasos dialécticos inseparables, integrantes de un proceso único en permanente movimiento, además, según el principio expresado por él, no puede disociar el proceso de enseñanza del aprendizaje que se produce durante el mismo, lo que también nos hace reflexionar sobre las personas que enseñan mediación y sus capacidades para entender lo que le está pasando a la persona que está aprendiendo.

Pensar en la formación del profesional de la mediación implica pensar con una especial responsabilidad, ya que estamos habilitando profesionalmente a una persona que conducirá procesos de gestión y resolución de conflictos complejos, que trata de operar en situaciones en las cuales las negociaciones ya han fracasado, lo que conlleva a las partes, a una serie de emociones -cansancio, impotencia, frustración- difíciles; las cuales deben superarse con la visión de un camino posible para la consecución de un resultado que resuelva, o en el mejor de los casos, supere la situación que los protagonistas ven obstaculizada. Estamos hablando de profesionales que deben estar preparados para conducir procesos alternativos a la justicia, pero también a aquello que los protagonistas le dan la categoría de conocido, imposible y repetido. Así, la primera cuestión es que el/la mediador/a pueda escuchar y analizar qué es lo que no ha funcionado, justamente para pensar y diseñar un camino posible, distinto, creativo y con un final cercano a la solución para los involucrados. El/la mediador/a debe poder dar seguridad y confianza a las partes para que ellas puedan salir de “lo conocido y repetitivo” de su disputa y caminar en un proceso diferente, para el que no están preparados, porque en su mayoría no le conocen. Aquí nos viene a la memoria el anuncio de Sigmund Freud (1976) respecto a las profesiones imposibles: *el educar, gobernar y psicoanalizar*, en las que el psicoanalista advierte que siempre el resultado será insuficiente o frustrante, y serán aquellas profesiones que se toparán con resistencias a los cambios que éstas promueven. Aquí debíamos sumar la mediación como uno de estos oficios imposibles, ya que debe superar la impotencia, resistencia al cambio, incertidumbre de los resultados y el descrédito de los involucrados que ya han probado gestionar el malestar -de la no garantía del éxito de este- y solo se han encontrado con más de lo mismo.

Estamos ante una profesión innovadora y que sigue la lógica de la negociación colaborativa, la gestión amplia de los conflictos interpersonales y del impulso de la cultura del diálogo y la promoción de la paz, en el sentido de corresponsabilizar a los implicados, trabajar por la prevención de la escalada de la violencia y difusión de otras modalidades (más saludables) de interacción entre personas. La lógica de no justificación no persigue “la verdad” ni “la justicia” porque no es su propósito, aunque paradójicamente los protagonistas insistirán con esa lógica de demostrarle al tercero “su verdad y su justicia”, porque es el paradigma desde el que creen que conocen, poco o “desconocen” su conflicto.

La formación en mediación implica integrar conocimientos de diferentes disciplinas, entre las que cabe sumar a los expresados estudios sobre la visión sociológica y antropológica del conflicto, integrar el marco jurídico (europeo, nacional, autonómico y municipal) en el que los profesionales de la mediación operarán, los diferentes MASC¹ y la pertinencia de cada uno de ellos según la disputa en juego, los diferentes modelos en mediación² y la lógica, técnicas y herramientas de cada uno, los diferentes ámbitos de aplicación de la gestión

¹ Métodos Alternativos de Solución de Controversias

² Modelo tradicional de Harvard, Modelo transformativo y el Modelo narrativo

de los conflictos: en lo escolar, la familia, las organizaciones, lo mercantil, la justicia restaurativa, el ámbito del derecho civil, lo comunitario, etc.

Martínez-Abajo, Bravo y Pérez (2022) cuando reflexionan sobre el rol de los y las profesionales que intervienen en el ámbito socio comunitario destacan el papel fundamental, complementando la formación académica formal en cuando al “crecimiento personal y profesional (Barragán et al., 2018; Uribe, 2018), en la capacidad de reflexión sobre los procesos de aprendizaje práctico (Mayor, 2019), en valores y actitudes (Jouannet, Salas, y Contreras, 2013), el compromiso ético y trabajo en equipo (Morín et al., 2017), la capacidad de dialogo profesional, así como de compartir experiencias y construir identidades (Núñez et al., 2021) y en responsabilidad social y ética (Martí-Noguera et al., 2018).”

Hablamos de un profesional flexible y que pueda adaptarse a las diferentes personas que pasarán por su mesa de mediación; abierto y preparado para no valorar ni juzgar lo que los usuarios elijan hacer de su vida; confiable y seguro de invitar a los involucrados a un camino para volver a creer en sí mismos y en sus competencias y capacidades para gestionar, elegir y resolver su conflicto como sólo ellos pueden, y quizás, quieren.

En este sentido es clave la inserción de la figura de la formación a través de entrenamiento supervisado, como apunta Robert Roe³ “El entrenamiento profesional inicial debe ofrecer a los que poseen las competencias básicas la oportunidad de comprometerse en el trabajo profesional bajo la supervisión de psicólogos” (2003, p.9), diríamos personas mediadoras cualificadas. “... la supervisión también sirve para promover el proceso de aprendizaje ofreciendo un modelo de rol, entrenando al aprendiz durante la socialización y la ejecución en el rol laboral, dando *feedback* y estimulando la reflexión, proporcionando oportunidades para la consulta acerca de cuestiones técnicas, éticas, etc.” (Roe, 2003, p.9).

Como ya hemos dicho en publicaciones anteriores (Wilhelm, 2020) “La supervisión de las personas mediadoras se debe centrar en dos ejes principales: el ejercicio sistemático de la reflexión sobre la acción realizada (pensar-actuar-pensar); y la cesión de responsabilidades a los profesionales y su actuación.” (p. 322).

Para Hernández-Aristu (2002) “El espacio de supervisión ha de ofrecer unas condiciones de aprendizaje en las que los estudiantes desarrollen actitudes abiertas y flexibles, dialogantes, participativas y negociadoras” (Novella, et al., 2012, p. 456). “Este espacio facilita la revisión de la acción que el estudiante (o, diríamos mejor aquí, el profesional mediador) realiza en su centro de prácticas (es decir, aquí, de trabajo) y la revisión del marco conceptual y emotivo que lo condujo a llevar a cabo una acción de una manera determinada o de otra.” (Novella, et al., 2012, p. 456).

³ En un artículo publicado en la revista *European Psychologist* en el 2002; y posteriormente publicado en español en el 2003, en la revista *Papeles del Psicólogo*.

Conclusiones

Para finalizar, y teniendo en cuenta que queremos destacar el aporte del cuerpo científico de la psicología a la mediación, creemos adecuado citar, en primer lugar, las aportaciones elaboradas con un grupo de académicos y profesionales de la psicología que a la vez lo son de la mediación ⁴ y que explicitan el valor añadido que el mundo de la psicología aporta al trabajo de la intervención mediadora:

La base de la mediación es una dinámica de relaciones interpersonales determinada por las características de las personas intervenidas, de los y las mediadores/as y del conflicto.

Tal como ya hemos anunciado en el documento elaborado por el grupo de trabajo para la reivindicación de la relevancia de la psicología en la mediación de conflictos de la Sociedad Española de Psicología jurídica y forense “La relevancia de la psicología en la mediación de conflictos” ⁵:

En un conflicto interpersonal se encuentran involucrados numerosos componentes de tipo emocional, relativos a las personas implicadas, vincular entre los implicados, ítems que tienen que ver con el proceso que se lleva a cabo y con conflicto actual, en sí mismo. Por tanto, resulta imprescindible la calificación del profesional mediador/a en este ámbito de conocimiento.

La psicología es la disciplina que proporciona la fuente del conocimiento cognitivo, motivacional, emocional, conductual e interpersonal que los profesionales de la mediación deben dominar como herramienta imprescindible para analizar, abordar y superar estas barreras que impiden a las personas intervenidas la consecución de acuerdos. Por eso es totalmente necesario que las/los profesionales de la mediación tengan una amplia formación en psicología teórico-práctica, sin la cual será imposible que puedan ayudar a los/las medios/as a superar los obstáculos psicológicos que les están impidiendo solucionar sus conflictos.

También queremos remarcar la diferencia que los y las profesionales de la psicología aportan en diversos ámbitos de la mediación, por ejemplo:

Cuando se trata de conflictos de familias, los conocimientos de las dinámicas propias de los vínculos primarios, de las cuestiones relacionales y sistémicas y, de la psicología evolutiva, cuando hay niños implicados, dan un entendimiento profundo de lo que se está hablando.

Cuando hablamos de mediación organizacional, los conocimientos de la psicología industrial y de grupos, cómo los elementos de la interacción influyen en las disputas, diferenciando elementos estructurales de los grupales, de los interpersonales, dan una mirada amplia de la situación, que colabora con un buen diagnóstico e intervención más precisa posible.

⁴ Grupo de trabajo sobre la relevancia de la psicología en la mediación de conflictos de la Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense, compuesto por profesores de las U-niversidades de Barcelona, de Málaga, de Vigo, Internacional de Valencia, de Oviedo, de Santiago de Compostela, de La Laguna, Rovira i Virgili y Pompeu Fabra. Trabajo desarrollado entre los meses de marzo a mayo de 2021.

⁵ <http://sepjf.org/wp-content/uploads/2019/03/COMUNICADO.pdf>

Cuando hablamos de mediación vecinal o comunitaria, los profesionales de la psicología aportan una visión que tiene en cuenta la historia del vínculo y de la comunicación entre los implicados, ayudando a realizar una reflexión sobre cómo se han comunicado, qué canales de comunicación han hecho servir, qué ha ayudado y qué no en la gestión de la convivencia desde una perspectiva sistémica. Son los elementos de análisis interesantes para realizar una actuación adecuada, teniendo en cuenta el futuro del vínculo y poniendo el acento en la convivencia en lugar de la coexistencia.

En mediación escolar o educativa, los conocimientos de la psicología aportan una mirada única para diferenciar situaciones personales de aprendizaje, de situaciones grupales; cómo los efectos de los conflictos familiares son trasladados a la escuela o cómo la organización educativa puede favorecer o entorpecer el espacio de desarrollo de las personas que viven dentro de la organización y su conflictividad.

En cuestiones de dinero, entender el significado del valor de la disputa, diferenciada del significado del precio por sí mismo, favorece un espacio de reconocimiento fundamental para mirar hacia delante.

En esta línea, podríamos dar muchos ejemplos en los que la formación psicológica de los profesionales aporta un valor añadido frente a las intervenciones posibles, para ayudar a salir de la dinámica de reproches sin salida y, promover un cambio de posición subjetiva frente al otro y la situación conflictiva que les rodea.

En un conflicto, entre dos o más personas se encuentran involucrados numerosos componentes de carácter psicológico, relativos a las personas implicadas, al proceso y al conflicto en sí mismo. Por tanto, resulta imprescindible la competencia del profesional mediador/a en este ámbito de conocimiento.

Pensar que una mediación se trata de una acción que promoverá “justicia” o sensación de encontrar una solución “justa” deja de lado el foco central del objetivo mediador ante un conflicto interpersonal: intervenir en una situación en la que dos o más personas se encuentran atrapadas y que, desde la escucha psicológica, se puede producir la diferencia metodológica adecuada para la gestión y resolución del conflicto. Por otra parte, actuar profesionalmente para no repetir el esquema que enmarca un problema entre personas en una conducta jurídica que judicializa la vida cotidiana, promueve frustración e impotencia y no da el resultado deseado.

Las personas mediadoras no psicólogas, además de gestionar todas las técnicas propias de la mediación, tendrán que aprender las competencias y conocimientos que les permitan entender y gestionar positivamente los estados internos tanto de las personas intervenidas, como de sí mismas.

La mediación es una práctica profesional que necesita gente formada con competencias, habilidades y conocimientos que los profesionales que no vienen del ámbito de la psicología deben sumar a su formación.

La mediación no puede equipararse a una práctica profesional sólo del ámbito de la Justicia. Debe pensarse como una serie de metodologías de intervención en situaciones de conflictos interpersonales, grupales y sociales.

Las personas mediadoras deben realizar un trabajo de introspección y reflexión sobre su instrumento de trabajo, para minimizar el riesgo de sesgo y de manipulación y tener en cuenta la capacidad de influencia en las partes implicadas.

Referencias

- Alles, M. A. (2002). *Gestión por competencias: el diccionario*. Buenos Aires, Argentina: Granica. <https://n9.cl/tdeut>
- Bachelard, G. (1993). *La formación del espíritu científico*. México D.F., México: Siglo XXI. <https://n9.cl/3bk1g>
- Baron, E. (2005, septiembre). Facilitación del Aprendizaje desde la Vivencia. III *Encuentro Nacional de Educadores Experienciales, Hacia la profesionalización de la Educación Experiencial*. Bogotá, Colombia. <https://n9.cl/z7wal2>
- Bermejo, J. C. (1998). *Apuntes de relación de ayuda (Vol. 1)*. Santander, España: Editorial Sal Térrea.
- Bleger, J. (1986). *Temas de Psicología (Entrevista y grupos)*. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.
- Guillaume-Hofnung, M. (2012). Définition et nature de la médiation. *Que sais-je?* En M. Guillaume-Hofnung M. (Ed.), *La médiation* (pp. 67-88). París, Francia: Presses Universitaires de France. http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-01262022000100002&script=sci_arttext
- Jouannet, C., Salas, M. H., y Contreras, M.A. (2013). Modelo de implementación de Aprendizaje Servicio (A+S) en la UC: Una experiencia que impacta positivamente en la formación profesional integral. *Calidad en la educación*, 39, 197-212. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-45652013000200007>
- Lema, V. Z. (1991). *Conversaciones con Enrique Pichon-Rivière. Sobre el arte y la locura (7ªed.)*. Buenos Aires, Argentina: Editores Cinco.
- Martinez-Abajo, J., Bravo, C. B., y Pérez, S. P. (2022). Psicología social comunitaria y ApS. Creando puentes a partir de una experiencia universitaria interdisciplinar. *Estudios Pedagógicos*, 47(4), 127-147. <https://doi.org/10.4067/S0718-07052021000400127>
- Martí-Noguera, J. J., Licandro, Ó., y Gaete-Quezada, R. (2018). La responsabilidad social de la educación superior como bien común. Concepto y desafíos. *Revista de la educación superior*, 47(186), 1-22. <https://n9.cl/d6uup>
- Mayor, D (2019). El desarrollo de competencias del estudiantado universitario mediante prácticas de Aprendizaje-Servicio: percepción del Alumnado. En REDINE (ed.), *Estrategias y metodologías didácticas: perspectivas actuales*. (pp. 1-10) Eindhoven, NL: Adaya Press. <https://www.adayapress.com/wp-content/uploads/2019/05/Estrategias.pdf>
- Moraña, M. (2012). Postscriptum: el afecto en la caja de herramientas. En M. Moraña e I. Sánchez Pardo (Eds.), *El lenguaje de las emociones. Afecto y cultura en América Latina* (pp. 313-337). Madrid, España: Iberoamericana; Vervuert.

- Morín Fraile, V., Guix Comellas, E. M., Galimany Masclans, J., Estrada Masllorens, J. M., Sancho Agredano, R., Solà Pola, M., ... y Vallès Segalés, A. (2017). Aprendizaje-servicio, compromiso social e innovación. Experiencias en las asignaturas Enfermería Comunitaria y Trabajo Final de Grado. FEM: *Revista de la Fundación Educación Médica*, 20, S70-S72. <https://n9.cl/7rv3a>
- Novella A. M. (2011). Practicum en re-construcción: Tejiendo colectivamente un modelo de prácticas desde la innovación. *Revista de Docencia Universitaria*, 9(3), 259 -280. <https://polipapers.upv.es/index.php/REDU/article/view/11231/10979>
- Novella A., Fores, A., Rubio, L., Costa, S., Gil, E., y Pérez, N. (2012). Innovar en, desde y para el practicum: supervisión y evaluación de la transferencia de competencias. *Revista de Docencia Universitaria*, 10(1), 453-476.
- Núñez, C. V., Águila, D. O., Fuentes, C. J. B., Villegas, M. C., Martínez, I. N., y Pereira, F. R. (2021). Contribuciones de las actividades de extensión académica en la formación de terapeutas ocupacionales, desde la perspectiva de los estudiantes. *Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional*, 29. e2802. <https://doi.org/10.1590/2526-8910.ctoAO2119>
- Pérez-Mora, R. (2022). Obstacles to knowledge and critical thinking in education. *InterCambios. Dilemas y transiciones de la Educación Superior*, 9, 2-12. <https://doi.org/10.29156/inter.9.1.2>
- Pichón Rivière, E. (1970). *Historia de la técnica de los Grupos Operativos* (Lección magistral, publicada en Revista: El Portavoz. Año I-, 1-junio 1982). <https://n9.cl/6cf4io>
- Pichón-Rivière, E. (1997). El proceso grupal. Del psicoanálisis a la psicología social (1). Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.
- Pichón-Rivière, E. y Pampliega de Quiroga, A. (1985). Psicología de la vida cotidiana. Buenos Aires, Argentina: Nueva Visión.
- Rivière, P. (1995). Diccionario de psicología social. *Por Pablo Cazau*. <https://n9.cl/43pub>
- Roe, R. A. (2002). What makes a competent psychologist? *European psychologist*, 7(3), 192-203. <https://doi.org/10.1027//1016-9040.7.3.192>
- Roe, R. A. (2003). ¿Qué hace competente a un psicólogo? *Papeles del Psicólogo*, 86, 1-12. <https://www.redalyc.org/pdf/778/77808601.pdf>
- Rogers, C. R. (1957). The necessary and sufficient conditions of therapeutic personality change. *Journal of consulting psychology*, 21(2), p.95. <https://psycnet.apa.org/record/1959-00842-001>
- Torres, E. (2018). La relevancia del docente en la educación centrada en el estudiante. *Voces de la educación*, 3(5), <https://www.revista.vocesdelaeducacion.com.mx/index.php/voces/article/view/104/88>
- Uribe Sepúlveda, P. A. (2018). Percepción de los estudiantes de educación inicial frente al desarrollo de experiencias formativas en modalidad A+ S. *Revista electrónica de investigación educativa*, 20(4), 110-122. <https://doi.org/10.24320/redie.2018.20.4.1826>

Wilhelm, J (2022). *El acceso a la justicia a través de la gestión extrajudicial de conflictos (Análisis comparado de políticas de mediación en derecho privado entre Chile y Cataluña)*. Barcelona, España: Tesis Doctoral, Universitat de Barcelona. http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/173987/1/JGWW_TESIS.pdf

EL SELF AWARENESS EN LA FORMACIÓN DE LA PERSONA MEDIADORA

Monserrat Ordóñez Echeverri e Inmaculada Armadans Tremolosa
Universidad de Barcelona, España

Introducción

La formación de la persona mediadora puede llegar a tener distintos grados de profundización. Esto quiere decir que las competencias que va incorporando el/la profesional de mediación, suelen tener tres niveles: un primer nivel que corresponde al **saber** sobre el objeto de estudio (conceptos, conocimientos, datos), un segundo nivel que versa en el **saber hacer** (destrezas, técnicas de intervención, teorías, metodologías) y un tercero sobre el **saber ser y el saber estar** (las actitudes, valores, hábitos que guían nuestro modo de estar en el mundo y de comportarnos). Este trabajo se centra en el tercer nivel de competencias, específicamente en las competencias autoimplicativas I de la persona mediadora (Rosales y García, 2020).

Las competencias *autoimplicativas I* se centran en el desarrollo de habilidades psicológicas que permitan un **cuidado de sí**, una **regulación emocional** y un **autoconocimiento** de la persona mediadora. Estas habilidades son sumamente importantes si tenemos presente que son la base para analizar y mejorar de manera constante la práctica como mediadores/as, conocer las posibilidades y limitaciones profesionales, desarrollar la capacidad de manejar la incertidumbre, de soportar las resistencias que genera la transformación del conflicto en los/las usuarios/as que asisten a la mediación, mantener la serenidad y sensatez en el proceso y, en consecuencia, conservar una salud psíquica en la persona mediadora.

El **Self Awareness**, es una habilidad que posibilita directamente el desarrollo de las competencias *autoimplicativas I* de la persona mediadora. Ha sido un concepto trabajado por varios autores (Hoffman y Bowling, 2000; 2002; Lieberman, Foux-Levy y Segal, 2005; Astor, 2007; Kelly y Kaminskiené, 2016; Ibarrola-García, Iriarte y Aznárez-Sanado, 2017) y en términos generales lo definen como un proceso de cambio constante en el que se va construyendo un reconocimiento y consciencia de sí mismo.

La consciencia de sí o *Self Awareness* cada vez va adquiriendo mayor importancia en el ejercicio de la persona mediadora, dado que se convierte en un medio que tiene el/la profesional para lograr una observación profunda de sí mismo/a e ir mejorando profesionalmente (Hoffman y Bowling, 2000; Bronson, 2000), para captar los efectos de las propias intervenciones y de la relación que se teje con ambas personas dentro del proceso (Bader, 2011;

Hoffman y Bowling, 2000), para cuidar la mediación, mantener la imparcialidad y un manejo adecuado de las emociones (Ibarra-García, et al., 2017).

Si se apuesta por mejorar cada vez más la formación de los/las mediadores/as profesionales, el proceso de mediación irá tomando un lugar más importante en la sociedad (Lieberman, et al., 2005), de manera que sea valorada por sus efectos y por buscar la construcción de una cultura de paz. En consecuencia, el siguiente trabajo tendrá como objetivo reflexionar sobre la importancia de la consciencia de sí o el *Self Awareness* en el ejercicio profesional de la persona mediadora dentro de los programas formativos, teniendo en cuenta las necesidades formativas de los egresados de un máster.

Para lograr el objetivo, se realizó una revisión teórica del concepto de *Self Awareness* con el propósito de analizar lo desarrollado hasta el momento, y luego, se llevaron a cabo tres entrevistas a profundidad con egresados de máster en mediación, para escuchar sus necesidades formativas.

Método

El siguiente trabajo se realizó a través de una revisión bibliográfica en las bases de datos Scopus y Web of Science teniendo en cuenta las palabras clave: *Self Awareness*, *Conflict Management* y *Reflexive Mediator*. El periodo de búsqueda inició en diciembre 28 de 2020 y finalizó en marzo 20 de 2021.

Con respecto a las entrevistas a profundidad centradas en comprender las necesidades formativas de la persona mediadora, se analizaron tres entrevistas que buscaron ser abordadas a partir de un método hermenéutico con el propósito de comprender el sentido discursivo de las participantes.

La muestra correspondió a tres egresadas de un máster en Mediación de Conflictos que cumplieran con tener al menos un año de experiencia profesional como mediadores/as. Las entrevistas fueron grabadas y analizadas a partir de unidades de sentido y categorías. En este trabajo nos centramos en las dos categorías más esenciales: necesidades formativas y *Self Awareness*.

Resultados y discusión

El *Self-Awareness* o consciencia de sí

El *Self-Awareness*, que traduciremos como consciencia de sí, ha sido desarrollado por diferentes autores en el ámbito de la mediación: Lieberman, et al., (2005) definen la consciencia de sí como un proceso de cambio gradual y continuo que va viviendo el/la mediador/a en la medida en que va estando advertido/a de su crecimiento personal y profesional, de su desempeño como un tercero en el conflicto, y de su estilo y atributos propios que se manifiesta en la manera como hace propia su metodología como mediador/a.

Al ser el *Self-Awareness* un proceso de transformación gradual y constante, para Hoffman y Bowling, (2000) este saber requiere una dedicación persistente, que necesita de tiempo y entrega, dado que proponen

el *Self-Awareness* como tercer escenario de los tres escenarios¹ que ocurren en un proceso de formación de la persona mediadora: este tercer escenario consiste en pensar el ser de la persona mediadora más allá del hacer del mediador, a partir de una toma de consciencia y reflexión sobre la influencia que genera la disposición y la propia presencia como mediador/a, el modo de relacionarse con los otros (en este caso, las personas en conflicto) y las cualidades personales que se manifiestan en el proceso. En este orden de ideas, Hoffman y Bowling (2000) proponen que desarrollar la consciencia de sí, la autenticidad, la congruencia e integración, al ser saberes que son propios del ser de la persona mediadora, requieren de una intención clara por parte de este y no ocurren a partir de un proceso intelectual o académico, sino a través de la experiencia y la relación con los otros.

No hay que olvidar que en la mediación se da un encuentro de personalidades, el/la mediador/a no solo tiene que hacerse cargo de su propia identidad sino también de la identidad de las partes y la relación que se teje en esa interacción (Bader, 2011). Muchas veces el/la mediador/a actúa, sin darse cuenta, aspectos que no han sido resueltos a lo largo de su historia de vida –como la forma en la que afronta un conflicto, lo que le puede representar o recordar una de las partes que llegan a mediación, lo cual se verá reflejado en los sentimientos que tiene hacia esa persona, así como los prejuicios, predisposiciones, sentimientos narcisistas que ha incorporado a lo largo de su vida y que pueden obturar el proceso– (Bader, 2011), de ahí la importancia de responsabilizarse a través de un acto de consciencia de sí.

Adicionalmente, en la mediación se ponen en juego constantemente las emociones tanto de las personas mediadas como de las personas mediadoras, y son estas las que pueden determinar el devenir del proceso más allá de los aspectos objetivos de la mediación (Ibarra-García, et al., 2017). De ahí que el *Self Awareness* o consciencia de sí se articule fuertemente con el manejo de las propias emociones.

En este mismo orden de ideas, Kelly (2016) presenta la consciencia de sí relacionada con la capacidad de reconocer la propia emoción y saber cómo influye en la toma de decisiones. Esta autora, así como Ibarra-García et al. (2017), menciona la habilidad de comprender la emoción del otro, pero resalta la importancia de hacerlo luego de reconocer la propia, porque se corre el riesgo de proyectarla en el otro al no hacerla consciente. Por último, Malizia y Katz (2018) hablan de la autoconsciencia como la capacidad de reconocer, comprender y reflexionar sobre los propios sentimientos y pensamientos.

El *Self Awareness* y su relación con la reflexividad y el autoexamen

¹ Hoffman y Bowling, (2000) proponen tres escenarios que pueden suceder en la formación del mediador de forma simultánea y que van aumentando su nivel de complejidad: (I) el primer escenario es al inicio de la formación y consiste en el estudio de las técnicas: escucha activa, reformulación, priorizar los intereses, ayudar a las partes a generar opciones, etc. (II) el segundo escenario ocurre cuando se da una comprensión profunda de cómo y por qué funciona la mediación, el sentido de las técnicas, y un análisis ético de ciertas situaciones. (III) el tercer escenario, y por ende el más complejo, se fundamenta en pensar el ser del mediador y no el hacer del mediador. Aquí los autores proponen el desarrollo de la consciencia de sí para estar advertidos de cómo influye la presencia, la forma de relacionarnos, las propias cualidades en el proceso de mediación.

La consciencia de sí requiere un proceso de relación consigo mismo, y en este sentido, se ha relacionado el proceso de adquirir la consciencia de sí con la reflexividad, dado que este último es visto como un camino por el cual el/la mediador/a logra ampliar dicha consciencia y/o advertencia de sí. Bader (2011) define el pensamiento reflexivo desde la constitución del *Self*, y por ese motivo, expone un recorrido que es básico y esencial para la constitución de la reflexión en la persona. Este recorrido consiste en la posibilidad de distinguir el mundo de afuera con el mundo interior, así como la existencia de otro que es diferente, que tiene sus propias necesidades y sus procesos de pensamiento. Luego, Rothman (2014) complejiza aún más el concepto y propone la reflexividad como la capacidad de ralentizar la respuesta para estudiar previamente las preguntas: de dónde, porqué y para qué se dará determinada respuesta a una situación, lo cual posibilita en la persona mediadora una actuación más consciente y discernida en la vida.

Para lograr la reflexividad, Rothman (2014a; 2014b) hace énfasis en que la persona mediadora se ubique desde un lugar de “no, no yo”, a saber, un lugar en el cual la persona se observa desde afuera, “desde el balcón”, y de esta manera se convierte en persona y objeto de investigación.

Otros autores como Bronson (2000); Lieberman, et al., (2005) proponen la importancia del autoexamen como una forma de ir desarrollando e incorporando una actuación reflexiva en la persona mediadora. Para esto es importante irse haciendo preguntas sobre las intervenciones, los efectos de estas, así como analizar formas de estar y actuar en la mediación.

Con el esbozo anterior, se puede observar que existe una relación muy estrecha entre la consciencia de sí, la reflexividad y el auto-examen de la persona mediadora. Muchas veces estos procesos ocurren simultáneamente: en la medida en que se analizan las actuaciones, principios, valores y cosmovisiones a partir de un autoexamen, se logra ir tomando una posición reflexiva ante la vida y a la vez aumentando el grado de consciencia de sí. No obstante, este proceso de aprendizaje no es algo sencillo, se requiere de un coraje para ir elevando el grado de consciencia (Bagshaw, 2005); y a la vez, es un proceso de formación para toda la vida que no se acaba con la finalización de un programa de grado, maestría o doctorado (Hoffman y Bowling, 2000; Lieberman, et al., 2005; Rothman, 2014; 2014). En este sentido, y estando de acuerdo con Hoffman y Bowling (2000), la formación es un proceso que requiere dedicación y tiempo al implicar una transformación de la persona.

Competencias del saber ser de la persona mediadora

La autoconsciencia, la reflexividad y el autoexamen son habilidades actitudinales de la persona mediadora, por tal motivo, haremos una breve referencia al modo como se concebirá el concepto de competencias del ser de la persona mediadora y el término de actitud, el cual está estrechamente vinculado con el primer concepto.

Según Rosales y García (2020), las competencias consisten en la capacidad de mostrar una secuencia de desempeños (observables) con el propósito de alcanzar una meta. Están compuestas de varios niveles: un saber (datos,

información) un saber hacer (métodos, habilidades y destrezas), un saber ser (actitudes y valores) y un saber estar (capacidades en la comunicación interpersonal y en el trabajo en equipo).

Para este trabajo de investigación, el foco estará en las competencias del ser *autoimplicativas I*. En estas competencias encontramos las “habilidades y actitudes psicológicas que permiten el autoconocimiento, la autorregulación emocional, el autocuidado y el desarrollo profesional de las personas mediadoras” (Rosales y García, 2020, p. 47). Sin embargo, un desarrollo óptimo de estas habilidades generará como consecuencia el desarrollo ético de la profesión, así como habilidades interactivas (relacionales y de comunicación).

Necesidades formativas de la persona mediadora

Para analizar las necesidades formativas de la persona mediadora, se realizaron 3 entrevistas a profundidad con tres egresadas, una de ellas con cinco años de experiencia y las otras dos con un año, el enfoque de las tres entrevistadas giraba alrededor de la mediación comunitaria y familiar. A continuación, se presentan los resultados.

Necesidades formativas de la persona mediadora

Como se mencionó en el apartado de este trabajo sobre *Las competencias del saber ser del mediador*, es menester tener en cuenta que las competencias se dividen entre aquellas que corresponden a un saber teórico (datos e información), un saber hacer (destrezas, técnicas), un saber ser (actitudes, valores) y un saber estar (capacidades en la comunicación interpersonal y en el trabajo en equipo). Ahora bien, estos son complementarios entre sí, y en algunos casos, puede suceder que sea difusa la división entre un saber y el otro. Lo anterior sucede, por ejemplo, con las que pertenecen al saber ser y al saber estar.

Para indagar en las necesidades formativas, se preguntó por una experiencia de mediación que haya sido significativa para cada persona mediadora debido a los aprendizajes obtenidos. Es importante resaltar que tanto las competencias consideradas útiles, como las que son señaladas como retos o necesarias para seguirse formando, se encuentran dentro de la categoría del saber ser y estar del mediador. En este sentido, las dos más nombradas de todas son las que corresponden a la escucha y la observación del mediador:

“Yo diría que es importantísimo una buena observación y prudencia, luego, una buena capacidad de escucha. *No precipitarse en las ideas que uno mismo puede formarse sino escuchar bien, y una vez se escucha bien, llegar a que la parte pueda llegar a tener confianza*, o sea que el vínculo entre la persona mediadora y la parte sea un vínculo positivo. ¿Qué puede ayudar para que este vínculo se potencie y que el cliente esté relajado y pueda expresar realmente lo que siente? Yo creo que ahí está el engranaje entre cliente y el/la mediador/a, en el momento en que el cliente puede pensar: “mira, me está escuchando, me está entendiendo lo que yo le digo””. (Entrevistada 1, cursivas propias).

“Cuando la gente se siente escuchada, habla más. Es muy importante que muestres que te interesa lo que está diciendo la persona. Eso solo se *nota si de verdad quieres construir convivencia y comunidad*” (Entrevistada 2, cursivas propias).

La escucha es vista como la base para generar el reconocimiento al otro y, por ende, suscita la confianza y el vínculo entre el/la mediador/a y la otra persona. Solo a través de la escucha es como se logra conocer todo lo que el otro desea expresar, pero que le ha costado hacerlo por la carga emotiva que implica relatarlo. Ahora bien, las frases señaladas en cursiva dentro de los verbatim muestran que la disposición de escucha solo se logra cuando hay una actitud de calma que permite silenciar aquellas ideas o preconcepciones aceleradas de una situación. Luego, en el segundo verbatim se resalta que cuando hay una claridad del propósito axiológico, que en este caso sería el valor por “construir convivencia y comunidad”, es cuando las personas logran captar el interés del/a mediador/a. En el fondo, detrás de la actitud de escucha existirá un entramado de valores que pueden, en algunos casos, perjudicar nuestra apertura al discurso del otro o, por el contrario, permitirnos captar todo lo que la persona desea decir.

Con respecto a aquellas necesidades formativas que representan un reto para las entrevistadas, las dos personas más jóvenes acentuaron el hecho de no ser legitimadas o autorizadas por el otro, y a la vez, el hecho de encontrarse con situaciones que puedan cuestionar sus propios valores:

“Para mí, sería un reto no ser legitimada de alguna manera en cuanto al usuario: que no reconozcan quién soy ni la labor que hago; y en cuanto al Ayuntamiento, que no se reconozca mi perfil o la figura de mediadora comunitaria. Sin legitimidad no puedes hacer nada, porque al final tienen que confiar en ti” [...] “Lo más difícil es cuando te está cuestionando algo tan profundo como son los valores de tu vida” (Entrevistada 3).

“No llevo bastante bien cuando hay un comentario ofensivo contra un colectivo o los típicos temas el machismo y racistas. Esto me pone muy nerviosa, entonces, en vez de acompañar el proceso de reformulación, no digo nada o me pongo distante, intento que no se note, pero a veces me sale [...] Veo muy difícil que no te autoricen como mediador” (Entrevistada 2).

El tema de los valores está presente en los dos verbatim: en el caso de la entrevistada 2, el hecho de encontrarse con un discurso que ofenda un colectivo que para ella es importante defender, por lo la representación axiológica que representa, le implica un fuerte movimiento emocional que le cuesta trascender y que puede perjudicar el proceso de mediación. En el caso de la entrevistada 3, los valores corresponden a algo profundo de sí, de ahí que señale la dificultad de cuestionarlos y trascenderlos. Vemos entonces que significa un gran reto formativo para un mediador/a moverse a un lugar en donde se puedan suspender los valores. Éstos suelen considerarse como parte inamovible e insondable del propio ser, es decir, como parte esencial de la identidad, de ahí que cuestionarlos o suspenderlos por un momento represente el temor de “perder” la propia identidad y que despierte una profunda inseguridad.

La autorización o legitimación como profesional de la mediación es un hecho que también se relaciona con los valores sociales: a nivel cultural existe una fuerte creencia que la experiencia y las capacidades están íntimamente relacionadas con la edad vital. En la medida en que la persona tenga más años, se tiende a pensar que estará más capacitada. Por ende, esta situación suele despertar imaginarios en los jóvenes que se gradúan y que entran al mundo laboral por primera vez.

Ambos retos que representan las necesidades formativas, a saber, el cuestionamiento de los valores y la legitimación social, se relacionan estrechamente con la conciencia de sí, puesto que implica una reflexión profunda sobre la forma de estar y ser como mediadores/as. Lo anterior es sumamente importante porque, cuando existe una fijación en valores propios y sociales, esto puede representar un problema al imposibilitar que la persona mediadora se adapte de manera acertada a las condiciones que se le presentan, que intervenga de forma óptima y que evite parcializar su mirada al momento de actuar.

La importancia del *Self-Awareness* en la persona mediadora

A continuación, se presentarán algunos verbatim de las entrevistas que denotan la importancia de la autoconsciencia en su experiencia como mediadoras:

“Yo le pondría un 10 de importancia. *La autoconsciencia es importantísima porque o si no, no progresas. La autoconsciencia siempre ha de estar en funcionamiento porque así hay una mejora segura, si te equivocas o hay puntos que quieras tratar de otra manera, seguro que lo vas a aprender y lo vas a llevar a cabo la próxima vez, entonces yo sí te diría que el aprendizaje se hace durante toda la vida, hasta la vejez*” (Entrevistada 1, cursivas propias).

“*Yo creo que es el camino que hay que hacer toda la vida. hacer sesiones de autoconocimiento en privado con tu psicólogo, psicoterapeuta o incluso en grupo. Es la base total de lo que hacemos porque si no cuando estás en una sesión y se te descoloca una cosa, eso termina afectando todo el proceso si no sabes qué hacer con esto para que no afecte todo el espacio. Proyectar a la gente sin consciencia que lo estás haciendo, creo que esto estaría muy mal. [A la autoconsciencia] yo le pondría un 9 de importancia, tendría que ser una asignatura obligatoria cuando te formas como mediador*” (Entrevistada 2, cursivas propias).

“[La autoconsciencia] me sirve para darme cuenta de cuáles son mis puntos fuertes y cuáles son mis puntos débiles. También me ayuda a enfocarme a saber qué es lo que quiero hacer hacia el futuro” (Entrevistada 3).

En todos los fragmentos citados, además de coincidir en la importancia que adquiere la autoconsciencia para el ejercicio como mediadoras, las entrevistadas enfatizan que solo a partir de esta habilidad, se logra aprender y avanzar profesionalmente. Por ende, la autoconsciencia implica abrirse a un aprendizaje constante, que tiene una duración para toda la vida, que es la base para ser cada vez una mejor persona y mejor profesional. Ahora bien, al ser la conciencia de sí una vía que permite evitar proyecciones en los otros, que posibilita un buen devenir de un proceso de mediación y

que le concede a la persona mediadora tener un mayor control de aquellos elementos que son sus puntos débiles o fuertes; ésta se convierte en un medio que generará necesariamente un cuidado por el otro, por el proceso de mediación, por la profesión y, sobre todo, un cuidado en la relación de la persona mediadora consigo misma, clarificando las propias posibilidades, limitaciones y aspiraciones como mediadora.

Es menester resaltar que las entrevistadas reconocen la importancia de trabajar la autoconsciencia, iniciando desde el mismo máster: “*tendría que ser una asignatura obligatoria cuando te formas como mediador*” (Entrevistada 2). Esta postura se relaciona con lo planteado por Hoffman y Bowling, (2000) quienes proponen que la conciencia de sí requiere de un deseo claro y un trabajo constante, que empieza pero que no termina, en los centros educativos.

En definitiva, si se articula el apartado sobre las necesidades formativas de la persona mediadora y la importancia del *Self Awareness* en el ejercicio de la mediación, se puede mencionar lo siguiente: (a) al momento de egresar, se viven ciertos retos o temores como puede ser: la falta de experiencia, el no reconocimiento de las capacidades por la corta edad y recorrido profesional, la inquietud por cuál campo de acción elegir para intervenir, por encontrar la propia forma de mediar, entre otras. (b) Las necesidades formativas más esenciales que mencionan las entrevistadas corresponden a habilidades actitudinales, es decir, del saber ser y estar en una situación: la escucha, la observación de lo ocurrido, la paciencia en los procesos, la legitimación (o autorización) que uno se otorgan como mediador/a y el evitar la proyección de los propios valores o ideales en temas con los que no se está de acuerdo. Por ende, el mayor reto para los usuarios no es el saber teórico sobre la mediación, sino las habilidades autoimplicativas a la hora de intervenir en la realidad que se les presenta. (c) las entrevistadas reconocen que es por medio de la autoconsciencia cómo se logra avanzar profesionalmente, dado que se está abierto constantemente al aprendizaje y al deseo por saber. Asimismo, el SA permite una cautela en las posibles proyecciones de las propias creencias o valores de la persona mediadora.

Conclusiones

Quedan varias reflexiones importantes para tener en cuenta y fomentar futuras investigaciones. La primera de estas reflexiones corresponde al proceso de formación, específicamente enfocado en las competencias del ser. Para formar hábitos y habilidades actitudinales en el/la mediador/a, la presencia del otro (colega, compañero, profesor) que interroga, da su opinión, retroalimenta, etc; es fundamental porque es a partir del contraste de opiniones, preguntas, reflexiones, feedbacks, reconocimiento y escucha que se avanza en la autoconsciencia del/a mediador/a. De ahí que, ofrecer espacios formativos como grupos de estudio y reflexivos en temas sobre el ser y el hacer del mediador, así como ofrecer supervisiones constantes al estudiante y egresado, posibilitará que existan programas conducentes a fomentar competencias *autoimplicativas* en el/la mediador/a, las cuales no han sido

el foco de atención en los programas de formación superior en mediación. Es ideal comenzar desde el inicio de la formación con metodologías que posibiliten una actitud crítica, participativa y analítica en el estudiante.

Por último, otra de las reflexiones que pueden dar fruto a futuras investigaciones, es con respecto a las necesidades formativas de la persona mediadora. En este caso, la indagación solo se realizó con tres egresados. Sin embargo, los hallazgos obtenidos, tales como: la dificultad que puede sentir la persona egresada para legitimarse y autorizarse como mediador/a profesional, la importancia de la autoconsciencia en la toma de decisiones, la importancia de la escucha, la paciencia y la cortesía del mediador/a, la confrontación de los valores o prejuicios propios y la forma de asumir estas situaciones; son temas susceptibles de profundizar en futuros estudios.

Referencias

- Astor, H. (2007). Mediator Neutrality: Making Sense of Theory and Practice. *Social & Legal Studies*, 16(2), 221-239. <https://doi.org/10.1177/0964663907076531>
- Bader, E. (2011). Self, Identity and the IDR Cycle: Understanding the Deeper Meaning of “Face” in Mediation. *International Journal of Applied Psychoanalytic Studies*, 8(4), 301–324. <https://doi.org/10.1002/aps.295>
- Ibarrola-García, S., Iriarte, C., y Aznárez-Sanado, M. (2017). Aprendizaje emocional autoconsciente durante procedimientos de mediación en el contexto escolar. *Electronic Journal of Research in Educational Psychology*, 15(1), 75-105. <http://dx.doi.org/10.14204/ejrep.41.17175>
- Bagshaw, D. (2005). The Reflexive Mediator: Theory and Practice. *5ta Conferencia Internacional del Foro Mundial de Mediación*. Crans-Montana: IUKB.
- Bronson, S. (2000). Improving Mediator Competence Through Self-Assessmen. *Mediaton Quarterly*, 18(2), 171-179. <https://doi.org/10.1002/crq.3890180206>
- Devinat, V. (2018). What Makes a Good Mediator? Insights from a Mediation Training Program Participant. *Employ Respons Rights J*, 30, 181–201. <https://doi.org/10.1007/s10672-018-9315-y>
- Hedeen, T., Raines, S., y Barton, A. (2010). Foundations of Mediation Training: A Literature Review of Adult Education and Training Design. *Conflict Resolution Quarterly* 28(2), 157-182. <https://doi.org/10.1002/crq.20018>
- Hoffman, D., y Bowling, D. (2000). Bringing Peace into the Room: The Personal Qualities of the Mediator and Their Impact on the Mediation. *Negotiation Journal*, 5-28. <https://doi.org/10.1111/j.1571-9979.2000.tb00199.x>
- Ibarrola-García, S., Iriarte, C., y Aznárez-Sanado, M. (2017). Aprendizaje emocional autoconsciente durante procedimientos de mediación en el contexto escolar. *Electronic Journal of Research in Educational Psychology*, 15(1), 75-105. <http://dx.doi.org/10.14204/ejrep.41.17175>
- Rosales, M., y García, L. (Coords). (2020). *Las competencias para la formación de la persona mediadora*. Santiago de Compostela: CUEMYC.

- Rothman, J. (2014). Reflexive Pedagogy: Teaching and Learning in Peace and Conflict Studies. *Conflict Resolution Quarterly*, 32(2), 109-128. <https://doi.org/10.1002/crq.21107>
- Rothman, J. (2014). The Reflexive Mediator. *Negotiation Journal*, 30(4), 441-453. <https://doi.org/10.1111/nejo.12070>.
- Kelly, E., y Kaminskienė, N. (2016). Importance of emotional intelligence in negotiation and mediation. *International Comparative Jurisprudence*, 2(1), 55-60. <http://dx.doi.org/10.1016/j.icj.2016.07.001>
- Lieberman, E., Foux-Levy, Y., y Segal, P. (2005). Beyond Basic Training: A Model for Developing Mediator Competence. *Conflict Resolution Quarterly*, 23(2), 237-257. <https://doi.org/10.1002/crq.135>

LA EFICACIA DE LA ESTRATEGIA DE MEDIACIÓN “RECONOCIMIENTO EMOCIONAL”

Manuel Rosales, Misael Ruiz y Juan Antonio Rodríguez
Universidad de La Laguna, España

Introducción

La existencia del conflicto y la necesidad de su afrontamiento constructivo y pacífico son hoy, por fortuna, ampliamente aceptados. En este trabajo, abordaremos el conflicto interpersonal cuya definición es un tema controvertido por su multidimensionalidad (García-Villaluenga, 2006), su diversidad y complejidad. Generalmente, su conceptualización, ha estado pivotando alrededor de las ideas de incompatibilidad e interdependencia de las personas en conflicto (Putnam y Poole, 1987). Sin embargo, otras propuestas han resaltado los aspectos subjetivos, cognitivos y emocionales (Infante, 1998). Rosales (2021) describe el conflicto interpersonal como un sistema dinámico y circular donde interactúan procesos intersubjetivos, perceptivos y atribucionales. Desde esta propuesta sistémica, se pueden distinguir distintos elementos y configuraciones comunicativas, perceptivas, motivacionales y emocionales. Por otro lado, aunque el conflicto se define como interpersonal, en él pueden intervenir otras personas como protagonistas secundarios, conformando una red de sistemas relacionales. De igual forma, es dinámico porque puede modificar, con el tiempo, sus propiedades y funcionamiento.

Ante la realidad del conflicto y dentro de la promoción de la cultura de paz, la mediación se ha considerado un recurso idóneo para la gestión positiva y transformativa de los conflictos. En consecuencia, si bien es verdad que hay un clima social e institucional favorable a la cultura de paz y a la mediación, no es menos cierto que gran parte del éxito de la mediación estará vinculado con la persona que media. En este sentido, su perfil profesional es complejo pues asiste a otras personas para que desarrollen por ellas mismas una mejor comunicación y estimula el proceso de búsqueda de soluciones basadas en la cooperación. Esta realidad formativa exige investigaciones que profundicen en la eficacia de la práctica profesional Rosales y García-Villaluenga, 2020).

Entre los aspectos más destacados para obtener éxito en el proceso mediador, es el uso de sus técnicas y estrategias. Como señala Rosales (2022), en la literatura científica la delimitación de los términos técnica y estrategia es cuanto menos confusa. Una técnica se refiere a acciones que tienen un formato muy específico y concreto. Las estrategias son el agrupamiento organizado, en forma de procedimiento, de diferentes técnicas o acciones puntuales. Se considera que las técnicas, alcanzan su mejor

eficiencia al aplicarlas combinadas, procedimentalmente, en un determinado orden (Rosales, 2022).

Buena parte de las técnicas de la mediación tienen su referente, entre otros, en la Terapia Sistémica Familiar y la Terapia Narrativa (White y Epston, 1993; White, 2002). Suares (2002), clasifica las técnicas en básicas, avanzadas y complejas y en sus formas interrogativas, afirmativas y compuestas. Una aproximación reciente (Rosales, 2022) agrupa las técnicas según sus funciones en comunicativas, indagatorias, propositivas, de objetivación, de confirmación, procesuales y de significación. Las técnicas de significación, que se abordan en este estudio, son las que tienen como pretensión central modificar significados emocionales y narrativos del conflicto facilitando una perspectiva empática hacia la otra persona. Por otro lado, se señala a la incitación empática como una de las funciones necesarias para la actuación de la persona mediadora (García-Villaluenga y Rosales, 2020).

La investigación en el ámbito de mediación debe ocuparse de indagar sobre la práctica profesional. Aunque hay muchos trabajos que estudian la eficacia de la mediación en comparación con otros procedimientos de gestión de conflictos (Pruitt, 1990; Feuille, 1992), debemos convenir que, no hay tantos estudios que investiguen la eficacia de las técnicas concretas y, por extensión, las estrategias que se utilizan en la mediación. La línea de las investigaciones se ha centrado en el estudio, como variables predictores de la eficacia del procedimiento mediador (Serrano, 2008), de las características del mediador, de las personas implicadas y la naturaleza y antecedentes del conflicto Bercovitch (1991, 1992). También se pueden destacar los trabajos de Canavale (1986) sobre el uso de tácticas (presión, compensación inacción e integración) y la percepción por parte de los mediadores de su eficacia (Carnevale y Pegnetter, 1985). En esta dirección, Méndez (1994), concluía que las tácticas de mediación más utilizadas eran aquellas que, en primer lugar, mantenían las negociaciones centradas en los problemas. Por otro lado, es un tema debatible establecer lo que tendríamos que entender por eficacia en la aplicación de una técnica o estrategia.

El catálogo de las técnicas de mediación ha sido auspiciado por las diferentes metodologías de la mediación que han señalado sus propias técnicas y procedimientos. Aunque, ciertamente, las personas mediadoras utilizan las diferentes técnicas sin considerar el modelo en que implementan su labor profesional. En esta dirección, el modelo transformativo (Folger y Bush, 1994a) tiene como una de sus finalidades modificar la relación entre las partes para favorecer la posibilidad de llegar a acuerdos y propone como uno de sus pilares procedimentales el reconocimiento del otro (Folger y Bush, 1994b) que, fundamentalmente, es un proceso técnico con diversas acciones que intenta potenciar e incluso construir la empatía y la comprensión hacia la persona con la que se mantiene el conflicto.

En este trabajo, analizamos la eficacia en la aplicación de un procedimiento estratégico para promover cambios en un sentido más constructivo y propositivo en la percepción del conflicto y en la apreciación de la persona con la que se mantiene el conflicto. Por tanto, la eficacia del procedimiento se determina por medio de la evaluación de las percepciones que sobre el

conflicto y la “otra persona” mantienen los participantes antes y después de la aplicación del procedimiento estratégico. Además, se valora si existe relación o no entre la eficacia del procedimiento y las características de personalidad de los participantes. Dado que en el proceso de mediación pueden influir las características de personalidad de las partes y que afectan tanto al proceso de negociación como a los resultados que se derivan de dicho proceso (Monteiro et al, 2012). Así, Barry y Friedman (1998) estudiaron la influencia en procesos de negociación de dos de los factores (“Extraversión” y “Amabilidad”) del modelo conocido como “The Big Five” (McCrae y Costa y 2008; Soto y Jackson, 2013) Sus resultados indicaron, entre otros efectos, que las personas con altas puntuaciones en “amabilidad” eran susceptibles de quedar ancladas en opciones tempranas y corrían el riesgo de perder terreno después del intercambio inicial de opciones.

En esa misma línea, los objetivos del presente estudio son los siguientes:

1. Estudiar la eficacia de la estrategia de mediación “reconocimiento emocional” para promover el cambio en la percepción del conflicto y de la persona con la que se mantenía el conflicto, hacia una perspectiva más empática.
2. Estudiar qué características de personalidad de los participantes se relacionan con la eficacia de la estrategia utilizada, en los cambios de percepción de la persona con la que se mantiene el conflicto.

Método

Participantes

La selección de los participantes del estudio se realizó a través de un muestreo por conveniencia, que contó con 69 participantes que empezaron y terminaron todo el proceso, distribuidos de manera aleatoria en dos grupos. El grupo control contó con 23 personas, mientras que el grupo experimental contó con 46. La muestra del estudio tenía edades comprendidas entre los 18 y 65 años, contando con 9 hombres y 14 mujeres en el grupo control y 28 hombres y 18 mujeres en el grupo experimental.

Instrumentos

Además de los datos sociodemográficos sobre edad, género, estado civil y nivel de estudios se utilizaron dos escalas. La primera para identificar las características de la personalidad de los participantes, *Big Five Inventory*. Este instrumento consta de cuarenta y cuatro ítems que evalúan los cinco grandes de personalidad (extraversión, agradabilidad, responsabilidad, neuroticismo y apertura a la experiencia), a través de una escala tipo Likert de 5 puntos (desde “Muy en desacuerdo” hasta “Muy de acuerdo”).

La segunda escala utilizada fue *El Cuestionario de Evaluación de las Percepciones en Situaciones de Conflicto* (EPEC) (Rosales, 2021), un instrumento de veinticuatro ítems, en la que valora el grado de acuerdo con respecto a una serie de afirmaciones a través de una escala Likert de 5 puntos

(Indicando una mayor puntuación, un mayor acuerdo con el ítem). El EPEC evalúa la percepción constructiva y empática del otro en las situaciones de conflicto a través de tres categorías con ocho ítems cada una:

1. “Patrón de culpabilización del otro”, con dos categorías específicas, la “Atribución por intencionalidad” con tres ítems, mientras que la “Atribución causal directa” con cinco ítems.
2. “Patrón de inmodificabilidad del otro”, con las categorías “Atribución caracterial” y “Atribución desempatada” con cuatro ítems cada una.
3. La categoría general “Patrón de autobeneficiación”, con las categorías “Autoexculpación” e “Imposibilidad”, con tres y cinco ítems respectivamente.

Procedimiento

Dada la situación de pandemia, en el momento de realizar el estudio, la administración de los instrumentos se realizó de forma telemática a través de la plataforma “Meet” de Google. El procedimiento contó con una Pre-sesión, una Primera sesión para todos los participantes y una Segunda, diferenciada, para el grupo control y grupo experimental.

En la Pre-sesión, se contactó con los participantes para agradecer su participación y fijar la primera sesión a través de un formulario con la plataforma “Google Forms”. Con esta información se procedió a cerrar una cita individual con cada participante.

En la Primera sesión, la persona mediadora se presentó y explicó a el/la participante el objetivo de la intervención, el procedimiento a seguir y se recabaron los datos sociodemográficos. Tras lo cual, se pidió al participante que relatase un conflicto que hubiera tenido y que le resultase emocionalmente significativo y que tuviera alguna vigencia en la actualidad, para que fuera éste el objeto de la intervención. Tras esto, se aplicó *El Cuestionario de Evaluación de las Percepciones en Situaciones de Conflicto* EPEC (de ahora en adelante, EPEC). Después, se administró al participante el Big Five Inventory (de ahora en adelante, BFI). Por último, se agradeció la participación y se estableció cuando se llevaría a cabo la segunda sesión. A partir de este punto los grupos experimental y control realizan una Segunda sesión distinta.

En la Segunda sesión destinada al grupo experimental, se aplicó el procedimiento estratégico específico para esta investigación. Este procedimiento consta de siete acciones, y tiene por objetivo reconocer al otro, y a sus sentimientos, estimular la empatía, facilitar la expresión de los propios sentimientos y ayudar a comprenderlos. En este procedimiento, se incluyó una técnica central, el Reconocimiento emocional, siguiendo el modelo procesual de Folger y Bush (1994), apoyada por las técnicas de la Silla vacía, la Síntesis circular de proceso y las Incitaciones reflexivas circulares (Rosales, 2022).

A continuación, se detalla el procedimiento desarrollado y descrito con sus indicaciones y su duración aproximada, en minutos.

Tabla 1. Procedimiento estratégico de “Reconocimiento emocional”	
ACCIÓN 1. Introducción (3’) Síntesis circular	El otro día me estuviste comentando un conflicto... (Realizar una síntesis del proceso de forma circular del conflicto descrito en la sesión anterior en base a las preguntas realizadas) Muy bien, entonces, hoy vamos a realizar dos ejercicios: Hagamos un ejercicio que se llama “la silla vacía”. Normalmente para este ejercicio necesitaríamos una silla vacía, pero como estamos de forma telemática, lo que haré será entrar con otro dispositivo a la llamada. (En este momento entra a la llamada la otra cuenta, que tiene por foto una silla vacía)
ACCIÓN 2 Silla vacía (8-10’)	Ahora necesito que imagines que en esta silla está sentado y escuchándote X, y ahora le digas todo aquello que no le has podido o no le has querido decir, lo que piensas sobre el conflicto, sobre cómo te ha hecho sentir, sobre cómo ves la situación ahora, todo cuanto quieras decirle. Ahora que has dicho todo esto, me gustaría que reflexionásemos sobre lo que has dicho y cómo te ha hecho sentir. ¿Cuántas de las cosas que dijiste, le habías dicho en persona? ¿Qué sensación has tenido haciendo el ejercicio? ¿De qué te has dado cuenta? ¿Has visto algo diferente?
ACCIÓN 3 Considerarlo y Desearlo (I) (3-5’)	Teniendo en cuenta lo que me has comentado, vamos a intentar reflexionar sobre el conflicto. Imagina que eres espectador de la situación del conflicto y tuvieras de manera muy neutral que hacer un relato de lo que has visto. Valorando las motivaciones de cada uno de manera imparcial.
ACCIÓN 4 Considerarlo y Desearlo (II) (3-5’)	¡Estupendo trabajo de neutralidad! Ahora, vamos a desarrollar lo que has hecho. Vamos a intentar reflexionar desde el punto de vista de X. ¿Cómo crees que se sintió X cuando ocurrió el conflicto en sí? Sé que puede ser complicado, pero ¿cómo te hubieras sentido en su lugar? ¿Cómo hubieras reaccionado tú y qué hubieras hecho?
ACCIÓN 5 Pensarlo (5-8’)	Habiendo pensado sobre esto, ¿Podrías aceptar que has podido tener una interpretación errónea del comportamiento de la otra persona?
ACCIÓN 6 Verbalizarlo (5-8’)	Si esta persona volviera a estar sentada en la silla, coméntale que has comprendido de su forma de proceder y actuar. Sería algo cómo, aunque no me gusto tu forma de actuar entiendo que... Intenta decirlo de la forma más positiva y centrándote hacia el futuro. ¿Cómo le dirías a la otra persona todas estas cosas que me comentas al ponerte en su lugar?
ACCIÓN 6 Incitaciones reflexivas circulares (5’)	Llegados a este punto, me gustaría saber si crees que esta conversación que hemos mantenido hoy te ha sugerido/ayudado a plantearte algo diferente, respecto al conflicto que has vivido con respecto a ti mismo o la otra persona. Si no responde, se le puede preguntar si le ha cambiado su visión sobre algún aspecto relacionado consigo mismo/a o con la otra persona.

ACCIÓN 7: Cómo ves, el ser humano es un ser complejo, donde a veces cuesta mucho expresar cómo nos hacen sentir las cosas que las demás personas hacen. A veces incluso, el dolor que nos pueden causar las decepciones que vivimos nos impide verlo así que me gustaría felicitarte por el esfuerzo que has hecho hoy de expresarte. Para finalizar, volveré a hacerte unas preguntas sobre tu visión del conflicto.

CIERRE

(10')

Administración del EPEC.

Muchas gracias por tu participación.

En la Segunda sesión destinada al grupo control, se volvió a agradecer a los sujetos su participación y se realizó el procedimiento estratégico diseñado para el grupo control. Este procedimiento consta de dos partes, en la primera parte de la sesión se utilizó una síntesis de proceso, de forma circular, para comprobar que toda la información comentada en la primera sesión se había entendido, tal y como se hizo en el grupo experimental, en el paso de la introducción. En la segunda, se administró de nuevo el EPEC para detectar si existía algún cambio en la percepción sobre el conflicto por parte de los participantes.

Análisis de datos

Para el análisis de los datos se utilizó el programa SPSS-26. Para contrastar el primer objetivo, se realizó el análisis de varianza (ANOVA) es Split-plot tratamiento por medida 2x2. Esto se hizo para comprobar si existen diferencias significativas entre el pre y post tratamiento en los grupos control y experimental, es decir para determinar si las técnicas son efectivas en el desarrollo de procesos empáticos. Para contrastar el segundo objetivo se realizó un modelo de regresión múltiple con la diferencia de puntuaciones como variable criterio y los cinco factores de personalidad como variables predictoras.

Resultados

Los valores de la media de las puntuaciones en el EPEC en las medidas pre y post y la desviación típica de esas puntuaciones reflejan en la tabla 2.

Tabla 2. Estadísticos descriptivos de la puntuación en el EPEC por condición experimental

	Grupo	Puntuación Pre	Puntuación Post
Media	control	97.7	101
	experimental	79.5	71.5
Desviación típica	control	17.0	18.6
	experimental	16.8	15.6

Se llevó a cabo un test de homogeneidad con la prueba de Levène, resultando que las variables tienen varianzas iguales y, por tanto, se utilizó la estadística paramétrica ($F(1;65) = 0.15$ $p > 0.5$; $F(1;65) = 0.175$ $p > 0.5$).

En relación al primer objetivo, el estudio de la eficacia de la estrategia aplicada, los resultados indican que existe un efecto de interacción significativa ($F(1,65) = 24.95$ $p < 0.001$ $\eta^2 = 0.27$) tanto comparando las puntuaciones pre y post de los propios sujetos como la diferencias entre el grupo control y el experimental. Al analizar las diferencias entre el pre y el post del grupo control, se halló que no habían diferencias significativas ($t(65) = -1.63$ $p > 0.05$). Por otro lado, al analizar las diferencias en los participantes del grupo experimental, se observa una disminución significativa de la puntuación en el EPEC tanto al compararse a la medida inicial ($t(65) = 6.5$ $p < 0.001$) como al compararse con el grupo control ($t(65) = 6.69$ $p < 0.001$) (Tabla 3).

Tabla 3. Contrastes Post-Hoc

Medidas	Grupo	Diferencia de medias	SE	df	t	P Bonferroni
Pre-Post	Control - Control	-3.00	1.84	65.0	-1.63	0.642
Pre - Post	Experimental - Experimental	8.07	1.24	65.0	6.5	<.001
Post - Post	Control - Experimental	29.26	4.37	65.0	6.69	<.001

Se puede concluir que la implementación de la estrategia ha sido efectiva, debido a la mejora de las puntuaciones del grupo experimental, tanto al comparar sus puntuaciones pre y post como al confrontar las puntuaciones post del grupo experimental frente el grupo control que presenta ausencia de cambios en sus puntuaciones.

Con respecto al estudio del segundo objetivo, el estudio del efecto modulador de la personalidad, se realizó un modelo de regresión múltiple, cumpliendo los criterios del test Durbin-Watson y el de normalidad de *Shapiro-Wilk*, usando la diferencia de puntuaciones del EPEC como variable criterio y los cinco factores de personalidad como variables predictoras. Tras realizar los análisis, se concluye que el modelo explica un 6.18% de la varianza de las puntuaciones. Este porcentaje es bajo debido a que el único factor que influye de manera significativa sobre la eficacia de las técnicas de mediación es el factor “*Agradabilidad*”, que influye de manera inversa, de tal forma que una mayor puntuación en este factor supone una menor efectividad de la estrategia aplicada.

Discusión

Este trabajo intenta hacer una aportación al estudio de la eficacia de las técnicas de la mediación organizadas desde un procedimiento estratégico estructurado. Esto tiene importancia para establecer procesos de intervenciones, regladas y equiparables, que sirvan de referencia a los

profesionales y un modelo fiable, basado en evidencias, para el aprendizaje y formación de las futuras personas mediadoras.

La diferencia de los resultados, entre los momentos pre y post de la intervención, en los grupos control y experimental indican que son significativos y señalan que el procedimiento estratégico empleado ha sido efectivo. Los resultados refuerzan la importancia de las funciones de la persona mediadora como incitador y facilitador empático y de gestión emocional (García-Villaluenga y Rosales, 2020), ya que con el procedimiento estratégico estructurado del reconocimiento emocional fomenta en las personas la expresión emocional, la interpretación del conflicto desde otras perspectivas y la promoción de la empatía.

Por otro lado, los resultados relativos a la influencia de la personalidad en la eficacia de la estrategia aplicada, apuntan a que los factores de personalidad, salvo el factor *Agradabilidad* no influyen en el cambio de procesos empáticos. No obstante, tal y como indica la definición de Soto y Jackson (2013) las personas con una puntuación alta en el factor *Agradabilidad* tienden a tener conductas más cooperativas y ello puede suponer que las personas con alta *Agradabilidad* tienden a realizar procesos empáticos más complejos y es de esperar que no sean tan susceptibles a las técnicas enfocadas a potenciar estas perspectivas cognitivas. En contrapartida, las personas con menos *Agradabilidad*, debido al procedimiento estratégico empleado, van a mejorar y fortalecer sus procesos empáticos.

Por otra parte, la ausencia de relación entre la personalidad y el procedimiento estratégico implementado señala que la personalidad (salvo el factor previamente comentado) no parece ser una variable moduladora de la eficacia de la estrategia empleada, a diferencia, como antes señalamos, de los resultados encontrados en el estudio de Barry y Friedman (1998). Esto reforzaría la idea que al menos en esta estrategia, la adecuada práctica del profesional es altamente relevante en la eficiencia de la intervención mediadora.

Entre las limitaciones de esta investigación, se encuentra el limitado tamaño muestral. En ese sentido, parece necesario aumentar el número de personas participantes, en futuras investigaciones al tiempo que sería necesario controlar con más precisión el tipo y característica del conflicto que se aborda, conocer mejor el nivel de significación y su vigencia emocional en el momento de la intervención.

Por último, cabe destacar que este estudio aporta un diseño de trabajo que permite estudiar el efecto cognitivo y emocional de las técnicas y estrategias de la mediación en las personas pese a la conocida dificultad de realizar investigaciones de los procesos de mediación, sobre todo desde las sesiones conjuntas. Por eso, y considerando sus limitaciones, esperamos que el presente estudio contribuya a profundizar y esclarecer las dinámicas de los procesos de mediación y su relación con las características de los participantes en el mismo.

Referencias

- Barry, B. y Friedman, R. A. (1998). Bargainer characteristics in distributive and integrative negotiation. *Journal of Personality and Social Psychology*, 74(2), 345–359.
- Bercovitch, J., (1991). International Mediation and Dispute Settlement: Evaluating the Conditions for Successful Mediation. *Negotiation Journal*, 7, 17-30.
- Bercovitch, J., (1992). Mediator and Mediation Strategies in International Relations. *Negotiation Journal*, 8, 99-112.
- Carnevale, P. J., (1986). Strategic Choice in Mediation. *Negotiation Journal*, 2, 41-56.
- Carnevale, P. J., Peggnetter R. (1985). The Selection of Mediation Tactics in Public Sector Disputes: A Contingency Analysis. *Journal of Social Issues*, 41, 65-81.
- Feuille, P., (1992). Why does Grievance Mediation Resolve Grievances? *Negotiation Journal*, 8, 131-145.
- Folger, J. P. y Bush, R.A. (1994a). *Ideology, Orientations to Conflict and Mediation Discourse*. En J.P. Folger y T. S. Jones (Eds.) *New Directions in Mediation- Communication Research and Perspectives*. Thousand Oaks, CA: Sage Publications.
- Folger, J. P. y Bush, R.A. (1994b). *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Barcelona, España: Granica.
- García-Villaluenga, L. y Bolaños Cartujo, I. (2006). *La mediación familiar: una aproximación interdisciplinar*. Madrid, España. Ediciones Trea.
- García-Villaluenga, L. y Rosales, M., y, (2020). Mediación Familiar. Principios y objetivos. En Fariña F. y Ortuño P., *La Gestión Positiva de la Ruptura de Pareja con Hijos*. Valencia, España: Tirant lo Blanch Editorial
- Infante, E., (1998). Sobre la definición del conflicto interpersonal: aplicación del cluster analysis al estudio semántico. *Revista de Psicología Social*, 13(3), 485-493.
- McCrae, R. R. y Costa, P. T. (2008). The Five-Factor Theory of personality. In O. P. John, R. W. Robins, y L. A. Pervin (Eds.), *Handbook of personality: Theory and research* (3rd ed., pp. 159-181). New York, NY: Guilford Press.
- Méndez, M. T. (1994). *La elección de estrategias y tácticas en la mediación de conflictos sociales*. Oviedo, España: Tesis Doctoral.
- Monteiro, A. P., Serrano, G. y Rodríguez, D. (2012). Estilos de gestión del conflicto, factores de personalidad y eficacia en la negociación. *Revista de Psicología Social*, 27(1), 97–109. <https://doi.org/10.1174/021347412798844042>.
- Pruitt, D. G. (1990). The Psychology of Mediation: The Role of Third Parties in Interpersonal Conflict. *III Congreso Nacional de Psicología Social. Libro de Documentos Varios*, 1-22.
- Putnam, L. L. y Poole, M. S. (1987). Conflict and negotiation. En F. M. Jablin, L. L. Putnam, K. H. Roberts y L. W. Porter (Dirs.), *Handbook of*

- Organizational Communication: An interdisciplinary perspective* (pp. 549-599). Newbury Park, CA: Sage.
- Rosales M., y García-Villaluenga L., (Coords.) (2020). *Las competencias de la persona mediadora*. Santiago de Compostela, España: Andavira.
- Rosales, M., (2021). El análisis del conflicto. Una perspectiva desde las percepciones mutuas. *Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica*, 2. <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=61e3ae32ba83ff4d026ec31a32c454a4>
- Rosales, M., (2022). *Recursos y herramientas de la mediación.*, en Vázquez E., y García Villaluenga L., (Dir.), *Habilidades y procedimientos de la Mediación*. Pamplona. Thomson Reuters. Aranzadi.
- Serrano. G., (2008). Eficacia y mediación familiar. *Boletín de Psicología*, 92, 51-63.
- Soto, C. J. y Jackson, J. J. (2013). Five-factor model of personality. In D. S. Dunn (Ed.), *Oxford Bibliographies in Psychology*. New York, NY: Oxford University Press-
- Suares, M. (2002). *Mediando en sistemas familiares*. Buenos Aires, Argentina: Paidós.
- White, M. (2002). *Reescribir La Vida. Entrevistas y Ensayos*. Barcelona, España. Gedisa.
- White, M., y Epston, D. (1993). *Medios narrativos para fines terapéuticos*. Barcelona, España:

LA CAPACIDAD DE MENTALIZACIÓN PARA LA PRÁCTICA MEDIADORA

Maria Munné

Universidad Pompeu Fabra

Introducción

Este artículo vincula dos conceptos, la mediación como sistema de gestión dialogada de conflictos y la mentalización como capacidad para imaginar los estados mentales (deseos, sentimientos, creencias, pensamientos, proyectos, etc.) como uno de los fenómenos que explican el comportamiento propio y ajeno (Fonagy y Target, 1998; Fonagy y Bateman, 2006; Lanza, 2010, 2016). Es atribuir al otro y a uno mismo un mundo interno representacional y mental (Mitjavila, 2013).

El objetivo principal del artículo es una propuesta de mejora profesional introduciendo el concepto de la mentalización en la mediación. La terminología de Mediación basada en la Mentalización (MBM), la formularon Howieson y Priddis (2015) en su artículo “En Mentalizing-Based Approach to Family Mediation: Harnessing Our Fundamental Capacity to Resolve Conflict and Building an Evidence-Based Practice for the Field”, y representa para mí el referente principal de la mentalización en el campo de la mediación.

La mentalización genuina incluye una serie de capacidades y habilidades de representación, que forman un mecanismo interpretativo especializado, dedicado a la tarea de explicar y predecir el comportamiento propio y ajeno mediante la capacidad de inferir y atribuir al sujeto de la acción determinados estados mentales intencionales que den razón de su conducta. Por eso, no toda actividad mental puede considerarse como “mentalizadora”, sino sólo aquella que se refiere a estos estados (Lanza, 2010).

La palabra mentalización puede crear confusión en la opinión mayoritaria, para quien la mente es un territorio y una actividad personal del individuo. El concepto de mentalización que utilizo tiene una clara dimensión relacional, interpersonal y por ende psicosocial. Fonagy y Bateman (2013) describen la mentalización como un fenómeno profundamente social, donde nuestra condición humana, generalmente (y de forma automática) produce creencias sobre los estados mentales de aquellos con quienes interactuamos, y nuestros propios estados mentales se ven fuertemente influenciados por estas creencias atribuidas.

El concepto de mentalización adquiere sentido sobre todo en el conflicto interpersonal (Bilbao y Lanza, 2019) propio del proceso mediador, cuando se produce una pérdida de la capacidad empática, impidiendo leer las

dimensiones cognitivas del otro y las propias, producto de un relato desconectado de la realidad y a menudo cercano a ideas delirantes.

Los seres humanos pueden perder temporalmente la conciencia de que los demás también son poseedores de una mente, y en ocasiones pueden tratarlos como si fueran objetos físicos (Bateman y Fonagy, 2013).

La pérdida de la capacidad para mentalizar en el modelo de mediación circular-narrativa se manifiesta en el discurso o relato inicial de cada parte, calificada como historia primaria o «narrativa madre». En mediación aparece en la primera explicación del conflicto. Esta narrativa primaria ejerce un enorme influjo hacia cualquier suceso nuevo o hecho que se produzca con posterioridad (White y Epston, 1993).

En situaciones de conflicto aspectos de la experiencia vivida quedan fuera del primer relato dominante y éste no permite visualizar más allá de la conflictiva y la repetición. La recuperación de toda esta gama de sucesos, sentimientos o intenciones que White y Epston (1993) denominan “acontecimientos extraordinarios”, según Munuera y Garrido Soler (2015) son los que se deben ir recuperando, para poder cambiar las historias originales de las partes, por otras que permitan avanzar en la gestión o solución del conflicto. El cambio de unas historias a otras exige poder romper esa inercia de dominación de los relatos iniciales.

El lenguaje utilizado por personas en conflicto tiende a mostrar desconfianza y adjudicar intenciones a partir de la vivencia conflictiva subjetiva y no de los hechos en sí.

Desde ese punto de vista, la no mentalización de las partes se convierte en una traba para el objetivo de la mediación.

En la mediación transformativa expuesta por Busch y Folger (2009) la necesidad de mentalización de las partes se ve reflejada en su percepción del conflicto, y los sentimientos de debilidad que adquieren las personas que lo sufren. La debilidad mermanante deriva en la demonización del otro, creando una espiral conflictiva ascendente, un círculo vicioso. Este círculo vicioso debe convertirse con un círculo virtuoso, revirtiendo la espiral. Para ello los autores proponen primero trabajar el empoderamiento de las partes para aminorar este debilitamiento fruto del conflicto, y después favorecer el reconocimiento para desenmascarar los sentimientos demonizadores hacia el otro, es decir combatir las ansiedades paranoides o persecutorias que surgen inevitablemente. Este proceso de resolución transformativo del conflicto necesita el incremento de la conciencia de los implicados en el conflicto.

Los dos modelos de mediación, el circular-narrativo y el transformativo citados hacen referencia de forma implícita a la mentalización.

La conciencia de otras mentes es uno de los mejores indicadores de niveles elevados de mentalización, y se asocia con una sensación de libertad interna para explorar pensamientos, sentimientos, deseos y experiencias (Bateman y Fonagy, 2013).

Para mentalizar adecuadamente es necesario esforzarse en un “descentramiento” que deje de lado la propia perspectiva para captar la ajena. Conocer la forma en que los esquemas operativos y las defensas de cada

uno condicionan y distorsionan la percepción. Mentalizar requiere esfuerzo (Allen et al, 2008).

Por esta razón, aunque esta capacidad sea natural e intuitiva (Howieson y Priddis, 2012) las personas tienen diferentes grados de mentalizar, en diferentes momentos y en distintos entornos.

En particular, todas las personas pueden perder su capacidad de mentalización cuando se vuelven altamente emocionales o cuando están experimentando un conflicto, o un estrés considerable. Esta particularidad explica por qué en muchos casos las personas que acuden a mediación tienen dificultades en percibir motivos, necesidades, deseos ajenos y propios.

Ayudar a mentalizar a las partes en mediación es un proceso básico y fundamental que la mediación permite adquirir.

La dimensión de esperanza que aporta la mediación mentalizadora es que, más allá de ser una capacidad natural propia de los seres humanos, se puede recuperar, aumentar y aprender por parte de todos los actores implicados en el proceso mediador.

Las personas con alta capacidad mentalizadora tienen la seguridad interna para explorar y verbalizar incluso los recuerdos y experiencias difíciles, y están claramente interesados en hacerlo (Fonagy, 2011)

La Mentalización para la Mediación

Howieson y Priddis (2015) en su estudio concluyen que los momentos de mentalización de los procesos suceden precisamente cuando la persona mediadora encara el proceso con una visión relacional de la situación. Visión compartida por los profesionales de la mediación transformativa y circular-narrativa, y en la cual no puso el foco el modelo tradicional-lineal, encarado a encontrar una solución mutuamente satisfactoria, desde una perspectiva de intereses individuales y no desde una perspectiva grupal, relacional y psicosocial.

En muchos aspectos, los conceptos del modelo transformativo y el modelo circular-narrativo son similares y están evolucionando hacia una integración. Esto se debe principalmente a dos factores:

1. La práctica de la mediación en diferentes ámbitos articula cada vez más las técnicas provenientes de modelos que integran las teorías y prácticas profesionales.
2. La integración de los conceptos teóricos que unos y otros autores introducen en sus teorías.

Los autores se leen entre sí e incorporan aspectos de autores de otros modelos que enriquecen y dan sentido al propio. Un ejemplo serían las citas que Cobb (2016) hace de Lederach (2009, 2015) y la influencia que recibe de Galtung (2004).

La integración de ambos modelos la elaboro a partir del concepto de violencia cultural de Galtung (2016). Para quien el factor cultural es el origen de la violencia directa y estructural. Hablar de violencia cultural, es hablar de la parte negativa del rasgo cultural. Las culturas pueden tener elementos

violentos. El concepto contrapuesto a la violencia cultural es la paz cultural o la cultura de la paz. Este concepto ampliamente desarrollado por Galtung (1998) se vincula perfectamente con el de violencia narrativa de Cobb (2016).

La cultura desde el modelo circular-narrativo, de acuerdo con el construccionismo social (Berger y Luckmann, 1967,1993; García, 2015) es fruto del relato de cada individuo o grupo. Indagar narrativamente es poner en el centro la experiencia vivida y contada por las personas, en relación con las narrativas sociales, culturales, institucionales en las que ésta constituida, conformada, expresada y mostrada (Clandini, 2013).

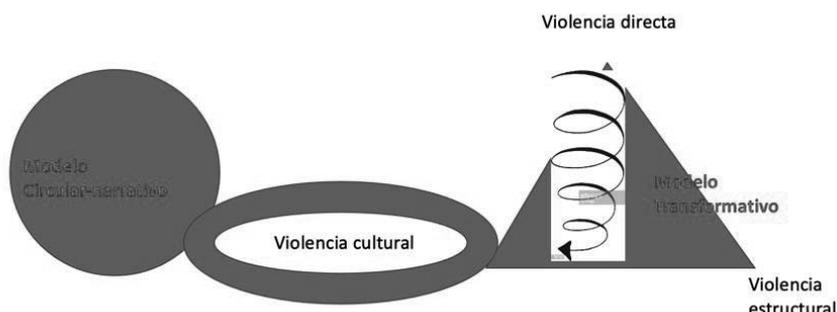
Para Dewey (1928) la experiencia era el resultado de la interacción continua entre las personas y el mundo que las rodea y constituye nuestras formas de ser y estar en él, por ejemplo, los recuerdos por los que nos hemos preguntado al principio del artículo (Santín y Velázquez, 2021).

Dewey (1928) describe el fenómeno de “credulidad primitiva” como una tendencia natural a creer cualquier cosa ligada a las costumbres ya existentes, a no ser que se proporcione una poderosísima evidencia en sentido contrario. El mundo está organizado y estructurado en base al pensamiento reflexivo tanto de las narrativas “vivas” como de las narrativas “contadas”. Las narrativas “vivas” son aquellas que estructuran la naturaleza de la experiencia en sí misma, a menudo sostenidas por el andamio que nos proporciona nuestra propia cultura, a la vez que las narrativas “contadas” son aquellas que elaboramos con otras personas a lo largo de nuestras vidas. Vivimos las narrativas que explicamos pero que no construimos (nosotros mismos). La autoría es parcial y depende de los recursos y reglas culturales. La cultura, las personas y los grupos construyen las narrativas. Son psicosociales.

El concepto de violencia cultural aglutina los fundamentos prácticos de ambos modelos. Con un mismo fin de pacificación de las relaciones, cada modelo hará hincapié en lo que le será más propio.

Galtung (2016) analiza la violencia cultural a partir de la violencia estructural y la violencia directa. El factor cultural es bidimensional e incluye la violencia cultural y la paz cultural.

La conexión entre los dos modelos de mediación parte del triángulo de la violencia de Galtung (1990), estructura propia de la concepción transformativa y acorde con el modelo circular-narrativo. A continuación, la figura nº1, articula de forma gráfica y novedosa esta integración:

Figura 1.

Nota: Elaboración propia

Para el modelo circular-narrativo, la cultura representa la narración que cada individuo grupo o sociedad hace de su propio entorno y del de los demás. El objetivo es cambiar las narrativas violentas, por narrativas conciliadoras, como puentes para la reconciliación (Leredach y Thapa, 2018).

El factor comunicativo circular-narrativo y la propia explicación de la vivencia vivida es el material con el que va a trabajar el modelo para provocar estos cambios.

Las estructuras sociales creadas por las personas y grupos serán el foco del proceso transformador, profundizando en el análisis de los contextos sociales, en los que se producen.

La intersección de los dos modelos con la psicología social construccionista proporciona un modelo integrado en el cual el modelo transformativo aporta la estructura y el modelo narrativo el contenido. El modelo transformativo trabaja la posición profesional del mediador, el análisis constante de los elementos del conflicto para crear procesos adaptados a la situación y la decisión de encarar un procedimiento a través de la mediación, observando los pros y contras de la intervención. El modelo circular-narrativo trabaja la comprensión del contenido, la distancia entre la persona y el problema que le afecta, se adentra en la comunicación, ayudando a la responsabilización dialéctica de las personas con técnicas circulares.

Ambos modelos trabajan los tiempos del conflicto: pasado, presente y futuro y la contradicción como elemento constante de todas las situaciones humanas y en concreto de las conflictivas.

Tipos de Mentalización

Mentalización implícita o intuición

Consiste en varios procesos que transcurren de forma no reflexiva y automática y constituyen la mayor parte de lo que decimos mentalizar. Se

producen en los múltiples intercambios interpersonales del día a día de toda persona.

Entre otros ejemplos, cabe citar el empatizar espontáneo, que implica cierto grado reflejo de las expresiones faciales y posturas del otro, de una forma directa y no deliberada. También, tomar y ceder el turno en una conversación rápida, y tener en cuenta la perspectiva del otro (sabemos cómo procede el otro y mientras hablamos lo tenemos en cuenta), sin darnos cuenta conscientemente. El tacto social e interpersonal es una manifestación de ese tipo de mentalización.

Según Lanza (2011), la mentalización implícita parte de procesos automáticos. La mentalización implícita o automática no es consciente y no reflexiva. Tiene un tiempo de procesamiento rápido y procesa estímulos en paralelo, no requiriendo esfuerzo, atención concentrada o intención.

Una manifestación habitual de la misma es la intuición a la que Lieberman (2000) define como “un correlato fenomenológico y conductual del conocimiento obtenido a través del aprendizaje implícito” (p.110) y que incluye sentimientos, juicios, presentimientos que experimentamos en ciertas situaciones sociales sobre los estados mentales o sobre el comportamiento propio y ajeno y que nos llevan a adoptar determinadas actitudes interpersonales- sin que tengamos razones bien articuladas para justificarlos.

Este automatismo está fuertemente influenciado por la cultura dominante y es necesario contrarrestar y concienciar los efectos negativos de una mala perspectiva de género, aún dominante e implícita en nuestra forma de actuar inconsciente.

La mentalización automática supone la percepción en paralelo de varios indicadores sensoriales (postura, tono de voz, gestos, modo de hablar y de mirar, etc.) que son procesados simultáneamente (Lanza, 2011).

Mentalización explícita

Incluye procesos simbólicos deliberados y reflexivos. Puede tener forma de narración para poner los sentimientos en palabras o se pueden crear experiencias en diferentes contextos para favorecer nuevos relatos que incluyan pensamientos o sentimientos hasta ahora no mencionados o no conocidos por las partes. Es la conciencia de cómo funciona la propia mente, se identifica una secuencia de pensamientos, se reflexiona sobre ellos y se focaliza deliberadamente su atención.

Para su realización requiere de procesos controlados. Implica procesar lo que se hace, los sentimientos y los pensamientos. Requiere atención concentrada, intención, conciencia y esfuerzo.

Al mentalizar explícitamente podemos intentar inferir deliberadamente las motivaciones y condicionamientos de las conductas de los demás, discernir qué comportamientos se vuelven esperables a partir de tal o cual situación, anticipar cómo reaccionará el otro a la manera en que le comunicamos determinada noticia, o expresamos determinado deseo. Anticipar es predecir el comportamiento ajeno (Lanza, 2011).

Mentalización en relación con uno mismo

La mentalización en relación con uno mismo es poder traducir el propio pensamiento de una forma más entendedora y nueva, aprendiendo a gestionarse mejor y conociendo nuevas funciones de la propia personalidad. Por ejemplo, darse cuenta de que no ayudo a calmar la situación.

Sus componentes son tres: identificación, modulación y expresión de los afectos (Lanza 2010). Se entiende por identificación la capacidad de darse cuenta de la propia conducta; por modulación, la capacidad de poder realizar una contención sobre ella, por ejemplo, los gestos faciales y por expresión de los afectos, la capacidad de transmitir los propios sentimientos.

Los procesos focalizados en el interno son aquéllos que centran la atención en las características experienciales internas (mentales, emocionales) de uno mismo y de los demás. Incluye actividades como la empatía, el autorreflexión, la memoria autobiográfica, las reevaluaciones basadas en la relación personal con un objetivo, etc. (Lanza, 2011).

Mentalización en relación con los demás

La actitud mentalizadora hacia el otro implica curiosidad y un genuino interés en los pensamientos y sentimientos ajenos. Es la apertura mental que requiere el respeto por otras perspectivas. Los estados mentales de los demás siempre poseen cierto grado de opacidad. La conducta de otro genera incertidumbre y dudas, aspecto por lo que es tan necesario en mediación tener espacios de escucha mutua, en un espacio protegido por profesionales.

Para mentalizar adecuadamente es necesario esforzarse en un “descentramiento” que deje de lado la propia perspectiva para captar la ajena. Quien primero realiza esta acción de descentramiento es la persona mediadora. Ésta debe conocer la manera en que los esquemas operativos y las defensas de cada uno condicionan y distorsionan toda percepción.

Los procesos focalizados en lo externo son aquellos en los que la atención se centra en las características externas, físicas y a menudo visualmente perceptibles de los demás, de uno mismo o de la interacción. Entre las actividades cuya fuente se encuentra en el exterior, podemos incluir la observación de las acciones, el reconocimiento visual de emociones e intenciones perceptibles en el tono, rostro, gestos y posturas de los demás (Lanza, 2011).

Teoría de la técnica

Los procesos de Mediación basada en la Mentalización (MBM), deben tener en cuenta las cuatro tipologías de la mentalización. En este artículo presento un esquema de una estructura base de mediación¹ transformativa que

¹ El modelo que se presenta es material no publicado anteriormente. Munné M. (2012). Primera Guía de Mediación Transformativa. Máster de Mediación Profesional de la UPF-BSM.

favorece momentos de mentalización implícita en la mediación tanto hacia sí mismo como hacia los demás.

Figura 2.



Nota: Elaboración propia

Análisis y legitimación de los elementos del proceso de mediación.

El análisis hace referencia a la necesidad de conocer para poder decidir. Iniciar una mediación es una decisión de las partes y de la persona mediadora. Todas las personas implicadas deben hacer una decisión consciente de lo que significa empezar y encarar un proceso de mediación. Es lo que yo denominaría fase diagnóstica.

No estoy de acuerdo en considerar a la mediación un proceso de prueba, con la mirada puesta en otras alternativas. Esta perspectiva ha beneficiado la visión judicial de la mediación, pero no ha ayudado al compromiso en el proceso y ha perjudicado a la práctica mediadora en su conjunto.

Entrar en un proceso de mediación conlleva una toma de responsabilidad hacia uno y hacia los demás. Para el profesional, de igual modo, es un acto de responsabilidad hacia los mediados y las consecuencias que se derivan. Por eso iniciar una mediación necesita de un análisis conjunto o diagnóstico.

En este análisis se legitiman los distintos elementos del conflicto. El contexto, la relación, el momento, los beneficios, los perjuicios, los relatos de cada parte, las posibilidades de las partes y del mediador para asumir profesional o personalmente esta acción mediadora.

Las acciones de análisis y legitimación tienen incorporados muchos momentos de mentalización implícita: conversaciones, preguntas, parafraseos, reformulaciones, encuadres, entre otros. También pueden contener técnicas de mentalización explícita como la devolución espejo de un primer relato en sesión individual.

Devolución espejo. Técnica para favorecer la mentalización explícita

Esta técnica la creé para ayudar a acrecentar la confianza profesional con la parte (Munné, 2012). Para realizarla se inicia con la escucha activa

propuesta por Rogers (1987) y muy aplicada actualmente en todos los procesos de mediación. A lo largo de mi experiencia como mediadora he ido viendo que para las partes esta técnica representa mucho más que un espacio de confianza, les ayuda a determinar la importancia de sus relatos y el grado de afectación que tiene para ellos.

La devolución espejo propone que la persona profesional haga un retorno a la persona mediada, en sesión individual, con el objetivo de que esta se vea verdaderamente reflejada. Para ello el mediador en esta técnica escucha durante tres minutos a la parte después de formularle una pregunta abierta. Una vez escuchada la respuesta, la mediadora hará la devolución del relato sin juzgarlo. En este retorno el profesional debe empezar de la misma manera que lo ha hecho la persona mediada, debe seguir destacando el recorrido del relato de la parte, mostrando algunos aspectos de lenguaje no verbal y finalmente terminar el relato con las mismas palabras que ha utilizado la parte.

Se diferencia del parafraseo en que:

- La devolución espejo no pretende eliminar las connotaciones negativas del lenguaje utilizado, por el contrario, quiere mostrar la literalidad de las palabras con que se ha expresado la parte.
- No se debe realizar en sesión conjunta ya que busca una comprensión total de la parte, difícil de encajar por la parte contraria. Es un ejemplo de cómo trabajar la “multiparcialidad” expuesta por el modelo circular-narrativo de Sara Cobb (Calcaterra, 2006) ya que se realiza en sesión individual.
- No es una técnica que pueda utilizarse en muchas ocasiones en el proceso mediador. Se suele realizar en una primera o segunda sesión individual con la parte.
- No se interpreta en ningún momento, tan sólo se muestra lo que la parte dice o hace.
- No se empieza diciendo “si te he entendido bien” si no “usted/ tú has empezado diciendo”.
- Mientras se hace el retorno del relato, se va mostrando verbal o corporalmente el lenguaje no verbal expresado por la parte.

Empoderamiento

Es el momento en que el mediador se focaliza para entender el relato y la visión de la parte. Es un momento diseñado para trabajar la mentalización en relación a uno mismo.

El empoderamiento representa un modelo o paradigma para la intervención social, en especial para las áreas del Trabajo Social y la Psicología Comunitaria, que es donde ha obtenido una mayor repercusión (Bacqué y Biewener, 2016); Fernández, Carmona y Di Masso, 2019).

Zimmerman (2000) describe el empoderamiento como un medio por el cual las personas se dan la oportunidad de controlar su propia vida y para gestionar aquellas situaciones que las afectan directamente.

En mediación el momento de empoderamiento es la acción de apropiarse o “agenciarse” de la capacidad de tomar decisiones y actuar sobre ellas, de tomar las riendas y el poder sobre su propia vida. El empoderamiento se obtiene mediante la comprensión y el fortalecimiento de la capacidad humana, intrínseca de cada parte para afrontar las dificultades, comprometiéndose a la reflexión, decisión y acción como actos conscientes e intencionales propios. Esto implica un desarrollo de la madurez psicológica (Folger y Bush, 2009).

El concepto de empoderamiento tiene similitudes con la legitimación del modelo circular- narrativo. Según el cual el primer contacto en mediación aporta un apoyo desconocido hasta ese momento de los discursos iniciales con los que llegan las partes a la mediación (Munuera, 2007, Munuera 2015).

Para el empoderamiento aparte de los recursos propuestos por Bush y Folger (2009), he creado una sesión que favorece la mentalización implícita.

Sesión privada/conjunta. Sesión de mediación para favorecer la mentalización implícita

La sesión de mentalización implícita se llama sesión privada conjunta y es una modalidad de sesiones de “silla caliente”.

En esta sesión se favorece la escucha tanto de uno mismo como del otro, a fin de que la parte tenga más información para evaluar sus recursos, sus objetivos, conozca la otra perspectiva y pueda ubicarse mejor en el proceso.

Esta actividad se realiza en sesión conjunta.

La sesión consiste en separar físicamente a las partes en la misma sala de mediación. De tal manera que una de las partes estará hablando con el mediador mientras la otra permanecerá en silencio. Es importante sentar a las personas participantes de tal modo que:

- La parte que conversa con el mediador no pueda ver a la otra parte.
- El mediador pueda estar delante de la parte con la que conversa y pueda visualizar la parte que está escuchando.
- El acto de escuchar requiere agua, papel y bolígrafo para escribir todo lo que no pueden comentar mientras se hace el ejercicio.
- En esta conversación el mediador va siguiendo un guion de preguntas igual para todas las partes, que puede adaptarse dependiendo del ámbito de la mediación donde se aplica. Seguidamente se muestra un esquema con un ejemplo:

Ejemplo de guion para las preguntas de la sesión privada/conjunta

Preguntar por el inicio del conflicto. ¿Cuándo ubica realmente el inicio de la situación que le ha traído a mediación? Pensar bien la respuesta.

Preguntar por los pactos implícitos o explícitos que se han hecho y el rol que ha cogido en estos pactos.

Preguntar por los cambios significativos que han existido desde el inicio del conflicto. Concretar tres momentos clave.

Preguntar por la vivencia de la situación actual.

Preguntar por las características personales que a su juicio favorecen positivamente los pactos.

Preguntar por las características personales que a su juicio favorecen negativamente los pactos.

Preguntar por aquellos aspectos iguales y diferentes entre las partes.

Preguntar por los temas que quiere pactar en la mediación.

Preguntar por el aspecto innegociable.

Preguntar por la alternativa. ¿Qué va a hacer si en la mediación no llegan a un acuerdo?

Nota: Elaboración propia

Una vez todas las partes han conversado con el mediador a partir de este guion, la sesión continua con una reflexión del mediador y la propuesta de una futura sesión individual de 50 o 60 minutos con cada uno de ellos, para analizar conjuntamente con el mediador lo comprendido.

El mediador termina la sesión sugiriendo a las partes que no hablen del ejercicio hasta no haber realizado la sesión individual posterior.

Reconocimiento

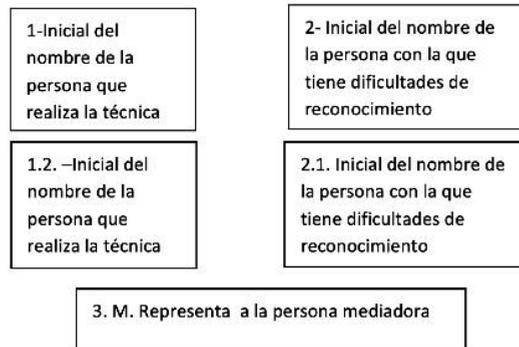
En mediación este concepto hace referencia a la capacidad de entender y tener en cuenta la perspectiva de los demás (Folger y Bush, 2009). El reconocimiento está directamente vinculado a la capacidad empática de las personas. Es la mentalización a los demás.

Desplazamiento de roles. Técnica de mediación para favorecer la mentalización explícita

Esta técnica se llama “técnica de desplazamiento de roles” y la he diseñado para ayudar a las partes a poder comprender las acciones, los pensamientos y los sentimientos de la otra parte e incorporarlos en su nuevo discurso.

Esta técnica se realiza en sesión privada y consiste en:

1. Explicar a la parte que se realizará esta técnica
2. Poner seis papeles en el suelo de la siguiente manera:

Figura 3.

Nota: Elaboración propia

3. Situar a la parte en el papel 1. Describir su situación de conflicto a partir los aspectos que ha relatado en la mediación. Finalizar con la vivencia actual de estar en el proceso, mediando con la otra parte, y desde aquí preguntar qué sentimientos provoca en ella esta situación conflictiva.
4. Situar a la parte sobre el papel 2. Decirle que intente vivir la experiencia como si fuera la otra persona. Describir la situación de la otra parte tal como ésta la ha contado en la mediación. Finalizar con la descripción de la vivencia actual que ésta puede estar viviendo, y desde aquí preguntar qué sentimientos le provoca esta situación conflictiva desde su nuevo rol.
5. Situar a la parte en el papel 1.2. Preguntar cómo ve a 1 y que le diría, después preguntar cómo ve a 2 y que le diría.
6. Situar a la parte en el papel 2.1. Preguntar cómo desde ese rol ve a 2 y que le diría, después cómo ve a 1 y que le diría.
7. Situar a la parte sobre el papel 3. Preguntarle cómo cree que les percibe el mediador, que les diría a 1 y a 2, y finalmente que les propondría para seguir con la mediación.
8. Resumir lo que ha dicho la persona participante en el ejercicio, destacar que todo es fruto de su percepción, es su reflexión. La persona mediadora profundiza en la necesidad de trabajar con toda la información que ha aportado la parte.
9. Se termina la técnica volviendo a la mesa de mediación e intentando hacer un relato nuevo, entre el mediador y la parte a partir de la información aportada por esta.

Transformación

En la MBM transformar el conflicto va directamente vinculado al concepto que yo tengo y al trabajo de responsabilización y frustración. Lo explico

diciendo que la tarea mediadora es ayudar a aceptar las frustraciones que comporta la realidad de la existencia del conflicto y sus consecuencias, para discernir los aspectos de los que cada parte debe responsabilizarse y de los que no, asumiendo la frustración que corresponda.

Vicente Fisas (2011 p. 6) escribe: “La transformación del conflicto es una forma de visualizar y responder al ir y venir de los conflictos sociales como oportunidades que nos da la vida para crear procesos de cambio constructivo que reduzcan la violencia e incrementen la justicia en la interacción directa y en las estructuras sociales, y respondan a los problemas de la vida real en las relaciones humanas.”

Círculo de diálogo para la transformación del conflicto. Proceso para favorecer la mentalización implícita.

Esta modalidad de círculo de diálogo, también llamado círculo de paz, es un proceso multipartes que he creado a partir de metodologías de círculos restaurativos (Yazzie y Zion, 1996) y de las dinámicas grupales propuestas por Tavistok (De Loach, 1990). Este círculo pretende la creación de un espacio que reúna a las personas en un ambiente seguro para el diálogo y para el intercambio de pensamientos, emociones y relatos.

Los objetivos del círculo son cuatro: analizar la situación conflictiva, cambiar percepciones, proponer pactos y crear nuevos valores. El proceso se puede realizar para la consecución de alguno de estos objetivos, en que por lo general van de más a menos, el análisis del conflicto se puede garantizar como un objetivo alcanzable desde el inicio, los otros tres dependerán de la evolución del proceso.

El método comienza con un diagnóstico de las características del conflicto, después se analiza su idoneidad para trabajar en círculos de diálogo. Luego se identifican los intereses y las partes que los defienden. Se decide a quien se invita al círculo, y finalmente se decide realizar sesiones individuales para convocar a las partes y explicar la metodología del círculo.

El proceso lo conducen dos profesionales que actúan como uno solo con dos funciones:

Función conductora: Enmarca el proceso, los principios mediadores, recuerda las pautas de funcionamiento que ambos mediadores ya han trabajado en las sesiones individuales con cada parte. Inicia y hace las preguntas, da tres minutos máximo a cada representante para responderlas siguiendo el orden de las agujas del reloj. Las partes, a fin de facilitar la escucha y la no precipitación de la respuesta, no pueden interrumpirse, finalmente cierra el proceso.

Función analista: Antes de iniciar la tercera pregunta hace un resumen de lo ocurrido hasta ahora en la sesión, positiva los avances y remarca los momentos de impasse. Hace una devolución al grupo de los elementos en común entre las partes y de los elementos divergentes. Para realizar su labor, observa la comunicación no verbal que se da en el círculo.

El proceso cuenta con una persona externa: Esta puede ser una persona experta en la temática que se está discutiendo o una persona de confianza

de todas las partes. Aporta su visión de lo que ocurre en el círculo. El objetivo de su presencia es aportar una mirada externa que no deba preservar el principio de imparcialidad del mediador. Sus opiniones sirven muchas veces para desbloquear momentos de impasse.

Preguntas para el círculo. Se realizan tres preguntas en el círculo:

1. ¿Quién es cada participante y el objetivo de su presencia en el círculo?
Se realiza una sola vez.
2. ¿Qué visión tienen de la situación conflictiva desde su rol en el círculo?
Al menos se realiza dos veces.
3. ¿Qué solución pueden pensar para la situación conflictiva que se ha presentado en el círculo? Al menos se realiza dos veces.

Se convoca a las partes a una reunión de 3 horas en dos períodos de 1:15h y una pausa en medio de 30min.

Círculos de Decisión para la transformación y la consecución de pactos. Proceso para favorecer la mentalización implícita.

Con un objetivo dirigido a la consecución de acuerdos, a partir del círculo de diálogo creé también esta metodología dirigida al conflicto multipartes, que tiene el nombre de “círculo de decisión”. Los círculos de decisión parten de la misma metodología de los círculos de diálogo, pero se realizan en dos sesiones de dos horas, que deben tener una separación mínima de 90 minutos entre sesión y sesión.

La diferencia metodológica fundamental respecto al círculo de paz es que, en el círculo de decisión empieza a hablar el responsable de decidir la resolución del conflicto y aporta la alternativa al acuerdo de mediación, en caso de que las partes no pudieran llegar a ellos. Luego esa persona se marcha del proceso. En ese círculo no hay persona externa.

El círculo de decisión, aunque incorpora elementos del modelo de negociación colaborativa de Harvard, sigue las pautas de funcionamiento del círculo de diálogo, fomentando momentos para la mentalización implícita.

Conclusiones

La mediación como proceso de resolución dialogada de conflictos se ha empezado a enriquecer a nivel teórico, pero a mi entender todavía carece de suficientes metodologías y técnicas que permitan alcanzar los objetivos. Plantea los límites del propio concepto de mediación, así como los de sus bases teórica y técnicas representadas fundamentalmente por los tres modelos de mediación mencionados.

En este sentido la mediación basada en la mentalización MBM aporta un enriquecimiento teórico/técnico de los modelos de mediación transformativa y circular-narrativa. La puesta en marcha de procesos de mediación en diferentes ámbitos desdibuja la práctica de la mediación basada en un único modelo y permite su integración.

Esta integración parte del concepto de violencia cultural que comparten ambos modelos y que conforma una de las aportaciones más significativas

de la cultura de la paz de Johan Galtung, que la mediación transformativa hace suya y que el modelo-narrativo de Sara Cobb explora a través de las narrativas violentas.

La mentalización tiene cuatro tipologías: mentalización explícita, mentalización implícita, mentalización hacia uno mismo y mentalización hacia los demás. Estas tipologías ayudan a la construcción de métodos de mediación. En el artículo se ha presentado una estructura de mediación transformativa que permite técnicas narrativas y que favorece momentos de mentalización implícita y mentalización explícita, sobre sí mismo y sobre los demás.

Esta estructura tiene cuatro elementos: primero análisis y legitimación, segundo empoderamiento, tercero reconocimiento y cuarto transformación.

Para cada uno de los elementos se ha presentado una metodología de intervención diseñada por mí para favorecer la mentalización. Estas metodologías son: la devolución espejo, la sesión privada conjunta o silla caliente, el desplazamiento de roles, el círculo de diálogo y el círculo de decisión. Todos ellos comparten la capacidad de favorecer momentos de mentalización.

Entendemos la mentalización como una ayuda integral de la tarea mediadora.

Referencias

- Allen, J. G., Fonagy, P., y Bateman, A. W. (2008). *Mentalizing in clinical practice*. Londres, UK: American Psychiatric Publishing.
- Bacqué, M. H., y Biewener, C. (2016). *El empoderamiento. Una acción progresiva que ha revolucionado la política y la sociedad*. Barcelona, España: Gedisa.
- Bateman, A. y Fonagy, P. (2013). Mentalización-based treatment. *Psychoanalytic Inquiry*, 33, 595-613 <https://doi.org/10.1080/07351690.2013.835170>
- Berger, P., Luckmann, T. (1967/1993) *La construcción social de la realidad*. Buenos Aires, Argentina: Amorrortu,
- Bilbao, I. y Lanza G. (2019). Caracterización del Método para la Evaluación de la Mentalización en el Contexto Interpersonal (MEMCI). Aperturas psicoanalíticas: *Revista de psicoanálisis*, 60, e4, 1-17. <https://aperturas.org/imagenes/archivos/ap2019%7Dn060a13.pdf>
- Baruch, R.A. y . Folger, J. P. (2009). *Promesa de mediación: cómo afrontar el conflicto mediante la revalorización y el reconocimiento*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Granica.
- Calcaterra, R. A. (2006). *Mediación estratégica*. Barcelona, España: Gedisa editorial.
- Clandinin, D.J. (2013). *Engaging in Narrative Inquiry (1st ed.)*. Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315429618>
- Cobb, S. (1993). Empowerment and mediation: A narrative perspective. *Negotiation Journal*, 9(3), 245-259.

- Cobb, S. (2016). La estética como una ética para la práctica de la resolución de conflictos: criterios estéticos para humanizar las narrativas. En S. Cobb (Ed.). *Hablando de violencia: la política y las poéticas narrativas en la resolución de conflictos* (pp. 267-367). Barcelona, España: Gedisa editorial.
- De Loach, S. (1990). El modelo Tavistock de la organización: Los conceptos de la tarea principal y las fronteras. *Management Today en español*, 21-26.
- Dewey, J. (1928). *Cómo pensamos*. Barcelona, España: Ediciones de la Lectura.
- García, M. R. (2015). Construcción de la realidad, Comunicación y vida cotidiana-Una aproximación a la obra de Thomas Luckmann. *Intercom: Revista Brasileira de Ciências da Comunicação*, 38, 19-38. <https://doi.org/10.1590/1809-5844201522>
- Howieson, J., y Priddis, L. (2012). Mentalising in Mediation: Towards an Understanding of the 'Mediation Shift'. *Australasian Dispute Resolution Journal*, 23(52), 2013-21.
- Howieson, J., y Priddis, L. (2015). A Mentalizing-Based Approach to Family Mediation: Harnessing Our Fundamental Capacity to Resolve Conflict and Building an Evidence-Based Practice for the Field. *Family Court Review*, 53(1), 79-95. <https://doi.org/10.1111/fcre.12132>
- Fernández, R. D., Carmona, M., y Di Masso, A. (2019). El teatro foro como escenario de procesos de empoderamiento psicológico: Avances para la praxis en psicología comunitaria. *Revista Interamericana de Psicología/ Interamerican Journal of Psychology*, 53(3), 313-330. <https://doi.org/10.30849/rip/ijp.v53i3.1257>
- Fisas, V. (2011). Educar para una cultura de paz. *Quaderns de Construcció de Pau*, 20(1), 2-10.
- Fonagy, P., y Target, M. (1998). Mentalization and the changing aims of child psychoanalysis. *Psychoanalytic Dialogues*, 8(1), 87-114.
- Fonagy, P., y Bateman, A. W. (2006). Mechanisms of change in mentalization-based treatment of BPD. *Journal of Clinical Psychology*, 62(4), 411-430. <https://doi.org/10.1002/jclp.20241>
- Fonagy, P. (2011). The Mentalization-Focused Approach to Social Development. En F. N. Busch (Ed.) *Mentalization. Theoretical Considerations, Research Findings, and Clinical Implications* (pp. 21-74). New York, NY: Routledge
- Galtung, J. (1990). El Triángulo de la violencia. *Journal of Peace Research*, 291-305.
- Galtung, J. (1998). *Tras la violencia, 3R: reconstrucción, reconciliación, resolución*. Guernica, España: Bakeas.
- Galtung, J. (2004). Violencia, guerra y su impacto. Sobre los efectos visibles e invisibles de la violencia, 5, 1-29. <https://red.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/biblioteca/081020.pdf>.
- Galtung, J. (2016). La violencia: cultural, estructural y directa. *Cuadernos de Estrategia*, 183, 147-168.

- Lanza, G. (2010). Poner en palabras, mentalización y psicoterapia. *Aperturas Psicoanalíticas*, 36. <https://www.aperturas.org/articulo.php?articulo=0000670>
- Lanza, G. (2011). La mentalización, su arquitectura, funciones y aplicaciones prácticas. *Aperturas Psicoanalíticas. Revista Internacional de Psicoanálisis*, 392001. <http://www.aperturas.org/articulo.php?articulo=722>
- Lanza, G. (2016). Un modelo integrativo para la mentalización. *Aperturas Psicoanalíticas. Revista Internacional de Psicoanálisis*, 53. <https://aperturas.org/articulo.php?articulo=942&a=Un-modelo-integrativo-para-la-mentalizacion>
- Lederach, J. P., y Hampson, F. O. (1998). Building peace: Sustainable reconciliation in divided societies. *International Journal*, 53(4), 799.
- Lederach, J. P. (2005). *The moral imagination: The art and soul of building peace*. Oxford, UK: University Press.
- Lederach, J. P., y Thapa, P. (2018). Staying true in Nepal: Understanding community mediation through action research. En T. Pearson d'Estrée y R.J. Parsons (Eds.) *Cultural Encounters and Emergent Practices En Conflict Resolution Capacity-Building* (pp. 33-58). Cham, Suiza: Palgrave Macmillan.
- Lieberman, M.D. (2000) Intuition: A Social Cognitive Neuroscience Approach. *Psychological Bulletin*, 126(1), 109-137.
- McCold, P. (2013). La historia reciente de la justicia restaurativa: Mediación, círculos y conferencias. *Delito y Sociedad*, 22(36), 9-44.
- Mitjavila, M. (2013). Investigación y aportaciones de Peter Fonagy: una revisión desde el 2002 al 2012. *Temas de Psicoanálisis*, 5, 1-17. <http://www.temasdepsicoanálisis.org/wp-content/uploads/2013/01/PDF-MITJAVILA1.pdf>
- Munuera, P. (2007). El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas. (Sara Cobb's circular narrative model and its techniques). *Portularia: Revista de Trabajo Social*, 7(1-2), 85-106.
- Munuera, P., y Garrido, S. (2015). Innovación en mediación a través de la intervención narrativa: desmitificando el principio de neutralidad. *Revista de Mediación*, 8(1), 25-35. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/31389/1/Revista-Mediacion-15-4.pdf>
- Santín, A. P., y Velázquez, L. G. (2021). Enseñar, aprender, crear: una aproximación narrativa a los procesos de enseñanza-aprendizaje. *Aula Abierta*, 50(3), 681-688. <https://doi.org/10.17811/rifie.50.3.2021.681-688>
- Rogers, C., y Farson, R. E. (1987). Active Listening. En R. G. Newman, M. A. Danziger, M. Cohen (Eds.) *Communication in Business Today*. Lexington, MA: D. C. Heath.
- White, M., y Epston, D. (1993). *Medios narrativos para fines terapéuticos*. Barcelona, España: Paidós.
- Zimmerman, M. A. (2000). Empowerment theory. En J. Rappaport y E. Seidman (Eds.), *Handbook of community psychology* (pp. 43-63). Boston, MA: Springer,

LA PRÁCTICA DE LA MEDIACIÓN Y EL IMPACTO EN LA FORMACIÓN JURÍDICA

Tássio Túlio Braz Bezerra

Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Brasil

Introducción

Este trabajo tiene como objetivo discutir las nuevas posibilidades de resolución de conflictos que surgen de la crisis de la actividad jurisdiccional del Estado y sus consecuencias en la formación de estudiantes de derecho.

Más específicamente, la investigación articula un debate entre la práctica de la mediación y la formación de estudiantes de derecho. Así, el artículo tiene como objetivo investigar *el impacto de la práctica de la mediación de conflictos en la educación jurídica de los estudiantes de derecho*. De hecho, a lo largo de la investigación se pretende dar respuesta al siguiente problema: ¿cuál es la percepción de los estudiantes de derecho sobre el impacto de la práctica de la mediación en su formación jurídica?

Aunque la discusión sobre la reanudación contemporánea de la mediación ha cobrado impulso en los últimos tiempos dentro de las democracias occidentales, observase también una baja inclusión de contenidos dirigidos al estudio de métodos alternativos de resolución de conflictos en el plan de estudios de los cursos de derecho. Este hecho es sintomático, más aun considerando la significativa resistencia por parte de algunos actores legales con respecto al uso de enfoques de tratamiento de conflictos más allá del proceso judicial.

En este sentido, la investigación se justifica por la necesidad de analizar el impacto de la práctica de la mediación en la formación de los estudiantes de derecho, con el fin de contribuir al avance del debate para la inserción de métodos alternativos dentro de los planes de estudio de las carreras de derecho.

Aspectos Metodológicos de la Investigación

La idea central de la investigación es realizar un estudio de caso sobre la percepción que tienen los actores del proceso de mediación, con el fin de verificar la visión de cada uno de ellos sobre la práctica de la mediación.

En el presente trabajo, que forma parte de una investigación más amplia, buscamos dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Cuál es la percepción de los estudiantes de derecho sobre el impacto de la práctica de la mediación en su formación jurídica? En consecuencia, verificando - confirmando o negando - la hipótesis inicial de que: *La práctica de la mediación posibilita un cambio en*

la comprensión del fenómeno jurídico, con miras a su mayor humanización. Para dar respuesta a la pregunta planteada, se realizó una investigación empírica a través de un estudio de caso de mediación comunitaria practicado por el Juspopuli – Escritório de Direitos Humanos, teniendo como unidad de análisis la percepción de los estudiantes de derecho que laboraban en la Oficina Popular de Mediación del municipio de Feira de Santana.

En la investigación se utilizó un enfoque cualitativo, a través de entrevistas con estudiantes de derecho, así como el seguimiento de algunas sesiones de mediación. La idea era tratar de comprender cómo se desarrolló el procedimiento de mediación y cuál era la percepción de los estudiantes sobre el reflejo de esa experiencia en su formación jurídica.

Se realizaron entrevistas con tres estudiantes de derecho de la Universidad Estadual de Feira de Santana, vinculados al proyecto a través de becas de extensión, y que trabajaron en la oficina entre 2011 y 2012 brindando apoyo legal tanto en orientación en derechos, como ayudando a llevar a cabo mediaciones.

Buscando cumplir con los objetivos de la investigación, se eligió el uso de entrevistas semidirectivas realizadas a los internos como instrumento de recolección de datos, con el fin de identificar las representaciones que cada uno de ellos tenía sobre el proceso de mediación. Para ello, se desarrollaron guiones para la realización de las entrevistas que, a partir de preguntas abiertas, podrían permitir una mayor libertad en la expresión de las representaciones de los actores sobre el proceso de mediación, sin, sin embargo, evitar intentar dar respuesta a la pregunta planteada.

La elección del trabajo de Juspopuli para este estudio se justifica por la percepción de que su práctica pretende construir una propuesta de mediación que pueda dar un nuevo significado a situaciones de conflicto, basándose y manteniendo similitudes significativas con la propuesta teórica presentada por Warat (2004) de una mediación transformadora.

Mediación Practicada por la Oficina Popular de Mediación en el Municipio de Feira de Santana

La instalación de una Oficina Popular de Mediación en la ciudad de Feira de Santana-BA surgió de un proyecto de colaboración entre UEFS - Universidad Estatal Feira de Santana y Juspopuli - Oficina de Derechos Humanos, con el apoyo financiero de Petrobras. El objetivo era expandir al segundo municipio más grande de Bahía una experiencia ya exitosa en Salvador de brindar un modelo no contencioso de resolución de conflictos que puede, además de prevenir la violencia, promover la ciudadanía de sujetos socialmente excluidos.

Es importante señalar que el objetivo principal del proyecto se basó en la perspectiva de implementar y difundir el sistema de Mediación Popular y orientación en derechos en la comunidad académica vinculada a la UEFS y en los barrios populares de Feira de Santana, contribuyendo así al desarrollo de autonomías, ciudadanía y construcción de una cultura de paz.

El proyecto se estructuró básicamente en tres etapas: 1) establecimiento de contactos con la comunidad para dar a conocer la realización del curso de capacitación en mediación; 2) realización de un curso de formación en mediación de conflictos; y 3) la instalación y funcionamiento de la oficina popular de mediación.

En un primer momento, cabe señalar que las importantes demoras en el proceso administrativo para la aprobación del proyecto en el ámbito de UEFS terminaron por imposibilitar la implementación de dicha oficina en sus instalaciones. Este hecho resultó ser considerado saludable, dado el reconocimiento de la relativa distancia e incluso alejamiento del espacio universitario para algunos segmentos sociales desfavorecidos. En este sentido, el referido contratiempo terminó por orientar la instalación de la oficina a algún espacio dentro de la comunidad, circunstancia que ya se señaló como capaz de facilitar tanto el acceso como la identificación de las personas a las que se asistirá con el trabajo que se desarrollaría.

En el caso específico de Feira de Santana, la Oficina Popular de Mediación se instaló en la Asociación de Vecinos Capuchinos, ubicada en una comunidad actualmente conocida como Irma Dulce, pero conocida popularmente como Vietnam, dados los importantes niveles de violencia, especialmente vinculados al narcotráfico.

Para un análisis de lo que caracteriza la práctica de las Oficinas Populares de Mediación en particular, podemos vislumbrar tres dimensiones de su actuación: espacio, protagonistas y procedimiento. En cuanto al espacio, se observa que las oficinas generalmente se instalan cerca o dentro de comunidades con un alto grado de vulnerabilidad. Desde otra perspectiva, es importante resaltar que los mediadores son personas pertenecientes a la comunidad, algunas incluso con bajo nivel educativo, que están capacitadas para realizar la mediación en su propia localidad. Así, se observa que en las Oficinas Populares de Mediación se intenta acercar física y simbólicamente a la justicia en relación a quienes la buscan, que en este caso serían los mediandos.

Desde otra perspectiva, con el fin de resolver las dudas de carácter jurídico, las Oficinas de Mediación Popular cuentan con alianzas con universidades públicas, a fin de posibilitar la actuación de los estudiantes de derecho que actuarán para resolver las dudas de los mediadores sobre cuestiones legales en el curso de mediación, así como brindar orientación sobre derechos.

En el trabajo diario de las Oficinas Populares de Mediación en el Estado de Bahía se identifican los tipos de conflictos más comunes: familiares (pensión alimenticia y disolución matrimonial), vecinales (la dificultad de percibirse en el lugar ajeno), laborales (trabajo informal relaciones entre individuos igualmente pobres), relaciones con el consumidor (comercio local e informal), entre muchas otras, dadas las más variadas relaciones humanas y su diversidad. En el caso específico de la Oficina de Feira de Santana, se destacan especialmente los temas familiares, que constituyen la gran mayoría de situaciones observadas.

Al acudir a una de las oficinas, se instruye a las partes sobre el papel del mediador como facilitador del diálogo para la redefinición del conflicto y que ellos mismos deben ser los responsables de construir una solución. Este es el momento en el que el mediador debe buscar establecer una relación de confianza y tranquilidad con las personas involucradas, además de brindar aclaraciones sobre la confidencialidad de todo el procedimiento, así como la indispensable disposición de las partes para participar en la mediación.

Luego de las aclaraciones iniciales, se realiza una carta para que la persona que inicialmente acudió a Juspopuli pueda entregársela a la parte con la que tiene un desacuerdo, invitándolo a participar en una conversación mediada. Al asistir a la Oficina, se hacen todas las aclaraciones a la parte contraria y se le da la oportunidad de explicar sus propios puntos de vista sobre el objeto del desacuerdo.

Una de las características más llamativas de la actuación de Juspopuli – que difiere diametralmente del trabajo que realiza la asesoría legal tradicional – es que durante el proceso de mediación se brinda un servicio a ambas partes, independientemente de quién buscó inicialmente la oficina. Es un proceso en el que un tercero imparcial e independiente ayuda a las personas involucradas en conflictos a promover un diálogo diferente al que resulta de la interacción existente a raíz del conflicto (Braga Neto, 2020).

El problema-situación no solo molesta a quienes tomaron la iniciativa para resolverlo, sino que es la doble cara de intereses o afectos en conflicto que, para ser superado, requiere un abordaje conjunto de ambos contendientes.

En este contexto, la construcción del proceso de mediación se basa en el análisis de tres elementos del conflicto: las personas involucradas, el problema y el proceso. El objetivo es, pues, verificar qué personas están involucradas en el conflicto, cuáles tienen intereses directos y si hay personas que puedan ayudar en su composición. Se puede observar en algunos casos la existencia de terceros involucrados en el conflicto cuya participación en la mediación es fundamental para poder solucionar el problema.

En una de las mediaciones observadas en la que una madre buscaba tener acceso a su hija, ante la resistencia paterna, fue impresionante observar cómo el desenlace dependía totalmente de una tía -la hermana del padre- que cuidaba a la niña. y ejerció sobre ella todo el poder familiar, incluso sin ninguna forma de custodia formal, siendo dicha autoridad reconocida como legítima tanto por el padre como por la madre del niño. En este caso, la mediación no podría haber tenido éxito sin la presencia de esta tercera persona.

En cuanto al problema, la idea principal es aclarar el verdadero motivo del conflicto y lo que realmente quieren las partes. Es muy común presentar visiones muy particulares y reducidas en el relato dado por cada una de las partes. Solo después de escuchar a todos los involucrados es posible tener al menos una dimensión aproximada del conflicto.

En cuanto al proceso, es posible percibir en qué etapa se encuentra el conflicto, cómo se comunican las partes y cómo se manifiestan las relaciones de poder existentes. No hay que olvidar aquí que uno de los propósitos de la mediación es establecer un diálogo entre las personas basado en una

plataforma de igualdad que solo se puede obtener mediante la nivelación de las relaciones de poder entre las partes.

En cuanto a la duración de la mediación, se puede decir que está ligada al tiempo de los sentimientos de cada uno (Veloso, 2009), y se recomienda que se realice en varias reuniones, pudiendo suspenderse, cerrado y reanudado en cualquier momento, en interés de los mediadores. El tiempo afectivo no siempre es recto y progresivo, como la racionalidad del tiempo lineal quiere hacer pensar a todos, sino más bien sinuoso, con avances y retornos, paradas y cambios de dirección. Es importante respetar el tiempo de cada parte.

Cabe señalar que al final del proceso de mediación, el acuerdo es solo uno de los posibles resultados. A partir del análisis del Informe Anual de la Oficina Popular de Mediación de Feira de Santana (Juspopuli Escritório de Direitos Humanos, 2011), podemos ver que tres de cada cuatro mediaciones llegan a su fin con la consecución de un acuerdo. Este hecho también puede constatarse durante las entrevistas con los mediandos, además de haber podido a través de ellos inferir que el acuerdo obtenido, aunque con un resultado material inferior al que se pudo haber obtenido en el Poder Judicial, se presentó como satisfactorio, dada su lentitud, y el hecho de que se llevó a cabo mediante un consenso posible y consensuado.

Sin embargo, debe quedar claro que el acuerdo no es el fin último de la mediación y que su importancia en el resultado del proceso es bastante relativa. Es una visión bastante simplista decir que la mediación tiene como objetivo el acuerdo (Rossi, 2019).

De hecho, el principal objetivo de la mediación es el restablecimiento de las relaciones ahora rotas. La mediación es un lugar donde las personas pueden expresar sus sentimientos a través de palabras. Un espacio para entablar un diálogo entre las partes y para reconocer la existencia de un problema que necesita ser resuelto.

La posición presentada por todos los pasantes sobre el carácter accesorio del convenio fue unánime, dado que se trata solo de la formalización de un entendimiento. No importa si se firma un acuerdo, si no se cumple o no se puede cumplir. Además, no todos los entendimientos pueden materializarse en un acuerdo¹. Y muchas veces, incluso cuando no se llega a un acuerdo, el simple acercamiento de una relación completamente rota ya es el mayor éxito de todo el proceso. Así, debe quedar claro que el éxito de la mediación no puede medirse por el número de acuerdos alcanzados, como las tablas estadísticas de decisiones judiciales requeridas por sus órganos de control.

Hay que tener en cuenta que la formalización del acuerdo, por sí sola, no garantiza el éxito o fracaso del proceso de mediación. Así, en la perspectiva aquí discutida, el acuerdo es un elemento secundario de la mediación, ya que realmente busca un punto de equilibrio entre la razón y el sentimiento (Veloso, 2009), apuntando a “[...] la conciencia de los sujetos involucrados en el conflicto y el restablecimiento de vínculos previamente existentes” (Veloso, 2009, p. 75).

¹ Vea el ejemplo mencionado por uno de los pasantes sobre la imposibilidad de formalizar un acuerdo cuando en realidad significa paz en la relación de pareja.

Realizadas estas consideraciones sobre la mediación que se desarrolla en la práctica dentro de las Oficinas, pasaremos ahora a analizar los impactos de la participación en el procedimiento de mediación para la formación jurídica de los estudiantes de derecho.

Resultados y Discusión

A partir del informe recogido a través de las entrevistas realizadas a los becarios de derecho, se pudo constatar que los tres estudiantes que empezaron a trabajar en la Oficina de Feira de Santana no tenían conocimientos previos sobre la labor desarrollada por Juspopuli, solo llegando a lo saben con motivo del curso de formación, cuando se interesaron por la propuesta de mediación a desarrollar.

Se puede observar que la práctica de la mediación tuvo un impacto directo en la formación jurídica de los pasantes, en vista de una mayor humanización, de cuatro formas muy significativas, a partir de las percepciones del derecho de los propios pasantes: 1) promovió un choque de realidad en los estudiantes al ponerlos en contacto con los dilemas cotidianos de las personas que demandan justicia, fomentando una visión crítica de la ley; 2) posibilitó, en la práctica, la percepción de cómo el sistema judicial y una interpretación técnica y formal de la ley están lejos de resolver los conflictos humanos, que muchas veces pueden dejarlos sin resolver o incluso agravarlos; 3) presentó la posibilidad de construir un modelo diferenciado de resolución de conflictos que posibilite la escucha de las partes, el restablecimiento del diálogo y de los vínculos rompidos, dando un nuevo significado a las situaciones-problema cotidianas; 4) y finalmente, pero quizás el más significativo, alertó sobre la percepción de la importancia de incorporar no solo la ley, sino las prácticas cotidianas, una cultura de mediación.

Para verificar el impacto de la participación en el proceso de mediación en la formación jurídica de los pasantes, nos centraremos en analizar las respuestas dadas a tres de las preguntas planteadas durante las entrevistas. El primero fue “¿Qué experiencias ha tenido con la mediación?”

Respecto a este tema, fue común identificar en los discursos de los pasantes un cambio hacia “una nueva perspectiva”² en la forma de entender la ley, como una herramienta que no tiene, a priori, una solución para todo, pero que necesita ser interpretado, el derecho no puede restringirse al tecnicismo formalista, y debe incluso tomar “[...] en cuenta la opinión de las personas involucradas en el conflicto”³, utilizando para ello un proceso dialógico de convencimiento. De esta afirmación se puede inferir que cuando se enfrenta a las cuestiones esenciales de la naturaleza humana que subyacen a los conflictos, la máquina judicial, una alusión a su propia inhumanidad, se preocupa solo por las cuestiones que pueden resolverse sobre el problema. Se olvida que en el centro de la discusión está la realidad y la vida de las

² Habla de uno de los pasantes.

³ Habla de uno de los pasantes.

personas. El poder judicial, como actualmente (no)estructurado, no se formó y no está preparado para escuchar a las partes y sus vivencias.

También fue importante notar la incorporación por parte de los internos de una cultura de mediación. El contacto con la realidad cotidiana de los conflictos ajenos y la comprensión de cómo se forman llevó a los estudiantes a practicar la mediación sobre sí mismos en su vida cotidiana, a ser menos belicosos, a adquirir la práctica de llamar a hablar, encargar y estar dispuestos a escuchar al otro en sus relaciones interpersonales. El impulso dado a la incorporación de una cultura de mediación quedó claro.

En la segunda pregunta, cuando se le preguntó si “¿Hubo algún cambio en su vida después de la mediación? ¿Cual?” Fue bastante notorio constatar con mayor claridad la repercusión de la mediación en la forma en que los pasantes llegaron a comprender lo derecho.

La primera observación que se puede notar es la verificación de la realidad. Los estudiantes de derecho pudieron tener contacto con una realidad que no es la suya en la Oficina. Además, se pudo constatar que problemas aparentemente simples desde el punto de vista de su solución jurídica en el poder judicial representan un gran impacto y sufrimiento en la vida de las personas. Este hecho a menudo se ignora según la percepción de los pasantes “El problema del derecho es que mucha gente se mete en eso del formalismo y la técnica y se olvida que se trata de vidas, mediación, sobre todo popular, tienes un contacto humano mucho más cercano, mucho más fuerte, mucho más firme, no es en lo que estás en lo deber ser y estás ahí pensando que pasa, lo que la gente te trae es realidad.”⁴

También se pudo percibir la ruptura de la creencia en el poder judicial como el único mecanismo de resolución de conflictos sociales, ya que “[...] el poder judicial no es la solución, puede ser una alternativa, pero no siempre es la mejor solución.”⁵

Los estudiantes de derecho, al comprender mejor en la práctica y la teoría la realidad de un proceso judicial, pudieron ver en la mediación una forma de garantizar los derechos de las personas, a veces ya violados, sin el nuevo desgaste de tener que afrontar todavía los obstáculos del poder judicial. Fue interesante observar en los discursos de los estudiantes el entendimiento de que el sistema judicial en muchos casos no puede resolver los problemas de las personas y que la mediación proporciona un mecanismo para la realización de la justicia en el que los interesados participan efectivamente en el proceso de elaboración de la solución, independiente del resultado obtenido, siendo capaces de expresar por sí mismos sus propios deseos e intenciones. Así, se puede observar que, según los pasantes, lo que está en juego no es solo el resultado final de la solución del conflicto, sino la forma en que se lleva a cabo, posibilitando una dinámica en la que las partes se muevan de acuerdo a sus necesidades, sus verdaderos deseos.

⁴ Habla de uno de los pasantes.

⁵ Habla de uno de los pasantes.

Con respecto a la tercera pregunta: “¿Cuál es la influencia de la experiencia de la mediación en su formación jurídica?” Se pudo observar que la pregunta comenzó a ser respondida en la pregunta anterior. Sin embargo, cuando se formula expresamente, se puede observar que quizás el principal reflejo que señalaron fue la construcción de una visión crítica del derecho, a partir de la percepción de sus consecuencias prácticas en la vida cotidiana de las personas. Darse cuenta, como en palabras de uno de los estudiantes, que “[...] la ley va más allá del poder judicial, va más allá del Foro”⁶ y que el propósito principal del ejercicio de la función jurídica es garantizar el ejercicio de los derechos de los otros.

También se pudo constatar, en la percepción de los estudiantes, la posibilidad de extender la práctica de la mediación a otras áreas de su desempeño, promoviendo una cultura menos antagónica y más comprometida con la realización práctica de los derechos de los demás.

Del informe presentado en las entrevistas, se puede ver un aspecto importante de la mediación a ser considerado en la formación jurídica de los futuros licenciados, ya que pone a los estudiantes en contacto directo con la realidad cotidiana de gran parte de la población brasileña, que además para promover una mayor conciencia social, proporciona un mayor estímulo al estudio crítico del derecho, construyendo un puente entre la teoría y la práctica que a menudo está tan ausente en quienes se sumergen en el universo del “mundo jurídico”.

No se debe olvidar que la formación académica de juristas, basada en una cultura eminentemente individualista, formalista y adversarial, es reconocida como una de las principales dificultades para el uso efectivo de medios alternativos de resolución de conflictos en Brasil, especialmente en el caso de la mediación. En lugar de medir el valor económico del conocimiento jurídico, sus profesionales no deben perder de vista la función social de su conocimiento, que de hecho es más importante.

Finalmente, fue interesante notar una dificultad específicamente señalada por los aprendices de derecho, con respecto a la resistencia de algunas personas a participar en el proceso de mediación cuando se dieron cuenta de que no era un mecanismo coercitivo para la resolución de conflictos. En esta situación, el bloqueo del diálogo y la consecuente (im)posibilidad de transigir, parece ser directamente proporcional a la conciencia de no estar actuando conforme a la ley y al conocimiento de las dificultades del sistema judicial para hacer cumplir tales reclamos.

Consideraciones Finales

La falta de manejo de los conflictos sociales por parte del Estado conlleva la pérdida de su monopolio jurisdiccional, estimulando el surgimiento de nuevos modelos de resolución de conflictos.

⁶ Habla de uno de los pasantes.

La mayoría de los conflictos, más que un desajuste legal, representan un malentendido entre los seres humanos, al que se debe dar una nueva mirada y otra perspectiva. En este sentido, se puede ver que la mediación realizada por Juspopuli se presenta como una práctica que promueve un proceso de humanización de los conflictos. Esta afirmación se hace a partir de todos los esfuerzos que se generan para dar voz a las personas, escucharlas y promover el diálogo entre los contendientes, buscando darle otro sentido al conflicto.

Se puede observar que la práctica de la mediación tuvo un impacto directo en la formación jurídica de los pasantes, en vista de una mayor humanización, de cuatro formas muy significativas, a partir de las percepciones del derecho de los propios pasantes: 1) promovió un choque de realidad en los estudiantes al ponerlos en contacto con los dilemas cotidianos de las personas que demandan justicia, fomentando una visión crítica de la ley; 2) posibilitó, en la práctica, la percepción de cómo el sistema judicial y una interpretación técnica y formal de la ley están lejos de resolver los conflictos humanos, que muchas veces pueden dejarlos sin resolver o incluso agravarlos; 3) presentó la posibilidad de construir un modelo diferenciado de resolución de conflictos que posibilite la escucha de las partes, el restablecimiento del diálogo y de los vínculos rotos, dando un nuevo significado a las situaciones-problema cotidianas; 4) y finalmente, pero quizás el más significativo, alertó sobre la percepción de la importancia de incorporar no solo la ley, sino las prácticas cotidianas, una cultura de mediación.

Referencias

- Braga-Neto, A. (2020). *A mediação e a Administração pública* (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil.
- Juspopuli Escritório de Direitos Humanos (2011). *Relatório anual de 2011 do EPM Feira de Santana*. Feira de Santana, Brasil. Arquivo eletrônico.
- Rossi, A. D. T. (2019). *Mediação e autonomia privada* (Mestrado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, Brasil.
- Veloso, M. L. (2009). Mediação Popular: um universo singular e plural de possibilidades dialógicas. Em S. Amorim, V. Leonelli, y M. L. Veloso (Org.). *Mediação Popular: uma alternativa para a construção da justiça* (pp. 63-103). Salvador, Brasil: [s.n.].
- Warat, L. A. (2004). *Surfando na pororoca: ofício do mediador*. Florianópolis, Brasil: Fundação Boiteux.

DURANTE EL CONFINAMIENTO, PERCEPCIÓN DEL CONFLICTO EN PROCESOS DE SEPARACIÓN/DIVORCIO DE LA ABOGACÍA MEXICANA

Francisca Fariña*, Olga Galicia**, Mila Arch *** y Dolores Seijo****

**Cátedra Unesco Educación Transformadora: Ciencia, Comunicación y Sociedad.
Universidad de Vigo (España)*

*** INACIPE (México)*

****Universidad de Barcelona*

***** Universidad de Santiago de Compostela*

Introducción

El inicio de esta década ha sido convulso a nivel mundial debido a la irrupción de la COVID-19. Como es conocido, a finales del año 2019, se informó que en Wuhan (China) se había detectado un brote causado por SARS-CoV-2 (Dong, Du, y Gardner, 2020), que por su alto nivel de contagiosidad (Aghdam, Jafari, y Eftekhari, 2020) rápidamente se extendió con gran virulencia por todo el mundo, provocando muchas muertes, convirtiéndose de esta forma en un problema de salud global (Zhu, et al., 2020). Este hecho motivó que la Organización Mundial de la Salud (OMS) declarara la situación de pandemia mundial a mediados de marzo del año 2020 (Khachfe, et al, 2020).

El efecto más grave y doloroso de la COVID-19 es el número de fallecidos que ha causado; a fecha de 22 de mayo de 2022 se situaban en torno a 6.3 millones; siendo América la zona más afectada, sobrepasando los 2.7 millones (Orus, 2022). En México, país en el que se centra este estudio, fuentes de Statista informan que, al 27 de mayo de 2022, ya se había notificado 324.768 decesos. El primer caso de COVID-19 en este país se detectó el 27 de febrero de 2020, a partir de esa fecha el número de pacientes aumentó exponencialmente (Suárez, et al, 2020) y, como en la mayoría de las naciones, con objeto de proteger a la población y controlar la transmisión del virus se tomaron medidas excepcionales de confinamiento denominadas por el gobierno Mexicano como “Jornada Nacional de Sana Distancia”. Así, el gobierno federal decretó el 24 de marzo que se suspendieran ciertas actividades y las económicas, se reprogramaran los eventos de concentración masivas y recomendó a la población en general permanecer en el domicilio (Suárez, et al., 2020). Por su parte, el Consejo de Salubridad General determinó que, desde el 31 de marzo al 30 de mayo, se suspendieran todas las actividades no esenciales, tanto de las instituciones del sector público, como social y privado, ampliándose este plazo en función de cómo iba evolucionando por regiones la pandemia (INEGI, 2020; Islas, 2020).

La ciudadanía mexicana, al igual que el resto de la humanidad, tuvo que enfrentarse de manera inesperada a un nuevo desafío (Dong, Du, y Gardner, 2020) que afectaba a todos los ámbitos, no sólo al sanitario (Fariña, Vázquez y Arch, 2022; Yavorsky, Qian, y Sargent, 2021). Así, en un contexto de miedo, confusión e incertidumbre, las personas vieron sus rutinas diarias modificadas, se inicia el confinamiento y el home office (INEGI, 2020), mientras debían dar soluciones, de manera urgente, a múltiples asuntos que la pandemia iba trastocando. Muchos de ellos producían grandes trastornos en la vida familiar y laboral, a la vez que incrementaban los gastos (Đapic, Flander, y Prijatelj, 2020; Qian et al., 2020). Muchos progenitores tuvieron dificultades para cubrir las nuevas necesidades que sus hijos presentaban. Entre las cuales se encontraban recibir clases *on line* desde casa mientras ellos tenían que cumplir con sus obligaciones laborales, las cuales frecuentemente eran más exigentes que en época prepandemia, y en no pocos casos, hacer frente a la pérdida del empleo (Smyth et al., 2020, INEGI, 2020) o al miedo de que esto sucediera. Por ello, en todo el mundo, la pandemia de COVID-19 afectó dramáticamente a la vida diaria de las personas (Reimann, Peters y Diewald, 2022) y supuso para los adultos alto riesgo de experimentar estrés (Adams et al., 2021; Goldberg, Allen, y Smith, 2021). Adicionalmente, el confinamiento y el aislamiento social potenciaron los problemas de salud mental (Choi et al., 2020; Fariña et al., 2021; Lebow, 2020; Teasdale, et al., 2020). En México, de forma específica, Cortés-Álvarez, Piñero-Lamas, y Vuelvas-Olmos (2020), encontraron, en un estudio realizado una semana después de que se declarara la emergencia sanitaria nacional, que el 50.3% de los ciudadanos consideraban que la pandemia les había ocasionado angustia psicológica de moderada a severa; a 15.7% síntomas depresivos de moderados a severos; al 22.6% síntomas de ansiedad moderados a severos; y al 19.8% niveles de estrés de moderados a severos. Resultados similares se hallaron en otros países, como fue el caso de China (p.e., Wang, Pan, et al., 2020; Wang, Wang, et al., 2020) o de España (Odriozola-González et al., 2020; Seijo, et al., 2021).

Además, la pandemia afectó a la forma en que muchos miembros de la familia interactúan entre sí (Smyth, et al, 2020); permeó la estructura y los procesos de los sistemas familiares, amenazando el bienestar relacional en las familias (Jian, et al., 2022). Estos efectos deletéreos de la COVID-19, tuvieron, si cabe, un mayor impacto en aquellas familias cuyos progenitores se encontraban separados o divorciados. Como señala Yarnoz (2010) el conflicto en las rupturas de pareja es algo intrínseco, que puede manifestarse por motivos diversos; y tienen dificultades para gestionarlos amigablemente con independencia de que afecten únicamente al ejercicio de su parentalidad (Fariña, 2019). Estas familias no suelen entender el conflicto como una oportunidad de cambio y de mejorar la situación personal y de la familia a través de soluciones satisfactorias y enriquecedoras (Fariña, 2019), sino como una oportunidad de imponer su punto de vista o de ganar para que el otro pierda, lo que debilita la relación parental y mantiene las tensiones y el enfrentamiento entre ellos. Por fortuna, lo común es que el conflicto disminuya con el paso del tiempo; sin embargo, se estima que entre el 8 y el 12% de

ellas mantienen el nivel de conflicto muy alto a lo largo del tiempo (Coates et al., 2004; Lamela et al., 2016) y más del 50% de los progenitores no ejercen una coparentalidad positiva (Lamela, et al., 2016).

Con la irrupción de la pandemia estos progenitores tuvieron que gestionar, en un nuevo contexto plagado de miedos e incertidumbres, cuestiones como los tiempos de permanencia y comunicación con los hijos (Fariña, Seijo et al., 2020; Fariña, Vázquez y Arch, 2022), que en época de “normalidad” ya suele ser una fuente de conflicto interparental para estas familias (Galatzer-Levy y Kraus, 1999). Por lo tanto, en esta circunstancia podría serlo todavía más, puesto que en un primer momento de la pandemia las personas menores de edad se contagiaron principalmente por vía familiar (Sun et al., 2020). En consecuencia, en el período de confinamiento, los hijos de progenitores separados/divorciados en los intercambios podrían no sólo infectarse sino también suponer para la familia un mayor riesgo de contraer el virus, al poderlo transmitir cuando iban de la casa de un progenitor a la del otro (Fariña, Seijo et al., 2020). Como era presumible, las preocupaciones por la salud, a la par que las económicas supusieron presiones adicionales para las familias separadas (Smyth, et al, 2020), posiblemente en mayor medida cuando uno o ambos progenitores convivían con una pareja que a su vez tenía hijos de otras relaciones con los que vivían o visitaban (Fariña, Vázquez y Arch, 2022).

El incremento de las tensiones no sólo fue para las familias, sino también para los profesionales del derecho de familia y los tribunales de familia (Smyth, et al, 2020). Así, en México, con respecto al régimen de convivencia presencial para hijos de progenitores separados, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 18 de marzo de 2021, estableció que bajo el contexto de la emergencia sanitaria por el COVID-19, el régimen de convivencia de una persona menor de edad con el progenitor que no cuenta con la custodia legal, se podrá realizar a través de medios electrónicos para la protección de la vida y la salud física del menor.

En cuanto a los profesionales del ámbito del derecho, ya antes de la pandemia la gestión del conflicto interparental de los progenitores separados o divorciados resultaba una prioridad (Fariña, Arce et al., 2020), una vez que esta irrumpe debería serlo todavía más. Si nos centramos en los profesionales de la abogacía, a quienes suelen consultar la mayoría de los progenitores separados cuando tienen algún problema o controversia con el otro progenitor, para minimizar el conflicto, deberían tener un enfoque terapéutico, conciliador y preventivo y alejarse lo máximo posible del tradicional adversarial. El derecho preventivo busca evitar las disputas legales, mediante la prevención, guiando a los clientes a ver el conflicto y las controversias desde una posición que permita el acuerdo (Fariña, 2022). Para alcanzarlo se requiere que letrados y clientes lo deseen y, adicionalmente, implicación y esfuerzo para llegar a él.

La necesidad de confinarse o de mantener una sana distancia de los demás, acompañadas de incertidumbre y miedo, puede que incida en la actitud ante los conflictos, tanto de los progenitores como de sus abogados. Esto, a su vez, determina en gran medida el que puedan conseguir acuerdos y mantener una relación parental positiva; la cual resulta imprescindible para salvaguardar a sus descendientes de un estrés tóxico y malsano. Con todo

esto en mente, en los primeros meses de la pandemia, nos propusimos conocer la opinión que mantenía la abogacía de familia en México sobre su actitud ante el conflicto, tanto la autoinformada como la referenciada, así como la de sus clientes.

Método

Participantes

En este estudio participaron 53 abogados de familia (29 abogadas y 23 abogados). La edad de las personas participantes se encontraba entre los 23 y los 66 años ($M = 41.09$, $DT = 9.60$), y su experiencia laboral como abogados oscilaba entre 1 año y 40 años de ejercicio profesional ($M = 15.42$, $DT = 10.152$).

Instrumentos de medida

Para la recogida de información se diseñó un cuestionario de medida que incluye datos de identificación de los participantes (sexo, edad, años de experiencia en la abogacía, años de experiencia en derecho de familia), así como ocho ítems para medir, tras la pandemia por COVID-19, la actitud profesional de los abogados ante el conflicto, informada (mi deseo de llegar a acuerdo; esfuerzo que estoy dispuesto a realizar para llegar a acuerdos) y referenciada (deseo de los otros abogados de llegar a acuerdos; esfuerzo que están dispuestos a realizar los otros abogados para llegar a acuerdos). Además, se evalúa cómo consideran que es la actitud de sus clientes (deseo de sus clientes de finalizarlo; deseo sus clientes de llegar a acuerdos; esfuerzo que están dispuesto a realizar sus clientes para finalizar el conflicto; esfuerzo que están dispuestos a realizar sus clientes para llegar a acuerdos). La propuesta de estos 8 ítems se basa en el Cuestionario de Actitud ante el Conflicto Parental: Autoinformada y Referenciada (ACPar) Fariña, Arce et al. (2020), con una escala de respuesta de 0 a 4 (nada/ninguno a máximo/total).

Procedimiento

Para la recogida de los datos se contactó con abogados relacionados con la Universidad Nacional Autónoma de México, quienes compartieron con otros colegas de profesión el cuestionario. Los datos se recogieron entre el 21 de abril y 20 de mayo de 2020, de tal manera que todos ellos fueron aportados estando en vigor el primer período de confinamiento que determinó la Secretaría de Salud (DOF 24-03-2020).

Todos los datos fueron obtenidos de forma anónima y confidencial cumpliendo con lo establecido en la Ley Federal de Protección de datos personales en posesión de particulares (DOF 05-07-2010) de México, y con todos los cánones españoles establecidos por la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Análisis de datos

Se aplicó la *t* de Student para una muestra con el valor de prueba ni mucho ni poco esfuerzo/deseo (2). El tamaño del efecto para la diferencia de medias se calculó a través de la *d* de Cohen.

La magnitud del tamaño del efecto (*d*) fue interpretada cualitativamente como pequeña (*d* = 0.20, un tamaño del efecto más grande que el 55.6%), moderada (*d* = 0.50, un tamaño del efecto más grande que el 63.7%), grande (*d* = 0.80 un tamaño del efecto más grande que el), o más que grande (*d* > 1.20, un tamaño del efecto más grande que el 80.2%) (Arce et al., 2015).

Resultados

Los resultados mostraron (ver Tabla 1), en una tasa significativa y con un tamaño del efecto más que grande que la abogacía de familia informa que, tras la experiencia del COVID-19, cuando existe conflicto desea llegar a acuerdos; y en línea con ello, también está dispuesta a esforzarse para lograrlo. Igualmente, se posicionan en el mismo sentido sobre sus colegas, con un tamaño del efecto mediano. Con respecto a sus clientes, también se encontró que señalan, en una tasa significativa y con un tamaño del efecto mediano, que estos desean finalizar el conflicto y llegar a acuerdos. Además, establecen que están dispuestos a esforzarse para finalizar el conflicto, en una tasa significativa y con un tamaño del efecto grande, al igual que para llegar a acuerdos.

Tabla 1. Prueba *t*, comparación de medias para una muestra, con el valor de prueba de 2 (Ni mucho ni poco).

Tras la experiencia del COVID-19, cuando existe conflicto

Variable	<i>t</i>	<i>p</i>	<i>M</i>	<i>d</i>
Mi deseo de llegar a acuerdo	12.98	.000	3.55	1.78
Esfuerzo que estoy dispuesto a realizar para acuerdos	11.90	.000	3.49	1.64
Deseo de los otros abogados de llegar a acuerdos	5.36	.000	2.91	0.74
Esfuerzo que están dispuestos a realizar los otros abog.	5.29	.000	2.89	0.73
Deseo de sus clientes de finalizarlo	4.96	.000	2.85	0.78
Deseo sus clientes de llegar a acuerdos	5.30	.000	2.91	0.73
Esfuerzo que están dispuesto sus clientes finalizar conf.	6.54	.000	3.02	0.90
Esfuerzo que están dispuestos sus clientes llegar acuer.	5.96	.000	2.96	0.81

Conclusiones

Antes de exponer las conclusiones de este estudio, se quieren señalar las limitaciones que presenta para generalizar los resultados del mismo. En primer lugar, el tipo de muestreo fue accidental y se contó con una muestra reducida; por otra parte, no cuenta con una medida de control de la deseabilidad social, lo cual puede afectar a la generalización de los resultados.

No obstante, entendemos que el estudio permite señalar que, al inicio de la pandemia, en México, los profesionales de la abogacía consideraban que los progenitores, así como sus colegas de profesión y ellos mismos tenían el deseo de llegar a acuerdos y estaban dispuestos a esforzarse para ello. Ahora bien, quienes respondían estimaban que ellos, en mayor medida que sus compañeros y que sus clientes, deseaban el acuerdo y estaban dispuestos a esforzarse más. Este resultado puede estar mediado por la deseabilidad social y autocomplacencia de los participantes (Fariña et al., 2017), quienes podrían responder ajustándose a lo que podrían considerar adecuado desde la ética de un abogado comprometido con lo mejor para su cliente, lo que además parecería más exigible en un momento de pandemia como el que se estaba viviendo cuando se recogieron los datos de este estudio. De ser esto así, se puede presumir que los abogados son conscientes que mantener el conflicto no es bueno para los progenitores, por lo que deberían afanarse en resolverlo. De hecho, esto es acorde con lo que ellos establecen en este estudio con respecto a sus clientes; es decir, que desean terminar el conflicto y llegar a acuerdos, y que además se encuentran dispuestos a esforzarse para lograrlo. El estudio realizado por Fariña, Seijo et al. (2020), con progenitores españoles separados, también en período de confinamiento, podría reforzar esta visión que tienen los abogados mexicanos sobre sus clientes. En concreto, Fariña, Seijo et al. (2020) hallaron que casi la mitad de los progenitores (47.8%) fueron capaces de llegar a acuerdos sobre el tiempo de estancia y comunicación con los hijos, y principalmente sin intermediación de profesionales (78.3%), y sólo precisaron de su letrado el 3.7%, los restantes fueron apoyados por una persona mediadora (12.4%), y el 5.6% y por un arbitraje judicial.

En cuanto al deseo de los abogados de querer finalizar el conflicto y esforzarse para ello, nos gustaría subrayar que es el primer paso para poder desarrollar un derecho de familia con enfoque de Justicia Terapéutica, la cual, en procesos de ruptura de pareja con hijos, busca salvaguardar el bienestar de los niños, niñas y adolescentes, a la vez que el de los restantes miembros de la familia (Babb, 1997, 2014, 2021; Lund, 2015). Esto implica que los profesionales deben orientar sus intervenciones a prevenir y/o proteger a todos los miembros de la familia, en particular a los niños, del impacto negativo del conflicto parental (Fariña, Arce et al., 2020); a gestionar este (Del Hoyo-Bilbao et al., 2020; Lund, 2015), así como a mantener un normal funcionamiento de la familia (Babb, 1997). Esto último no resulta factible cuando existe conflicto parental. Por lo tanto, los profesionales de la abogacía para coadyuvar a ese funcionamiento normal de la familia tras la ruptura de

pareja, deben ejercer un derecho preventivo y colaborativo con orientación de Justicia Terapéutica.

Por último, indicar el deseo de que la pandemia dirija a profesionales y a progenitores, como parece que sugieren los resultados encontrados, a enfocarse en la resolución rápida de los conflictos, puesto que de ello depende, en gran medida el alcance del daño que estos puedan provocar en la familia. Ahora bien, resta saber si en la actualidad, con la recuperación de la normalidad en el ámbito sanitario, se sigue manteniendo esta actitud, o si por el contrario las consecuencias que la pandemia ha conllevado para las personas a nivel psicoemocional y económico han podido modificarla hacia posiciones de signo contrario. Como afirman Smyth et. al., (2020), haciendo referencia al COVID-19 y su implicación en la gestión legal de los procesos de las familias con progenitores separados, en los tiempos de crisis pueden producirse resultados positivos inesperados, pero no deja de ser una época en la que se dan oportunidades, pero también riesgos, como el aprovechar las condiciones de confinamiento de la pandemia para impedir afianzar los vínculos parentales en los progenitores no custodios o en disputa por la tenencia.

En este sentido, en España, cuando la población se encontraba en el primer confinamiento a causa de la COVID-19, la abogacía de familia asumía que cuando el confinamiento llegase a su fin, se produciría un incremento de las rupturas de pareja (Arch, et al., 2022), lo cual ocurrió en muchos países del mundo (Flores y Silva, 2021); pero también consideraban que ello no conllevaría a un mayor uso de medios alternativos para la resolución de los posibles conflictos (Arch, et al., 2022). En nuestra opinión, de contar con abogados fuertemente comprometidos con el ejercicio de un derecho preventivo y colaborativo con orientación de Justicia Terapéutica esa previsión no se cumpliría, porque se orientaría a los progenitores a utilizar medios alternativos para la resolución de los posibles conflictos, en especial la mediación familiar. Ahora bien, dudamos que esta vaya a ser la realidad, porque para lograr que dicho enfoque del derecho se generalice, se requiere de la concienciación y compromiso claro de las asociaciones profesionales, pero especialmente de la Academia, lo cual todavía no ha ocurrido, ni en México ni en España.

Referencias

- Adams, E. L., Smith, D., Caccavale, L. J., y Bean, M. K. (2021). Parents are stressed! Patterns of parent stress across COVID-19. *Frontiers in Psychiatry*, 12, 300. <https://doi.org/10.3389/fpsy.2021.626456>
- Aghdam, M., Jafari, N., y Eftekhari, K. (2020). Novel coronavirus in a 15-day-old neonate with clinical signs of sepsis, a case report. *Infectious Diseases*, 52(6):427-429. <https://doi.org/10.1080/23744235.2020.1747634>
- Arce, R., Fariña, F., Seijo, D., y Novo, M. (2015). Assessing impression management with the MMPI-2 in child custody litigation. *Assessment*, 22(6), 769-777. <http://dx.doi.org/10.1177/1073191114558111>

- Arch, M., Fariña, F., Vázquez, M. J., y Seijo, D. (2022). Confinamiento y procesos de ruptura de pareja, una visión de la abogacía española de familia. *Revista Iberoamericana de Justicia Terapéutica*, 4, <https://ar.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=081d49eb270b3a8a25ffc18e5caba85>
- Babb, B. A. (1997). An interdisciplinary approach to family law jurisprudence: Application of an ecological and therapeutic perspective. *Indiana Law Journal*, 72(3), Article 5. <http://www.repository.law.indiana.edu/ilj>
- Babb, B. A. (2014). Commentaries on the IAALS' honoring families initiative white paper. *Family Court Review*, 52, 639-641. <https://doi.org/10.1111/fcre.12114>
- Babb, B. A. (2021). Family Law and Therapeutic Jurisprudence: A Caring Combination-Introduction to the July 2021 Special Issue of Family Court Review. *Family Court Review*, 59(3), 409-413. <https://doi:10.1111/fcre.12585>
- Choi, K., Heilemann, M., Fauer, A., y Mead, M. (2020). A second pandemic: Mental health spillover from the novel coronavirus COVID-19. *Journal of the American Psychiatric Nurses Association*, 26(4), 340-343. <https://doi.org/10.1177/1078390320919803>
- Coates, C. A., Deutsch, R., Starnes, H., Sullivan, M. J., y Sydlík, B. (2004). Parenting coordination for high-conflict families. *Family Court Review*, 42, 246-262. <https://doi.org/10.1111/j.174-1617.2004.tb00647.x>
- Congreso de la Unión (DOF 05-07-2010) *Ley Federal de protección de datos personales en posesión de particulares, Cámara de Diputados*. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>
- Cortés-Álvarez, N., Piñero-Lamas, R., y Vuelvas-Olmos, C. (2020). Psychological Effects and Associated Factors of COVID-19 in a Mexican Sample. *Disaster Medicine and Public Health Preparedness*, 14(3), 413-424. doi: <https://doi.org/10.1017/dmp.2020.215>
- Đapic, M.R., Flander, G.B, y Prijatelj, K. (2020). Children behind closed doors due to COVID-19 isolation: Abuse, neglect and domestic violence. *Archives of Psychiatry Research*, 56, 181-192. <https://doi.org/10.20471/dec.2020.56.02.06>
- Del Hoyo-Bilbao, J., Orue, I., Gámez-Guadix, M., y Calvete, E. (2020). Multivariate models of child-to-mother violence and child-to-father violence among adolescents. *European Journal of Psychology Applied to Legal Context*, 12(1), 11-21. <https://doi.org/10.5093/ejpalc2020a2>
- Dong, E., Du, J., y Gardner, L. (2020). An interactive web-based dashboard to track COVID-19 in real time. *The Lancet Infectious Diseases*, 20, 533-534. [https://doi.org/10.1016/S1473-3099\(20\)30120-1](https://doi.org/10.1016/S1473-3099(20)30120-1)
- Fariña, F. (2019). La mediación familiar, una manifestación de Justicia Terapéutica. En I. Luján (Coord.), *Conflictos y mediación en contextos plurales de convivencia* (pp.125-148). Las Palmas de Gran Canarias: Universidad de Las Palmas de Gran Canarias.
- Fariña, F., Arce, R., Tomé, D., y Seijo, D. (2020). Validación del Cuestionario Actitud ante el Conflicto Parental: Autoinformada y Referenciada (ACPar)

- [Validation of the Attitude to Parental Conflict Questionnaire: Self-reported and Referenced (ACPar)]. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 11(1), 1-14. <https://doi.org/10.23923/j.rips.2020.01.031>
- Fariña, F., Redondo, L., Seijo, D., Novo, M., y Arce, R. (2017). A meta-analytic review of the MMPI validity scales and indexes to detect defensiveness in custody evaluations. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 17(2), 128-138. <https://doi.org/10.1016/j.ijchp.2017.02.002>
- Fariña, F., Seijo, D., Castro, B., y Vázquez, M^a J. (2021). Efecto de la Covid-19 sobre el conflicto en familias con ruptura de pareja. *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 8, 31-45.
- Fariña, F., Seijo, D., Fernández-Hermelo, M., y Vázquez, M. J. (2020). Gestión del régimen de visitas, intercambios y comunicación con los hijos e hijas durante la pandemia de la COVID-19 [Management of the visitation, exchange and communication regime with children during the COVID-19 pandemic]. *Publicaciones*, 50(1), 23-41. <https://doi.org/10.30827/publicaciones.v50i1.15942>
- Fariña, F., Vázquez, M. J. y Arch, M. (2022). Progenitores separados y relaciones paterno-filiales durante el confinamiento: visión de la abogacía. En L. Rodríguez-Franco, D. Seijo y F. Fariña (Eds.). *Ciencia Psicológica al Servicio de la Justicia y la Ley* (pp.321-336). Santiago de Compostela: Editorial Andavira.
- Flores, N., y Silva, S. (2021). Machine learning model to predict the divorce of a married couple. *3C Tecnología, Special Issue 7*, 83-95. <https://doi.org/10.17993/3ctecno.2021.specialissue7.83-95>
- Galatzer-Levy, R.M., y Kraus, L. (1999). *The scientific basis of child custody decisions*. New York, NY: Wiley
- Goldberg, A. E., Allen, K. R., y Smith, J. Z. (2021). Divorced and separated parents during the COVID-19 pandemic. *Family Process*, 60(3):866-887 <https://doi.org/10.1111/famp.12693>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2020), *Encuesta nacional de ocupación y empleo (nueva edición ENOE), agosto, 2020*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enoe/15ymas/doc/enoe_n_presentacion_ejecutiva_0820.pdf
- Islas, A. (2020). Derechos Humanos en México ante el Coronavirus. *Actualidad jurídica iberoamericana*, 12, 52-61. http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/06/5._Alfredo_Islas_pp._52-61.pdf
- Jiang, Y., Tan, Y., Wu, D., Yin, J., y Lin, X. (2022). The Double-Edged Impact of the COVID-19 Pandemic on Chinese Family Relationships. *Journal of Family Issues*, 0(0) 1–21. <https://doi.org/10.1177/0192513X211041990>
- Khachfe, H. H., Chahrour, M., Sammouri, J., Salhab, H. A., Makki, B. E., y Fares, M.Y. (2020). An epidemiological study on COVID-19: a rapidly spreading disease. *Cureus*, 12(3), 7313. <https://doi.org/10.7759/cureus.7313>
- Lamela, D., Figueiredo, B., Bastos, A., y Feinberg, M. (2016). Typologies of post-divorce coparenting and parental well-being, parenting quality and children's psychological adjustment. *Child Psychiatry & Human Development*, 47(5), 716-728. <https://doi.org/10.1007/s10578-015-0604-5>

- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (2018). *Boletín Oficial del Estado*, 294, de 6 de diciembre, 119788-119857. <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3>
- Ley Federal de protección de datos personales en posesión de los particulares (2010). *Diario Oficial de la Federación* el 5 de julio, 1-18. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPDPPP.pdf>
- Lund, M. E. (2015). The place for custody evaluations in family peacemaking. *Family Court Review*, 53(3), 407-417. <https://doi.org/10.1111/fcre.12162>
- Lebow, J. (2020). Family in the age of COVID- 19. *Family Process*, 59(2), 309– 312. <https://doi.org/10.1111/famp.12543>
- Odrizola-González, P., Planchuelo-Gómez, Á., Iruña, M. J., y de Luis-García, R. (2020). Psychological effects of the COVID-19 outbreak and lockdown among students and workers of a Spanish university. *Psychiatry Research*, 290, 113108. <https://doi.org/10.1016/j.psychres.2020.113108>
- Orús, A. (2022). Número de personas fallecidas a consecuencia del coronavirus a nivel mundial a fecha de 22 de mayo de 2022, por continente. *Estadista*. <https://es.statista.com/estadisticas/1095779/numero-de-muertes-causadas-por-el-coronavirus-de-wuhan-por-pais/>
- Qian, G., Yang, N., Ma, A. H. Y., Wang, L., Li, G., Chen, X., y Chen, X. (2020). COVID-19 transmission within a family cluster by presymptomatic carriers in China. *Clinical Infectious Diseases*, 71(15), 861-862. <https://doi.org/10.1093/cid/ciaa316>
- Reimann, M., Peters, E., y Diewald, M. (2022). COVID-19 and Work-Family Conflicts in Germany: Risks and Chances Across Gender and Parenthood. *Frontiers in Sociology*, 6, 780-740. <https://doi.org/10.3389/fsoc.2021.780740>
- Secretaría de Gobernación (24-03-2020), Diario Oficial de la Federación. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5590339&fecha=24/03/2020#gsc.tab=0
- Seijo, D., Montes, A., Marcos, V., Sanmarco, J., y Novo, M. (2021). Psychological Distress and Coping Responses to Confinement for COVID-19. *Acción Psicológica*, 18(1), 189-204. <https://doi.org/10.5944/ap.18.1.31715>
- Smyth, B. M., Moloney, L. J., Brady, J. M., Harman, J. J., y Esler, M. (2020). COVID-19 in Australia: Impacts on Separated Families, Family Law Professionals, and Family Courts. *Family Court Review*, 58(4), 1022-1039. <https://doi.org/10.1111/fcre.12533>
- Statista (2022). Número de personas fallecidas a causa del coronavirus en el mundo a fecha de 27 de mayo de 2022, por país. <https://es.statista.com/estadisticas/1107719/covid19-numero-de-muertes-a-nivel-mundial-por-region/><https://es.statista.com/estadisticas/1107719/covid19-numero-de-muertes-a-nivel-mundial-por-region/>
- Suárez, V., Quezada, M. S., Ruiz, S. O., y De Jesús, E. R. (2020). Epidemiología de COVID-19 en México: del 27 de febrero al 30 de abril de 2020. *Revista Clínica Española*, 220(8), 463-471. <https://doi.org/10.1016/j.rce.2020.05.007>

- Sun, L., Sun, Z., Wu, L., Zhu, Z., Zhang, F., Shang, Z., ... y Liu, N. (2020). Prevalence and risk factors for acute posttraumatic stress disorder during the COVID-19 outbreak. *Journal of Affective Disorders*, 283, 123-129 <https://doi.org/10.1016/j.jad.2021.01.050>
- Teasdale, E., Yardley, L., Schlotz, W., y Michie, S. (2020). The importance of coping appraisal in behavioural responses to pandemic flu. *British Journal of Health Psychology*, 17(1), 44-59. <https://doi.org/10.1111/j.2044-8287.2011.02017.x>
- Wang, C., Pan, R., Wan, X., Tan, Y., Xu, L., McIntyre, R. S., ... y Ho, C. (2020). A longitudinal study on the mental health of general population during the COVID-19 epidemic in China. *Brain, Behavior, and Immunity*, 87, 40-48. <https://doi.org/10.1016/j.bbi.2020.04.028>
- Wang, C., Wan, X. Tan, T., Xu, L., Ho, C.S. y Ho, R. C (2020) Immediate psychological responses and associated factors during the initial stage of the 2019 coronavirus disease (COVID-19) epidemic among the general population in China. *International Journal of Environmental Research and Public Health*, 7(5):1729 <https://doi.org/10.3390/ijerph17051729>
- Yárnoz-Yaben, S. (2010). Hacia la coparentalidad post-divorcio: percepción del apoyo de la ex pareja en progenitores divorciados españoles. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 10(2), 295-307
- Yavorsky, J. E., Qian, Y., y Sargent, A. C. (2021). The gendered pandemic: The implications of COVID-19 for work and family. *Sociology Compass*, 15, e12881. <https://doi.org/10.1111/soc4.12881>
- Zhu, N., Zhang, D., Wang, W., Li, X., Yang, B., Song, J., ... y Niu, P. (2020). A novel coronavirus from patients with pneumonia in China, 2019. *New England Journal of Medicine*, 727-733. <https://doi.org/10.1056/NEJMoa2001017>

SITUACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA A DOS DÉCADAS DE LA REFORMA PROCESAL PENAL EN CHILE

Isabel Ximena González Ramírez
Pontificia Universidad Católica de Chile

Introducción

La transición de los procesos penales, desde un sistema inquisitivo a un sistema acusatorio, en Latinoamérica, comenzó a instaurarse hace más de veinte años, con una historia procesal inquisitiva la que evolucionó a sistemas procesales penales de tipo acusatorio: orales, públicos, con una marcada influencia de tradición continental.

Con la reforma procesal penal, el año 2000 Chile, incorporó el sistema acusatorio en la justicia penal, implementándolo por etapas en las diversas regiones del país.

Este importante cambio en la justicia penal separa las funciones del juez penal que hasta entonces era instructor, acusador, y sentenciador, creando la institución del Ministerio Público a nivel constitucional, como un poder independiente a los poderes del Estado: ejecutivo, judicial y legislativo, dotando al fiscal de la facultad de decidir sobre la acción penal, pero dentro de márgenes restringido previamente por la ley.

Se instaura con esto, el principio de oportunidad que otorga flexibilidad a la aplicación del principio de obligatoriedad de acción frente al delito, con respeto al principio de legalidad procesal.

Adicionalmente, transita el sistema procesal penal de largos juicios escritos y secretos a juicios orales, públicos y transparentes, incorporando procesos breves de tratamiento del delito denominados abreviados y simplificados y formas de término alternativas al juicio oral como las salidas alternativas, terminando también las investigaciones con archivo provisional o facultad de no investigar del fiscal.

Las salidas alternativas son una consecuencia de la aplicación del principio de oportunidad en el sistema penal, las que permiten incorporar en Latinoamérica procesos restaurativos, que actúan en forma complementaria a estas salidas, como una metodología colaborativa para el tratamiento y logro de acuerdos como alternativas al juicio.

Frente a lo cual nos planteamos como problema y pregunta de investigación: ¿Cómo han operado los mecanismos restaurativos en el sistema procesal penal acusatorio, después de la reforma al proceso penal en Chile?

Frente a lo que surge como hipótesis la siguiente: Los países de Latinoamérica con la transición de sistema inquisitivo al acusatorio, si bien incorporaron en sus sistemas procesales penales, en forma reglamentaria, legal e incluso constitucional, mecanismos restaurativos en el tratamiento del delito, su uso en Chile es todavía insipiente, sometido a la voluntad de los fiscales, aplicado a faltas y delitos de baja gravedad, de escasa notoriedad social y no totalmente valorado por los operadores jurídicos penales.

Chile en la actualidad es uno de los países en Latinoamérica que menor aplicación les da a los mecanismos restaurativos, salvo por la escasa aplicación de la mediación penal, al comienzo del período de la reforma procesal y hoy en algunos espacios de responsabilidad penal juvenil, todavía como programas pilotos y proyectos de ley, sin normativa al respecto y con un decreciente entusiasmo en su aplicación en adultos.

Los fiscales y jueces han demostrado poco estímulo en derivar a centros especializados de mediación penal, el tratamiento de delitos, que pueden ser resueltos mediante salidas alternativas al juicio oral. Valorando estos mecanismos solo como descongestión judicial, en delitos de baja pena y sin antecedentes necesarios para una condena. Lo que se justifica por la falta de una explícita y autónoma regulación de los mecanismos restaurativos como salidas alternativas al juicio oral, en un país tan legalista como Chile, que no aprovechó como otros países de Latinoamérica el incorporarlos en la reforma al nuevo sistema procesal.

Para este estudio se ocupó una metodología cualitativa de análisis hermenéutico, con un diseño de carácter descriptivo y exploratorio (Fucito, 1999). Para lo cual se usaron fuentes de información secundarias, tales como normativa jurídica, recomendaciones de organismos internacionales, doctrina y experiencias comparadas.

El objetivo de este capítulo es analizar la situación actual de la justicia restaurativa a dos décadas de la transición del sistema procesal penal inquisitivo a uno acusatorio en Latinoamérica y especialmente en Chile.

La estructura del artículo está compuesta por tres apartados, el primero trata sobre el sistema acusatorio en Chile y los principios de la acción penal; el segundo, observa la incorporación de mecanismos restaurativos en un sistema acusatorio; el tercero da una mirada actual a las consecuencias de la transición del sistema inquisitivo al acusatorio; El cuarto estudia las formas de solución del conflicto penal en Chile; y el quinto: identifica la evolución en el uso de las salidas alternativas y algunas estrategias necesarias para una adecuada implementación de mecanismos restaurativos como la mediación penal en Chile, que cumpla con los estándares exigidos en materia penal para el tratamiento del delito. Terminando con las conclusiones y hallazgos encontrados en este estudio.

Es así como, este trabajo permite analizar como la modernización de nuestro sistema procesal penal en Chile, ha desaprovechado la importante reforma del sistema, como una oportunidad de implementar el uso de sistemas restaurativos para la solución de los conflictos penales y que está pendiente un importante desafío en cuanto a la calidad del tratamiento y formas de

termino pacíficas de los procesos penales, para lo cual es útil observar algunas buenas prácticas usadas en países de la región Latinoamericana.

El sistema acusatorio en Chile y la aplicación de los principios de la acción penal

La transición del sistema inquisitivo al acusatorio en materia procesal penal en los países de Latinoamérica, se vinculan a un cambio en los énfasis que se dan a los principios propios de la acción penal (Marques-Cárdenas, 2007).

Dicha transición tuvo su inicio en Chile el año 2000, con la reforma procesal penal que otorgó al fiscal la facultad de tomar decisiones sobre la acción penal en un marco legal, la cual abrió la oportunidad de incorporar activamente mecanismos restaurativos en el tratamiento de los delitos, como forma de gestionar las salidas alternativas y los juicios abreviados y simplificados.

La acción penal es un presupuesto necesario de la jurisdicción, y consiste en el derecho público y subjetivo de exigir al tribunal la dictación de una decisión fundada y congruente cuando su titular el Ministerio Público, ejerce el monopolio de la potestad persecutora, la que realiza en cumplimiento de un deber constitucional de naturaleza pública, obligatoria, irrevocable, indivisible, e indisponible, razón por la que el régimen de la acción penal y las normas relativas a ella conforman una legislación de contenido político que da legitimación al Estado y le entrega el monopolio de la persecución penal.

Así, entendiendo que el sistema penal no tiene otra opción que ser selectivo y que por economía procesal debe centrarse en los delitos más graves, donde se ha optado por aplicar mecanismos propios del principio de oportunidad, como las salidas alternativas, con soluciones mucho más civilizadas que el ejercicio de la acción penal, donde el proceso penal se orientan hacia una diversidad de respuestas frente al conflicto jurídico (Anitua, 2019).

Según Binder (2009) la acción pública debe ser diseñada de modo más complejo dado que hay casos en que, aun cuando existe interés social en ella, el Estado no debe encargarse de forma excluyente de la persecución penal, dejando fuera a la víctima, para abandonarla después por estar sobrepasado.

En este contexto es que podemos afirmar que en casi ningún ordenamiento constitucional latinoamericano se exige en forma irrestricta acoger el principio de obligatoriedad de la acción penal, ni prohíbe o excluye el de discrecionalidad en su ejercicio, sin embargo, exige al legislador determinar los márgenes de discrecionalidad con los que ese órgano desarrollará su labor persecutoria (Bordalí, 2011).

El principio de oportunidad se ha entendido como “la facultad entregada al órgano persecutor de no iniciar, suspender, interrumpir o hacer cesar el curso de la persecución penal, cuando así lo aconsejan motivos de utilidad social o razones político-criminales”, (Horvitz y López, 2002, p. 48).

Este principio, constituye una excepción en los sistemas de corte continental, por esta razón, en Latinoamérica se afirma la persecución de oficio y la víctima se observa desapoderada de su papel en el proceso. Se

considera el delito no como una lesión hacia el afectado, sino que más bien contra el orden establecido (Anitúa, 2004).

Para Hassemer (1988), el principio de oportunidad supone una implementación selectiva y oportunista de normas jurídicas materiales en el proceso penal, lo que reviste una forma de debilitar estas normas a largo plazo. Si el Derecho Penal material se implementa desigualmente en el proceso penal, ello repercute negativamente en el sistema jurídico criminal, sobre todo cuando sus presupuestos de aplicación no están bien definidos.

Por ello, las decisiones de las autoridades instructoras de no perseguir un delito no puede controlarse eficazmente, salvo si hay participación del tribunal competente o juez instructor, así la mixtura entre legalidad y oportunidad dependerá de la ética de las autoridades, tribunales y del control y confianza de la población (Hassemer, 1988)

Sin embargo, ninguna sociedad puede permitirse una regla de procesamiento automático para todos los casos y cada delincuente. Por esta razón, la tarea en la mayoría de los sistemas jurídicos ha sido la consecución de un equilibrio entre la protección del estado de derecho y la escasez de recursos públicos, lo que inevitablemente ha llevado a institucionalizar ciertos criterios de selectividad en las persecuciones (Langbein, 1974).

En cuanto al principio de legalidad procesal, se sostiene que uno de sus fundamentos principales sería la igualdad ante la ley, ya que sus fines serían evitar arbitrariedades y discriminaciones en la persecución de los delitos (Langbein, 1974). Adicionalmente, como señala Roxin (2001), tras el principio de legalidad es posible encontrar la idea de retribución, “[...] según la cual el Estado, para la realización de la justicia absoluta, tiene que castigar sin excepción toda violación a la ley penal” (Roxin, 2001, p.89). No obstante, Neuman (2005), expresa que tal principio ha sido cuestionado, y que es tendencia mundial que no sea entendido de forma tan rigurosa como antaño, por la dificultad de tratar de conciliarlo con los fines preventivos de la pena. Así, desde una perspectiva económica y política, es poco razonable obligar de la misma manera a las autoridades instructoras al esclarecimiento de todos los delitos (Malamud, 2013).

La retirada del principio de legalidad aplicado en términos absolutos puede apreciarse en la transición del proceso penal latinoamericano, que pasó a valorar la eficacia de la persecución, donde difícilmente se repara a la víctima, la que no es oída en su voluntad resarcitoria o en su vana pretensión de que se haga justicia (Marques-Cárdenas, 2007). Sin embargo, se trata entonces de una nueva victimización, esta vez legal. Por ello, la protección de las personas es previa y justificante en la función de perseguir y reprimir los delitos, donde la justicia restaurativa atiende como primer objetivo a la resolución del conflicto a la reparación de daños vulnerados y paz social.

Buteler, (1998) admitió la deslegitimación del principio de legalidad procesal en términos absolutos y su tensión con el de oportunidad. Es por ello que sugiere moderar el primero incluyendo al segundo.

Según Zarate (2002), el principio de legalidad procesal prescribe que: cuando el órgano persecutor toma conocimiento de un hecho que reviste el carácter de delito, promoverá la persecución penal, sin que pueda suspender,

interrumpir o hacer cesar su curso, salvo los casos previstos en la ley, con criterios de discrecionalidad estricta y reglada.

Este principio, añade un sistema de control a la discrecionalidad en la persecución penal, en el que subyace una noción paternalista del ente persecutor con matices del antiguo y autoritario sistema inquisitivo (Langbein, 1974), como transición hacia el sistema acusatorio.

El paso de un procedimiento de tipo inquisitivo a uno acusatorio mantuvo lo que se consideró las metas principales del proceso en el sistema continental europeo: la persecución penal pública y la búsqueda objetiva de la verdad histórica como fin inmediato del proceso. Sin embargo, para Carnevali (2009) también corresponde al derecho penal sustantivo determinar en qué casos el sistema penal no debe intervenir y no debe imponer una pena, donde las salidas alternativas, no suponen una pena y apuntan más bien a procurar la verdad procesal más que a la histórica.

Es así como se ha entendido que a los derechos materiales le corresponderá dar directrices sobre todos los individuos en forma duradera y general. En cambio, al derecho procesal le corresponderá dirigir conductas de los sujetos procesales. El primero determina la ilicitud y el segundo lo eficaz o ineficaz. En ese sentido, el principio de legalidad procesal hace énfasis en la idea del derecho como justicia y la oportunidad como efectividad.

En este contexto, el régimen de la acción penal y las normas relativas a ella conforman una legislación de contenido político que lo transforman en uno de los elementos fundamentales de soporte de la legitimación del Estado en el proceso penal. Al asumir éste el poder de requerir y por otro el poder de juzgar, se garantiza el monopolio de la persecución penal (Binder, 2009).

Al respecto, Maier (2008), sostiene que la obligación persecutoria durante muchos siglos no existió. En su lugar, primó el modelo privado de persecución penal. Específicamente, dicha situación ocurrió antes del desarrollo del Estado moderno, por lo que la persecución penal pública es sólo un modelo posible no el único (Maier, 2008).

Para Binder, la acción penal pública debe ser diseñada de modo más complejo, dado que hay casos que, aun existiendo interés social, el Estado no debe encargarse de forma excluyente de la persecución penal (Binder, 2009).

Es así como la relación entre la acción privada y pública debe ser dinámica, y por ello carece de sentido que el Estado asuma sólo el ejercicio de esta acción, deje fuera a la víctima y la abandone luego por estar sobrepasado (Anitúa, 2002).

La incorporación de mecanismos restaurativos en un sistema acusatorio

En Latinoamérica, el principio de oportunidad dio al proceso penal plena cabida a las formas auto compositivas de solución del conflicto respecto de los delitos de acción penal pública, las que en el antiguo proceso penal solo se reconocían en los delitos de acción privada a través del perdón de la parte ofendida (Anitúa, 2019).

Los mecanismos restaurativos como la mediación penal pueden ser formales o informales, dependiendo si está reglada por la ley y se establece en forma previa, pública y transparente los criterios de selectividad de los delitos, lo que permite relativizar la afección al principio de legalidad procesal.

El enfoque del principio de oportunidad en el sistema continental, propicia la mediación para determinados tipos de delitos, mientras que en el sistema del *Common Law* el *plea bargaining* puede utilizarse en todo delito. Sin embargo, este en todas las ocasiones en que se usa y por sí solo, no es un mecanismo propiamente restaurativo ya que el imputado muchas veces acepta responsabilidad para lograr una pena menor, que son más bien formas de juicio abreviado o simplificado, con condena, donde la participación de la víctima no tiene gran trascendencia.

Los mecanismos restaurativos como la mediación penal, en su inicio se enfrentan a críticas como un “desvío” que en la medida en que depende de la voluntad del delincuente, el Estado puede caer en un incumplimiento de su deber de evitar la arbitrariedad y la discriminación en la persecución de los delitos (Hartmann, 2010).

Por esto, las intervenciones de justicia restaurativa deben ser “llevadas a cabo dentro de una práctica centralizada y uniforme con el objetivo de garantizar la igualdad ante la ley, es decir, garantizar que los mismos protocolos y garantías se proporcionen para todos los perseguidos” (Fellegi, 2010, p. 51).

Exigiendo Morris (2003) que “las prácticas sobre la justicia restaurativa comprendan nociones como; la Igualdad de trato, consistencia y equidad, como un medio para garantizar que los resultados para los ofensores no sean desproporcionados con respecto a su culpabilidad (p. 469).

El sistema restaurativo, aporta al principio penal de *ultima ratio*, subsidiariedad de la ley penal, como el sistema de justicia penal holandés que incluye hoy prácticas que no tienen una intención punitiva, sino más bien el desarrollo personal y social del delincuente. Y Bélgica que reorienta sus sentencias hacia un enfoque más reparador (Blad, 2003).

Entendemos por justicia restaurativa: Un programa restaurativo a nivel Latinoamericano debe determinar legalmente el marco dentro del cual debiese incorporarse en forma expresa, dentro de una salida alternativa, o bien como una vía independiente y autónoma, que resguarde las garantías procesales (Mera-Ballesteros, 2009).

Cualquiera de las dos alternativas mencionadas constituye una mejor forma de regulación que la que se da hoy en Chile, donde su aplicación es ocasional y se inserta como mediación penal, en el contexto del archivo de los antecedentes, sin que exista un reconocimiento, ni control judicial de esta herramienta y, en el mejor de los casos, en una salida alternativa como el acuerdo reparatorio.

Entendemos por mediación penal: En estos procesos, las partes no se encuentran solas, sino que existe un mediador que protege al sistema de los abusos y un juez que homologa los acuerdos con forma de sentencia ejecutoriada.

Mera (2009), afirma que en la medida en que la participación de los procesos de mediación penal es voluntaria, siempre subsistiría la posibilidad de renunciar a ella y someter el asunto a un proceso judicial, no debiera preocuparnos el cumplimiento tan estricto de garantías del debido proceso. Las que, sin embargo, son parte importante de los principios del proceso de mediación, que debe cumplir con sus mismas garantías.

Dentro de las corrientes más innovadoras, están quienes esgrimen que el campo de acción de la mediación penal debiera definirse sobre la base de la vulnerabilidad y peligrosidad, realizada por instrumentos técnicos psicosociales tanto de la víctima como del infractor, junto con del reconocimiento de la intención de este último de reparar el daño (Gutiérrez, 2009). Excluyendo entonces, la gravedad del delito como un criterio de definición para aplicar un mecanismo restaurativo (Dünkel, Horsfield y Parosanu, 2015).

Además, debiera incorporarse al ámbito de acción de la mediación situaciones conflictivas donde existe quiebre relacional, daño, y relaciones sociales permanentes en el tiempo, a las que el sistema penal no da una solución adecuada (González, 2019).

Existen importantes ventajas en el funcionamiento de un sistema de mediación penal, relacionadas con la protección y promoción de los intereses de la víctima (González, 2020) y la necesidad de contar con mecanismos que permitan ofrecer respuestas diversas y adecuadas a cada situación particular (Bordalí, 2011).

Se da la oportunidad a la víctima de ser reconocida en su dolor, además de encontrar una solución rápida y acorde a su necesidad ante la situación generada por el delito, lo que le permite beneficios tanto psicológicos como materiales o económicos. Respecto de estas últimas, puede obtener la reparación por las pérdidas provocadas con el ilícito y la compensación económica según las posibilidades del imputado (Eiras, 2010).

En el ámbito psicológico, permite a la víctima, bajar sus niveles de temor difuso y ansiedad frente al imputado al tener la oportunidad de diálogo y comunicación con éste, lo que su vez incide en el descubrimiento de su identidad y su motivación al delinquir (Pavlich, 2005). Lo que tendría un efecto pedagógico en el ofensor, evitando la reincidencia y lo haría partícipe de la reparación (Neuman, 2005). Por último, permite a la Defensoría obtener acuerdos más beneficiosos para sus defendidos e implica menos costos de tiempo y esfuerzo de sus defensores y menos costos para el Estado, lo que contribuye a que la ciudadanía tenga una mejor percepción de la justicia (Pablic, 2012).

Mirada actual a las consecuencias de la transición del sistema inquisitivo al acusatorio

Es así como, una mirada actual a las consecuencias de esta gran reforma a la justicia penal, que ya hace años se había venido produciendo en la mayoría de los países del mundo, se propuso eliminar las deficiencias del antiguo sistema, tales como: procesos secretos y largos, falta absoluta de

inmediación del juez que lleva la causa y servicios de defensa precarios para los imputados de escasos recursos.

Otro de los avances de las reformas fue la creación del Ministerio Público. Este organismo investiga los delitos junto a las Policías, mientras que la Defensoría Penal Pública posibilita una defensa de calidad y en igualdad de condiciones para todos los ciudadanos.

La reforma permitió también el aumento de la oferta de atención judicial, la modificación de los tiempos procesales, la creación de programas de atención a víctimas y testigos, y las nuevas alternativas para resolver los casos. Estos elementos dieron una nueva cara a la justicia penal.

Estas reformas representaron para Latinoamérica la sustitución de un sistema antiguo, inquisitivo y burocrático, con serias deficiencias estructurales en la persecución criminal y en la cautela de las garantías individuales, por un sistema acusatorio oral y público, que pretende ser más ágil y humano. Sistema que se propone conservar el principio de legalidad sustantivo y flexibilizar el de legalidad procesal (Malamud, 2013).

En su estructura, el nuevo sistema evidencia ser más moderno y efectivo. Sin embargo, cabe preguntarse si ¿ha cambiado realmente el sistema de administración de justicia de acuerdo a las expectativas que se tuvieron?

Para evaluar los cambios producidos por la reforma procesal penal en sus inicios, se realizaron en Chile dos estudios ampliamente reconocidos¹: el estudio del Ministerio Público, a cargo del *Vera Institute of Justice* de Nueva York, del año 2003² y el efectuado por los juristas Baytelman y Duce, el 2003³.

Los resultados señalaron que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal estaba cerrando más casos en un tiempo razonable, lo que al mismo tiempo generaba una tasa más alta de sentencias condenatorias en comparación al antiguo sistema (Ministerio Público de Chile 2004). La reforma comenzó mostrando mayor eficacia en la resolución de casos y una mayor celeridad.

Los estudios señalan que existen también diferencias en la proporción de casos en los cuales hubo detenciones. El 14,5% de los casos del antiguo sistema involucró detenciones, mientras que con la reforma la proporción de casos con detenidos sólo alcanzó un 4%. Lo que explicaría esta gran diferencia es el mayor énfasis que ahora se pone en el principio de presunción de inocencia, “investigar para detener” y no de “detener para investigar” como ocurría en el sistema antiguo (Baytelman y Duce, 2003).

¹ Estudio de la Fundación Paz Ciudadana, *Proyecto de Evaluación Empírica de la Reforma Procesal Penal*, del Ministerio de Justicia, Santiago, Chile 2005; Informe de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados del Código Procesal Penal, Chile, 2001, p. 104; Ministerio Público de Chile División de Estudios, Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión y Vera Institute of Justice de Nueva York, Estudio Nuevo sistema penal en Chile, 2004, pp. 3-20; Estudio empírico; Estudios estadísticos y Memorias anuales del Ministerio Público y la Defensoría Penal Pública; instructivos del Fiscal Nacional.

² El 2003, se hizo una comparación estadística de la forma en que el nuevo y el antiguo sistema de justicia criminal resuelven los casos judiciales, analizándose alrededor de 7.000 causas ingresadas en el año 2002.

³ Estos estudios han sido realizados durante los primeros años de implementación de la Reforma Procesal Penal, con el objeto de medir en un mismo período, ciudades que funcionaban con y sin Reforma.

En el comienzo de las reformas procesales, el alto número de término de casos en lapsos de tiempo relativamente breves fue motivo de preocupación para algunos, especialmente por la utilización de las facultades de los fiscales para aplicar salidas de tipo más bien administrativas como el archivo provisional o el principio de oportunidad.

Se preguntaba la comunidad, ¿si con la judicialización de la causa o más tiempo de investigación, estos casos podrían producir una salida procesal diferente, tal vez incluso una condena? Esto es, ¿si el nuevo sistema obtiene niveles más altos de productividad a expensas de una menor eficacia en la persecución penal? Sin embargo, la evidencia indica que el antiguo sistema era “menos sancionador” que el nuevo sistema de enjuiciamiento penal (Duce y Baytelman, 2009). Ello, sin perjuicio de que la condena no es el único resultado del proceso judicial y que no siempre será el indicador más importante al momento de evaluar la calidad del proceso penal (Bustos, 2007).

Es así como la incorporación de las salidas alternativas al juicio oral, que se orientan a la búsqueda de una solución rápida y eficaz al conflicto antes que, a la imposición de una sanción penal, muestran como resultados un proceso rápido, que puede ir de la mano con el cumplimiento de los derechos y garantías de los intervinientes.

El nuevo sistema ha significado un incremento de los derechos y servicios tanto de las víctimas como de los imputados. En relación a los derechos de la víctima, ésta se ha transformado en un actor más relevante en la medida en que es consultada sobre decisiones del proceso por jueces y fiscales, lo que no sucedía antes, pero aun su participación en el proceso es absolutamente insuficiente conforme a sus necesidades.

En cuanto a los derechos de los imputados, hoy cuentan con un abogado profesional desde la primera actuación del proceso y que comparece personalmente a cada una de las audiencias del mismo. Defensores que están organizado institucionalmente en la Defensoría Penal Pública, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.

Piedrabuena (2006) afirmaba que falta información en la ciudadanía respecto de los nuevos mecanismos de salidas alternativas, juicios simplificados, procedimientos abreviados y rol de los fiscales frente a los jueces, víctimas e imputados, falencia que hoy pasados veinte años todavía es posible observar en los juicios de la ciudadanía.

Se aprecia también disconformidad con los principios rectores de la reforma al proceso penal, en la mayoría de los países Latinoamericanos que la han vivido. Esta crítica ha provenido de sectores punitivistas, que aspiran a que todos los imputados estén encarcelados y que no aceptan las salidas alternativas y procedimientos abreviados, los que sugieren, que su uso promueve grave negligencia en las actuaciones de los fiscales y los jueces (Bustos, 2011).

El problema de la seguridad ciudadana y la delincuencia es un tema que ha crecido como preocupación ciudadana desde el siglo pasado, y hoy con la globalización y uso de redes sociales se intensifica el temor frente al delito, responsabilizando a las reformas procesales penales y al uso de las salidas

alternativas y renuncia a la acción penal del aumento de la delincuencia (Muñoz, 2007).

Así, el ente persecutor, debió enfrentar desde los primeros tiempos de la reforma y aún hoy a críticas por ser un “sistema muy garantista”, que “desecha los delitos de menor cuantía”, con gran presión de la ciudadanía, medios de comunicación y de los políticos para aumentar la severidad penal.

Existe hoy un fuerte debate en torno a la eficacia de la persecución penal por delitos de mediana gravedad, y cuestionamientos sobre las medidas cautelares que no involucran prisión preventiva y por la falta de severidad en el castigo. promoviendo los últimos años múltiples leyes con objetivos populistas, las que endurecen las penas, como la ley de control de armas, los “hurtos hormiga”, los delitos de agresión contra los policías, y Ley de Violencia Intrafamiliar, que creó el delito de violencia reiterada o maltrato habitual, Ley Emilia de muerte por manejo en estado de ebriedad. En contraposición a esto nos encontramos con la tesis de los estudiosos del derecho penal mínimo, que favorece las salidas alternativas (Cesano, 2010).

Quizás por estas razones es que en las instrucciones del Ministerio Público se advierte un cambio desde los primeros años de la reforma, en que se favorecían las salidas alternativas y se concebía al fiscal como un componedor más que un represor penal, restringiéndose algunas salidas alternativas y dando mayor severidad en las penas (González, 2019).

Así, la reforma al proceso penal en la mayoría de los países de la Región ha debido hacerse cargo de las expectativas de seguridad ciudadana, las que inicialmente no se definieron como su ámbito de competencia. Siendo evaluada hoy por su capacidad de incidir en la denunciabilidad frente al delito, la reducción del temor y la victimización en la ciudadanía (Quintero, et al., 2019).

Las investigaciones recientes en el área desmitifican estas críticas a la reforma en ambos sentidos. No hay evidencia que permita atribuirle algún efecto sobre la victimización, ni tampoco sobre el incremento o disminución de la comisión de delitos. Tampoco su denunciabilidad varía, producto de la mejor evaluación de las instituciones persecutorias, con lo que no se reduce la cifra negra de delitos, como sería esperable (Covarrubias y Mohor, 2006).

Los informes de evaluación de los países latinoamericanos con reforma, según el Informe de la Américas del 2018, revelan que las salidas alternativas no han sido totalmente implementadas y, donde lo han sido, no hay información significativa sobre su aplicabilidad y efectividad.

La resolución de los conflictos penales en un sistema acusatorio

De enero a diciembre del año 2019, según datos del boletín del Ministerio Público ingresaron en Chile 1.508.350 delitos, 650.631, esto es 43,14% tienen imputado conocido y 857.719, equivalente al 56.86% con imputado desconocido (Boletín del Ministerio Público, 2019).

Al comparar las cifras de los casos que ingresaron a la Fiscalía con imputado conocido a 20 años de implementación de la reforma, podemos ver

que solo el 43,14% tienen posibilidad real de resolución por la vía formal, ya que cuentan con una contraparte identificada que responde frente al hecho punible y esto solo en el caso en que efectivamente se resuelva el conflicto con el ingreso de ambas partes al sistema penal (Cuadro 1).

Cuadro 1. Tipo de términos procesales de los delitos enero-diciembre 2019.

TIPO DE TÉRMINOS	IMPUTADOS				Total
	Imputado conocido (IC)	% Conocido	Imputado desconocido (ID)	% Desconocido	
Sentencia definitiva condenatoria	209.914	24.26%	0	0.00%	209.914
Sentencia definitiva absolutoria	22.035	2.55%	0	0.00%	22.035
Sobresimiento definitivo	59.470	6.87%	8.048	0.96%	67.518
Sobresimiento temporal	11.799	1.36%	0	0.00%	11.799
Suspensión condicional del procedimiento	94.098	10.88%	0	0.00%	94.098
Sobresimiento definitivo 240	49.565	5.73%	14	0.00%	49.579
Acuerdo reparatorio	38.761	4.48%	0	0.00%	38.761
Facultad de no investigar	57.653	6.66%	92.736	11.08%	150.389
Subtotal por salida judicial	543.295	62.80%	100.798	12.04%	644.093
Archivo provisional	193.463	22.36%	687.765	82.17%	881.228
Decisión de no perseverar	58.772	6.79%	10.905	1.30%	69.677
Principio de oportunidad	65.044	7.52%	35.025	4.18%	100.069
Incompetencia	4.520	0.52%	2.552	0.30%	7.072
Subtotal por salida no judicial	321.799	37.20%	736.247	87.96%	1.058.046
Anulación administrativa	3.844	0.00%	1.737	0.00%	5.581
Agrupación a otro caso	48.207	0.00%	60.491	0.00%	108.698
Otras causales de término	3.421	0.00%	389	0.00%	3.810
Otras causales de suspensión	2.289	0.00%	2	0.00%	2.291
Subtotal por otros términos	57.761	0.00%	62.619	0.00%	120.380
TOTAL NACIONAL	922.855	100%	899.664	100%	1.822.519

Por otra parte, de 1.508.3500 delitos ingresados a la Fiscalía, se terminaron 1.822.519⁴, de los que 644.093 tuvieron termino judicial esto es el 74,84%, y con términos no judiciales 1.058,046 equivalente al 125.18%.

El año 2000, los acuerdos reparatorios marcaron un porcentaje de términos mayor que la suspensión condicional del procedimiento y en la actualidad van decreciendo en forma inversamente proporcional, representando hoy los acuerdos un 4,49%, esto es menos de la mitad de las suspensiones con 10,88%, por el actuar menos componedor de los fiscales (Boletín anual Fiscalía, 2020).

Podemos observar que existe una importante cifra de conflictos a los que no se les da una solución satisfactoria para las partes, dentro de los que están los términos no judiciales, facultativos del Ministerio Público, que incluyen el archivo provisional, la decisión de no perseverar, la incompetencia y el principio de oportunidad en sentido restringido.

En cambio, las dos formas principales de término de las causas judicializadas que alcanzan el año 2019 un 39.61% corresponden a las condenas y a las salidas alternativas, las que si pueden ofrecer una respuesta a las necesidades de las partes. Esta últimas, pueden ser aplicadas en la mayoría de los delitos denunciados, las que requieren contar con una forma restaurativa e institucionalizada de tratar los conflictos a diferencia del proceso

⁴ Terminados, son todos los que se ponen fin en el año, no importando cuando ingresaron.

rápido y superficial que les da hoy la Fiscalía, con el fin de dar pronto termino el proceso.

En Chile se observa que la solución de los conflictos puede lograrse no solo a través de un juicio oral, sino mediante el procedimiento abreviado y simplificados, siempre que exista acuerdo entre el fiscal y el imputado, que este reconozca su responsabilidad en el delito y concurran los demás requisitos previstos, por ejemplo, en el artículo 406 y siguientes del Código Procesal Penal chileno.

Se encuentran consignados en la mayoría de las constituciones políticas latinoamericanas y en Chile en el artículo 83, la protección de los intereses de la víctima, su reparación y participación en el proceso, donde al Ministerio Público le corresponde adoptar las medidas para proteger a las víctimas y los testigos.

Asimismo, el artículo 6 del Código Procedimiento Penal, modificado por la Ley N° 19.798, se establece la obligación del órgano persecutor de velar por la protección de la víctima en todas las etapas del procedimiento penal. Agrega que, para tal efecto, el fiscal durante el curso del procedimiento deberá promover acuerdos patrimoniales, medidas cautelares u otros mecanismos que faciliten la reparación del daño causado a la víctima. El juez durante el proceso también debe garantizar la vigencia de los derechos de la víctima, la cual podrá acudir al tribunal de estimar deficiente la protección que se le ha otorgado por parte del Ministerio Público. Además, tiene derecho a intervenir en el proceso conforme al artículo 12 del Código Procesal Penal.

En los países de Latinoamérica, donde no existe legal, ni institucionalmente un reconocimiento formal de mecanismos restaurativos, estos se insertan en el contexto del principio de oportunidad en sentido amplio. Ahora bien, para la implementación seria de un sistema restaurativo en el sistema penal, se plantea la necesidad de determinar si su incorporación debe efectuarse como una materialización más del principio de oportunidad en sentido amplio, (Carnevali, 2019) o bien como una salida alternativa autónoma, para lo que a continuación, se trataran las salidas alternativas en Chile.

Las salidas alternativas y algunas estrategias necesarias para una adecuada implementación de mecanismos restaurativos como la mediación penal en Chile

En algunos países de Latinoamérica, como manifestación de la disponibilidad de la acción penal y el principio de oportunidad, se han incorporado las salidas alternativas al proceso penal, las que no siempre son las mismas ni se denominan de la misma manera, pero en general tienen los mismos objetivos.

El sistema penal por medio de las salidas alternativas, utilizando criterios que tienden primordialmente a su eficiencia, intenta autorizar mecanismos auto-compositivos, con participación de la víctima y del imputado en caso de que el interés público existente en la sanción penal sea menor, dado que los criterios preventivos no exigen la imposición de una pena, las define como:

“mecanismos de solución de conflictos, que buscan que las partes alcancen acuerdos con el fin de evitar dirimir los problemas en el sistema penal” (Horvitz y López, 2005).

La tendencia a la privatización del proceso que ofrecen las salidas alternativas ha dado lugar a injustificadas críticas (Van Ness y Strong, 2015). Sin embargo, estos sistemas no implican una disolución de la administración pública de justicia en los delitos de mayor gravedad (Ramírez, 2012), y tampoco dan lugar a la pérdida de la bilateralidad de la audiencia y derechos de las víctimas, la que se evidencia en la posibilidad que tiene ésta de recurrir de apelación.

Entre los objetivos políticos criminales planteados en la creación de las salidas alternativas estaban dar mayor protagonismo a la víctima en el proceso, posibilitar la resolución del conflicto penal-criminal, evitar los efectos criminógenos del procedimiento penal y la prisión preventiva respecto de los imputados por delitos menores y de bajo compromiso delictual, así como conciliar los intereses de las partes en conflicto (González, 2018).

Sin embargo, parece existir confusión entre la forma de dar término al proceso, como son la salida alternativa, con los mecanismos de resolución que se ocupan para tratar el conflicto y llegar a un acuerdo, como por ejemplo la mediación o conferencias restaurativas (Gonzalez y Fuentealba, 2013).

En países de la región, no existe consenso acerca de cuáles son exactamente las salidas alternativas (Cesano, 2010). Algunos incluyen, entre estas, el principio de oportunidad en sentido amplio y el procedimiento abreviado, aunque dichas fórmulas, en sentido estricto, son procedimientos simplificadores del proceso y no otorgan a los intervinientes una vía colaborativa para solucionar su conflicto.

Las salidas alternativas son compatibles con una política criminal de mínima intervención penal, que parte de la doctrina que la pena privativa de libertad no es el instrumento principal para responder a la criminalidad, sino que, por contrario (Baratta, 2004), el mayor nivel de desarrollo y de igualdad social de un país se expresa en su capacidad de resolver los conflictos con el menor uso de los instrumentos coactivos (Gavrielides, 2018).

Según los mensajes de los Códigos Procesales Penales Latinoamericanos, las ventajas de introducir estas salidas en el ordenamiento procesal penal son múltiples, entre las que cabe destacar, que son una solución rápida y eficaz del conflicto penal, que pueden aplicarse en forma temprana, cercanas a la comisión del hecho ilícito, adoptándose en la audiencia de formalización de la investigación (Larrauri, 1996).

Con estas salidas no se produce la estigmatización del imputado, lo que disminuye la posibilidad de que sea privado de libertad mientras la investigación se desarrolla y otorga opción al ofensor de acceder a una medida destinada a su reinserción social que le permite aparecer sin antecedentes de una condena. Estas ofrecen fórmulas de soluciones al delito diferenciadas según su naturaleza y gravedad, distintas al sistema antiguo de justicia penal de estructura lineal, que da a los ilícitos una misma respuesta (González 2017).

Otra ventaja que tienen estos mecanismos es que presentan aspectos funcionales a los intereses de la seguridad pública (Carnavali, 2017). Por ejemplo, la suspensión condicional del procedimiento, reconocen sus antecedentes en los beneficios alternativos a la pena privativa de libertad como son la remisión condicional de la pena, la libertad vigilada y la reclusión nocturna⁵.

Sostienen algunos autores (Delgado y Carnecali, 2020), que las salidas alternativas posibilitan que el imputado, se reincorpore como ciudadano útil, no quedando marginado de la dinámica social. Permitiendo al grupo social y familiar más cercano al imputado apoyarlo, evitando el trauma social y económico que les causaría la aplicación de una respuesta punitiva.

Por otra parte, se aprecia que las personas que salen del sistema penal, por alguno de estas salidas, no presentan niveles de reincidencia superiores al 10%, lo que contrasta fuertemente con los niveles que presentan quienes han cumplido sus penas privados de libertad, los que superan el 60% (Boletín N°4321-07, 2007).

En el Informe "Reincidencia de los imputados atendidos por la Defensoría Penal Pública" que es el primer estudio que se realizó sobre el universo de condenados atendidos por esta institución durante la Reforma en Chile, entre los años 2001 y 2006⁶, cuya primera forma de término sea una salida alternativa, en la que estos individuos tienen mayor oportunidad de reincidir por tener mayor grado de libertad ambulatoria, se refleja una importante diferencia por el menor nivel de reincidencia comparado con los primerizos que han cumplido penas privativas de libertad.

Entre las dos salidas alternativas más comunes en los países de la región, podemos mencionar la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, las que en algunos países se denominan de forma distinta.

- a) La suspensión condicional del procedimiento:** Es un medio auto-compositivo de carácter judicial, bilateral y no asistido, celebrado entre el fiscal y el imputado dentro del proceso penal, que requiere ser homologado por el juez de garantía. Este tiene como finalidad específica suspender el procedimiento y conducir al término de litigio penal pendiente de un delito de acción penal pública, en caso de cumplirse los requisitos establecidos por el Juez en la resolución que concede el beneficio (Riego, 2007).

En esta salida alternativa, no es necesaria la concurrencia del querellante ni de la víctima, dado que sólo se contempla el derecho para que éstos sean oídos en la audiencia en caso de haber asistido, sin perjuicio de poder impugnar posteriormente esta resolución.

Se requiere para su procedencia que el imputado no sea reincidente y que la pena correspondiente al delito no sea superior a tres años de presidio

⁵ Ley N° 18.216, que contempla los beneficios alternativos de la pena privativa de libertad en Chile.

⁶ Estudio sobre Reincidencia de los Imputados Atendidos por la Defensoría Penal Pública, 2007.

o reclusión menores en su grado medio. Delitos por el que, en el evento de ser condenado, se haría acreedor a alguna de las medidas alternativas al cumplimiento de la pena privativas de libertad.

El cumplimiento de las obligaciones condicionales que impone el tribunal en esta salida fue de 85%, en la primera década de su vigencia, aumentando su índice de incumplimiento y necesidad de control en la segunda década, lo que deja sin efecto esta salida (González, 2019).

Esta salida suspende el ejercicio de la acción penal, el cual sería importante que se lograra a través de un mecanismo restaurativo como la mediación penal, ya que ésta daría opción a la participación de la víctima con efectos jurídicos concretos (Highton y Álvarez, 2005).

b) Los Acuerdos Reparatorios: Consisten en un acuerdo libre e informado entre imputado y víctima, en virtud del cual el primero se obliga respecto del segundo a reparar los efectos lesivos de la comisión de un hecho punible en aquellos casos en que se trate de delitos que afectaren bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial, lesiones menos graves o delitos culposos, y que no exista interés público prevalente en la persecución penal. Requiere de la formalización previa de la investigación por parte del fiscal (Duce y Riego., 2009).

Producido este acuerdo, debe someterse a la aprobación judicial, para cuyo efecto se presenta la petición de aprobación al juez de garantía, quien debe citar a todos los intervinientes a una audiencia⁷. Sin embargo, las partes no negocian directamente y no se priorizan sus necesidades, muchas veces las partes no dialogan entre sí, sino con el fiscal.

Los efectos penales de los acuerdos reparatorios operan generalmente una vez cumplidas las obligaciones contraídas por el imputado en el acuerdo o garantizadas debidamente a satisfacción de la víctima. El tribunal dictará sobreseimiento definitivo, total o parcial en la causa, con lo que se extinguirá total o parcialmente la responsabilidad penal del imputado que lo hubiera celebrado (Zarate, 2004).

Se favorece la celebración de un acuerdo reparatorio cuando se trata de hurtos, usurpaciones no violentas, algunas figuras penales de fraude y falsificación. Además, en los casos de lesiones menos graves y delitos culposos, incluido el homicidio y lesiones, robos con fuerza en lugar no habitado o de cosas que se encuentren en bienes nacionales de uso público, las violaciones de domicilio, la usura o los delitos contra la propiedad intelectual, entre otros (González y Fuentealba, 2013).

Llama la atención que en no todos los casos en que lo permite la ley⁸, el fiscal solicite esta salida alternativa, dado que algunos Instructivo, les recomiendan oponerse a su aprobación de los delitos que afectan la vida, la salud y la libertad y otros como la seguridad colectiva y administración pública

⁷ Artículo 241 del Código Procesal Penal Chileno.

⁸ Artículo 237 letra a), del CPP, Chile.

y delitos sexuales, a pesar de que ley lo permita, por la conmoción social que tienen estos delitos. (Maturana y Montero, 2010).

Los acuerdos reparatorios finalizan generalmente, de tres formas: la más frecuente con una reparación económica del daño (78%), seguida por la firma por un período de tiempo (12%), y, por último, la presentación formal de disculpas a la víctima (10%) (González, Fuentealba y Malamud, 2015).

El mecanismo colaborativo que nos parece más pertinente de ser utilizado en los acuerdos reparatorios es la mediación penal, ya que las partes deciden libre y voluntariamente los términos del acuerdo, sin la necesidad de verse influidos por la opinión de un tercero, lo que es coherente con la mediación. En la suspensión condicional, en cambio, es el juez quien propone las bases para el acuerdo, lo que es más acorde a un proceso de conciliación.

Cuando se decretan salidas alternativas un elemento positivo es que no corresponden largas prisiones preventivas como ocurría en el sistema inquisitivo. Solo el 10% de los formalizados la cumplieron y en general de menos de 30 días, con objeto de proteger a la víctima (Defensoría Penal Pública, 2019).

Según algunas investigaciones (CESOP, 2004), los fiscales tienden a proponer la suspensión condicional cuando el imputado es joven y para decretarla, los jueces de garantía evalúan si el fiscal tiene fundamentos razonables para solicitar una condena, para resguardar las garantías del imputado.

Las más frecuentes corresponden a: obligación de presentarse al Ministerio Público a firmar (78%), obligación de fijar el domicilio (60%), prohibición de alejarse de la región (24%), pagar una indemnización a la víctima (24%), prohibición de frecuentar algunos lugares o personas (24%). En cambio, las que importan obligaciones que implican deberes educacionales, laborales o de salud, cuyo objeto es mejorar las condiciones de vulnerabilidad de los imputados son las que se imponen con menor frecuencia (CESOP, 2004), porque tienen dificultades institucionales y de recursos en su aplicación.

Otra modalidad de obligación que se ha establecido es pagar una cierta cantidad de dinero a beneficio de alguna institución o a la víctima en cuotas, especialmente en los delitos por manejo en estado de ebriedad (CESOP, 2004).

Finalmente, las salidas alternativas dan lugar a que la mayoría de los imputados mantengan y reciban el apoyo de su entorno familiar, laboral y social y los actores y usuarios de éstas valoran haber tenido una exitosa experiencia gracias a las respuestas más satisfactorias para las víctimas y menos gravosas para el imputado, y coinciden en que deben tener un uso más extendido, no solo en caso de delitos leves como lo prevé la ley (Díaz y Navarro, 2018). Personalmente, estoy convencida que en todas las salidas alternativas debiese ocuparse mecanismos restaurativos, al menos debieran ser ofrecidos y explicado sus fines, principios y objetivos.

Elementos restaurativos en las salidas alternativas

El acotado uso de mecanismos restaurativos como la mediación penal en países Latinoamericanos que no la regulan legalmente, quizás no disminuye la cantidad de casos que terminan como salidas alternativas o principio de oportunidad, pero si la calidad de estas y la validación que hace de ellas la ciudadanía, dado que al no existir un tratamiento colaborativo, los acuerdos de las salidas alternativas pierden sustentabilidad, como podemos ver en las estadísticas de incumplimientos de sus acuerdos y condiciones y de los dichos de las partes, las que no entienden que está pasando y tienden a percibir este tipo de términos procesales como falta de justicia, llamándolos a veces puerta giratoria y pasividad del órgano persecutor.

En cambio, con el uso de procesos colaborativos de calidad, se construye la convicción en la ciudadanía de que se les ofreció una respuesta digna por el Estado y no se desechó su caso con una salida rápida, donde no se les escucho, ni se resolvió el conflicto.

Así, se requiere que estas salidas jueguen un rol mucho más importante que el actual, y constituyan, mediante el uso de mecanismos colaborativos, una verdadera forma integral y reparadora para tratar los delitos más frecuentes (Mertz, 2013), como son el robo sin violencia, el hurto, los cuasidelitos, delitos de tránsito y lesiones menos graves.

En las salidas alternativas es posible encontrar algunos de los principios propios de los mecanismos restaurativos, tales como el de voluntariedad, libertad de las partes, el derecho a ser escuchadas e informadas, el de oralidad, de concentración y confidencialidad.

Sin embargo, en el tratamiento de estas salidas, priman las posiciones de poder en que se encuentran las partes para negociar, en contraposición al proceso de mayor profundidad que requiere el conflicto penal, en el que parece mucho más adecuado un tratamiento como el de la mediación penal, combinado con otros sistemas colaborativos que integran a la comunidad, donde priman principios tales como el equilibrio de poderes entre las partes, el activo protagonismo de éstas, la imparcialidad del tercero que interviene como mediador, la voluntariedad de las partes en participar en el proceso y la confidencialidad de lo tratado.

Estrategias para la implementación de mecanismos restaurativos en Chile

Un importante desafío para la mediación penal u otros mecanismos restaurativos de mayor participación de la comunidad en los países de Latinoamérica es ampliar su restringida aplicación y fortalecer su sistema de reparación, el que aún es muy simple y depende de las facultades y redes personales del imputado. Lo que puede explicarse por la inexistencia en países Sudamericanos de redes institucionales fortalecidas para ofrecer trabajos remunerados a los imputados que les permitan ofrecer reparación a los afectados, además de posibilidades de realizar trabajos comunitarios para reparaciones simbólicas a la víctima y sociedad.

A ello, se suma la existencia de posibilidades de tratamientos médicos necesarios para asegurar un futuro comportamiento adecuado del infractor, como parte de sus compromisos, para controlar la ira, el alcoholismo, la drogadicción y comportamientos autoritarios y narcisistas (González, 2018). Un ejemplo de buena práctica, son los programas municipales que se utilizan en Colombia para reparar los daños producidos por los delitos en los sistemas restaurativos aplicados a jóvenes.

Finalmente, otra de las falencias que enfrenta la mediación penal en Latinoamérica es que no existen criterios uniformes que determinen la derivación de delitos a mediación, parámetros de evaluación y herramientas de control de sus lineamientos técnicos, ni modelos que contenga perfil de los mediadores, requerimientos básicos para el tratamiento de casos, tanto de fondo como de forma, ni un claro flujograma sobre las etapas del proceso de derivación (González, 2018), como el modelo que ha propuesto Argentina, que tiene elementos sistémicos, jurídicos y psicosociales (Eiras, 2005), donde existe una organización que permite derivar los casos a centros de mediación expertos dentro del mismo sistema que acoge las denuncias.

En la Ciudad de Buenos Aires, la mediación se encuentra prevista en el código de procedimiento (Ley 2303, B.O.C.B.A, 08/05/07) como instrumento para posibilitar el acuerdo entre imputado y ofendido para la solución del conflicto. Es una instancia oficial que se da en el marco de un proceso ya iniciado y de aceptación voluntaria, procede respecto de delitos de acción pública dependientes de instancia privada y aquellos perseguibles de oficio en los que pueda arribarse a una mejor solución para las partes.

Ahora bien, en Chile como en otros países de Latinoamérica, ni en el Código Procesal Penal ni en ley penal alguna existe una mención expresa a la Justicia Restaurativa, ni a su mecanismo más difundido que es la mediación penal (González, 2017). Así esta se ha aplicado de manera informal, y mayormente en los acuerdos reparatorios mediante un sistema precario. Por otra parte, su éxito se ve entorpecido por la ausencia de una política pública e institucional que la valide como una forma de resolución de conflictos penales formalizada y plenamente aceptada, que no dependa de la voluntad del ente persecutor, tal como si sucede en el sistema de justicia familiar, que, si ofrece un servicio legitimado por sus actores, con obligación de las partes de escuchar la oferta del sistema de mediación, con normas claras, calidad y un presupuesto nacional.

Algunos actores señalan que debe diseñarse un catálogo de delitos que puedan ser objetos de mediación y otros que no deben existir catálogos sino criterios que determinen la competencia de la mediación en ciertos delitos.

Desde nuestra perspectiva este mecanismo deba consignarse en una ley de carácter obligatoria como parte del Código Procesal Penal y que, para poder ser aplicada en todos los delitos, salvo los expresamente excluidos por la ley, por las circunstancias psicológicas y materiales en que se encuentren las partes para trabajar voluntaria y autónomamente en la gestión del conflicto. Debiendo el ente derivador justificar su negativa a derivar una causa a mediación penal.

De acuerdo a los datos entregados por el Centro de Estudios de Justicia de las Américas en 2017⁹, se identifica la necesidad en Latinoamérica de avanzar en la incorporación de modalidades de justicia restaurativa que establezcan un paradigma de reparación tanto en la víctima como en el victimario. Para ello, se podría rescatar la experiencia de mediación en familia y los Tribunales de Tratamiento de Drogas.

En ese estudio se destaca la necesidad de una mayor participación de la víctima en las audiencias, ya que en Chile el 2015 hubo solo una presencia 4,58% de víctimas en un del total de audiencias, sumado a que tal participación suele ser en general formal, limitándose a su individualización y a responder sí o no a las preguntas que se le formulan. Además del bajo nivel de análisis de la información existente que permita reabrir los casos y la deficitaria política de comunicación con la víctima de la fiscalía al momento de comunicar por carta modelo, el archivo de una causa, cartas que son vistas por los usuarios como indolentes y poco empáticas (CEJA, 2017).

Respecto del imputado, se plantea una situación similar, interviene en ocasiones, realizando planteamientos sin aportar información sustantiva al debate. También se observa la necesidad de fortalecer la instancia de la entrevista inicial o previa a la audiencia, con el imputado y su defensor, por resultar determinante en materia de calidad del servicio. Debido a que no se verifica habitualmente entre defensor e imputado una relación de confianza, que explique al inicio y fin de la audiencia lo que ocurrió respecto a su situación procesal (CEJA, 2017).

El informe de CEJA (2017) afirma que se ha utilizado las salidas alternativas con fines distintos a los previstos por ley. La suspensión condicional del procedimiento no ha sido empleada con la finalidad prevista por ley de resolver un conflicto, sino que como una forma de descongestión. Por su parte, los acuerdos reparatorios se presentan en espacios reducidos de aplicación, restringiendo el juez su aplicación (CEJA, 2017).

En la misma línea, se ha normalizado el agendamiento de audiencias sin un motivo debidamente justificado, extendiendo mucho el tiempo de las audiencias, lo que a veces hace optar a los fiscales por un archivo provisional en lugar de una salida alternativa con un proceso de mediación que debe ser después ratificado en audiencia.

Por otra parte, el escaso números de derivaciones a mediación que se aprecian los últimos 15 años, se suma a la baja calidad en las derivaciones que envía las fiscalías a los centros de mediación, en su mayoría son casos desechables para éstas (Díaz y Navarro, 2018), donde la ubicación del imputado es difícil.

⁹ Resumen Ejecutivo del Informe de Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile, en adelante CEJA, 2017

Conclusiones

El desarrollo de la justicia restaurativa y su mecanismo más usado en Latinoamérica, la mediación penal, que ha sido regulado normativamente en leyes, reglamentos o constitución, en la mayoría de los países de la región, tales como: Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Paragua, El Salvador, República Dominicana, Guatemala, Nicaragua, y Venezuela, presenta un mayor desarrollo a diferencia de países sin regulación como Chile, Perú, Bolivia, Uruguay, Cuba y Honduras.

Además ha permitido mejorar el acceso a la justicia, al acelerar y diversificar los procesos de resolución de conflictos penales, con un mejor uso de la información disponible, evitando el tener que investigar tan exhaustivamente causas que pueden tener mejor solución considerando las necesidades de las partes y permitiendo un control de legalidad de los casos que se derivan a mediación penal, tanto en su selección, como en el proceso que se lleva a cabo y en sus acuerdos, para los que se le exige la homologación del acuerdo por el juez, a diferencia de cuando su uso es parte de archivo provisional, facultad de no investigar o salida alternativa, donde no se hace referencia al proceso de mediación en la resolución del juez de garantía que sobreesee la causa.

Parece necesario analizar frente a este negativo diagnóstico de la aplicación del sistema restaurativo en Chile, una de las estrategias para la optimización de su uso, propone la necesidad de una modificación legal que incorpore la justicia restaurativa como una salida alternativa autónoma y no como se usa ahora como metodología voluntaria frente a la generalidad de términos procesales del delito, que no dependa solo de la voluntad de los fiscales, sino que obedezca a criterios definidos previamente y que se sensibilice en su uso a los operadores del sistema penal.

De esta forma, se logrará además limitar la discrecional facultad del Estado de someter o no a investigación, formalización o juzgamiento un hecho que reviste los caracteres de delito, a la vez, que establece criterios uniformes para la derivación a sistemas restaurativos. Lo que permite fortalecer la aplicación del principio de oportunidad, diversifica el tratamiento del delito, respetando el principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley y mejora finalmente el acceso a la justicia.

Todo lo expuesto nos lleva a proponer que los mediadores deben poseer facultad de ministros de fe respecto de la suscripción del acuerdo por las partes, como ocurre en Chile en materia de familia, no siendo necesario la ratificación de las partes en audiencia judicial, lo que solo complica y alarga el proceso. Debiendo exigirse después del acuerdo mediado, solo la aprobación del Tribunal, necesaria para controlar la legalidad del acuerdo.

Respecto a los organismos de los cuales debería depender la derivación de causas a mediación penal, son varias las opciones, debiendo existir ojalá una entidad neutra e imparcial, para estos efectos, que colabore con el órgano persecutor, en ofrecer y derivar a las partes a un proceso restaurativo, luego de una previa investigación por la fiscalía, que permita identificar a las partes que participaron en el delito, la ocurrencia de los hechos, su ilicitud y tipo penal.

Es necesario además, que se establezca una reglamentación, que le exija justificar al ente derivador, el no uso de mecanismos restaurativos y dar información oportuna a las partes sobre la existencia y beneficios de estos, limitando su uso solo cuando existan criterios referentes a circunstancias psicológicas en que se encuentren las partes, así como a la presencia de violencia grave y reiterada presente en la conducta delictual, o falta de voluntad de las partes de participar en los procesos restaurativos.

Referencias

- Anitua, G., (2004). El Principio de Publicidad Procesal Penal: Un Análisis con base en la Historia y el Derecho Comparado En: E. Hendler (Ed), *Las Garantías Penales y Procesales. Enfoque Histórico-Comparado* (pp. 65-102), Buenos Aires, Argentina: Publicaciones Universidad de Buenos Aires.
- Anitua, G., (2019). Seguridad pública en Latinoamérica: homenaje a Lola Aniyar de Castro Utopía y praxis latinoamericana. *Revista internacional de filosofía iberoamericana y teoría social*, 24(2), 239-251. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=27961118017>
- Baratta, A. (2004). Principios de Derecho Penal Mínimo. En J. C. Faira (Ed.), *Criminología y Sistema Penal*, Buenos Aires, Argentina: Editorial IB de F.
- Baytelman, A., y Duce, M. (2003). Evaluación de la Reforma Procesal Penal. Estado de una Reforma en Marcha. Santiago, Chile: Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho. https://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNACY349.pdf
- Bergalli, R. (2008). *Violencia y Sistema Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Del Puerto.
- Binder, A. (2000). *Ideas y Materiales para la Reforma de la Justicia Penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad-Hoc.
- Binder, A. (2009). *Introducción al Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.
- Braithwaite J. (2017). Criminal Justice that revives Republican Democracy. *Northwestern University Law Review*, 111(6), 1507-1524. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/nulr/vol111/iss6/7/>
- Blad, J. (2003). Community mediation, criminal justice and restorative justice: Rearranging the Institutions of Law. En L. Walgrave (Ed.), *Repositioning Restorative Justice*. Portland, O R: Willan Publishing.
- Bordalí, A. (2011). La Acción Penal y la Víctima en el Derecho Chileno. *Revista de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 513-545. <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173622791012.pdf>
- Boletín Anual del Ministerio Público (2020). *Anuario del Ministerio Publico*. Santiago de Chile:
- Bustos, A. (2011). *La Reforma Procesal Penal cumple 10 años*. En *Carpeta Temas Profundidad*. Santiago, Chile: Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. www.bcn.cl/carpeta_temas_profundidad/10_anos_de_reforma_procesal_penal

- Bustos, J. (2007). *Derecho Penal. Parte General*. Santiago, Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Buteler, J. A. (1998). *Los problemas constitucionales y procesales que plantea el principio de oportunidad en el Derecho Argentino*. En *12° Jornadas Nacionales de Derecho Penal*, Mendoza, Argentina: Editorial Universidad Nacional de Cuyo.
- Cafferata N., J. (2000). *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*. Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.
- Carnevali, R. (2005). Las Políticas de Orientación a la Víctima examinadas a la luz del Derecho Penal. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXVI, 27-39. <https://dpenal.cl/wp-content/uploads/2021/04/RA893E1.pdf>
- Carnevali, R. (2017). La justicia restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal. *Justicia Juri*, 13(1), 122-132. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6230687>
- Carnevali, R. (2019). Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de lege ferenda. *Revista Ius et Praxis*, 1, 415-438. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v25n1/0718-0012-iusetp-25-01-415.pdf>
- Cesano, J. D. (2010). *El nuevo Derecho Procesal Penal, entre el fortalecimiento de las garantías y la evitación del castigo*. Lima, Perú: Editorial Ara.
- Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA (2017), Resumen Ejecutivo del Informe de Evaluación de la Reforma Procesal Penal: Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile. https://www.cejamericas.org/Documentos/2017/RPPChileResumenEjecutivo_CEJA.pdf
- Covarrubias, V., y Mohor, A. (2006). Impacto de la Reforma Procesal Penal en indicadores de seguridad ciudadana. *Revista Agenda Pública*, 8, 2-10. <https://www.agendapublica.uchile.cl/n8/3.pdf>
- Delgado, J., y Carnevali, R. (2020). El rol del juez penal en los acuerdos reparatorios: soluciones alternativas efectivas. *Polít. Crim*, 15(29), 1-24. <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2020/01/Vol15N29A1.pdf>
- Dávalos, J. (2008). La mediación penal como método alternativo de resolución de conflictos: resultados actuales en la República Argentina. *Derecho y Cambio Social*, 22, 1-36. https://www.derechoycambiosocial.com/revista022/mediacion_penal.pdf
- Díaz, A., y Navarro, I. (2018). Restorative justice and legal culture. *Criminology and Criminal Justice*, 20(1), 1-19. <https://doi.org/10.1177/1748895818796549>
- Díaz, A. (2012). La Experiencia de la Mediación Penal en Chile. *Revista Política Criminal*, 5(9), 1-67. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992010000100001>
- Duce, M., y Riego, C. (2009). La discrecionalidad de los fiscales del ministerio público en etapas tempranas de la investigación preliminar. En *Proceso Penal*. México, D.F: Editorial Jurídica De Las Américas.
- Düinkel, F., Horsfield, P., y Parosanu, A. (2015). *European Research on Restorative Juvenile Justice, Vol I*. Bruselas: Bélgica: International Juvenile Justice Observatory and European Council for Juvenile Justice.

- https://www.ejcc.org/sites/default/files/volume_i_-_snapshots_from_28_eu_member_states.pdf
- Eco, U. (1991). *Cómo se hace una tesis*. Barcelona, España: Editorial Gedisa.
- Eiras U. (2005). *Mediación Penal, de la Práctica a la Teoría*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Perrot.
- Fellegi, B. (2010). *The Restorative Approach in Practice: Models in Europe and in Hungary*. European Best Practices of Restorative Justice. Conference Publication. Budapest, Hungría: Ministry of Justice and Law Enforcement of the Republic of Hungary.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La Ley del más débil*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Gavrielides, T. (2018). *The Routledge International Handbook of Restorative Justice*, London, Inglaterra: Routledge.
- González, I., y Fuentealba, S. (2013). Mediación penal como mecanismo de justicia restaurativa en Chile. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 4(3), 175-210. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V4N3-art639>
- González, I., Fuentealba, S., y Malamud, S. (2015). Positive Psychology as a contribution to rehabilitation in restorative systems: analysis of two cases of penal mediation in Chile. En T. Gavrielides (Ed), *The Psychology of Restorative Justice* (pp. 227-244). Londres, Inglaterra: Routledge.
- González, I. (2017). La Mediación Penal y su Desarrollo Normativo. En I. González (Dir.), *Justicia Restaurativa: Herramientas para el cambio desde la gestión del conflicto* (pp.60-106). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- González, I. (2018). *Is changing lenses possible? The Chilean case study of integrating restorative justice into a hierarchical criminal justice system*. Londres, Inglaterra: Routledge
- González, I. (2019). Los Alcances de Regular Normativamente la Mediación Penal en Chile. En A. Moreno y C. Scheile (Eds.), *Manzoz Pensamiento Jurídico Central* (pp. 119-153). Valencia, España. Tirant Lo Blanch.
- Gutiérrez, N. (2009). *Mediación y Sistemas Alternativos de Conflictos, una visión jurídica*. Madrid, España: Editorial REUS.
- Hartmann, A. (2010). *The Practice of Tater-Opfer- Ausgleich in Germany*. European Best Practices of Restorative Justice. Conference Publication. Budapest, Hungría: Ministry of Justice and Law Enforcement of the Republic of Hungary.
- Hassemer, W. (1988). La persecución penal: legalidad y oportunidad. *Revista Jueces para la Democracia*, 4, 8-11. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/50/la-persecucion-penal-legalidad-y-oportunidad.pdf>
- Hendler, E. (2004). *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires, Argentina, Editores del Puerto.
- Highton, E., y Álvarez, G. (2005). *Ponencia sobre mediación y acceso a la justicia*. En Foro Iberoamericano sobre Acceso a la Justicia, Santiago de Chile.

- Horvitz, M. I., y López, J. (2002). *Derecho Procesal Penal Chileno*. Chile, Santiago: Editorial Jurídica de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/134983/Horvitz-Lopez-Derecho-Procesal-Penal-Chileno-Tomol.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Horvitz, M. I. (2005). Las nociones de Estado de Derecho y Rule of Law. Origen, evolución y contenido. En J. Cooper, R. Grote, M. I. Horvitz y J. Strippel (Eds.), *Estado de Derecho y Reformas a la Justicia* (pp. 19-26). Santiago, Chile: Edición Universidad de Chile, Heilderberg University y California Western School of Law.
- Langbein, J. (1974). Controlling prosecutorial discretion in Germany. *The University of Chicago Law Review*, 41(3), 439-467. <https://doi.org/10.2307/1599175>
- Jiménez, M. A., Santos, T., Hermosilla, G., Scalia, P., y Medina P. (2004) *Informes en Derecho: Estudio exploratorio sobre las medidas cautelares y salidas alternativas en el nuevo proceso penal*, Santiago de Chile, editado por Defensoría Penal Pública.
- Larraurí, E. (2007). *Criminología Crítica y Violencia de Género*. Madrid, España: Editorial Trotta.
- Maier, J. (2008). *Antología. El Proceso Penal Contemporáneo*. Lima, Perú: Palestra Editores.
- Malamud, S. (2013). Algunas consideraciones en torno a la crisis del principio de legalidad En P. Aragão, J. M. Tayah y L. Romano (Coords.), *Reflexiones sobre Derecho Latinoamericano. Estudios en Homenaje al Profesor Daniel Eduardo Rafecas* (pp. 139-161). Buenos Aires, Argentina, Editorial Derecho Latino.
- Márquez-Cárdenas, Á. (2007). La víctima en el sistema acusatorio y los mecanismos de Justicia Restaurativa. *Revista Derechos y Valores*, 10(20), 1-212. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87602012.pdf>
- Márquez-Cárdenas, Á. (2012). La Mediación como Mecanismo de Justicia Restaurativa. *Revista Prolegómenos: Derechos y Valores*, XV(29), 149-171. <https://www.redalyc.org/pdf/876/87625419010.pdf>
- Maturana, C., y Montero, R. (2010). *Derecho Procesal Penal*. Santiago, Chile: Editorial Legal Publishing.
- Mera-Ballesteros, A. (2009). Justicia Restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y posibilidades. *Revista Ius et Praxis*, 15(2), 165-195. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122009000200006>
- Mertz, C. (2013). Las políticas públicas en materia de seguridad ciudadana en Chile. *Revista Paz Ciudadana*, 16-21. https://nanopdf.com/download/las-politicas-publicas-en-materia-de-seguridad-ciudadana-en-chile_pdf#modals
- Ministerio Público de Chile, División de Estudios (2004). Evaluación, Control y Desarrollo de la Gestión y Vera Institute of Justice de Nueva York, *Analizando la Reforma a la Justicia Criminal en Chile: Un estudio empírico entre el nuevo y el antiguo sistema penal*, Santiago, Chile, editor Departamento de Estudios del Ministerio Público de Chile.

- Ministerio público (2020). Boletín Estadístico Anual, Santiago Chile, editado por el Departamento de estudios del Ministerio Público.
- Morris, A. (2003). Critiquing the critics: a brief response to critics of Restorative Justice. En G. Johnstone (Ed.), *A Restorative Justice Reader*. Portland, OR: Willan Publishing,
- Muñoz, E. (2007): Teoría general de sistemas y el concepto de entropía. *Revista de Derecho Universidad Central de Chile*, 266-268.
- Neuman, E. (2005). *Mediación Penal. Alternativa de la prisión. La repersonalización del conflicto. Funciones del mediador. Condiciones para ser mediador. La homologación del convenio. El regreso a la armonía social*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Universidad.
- Public, C. (2012). *Justicia Restaurativa desde la óptica de la Defensoría Penal Pública*. En Congreso Internacional, Mediación y Resolución Colaborativa de conflictos: Un aporte a la Cohesión Social, Santiago, Chile, editado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Pavlich, G. (2005). *Governing Paradoxes of Restorative Justice*. Londres, Inglaterra: Glas House Press.
- Piedrabuena, G. (2006). La proyección nacional de la Reforma Procesal Penal. *Revista Política criminal*, 1(2), 28-49. https://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/04/d_1_2.pdf
- Quinteros, D., Medina, P., Jiménez, M. A., Santos, T., y Celis J. (2019). ¿Cómo se mide la dimensión subjetiva de la criminalidad? Un análisis cuantitativo y cualitativo de la Encuesta Nacional Urbana de Seguridad Ciudadana en Chile. *Política criminal*, 14(28), 269-322. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992019000200269>
- Ramírez, C. (2012). *Justicia Restaurativa desde la óptica del Ministerio Público Chileno*. En Congreso Internacional de Mediación y Resolución Colaborativa de Conflictos: Un aporte a la Cohesión Social, Santiago, Chile, editado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Ramírez, J., y Hormazábal, H. (2005). *Nuevo sistema de Derecho Penal*. Madrid, España: Editorial Trotta,
- Riego, C. (2007). *Reformas Procesales Penales en América Latina: Resultados del Proyecto de Seguimiento, IV etapa*. Santiago, Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Rodríguez-Vega, M. (2013). Principios de obligatoriedad y discrecionalidad en el ejercicio de la acción penal. *Revista de Derecho de Valdivia*, XXVI(1), 181-208. <https://scielo.conicyt.cl/pdf/revider/v26n1/art09.pdf>
- Van Ness, D., y Strong, K. (2015). *Restoring Justice. An Introduction to Restorative Justice*. Ohio, O H., Canada, Anderson Publishing.
- Zarate, M. (2004): Los acuerdos reparatorios, comentarios desde su regulación normativa Algunos comentarios a partir de las nociones de reparación y negociación. *Revista de Derecho y Humanidades*, 9, 125-146. <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/21933>
- Zaffaroni, R. (2006). *Manual de Derecho Penal, Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ediar.

LA GESTIÓN DEL CONFLICTO EN EL AULA: HABILIDADES EMOCIONALES PARA EL AFRONTAMIENTO

Pedro Bonilla, Immaculada Armadans y M^a Teresa Anguera

Universidad Estatal a Distancia de Costa Rica y Universidad de Barcelona, España

Introducción

En este capítulo se muestran los resultados más relevantes de un estudio acerca de las habilidades y sub-habilidades requeridas por los docentes para gestionar adecuadamente los conflictos que surgen en el contexto del aula. El interés se ha centrado en conocer, a través de una exhaustiva revisión de investigaciones, los alcances que la formación docente tiene en el desarrollo de habilidades emocionales para el afrontamiento de conflictos. Los resultados evidenciaron que la etapa de formación es insuficiente para que los docentes optimicen habilidades para afrontar los desafíos y situaciones conflictivas que surgen en los contextos educativos (por ej., Jovanovic et al., 2014; Kharlanova et al., 2020; Tirado-Morueta y Conde-Vélez; 2015 entre otros), situación que se exacerba en el nivel de secundaria (Hamre y Pianta, 2001), donde los conflictos se tornan más fuertes y prolongados.

El tema de los conflictos ha sido estudiado con detalle por diversos autores; por ejemplo, Eccles y Roeser (2009) y Yssel et al. (2001), que han reflexionado acerca de la necesidad de dar un giro a la concepción que se tiene de los conflictos y de la forma en cómo se gestionan. Estos autores proponen poner en el centro de atención el desarrollo de habilidades para la resolución de conflictos desde la autoexploración, las teorías de afrontamiento, el desarrollo de habilidades emocionales, el proceso de la mediación y la práctica simulada. A pesar de estas propuestas y de que los estudios y hallazgos científicos acerca de los conflictos en la educación han aumentado en los últimos años (p.ej. Carrasco y Corral, 2009; Keller et al., 2014; Koshmanova y Ravchyna, 2010; Quintero, 2020; Sandoval y Garro-Gil, 2017), se ha dado escaso interés a la educación emocional para el abordaje de situaciones conflictivas en las instituciones educativas, evitando que se produzca una línea de seguimiento entre la formación docente y su ejercicio profesional.

Con el propósito de realizar un análisis más profundo de los conflictos que surgen en el campo educativo, considerando las relaciones interpersonales y las particulares dinámicas del aula, se elaboró el *Integrated Circular Model of Conflict* (ICMC) (Bonilla, Armadans y Anguera, 2020). El modelo está compuesto de tres fases; (1) análisis de conflictos, (2) revisión teórica y práctica y (3) la aplicación *in situ* sobre el manejo que hacen los docentes

de las situaciones conflictivas que surgen en su contexto natural de acción, el aula. Para su elaboración se realizaron amplias revisiones conceptuales, revisiones de estudios empíricos de intervención psicopedagógica en educación emocional y muestreos de experiencias aplicados en el campo de la educación (p. ej. Filella et al., 2018; Moral y Pérez, 2010; Muñoz de Morales, Ibáñez y Alzina, 2006), y de teorías y modelos que han investigado sobre la mediación de conflictos, sobre la regulación emocional y sobre las estrategias de afrontamiento por separado (p. e., Balzarotti et al., 2016; Caballero, 2010; Murray, 2005; Pérez-Escoda et al., 2013, entre otros). El ICMC posibilita determinar tres tipos de conflictos; (a) el conflicto que la persona tiene consigo mismo (Intrapsíquico); (b) el conflicto que la persona tiene con otra persona (Interpersonal) y, (c) el conflicto que se genera entre grupos (Intergrupar).

Poder realizar este análisis en entornos educativos con el fin de intervenir oportunamente, resulta especialmente importante, siendo que, además de gestionar adecuadamente la situación conflictiva, es primordial promover la reflexión y consciencia acerca de las reacciones emocionales y conductuales de los involucrados, especialmente de los estudiantes (Bonilla, Armadans y Anguera, 2020). La inclusión de los docentes como protagonistas del proceso educativo, pretende aprovechar las experiencias que éstos tienen de las dinámicas educativas, con el fin de utilizarlas como insumos para implementar acciones dirigidas a la mejora de las habilidades para afrontar los conflictos del aula.

Se planteó como objetivo, realizar una síntesis de investigaciones que aporten evidencias empíricas, con el propósito de identificar variables estudiadas y su relación con los tipos de conflictos; evaluar los recursos, las habilidades y sub-habilidades para el manejo y gestión de los conflictos, y establecer las habilidades docentes requeridas para la gestión de los conflictos en el aula, con el fin de optimizar el proceso de formación docente. A partir de la revisión de estudios y el uso del ICMC para analizar los tipos de conflictos, se detectaron una serie de habilidades y sub-habilidades específicas para gestionar adecuadamente los conflictos que surgen en el contexto del aula.

Método

Fuentes y participantes

Este estudio consistió en una revisión sistemática de investigaciones publicadas en diferentes bases electrónicas, que respondieran a los siguientes objetivos: 1. obtener investigaciones que estudiaran las habilidades emocionales, estrategias de afrontamiento y formación docente, así como la posible relación que existe entre ellos, con el propósito de establecer una línea de seguimiento cronológica-temática que mostrara el avance de las investigaciones acerca del conflicto en el ámbito educativo; 2. analizar si la relación entre estos aspectos influye en la emergencia y gestión de los conflictos surgidos en el aula, y (3) determinar las habilidades requeridas por los docentes para gestionar los conflictos que surgen en el contexto del aula.

Se seleccionaron investigaciones con muestras de docentes en ejercicio, docentes en formación, docentes que imparten los diferentes niveles educativos (primaria, secundaria, universidad) y estudios que analizaran la relación docente-estudiante.

Análisis de datos

Desde la vertiente sustantiva, los datos se analizaron a partir de 7 criterios; (1) autores/año/país, (2) objetivos del estudio, (3) nivel educativo, (4) muestra del estudio, (5) constructos estudiados, (6) tipología del conflicto, y (7) recursos/estrategias para gestionar los conflictos. Metodológicamente, las investigaciones empíricas seleccionadas fueron analizadas (Chacón-Moscoso, 2019; Hong y Pluye, 2019; Pluye, 2016; Portell et al., 2015; Sirriyeh et al., 2012) con el fin de garantizar la calidad de los datos. El análisis mostró que los estudios utilizaron diversas metodologías; selectiva, experimentos de campo, estudios preexperimentales, estudios con metodología cualitativa, revisiones sistemáticas y *scoping review*. Solamente en 3 de los documentos primarios indicaban el diseño de la investigación que sustenta el artículo. En todos ellos se especifica el número de participantes o muestra de documentos primarios, según los casos, y asimismo en todos se indica cómo se ha realizado la recogida de datos. En 4 de los documentos primarios se indica el software utilizado. En 7 de los documentos primarios se documenta cómo se ha controlado la calidad del dato, lo cual es de extraordinaria importancia para evitar o minimizar los sesgos. Y en todos los documentos primarios se indica la forma como se ha llevado a cabo el análisis de datos.

Resultados

El análisis de los estudios incluidos evidenció diversas variables que fueron clasificadas, considerando su naturaleza, en tres dimensiones; emocional, cognitiva y conductual; además, el uso del ICMC permitió particularizar el tipo de conflicto emergente, de acuerdo con la variable y dimensión correspondientes (Tabla 1). La determinación del tipo de conflicto posibilita realizar una intervención específica de acuerdo al nivel en que emerge, tratando de evitar que el conflicto crezca y pueda trascender a los otros niveles. Cuando se trata de los conflictos intrapsíquicos, intervenir en este nivel supone la activación y optimización de los procesos mentales que fomentan la reflexión y el desarrollo de la conciencia, con lo cual no solamente se puede mejorar la gestión del conflicto actual, sino de posibles situaciones conflictivas futuras (Bonilla, Armadans y Anguera, 2020).

Tabla 1. Clasificación de variables estudiadas y tipología de los conflictos

Dimensión emocional	Dimensión cognitiva	Dimensión conductual	Tipología del conflicto
Inteligencia Emocional			Intrapsíquico
		Conducta de los docentes	Interpersonal
Conciencia emocional			Intrapsíquico
Estrategias de afrontamiento	Estrategias de afrontamiento	Estrategias de afrontamiento	Intrapsíquico/ Interpersonal
Estrés docente		Estrés docente	Intrapsíquico/ Interpersonal
Mediación de conflictos	Mediación de conflictos	Mediación de conflictos	Intrapsíquico/ Interpersonal
Regulación emocional	Regulación emocional	Regulación emocional	Intrapsíquico/ Interpersonal
Atención plena		Atención plena	Intrapsíquico
		Educación ciudadana	Intrapsíquico/ Interpersonal
Acoso cibernético		Acoso cibernético	Intrapsíquico/ Interpersonal
	Reevaluación cognitiva		Intrapsíquico
Relación docente-alumno	Relación docente-alumno	Relación docente-alumno	Intrapsíquico/ Interpersonal
Habilidades docentes	Habilidades docentes	Habilidades docentes	Intrapsíquico/ Interpersonal
Percepciones		Percepciones	Intrapsíquico/ Interpersonal
Autoeficacia	Autoeficacia	Autoeficacia	Intrapsíquico/ Interpersonal
Resiliencia		Resiliencia	Intrapsíquico/ Interpersonal

Una vez que se definieron y clasificaron tanto las variables estudiadas en las investigaciones seleccionadas como la tipología del conflicto producido, el foco se centró en estudiar y determinar habilidades que pudiesen responder a los tipos de conflictos. Se lograron determinar 6 habilidades y 16 sub-habilidades específicas que los docentes requieren para gestionar los conflictos en el contexto del aula; las habilidades y sub habilidades emocionales para gestionar los conflictos, donde se incluyen sub habilidades como la regulación emocional, la autoeficacia (o percepción de autoeficacia), la conciencia emocional y la resiliencia, fueron las más estudiadas, seguidas de las habilidades sociales y de las habilidades para la mediación de conflictos (Tabla 2).

Tabla 2. Habilidades y sub-habilidades detectadas

Habilidades	Sub-habilidades	Número de estudios en que se estudia la habilidad
Habilidades sociales	Socioeducativas, empatía, comportamiento prosocial, compromiso social, habilidades sociales	2
Habilidades para la mediación de conflictos	Resolución de conflictos	2
Habilidades Emocionales para gestionar conflictos	Regulación emocional, autoeficacia, conciencia emocional, resiliencia	4
Habilidades cognitivas	Pensamiento crítico, autogestión	1
Habilidades de negociación	Toma de perspectiva	1
Habilidades para comunicarse	Escucha activa, hablar con calma y clarificar la información	1
	Total	11

Estos hallazgos evidencian una vinculación altamente significativa entre la dimensión emocional y la emergencia de los conflictos, así como una posible vía para la gestión adecuada que los docentes pueden realizar de los mismos. Se debe considerar también que las habilidades sociales incluyen sub-habilidades emocionales, lo que refuerza aún más el papel que las emociones juegan en la aparición de conflictos en los tres niveles, sobre todo en el intrapsíquico, que como se refleja en la tabla anterior, está presente en la mayoría de variables clasificadas.

Discusión y Conclusiones

Este trabajo proporciona una revisión literaria acerca de las habilidades docentes y las estrategias más efectivas para afrontar los conflictos que surgen en el aula, analizadas a la luz del ICMC, con el propósito de establecer una relación entre las emociones que experimentan los docentes y los tipos de conflictivos que se pueden generar. Se destacan tres aspectos relevantes; primero, todos los estudios fueron desarrollados en Europa, lo que muestra una importante tendencia en el campo de la investigación educativa en este continente; segundo, la importancia que se otorga al desarrollo de habilidades para la gestión de los conflictos, para la regulación de las emociones, para la mediación de conflictos, para las relaciones sociales y para comunicarse, como habilidades básicas para el ejercicio docente. Se reafirma que las estrategias de afrontamiento son recursos altamente valorados por los docentes en formación, considerando que el papel activo que cumplen dentro del proceso de enseñanza les coloca en una posición estratégica para influenciar en el clima del aula.

Las tendencias de la investigación educativa en los países europeos y las temáticas estudiadas son aspectos relevantes, tomando en cuenta

los vertiginosos cambios que se han dado en el contexto de crisis por la pandemia. La implementación de modalidades alternativas para la ejecución de los procesos educativos y la necesidad de reorganización que las instituciones educativas han tenido, suponen un giro radical para la vida personal y profesional de los docentes que los ha colocado en una posición de alta vulnerabilidad, por lo que el autocuidado se valora como un recurso fundamental, a través del desarrollo de nuevas habilidades que les permita gestionarse adecuadamente ante la emergencia de conflictos intrapsíquicos, interpersonales e intergrupales (Bonilla, Armadans y Anguera, 2020). El tercer aspecto relevante apunta a la carencia de investigaciones en otras regiones del mundo que incluyan y relacionen las habilidades emocionales, las estrategias de afrontamiento y la formación docente. Esto se puede explicar debido a las diversidades políticas, económicas, sociales y culturales regionales (Chen y Cheng, 2021), las cuales encontrarían alguna solución, con la creación de estructuras de apoyo más robustas entre las instituciones educativas, los gobiernos y organizaciones no gubernamentales que posibiliten el logro del desarrollo de la investigación en el ámbito educativo, la equidad y la inclusión (Carrillo y Assunção, 2020).

Los hallazgos muestran que la formación del profesorado no es suficiente para mitigar los vínculos negativos entre un mayor agotamiento emocional y la calidad de las interacciones en el aula entre docente y estudiante (Ansari et al., 2020). El vacío formativo de los docentes podría vincularse a la falta de análisis desde la práctica puramente psicológica, de variables emocionales como la tensión emocional, la autopercepción, la capacidad de autorregulación, entre otras, que pueden afectar la creación de la identidad profesional. Para confirmar esto, la revisión de artículos empíricos realizada por Golzar y Fuller (2020) reveló que la mayoría de los autores que investigan sobre los aspectos emocionales de los docentes, adoptan un enfoque narrativo para sus investigaciones, "...sin embargo casi ningún estudio investigó los trabajos emocionales utilizando medidas y lentes psicológicos, por ejemplo, neuropsicología, psicoanálisis y modelo sociocognitivo" (p. 12).

Acercas de las implicaciones prácticas de este estudio, se muestra una vía de mejora para los procesos de formación docente, considerando, (1) el aumento acelerado de conflictos y actos violentos en el ámbito educativo, los profundos y duraderos daños que estos ocasionan en las personas involucradas, tanto para el desarrollo personal como académico (Bonilla, Armadans y Anguera, 2020); (2) la necesidad de generar contextos promotores de éxito y desarrollo integral tanto del alumnado, como de los docentes dentro del proceso educativo, mediante la transmisión de "conocimientos a nivel cognitivo y a nivel emocional que les permitan tomar decisiones acertadas ante las diversas situaciones" (Puertas-Molero, et al., 2018b, p.129).

Se destacan dos elementos importantes; primero, la gestión que los docentes hacen de las dinámicas del aula, ha sido un aspecto poco investigado como variable en la emergencia de los conflictos (Farmer et al., 2011; Gest y Rodkin, 2011; Rodkin y Hodges, 2003); segundo, el uso de recursos simples, como los gestos faciales de aprobación, la ayuda académica y el cuidado que los docentes brindan a los estudiantes con dificultades en alguna temática,

provocan un alto impacto en las relaciones interpersonales (Krane et al., 2017). Con base en estos elementos se propone estructurar e implementar programas de formación docente dirigidos al desarrollo de las habilidades, sub-habilidades y recursos mostrados en los estudios. En el marco de esta propuesta, los hallazgos científicos en el campo de la gestión de los conflictos en el ámbito educativo y puntualmente en el contexto natural del aula, tendría un impacto efectivo, que se espera, tenga sus manifestaciones en las dinámicas educativas.

Referencias

- Ansari, A., Pianta, R. C., Whittaker, J., Vitiello V. E. y Ruzek, E. A. (2020). Preschool Teachers' Emotional Exhaustion in Relation to Classroom Instruction and Teacher-child Interactions. *Early Education and Development*, 107-120. <https://doi.org/10.1080/10409289.2020.1848301>
- Balzarotti, S., Biassoni, F., Villani, D., Prunas, A., y Velotti, P. (2016). Individual differences in cognitive emotion regulation: implications for subjective and psychological well-being. *Journal of Happiness Studies*, 17, 125–143. <https://orcid.org/10.1007/s10902-014-9587-3>
- Bonilla, R. P., Armadans, I. y Anguera, M. T. (2020). Conflict Mediation, Emotional Regulation and Coping Strategies in the Educational Field. *Frontiers in Education*, 5(50). <https://orcid.org/10.3389/feduc.2020.00050>
- Caballero, G. (2010). Convivencia escolar. Un estudio sobre buenas prácticas. *Revista Paz y Conflictos*, 3, 154–168. <https://doi.org/10.30827/revpaz.v3i0.448>
- Carrasco, V., y Corral, J. (2009). *Estudio de Caso: la Cultura de la Mediación. Una Experiencia de Formación en Educación Secundaria*. X Congresso Internacional Galego-Português de Psicopedagogia. Braga: Universidade do Minho
- Carrillo, C. y Assunção-Flores, M. (2020). COVID-19 and teacher education: a literature review of online teaching and learning practices, *European Journal of Teacher Education*, 43(4), 466-487. <https://doi.org/10.1080/02619768.2020.1821184>
- Chacón-Moscoso, A., Anguera, M. T., Sanduvete-Chaves, S., Losada, J. L., Lozano-Lozano, J. A., y Portell, M. (2019). Methodological quality checklist for studies base on observational methodology (MQCOM). *Psicothema*, 3(4), 458-464. <https://orcid.org/10.7334/psicothema2019.116>
- Chen, J., y Cheng, T. (2021). Review of research on teacher emotion during 1985–2019: a descriptive quantitative analysis of knowledge production trends. *European Journal of Psychology of Education*. <https://doi.org/10.1007/s10212-021-00537-1>
- Eccles, J. S., y Roeser, R. W. (2009). Schools, academic motivation and stage-environment fit. En R. M. Lerner y L. Steinberg (Eds.), *Handbook of adolescent psychology* (pp. 404–434). Hoboken, NJ: John Wiley y Sons.
- Farmer, T. W., McAuliffe-Lines, M., y Hamm, J. V. (2011). Revealing the invisible hand: the role of teachers in children's peer experiences. *Journal of*

- Applied Developmental Psychology*, 32, 247-256. <https://doi.org/10.1016/j.appdev.2011.04.006>
- Filella, G., Ros-Morente, A., Oriol, X., y March-Llanes, J. (2018). The assertive resolution of conflicts in school with a gamified emotion education program. *Frontiers in Psychology* 9:2353. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2018.02353>
- Gest, S. D., y Rodkin, P. C. (2011). Teaching practices and elementary classroom peer ecologies. *Journal of Applied Developmental Psychology*, 32, 288-296. <https://doi.org/10.1016/j.appdev.2011.02.004>
- Golzar J. y Fuller, C. (2020). Teacher identity formation through classroom practices in the post-method era: A systematic review. *Cogent Education*, 7:1. <https://doi.org/10.1080/2331186X.2020.1853304>
- Hamre, B. K., y Pianta, R. C. (2001). Early teacher–child relationships and the trajectory of children’s school outcomes through eighth grade. *Child Development*, 72, 625–638. <https://doi.org/10.1111/1467-8624.00301>
- Hong, Q. N., y Pluye, P. (2019). A conceptual framework for critical appraisal in systematic mixed studies reviews. *Journal of Mixed Methods Research*, 13(4) 446-460. <https://doi.org/10.1177/1558689818770058>.
- Jovanovic, O., Simic, N., y Rajovic, V. (2014). Students at risk: Perceptions of Serbian teachers and implications for teacher education. *European Journal of Teacher Education*, 37(2), 220-236. <https://doi.org/10.1080/02619768.2013.858693>
- Keller, M. M., Frenzel, A. C., Goetz, T., Pekrun, R., y Hensley, L. (2014). Exploring teacher emotions: a literature review and an experience sampling study. En P. W. Richardson, S. A. Karabenick, and H. M. G. Watt (Eds.), *Teacher Motivation: Theory and Practice* (pp. 69-82). Londres, UK: Routledge.
- Kharlanova, E., Sokolova, N., y Roslyakova, S. (2020). Scientific and methodological support of the conflictological training for future teachers: proactive modeling. *Perspectives of Science and Education*, 47(5), 102-121. <https://doi.org/10.32744/pse.2020.5.7>
- Koshmanova, T., y Ravchyna, T. (2010). Ukrainian teacher candidates develop dispositions of socially meaningful activity. *International Journal of Educational Reform*, 19(2), 107-127. <https://doi.org/10.1177/105678791001900203>
- Krane, V., Ness, O., Holter-Sorensen, N., Karlsson B., y Binder, P. (2017). You notice that there is something positive about going to school!: how teachers’ kindness can promote positive teacher–student relationships in upper secondary school. *International Journal of Adolescence and Youth*, 22(4), 377-389. <https://doi.org/10.1080/02673843.2016.1202843>
- Moral, A. M., y Pérez, M. D. (2010). La evaluación del “Programa de prevención de la violencia estructural en la familia y en los centros escolares”. *Revista Española de Orientación y Psicopedagogía*, 21, 25-36. <https://doi.org/10.5944/reop.vol.21.num.1.2010.11496>
- Muñoz de Morales Ibáñez, M., y Alzina, B. R. (2006). Evaluación de un programa de educación emocional para la prevención del estrés psicosocial en el contexto del aula. *Ansiedad y Estrés*, 12, 401-412.

- Murray, S. L. (2005). Regulating the risks of closeness a relationship specific sense of felt security. *Current Directions in Psychological Science*, 14, 74-78. <https://doi.org/10.1111/j.0963-7214.2005.00338.x>
- Pérez-Escoda, N., Filella, G., Soldevila, A., y Fondevila, A. (2013). Evaluación de un programa de educación emocional para profesorado de primaria. *Educación*, 16, 233-254. <https://doi.org/10.5944/educxx1.16.1.725>
- Pluye, P., Hong, Q. N., Bush, P. L., y Vedel, I. (2016). Opening-up the definition of systematic literature review: the plurality of worldviews, methodologies and methods for reviews and syntheses. *Journal of Clinical Epidemiology*, 73, 2-5. <https://doi.org/10.1016/j.jclinepi.2015.08.033>
- Portell, M., Anguera, M. T., Chacón-Moscoso, S. y Sanduete-Chaves, S. (2015). Guidelines for Reporting Evaluations based on Observational Methodology (GREOM). *Psicothema*, 27(3), 283-289. <http://dx.doi.org/10.7334/psicothema2014.276>
- Puertas-Molero, P., Ubago-Jiménez, J. L., Moreno-Arrebola, R., Padial-Ruz, R., Martínez-Martínez, A., y González-Valero, G. (2018). La inteligencia emocional en la formación y desempeño docente: Una revisión sistemática. *Revista Española de Orientación y Psicopedagogía*, 29(2), 128-42. <https://doi.org/10.5944/reop.vol.29.num.2.2018.23157>
- Quintero López, I. (2020). Gestión de conflictos y mediación escolar en alumnos de la licenciatura en ciencias de la educación como herramientas para el desarrollo de una cultura de paz. *Revista Conrado*, 16(72), 123-130. <https://orcid.org/0000-0001-7121-926X>
- Rodkin, P. C., y Hodges, E. V. E. (2003). Bullies and victims in the peer ecology: four questions for psychologists and school professionals. *School Psychology Review*, 32, 384-400. <https://doi.org/10.1080/02796015.2003.12086207>
- Sandoval, L., y Garro-Gil, N. (2017). La Teoría relacional: una propuesta para la comprensión y resolución de los conflictos en la institución educativa. [The Relational Theory: a proposal for the understanding and resolution of conflicts in the educational institution.]. *Estudios Sobre Educación*, 32, 139-157. <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/43289/1/7.pdf>
- Sirriyeh, R., Lawton, R., Gardner, P., y Armitage, G. (2012). Reviewing studies with diverse designs: The development and evaluation of a new tool. *Journal of Evaluation in Clinical Practice*, 18, 746-752. <https://doi.org/10.1111/j.1365-2753.2011.01662.x>
- Tirado Morueta, R., y Conde Vélez, S. (2015). Organización del aula de convivencia y efectos en la reducción de conductas contrarias. *Revista Española de Orientación y Psicopedagogía*, 26(2), 75-89. <https://doi.org/10.5944/reop.vol.26.num.2.2015.15217>
- Yssel, N., Beilke, J. R., Church, K. L., y Zimmerman, J. S. (2001). CoRE: A conceptual model for incorporating conflict resolution into teacher education. *The Teacher Educator*, 36(4), 295-305. <https://doi.org/10.1080/08878730109555273>

DIFERENCIAS DE GÉNERO EN MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS Y ACOSO ESCOLAR

Verónica Marcos, Álvaro Montes, Mercedes Novo, y Ramón Arce
Universidad de Santiago de Compostela, España

Introducción

El estudio de los estilos de gestión y resolución del conflicto en la adolescencia ha centrado el interés de los investigadores, dada la relación que guarda con la conducta antisocial y/o delictiva (Garaigordobil, 2017; Levine y Tamburrino, 2014; Novo, Herbón y Amado, 2016; Vilariño, Amado y Alves, 2013), con el acoso escolar (Arce, Velasco, Novo y Fariña, 2014; Marcos, Gancedo, Selaya y Novo, 2019), o con la violencia en el noviazgo adolescente (Bonache, Gonzalez-Mendez y Krahé, 2017; Courtain y Glowacz, 2019; Marcos, Gancedo, Castro y Selaya, 2020). De este modo, la gestión de los conflictos dependerá en gran medida de los medios que emplean las personas para su resolución (Fariña, Arce y Seijo, 2015), los sentimientos positivos o negativos hacia el conflicto y la forma en la que éste se percibe determinarán en gran medida la manera de gestionarlo (Garaigordobil, Machimbarrena y Maganto, 2016). Así, la literatura señala que aquellos sujetos que presentan un estilo agresivo tienden a justificar y aceptar la conducta violenta (Garaigordobil y Aliri, 2012), y presentan mayores dificultades para solucionar sus controversias de modo competente (Mestre, Samper, Tur-Porcar, Richaud de Minzi y Mesurado, 2012). Además, las diferentes formas de victimización son más probables cuando las habilidades de resolución de conflictos interpersonales no están suficientemente desarrolladas (Espelage et al., 2014). Por el contrario, la comunicación efectiva puede ser un factor protector, pese a ser un desafío en la adolescencia, ya que requiere de capacidad para regular emociones y habilidades interpersonales (Bonache et al., 2017) y, especialmente, de competencia para la resolución de conflictos (Domitrovich, Durlak, Staley y Weissberg, 2017).

Por otra parte, se ha constatado la existencia de diferencias de género en los medios de resolución de conflicto (Dildar y Amjad, 2017), existiendo una tendencia en las mujeres a emplear en mayor medida el estilo colaborador y pasivo, mientras que los hombres reflejan mayores puntuaciones en el estilo agresivo (Garaigordobil et al., 2016; Laca, Alzate, Sánchez, Verdugo y Guzmán, 2006).

Teniendo en cuenta las consideraciones previas, planteamos el presente estudio, con el objetivo de examinar las diferencias de género en los medios de resolución de conflicto y acoso escolar en la adolescencia, así como

la relación entre ambas variables, para poder orientar los contenidos de programas de habilidades de resolución de conflictos (Gerstein, Hutchison, Chan y Fung, 2019; Marcos, Sanmarco, González-Pértega, Pagola y Novo, 2020) que puedan contribuir a la prevención de la violencia (Gaffney, Farrington, Espelage y Ttofi, 2019; Sandy, 2014),

Método

Participantes

En el estudio participaron 538 adolescentes, 293 mujeres (54.5%) y 245 hombres (45.5%), con un rango de edad que variaba entre los 13 y los 18 años ($M = 15.65$; $DT = 1.06$). Respecto al curso académico, el 23.2% cursa 3º de ESO, el 30.7% se encuentra en 4º de ESO, el 32.5% en 1º de Bachiller, el 11.5%, en 2º de Bachiller y el 1.9% estudia FP básica.

Diseño y procedimiento

Para la obtención de la muestra, se tramitó la autorización de los centros escolares y se contó con el consentimiento del alumnado y de los progenitores. Los participantes cumplimentaron los cuestionarios, respondiendo de manera voluntaria, anónima e individual, supervisados por personal entrenado y durante el horario lectivo. Se siguieron todos los cánones establecidos por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales.

Instrumentos

En primer lugar, para la medida de variables sociodemográficas se empleó un cuestionario que recogía la siguiente información: sexo, edad, curso académico, tipo de centro escolar y provincia.

Segundo, para medir la resolución de conflictos, se empleó la Escala de Medios de Resolución de Conflictos Interpersonales (MERCÍ) para adolescentes (Fariña, Novo, Seijo y Arce, 2021) que evalúa cómo las personas reaccionan cuando tienen conflictos con otras. Se compone de 22 ítems con una escala de respuesta tipo Likert de 5 puntos (desde 0: "No me ocurre nunca o no lo hago", a 4: "Me ocurre o lo hago con mucha frecuencia"). Para esta muestra, se obtuvo un alpha de Cronbach de .70.

En tercer, y último lugar, para evaluar el acoso escolar, se aplicó la escala UPF-4 (Arce et al., 2014). Esta se compone de 26 ítems dispuestos en una escala tipo Likert de cinco puntos (1 = No me ocurre nunca o casi nunca; 2 = Una vez al mes; 3 = Dos o tres veces al mes; 4 = Una vez a la semana; 5 = Varias veces a la semana) en la que se informa de la frecuencia con la que han sufrido el comportamiento de acoso y la duración del mismo ("un mes", "tres meses", "seis meses", "un año o más"), que conforman un total de 4 factores: acoso psicológico, acoso físico, exclusión y acoso relacional. Este instrumento es una medida de autoinforme que ha sido diseñado incluyendo los criterios diferenciales entre el acoso escolar y otras conductas antinormativas que

acontecen en el ámbito escolar. La consistencia interna de la escala total en esta muestra informa de un alpha de Cronbach alto (α de .92).

Análisis de datos

Se realizaron pruebas *t* de Student para muestras independientes a fin de examinar diferencias de género en medios de resolución de conflictos y tipos de acoso escolar. Asimismo, se analizó el tamaño del efecto mediante la *d* de Cohen, cuyos parámetros se establecen entre 0.20 (pequeños), 0.50 (medios) y 0.80 (grandes) (Cohen, 1992). Finalmente, se realizaron análisis de correlaciones de Pearson entre las variables examinadas. Todos los análisis se han realizado a través del programa estadístico IBM SPSS Statistics versión 25.

Resultados

Los resultados no arrojaron diferencias significativas en función del género en ninguno de los medios de resolución de conflictos (véase Tabla 1).

Tabla 1. Diferencias por género en medios de resolución de conflictos

Variable	Género	<i>M(DT)</i>	<i>t(g)</i>	<i>p</i>	95% CI	<i>d</i>
Colaborador	Mujeres	23.05(5.94)	1.811(518)	.071	-0.08 , 1.93	0.18
	Hombres	22.11(5.67)				
Pasivo	Mujeres	14.29(5.47)	-1.209(510)	.227	-1.53 , 0.36	0.00
	Hombres	14.87(5.32)				
Agresivo	Mujeres	5.84(3.91)	-1.023(518)	.307	-1.03 , 0.32	0.33
	Hombres	6.20(3.85)				

*Nota: **p < 0.05.*

Respecto a las diferencias según el género en acoso escolar, se evidencian diferencias significativas en acoso psicológico ($p = .007$), exclusión ($p = .000$), acoso físico ($p = .000$) y acoso relacional ($p = .015$), obteniendo las chicas mayores puntuaciones en todos los factores, con tamaños del efecto pequeños (véase Tabla 2).

Tabla 2. Diferencias por género en acoso escolar

Variable	Género	M(DT)	t(gf)	p	95% CI	d
Acoso psicológico	Mujeres	16.40(6.36)	2.686(514)	.007**	0.36 , 2.31	0.19
	Hombres	15.07(4.92)				
Exclusión	Mujeres	8.85(4.12)	3.552(513)	.000**	0.49 , 1.69	0.30
	Hombres	7.77(2.90)				
Acoso físico	Mujeres	3.88(1.67)	4.679(470)	.000**	0.31 , 0.77	0.01
	Hombres	3.34(0.94)				
Acoso relacional	Mujeres	8.07(3.63)	2.438(524)	.015**	0.14 , 1.27	0.36
	Hombres	7.37(3.01)				

Nota: ** $p < 0.05$.

Por otro lado, también se halló una relación directa y significativa entre los diferentes tipos de acoso escolar y los medios de resolución de conflictos agresivo y pasivo, particularmente con el acoso relacional. Además, la relación entre los medios de resolución de conflictos colaborador y agresivo se reveló como inversa y significativa (véase Tabla 3).

Tabla 3. Correlaciones entre los medios de resolución de conflictos y los tipos de acoso escolar

	1	2	3	4	5	6
1. Colaborador	-					
2. Pasivo	.205**	-				
3. Agresivo	-.331**	.116**	-			
4. Acoso psicológico	-.066	.154**	.212**	-		
5. Exclusión	-.047	.088*	.125**	.709**	-	
6. Acoso físico	-.007	.058	.157**	.423**	.273**	-
7. Acoso relacional	-.036	.182**	.266**	.785**	.600**	.327**

Nota: ** $p < 0.01$; * $p < 0.05$.

Discusión

Previamente a la discusión de los resultados se deben mencionar las limitaciones que representan el tamaño muestral y de los instrumentos de medida empleados, y a que al tratarse de respuestas de autoinforme estas pueden verse influidas por la negación o por la deseabilidad social (Fariña, Redondo, Seijo, Novo y Arce, 2017).

Teniendo estas cuestiones en mente, nuestros resultados revelan que los medios de resolución de conflictos no arrojan diferencias significativas en función del género, en línea con estudios previos (Hatun e Serin, 2021; Missotten et al., 2017). Por el contrario, otros estudios han corroborado mayores puntuaciones de las mujeres en estilo pasivo y colaborador, y los varones en el estilo agresivo (Dildar y Amjad, 2017; Garaigordobil et al., 2016; Laca et al, 2006). A pesar de que la evidencia es contradictoria en cuanto a las diferencias de género, la literatura pone de manifiesto que los medios o estilos colaborativos de resolución de conflictos se vinculan con el buen ajuste psicológico (Wang et al., 2020), y los estilos agresivos con la conducta violenta (Garaigordobil y Aliri, 2012). Con base en esta evidencia, se destaca el importante papel que juegan los medios de resolución de conflictos entre iguales en el contexto educativo. A este respecto, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la violencia, ha establecido en su articulado, la necesidad de dotar de métodos pacíficos de comunicación, negociación y resolución de conflictos a niños, niñas y adolescentes y, en general, en la comunidad educativa.

Por otro lado, en relación con las diferencias en acoso escolar, nuestros resultados muestran que las chicas sufren en mayor medida diferentes tipos de acoso escolar, coincidiendo con otros estudios (Marcos et al., 2019; Silva, Lima, Barreira y Acioli, 2020), si bien, contrariamente, otras investigaciones han constatado que los varones sufren mayor victimización por acoso físico, mientras que las mujeres experimentan más acoso psicológico y acoso relacional (Wang, Iannotti y Nansel, 2009). Estas diferencias tienden a reducirse con la edad y pueden verse influenciadas por roles de género y patrones de socialización (Smith, López-Castro, Robinson y Görzig, 2019). Asimismo, se ha confirmado una relación directa y significativa entre los medios de resolución de conflictos agresivo y pasivo entre sí, y con los diferentes tipos de acoso escolar evaluados (Mestre et al., 2012; Novo et al., 2016; Vilariño et al., 2013). Esta relación entre los medios de resolución de conflictos agresivos y pasivos con el acoso escolar, parece advertir de un desarrollo deficitario de las estrategias de resolución de conflictos interpersonales (Espelage et al., 2014).

Para finalizar, cabe señalar que es necesario prevenir la victimización por acoso escolar en el ámbito educativo (Domitrovich et al., 2017), y promover la mejora de la competencia socioemocional mediante intervenciones centradas en el fomento de las habilidades de resolución de conflictos (Gaffney et al., 2019). Estas deben enfocarse hacia el desarrollo de medios colaborativos, asociados con buena salud mental (Marceau et al., 2015), especialmente durante la infancia y la adolescencia (Garrard y Lipsey, 2007; Sandy, 2014; Wied, Branje y Meeus, 2007). Además, deberían incluir otros contenidos que contribuyan a fomentar la competencia social y cognitiva de los/las adolescentes (Mayorga, Novo, Fariña y Seijo, 2020).

Referencias

- Arce, R., Velasco, J., Novo, M., y Fariña, F. (2014). Elaboración y validación de una escala para la evaluación del acoso escolar [Development and validation of a scale to assess bullying]. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 5(1), 71-104. <https://www.redalyc.org/pdf/2451/245129173005.pdf>
- Bonache, H., Gonzalez-Mendez, R., y Krahé, B. (2017). Romantic attachment, conflict resolution styles, and teen dating violence victimization. *Journal of Youth and Adolescence*, 46(9), 1905-1917. <https://doi.org/10.1007/s10964-017-0635-2>
- Cohen, J. (1992). A power primer. *Psychological Bulletin*, 112(1), 155-159. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.112.1.155>
- Courtain, A., y Glowacz, F. (2019). Youth's conflict resolution strategies in their dating relationships. *Journal of Youth and Adolescence*, 48(2), 256-268. <https://doi.org/10.1007/s10964-018-0930-6>
- Dildar, S., y Amjad, N. (2017). Gender differences in conflict resolution styles (CRS) in different roles: A systematic review. *Pakistan Journal of Social and Clinical Psychology*, 15(2), 37-41. <https://gcu.edu.pk/pages/gcupress/pjscp/volumes/pjscp20172-6.pdf>
- Domitrovich, C. E., Durlak, J. A., Staley, K. C., y Weissberg, R. P. (2017). Social-emotional competence: An essential factor for promoting positive adjustment and reducing risk in school children. *Child Development*, 88(2), 408-416. <https://doi.org/10.1111/cdev.12739>
- Espelage, D. L., Low, S., Rao, M. A., Hong, J. S., y Little, T. D. (2014). Family violence, bullying, fighting, and substance use among adolescents: A longitudinal mediational model. *Journal of Research on Adolescence*, 24(2), 337-349. <https://doi.org/10.1111/jora.12060>
- Fariña, F., Arce, R., y Seijo, D. (2015). El conflicto familiar. Especial referencia a las consecuencias de la separación y divorcio. En F. Fariña y E. Pillado (Coords.), *Mediación familiar. Una nueva visión de la gestión y resolución de conflictos familiares desde la justicia terapéutica* (pp. 37-58). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Fariña, F., Novo, M., Seijo D., y Arce, A. (2021). Diseño y validación de la escala de medios de resolución de conflictos interpersonales (MERICI) para adolescentes. *Bordón. Revista de Pedagogía*, 73, 1-16. <https://doi.org/10.13042/Bordon.2021.90037>
- Fariña, F., Redondo, L., Seijo, D., Novo, M., y Arce, R. (2017). A meta-analytic review of the MMPI validity scales and indexes to detect defensiveness in custody evaluations. *International Journal of Clinical and Health Psychology*, 17(2), 128-138. <https://doi.org/10.1016/j.ijchp.2017.02.002>
- Gaffney, H., Farrington, D. P., Espelage, D. L., y Ttofi, M. M. (2019). Are cyberbullying intervention and prevention programs effective? A systematic and meta-analytical review. *Aggression and Violent Behavior*, 45, 134-153. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2018.07.002>

- Garaigordobil, M. (2017). Conducta antisocial: conexión con bullying/ cyberbullying y estrategias de resolución de conflictos. *Psychosocial Intervention*, 26(1), 47-54. <https://doi.org/10.1016/j.psi.2015.12.002>
- Garaigordobil, M., y Aliri, J. (2012). Parental socialization styles, parents' educational level, and sexist attitudes in adolescence. *The Spanish Journal of Psychology*, 15(2), 592-603. https://doi.org/10.5209/rev_SJOP.2012.v15.n2.38870
- Garaigordobil, M., Machimbarrena, J. M., y Maganto, C. (2016). Adaptación española de un instrumento para evaluar la resolución de conflictos (Conflictalk): datos psicométricos de fiabilidad y validez. *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, 3(2), 59-67. <https://www.revistapcna.com/sites/default/files/16-23.pdf>
- Garrard, W. M., y Lipsey, M. W. (2007). Conflict resolution education and antisocial behavior in US schools: A meta-analysis. *Conflict Resolution Quarterly*, 25(1), 9-38. <https://doi.org/10.1002/crq.188>
- Gerstein, L. H., Hutchison, A., Chan, Y., y Fung, A. L. C. (2019). Conflict resolution strategies of Hong Kong aggressive youth. *Current Psychology*, 1-9. <https://doi.org/10.1007/s12144-019-00233-w>
- Hatun, İ. e Serin, N. B. (2021). Positive conflict resolution behaviors in psychological health: Northern Cyprus sample. *International Journal of Public Health*, 10(4), 865-872. <http://doi.org/10.11591/ijphs.v10i4.21007>
- Laca, F. A., Alzate, R., Sánchez, M., Verdugo, J. C., y Guzmán, J. (2006). Communication and conflict in young Mexican students: messages and attitudes. *Conflict Resolution Quarterly*, 24(1), 31-54. <https://doi.org/10.1002/crq.156>
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales. *Boletín Oficial del Estado*, 294, 19788-119857. www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-16673
- Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia. (2021). *Boletín Oficial del Estado*, 134, 68657-68730. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2021-9347
- Levine, E., y Tamburrino, M. (2014). Bullying among young children: Strategies for prevention. *Early Childhood Education Journal*, 42(4), 271-278. <https://doi.org/10.1007/s10643-013-0600-y>
- Marcos, V., Gancedo, Y., Selaya, A., y Novo, M. (2019). Analyzing the path from bullying to bully. En J. Sanmarco y E. Arias (Eds), *2019 Annual Conference of the European Association of Psychology and Law. Abstract book* (pp. 165). Santiago de Compostela: European Association of Psychology and Law.
- Marceau, K., Zahn-Waxler, C., Shirtcliff, E. A., Schreiber, J. E., Hastings, P., y Klimes-Dougan, B. (2015). Adolescents', mothers', and fathers' gendered coping strategies during conflict: Youth and parent influences on conflict resolution and psychopathology. *Development and Psychopathology*, 27(401), 1025. <https://doi.org/10.1017/S0954579415000668>

- Marcos, V., Gancedo, Y., Castro, B. y Selaya, A. (2020). Dating violence victimization, perceived gravity in dating violence behaviors, sexism, romantic love myths and emotional dependence between female and male adolescents. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 11(2), 132-145. <https://doi.org/10.23923/j.rips.2020.02.040>
- Marcos, V., Sanmarco, J., González-Pértiga, J., Pagola, R., y Novo, M. (2020). Prácticas colaborativas con la Unidad de Participación Ciudadana de la Policía Nacional en la Prevención de la Violencia: Programa Previ@net. En J. Sanmarco, V. Marcos, Y. Gancedo y D. Seijo (Eds), *Libro de Actas. XII Congreso (Inter)Nacional Psicología Jurídica y Forense* (pp. 89-98). Santiago de Compostela: Serie de Publicaciones de la Sociedad Española de Psicología Jurídica y Forense.
- Mayorga, É., Novo, M., Fariña, F., y Seijo, D. (2020). Needs analysis for the personal, social, and psychological adjustment of adolescents at risk of delinquency and juvenile offenders. *Anales de Psicología/Annals of Psychology*, 36(3), 400-407. <https://doi.org/10.6018/analesps.428631>
- Mestre, V., Samper, P., Tur-Porcar, A. M., Richaud de Minzi, M. C., y Mesurado, B. (2012). Emociones, estilos de afrontamiento y agresividad en la adolescencia. *Universitas Psychologica*, 11(4), 1263-1275. <http://www.scielo.org.co/pdf/rups/v11n4/v11n4a20.pdf>
- Missotten, L. C., Luyckx, K., Branje, S. J., Hale W. W. III, y Meeus, W. H. (2017). Examining the longitudinal relations among adolescents' conflict management with parents and conflict frequency. *Personality and Individual Differences*, 117 (15), 37-41. <http://dx.doi.org/10.1016/j.paid.2017.05.037>
- Novo, M., Herbón, J., y Amado, B. G. (2016). Género y victimización: efectos en la evaluación de la violencia psicológica sutil y manifiesta, apego adulto y tácticas de resolución de conflictos. *Revista Iberoamericana de Psicología y Salud*, 7(2), 89-97. <https://doi.org/10.1016/j.rips.2016.05.002>
- Sandy, S. V. (2014). The development of conflict resolution skills: preschool to adulthood. En P. T. Coleman, M. Deutsch, y E. C. Marcus (Eds.), *The Handbook of Conflict Resolution. Theory and practice* (pp. 430-463). San Francisco, California: Jossey-Bass.
- Smith, P., López-Castro, L., Robinson, S. y Görzig, A. (2019). Consistency of gender differences in bullying in cross-cultural surveys. *Aggression and Violent Behaviour*, 45, 33-40. <https://doi.org/10.1016/j.avb.2018.04.006>
- Silva, G. R., Lima, M. L., Barreira, A. K., Acioli, R. M. (2020). Prevalence and factors associated with bullying: differences between the roles of bullies and victims of bullying. *Jornal de Pediatria*, 96(6), 693-701. <https://doi.org/10.1016/j.jped.2019.09.005>
- Vilariño, M., Amado, B. G., y Alves, C. (2013). Menores infractores: un estudio de campo de los factores de riesgo. *Anuario de Psicología Jurídica*, 23(1), 39-45. <https://doi.org/10.5093/aj2013a7>
- Wang, Z., Chen, X., Liu, J., Bullock, A., Li, D., Chen, X. y French, D. (2020). Moderating role of conflict resolution strategies in the links between peer victimization and psychological adjustment among

- youth. *Journal of Adolescence*, 79, 184-192. <https://doi.org/10.1016/j.adolescence.2020.01.002>
- Wang, J., Iannotti, R.J. y Nansel, T.R. (2009). School bullying among adolescents in the united states: Physical, verbal, relational, and cyber. *Journal of Adolescent Health*, 45(4), 368-375. <https://doi.org/10.1016/j.jadohealth.2009.03.021>
- Wied, M., Branje, S. J., y Meeus, W. H. (2007). Empathy and conflict resolution in friendship relations among adolescents. *Aggressive Behavior: Official Journal of the International Society for Research on Aggression*, 33(1), 48-55. <https://doi.org/10.1002/ab.20166>

MEDIACIÓN PENITENCIARIA: ESTADO ACTUAL EN ESPAÑA

Jorge Parreño De Lamo y Carmen María Gómez Navarro

Universidad de Murcia, España

Introducción

La mediación se puede definir como aquel procedimiento realizado entre dos partes enfrentadas las cuales, con ayuda de una tercera parte, imparcial y neutral, denominada como mediador, logran comprenderse mutuamente y alcanzar un acuerdo en el que ambas partes deciden completamente cual es la mejor solución a la disputa.

Esta práctica puede circunscribirse dentro de la denominada Justicia Restaurativa, definida como la filosofía que atiende en un primer plano a la víctima, sus necesidades e intereses y cuyo objetivo es el restablecimiento de la paz social mediante el empleo del diálogo, pero también se ofrece también como una oportunidad para el agresor para poder reparar el daño que ha causado. Es una práctica contraria al actual sistema punitivo judicial que es la Justicia Retributiva donde el Estado, como poseedor del *ius puniendi* o facultad para castigar, aplicará castigo a toda persona que transgreda las leyes establecidas, lo que supone que quede la víctima en un segundo plano.

Dado que la mediación puede aparecer en todo tipo de ámbitos donde los conflictos sean susceptibles de aparecer no es extraño que también encontremos prácticas de meditaciones en entornos donde aparentemente la mediación parece que no tiene cabida debido a su naturaleza de que los propios usuarios de ella decidan el resultado, como es el entorno penitenciario, pues principalmente, los propios internos de prisión están ahí como motivo por sus acciones en libertad, sus acciones transgresoras de la ley establecida y que como consecuencia han acabado detenidos y metidos a prisión.

La mediación penitenciaria es principalmente empleada entre los propios internos, por supuesto siempre con la ayuda de un tercero mediador el cual será necesariamente una persona formada en métodos alternativos de resolución de conflictos. Esta persona además puede ser o bien un miembro propio del equipo de instituciones penitenciarias o, por otra parte, puede ser miembro de una asociación exterior que colabore con las propias instituciones penitenciarias.

Quedaría, pues, comprendida como un “sistema de gestión de conflictos o de problemas interpersonales de manera pacífica y mediante el diálogo en que una parte neutral denominada mediador ofrece su ayuda a los internos implicados en los conflictos para lograr una resolución pacífica” (De la Cruz, 2015). Podemos señalar las siguientes características que permite el empleo

de la mediación en los ámbitos penitenciarios: adopción de la responsabilidad por la conducta conflictiva; se dota de protagonismo en el proceso y resolución del conflicto a las partes; permite la recuperación de la sensación de paz y equilibrio emocional previo al conflicto y construye un espacio para el ejercicio de los derechos de las personas privadas de libertad. Como una característica adicional, se puede mencionar que la mediación penitenciaria puede crear un salvoconducto que permita inculcar a los internos herramientas sociales a la hora de resolver conflictos, de forma que, simultáneamente, mientras se trabaja para la resolución del problema principal y que ha desembocado en un acto mediador se permite a las partes ganar habilidades sociales de manejo y gestión de emociones, habla y, en general, de educación para la resolución de conflictos y afrontamiento de problemas, fines compatibles con los propugnados por la Constitución Española de 1978 (“reeducación y reinserción del interno en la sociedad”).

En España, los comienzos de la mediación penitenciaria son relativamente recientes y no van más allá del año 2005 con un programa piloto de mediación realizada dentro del ámbito penitenciario por parte de la *Asociación de Mediación para la Pacificación de Conflictos* (AMPC) en el centro penitenciario de Valdemoro (Madrid III). El principal objetivo de programa era lograr la solución de conflictos dentro de prisión mediante el empleo del diálogo y el respeto como herramientas con el fin de lograr acuerdos entre las partes y resolver diferencias derivadas de la normal convivencia de prisión (Suárez, 2015).

No fue tras mucho tiempo cuando otros centros penitenciarios se unieran a esta propuesta debido a los buenos resultados recopilados de este programa, que ha logrado su consolidación dentro del funcionamiento del centro penitenciario.

Esto ocasionó que desde la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias se impulsase un programa denominado “Resolución dialogada de conflictos” en colaboración de la Universidad de Comillas (Madrid), consistente en un protocolo de intervención de resolución dialogada de conflictos en los ámbitos penitenciarios. Con ello se pretendía implantar métodos y técnicas novedosas con el objetivo de mejorar la convivencia en prisión, el aprendizaje del diálogo y lograr un aumento de la tolerancia como instrumentos tratamentales penitenciarios. Respecto a las personas encargadas de llevar a cabo el programa pertenecían o bien al área de tratamiento, como educadores, trabajadores sociales o psicólogos; o bien se trataban de funcionarios de servicio de interior, vinculados sobre todo a la vigilancia y control del establecimiento penitenciario. Todos ellos necesariamente recibieron un curso de formación en materia de mediación y formas de resolución dialogada de conflictos (Suárez, 2015).

De manera más reciente, debemos remitirnos al estudio realizado por Pastor y Huertas en el año 2014, donde examinaban la viabilidad de la mediación en el ámbito penitenciario con el fin último de dotar a las prisiones de un método alternativo o complementario de resolver los conflictos que pudieran ocasionarse en prisión, bien por parte de los propios internos entre ellos o bien entre los internos y los profesionales trabajadores en los centros

penitenciarios. A raíz de su estudio, se constata que la mediación puede ser un método de aprendizaje de valores útiles, que los centros penitenciarios donde se emplearon y tenían conocimiento de esta práctica era altamente aceptada además de considerada como positiva a la hora de emplearla para resolver los conflictos, aunque sea de manera complementaria al régimen disciplinario de los centros, de manera que se ve de manera positiva un servicio de mediación dentro del centro (Pastor y Huertas, 2014).

Actualmente la mediación penitenciaria es considerada una herramienta secundaria en los centros penitenciarios en pos del actual Reglamento Penitenciario donde, ante una falta disciplinaria o conflictos desarrollados dentro de la prisión, se prevén las correspondientes sanciones que se han de implementar como consecuencia.

La mediación penitenciaria goza de buena reputación y fama dentro de los centros penitenciarios donde a raíz de conocerse sus bondades y ventajas han sido cada vez más los centros que han optado por implantar un programa de mediación bien por cuenta propia de los propios centros o bien mediante asociaciones mediadoras que colaboran con los mencionados centros. Pastor y Huertas (2014) en su estudio destacaron que fueron 14 centros penitenciarios los que en España contaban con un programa de mediación, siendo esta cifra aumentada en 2020 a 19 centros penitenciarios que activamente ejercían la mediación¹.

No obstante, a raíz de la situación excepcional en la que la sociedad se vio afectada por el Covid-19 medidas bastante restrictivas tuvieron que tomarse y tenerse en cuenta con el fin último de evitar la propagación del virus. Esto afectó a los puestos de trabajo, a la forma de relacionarnos mutuamente y, por supuesto, a la hora de realizar prácticas de mediación fuere dentro o fuera de prisión.

En septiembre de 2021, nos pusimos en contacto nuevamente con las asociaciones y centros penitenciarios que participaron en este estudio con el fin de poder actualizar la información que teníamos disponible además de poder averiguar cómo ha afectado el Covid-19 de primera mano.

En aspectos generales, la pandemia ha afectado al empleo de los trabajadores de las instituciones y organizaciones mediadoras debido a que no han podido realizar mediaciones, especialmente cuando la incidencia era alta. Se redujo el número de voluntarios que podían acceder a los centros a un mínimo de colaborados indispensables o a los propios trabajadores de los centros, pues, se limitó el acceso a las instalaciones para evitar la propagación de los contagios.

Recientemente, se han vuelto a desarrollar sesiones de mediación, pero en un entorno más controlado, con restricciones y un mayor cuidado. Las sesiones pueden realizarse siempre que la incidencia, tanto en el centro penitenciario como en la propia comunidad donde se realice, sea baja y siempre contando con el mínimo número de personal, procurando que sea este del propio centro y no agentes exteriores.

¹ Datos obtenidos por la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior (2020).

Método

El objetivo principal del presente estudio consiste en actualizar la información respecto al estado de la mediación penitenciaria en España además de ampliar la cantidad de datos e información disponibles para recalcar su importancia en el ámbito penitenciario.

Podemos enumerar los siguientes objetivos:

- Analizar las funciones que realizan los encargados de la mediación en los centros penitenciarios.
 - Identificar el perfil profesional de las personas encargadas de ejercer la mediación dentro de los centros penitenciarios.
 - Conocer si la mediación era realizada de manera autónoma o externalizada.
- Comprobar la efectividad de la mediación en los centros penitenciarios como método alternativo de resolución de conflictos entre los internos.
- Identificar y describir los servicios y/o proyectos de mediación existentes en los Centros Penitenciarios en España.

En base a ello, la investigación se llevó a cabo en dos fases:

- Fase 1: Identificación y contacto con los centros penitenciarios españoles que actualmente llevan a cabo el programa de mediación penitenciaria.
- Fase 2: Análisis de las entrevistas enviadas a los responsables encargados de la mediación penitenciaria en los centros penitenciarios.

Instrumentos empleados en la investigación

La principal herramienta empleada en la obtención de información ha sido la entrevista. Estas han sido realizadas a los encargados, bien del propio centro o bien de asociaciones colaboradoras, de llevar a cabo o gestionar las mediaciones que tenían lugar en los centros penitenciarios.

Las entrevistas dirigidas a los centros penitenciarios constan de 4 ítems a responder con preguntas abiertas exceptuando un ítem de pregunta cerrada con disposición de un elemento “otros” por si la respuesta difiriese de las propuestas.

En el caso de las entrevistas dirigidas a entidades colaboradoras con los centros penitenciarios, las entrevistas constan de 5 ítems, todos ellos de preguntas abiertas. Las preguntas abiertas en base a las dimensiones: tiempo, perfil profesional, principales funciones que realizan, entre otras. Las dimensiones de los ítems han sido planteadas de manera que puedan resolver los objetivos propuestos en el apartado anterior, para lo cual los cuestionarios empleados han sido validados previamente y de manera efectiva, por lo que son adecuados para lograr dicha meta propuesta.

Finalmente, la entrevista dispone de una breve contextualización del estudio en el cual se especifica el proyecto llevado a cabo desde el año 2005 para la resolución alternativa de los conflictos en los centros penitenciarios, así como el contexto por el cual nos hemos puesto en contacto con los centros

penitenciarios y las asociaciones de mediación gracias a la información recibida por parte de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior. Previamente al envío de la entrevista estructurada, ha sido necesario una actividad de puesta en contacto con los principales responsables del servicio de tratamiento penitenciario que llevaban el proyecto de mediación con el fin de mantener una conversación o entrevista breve con el objetivo de identificarlos y saber su disposición a colaborar en este estudio. Ellos han sido:

- a) Técnicos de la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior,
- b) Subdirectores y coordinadores del departamento penitenciario de los centros penitenciarios con un plan de mediación;
- c) Profesionales encargados de las asociaciones de mediación colaboradores con los centros penitenciarios españoles.

Además, se han empleado fuentes secundarias tales como las memorias de entidades y asociaciones de mediación penitenciaria, así como un informe de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior, sumado a otras memorias y documentos estadísticos figurantes en las páginas web de las asociaciones afines a los centros penitenciarios. El objetivo de su empleo en la investigación ha sido para poder conocer los datos acerca de la efectividad del servicio alternativo de resolución de conflictos mediante el uso de la mediación para los conflictos en los centros penitenciarios, así como identificar, localizar y conocer los centros que han reportado casos de mediación y las asociaciones que colaboraban con éstas.

Resultados

Distinguiremos aquí entre las dos fases diferenciadas a modo de poder apreciar de manera más clara y mejorar tanto la organización como la comprensión del lector acerca de los resultados obtenidos.

Resultados Fase 1

Tras ponernos en contacto, la Dirección General de Ejecución Penal y Reinserción Social de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias del Ministerio del Interior respondió mediante un correo electrónico cuyo contenido era un documento oficial en el que se daba parte a nuestras preguntas.

Respecto del número de centros penitenciarios que ejercen mediación penitenciaria, de los 69 actuales centros penitenciarios en España para el cumplimiento de penas, medidas de seguridad y prisión preventiva, han sido 19 centros penitenciarios los que han reportado casos de mediación activamente en el año 2020: A Lama (Pontevedra), Alicante I, Alicante II, Almería, Cáceres, Castellón, Granada, Córdoba, Jaén, Las Palmas I, Madrid III, Madrid IV, Madrid VII, Málaga I, Puerto II (Cádiz), Tenerife, Valencia, Valladolid y Villabona (Asturias).

Figura 1. Mapa de Centros Penitenciarios españoles que realizan mediación



Nota. Elaboración propia a partir de los datos obtenidos por las Instituciones Penitenciarias

Dichos centros cuentan con la participación de entidades colaboradoras de mediación y profesionales de los propios centros penitenciarios. La principal de todas ellas se corresponde a la Asociación Española de Mediación (ASEMED), entidad que cuenta con un convenio de colaboración con la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias. Otras entidades colaboradoras son: Obra Mercedaria, Universidad de Granada, AMEE, AMPC, e-mediación o Pastoral Penitenciaria.

Respecto a los centros penitenciarios que cuentan con sus propios profesionales para la realización de la mediación, destacan las figuras profesionales de psicólogos, educadores, juristas, trabajadores sociales, jefe de servicios, funcionarios del Área de Vigilancia, directores de programas y/o subdirectores de Seguridad y Tratamiento. Se puede apreciar una predominancia de perfiles profesionales pertenecientes a la rama de las ciencias jurídicas, seguido por los propios profesionales de los centros penitenciarios.

Esto es a su vez compartido por las asociaciones y entidades de mediación colaboradoras con los dichos centros: puede apreciarse un perfil similar del mundo psicológico, jurídico y social.

Para la tipología de conflictos penitenciarios donde es empleada la mediación, el documento establece que los conflictos tratados se corresponden principalmente con incompatibilidades y conflictos de la vida cotidiana de los internos.

Dado que no se especifica nada más, suponemos que podemos entender cualquier tipo de incompatibilidad, así como conflicto que afectase de manera cotidiana en el normal desarrollo de la vida dentro de prisión sería tratado mediante la mediación. Según el propio Reglamento Penitenciario, aquellas faltas disciplinarias de menor gravedad que sean susceptibles de mediación serán tratadas mediante su utilización. En principio tenemos que considerar dicha posibilidad, pero para una mayor profundización del tema, tenemos que atenernos a la información proveniente de las entrevistas.

Resultados Fase 2

En esta fase se procede a realizar un análisis de los datos aportados por las personas encargadas de llevar a cabo los programas de mediación dentro de los centros penitenciarios. Prácticamente en su totalidad han sido los subdirectores de tratamiento, exceptuando pocos casos puntuales donde eran los propios psicólogos de los centros.

De los 19 centros penitenciarios que han reportado casos en 2020 a la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias, nos hemos podido poner en contacto con once centros, de los cuales seis centros penitenciarios se han ofrecido a participar en el estudio. Entre los motivos principales encontramos con el fin de fecha límite de recepción de respuestas de los instrumentos de investigación y con la negativa o no respuesta de los centros penitenciarios a participar en el estudio.

Las dimensiones generales de la investigación han sido: entidad que gestiona el servicio de mediación (o entidad a la que se presta el servicio, en caso de asociaciones), fecha de inicio del servicio, perfil de los profesionales que intervienen y principales funciones desarrolladas.

Los resultados muestran que, de los seis centros penitenciarios muestra del estudio, dos realizan por sí mismos un programa de mediación penitenciaria mediante profesionales internos, dos cuentan con la ayuda de profesionales que forman parte del propio equipo mediador más la ayuda de una asociación mediadora u ONG, y, finalmente, dos centros llevan a cabo el programa mediante asociaciones mediadoras.

Centros Penitenciarios

Respecto a cómo se realiza la mediación penitenciaria, sigue las fases propias del proceso de mediación.

- Presentación y acogida: a los miembros voluntarios de la mediación se les presenta al equipo que va a estar encargado de llevarla a cabo. Explicarán el procedimiento, las ventajas de la mediación y el objetivo a lograr en cada caso.
- Fase constitutiva: ambos internos darán fe de que entienden el proceso, en caso de que quieran continuar con el procedimiento (pues

recordemos que es un acto voluntario) se comprometen a poner de su parte y trabajar juntos para poder llegar a un acuerdo beneficioso para ambas partes, y en caso de conseguirlo, de que se respete una vez acabadas las sesiones.

- Las siguientes fases son las sesiones, donde los internos hablarán, se expresarán, saldrá a relucir sentimientos, intereses, necesidades y posiciones en el conflicto. Todo ello, junto a la ayuda de los mediadores, con la misión de encontrar un punto en común donde solucionar el conflicto.
- Acuerdo: en él, las partes ponen todos los puntos que se han comprometido a cumplir y mantener para la mejora de la convivencia, lo que daría por terminado el conflicto. El acuerdo puede ser redactado por escrito o ser oral.

La tabla 1 recoge gráficamente las entidades que realizan la mediación, así como los profesionales que la llevan a cabo y las funciones que desempeña a cada uno.

Tabla 1. Información obtenida a través de las entrevistas acerca de los Centros Penitenciarios.

CENTROS PENITENCIARIOS	ALICANTE I	ALICANTE II	ALMERÍA	CÁCERES
ENTIDAD MEDIADORA	Asociación Obra Mercedaria	Centro Penitenciario	Centro Penitenciario	ASEMED
PROFESIONALES	Subdirectora Tratamiento Mediadores asociación	“Educadores sociales” o “Hermanos mayores”	Psicóloga Funcionarios	Mediadores asociación Subdirector Tratamiento Funcionarios
FECHA INICIO	2012	2010	Junio 2011	Noviembre 2015
FUNCIONES	Mediar entre las incompatibilidades Asesoramiento en Justicia Restaurativa para su reinserción	Conocer y atender a los internos Gestionar y solucionar sus problemas para la convivencia Servir de vehículo de comunicación entre el CP y los internos Organizar la vida del departamento	Intervención en incompatibilidades entre internos	Detección de casos de conflictos entre internos Eliminación incompatibilidades vía mediación Prevención incompatibilidades

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos.

Asociaciones de mediación colaboradoras con instituciones penitenciarias

Son varias las asociaciones de mediación colaboradoras con los centros penitenciarios y, de hecho, constituyen la principal vía por la que los centros penitenciarios emplean la mediación como método para resolver conflictos entre internos.

La mayor de todas las asociaciones atendiendo al N° de socios/n° de ccpp que atiende/ presupuesto que maneja es ASEMED, que cuenta con un convenio colaborador con la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias para la realización de mediación a modo de resolución de conflictos entre internos. Sin embargo, hemos mencionado otras asociaciones colaboradoras que prestan sus servicios a los centros penitenciarios y que han querido colaborar con la investigación.

Tabla 2. Asociaciones de mediación

ASOCIACIONES DE MEDIACIÓN	LUGAR DE ACTUACIÓN
ASEMED	A Lama (Pontevedra), Badajoz, Cáceres, Madrid III, Madrid IV, Madrid V, Murcia, Orense, Pamplina, Sevilla (Hospital Psiquiátrico Universitario), Sevilla, Sevilla (Unidad de madres), Teixeira, Topas.
AMPC	Madrid III (Valdemoro), Madrid VI (Aranjuez).
CONCAES	Comunidad de Madrid (excepto Madrid I), Centro Inserción Social de Victoria Ken (Madrid), Centro Penitenciario de Picasent (Valencia), Ocaña I (Toledo), Centro de Inserción Social de Talavera y Azuqueca. Próximamente en Murcia y Galicia.
OBRA MERCEDARIA	Alicante I Cumplimiento.

Fuente. Elaboración propia.

Cabe destacar que debido a que existen comunidades autónomas que ostentan la competencia en materia penitenciaria no figuran en esta imagen los centros dentro de sus competencias que también realizan la mediación penitenciaria, debido a que no aparecían en el informe. Destaca Cataluña, donde diversos organismos como por ejemplo la asociación mediadora EsMediatio y el Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña colaboran con centros penitenciarios y ofrecen sus servicios para la resolución de conflictos.

Tabla 3. Resultados AMPC.

Asociación mediación y pacificación	MADRID III (VALDEMORO) 2011 – 2014
N.º. Mediaciones iniciadas	87
Mediaciones con resultado positivo	47
Mediaciones con resultado negativo	17
Mediaciones interrumpidas	23

Fuente: Elaboración propia a partir de las memorias de la asociación AMPC.

Tabla 4. Resultados Confraternidad Carcelaria Española.

CENTROS PENITENCIARIOS CON LOS QUE COLABORA CONCAES (2015 – 2020)
Comunidad de Madrid (exceptuando Madrid I)
Centro de Inserción Social de Victoria Ken (Madrid)
Centro Penitenciario de Picassent (Valencia)
Centro Penitenciario de Ocaña I (Toledo)
Centro de Inserción Social de Talavera
Centro de Inserción Social de Azuqueca
Centros penitenciarios en Galicia (próximamente)
Centros penitenciarios en Murcia (próximamente)

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos de CONCAES.

Las funciones desarrolladas en el centro son la impartición del manual de Justicia Restaurativa, el cual está dividido en ocho sesiones donde se tratan temas relativos al delito, el perdón, la asunción de responsabilidad, la reparación del daño; dicho de otra manera, temas relativos a la Justicia Restaurativa. El fin último será que el interno quiera encontrarse con su víctima, finalidad que difiere de otras asociaciones de su misma naturaleza, enfocadas en la eliminación de incompatibilidades y solución de conflictos que puedan surgir del resultado de la convivencia común en prisión.

No se han podido aportar datos estadísticos sobre las mediaciones realizadas debido a que la asociación actualmente no cuenta con una base de datos para valorar de forma cuantitativa la efectividad del programa, si bien es cierto, que actualmente están desarrollando una con el fin de poder cuantificar el éxito del programa. En la entrevista final, llevada a cabo una vez que se finaliza el programa, los profesionales pasan un cuestionario al interno donde se comprueba si ha existido una verdadera evolución en ellos. Según

la entrevista, a título personal se nos ha sido comentado que en multitud de ocasiones el programa aporta beneficios personales a los internos, pero que son muy pocos los que finalmente quieren mantener un encuentro cara a cara con sus víctimas.

Tabla 5. Resultados mediaciones realizadas por Obra Mercedaria en el período 2014-2019.

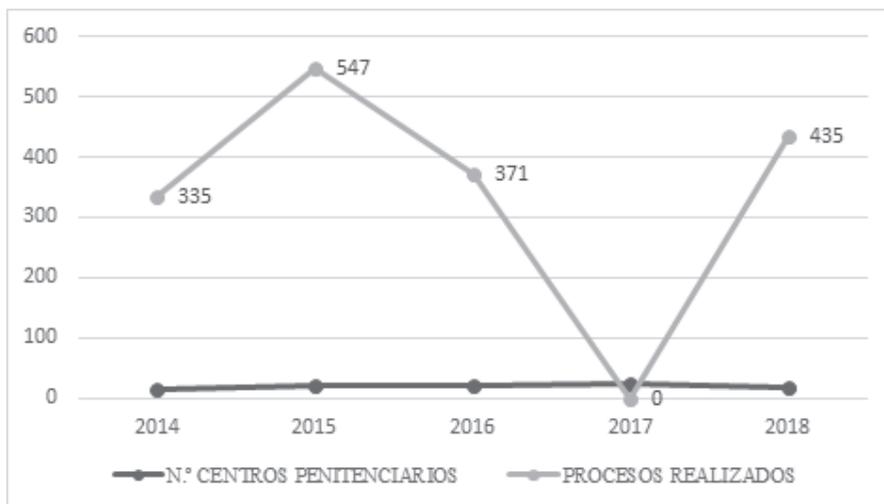
Obra mercedaria	ALICANTE I (FONCALENT)
Mediaciones realizadas	59
Mediaciones finalizadas en reconciliación	37
Mediaciones negativas	13
Mediaciones interrumpidas	9

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos facilitados por Obra Mercedaria.

Discusión

Con el comienzo del proyecto piloto desarrollado en el Centro Penitenciario Madrid III en el año 2005 se sentó las bases de una nueva práctica que ha demostrado ofrecer resultados positivos tanto para los centros penitenciarios, donde se ha demostrado que existe más de una manera de poder resolver los conflictos además de la impartición del castigo vía Reglamento Penitenciario, como para los propios internos que son los que más provecho y beneficio pueden obtener de esta práctica debido a que no solo permite lidiar los conflictos que surgen de la vida común en prisión sino que, además, sugiere un nuevo foco para aprender conductas prosociales y les dota de nuevas herramientas para la resolución de conflictos: la mediación.

Haciendo retrospección, desde el estudio realizado por Pastor y Huertas (2014), obra predecesora del presente estudio, y con los datos aportados por éste, la principal conclusión es que la mediación penitenciaria ha seguido cosechando buenos resultados sobre la forma en la que se lleva a cabo. Desde el año 2014, la cifra de centros que se han acogido a impartir un programa de mediación en sus instalaciones ha aumentado hasta el año 2018, último año del que hemos podido tener conocimiento de que figuran en los informes generales del Ministerio del Interior, donde los centros penitenciarios que realizan mediación experimentaron un ligero descenso. Con todo ello, la tendencia en los últimos años ha sido la subida e incremento de los programas de mediación en los centros penitenciarios.

Figura 2. EVOLUCIÓN 2014 – 2020

Fuente: Elaboración propia a partir de los datos de la Secretaría General de Instituciones Penitenciarias

En el año 2017 no se especifica el número de procedimientos que tuvieron lugar en el informe, aunque se detalla el número de internos que participaron en sesiones de mediación: 971 internos.

Así mismo, destaca que la gran mayoría de centros penitenciarios deciden llevar a cabo un programa de mediación penitenciaria por medio de asociaciones de mediación en vez de contar con sus propios profesionales para llevarla a cabo: solamente 3 de los centros penitenciarios con los que se han contactado realizaban mediante su propio equipo profesional sesiones de mediación, y uno de ellos (centro penitenciario de Cáceres) de manera conjunta con una asociación. Por otro lado, en el análisis de las asociaciones mediadoras colaboradoras con los centros penitenciarios hemos comprobado que llevan a cabo las mediaciones de prácticamente todos los centros penitenciarios de Madrid y de algunas de otras comunidades autónomas españolas.

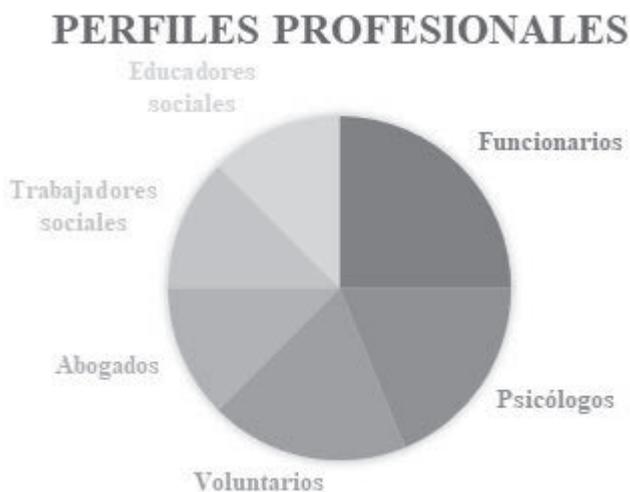
Desafortunadamente, no ha sido posible obtener datos de los propios centros penitenciarios para poder determinar el grado de satisfacción con este procedimiento. Únicamente podemos someter a la especulación de que la mediación es un procedimiento efectivo, funcional y satisfactorio para los propios internos y para los profesionales tanto de los centros penitenciarios como de las asociaciones colaboradoras con estas, debido a la constante renovación año tras año desde su implantación de estas prácticas.

Respecto al perfil de los profesionales que ejercen la mediación la mayoría de ellos tienen un perfil profesional relacionado con el mundo de la justicia (Derecho), el mundo dedicado a lo social (educadores y trabajadoras

sociales) y en menor proporción del mundo de la Psicología. Destacan dentro de los centros penitenciarios los puestos de funcionario o subdirectores de tratamiento, posiciones cuyas funciones incluyen la supervisión de estos programas.

A través de los datos de los profesionales que más actúan en el campo de la resolución alternativa de conflictos y cuyo principal foco es la de resolución de aquellos elementos que pueden llegar a impedir la vida normal de las personas internas en los centros penitenciarios, concluimos que sería necesario incluir figuras profesionales que estén especializadas tanto en la condición única que supone el estar interno en un centro penitenciario como en la influencia que dicho centro puede adoptar en el comportamiento de la persona, sobre todo en la forma de ver la realidad, los conflictos, cómo se presentan y cómo solucionarlos. Se propone la inclusión entre las filas de estos profesionales la figura del criminólogo debido a que cumplen con los requisitos previamente citados y que pueden ser una valiosa herramienta a la hora de iniciar una mediación en un entorno penitenciario.

Figura 3. Perfiles profesionales que ejercen la Mediación



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos obtenidos en las entrevistas

Respecto del análisis de las actuaciones es de destacar que no existe como tal unas pautas definidas sobre cómo enfocar la mediación penitenciaria. Normalmente es tomado como referencia los valores y objetivos administrados por la Justicia Restaurativa pero no es excluyente para que las asociaciones lleven a cabo este procedimiento y sea considerado mediación en base a su ideología, creencias, valores y sus propios objetivos.

Por otra parte, podemos poner especial atención en la efectividad que las mediaciones han tenido en la resolución de los conflictos: en todos los años,

centros penitenciarios y asociaciones han reportado una cantidad altamente positiva de conflictos tratados mediante procedimientos de mediación y en más de la mitad de los casos la mediación tiene un porcentaje elevado de finalización mediante un acuerdo satisfactorio y positivo entre ambas partes con respecto al conflicto inicial.

Conclusiones

El presente estudio no se libra de determinadas limitaciones que han ocurrido durante el procedimiento de investigación. Uno de las limitaciones más importantes ha sido la incapacidad de poder obtener respuesta por parte de todos los centros penitenciarios que han reportado casos durante el período 2019-2020 y de algunas de las asociaciones de mediación, debido a que o no nos ha sido posible establecer contacto con ellos, no han querido participar o no han respondido en el tiempo designado para el fin de la investigación.

Otra de las limitaciones en el presente estudio es en relación con la Asociación de Mediación y Pacificación de Conflictos, pues, los datos sobre sus mediaciones finalizan en 2019 por lo que no ha sido posible realizar un análisis de las mediaciones del período correspondiente al año 2020.

Para futuras investigaciones con ánimo de continuar esta investigación, o en líneas similares a las propuestas, es importante, como argumentan Pastor y Huertas (2014) seguir disponiendo de datos anuales siempre que sea posible de las mediaciones llevadas a cabo en estos centros penitenciarios a fin de seguir evaluando la calidad de este programa, así como continuar manteniendo una evaluación constante sobre esta práctica. Esto ayudaría a seguir aportando valor a la mediación penitenciaria a fin de que se integre en su totalidad en nuestros centros penitenciarios, así como ensalzar los métodos de Justicia Restaurativa, en su misión de ayudar a obtener una verdadera reinserción y reeducación de los internos penitenciarios a la vez que se les dota de habilidades sociales para desenvolverse de manera prosocial a la hora de resolver conflictos y evitar recurrir a las prácticas antisociales o directamente delictivas.

Finalmente, como se mencionó al inicio del estudio, debido a la pandemia por el COVID-19 se tuvieron que paralizar todas las actuaciones de mediación con el fin de evitar una propagación mayor del virus, lo que repercutirá en futuros estudios debido a que durante aproximadamente dos años las intervenciones por mediación serán, si no inexistentes, cuanto menos muy limitadas, aunque a septiembre de 2021 volvieran a comenzar las sesiones más controladas, no se descarta un periodo mayor para su empleo de una manera natural, pero ante el desconocimiento de cómo evolucionará la situación solamente podemos basarnos en la especulación.

Referencias

Asociación de Mediación y Pacificación: *Asociación de Mediación y Pacificación*. <http://www.mediacionypacificacion.es/index.php/es/>.

- Asociación Española de Mediación. *Asociación Española de Mediación. Obra social de ASEMED*. <https://www.asedmed.org/obra-social-de-asedmed/>
- De la Cruz, M. (2015). El conflicto en prisión y la necesidad de su resolución pacífica. En Ambel, J., Arana, E., Almirón, P.D., y Otros (2015): *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (pp. 454-459). Madrid, España: Editorial Tecnos.
- Instituciones Penitenciarias (2018). *Informe general de Instituciones Penitenciarias* Ministerio del Interior. http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2018_12615039X.pdf/8a50dca8-8e28-4f8e-bd44-b5c95f12393a
- Instituciones Penitenciarias (2020). *Establecimientos penitenciarios*. Ministerio del Interior. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/centrospenitenciarios/localizacion.html?ep=&ept=pen&epp=>.
- Instituciones Penitenciarias. (2014). *Informe general de Instituciones Penitenciarias*. (2014). Ministerio del Interior. http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2014_12615039X.pdf/a892104e-218e-440a-b8fe-d91a0bbe345a
- Instituciones Penitenciarias. (2015). *Informe general de Instituciones Penitenciarias*. Ministerio del Interior. http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2015_12615039X.pdf/3cc18099-8de3-4742-a6bf-991dcc114097
- Instituciones Penitenciarias. (2016). *Informe general de Instituciones Penitenciarias*. Ministerio del Interior. http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2016_12615039X.pdf/3d3b743f-4527-453a-a185-2b3976f724bf
- Instituciones Penitenciarias. (2017). *Informe general de Instituciones Penitenciarias*. Ministerio del Interior. http://www.interior.gob.es/documents/642317/1202140/Informe_General_IIPP_2017_12615039X.pdf/9a3e9ad4-933d-422b-9992-3a0d3686102d
- Instituciones Penitenciarias. (2020). *Centros penitenciarios de régimen ordinario*. Ministerio del Interior. <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/centrospenitenciarios/centrosregimenordinario.html>
- Obra Mercedaria. *Fundación Obra Mercedaria*. <https://www.obramercedaria.org/>
- Parreño, J. (2020). *Mediación penitenciaria: un estudio acerca de la actualidad de la mediación penitenciaria en España*. Trabajo fin de máster. Murcia, España: Universidad de Murcia.
- Pastor, E, y Huertas, E. (2014): *Mediación Penitenciaria. Una alternativa a la resolución pacífica de conflictos entre internos*. Pedagogía Social. *Revista Interuniversitaria*, 23, 199 - 229. https://doi.org/10.7179/PSRI_2014.23.09
- Pastor, E., y Torres, M. (2017): El sistema penitenciario y las personas privadas de libertad en España desde una perspectiva internacional. *Política Criminal*, 12(23), 124 - 150.
- Real Decreto 3482/1983, de 28 de diciembre, sobre traspasos de servicios del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de Administración Penitenciaria. *Boletín oficial del estado*, 43, 4521-4535. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-4310>

- Redondo, S., y Garrido, V. (2013): *Principios de Criminología*. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Suárez, J. (2015). Penas privativas de libertad y mediación penitenciaria. En J. L. Monereo, y R. M. González (Coords), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos* (pp. 447-453). Madrid, España: Editorial Tecnos.

LA VOZ DE LA FAMILIA: HERRAMIENTA PARA EL CAMBIO DE NARRATIVAS

Gloria Calderón Duque; Nuria Calvo Boizas; M^a Dolores Hernández Gutiérrez y Encarnación Leal Pérez

Introducción

En este capítulo se presenta *la herramienta* “La voz de la familia”, que fue creada para ser utilizada en las sesiones preparatorias de los procesos restaurativos.

Para situar a quienes se acercan por primera vez a los procesos restaurativos vamos a realizar una aproximación a los mismos, desde nuestra experiencia como facilitadoras en prácticas restaurativas.

Las prácticas restaurativas son un instrumento o conjunto de técnicas y herramientas que buscan mejorar la convivencia y resolver los conflictos que puedan haber surgido. Implican un cambio en la forma de pensar y de comunicarse. Se busca crear espacios seguros, en los que poder llevar a cabo conversaciones. Las intervenciones tienen una doble finalidad:

- Proactiva, para crear relaciones, consolidar y/o desarrollar comunidad.
- Reactiva, reparar el daño y restaurar las relaciones.

A través de las prácticas restaurativas buscamos un cambio de actitud, que implica un cambio de mentalidad, que conseguimos por medio de la escucha activa, la comunicación asertiva y no violenta, y el pensamiento creativo y la empatía.

Así mismo con el uso de las practicas restaurativas conseguimos generar la sensación de pertenencia, y que las personas asuman como propios los principios y valores de la comunidad, o grupo familiar u organización. En este punto ponemos en valor, el respeto mutuo, el empoderamiento, la colaboración, la apertura, la confianza y la tolerancia.

Dentro de la clasificación de las prácticas restaurativas nos encontramos con prácticas más informales que implican un cambio en el lenguaje en que se habla desde lo que sentimos y desde la responsabilidad y no la culpa (declaraciones, preguntas afectivas y pequeña reunión espontánea), a otras más formales que tienen una estructurada prefijada como son el grupo o círculo y la reunión formal. Es en esta última, círculo y reunión formal, donde aplicamos la herramienta “la voz de la familia” que se presenta en este capítulo.

A lo largo de nuestra trayectoria profesional como facilitadoras de prácticas restaurativas y gestoras de conflictos en el ámbito familiar, nos hemos dado cuenta de la necesidad de conectar las distintas narrativas de las personas en el conflicto.

Cuando comenzamos a trabajar con las personas en un conflicto la narrativa de cada una de ellas nos muestra solo una parte de la historia completa. Si leyéramos sobre el papel los relatos, podríamos llegar a pensar, que nos encontramos ante historias totalmente distintas. En ocasiones, no coinciden ni el espacio, ni los personajes, ni el tiempo. Sería como cuando antiguamente en los juzgados, los juicios no se grababan, si no que se transcribían de forma manuscrita por el/la Secretario/a Judicial (actualmente Letrado/a de la Administración de Justicia) y nosotras, como operadoras jurídicas que somos, nos sorprendíamos con un relato distinto a lo que habíamos vivido, llegando incluso a pensar si quizás no habíamos estado presentes en el mismo juicio.

¿De qué hablamos cuando hablamos de narrativas?

La narrativa son las palabras que elige cada persona para construir su historia del conflicto. En ocasiones no exteriorizará toda su narrativa interna, aunque esto si le servirá para posicionarse frente al conflicto. Cada persona tenemos un modelo de mundo a través del cual percibimos la realidad, y esto es lo que hace que en muchas ocasiones las narrativas, la forma de contar y contarse la historia, no coincida entre todas las personas que participan en los hechos.

Nuestro acercamiento a las técnicas del storytelling nos abrió el camino hacia la construcción de una herramienta propia en la que combinamos los diferentes aprendizajes de mediación, comunicación no violenta, inteligencia emocional, programación neurolingüística, coaching y prácticas restaurativas.

A lo anterior sumamos la Gamificación con la que se consigue cambios en las personas por medio del juego. Determinar quién es el personaje de cada historia, los distintos roles desde la perspectiva de cada uno, el espacio físico y temporal donde se producen los acontecimientos y porqué, es crucial para, desde la narrativa individual de cada uno, conseguir una narrativa colectiva.

Aplicando lo anterior, nuestros objetivos trabajando con familias son:

- Prevenir la violencia en el ámbito paterno-filial dotando de herramientas para intervenir como facilitadores del dialogo en problemas de convivencia intrafamiliar, con las reuniones familiares.
- Capacitar para intervenir como facilitadores del dialogo antes de la escalada del conflicto, y cuando este ya se ha puesto de manifiesto plenamente para minimizar sus consecuencias.
- Desarrollar estrategias de comunicación no violenta en familia, que ayuden a encontrar los puntos en común, a enfocarse en lo que les une como familia.

Metodología

La herramienta se desarrolla en tres partes, cuya denominación responde a nuestro trabajo con cuentos y storytelling:

I.- Érase una vez... En esta fase se celebran reuniones individuales con cada una de las personas implicadas en el conflicto. La determinación de

las personas con las que se trabaja no es apriorística, en un principio se definen las personas implicadas según el relato de quien contacta con los facilitadores, pero posteriormente se puede ver ampliado con las entrevistas realizadas.

En dichas entrevistas individuales trabajamos pasado, presente y futuro de la relación familiar y el rol de cada integrante desde su propia visión y siempre desde la comunicación empática las 3R restaurativas: responsabilidad, reconocimiento y reparación.

II.- ¡Arriba el telón! El facilitador construye una historia nueva de cada una de las personas con las narrativas trabajadas en la anterior sesión. Posteriormente en sesión individual con cada uno de los participantes trabajan la nueva historia.

III.- Colorín colorado... En esta tercera fase, reunidos todos, se co-construye la narrativa que les va a permitir asumir la responsabilidad de cada uno de ellos en las disfunciones familiares, acordar las reparaciones y darse unos a otros el reconocimiento como elemento de sanación de la relación hacia el futuro.

Hemos diseñado para trabajar las tres fases anteriores, una baraja de cartas basada en las cartas de contar historias para escritores.

La baraja se compone de 48 cartas:

Las primeras 7 cartas que denominamos **cartas indagatorias**, responden en primer lugar a las 5 "W", una técnica utilizada por los periodistas y comunicadores para organizar una información recogiendo los elementos más importantes de la noticia y su contexto y que posteriormente se amplió con 2" W" más.

Esta técnica fue desarrollada por Harold Lasswell en 1948 en su Paradigma de Lasswell o Teoría de dos Pasos donde, partiendo de las teorías del griego Hermágoras de Temmos, hace más de 28 siglos, describe la comunicación como respuesta a los interrogantes: ¿Quién?, ¿qué?, ¿dónde?, ¿a quién? y ¿por qué?

Como innovación, en 1958, Richard Braddock en el artículo An extension of the "Laswell Formula" agregó dos preguntas más: ¿cómo? y ¿para qué?

La elección de estas primeras cartas nos permite saber qué ocurrió, definir el contexto donde cada persona se sitúa al contar la historia, qué momento de la historia es el fundamental para él/ella, quiénes son las personas afectadas a los ojos de cada uno de ellos, las causas o motivos que atribuye a cada una de las personas implicadas, las circunstancias como se han desarrollado los hechos y la finalidad que tiene para cada persona.

Estas siete primeras cartas las utilizaremos principalmente en la fase "Érase una vez...", junto a las **cartas espacio-temporales**: pasado, presente y futuro, que nos permiten también ver el orden en que cada una de las personas nos cuenta la historia y dónde ponen el énfasis.

En la primera fase, utilizamos así mismo las **cartas de los personajes-roles**. En los cuentos tradicionalmente aparecen claramente diferenciados: el protagonista principal y el protagonista antagónico, a los que se unen personajes secundarios y fugaces.

Cada una de las personas en las historias en conflicto suelen evidenciarse como el protagonista principal atribuyendo a los demás el resto de roles. A su vez, estos roles, suelen corresponder con los arquetipos de Jung (2009). Este autor definió en su libro "Arquetipos e Inconsciente Colectivo", 12 arquetipos, que son modelos de comportamiento, entre ellos nos encontramos:

1. El Sabio: Es el que utiliza la inteligencia y capacidad de análisis para entenderse a sí mismo y al mundo. Son los que en todo momento están utilizando la lógica y los datos.
2. El Inocente: Es aquel que ve el lado bueno a todas las cosas. Está pendiente siempre de complacer a todo el mundo y busca el reconocimiento constante de los demás.
3. El Explorador: Es el eterno buscador de experiencias y sensaciones. Nunca está satisfecho con lo que le rodea.
4. El Gobernante: Es el líder, el que impone las normas siempre, y que en ocasiones llega a ser déspota.
5. El Creador. - Es aquel que está todo el tiempo pensando en hacer cosas totalmente nuevas y diferentes. Suele ser inconformista, lo que le lleva a la transformación constante.
6. El Cuidador. - Es el que está siempre protegiendo a los demás, incluso por encima de sí mismo, y sin que se lo pidan. Llega a ser víctima de sí mismo porque cuando no es reconocido su afán, se convierte en mártir.
7. El Mago: Es el que está en constante transformación y crecimiento para sí mismo y los demás. Este afán de transformación constante tiene su vertiente negativa por que incluso deforma los sucesos positivos.
8. El Héroe: Es aquel que se cree el adalid de todas las luchas. Tiene un ansia constante de poder, y odia perder. Puede ser controlador y ambicioso.
9. El Forajido: Es el rebelde, le importa poco la opinión de los demás. Tiene ideas propias y no permite que le influya nadie. Puede ser autodestructivo.
10. El Amante: Es aquel que ama amar, se centra en lo bonito de la vida y necesita sentirse amado.
11. El Bufón: Es aquel que disfruta de la vida de forma constante, riéndose de todo y de todos. No se toma en serio nada y puede llegar a ser vago.
12. El Huérfano: Es el que necesita y reclama que otros le cuiden, suele hacerse la víctima si no recibe lo que espera y cree debido.

A partir de estos arquetipos diseñamos las cartas de los personajes o roles que cada una de las personas que intervienen en el proceso va a identificar como propio. Si bien a primera vista puede parecer que estamos haciendo un proceso de etiquetado, no es esta nuestra intención, sino que, por medio del juego, como indicamos en la introducción, las partes reconozcan sus comportamientos tanto positivos como negativos.

A partir de los roles nosotros construimos los personajes de nuestras cartas.

1. La Institutriz: Es quien pone las reglas, quien tiene las llaves de las puertas y de todas las soluciones.
2. El Gracioso: Es el que busca su protagonismo a través de la risa, con ironía y a veces sarcasmo. No se toma nada en serio.
3. El Quijote: Es el defensor de las causas perdidas. Busca siempre como sacar lo bueno de todas las personas y de todas las situaciones.
4. El Alquimista: Es el que transforma todas las situaciones. El que encuentra la solución incluso en las peores circunstancias.
5. El Cuidador: Es el que busca servir y está siempre ocupándose de los demás. Le gustaría que los demás se ocuparan de él.
6. El Aguador: Es el que proporciona sustento a las personas que le rodean,
7. El Rebelde: Es el inconformista, siempre rompe las reglas y en ocasiones resulta disruptivo.
8. El Acaparador: Es el que pide que toda la atención se centre en él, aunque eso implique que los otros renuncien a su espacio propio.

A las anteriores cartas de roles/personajes añadimos unas **cartas comodín**, en blanco, y una serie de **cartas representativas**, con cualidades personales, tanto positivas como negativas, para crear los roles o personajes de las personas en el conflicto. En este punto del juego, la norma es que, para construir un personaje, se elijan cualidades personales positivas y negativas en la misma proporción, a fin de evitar que se defina al resto de las personas en conflicto solo por las cualidades negativas.

No nos hemos olvidado en este mazo de las **cartas R**, que responden a las tres "R" básicas de los procesos restaurativos, es decir, Responsabilidad, Reconocimiento y Reparación.

Se trata de que reconozcan su participación en el conflicto y asuman la responsabilidad propia e identifiquen la de los otros en el suceso. En estas sesiones, la carta de reparación se utiliza desde la narrativa propia personal de cada una de las partes y lo que en ese primer momento estarían dispuestos a ofrecer para solucionar el conflicto.

Estas tres cartas, que suelen usarse en la segunda reunión individual, van acompañadas de unas **hojas-nota** en las que cada una de las personas pueden ir anotando.

Conclusiones

Nuestra experiencia con la teoría de los juegos, plasmada en el libro "Qué le dice la liebre al soldadito de Plomo" de Calvo, Hernández y Leal (2020) y el juego de Serious Game "El círculo de las emociones" Calderón y Calvo (2020) nos ha enseñado que las personas en conflicto son más capaces de identificar comportamientos y de hacer cambios en sus narrativas a través de juegos, que mediante simples entrevistas.

En este capítulo nos hemos centrado en las Familias a fin de ofrecer una herramienta en la que poder hacer cambios en las narrativas sesgadas que nos ofrecen los distintos miembros de la familia en conflicto.

“La Voz de la Familia” es al mismo tiempo la voz de cada uno de sus miembros con su peculiar forma de ver el mundo y la historia común de esa familia.

Con la herramienta conseguimos separar persona de comportamiento, identificando de forma objetiva los hechos que han ocurrido y respetando la identidad de cada uno. A su vez trabajamos las “3R” de las prácticas restaurativas, logrando que cada uno reconozca y asuma su parte de responsabilidad en el conflicto, se restauren las relaciones dañadas y se lleguen a acuerdos de reparación entre los distintos miembros de la familia.

Todo lo anterior permite intervenir entre otros, en procesos en que existe violencia filio parental, modificando las narrativas tanto de los hijos, que muchas veces se sienten ignorados por los progenitores, como de los progenitores mismos que a veces se sienten víctimas de la situación.

El cambio en las narrativas y la creación de una historia común, nos lleva a una mejora de la convivencia familiar donde puede favorecerse una mejor resolución de los conflictos que surjan en un futuro.

Referencias

- Calvo, N., Hernández, M. D., Leal, E. (2020) *¿Que le dice la liebre al soldadito de plomo? Manual de herramientas para la gestión de la convivencia en espacios de ocio, deporte y tiempo libre*. Almería, España. Editorial Círculo Rojo
- Jung, C. G. (2009) *Arquetipos e inconsciente colectivo* Barcelona, España. Editorial Paidós
- Braddock, R. (1958) An extension of the ‘Lasswell Formula’, *Journal of Communication*, 8, 88-93.
- Laswell, H. D. (1948). La estructura y función de la comunicación en la sociedad. En L. Bryson (Ed.), *La comunicación de las ideas* (pp. 37-51). Nueva York, N Y: Harper and Row.
- Calvo, N. (2020, septiembre). El círculo de las emociones: una herramienta serious game al servicio de la comunidad Comunicación presentada en *III Semana de Mediação e Práticas Restaurativas do município de Petrópolis*.
- Calderón, G., Calvo, N. (2020) *Dos casos de éxito con el Círculo de las Emociones en ámbito educativo y deportivo* (Trabajo Fin de Curso del Experto Universitario en Prácticas Restaurativas). Universidad a Distancia de Madrid, Madrid, España

LA MEDIACIÓN Y LA NEGOCIACIÓN, DOS HERRAMIENTAS IMPRESCINDIBLES PARA LAS ORGANIZACIONES

Gemma Vall Carbonell
Bisaid, Barcelona, España

Introducción

El mundo ha sufrido un vuelco muy importante con la explosión de la pandemia provocada por el virus del SARS CoV-2, más conocida por el nombre de la enfermedad Covid-19, desde principios del año 2020.

En el mundo empresarial/organizacional y más en concreto en el ámbito del “management” y la gestión de las personas, ya estábamos transitando por un cambio de paradigma y con la emergencia de la pandemia este cambio se está acelerando. Estamos avanzando hacia una transformación del modelo organizacional tradicional, en el que la toma de decisiones se ubica en la cúpula directiva, a un modelo de organización democrático, donde todos los colaboradores dentro de una organización son escuchados y su voz es incorporada en todas las decisiones relevantes de la compañía, que les afectan a ellos.

La Mediación y la Negociación son dos procesos de gestión y de transformación de los conflictos que aplicados a las organizaciones acompañan y facilitan este cambio de modelo.

El objetivo de este trabajo de revisión y reflexión teórica es justificar la idoneidad de la Mediación y la Negociación como métodos de resolución de los conflictos aplicados al ámbito de las organizaciones en la nueva era postpandemia.

Idoneidad de la Mediación y la Negociación como métodos de resolución de conflictos en las organizaciones

Para Rodríguez (2020) venimos de un paradigma empresarial clásico centrado en buscar la pura acumulación de capital o beneficio empresarial sin ninguna pretensión de orden superior ni fin social (p. 26).

La crisis económica global que se inició en el 2008 con la caída del banco americano Lehman Brothers, ya fue un primer aviso de que no todo es aceptable en el mundo de los negocios y que el interés del sector empresarial de enriquecerse como su único fin no justificaba las malas prácticas empresariales que en esa crisis llevaron a miles de familias y ciudadanos a la miseria” (Rodríguez, 2020, p. 26).

En los últimos años hemos podido observar que están apareciendo nuevos modelos organizacionales centrados en mejorar la vida de las personas y en perseguir un bien común, más allá del propio enriquecimiento y acumulación de beneficios empresariales. El Beacon Institute (2016, como se citó en Rodríguez, 2020) afirma que las organizaciones de este nuevo modelo, están adoptando un rol activo a la hora de contribuir a hacer que el mundo sea mejor y se ubican como un partner de la sociedad a la hora de resolver problemas globales como son: el cambio climático, la sostenibilidad, el impacto medioambiental de los residuos, la desigualdad etc.

Según Best Management (2021) este nuevo modelo organizacional se caracteriza por un estilo de liderazgo participativo, abierto, colaborativo y menos jerárquico. La voz de todos los colaboradores es importante para la organización y se promueven los sistemas de trabajo adhocráticos en los que no existe una jerarquía, sino que todas las decisiones son tomadas colectivamente haciendo uso de las capacidades de cada equipo de trabajo, quienes de forma espontánea proponen y resuelven la solución de sus problemas.

También Best Management (2021) afirma que en este nuevo modelo el líder es un líder coach, que no controla tareas, sino que revisa los objetivos del equipo de trabajo, dota de recursos a las personas, tira emocionalmente de ellas y las forma y desarrolla para que alcancen los resultados que previamente han compartido y consensuado entre los distintos departamentos y equipos de trabajo.

A principios del año 2020 explota la pandemia de la Covid-19 y ante esta emergencia sanitaria global, estas nuevas tendencias empresariales se aceleran y al mismo tiempo se hacen más necesarias que nunca. La cultura de la colaboración, el diálogo, la solidaridad y el consenso es la que va a permitir a las organizaciones y a las personas que colaboran en ellas, el poder continuar su actividad profesional a pesar del confinamiento domiciliario y todas las restricciones sanitarias que nos impone la Covid-19. En esta cultura del diálogo encontramos, sin lugar a dudas, la Mediación y la Negociación, dos herramientas de transformación de los conflictos basadas en el diálogo, la colaboración y el interés colectivo antes que el individual.

Previamente a adentrarnos en el ámbito de la Resolución de los conflictos dentro de las Organizaciones, quiero hacer un paréntesis e introducir de qué manera la pandemia de la Covid-19 ha impactado y está impactando en las relaciones profesionales afectando a su calidad y consistencia.

A raíz del cambio tan disruptivo, provocado por la pandemia, se han transformado parte de los entornos de trabajo presenciales al formato online, transformándose a su vez el tipo de comunicación entre los colaboradores. Según Efthymiades (2020) una parte importante de la comunicación en los entornos virtuales es a través de email o de programas de videoconferencia. Además, la comunicación por email es menos rica en matices y aporta menos información que una comunicación presencial. También es una comunicación más proclive a generar malentendidos sobretodo en cuanto a la intencionalidad de la persona que escribe el mensaje. Efthymiades (2020) afirma que es importante en la comunicación por email contextualizar muy

bien el mensaje que se quiere enviar, ser cuidadoso con el tono utilizado al escribir mirando de que sea un tono amistoso y leer muy bien el texto del email antes de enviarlo, intentando imaginar la manera en que el receptor del mensaje puede llegar a interpretar las palabras del email.

Para Shields (2020) el mecanismo de la comunicación por videoconferencia es distinto al de la comunicación presencial. ¿Quién no se ha peleado con un programa de videoconferencia por la mayor dificultad que implica este canal a la hora de leer el lenguaje corporal de los interlocutores? O ¿quién no ha sufrido reiteradas interrupciones en medio de una reunión remota por problemas técnicos de conexión o del ordenador?

Delivering Happiness Spain (2021) afirma que todas estas cuestiones disminuyen la calidad de la comunicación y a la larga afectan a los vínculos profesionales y al sentimiento de pertenencia del colaborador a la organización.

Una vez hecho este inciso, quiero introducirme en el ámbito de la prevención y la transformación de los conflictos en las organizaciones, que es mi ámbito de conocimiento y especialidad, dentro de la consultoría a empresas.

Desde el inicio de la pandemia he observado que durante todo el tiempo de pandemia y a pesar de los cambios y adaptaciones tan repentinas que han tenido que hacer las personas en su puesto de trabajo, el nivel de conflictividad se ha mantenido en los niveles pre-pandémicos e incluso en algunos sectores empresariales ha disminuido. ¿A qué se debe esta estabilización o incluso disminución en el número de denuncias de acoso o conflicto dentro de las organizaciones, desde el principio de la pandemia hasta la actualidad? Recogiendo las impresiones de distintos interlocutores, todos ellos directivos o responsables de rrhh, o técnicos de prl o rrhh; las razones son variadas y distintas, dependiendo del sector empresarial de la organización.

En el sector empresarial esencial, que durante toda la pandemia no ha detenido su actividad económica y que una parte importante de su estructura ha continuado trabajando de forma presencial, el nivel de conflictos se ha mantenido porque a pesar del trepidante ritmo de trabajo que ha sufrido este sector, la colaboración y la cooperación entre las personas ha caracterizado su trabajo diario y su forma de relacionarse y comunicarse. También el sector esencial es un sector donde sus colaboradores no han querido ser un problema para su organización, en estos momentos tan delicados, y ante cualquier problema/conflicto ha prevalecido el compañerismo y la empatía en vez de la competición y la confrontación.

En el sector empresarial no esencial y que una parte importante de su estructura ha podido teletrabajar, el nivel de conflictos ha disminuido porque la no interacción directa entre las personas ha convertido el conflicto en invisible, ha hecho que éste no se manifestara y en otras ocasiones, a pesar de existir un conflicto, las personas han minimizado los efectos de ese conflicto en sus vidas porque estaban más preocupadas por otras cuestiones como la continuidad de su puesto de trabajo, la conciliación familiar-profesional o la seguridad sanitaria en su centro de trabajo. En definitiva, a las personas les ha importado menos no llevarse bien con su jefe o su compañero de trabajo, porque han existido otras necesidades por delante.

Ahora estamos viviendo esta situación de invisibilidad del conflicto por todas las razones comentadas, pero en el momento en que la pandemia se resuelva y los niveles de preocupación por las afectaciones de la Covid-19 en nuestras vidas desciendan, las diferencias con nuestro entorno profesional volverán a importarnos y tanto los líderes como las personas que conforman los equipos de trabajo van a necesitar herramientas de aproximación y de transformación de estas diferencias. La Mediación y la Negociación son dos opciones muy interesantes para poder dar salida a estas situaciones de desacuerdo dentro de las organizaciones, que la nueva era postpandemia nos va a traer.

Para introducir el concepto de Mediación en el ámbito de las organizaciones, según Doherty (2008):

La Mediación es un proceso estructurado donde un mediador imparcial facilita la comunicación entre las personas que están en desacuerdo con el fin de que puedan entenderse mejor y que puedan encontrar unas soluciones aceptables que mejorarán su relación profesional en el futuro. (p. 7)

El rol de mediador lo puede adoptar un profesional externo a la organización experto en la Mediación de los conflictos que se dan en las organizaciones o un colaborador de la organización que ha recibido una formación específica en Mediación y que puede asegurar su imparcialidad ante las partes y es visto por éstas como alguien neutral y que va a mantener en absoluta confidencialidad toda la información compartida a lo largo del proceso.

Los conflictos que se pueden mediar a través de la Mediación son desacuerdos entre colaboradores que les afectan en su ámbito de trabajo y que la causa de estas discrepancias tiene relación directa con cuestiones de índole personal, por ejemplo: choques de personalidad, distintos valores y mapas de la realidad, distintos estilos de comunicación, distintos intereses y necesidades de los colaboradores etc. Si el conflicto entre los colaboradores tiene unas causas relacionadas con componentes estructurales o culturales de la organización para la que trabajan, como por ejemplo una sobrecarga de trabajo, una indefinición de las responsabilidades de cada rol o un salario por debajo del convenio, en la Mediación se trabajará para llegar a acuerdos sobre cómo los colaboradores quieren continuar trabajando, manteniendo un respeto entre ellos pero estas causas estructurales y culturales muy probablemente no se resolverán en el proceso. El mediador, una vez terminada la Mediación, suele trasladar a la organización cuáles son estos componentes estructurales y culturales que han promovido la conflictividad entre los colaboradores, para que la compañía sea conocedora de ello y si quiere pueda subsanar estas fuentes de conflicto y así prevenir futuros conflictos.

Para introducir el concepto de la Negociación según Fisher et al. (1991): “La Negociación es un medio básico de conseguir de los demás aquello que usted desea. Es una comunicación de ida y vuelta diseñada para alcanzar un acuerdo, cuando usted y la otra parte comparten algunos intereses y tienen otros que son opuestos entre sí” (p.15).

Por otro lado, el método de la Negociación basada en los principios desarrollados en el proyecto de Harvard de Negociación según Fisher et al. (1991):

Sirve para decidir asuntos, cuestiones, temas, basándose en sus circunstancias en lugar de pasar por un proceso de regateo en que cada parte dice lo que hará y lo que no hará. Sugiere que, siempre que sea posible, busque usted los beneficios mutuos; y que cuando los intereses entren en conflicto, debe insistir en que el resultado se base en ciertas normas o criterios justos y que, además, sean independientes del deseo o la voluntad de cualquiera de las partes. El método de la negociación basada en los principios es duro con las circunstancias y blando con las personas. No emplea trucos ni poses afectadas. Le enseña la forma de obtener aquello a lo que usted tiene derecho sin dejar de ser honrado. Le permite ser justo mientras se protege contra aquellos que se aprovecharían de su honestidad. (p.16)

El rol de Negociador lo puede adoptar cualquier persona dentro de una organización que esté en desacuerdo con otro colaborador y que haya recibido una formación en Negociación, preferentemente de tipo colaborativo, como por ejemplo la del modelo de la escuela de negocios de Harvard.

Las discrepancias que se pueden resolver a través de la Negociación colaborativa son desacuerdos entre colaboradores que normalmente les afectan en su ámbito de trabajo y su rendimiento y que las causas de estos conflictos tienen relación directa con un componente interpersonal, al igual que los conflictos objeto de una Mediación. Si hay componentes estructurales o culturales de la organización que promueven el conflicto entre los colaboradores es probable que en la Negociación no se pueda acordar cómo resolver estas causas, pero sí que las partes podrán consensuar con quién hablarán o de qué manera van a trasladar a la organización su necesidad de que se subsanen estas fuentes que han promovido su conflicto.

Conclusiones

En el mundo postpandemia, las organizaciones van a necesitar dotarse de mecanismos de prevención y de transformación de los conflictos para hacer frente a una nueva era que traerá muchos cambios que ya se venían gestando y que la pandemia de la Covid-19 ha acelerado. Me estoy refiriendo a cambios como la digitalización, la democratización dentro de las organizaciones, la sostenibilidad y el cuidado del medio ambiente, por ejemplo. Las organizaciones de esta nueva realidad van a necesitar ser capaces de adaptarse a los cambios y al contexto a gran velocidad, así como van a tener que incorporar la voz del colaborador en todas las decisiones de la compañía que le afecten directamente. La cultura de la Mediación y la Negociación colaborativa de las diferencias es el resorte perfecto para ayudar a las organizaciones a transitar hacia esta nueva era y conseguir con éxito cumplir con sus objetivos empresariales.

Referencias

- Best management (2021, septiembre). *De la dirección por objetivos a los OKR: 7 claves para el cambio cultural*. Artículo. <https://www.bmbesthr.com/blog/de-la-direccion-por-objetivos-a-los-okr-7-claves-para-el-cambio-cultural>
- Delivering Happiness Spain (2021, septiembre, 23). *DHWEBINAR*. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=gZnxPgmMw8E>
- Doherty, N. y Guylar, M (2008). *Guide to workplace mediation & conflict resolution*. London, United Kingdom: Kogan Page.
- Efthymiades, A. (2020, Octubre, 15). *Three top tips to prevent, manage and resolve workplace conflict*. Real Business. <https://realbusiness.co.uk/prevent-manage-resolve-workplace-conflict>
- Fisher, R., Ury, W. y Patton, B. (1991). *Obtenga el sí el arte de negociar sin ceder*. Barcelona, España: Grupo Planeta.
- Rodríguez, V. (2020). *Propósito y valores*. Barcelona, España: Profit Editorial.
- Shields, A (2020, Mayo). *Remote conflict": What happens when teams work from home?* <https://www.personneltoday.com/hr/remote-conflict-teams-work-from-home-wfh/>

LA MEDIACIÓN CONCURSAL COMO HERRAMIENTA PARA EVITAR CONCURSOS DE ACREEDORES TRAS EL COVID-19

Karen Barriga Villavicencio
Universidad Rey Juan Carlos, España

Introducción

Superado ya “El año del coronavirus” se empieza a vislumbrar los efectos del parón de la actividad durante el confinamiento y el alcance de las medidas adoptadas con carácter de urgencia. A pesar de los intentos del legislador por mitigar los daños, lo cierto es que a la crisis sanitaria le seguía una gran crisis social y económica, pues, el desplome de la economía trajo consigo graves consecuencias para el tejido empresarial, el empleo y las familias.

En este contexto de crisis económica era imprescindible atender a las necesidades de los empresarios y las familias, para con ello mantener una estabilidad mientras dura la situación de emergencia sanitaria y poder recuperar la normalidad en una era pos- COVID-19. Desde que se decretó el estado de alarma se han ido creando y actualizando nuevas normas paliativas, especiales y transitorias para hacer frente a la situación de crisis. Las medidas de carácter económico buscaban dar soluciones a las situaciones de sobreendeudamiento, cesación de pagos e insolvencia, para una efectiva recuperación y reactivación del deudor y de la economía y, al mismo tiempo para evitar la saturación de la Administración de Justicia ante un aluvión de declaraciones de concurso (Seijo-Fernández, 2021).

Evitar el colapso de los juzgados por el aumento exponencial de los conflictos de insolvencia pasa por agilizar herramientas extrajudiciales idóneas y fomentar el uso de mecanismos pre- concursales que promuevan la recuperación de una forma práctica y eficaz al deudor. En nuestro ordenamiento jurídico los institutos pre- concursales se encuentran regulados en la propia ley concursal, luego, aunque estemos hablando de herramientas pre- concursales es inevitable su vinculación a la normativa concursal (Pulgar-Ezquerro, 2020)

Una de las instituciones pre-concursales por la que aboga el legislador es el AEP/ Mediación Concursal. Un mecanismo mediante el cual, el deudor en una situación de insolvencia actual o inminente pretende alcanzar un acuerdo con sus acreedores asistido por un mediador concursal. Esta figura no ha estado exenta de controversias, mucho se ha debatido sobre si la mediación concursal es una verdadera mediación y si es plenamente concursal. Al margen de estas controversias, lo cierto es que sí que estamos ante una solución extrajudicial de carácter negocial, que atiende a un conflicto

específico y que pretende dar una solución al margen de la sede concursal (Vivero de Porras, 2015).

Hoy por hoy, las estadísticas arrojan datos preocupantes sobre la gestión de los conflictos de insolvencia, a pesar de que la recuperación de la economía se está produciendo, el impacto que ha tenido la pandemia ha sido demasiado intensa como para prever una recuperación a corto plazo. Como señalan los expertos todo parece indicar que finalizada la moratoria concursal las estadísticas concursales pueden llegar a dispararse.

Más allá de facilitar el acceso a las herramientas pre-concursales, como el AEP/ Mediación Concursal, los datos señalan que el problema no es solo que se alcancen acuerdos a través de esta figura si no, sobre todo, que se mantengan y se cumplan. En ese sentido, las reformas también han venido a facilitar la posibilidad de introducir modificaciones en acuerdos previos ya alcanzados. A pesar de esto, uno de los objetivos de las futuras reformas debe ser garantizar la viabilidad y el cumplimiento de los acuerdos alcanzados a través de esta figura.

Discusión

Desde que se decretó el estado de alarma en nuestro país por la pandemia, el legislador ha venido adoptando una serie de medidas que afectan a diversos ámbitos, sobre todo económicas y sociales, para mantener una cierta estabilidad económica y prevenir la insolvencia de las personas físicas y jurídicas, y así evitar un aluvión de concursos de acreedores. Tal coyuntura ha ocasionado que coexistan normas ordinarias y extraordinarias en materia concursal.

Las medidas fueron inmediatas. Siguiendo un orden cronológico, con la entrada en vigor del RD 463/2020, de 14 de marzo se declara el estado de alarma en todo el territorio nacional y ello provocó que se suspendieran todas los plazos procesales y administrativos, con carácter general, lo cual supuso que se congelen en el tiempo estas actuaciones, para reanudarse cuando la situación de emergencia sanitaria lo permita. En particular, el Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, que en el Capítulo V, bajo la rúbrica « Otras medidas de flexibilización» estableció entre otros asuntos, la suspensión del plazo para que el deudor que se encuentre en estado de insolvencia no tenga el deber de solicitar la declaración de concurso (ex art 43 del RD-Ley 8/2020), lo que suponía una alteración al funcionamiento ordinario del procedimiento concursal, eximiendo por tanto, al deudor del deber de solicitar la declaración de concurso dentro de los dos meses siguientes a la fecha en la que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia y mientras esté vigente el estado de alarma. A mismo tiempo, la norma señalaba que los jueces, mientras no haya transcurrido dos meses desde la finalización del estado de alarma no admitirán a trámite solicitudes de concurso necesario, ni los que se hubieren presentado durante el estado de alarma, ni los que se presenten en los dos meses posteriores a su finalización. Este RD no contempló ninguna medida para los AEP. El

objetivo de estas normas es evitar que la insolvencia temporal del deudor, siempre que sea viable, le lleve a una insolvencia definitiva y a cumplir con el presupuesto objetivo del concurso.

Según avanzaba el escenario de emergencia, se iban adoptando nuevas medidas. El Gobierno publicó el RD-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia derogando el art. 43 del RD-Ley 8/2020 anteriormente mencionado, para aclarar y ampliar las medidas ya instauradas. Esta norma matiza que la suspensión del deber del deudor de solicitar el concurso tendrá de alcance hasta el 31 de diciembre de 2020, así como la prohibición de admisión a trámite de concursos necesarios hasta dicha fecha, pero permitiendo que continúen por los cauces procesales normales los concursos voluntarios y las negociaciones de los AEP y Acuerdos de Refinanciación. Aquí además la norma señalaba que se podían renegociar los acuerdos alcanzados a través de un AEP, evitando así su posible incumplimiento y su caída en concurso. El objetivo aquí es claro; agilizar la tramitación de los institutos pre-concursales, ya no solo para evitar el concurso sino también para que éstos sirvan de herramientas efectivas ante la inminente crisis (Gallego, 2019).

Es de destacar que en este contexto de crisis sanitaria entre en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, que entró en vigor el pasado 1 de septiembre de 2020 y que tiene como objetivo refundir, armonizar, clarificar y ordenar la legislación concursal (que ha tenido hasta 29 modificaciones desde su aprobación en el año 2003) y que como señala su propio preámbulo, la preparación de la norma para la trasposición de la Directiva 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sentando «la base idónea para acometer de forma ordenada, clara y sistemática esa inexcusable trasposición, tarea que, ya de por sí misma reviste extraordinaria dificultad». Esta norma dedica el Libro II: De derecho pre-concursal (arts. 583 a 720) a los institutos pre-concursales. A pesar de que el nuevo texto refundido de la Ley Concursal ciertamente mejora la interpretación de esta, no incluye las reformas necesarias, como las ya señaladas en la Directiva de Insolvencia. Por este motivo se precisará de una regulación adicional que recoja en profundidad las normas pre-concursales y concursales con medidas estructurales acordes a la realidad del momento (Ramos-Esteban, Cabanas-Trejo, y Rivas-Ruiz, 2021).

Con la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, se adaptaron las medidas ya mencionadas al texto concursal, manteniendo el criterio de la suspensión de la obligatoriedad de declarar el concurso voluntario hasta el 31 de diciembre de 2020 haya o no comunicado al juzgado competente la apertura de negociaciones con los acreedores para alcanzar un acuerdo de refinanciación, un AEP- o adhesiones a una propuesta anticipada de convenio. Estas medidas se confirmaron en el Decreto-Ley 34/2020, de 17 de noviembre, de medidas urgentes de apoyo a la insolvencia empresarial y al sector energético y en materia tributaria, ampliando hasta el

14 de marzo de 2021 la suspensión del deber de solicitar la declaración del concurso de acreedores, así como la obligación del juez de admitir a trámite las solicitudes de concurso necesario presentadas por los acreedores.

Por último, la norma en vigor que ha venido a complementar y derogar parcialmente las anteriores es el Real Decreto Ley 55/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, que amplía hasta el 31 de diciembre de 2021 la moratoria concursal y el plazo para renegociar un AEP y- fija tres marcos de actuación: la llamada “Línea COVID” de ayudas directas a autónomos y empresas para frenar su endeudamiento; Flexibilidad en la reestructuración financiera y mayor acceso a los fondos de recapitalización de empresas afectadas por el COVID-19. El propósito de esta norma no es otro que el de reactivar la solvencia de las personas deudoras para que se recupere la maltrecha economía.

Ahora bien, a pesar de los esfuerzos del legislador por dotar de medidas de índole social y económica con carácter extraordinario y urgente para mitigar los daños y frenar la pandemia, lo cierto es que las consecuencias económicas están siendo devastadoras. A finales del año 2020, los principales indicadores económicos alertaron de una recesión. Según los datos del Instituto Nacional de Estadística, el producto interior bruto (PIB) de 2020 registró un descenso del 10,8%, suponiendo uno de los mayores retrocesos de nuestra historia en tiempos de paz. En el ámbito de la insolvencia, las estadísticas concursales no son nada alentadores y muestran un aumento del 41% respecto de 2019. Cifras que, a pesar de ser alta, no reflejan la realidad de la insolvencia en España debido a la moratoria concursal en vigor. Según las cifras que ofrece el Colegio de Registradores, en España a junio de 2021 (los datos más recientes) se ha declarado un total de 4.925 concursos de acreedores, de los cuales 2.564 corresponde a personas jurídicas y 2.361 corresponden a personas físicas.

Debido a la moratoria concursal las declaraciones de concursos se deben a tres causas: La primera, declaraciones de concursos voluntarias (a pesar de existir la suspensión de la obligación de la declaración). La mayoría de estos concursos voluntarios responden a la declaración de concurso de personas físicas que buscan acogerse al Beneficio de la Exoneración del Pasivo Insatisfecho o Segunda Oportunidad. La segunda, concurso que empezaron a tramitarse antes de la pandemia y de la declaración del estado de alarma y que aún estaban pendientes y la tercera, las declaraciones de concurso que se iniciaron durante los meses en los que la norma permitió la admisión a trámite de concursos necesarios a consecuencia de incumplimientos de AEP y acuerdos de refinanciación (entre el 31 de octubre de 2020 - y el 31 de enero de 2021).

Aunque estas estadísticas no distinguen entre concursos necesarios a consecuencia de la segunda o tercera causa, podemos deducir que la mayoría de los 712 concursos necesarios son consecuencia del incumplimiento de AEP y convenios. Esto pone de manifiesto la importancia de implementar medidas encaminadas a apuntillar los acuerdos alcanzados a través de mediación concursal, puesto que la dificultad no está solamente en que dichos acuerdos

sean alcanzados, sino en que los acuerdos sean realmente viables, flexibles y no tengan por objeto postergar un concurso de acreedores inexorable.

Como podemos ver, los datos anteriores auguran un panorama preocupante en relación con las insolvencias en España. Si bien las medidas anteriormente tratadas tienen un carácter transitorio y están enfocadas a abordar esta problemática de manera urgente, durante el tiempo que dura la pandemia, son también necesarias reformas estructurales a largo plazo en materia de insolvencia, principalmente aquellas que tienen por objeto reforzar los institutos pre- concursales. En este sentido la ya mencionada Directiva de Insolvencia, que tendrá que ser transpuesta de manera inminente, juega un papel primordial en el futuro de estas instituciones ya que tendrá que reflejar la realidad del tiempo en el que vivimos.

La futura norma de trasposición de la Directiva se encuentra en fase de consultas públicas. Las principales novedades que pretende introducir estas normas son: activar herramientas de alerta temprana que permita a los deudores advertirles de la posibilidad de llegar a una situación de insolvencia para que puedan llevar a cabo en tiempo y forma las actuaciones oportunas. Facilitar marcos de reestructuración preventiva concursal a través de la negociación. Activar pruebas de viabilidad como requisito de accesibilidad a los procedimientos de reestructuración, o Recoger datos estadísticos relativos a los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas. Estos objetivos de la norma son ciertamente ambiguos, la clarificación de estos será labor del legislador. En tal sentido, el trámite de consulta pública pone de manifiesto cuales son las principales inquietudes que se presentan respecto de la futura regulación. Se plantean, por ejemplo, en qué circunstancias se activarán las alertas, en qué van a consistir, cuál será el régimen de publicidad de las alertas (que sean públicas o no puede afectar la reputación del deudor), el papel de las administraciones públicas...etc.

Ahora bien, una vez más, la futura norma deja en el tintero, temas de gran calado en materia pre- concursal. En lo que respecta al AEP, la Directiva no ha despejado con contundencia las dudas que surgen respecto de la consideración de la mediación concursal como mediación y su naturaleza jurídica en el marco de un procedimiento de insolvencia (Albiñana-Sendra, 2021). Tampoco aborda uno de los problemas más evidentes, tal y como hemos señalado en párrafos anterior, y es el derivado del incumplimiento de los AEP y su consecuente derivación al concurso. Aunque las causas pueden ser muy complejas, la tasa de cumplimiento de los acuerdos alcanzados por AEP/ mediación Concursal es notablemente más baja que los alcanzado a través de la mediación en otros ámbitos. Lo que pone de manifiesto que el problema no deriva de la institución de la mediación en sí, sino de su traslado y articulación en el ámbito concursal.

Para finalizar realizaremos una serie de conclusiones.

La pandemia del COVID-19 ha ocasionado una crisis sin precedentes en todos los ámbitos y sus consecuencias hoy por hoy aún son imprevisibles. La gestión de esta crisis fue inmediata, se decretaron medidas legislativas especiales y transitorias para moderar los efectos negativos. Estas medidas han sido especialmente significativas en el plano económico, ya que gestionar

los estados de insolvencia de las personas físicas y jurídicas supone una garantía de reactivación de la economía.

Por ello, la moratoria concursal podemos entenderla como una medida necesaria para superar la fase más cruda de la pandemia, pero no tiene sentido que se prorrogue más allá del 31 de diciembre del 2021, atendiendo a que nos encontramos ya en un escenario 2 en el que la economía se está recuperando gradualmente y, por tanto, es imprescindible que se permita superar plenamente este estadio.

Atender a las dificultades económicas de los deudores a través de herramientas extrajudiciales como los AEP puede ser eficaz para superar la difícil situación actual de falta de liquidez focalizada en el tiempo, permitiendo su recuperación. Para evitar el incumplimiento de los AEP puede establecerse un margen de tiempo para poder renegociar este posible acuerdo volviendo a analizar la viabilidad de este antes de que se vea abocado al concurso de acreedores y liquidación.

El impacto de estas medidas desarrolladas solo podremos valorarlas cuando volvamos a las circunstancias ordinarias, sólo así se podrán analizar los datos y considerar si han sido suficientes. Luego, no será hasta, por lo menos, el primer trimestre del 2022 cuando los indicadores económicos y judiciales indiquen verdaderamente la magnitud de la crisis.

Referencias

- Albiñana-Sendra, A. (2021). El futuro del acuerdo extrajudicial de pagos: La directiva comunitaria 2019/1023. En C. Gómez-Asensio (Dir.) *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023* (pp.125-139). Madrid. España: Aranzadi Thomson Reuters.
- Gallego, E. (2019) Institutos Pre-concursales: El acuerdo extrajudicial de pagos. En J. Pulgar-Ezquerro (Dir.) *Manual de derecho concursal* (3a ed., pp. 125-147). Madrid. España: Wolters Kluwer.
- Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia (2020). *Boletín Oficial del Estado*, 250, 79102-79126. <https://www.boe.es/eli/es/l/2020/09/18/3>
- Pulgar-Ezquerro, J. (2020). Concepto, función y significado del derecho concursal. En J. Pulgar-Ezquerro (Dir.) *Manual de derecho concursal* (3a ed., pp. 33-63). Madrid. España: Wolters Kluwer.
- Ramos-Esteban, L.M., Cabanas-Trejo, R., y Rivas-Ruiz, A. (2021). El acuerdo extrajudicial de pagos en el Texto Refundido de la Ley Concursal y en la práctica reciente, *Revista General de Insolvencias & Reestructuraciones*, 1, (sec.23, pp. 411-413)
- Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo (2020). Medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19. *Boletín Oficial del Estado*, 73, 25853-25898. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/03/17/8/con>

- Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (2020). Aprobación del texto refundido de la Ley Concursal. *Boletín Oficial del Estado*, 127, 31518-31706. <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2020/05/05/1>
- Real Decreto-ley 34/2020, de 17 de noviembre (2020). Medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria. *Boletín Oficial del Estado*, 303, 100489-100523. <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2020/11/17/34/con>
- Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo (2021). Medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19. *Oficial del Estado*, 62, 29126-29168. <https://www.boe.es/boe/dias/2021/03/13/pdfs/BOE-S-2021-62.pdf>
- Seijo-Fernández, J. M. (2021). Los supuestos "atípicos" del acuerdo extrajudicial de pagos y sus consecuencias. En C. Gómez-Asensio (Dir.) *La insolvencia del deudor persona natural ante la transposición de la Directiva 2019/1023*. (pp. 113-124). Madrid, España: Aranzadi Thomson Reuters.
- Vivero de Porras, M.C., (2015): *Los Acuerdos Extrajudiciales de Pagos en procesos de insolvencia. Procedimiento y Tramitación*. Tesis Doctoral, Universidad Nacional de Educación a Distancia. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Mcvivero/DE_VIVERO_DE_PORRAS_Carmen_Tesis.pdf

DERECHO PRECONCURSAL EN LA REFORMA DE 2021: EL EXPERTO EN REESTRUCTURACION Y EL MEDIADOR CONCURSAL

Francisco de Asís González Campo y José Luis Argudo Pérez
Universidad de Zaragoza, España

Introducción

El 1 de septiembre de 2020 entró en vigor el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal (en adelante, LC). Dicha norma entra en vigor –y es pronta y sucesivamente modificada según se verá– en un año trágicamente señalado por la pandemia de COVID-19 causada por el coronavirus SARS-CoV-2 que, junto al más lesivo efecto producido sobre la vida y salud de las personas, ocasionó una profunda crisis económica cuya duración continúa en la actualidad. Por tal motivo se promulgaron diversas normas sustantivas y procesales que, en lo que ahora afecta, configuraron un *derecho paraconcursal y concursal de emergencia* basado, en síntesis, en tres ejes: la conservación de la continuidad económica de las empresas, la potenciación de la financiación de las empresas en crisis, y medidas de agilización procesal tendentes a evitar el colapso de los órganos judiciales mercantiles (Sánchez y Flores, 2021; Pulgar, 2021).

Así, se dictaron el *Real Decreto-ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales;* la *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia* - a su vez modificada por los siguientes textos posteriores-; el *Real Decreto-ley 34/2020, de medidas urgentes de apoyo a la solvencia empresarial y al sector energético, y en materia tributaria;* y, finalmente, el *Real Decreto Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19;* modificado, a su vez, entre otras normas, por el *Real Decreto-ley 6/2021, de 20 de abril, por el que se adoptan medidas complementarias de apoyo a empresas y autónomos afectados por la pandemia de COVID-19* y por el *Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas económicas para apoyar la recuperación,* que, entre otras disposiciones, prorroga la referida moratoria concursal hasta el 30 de junio de 2022.

Se trata de un conjunto de normas dictadas a efectos de introducir una serie de medidas encaminadas al apoyo de la solvencia empresarial conocida como *moratoria concursal* que, en la actualidad, supone la exención del deber del deudor que se encuentre en estado de insolvencia de solicitar la declaración de concurso, la no admisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario que presenten los acreedores así como el cómputo del *dies a quo* para solicitar la declaración de concurso voluntario desde la finalización del plazo de suspensión de dicho deber -dos meses- (disposición final séptima RD Ley 5/2021), así como el otorgamiento de plazos para la modificación de convenios, acuerdos extrajudiciales de pago y acuerdos de refinanciación ya aprobados que, en principio, se extendía hasta el 31 de diciembre de 2021, habiendo sido, luego, como ya se dijo, objeto de prórroga hasta el 30 de junio de 2022. Su finalidad tiende a otorgar a las empresas viables, pero en situación económicamente comprometida por la crisis generada por la pandemia, un plazo que les facilite la recuperación de operaciones y rendimientos y su reequilibrio patrimonial a fin de no incurrir en el concurso. Desde otra perspectiva, se contribuye a evitar los efectos en los órganos judiciales derivados de un exponencial incremento de tales solicitudes de concurso que, en la práctica, haría inviable su tramitación en los plazos legales previstos.

El 4 de agosto de 2021, pese a dicha escasa vigencia de la norma concursal y de los citados regímenes legales excepcionales dados por la coyuntura pandémica, se anunció, por el Ministerio de Justicia, el trámite de audiencia e información pública –con plazo para aportación de alegaciones hasta el 25 de agosto de 2021- de la reforma de aquella ley concursal a través de dos textos: el *Anteproyecto de ley de reforma de la referida ley concursal* y el *Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial* por ocasión, señalaba, de la transposición al derecho español de la *Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)*.

Posteriormente, se aprobó el *Real Decreto-ley 27/2021, de 23 de noviembre, por el que se prorrogan determinadas medidas para apoyar la recuperación económica*, a cuyo efecto, con régimen distinto del previsto en el Real Decreto ley 3/2020, se modifica el artículo 6 (“régimen especial de la solicitud de declaración del concurso de acreedores”) y el apartado 1 del artículo 13 (“suspensión de la causa de disolución por pérdidas”) de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia. Continúa con la misma finalidad de anteriores normas de otorgar seguridad jurídica hasta la vigencia de la reforma concursal y auxilio económico a las empresas; la ampliación referida se amplía hasta el 30 de junio de 2022 de modo que, salvo nuevas prórrogas, hasta esa fecha, continúa vigente la suspensión del deber del deudor de solicitar –voluntariamente, en tanto la norma no prohíbe la misma- concurso de acreedores, así como la tramitación de las solicitudes de concurso necesarios presentadas desde el 14 de marzo de 2020– fecha de declaración del primer estado de alarma por motivo de la

referida pandemia-; tras dicha fecha, recobrará vigencia el deber de solicitar el concurso disponiendo el deudor de dos meses a tal fin.

Finalmente, el 21 de diciembre de 2021, el Consejo de Ministros aprobó:

- El *Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil* (en adelante, PRLOPJ), respecto del que, en orden a su tramitación parlamentaria, se encomendó Dictamen por el procedimiento de urgencia a la Comisión de Justicia. Asimismo, publicar en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, con plazo de enmiendas, por un período de ocho días hábiles luego ampliado hasta el 16 de marzo de 2022; y,
- El *Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia)* (en adelante, PLRLC), respecto del que, en orden a su tramitación parlamentaria, se encomendó su aprobación con competencia legislativa plena y por el procedimiento de urgencia, con plazo de enmiendas de ocho días hábiles, luego ampliado hasta el 16 de marzo de 2022.

Con dicho proyecto se produce un notable cambio en el régimen de prevención y resolución de conflictos de insolvencia (derecho preconcursal y mediación concursal) pues el artículo 187 del Proyecto “modifica el Libro segundo, integrado por los artículos 583 a 685, con la siguiente rúbrica y contenido” (“Libro segundo. Del Derecho preconcursal”). Se reforma, pues, un texto –la vigente ley concursal- que, a fecha de tal proyecto, ha gozado de escasa vigencia y cuya reforma requiere de su detallado estudio en tanto que el vigente texto contiene todo un sistema de derecho preconcursal tendente a facilitar dicha prevención y solución de conflictos del que se proyecta una completa modificación.

El Derecho preconcursal como prevención del conflicto y la segunda oportunidad como resolución del mismo

El *Derecho preconcursal* concilia la autonomía de la voluntad con los intereses y conflictos concursales. Gestiona –y, en su caso, resuelve- el conflicto desde una doble perspectiva: el surgido entre el deudor y sus acreedores y el conflicto entre los propios acreedores o, incluso, con otros intervinientes; pretende anticiparse a sus efectos con un principio de intervención mínima evitando incurrir en el procedimiento concursal, siendo, por ello, también, *derecho preprocedimiento concursal* (Garcimartín, 2020) y considerando al deudor partícipe en la gestión del conflicto en tanto “es deudor no desapoderado”

(art. 5 bis Directiva (UE) 2019/1023) de modo que el deudor que inicie un procedimiento dirigido a la reestructuración como medida alternativa a la liquidación, no debe ser desapoderado de su patrimonio y debe mantener la gestión y control sobre su empresa, si bien, según el caso empresarial o insolvencia concreta, con determinadas cautelas y restricciones (Fernández-Pérez, 2020).

En el Derecho preconcursal se engloban un conjunto de institutos jurídicos tendentes a evitar la insolvencia o, dada la misma, sus negativos efectos económicos y sociales, así como la solicitud y declaración del concurso de acreedores. Pese a su eficacia para la prevención y gestión del conflicto concursal, fue objeto de tardía incorporación en la ley concursal y las reformas habidas superan tal finalidad preconcursal. Se configura dicho derecho preconcursal –en la ley concursal vigente– a través de dos instrumentos preconcursales: el *acuerdo de refinanciación* y el *acuerdo extrajudicial de pagos*. Ambos de carácter conservatorio, pactado y extrajudicial, pues tales instrumentos persiguen el mantenimiento de la actividad, mediante el acuerdo (convenio o acuerdo de acreedores o acuerdo con los acreedores financieros, según sea el acuerdo extrajudicial de pagos o el acuerdo de refinanciación, respectivamente) entre acreedores y deudores y de que los mismos se dan, ante determinados operadores jurídicos y fuera del procedimiento concursal con intervención de persona ajena al Juzgado –el mediador concursal– (Fernández, Blanco y Díaz, 2016); pero, también, limitado en su inicial previsión, pues, en la regulación dada al acuerdo extrajudicial de pagos en la Ley 14/2013, se aprecia un “importante límite al principio de la autonomía de la voluntad de las partes” al introducir determinadas sanciones para el caso de fracaso o incumplimiento del citado acuerdo (Enciso, 2014).

Para la consecución de ambos se prevé la *apertura de negociaciones* con los acreedores para cuyo buen fin se establece, como mecanismo de protección de las mismas, la *comunicación* de las mismas al órgano judicial (art. 583 LC). En efecto, las reformas legales iniciadas por el Real Decreto Ley 3/2009 y seguidas por la Ley 38/2011, Ley 14/2013 y Real Decreto Ley 4/2014, 11/2014 y 1/2015 –luego Ley 25/2015– configuran, mediante los referidos instrumentos preconcursales, un Derecho preconcursal cuya finalidad es el mantenimiento y viabilidad de la empresa y la reducción del coste de la reestructuración en aras de evitar el cese de la actividad, los despidos laborales y, con ello, la solicitud de concurso. Su eficacia queda sometida a la incertidumbre del tardío momento en que se introduce en nuestro ordenamiento con respecto al inicio de la recesión de 2007 (Paniagua, 2020). Tales negociaciones constituyen medio instrumental para alcanzar dichos acuerdos si bien el régimen del artículo 583 LEC contempla un supuesto (inicio de la negociación con los acreedores para alcanzar la obtención de adhesiones suficientes para presentar, junto con la solicitud de concurso, una propuesta de anticipada de convenio) que, “en rigor” no puede contemplarse como medio para evitación del concurso. Como también cabe utilizar la comunicación de negociaciones para la preparación de determinadas operaciones sobre los activos de la empresa (pre-pack concursal) (Sánchez y Flores, 2021). Cabe considerar, a juicio de Moya (2018), la mediación

concurstal dentro de tal derecho preconcursal como instrumento *preventivo* para evitar el concurso de acreedores.

La reforma ahora proyectada supone, sin embargo, una completa modificación del vigente Derecho preconcursal configurado de modo sistemático en el Libro II de la ley concursal que, manteniendo la rúbrica del vigente Libro II (Del Derecho preconcursal), modifica tales institutos preconcursales mediante nuevas figuras y, en sí, con expresa supresión de la mediación concursal. En su virtud, se contendrán cinco títulos: presupuestos subjetivo y objetivo del *precurso* (Título I), la *comunicación de la apertura de negociaciones con los acreedores* (Título II) que, ahora, lo será ya para obtener un *plan de reestructuración* como nueva figura sometida a aprobación y homologación judicial (Título III), a cargo de un profesional – el *experto encargado de la reestructuración*– (Título IV) con un régimen específico para deudores que no alcancen determinados umbrales (de trabajadores empleados, volumen de negocios y naturaleza del deudor –en tanto la previsión del Libro III para las microempresas–) a efectos de facilitar el uso de las herramientas preconcursales (Título V). En este sentido, el proyectado artículo 682 señala que dicho régimen especial se aplicará a las personas naturales o jurídicas respecto de las que se acredite, en el balance del año anterior a la comunicación u homologación, que el número medio de trabajadores empleados no es superior a cuarenta y nueve personas, que su volumen anual no es superior a los diez millones de euros, que no pertenezca a grupo obligado a consolidar y, finalmente, que el deudor no tenga la condición de microempresa ni esté sujeto al procedimiento especial del Libro tercero. En efecto, el Libro tercero prevé el denominado procedimiento especial para microempresas previsto para personas naturales o jurídicas con una media de menos de diez trabajadores y un volumen anual o pasivo inferior a dos millones de euros.

El mencionado Título I recoge los *presupuestos del precurso* a cuyo efecto, señala, en los futuros artículos 583 y 584 LC, respectivamente, el presupuesto subjetivo y objetivo del mismo. La primera de las cuestiones que resulta de relieve es la extensión del ámbito subjetivo de la norma en tanto permite que, tanto la comunicación de apertura de negociaciones como la solicitud directa de homologación de un plan de reestructuración, sean realizadas sean realizadas por cualquier persona natural o jurídica empresarial o profesional –sin excluir, por tanto, al consumidor– (art. 583 LC): y su asociación a unos tasados presupuestos objetivos: la situación de insolvencia *probable, inminente o actual*, que es, en redacción que mejora la inicial del Anteproyecto, que “existe probabilidad de insolvencia cuando sea objetivamente previsible que, de no alcanzarse un plan de reestructuración, el deudor no podrá cumplir regularmente sus obligaciones que venzan en los próximos dos años” (art. 584 LC en redacción del PLRLC).

Junto a lo señalado, en lo relativo a la exoneración del pasivo insatisfecho, se mantienen determinadas excepciones subjetivas (antecedentes penales por determinados delitos, sanciones tributarias o sociales, concurso culpable y falsedad o fraude en la solicitud, ex art. 487 LC en redacción dada por el PLRLC), así como para todos aquellos que se encuentren dentro del

ámbito del nuevo *procedimiento especial para microempresas* previsto en el art. 188 PLRLC¹ que crea un nuevo Libro III sobre dicho procedimiento y que, conforme al proyectado artículo 687 LC deberá tramitarse por medios electrónicos lo que debe entenderse positivo en tanto, a falta de previsión en el texto, su desarrollo posterior se incardine en las directrices y requisitos previstos de la Administración de Justicia electrónica señalados en la Ley 18/2011 –reformada, entre otras, por la Ley 3/2020 antes señalada- sin perjuicio del escaso contenido o regulación previsto mediante la genérica remisión a los actos y resoluciones electrónicos de dicho artículo 687 y de la novedosa *plataforma electrónica de liquidación de bienes*².

En definitiva, ante la insolvencia del deudor, el Derecho Preconursal se configura ahora a través de la *comunicación de apertura de negociaciones* o la *homologación de un plan de reestructuración*. Se trata dicho plan de la principal novedad en tanto que supone la desaparición de las actuales instituciones concursales vigentes (los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago) y al mismo conducirá también la señalada comunicación de apertura de negociaciones que se prevé con finalidad moratoria y de suspensión temporal de ejecuciones a fin de facilitar tales negociaciones tendentes a continuar con la actividad.

Dicho nuevo contexto de *reestructuración* descansa sobre la probabilidad o acreditación de *insolvencia* –situación ya señalado anteriormente– y se gradúa sobre tres estadios secuenciales pues la “probabilidad de insolvencia es un estado previo a la insolvencia inminente y ésta un estado previo a la insolvencia actual”, dándose, al efecto, la antes reproducida definición legal (art. 584 LC en redacción del PLRLC). La finalidad de tal previsión es la de ampliar la protección del deudor a mecanismos previstos en dicho régimen del Derecho Preconursal, pues la insolvencia inminente o insolvencia actual son meritorias de la situación concursal (Apartado III de la Exposición de Motivos PLRLC). Dichos estadios se reflejan también en la reforma del artículo 589.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Disposición final quinta PLRLC) a efectos de que el deudor ejecutado, incurso en cualquiera de tales tres estadios, pueda iniciar negociaciones con los acreedores para alcanzar tal plan de reestructuración con paralización de las ejecuciones en trámite. En su virtud, se establece, también, un límite temporal a la reestructuración señalada: que su situación de insolvencia, incluso actual, hubiera conllevado la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario.

El plan de reestructuración, regulado en el nuevo Título III, supone un amplio ámbito de la autonomía de la voluntad al preverse, entre otras,

¹ El artículo 188 PLRLC introduce *ex novo* un Libro Tercero al desplazar el actual Libro III como Libro IV y prever un nuevo *procedimiento especial para microempresas* comprensivo de dicho nuevo Libro III y nuevos artículos 685 a 720 LC en redacción dada por PLRLC, previsto como procedimiento de insolvencia único para personas naturales o jurídicas que lleven a cabo una actividad empresarial o profesional con media de menos de 10 trabajadores, o volumen de negocio anual inferior a dos millones de euros o un pasivo inferior a dos millones de euros según las últimas cuentas cerradas en el ejercicio anterior a la presentación de la solicitud (art. 685 TRLC en redacción del PLRLC).

² La Disposición adicional segunda del Proyecto contempla el desarrollo, en seis meses, de la referida *plataforma electrónica de liquidación de bienes procedentes de procedimientos especiales de liquidación* y señala sus características y contenido mínimo.

por una parte, la designación del *experto en la reestructuración*, cuando proceda imperativamente o a instancia de las partes. Y, por otra, una escasa intervención del órgano judicial como así ocurre en el control de la clasificación de créditos o principalmente para la homologación del plan aprobado -que podrá serlo con o sin contradicción entre las partes en línea-; lo que, a su vez, ya fue objeto de propuesta en la doctrina a fin de una mayor participación de acreedores en dichos acuerdo pues, si bien con respecto a los acuerdos de refinanciación, y con acomodo a la Directiva de insolvencia, ya se señaló, para superar los obstáculos advertidos en la práctica, la necesidad de adoptar dicho doble sistema de homologación e intervención judicial (Sancho, 2020).

Finalmente, en cuanto al ámbito concursal y el reconocimiento de la segunda oportunidad del deudor, la exoneración del pasivo insatisfecho se reforma y se modifica el concurso de acreedores. Así, se reconduce a una doble situación según conste la existencia –o no- de bienes (concursos sin masa) y de que pueda darse con –o sin- liquidación previa del patrimonio del deudor. Así, cabrá que, en caso negativo, se pueda obtener, sin el vigente acuerdo extrajudicial de pagos, la exoneración inmediata—si bien se mantiene la posibilidad de revocación en caso de fraude o mejor fortuna en plazo de tres años- mediante auto declarando el concurso sin más pronunciamiento; o, de no ser tal el caso, también la exoneración sin liquidación de patrimonio y con un plan de pagos (de hasta tres años ampliable a cinco años cuando no se enajene la vivienda habitual) de deudas exonerables que permitirá la conservación de la vivienda habitual y otros activos. Como también, la exoneración con liquidación de la masa activa y la exoneración con plan de pagos que, en caso de ser provisional, podrá convertirse en exoneración con liquidación. Sin embargo, se mantiene la no exoneración de los créditos públicos (Hacienda Pública o Seguridad Social) si bien, en el texto del proyecto, se permite dicha con un límite de mil euros y solamente en la primera solicitud de exoneración, no así en segundas o ulteriores. Se mantienen la prohibición de exoneración para quienes hayan incurrido en concurso culpable o derivación de responsabilidad con tales Administraciones Públicas.

Reforma Orgánica y Procesal

A la vez que la proyectada reforma concursal, se prevé –y se presenta como texto- la reforma orgánica –y también procesal- en dicho ámbito. Así:

- por una parte, la competencia en materia de concurso de persona física no empresario retorna a los Juzgados de lo Mercantil, en lo que no puede sino ser objeto de positiva crítica habida cuenta de la naturaleza del concurso y de la finalidad de la reforma que derivó la competencia a los Juzgados de Primera Instancia. La reforma proyectada, no obstante, se extiende sobre otras materias además de las concursales incluso en sentido de atribuir las a los Juzgados de Primera Instancia al excluir de su conocimiento al órgano mercantil (art. 86 bis PLRLOPJ);
- por otra, se proyecta la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil mediante nueva redacción a los artículos 48, 73, 77 y 406 LEC sobre

competencia de los Juzgados de Primera Instancia, acumulación de acciones y procesos (disposición final primera PRLOPJ) con expresa mención al rango jerárquico de ley ordinaria (disposición final tercera PRLOPJ).

Al margen de reformas ajenas a la materia concursal³, el proyecto de ley, al respecto de la atribución competencial de los órganos judiciales⁴, reforma los vigentes artículos 82, 85 y 86 y 86 bis y 86 ter LOPJ; asimismo, se añaden unos nuevos artículos 82 bis (relativo a la asunción de recursos por una o varias secciones de las Audiencias Provinciales), 86 quáter (sobre reconocimiento y ejecución de sentencia y resoluciones del ámbito competencial de los artículos 86 bis y 86 ter -Juzgados de lo Mercantil-) y 86 quinquies (referido a las funciones de los Juzgados de lo Mercantil con sede en Alicante como Juzgados de la Marca de la Unión Europea). Destaca, que se pretende reformar, igualmente, y de modo excesivo para la finalidad de la reforma concursal, el artículo 98 LOPJ en sentido de aumentar la controvertida especialización por Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial (artículo 10 PRLOPJ).

En coherencia con el nuevo régimen competencial, se modifica el artículo 45 LEC sobre competencia –objetiva- de los Juzgados de Primera Instancia; el régimen procesal de la acumulación de acciones en tanto que se modifica el artículo 73 LEC sobre régimen de acumulación objetiva de acciones incluyendo una acertada previsión competencial a favor del Juzgado de lo Mercantil para cuando se produzca una acumulación inicial de acciones “conexas o prejudiciales” de la principal (disposición final primera PRLOPJ) y prohibiendo la acumulación de acciones aquellas a la “principal” cuando ésta sea de la competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia; y el régimen de acumulación de procesos del artículo 77 LEC al permitirse, no obstante, “la acumulación de procesos ante el Juzgado de lo Mercantil, aunque no esté conociendo del proceso más antiguo y alguno de ellos se esté tramitando ante un Juzgado de Primera Instancia, siempre que se cumplan los demás requisitos mencionados en los artículos 76 y 78 de esta ley”. En coherencia con la nueva dicción del artículo 73 LEC, se prevé la reforma del artículo 406.2 LEC a los efectos de acordar la inhibición del asunto en caso de reconvencción mediante acción conexas a la principal.

Desde el punto de vista del derecho transitorio, se mantienen los Juzgados de lo Mercantil en su actual sede aun cuando la misma no alcanzare el umbral poblacional del nuevo artículo 86.2 LOPJ. Respecto del régimen procesal transitorio, se prevé, si bien con cierta deficiente técnica legislativa, que los

³ Así, el artículo 1 PRLOPJ realiza reforma en materia contencioso-administrativa; el artículo diez modifica el artículo 98 LOPJ regulador de la atribución por el Consejo General del Poder Judicial de asuntos a determinados órganos judiciales por motivo de especialización de los mismos; el artículo 11 introduce una nueva disposición transitoria cuarenta y tres en la LOPJ sobre “destino de los Jueces Encargados de los Registros Civiles Exclusivos y de los Encargados del Registro Civil Central”; la disposición final segunda, suprime el apartado tercero de la disposición adicional primera de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

⁴ Inicialmente sin prever la competencia del Juzgado de lo Mercantil para conocer del *procedimiento especial para microempresas*. Ya en sede parlamentaria, el informe de la Ponencia sobre dicha Ley Orgánica rectifica tal omisión.

procedimientos ya en trámite (*pendientes*)⁵ al momento de vigencia de dicha reforma, continuarán tramitándose conforme al régimen vigente al momento de su incoación (demandas pendientes) o tramitación (recursos interpuestos) procesales. Así,

- Por un lado, la competencia relativa a las demandas y solicitudes de concurso ya presentadas antes de la misma pero pendientes de admisión a trámite se determinará por la norma vigente a “fecha de la presentación”, es decir, con el régimen competencial anterior a la reforma proyectada y en debida lógica con el artículo 410 y 411 LEC sobre *perpetuatio iurisdictionis* (disposición transitoria segunda, apartado 1, PRLOPJ).

Sin embargo, tras indicar tal lógica previsión, señala, en el apartado 3 de dicha disposición transitoria segunda, una cláusula común por la que los procedimientos judiciales en tramitación a la fecha de entrada en vigor de la ley continuarán tramitándose por el Juzgado que haya sido competente para conocer de ellos. Pareciendo referirse la expresión “en tramitación” como reservada a los procedimientos ya admitidos, cabe señalar, no obstante, que puede darse un procedimiento en tramitación sin haber sido aún admitido a trámite (v. gr. requerimiento de subsanación), lo que, además, a la luz del régimen sobre recursos que luego se dirá, en caso de procedimiento con resolución de inadmisión no firme, puede conllevar una ilógica atribución competencial del respectivo recurso de apelación.

- Por otro, la competencia para conocer de los recursos interpuestos antes de la entrada en vigor de la ley contra sentencias dictadas por los Jueces de Primera Instancia se determinará por las normas legales vigentes en la fecha en que se remitan los Autos a la Audiencia Provincial.

Finalmente, se prevé una entrada en vigor conforme al régimen común salvo en lo relativo a la modificación de los artículos 74.1 y 82.2. 3.º LOPJ, en relación a los recursos contra las resoluciones de la Oficina Española de Patentes y Marcas que pongan fin a la vía administrativa en la redacción dada por la presente ley orgánica, en que se prevé su vigencia a partir del día 14 de enero de 2023.

⁵ En puridad, “procedimientos judiciales pendientes” lo que mejora la dicción del Anteproyecto que hacía mención a los procedimientos “iniciados con anterioridad” por cuyo motivo, en aquella redacción, cabía interpretar la mera admisión de la comunicación de negociaciones o solicitud de concurso o, en su defecto, que se hubiera generado, al menos, resolución del órgano tendente a su admisión o inadmisión.

De la mediación concursal al plan de reestructuración. El experto en la reestructuración, el (nuevo) mediador concursal y los sistemas de alerta temprana

El nuevo contenido del derecho preconcursal supone una profunda reforma de dicha normativa pues suprime los actuales institutos y con ello, en especial, la mediación concursal y, así, la figura del mediador concursal⁶.

El *plan de reestructuración* se torna en el principal instituto del derecho preconcursal y de la autonomía de la voluntad. Se incardina en el Título III dentro del referido Libro II (arts. 614 a 671 LC). Se prevé incluso para momentos previos a los actuales institutos preconcursales en tanto que la finalidad de dicho plan será la de evitar las situaciones de insolvencia, facilitando su actuación temprana, o, en caso de darse las mismas, intentar superarlas, previéndose, igualmente, modelos oficiales de planes de reestructuración de preferente uso por pequeñas y medianas empresas en cuyo caso se eximirá de la intervención notarial para la formalización del plan y de la certificación del auditor.

De entre las perspectivas contempladas en la Directiva (UE) 2019/1023 sobre reestructuración e insolvencia –no excesivamente positiva hacia los socios- y el texto del Proyecto, se ha optado por una “solución híbrida o intermedia” en tanto que la nueva regulación establece que el plan de reestructuración se somete a la aprobación de los socios, bajo determinadas reglas especiales frente a la regulación societaria general (cuando se requiera el acuerdo de los socios de la sociedad deudora) y, pudiendo, ser aprobado y aplicado dicho plan contra la voluntad de los socios, si bien, en aras de audiencia y tutela del socio, sin prescindir de su decisión (art. 631 LC) (Fernández, 2022; García, 2022).

El artículo 614 LC define el plan como aquel cuyo objeto sea la modificación de la composición, de las condiciones o de la estructura del activo y del pasivo del deudor, o de sus fondos propios, incluidas las transmisiones de activos, unidades productivas o de la totalidad de la empresa en funcionamiento, así como cualquier cambio operativo necesario, o una combinación de estos elementos; se prevé la intervención del experto en reestructuración y debe tener un contenido tasado y extenso (art. 623 LC) así como ser formalizado en instrumento público por quienes lo suscriban (art. 634 LC).

Dichos planes se extenderán igualmente a los acreedores y socios de la persona jurídica que no hubieran estado conformes con el plan (art. 615 LC) y pueden afectar a cualquier crédito, incluso contingente y sometido a condición, salvo de alimentos por razón familiar o de parentesco (art. 616 LC); puede, igualmente, afectar al crédito público si bien de modo muy restringido: si el deudor, al momento de comunicar la apertura de negociaciones o de interesar la homologación judicial del plan se encuentra al corriente de sus obligaciones fiscales y sociales, y si el crédito no es superior a dos años, y ello sin que conlleve su reducción con un plazo de pago no superior a

⁶ Para una exposición del régimen y características del vigente derecho preconcursal, de la innovación que el mismo supuso en nuestro ordenamiento, y de la actual mediación concursal, *vid.* González, 2020.

dieciocho meses y constituyendo, en todo caso, dichos créditos una clase única (art. 616 bis y 624 LC).

La propuesta del plan debe comunicarse, postal o electrónicamente, a todos los acreedores afectados previéndose la intervención del experto en reestructuración o el auxilio judicial para cuando no pudiera comunicarse por aquellos medios, si bien, en el caso de acreedores públicos, tal comunicación deberá realizarse mediante formulario electrónico expresamente aprobado por futura orden ministerial (art. 627 LC).

El plan se entiende aprobado por una clase de crédito afectado con el voto a favor de más de los dos tercios del importe del pasivo de dicha clase (art. 629 LC). Se establece, en el artículo 635 LC, la preceptiva homologación judicial del plan en determinados casos (extensión de sus efectos a acreedores que no votaran a favor, o a socios de la persona jurídica; resolución de contratos en interés de la reestructuración; y protección de la financiación interina en tanto previsión de nueva financiación), fijándose su procedimiento en los artículos 641 a 664 LC resultando competente el juez mercantil que lo fuere para la declaración del concurso del deudor y siendo preceptiva la intervención de abogado y procurador; el auto de homologación se publicará inmediatamente en el Registro Público Concursal y podrá impugnarse ante la Audiencia Provincial que resolverá por sentencia con idéntica publicidad que el auto y sin posible ulterior recurso.

El Título IV introduce, de modo innovador en nuestro ordenamiento jurídico, la figura obligatoria del *experto en la reestructuración* en los nuevos artículos 672 a 681 LC mediante dos capítulos (uno, sobre las reglas relativas al nombramiento del experto, y, otro, previendo el estatuto del experto, funciones, deberes y régimen de responsabilidad). Dicha figura dimana de más amplias previsiones comunitarias (Pulgar, 2019), si bien no exento de críticas por su incompleta regulación (Ríos *et alia*, 2021).

Su nombramiento deviene obligado a petición del deudor o, con determinados requisitos, de los acreedores y en caso de solicitud de homologación (art. 672 LC) y se confiere por auto del Juez mercantil en dos días tras la solicitud, siendo objeto de publicación en el Registro Público Concursal. Cabe también su nombramiento en sede de *procedimiento especial para microempresas* (arts. 690 y 694 LC). La condición de tal experto requiere ser persona natural o jurídica, española o extranjera, que tenga los conocimientos especializados y la experiencia necesaria en materia de reestructuraciones y, en su caso, conforme a las particularidades, del supuesto concreto (art. 674 LC).

Son funciones del experto las de *asistir* al deudor y a los acreedores en las negociaciones y en la elaboración del plan de reestructuración, así como la confección de los informes requeridos en la ley o que el Juez considere necesarios. Surge en este punto el debate sobre la naturaleza de dicho profesional. Señala el Proyecto, expresamente, que, de entre las posibilidades permitidas por la Directiva (UE) 2019/1023, se ha optado por un diseño cercano a un mediador. Sin embargo, se incurre y acrecientan, las dudas que, sobre la mediación concursal y su mediador se dan en el texto vigente (Senes, 2016), en tanto que, ahora, en la reforma anunciada, expresamente se considera que su función es que “facilite la negociación entre las partes,

ayude a deudores con poca experiencia o conocimientos en materia de reestructuración, y eventualmente facilite las decisiones judiciales cuando surja alguna controversia entre las partes”; pero sin embargo, añade que su “función material más relevante” será la elaboración de un informe sobre el valor en funcionamiento de la empresa en caso de planes no consensuales si bien, en apoyo de tal carácter mediador, el “experto en ningún caso interviene o supervisa los poderes de administración y disposición patrimonial del deudor” (apartado III de la Exposición de Motivos PLRLC).

A su vez, el texto prevé un *procedimiento de mediación* a cargo de un *mediador concursal* en el nuevo artículo 702 TRLC previsto para el *procedimiento especial para las microempresas* del nuevo Libro III, a fin de facilitar un procedimiento informal, breve (máximo de 10 días hábiles) y económico a desarrollarse por medios electrónicos y con la “única finalidad [de] la negociación de un plan de continuación entre el deudor y los acreedores”, así como, si entiende que no es posible alcanzar un acuerdo, cerrar definitivamente la mediación con ulterior notificación al juzgado, en cuyo caso, el deudor o acreedores con un veinte por ciento del total del pasivo podrán solicitar la apertura del procedimiento especial de liquidación siempre que el deudor se encuentre en estado de insolvencia actual.

Finalmente, en línea con la vocación de evitar las situaciones de insolvencia, el proyecto, en transposición del mandato de la Directiva (UE) 2019/1023, introduce los denominados *mecanismos o herramientas de alerta temprana* a fin de que el deudor detectada la probabilidad de insolvencia, pueda actuar sin demora a fin de evitar que esa mera probabilidad se convierta en insolvencia actual. Para ello, se prevé el desarrollo, por los Ministerios de Hacienda y Función Pública y de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, de un sistema de alerta temprana a las empresas que se encuentren en una *situación de probabilidad de insolvencia* caracterizado, señala la exposición de motivos, por suponer una “advertencia”, confidencial, configurada en base a un “sistema indiciario”, previéndose, un sistema, gratuito y confidencial, de asistencia a pequeñas y medianas empresas “en un estadio temprano de dificultades” y medios telemáticos de «autodiagnóstico de salud empresarial».

También se prevé, como medida de alerta “tardía”, la obligación de advertencia, por el Letrado de la Administración de Justicia, al deudor incurso en procedimiento de ejecución judicial que no señalare bienes susceptibles de embargo o cuyo valor fuera insuficiente para el fin de la ejecución, de que, en caso de probabilidad de insolvencia, de insolvencia inminente o de insolvencia actual, puede comunicar al juzgado competente el inicio o la voluntad de iniciar negociaciones con acreedores para pactar un plan de reestructuración de la deuda, con paralización de las ejecuciones durante esa negociación en los términos establecidos por la Ley; y que, si encontrándose en estado de insolvencia actual no lo hace, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer ese estado de insolvencia.

Conclusiones

El *Derecho preconcursal* -y, por tanto, la mediación concursal- concilia la autonomía de la voluntad con los intereses y conflictos concursales que gestiona y, en su caso, resuelve mediante, en el texto vigente, dos instrumentos preconcursales (*acuerdo de refinanciación* y *acuerdo extrajudicial de pagos*).

El vigente *derecho preconcursal* previsto, por primera vez en nuestro ordenamiento de modo sistemático y unitario, en el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal -vigente desde el 1 de septiembre de 2020- será objeto de una profunda reforma en virtud de dos ejes; por un lado, la legislación de emergencia promulgada para paliar los efectos económicos de la crisis derivada de la pandemia de COVID-19 causada por el coronavirus SARS-CoV-2; y por otro, por la transposición a nuestro ordenamiento de la Directiva (UE) 2017/1132 sobre reestructuración e insolvencia.

Se reforma de modo relevante, el régimen de prevención y resolución de conflictos de insolvencia (derecho preconcursal y mediación concursal) y, con ello, del ámbito de autonomía de la voluntad al respecto de las crisis y conflictos económicos entre acreedores y deudores en un ámbito, el de la mediación concursal, ya de por sí de especial configuración y relación con la mediación civil y mercantil. Para ello, manteniendo la rúbrica del Libro II (*Del Derecho preconcursal*), se crean nuevas figuras y sujetos (*plan de reestructuración* sometido a aprobación y homologación judicial y a cargo del *experto encargado de la reestructuración*) y se suprime la actual mediación concursal -previendo un único nuevo supuesto de distinta naturaleza a la ahora vigente-. Destaca la regulación de los *presupuestos del precurso* y de la situación de insolvencia *probable, inminente o actual*, manteniendo la extensión al empresario persona física y estableciendo una criticada -por limitada en cuanto al crédito público- exoneración del pasivo insatisfecho. Con ello, ante la insolvencia del deudor, el derecho preconcursal se configurará mediante la *comunicación de apertura de negociaciones* o la *homologación de un plan de reestructuración*. Se trata dicho plan de la principal novedad en tanto que supone la desaparición de las actuales instituciones preconcursales vigentes (los *acuerdos de refinanciación* y los *acuerdos extrajudiciales de pago*) y, al mismo, conducirá, también, la señalada comunicación de apertura de negociaciones que se prevé, con finalidad moratoria y de suspensión temporal de ejecuciones, a fin de facilitar tales negociaciones tendentes a continuar con la actividad.

El nuevo instrumento preconcursal es previsto incluso para momentos previos a fin de evitar el conflicto mercantil-concursal (situaciones de insolvencia), facilitando su actuación temprana -a cuyo fin se plantean *mecanismos o herramientas de alerta temprana* y determinadas *advertencias*, a realizar, en su caso, por el Letrado de la Administración de Justicia interviniente en la ejecución del deudor. O, en caso de darse tal insolvencia, intentar superarla, estableciéndose incluso un *procedimiento especial para microempresas*. Para ello, se introduce, de modo innovador en nuestro ordenamiento jurídico, la figura obligatoria del *experto en la reestructuración*

si bien con una regulación parcialmente deficiente ante sus antecedentes comunitarios y Directiva cuya transposición se pretende; siendo sus funciones la de asistir al deudor y acreedores en las negociaciones y elaboración del plan de reestructuración y la de informar al juez del concurso.

La mediación concursal -y su mediador- es derogada previéndose el referido *plan de reestructuración* y un nuevo *procedimiento de mediación*, solo en sede del *procedimiento especial para las microempresas*, que se pretende sea informal, breve, económico y por medios electrónicos y a cargo de un *mediador concursal*; si bien dicho procedimiento de mediación queda alejado de las notas características de la mediación.

Se proyecta, finalmente, una reforma de la LOPJ y de la LEC a fin de “devolver” la competencia en materia de concurso de persona física a los Juzgados de lo Mercantil y regular relevantes cuestiones procesales afectas a la materia concursal (acumulación de acciones y procesos, asunción de recursos, reconocimiento y ejecución de sentencia) y otras, de modo controvertido, ajenas a la misma; así como diversas reglas de derecho transitorio.

Referencias

- Aznar, E. (2016). *Mediación concursal: los acuerdos extrajudiciales de pago*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Enciso, M.T. (2014). Acuerdo extrajudicial de pagos y segunda oportunidad. En Martín, P., Del Carre, J.M., y Lopo, M^a. A. (coord.), *La Ley Concursal y la Mediación Concursal: un estudio conjunto realizado por especialistas* (pp. 493-501). Madrid, España: ed. Dykinson.
- Fernández, L. (2022). La tutela de los socios frente a los planes de reestructuración preventiva de su sociedad. Hacia un derecho societario preconcursal. *La Ley Mercantil*, 88, 1.
- Fernández, N. (2020). La incidencia de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva sobre los artículos 5 bis y 235 de la Ley Concursal. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 32: 71-95
- Fernández, V., Blanco, L. y Díaz, E. (2016). *El concurso de acreedores de la persona física. Con especial atención a la mediación concursal y a la Ley de Segunda Oportunidad*. Madrid, España: ed. Wolters-Kluwers.
- García, M. (2022). La proyectada reforma de la preconcursalidad. Relaciones entre el Derecho societario y los planes de reestructuración. *El Derecho. Revista de Derecho Mercantil*, 105. <https://www.uria.com/es/publicaciones/7870-la-proyectada-reforma-de-la-preconcursalidad-relaciones-entre-el-derecho-societ>
- Garcimartín, F. (2020). Algunas reflexiones sobre el Derecho preconcursal. *La Ley Mercantil*, 70,
- González, F. D. A. (2020). Mediación concursal y acuerdo extrajudicial de pagos. En J. L. Argudo, (Coord.), *Materiales jurídicos para una Guía de la Mediación en Aragón* (pp. 279-317). Zaragoza, España: Comuniter.

- Ministerio de Justicia (2021). Anteproyecto de ley de reforma de la referida ley concursal. <https://www.mjusticia.gob.es/es/areas-tematicas/actividad-legislativa/normativa/participacion-publica-proyectos-normativos/proyectos-real-decreto>
- Ministerio de Justicia (2021). Anteproyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestructuración e insolvencia). <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Insolvencia%20Tramitaci%c3%b3n.pdf>
- Moya, J. (2018). La insolvencia de la persona física: la “Mediación” concursal y el expediente de liberación de deudas. En R. Castillejo, (Dir.) y C. Alonso. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, (pp. 151-169). Santiago de Compostela, España: Universidad de Santiago de Compostela.
- Paniagua, M. (2020). *Derecho Mercantil (Empresa, empresario, derecho de la competencia y de la propiedad intelectual, derecho de sociedades, derecho preconcursal y concursal)*. Madrid, España: ed. Iustel.
- Proyecto de Ley de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas, y por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos del Derecho de sociedades (Directiva sobre reestructuración e insolvencia) (2022). Boletín Oficial de las Cortes Generales –Congreso de los Diputados–, Boletín Oficial de las Cortes Generales –Congreso de los Diputados–, serie A, núm. 84-1, 1-142. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-84-1.PDF
- Proyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en materia de Juzgados de lo Mercantil (2022). Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 83-1, 1-22. https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-83-1.PDF
- Pulgar, J. (2019). Marcos de reestructuración preventiva y segunda oportunidad en la Directiva UE 2019/1023. *Diario La Ley*, 9474, Sección Doctrina.
- Pulgar, J. (2021). Legislación preconcursal, paraconcursal y concursal de emergencia COVID-19. *Diario del Derecho Municipal*, 6 de abril. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1209784.

- Ríos, Y., Carbonell, J., Marqués, J.M., Lorente, R., Blanco, C., Garreta, F., Martínez, D., Fernández, J.I., Diálogos para el futuro judicial XX PrePack: ¿El futuro del Derecho concursal? (coord. Perea), Diario La Ley, nº 9802, Sección Plan de Choque de la Justicia / Encuesta, 3 de marzo de 2021, ed. Wolters Kluwer. <https://diariolaley.laleynext.es/dl/2021/03/03/dialogos-para-el-futuro-judicial-xx-prepack-el-futuro-del-derecho-concursal>
- Sánchez, M.L., Flores, M. (2021). El Derecho preconcursal. En A. Menéndez, A., Rojo, A. (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil* (pp. 707-727), España: Thomson Reuters.
- Sánchez, M. L., Flores, M. (2021). El derecho concursal de emergencia. En A. Menéndez, Rojo, A. (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil* (pp. 729-736), España: Thomson Reuters.
- Sancho I. (2020). Revisión de la homologación de acuerdos de refinanciación en el marco de la Directiva UE 2019/1023. *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, 33, 213-220.
- Senés, C (2014). El acuerdo extrajudicial de pagos: ¿alternativa efectiva al concurso de acreedores? *Revista de Derecho Civil*, 1(1), 49-68. <https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/45/26>.
- Soletto, H. (2016). La mediación concursal, especialidad de la mediación civil y mercantil. *Icade, revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 98, 77-101. https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/24069/mediacion_soletto_IRCFDCEE_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y

LA MEDIACIÓN COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA LA COHESIÓN SOCIAL EN MÉXICO

Julio Cabrera Dircio

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México

Introducción

Este trabajo muestra como objetivo poder presentar elementos para la creación de una política pública en México que tenga como base los derechos humanos, que impacte en la mediación para construir la cohesión social. Para ello se parte de datos estadísticos de organizaciones especializadas en estos temas como son en México la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE). Estas nos indican en el ámbito interno y externo del por qué la gente no se presenta a denunciar. Durante 2019 se inició carpeta de investigación en solo el 7.6% de los delitos, por lo tanto, en el 92.4% no hubo denuncia y las causas atribuibles a los operadores jurídicos fueron, el 36.3% por pérdida de tiempo, 15% desconfianza en la autoridad, 8.4% tramites largos y difíciles, actitud hostil de la autoridad 3.5% y miedo a que lo extorsionen 0.8%. En el ámbito externo México reporta el nivel más bajo de gasto en seguridad y justicia doméstica de todos los 33 países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), con un 0,7 por ciento del PIB. En consecuencia, resulta difícil desarrollar la capacidad suficiente en su sistema judicial para satisfacer las necesidades del país y para abordar eficazmente la violencia. En esta línea, en el año 2021, el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) establece que México debe mejorar sus políticas públicas y aumentar su gasto en el sistema de justicia penal. Y los que lo hacen no están satisfechos en materia de procuración y administración de justicia; buscan como una alternativa un resultado para la construcción de una nueva realidad con base en la educación. En donde las libertades, de la mano con la problemática y el atraso en la justicia social, y las decisiones de impacto global, plantea al estado la urgente necesidad de una política pública para que el gobierno pueda realizar una gestión exitosa. Esta debe de partir de las funciones económicas y sociales en un nuevo contexto, donde la opinión publica cada día está más informada y la exigencia de reglas claras, reciprocidad del estado y las personas, la transparencia de sus actos y rendir cuentas es impostergable en su aplicación; y, como resultado, el análisis de una nueva forma de ver los derechos humanos para la cohesión social.

Las condiciones generadas por estos indicadores nos hacen reflexionar hasta donde estamos comprometidos como personas a tratar de resolver estos y otros problemas colaterales que resultan de la aplicación de un plan

de gobierno, que no está logrando los objetivos de buscar las medidas más adecuadas para encaminar a la solución de esta conflictiva social y al mismo tiempo responder a las expectativas y necesidades que se tienen.

En México no encontramos una política pública que realmente nos ayude a visualizar de qué manera podemos encontrar una respuesta a la problemática en materia de procuración y administración de justicia, por ejemplo, los datos de los indicadores no han respondido a las expectativas de la sociedad y eso se ve reflejado en que la gente prefiere no denunciar la gran mayoría de los delitos que se cometen.

Las formas de participación cívica plantean nuevas acciones para la creación de las políticas públicas nacionales, es importante reconsiderar el modelo de desarrollo y replantear el vínculo que une la educación y el aspecto laboral, través de otras experiencias de aprendizaje y adquisición de capacidades más allá de la educación formal, las competencias correspondientes se adquieren también por medio del autoaprendizaje, el aprendizaje mutuo.

El problema de la gobernabilidad democrática en nuestro país se ve reflejado en la toma de decisiones. Esta no ha sido la mejor planeada para poder no solo resolver si no más bien encauzar los factores de incidencia en su aplicación y que se vean reflejadas en acciones que puedan ser analizadas y evaluadas en su efectividad y eficiencia a corto, mediano y largo plazo.

Las políticas públicas

Lo que nosotros conocemos como estado y junto con los elementos que lo integran han tenido que evolucionar para que pueda cumplir con los objetivos que tiene asignados, en cuanto al territorio, algunos desde el ámbito económico han buscado su integración con la finalidad de poder competir y resolver gran parte de sus satisfactores. Un ejemplo es la Comunidad Económica Europea, en el ámbito de gobierno, los cambios han sido mínimos, más o menos democráticos, pero en el ámbito de la población si han estado creciendo de manera sistemática.

Las políticas públicas se van adecuando a las funciones del estado y sus acciones y através de los representantes populares persiguen metas que ayuden al fortalecimiento del estado y la sociedad, mediante un análisis del sistema político, cuyas características delimitaran el grado de competencia y la forma de ponerlo en práctica, para lograr en su implementación la mayor oportunidad de crecimiento y desarrollo en la esfera de la administración pública. (Roth Deubel, 2012).

En México el Artículo 25 de la Constitución Federal de la Republica de los Estados Unidos Mexicanos, con base en la reforma constitucional del 2 de febrero del 2017, establece “A fin de contribuir al cumplimiento de los objetivos señalados en los párrafos primero, sexto y noveno de este artículo, las autoridades de todos los órdenes de gobierno, en el ámbito de su competencia, deberán implementar políticas públicas de mejora regulatoria para la simplificación de regulaciones, trámites, servicios y demás objetivos que establezca la ley general en la materia”.

Así como el Artículo 73 de esta misma fecha ya establece en la fracción XXI. Para expedir: c) “La legislación única en materia procedimental penal, de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, de ejecución de penas y de justicia penal para adolescentes, que regirá en la República en el orden federal y en el fuero común”.

En el ámbito legislativo se ha cumplido al otorgar al estado la libertad de establecer una política pública acorde a la realidad imperante, pero en el ámbito administrativo para dotar de los recursos necesarios no se ha hecho y esto acrecentó la problemática en la que nos encontramos inmersos donde cada día la cifra de delitos aumenta de manera acelerada y con ello la problemática en materia de seguridad pública y también jurídica.

Rawls (2003) cuando hace mención de la justicia como imparcialidad se va a la idea de la cooperación social y sus tres elementos:

- a. la cooperación se guía por la por reglas públicamente reconocidas y procedimientos apropiados por quienes cooperan.
- b. la cooperación implica la idea de condiciones justas de cooperación, siempre y cuando todos las acepten y los beneficios estén justamente distribuidos y se puedan compartir a las generaciones futuras.
- c. la idea de cooperación social debe intervenir en la idea de ventaja o bien racional, lo que indica las ventajas parten de un proyecto con su propia perspectiva.

Gran parte de la problemática que vemos en la aplicación de las políticas públicas radica en que los problemas sociales se van a resolver por ley, sin reflexionar que para aplicarlo solo podrá hacerse a las personas pues son las únicas que actúan de manera racional y si la legislación vigente no es acorde a las expectativas de los grupos sociales a implementar, se puede llegar a la conclusión de que tanto en nuestro país como en la mayor parte del mundo no es un problema de leyes sino de su aplicación.

El actuar racional de la sociedad para Kant (2016) los seres racionales están sujetos a la ley de cada uno de ellos y tratarse así mismo a los demás no como un simple medio sino como fin en sí mismo, la necesidad práctica de actuar del ser humano descansa en sus sentimientos, impulsos e inclinaciones, pues la voluntad de un ser racional lo vincula a su comportamiento y su motivo practico parte de la idea de su dignidad racional que se obedece así mismo, pues el resultado es la satisfacción producida en su intercambio.

Se considera que el ser humano es un ente dotado existencialmente de un cuerpo, pero también de valores, lo que los romanos llamaban el animus y el corpus que le da la dignidad y este es un valor intrínseco pues cada ser humano es único, y esta es una condición para la observancia de los derechos humanos como una unidad indivisible que cuenta con elementos propios no solo para su desarrollo, sino también para su supervivencia en una perspectiva integral para que pueda interactuar. (Piovesan, 2011)

El único ser racional es el hombre y esto nos llevan a la reflexión de hasta donde el ser humano está comprometido con el mismo, su familia y la sociedad, pero sobre todo con las personas con quien interactúa, la falta de sensibilidad emocional que nace del respeto y los valores para lograr

visualizar que al ser humano lo tenemos que ver como fin último y no como medio y donde el reino de los fines nos lleve a la dignidad humana, donde el reconocimiento de nosotros mismos como entes racionales nos lleven a construir la sociedad ideal.

Un enfoque de elección racional considera “la política pública bajo el ángulo de un problema de acción colectiva, utiliza el individualismo metodológico y la modelización como medio de análisis y para la interpretación se apoya en algunas nociones claves como bien colectivo, juego estratégico, diferentes conceptos de equilibrio, de solución y de óptimo” (Balme Richard, 2005)

Algunos enfoques que se le dan a la solución de controversias y que van de la mano con los derechos humanos y para que se pueda tener negociaciones exitosas se debe de actuar de manera racional y ética, y se aplican de manera práctica, son en la mediación, conciliación, arbitraje, diplomacia, como lo establece el tratado de comercio entre México, Canadá y Estados Unidos, como la Comisión, los buenos oficios, o el procedimiento de la Comisión Interamericana de los derechos humanos cuando hace mención de las soluciones amistosas, de esta manera los principios rectores establecidos en la Ley nacional de mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 2014, juegan un factor fundamental pues obliga a las partes a actuar de manera racional y ética.

Cuando analizamos los indicadores en materia de violencia del índice global por la paz nos damos cuenta de que los países que menos invierten en educación son los que tienen más problemas en el ámbito interno y eso se refleja en otros indicadores como la inseguridad no solo la inseguridad pública, sino también la jurídica y sobre todo la social, pues estas dependen no solo de las decisiones internas sino también de las externas

En un país como el nuestro dónde El 56.6% de los trabajadores en México, que son informales, producen 23 de cada 100 pesos del PIB. Este nivel de participación de la informalidad en la economía mexicana repuntó de manera significativa pasando del 22.4% en el 2018 a 23.0% en el 2019, (INEGI, 2021) y con ello los problemas en materia laboral, pues cerca de 6 de cada 10 trabajadores no tienen una relación laboral, y con ello tampoco acceso a prestaciones, a seguridad social e instituciones de salud entre otras.

Estos indicadores son un fiel reflejo de la política pública que se han implementado en nuestro país y el impacto que ha tenido el COVID19 en nuestra economía, que nos lleva a pensar en un replanteamiento de la forma de abordar el problema, las alternativas más viables, como evaluarlas en la toma de decisiones, la planeación para su implementación y la evaluación, buscando con ello la mayor eficacia y eficiencia.

Otro problema que encontramos y que impacta en la educación, según la OCDE, el gasto anual por estudiante en las instituciones educativas desde el nivel básico hasta el superior proporciona un indicador de la inversión que los países hacen en cada estudiante. En el 2017, México gastó menos en instituciones educativas, desde el nivel básico hasta el superior, por estudiante de tiempo completo que el promedio de la OCDE, invirtiendo un total de 3,320

USD por estudiante en comparación con el promedio de 11,231 USD de los países que pertenecen a la OCDE (OCDE, 2021).

En algunos países como México la educación se ve como un gasto y no como una inversión y hay que abordarlo de manera colaborativa para poder avanzar, la promoción del desarrollo humano fijada en los derechos humanos comparten, muchas formas de motivación en común y generan el compromiso compartido de promover la libertad y la dignidad de los individuos, buscando opciones para un desarrollo humano sostenible y la creación de las condiciones necesarias para lograr la igualdad y con ello su participación, en el análisis y diseño de políticas públicas con alto grado de eficiencia.

Aunque existe incertidumbre acerca de las probables repercusiones generales de la pandemia del COVID-19 con respecto al gasto en educación, el financiamiento público de la educación puede estancarse o disminuir a medida que se inyectan fondos gubernamentales en la economía y en el sector de la salud. En el 2017, el gasto público en educación primaria y superior como proporción del gasto gubernamental en México fue del 15%, lo cual es superior al promedio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo del 11% (OCDE, 2021).

Esto nos indica que, si elaboramos una buena política pública en educación apoyada en la realidad y encauzándola a la problemática social y tomando en cuenta a todos los sectores, el público, privado y social se podría generar una conciencia a favor de la mediación y por consiguiente de la paz, partiendo de que nuestros representantes populares son capaces de establecer cuáles son los intereses generales de la sociedad y como llevarlos a la práctica tratando de resolver los conflictos más apremiantes que los aquejan. (Norberto, 2012)

a.- Educación

Su interés por situar la educación como elemento de reconstrucción social es bien visible en democracia y educación, donde diferencia entre sociedades estáticas y progresivas, en función del mantenimiento o transformación de las costumbres propias como una fuente de valor, (Santos-Rego, et al, 2021) de esta forma el mensaje que se les manda a las nuevas generaciones entienden la educación como el medio que ha de ofrecer a las nuevas generaciones las experiencias para la transformación de su entorno y de los hábitos tradicionales.

Una buena educación nos llevaría de la mano a una cultura de paz, pues en muchos lugares de nuestro planeta, es sólo una tentativa y esta no se ve cristalizada por la falta de desarrollo, la pobreza estructural, la desigualdad en todos sus aspectos, la discriminación y la violencia, reconstruyendo y reformulando los existentes desde un nuevo enfoque integrador e interdisciplinar que nos ayude en su implementación a lograrlo.

La educación en los diversos contenidos y la organización escolar basada en la participación y la solidaridad ocupan un lugar preponderante en promoción de nuevos contenidos (valores, actitudes, normas, concepciones éticas sobre el mundo...) y su integración en los planes de estudio implican profundos cambios del sistema educativo en la formación de los docentes,

los materiales didácticos y, principalmente, a las mentalidades cambiando las formas de pensar en su nuevo actuar.

La transversalidad viene a influir en el desarrollo de la currícula pues es de suma importancia la propuesta de reivindicar la función moral y social de la escuela y educar para la vida, los objetivos como tolerancia, dignidad humana, la reconciliación son directivas abiertas para un proceso en el que la solidaridad se ve reflejada en un entendimiento mutuo y siempre renovado las generaciones presentes y futuras (Peter, 2007).

La educación como un derecho humano, debe de asegurar un mínimo a la sociedad de sus necesidades imperantes para resolver la violencia estructural que día con día es mayor y en la medida que una sociedad se pueda organizar y busca acciones de mayor participación democrática, se obtendrán mayores garantías de satisfacción cuando menos de las necesidades humanas básicas, pero integrada en una asociación de individuos libres.

b.- Desigualdad

Las peores predicciones en materia de desigualdad social se han hecho realidad: según el foro económico mundial, en 2015, el 1% de la población mundial ya poseía más riqueza que el resto de las personas, un dato que ha confirmado la tendencia esbozada en años anteriores.

Estos datos nos demuestran porque en el mundo existen demasiados pobres y muy poco ricos y con ello la problemática mundial en la que nos encontramos y que cada día hay muchos más conflictos sociales como la inseguridad en todos sus aspectos, jurídica, pública, pero sobre todo la social y que de la mano con no actuar con valores ha generado una serie de desconfianza en todas las actividades que necesariamente tenemos que llevar a cabo todos los días en nuestro interactuar.

El profesor Klaus Schwab, fundador y presidente ejecutivo del Foro, afirma: “En el contexto de la pandemia de COVID-19, la necesidad de reajustar las prioridades y la urgencia de reformar los sistemas han ido creciendo en todo el mundo.

Según el Foro Económico Mundial, El restablecimiento de la confianza y el aumento de la cooperación mundial son cruciales para fomentar soluciones innovadoras y audaces para frenar la pandemia e impulsar una sólida recuperación. Esta reunión única será una oportunidad para que los líderes esbocen su visión y aborden las cuestiones más importantes de nuestro tiempo, como la necesidad de acelerar la creación de empleo y proteger el medio ambiente.

Los temas a desarrollar fueron:

1. Diseñar sistemas económicos cohesivos, sostenibles y resilientes.
2. Impulsar la transformación y el crecimiento responsable de la industria.
3. Mejorar la gestión del patrimonio mundial.
4. Aprovechar las tecnologías de la cuarta revolución industrial.
5. Avanzar en la cooperación global y regional.

Con estos datos se refleja la realidad que estamos viviendo y como el COVID19 vino a complicarlos, la desigualdad social es uno de los principales

obstáculos para el desarrollo social pues lleva inmerso una serie de acciones que hacen que impacten de manera más directa, pues no es solo el elemento económico también tiene que ver con la cobertura de necesidades básicas, de los derechos humanos, educación, de estado de derecho que impactan en la gobernabilidad democrática.

Para el comité de Oxford de ayuda contra al hambre hay muchas áreas de oportunidad para poder buscar cuando menos controlar esta situación que cada día es más alarmante y algunas de estas alternativas son:

- a. Invertir en cooperación y desarrollo
- b. Garantizar la protección de los civiles en emergencias humanitarias
- c. Creación de sistemas fiscales justos
- d. Mejorar el acceso a recursos públicos básicos
- e. Contribuir al cuidado del medio ambiente
- f. Reducir las brechas salariales.

Para Bauman y Bordoni (Bauman 2016) la confianza es la capacidad del aparato estatal cumpla con sus funciones atribuciones y competencias en el supuesto de dos condiciones para una administración efectiva en la realidad social, a. el poder y b. la política, el poder es la capacidad de implementar acciones a resolver la problemática y la política, decidir qué tipo de acciones se tienen que realizar para cumplir de manera efectiva con su función.

Conclusiones

Sin duda en materia de política pública no existe la varita mágica que va a llevar de manera directa al desarrollo en armonía con la naturaleza, necesariamente se debe trabajar en proyectos que empiecen a resolver la gran parte de necesidades que día con día se tienen, se debe trabajar de manera colaborativa y cooperativa con los tres niveles de gobierno, el federal, estatal y municipal e insertar los programas en los planes nacionales, estatales y municipales de desarrollo con que se cuentan actualmente y hacer que de manera práctica se apliquen pues se corre el riesgo que los integren pero no los ejerzan.

De lo antes expuesto podemos ver que en México no ha sido posible establecer acciones que ayuden a resolver la falta de cohesión social pues durante 2019 se inició carpeta de investigación en solo el 7.6% de 100 delitos, por lo tanto, en el 92.4% no hubo denuncia aunado a que México reporta el nivel más bajo de gasto en seguridad y justicia doméstica de todos los 33 países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, con un 0,7 por ciento del PIB. En consecuencia, resulta difícil desarrollar la capacidad suficiente en su sistema judicial para satisfacer las necesidades del país y para abordar eficazmente la violencia, México debe mejorar sus políticas públicas y aumentar su gasto en el sistema de procuración y administración de justicia, y ahora con la pandemia actual será muy difícil pues gran parte de los recursos con los que se cuenta son destinados para la compra de vacunas e insumos de esta pandemia

Una de las obligaciones más importantes de los representantes populares es responder a las expectativas y necesidades de la sociedad siempre cambiante y está en poder articular acciones que se vean que en su implementación va a dar los resultados deseados de ambos (representante y sociedad) pues solo de esta manera se lograra un proyecto que nos ayude a resolver a corto, mediano y largo plazo la problemática con que se cuenta, buscando también un proceso de evaluación de esos proyectos para ver los resultados que se van obteniendo en su aplicación y sus posibles retroalimentaciones.

Establecer una política pública que venga a resolver la problemática en la que estamos inmersos nos lleva a reflexionar y los pasos propicios a seguir y de esta manera impulsar acciones, que se van adecuando a las funciones del estado y sus acciones y a través de los representantes populares persiguen metas que ayuden al fortalecimiento del estado y la sociedad, mediante un análisis del sistema político, para ponerlo en práctica y para lograr en su implementación la mayor oportunidad de crecimiento y desarrollo.

El bien común debe ser el camino por que se deban fortalecer estas acciones donde la sociedad civil organizada puede expresarse y hacerlo con base en una libertad, pero activa, que parta de un compromiso mutuo con la autoridad, donde las decisiones a tomar dejen un mínimo de beneficios a quien se va a aplicar y esto se vea reflejado en la armonía y cohesión que tanta falta nos hace y llegar a la promoción de la cultura de paz, base de la mediación.

Referencias

- Balme-Richard, B. S. (2005). Las consecuencias de las elecciones políticas: elección racional y política pública, *Revue française de science politique*, 55, 1, 36.
- Bauman, B. C. (2016). *Estado de crisis*. Bogotá, Colombia: Espasa Libros.
- Constitución Federal de la Republica de los Estados Unidos Mexicanos. Reforma constitucional. (2017). *Diario Oficial del Gobierno Mexicano*, 2 de febrero. https://www.dof.gob.mx/avisos/2568/SG_050217/SG_050217.html
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2020). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2020/doc/envipe2020_presentacion_nacional.pdf
- Kant, I. (2016). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona, España: Espasa Libros.
- Norberto, B. (2012). *Liberalismo democrático*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (2020). *Panorama de la educación*. https://gpseducation.oecd.org/Content/EAGCountryNotes/EAG2020_CN_MEX_es.pdf
- OSFAM Intermón (2021). ¿Cómo combatir la desigualdad social en el mundo? <https://blog.oxfamintermon.org/como-combatir-la-desigualdad-social-en-el-mundo/>

- Peter, H. (2007). *El estado constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Astrea.
- Piovesan, F. (2011). Protección de derechos sociales retos de un *ius Commune* para Sudamérica. En A. Armin Von Bogdandy (Ed.), *Construcción y papel de los derechos sociales y fundamentales* (pp. 340, 341). México, D.F.: IJUNAM.
- Rawls, J. (2003). *Liberalismo político*. México, D.F.: Fondo de cultura económica.
- Roth Deubel, A. N. (2012). *Políticas Públicas, Formulación, implementación y evaluación*. Bogota, Colombia: Ediciones Aurora.
- Santos-Rego, M. A., Mella-Núñez, I., García-Álvarez, J. (2021). Educación moral y ética de la acción en el aprendizaje-servicio universitario. La sombra de John Dewey. *Perfiles educativos*, XLIII, 173, 166-182. <https://doi.org/10.22201/iisue.24486167e.2021.173.59818>
- Word Economic. Forum (2021). *Construir la confianza: esto es lo que hay que saber sobre la Agenda de Davos 2021*. <https://es.weforum.org/agenda/2021/01/construir-la-confianza-esto-es-lo-que-hay-que-saber-sobre-la-agenda-de-davos-2021/>

COVID-19, INNOVACIÓN Y TECNOLOGÍA EN LA E-JUSTICIA ALTERNATIVA: ¿ALGO HEMOS APRENDIDO?

Marta Gonzalo Quiroga
Universidad Rey Juan Carlos, España

Introducción

En un momento de cambio de paradigma acelerado por la pandemia provocada por el virus SARS COVID-19 son varios los planteamientos que surgen desde la justicia alternativa. De un lado, la Cov-19, además de generar muertes, ruina y sufrimiento, actuó como detonante de diversos conflictos y manifestaciones sociales, hasta ahora latentes, como el malestar social o las brechas socioeconómicas. Una de sus manifestaciones más relevantes se evidenció en el ámbito de la Justicia. El aumento exponencial de conflictos disparó la litigiosidad, hostilidades y enfrentamientos de todo tipo poniendo en lance a la propia Justicia, nacional e internacional, incapaz de dar respuesta a los mismos. De otro lado, la propia parálisis de la justicia y los efectos adversos, provocados por la crisis de la COVID-19, dio lugar, tras un momento de paralización generalizada a nivel mundial, a múltiples reformas e iniciativas desde la E-Justicia (Bueno, 2010) y la justicia alternativa; en las que la mediación fue considerada una de las mejores vacunas aplicadas para la crisis de la propia justicia (Azparren, 2020). En España, fundamentalmente varias de las reformas fueron dirigidas a la revisión de la planta judicial y al impulso de los Métodos Alternativos -Adecuados- de Solución de Conflictos (MASC), junto a otras manifestadas en los cambios legislativos contemplados en el Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (2020, diciembre, 15). Normativa que –un año y medio después- ha pasado a ser Proyecto de Ley (2022, abril, 22) y, previsiblemente pronto se convertirá en ley (dado que se ha encomendado su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al artículo 148 del Reglamento, a la Comisión de Justicia, estableciendo plazo de enmiendas, por un período de quince días hábiles, que finaliza el día 11 de mayo de 2022) aunque, todavía hoy, no haya visto la luz legislativa ni adelanto alguno de su capacidad operativa, lo que da una idea de su ¿urgencia?, dificultades para su consenso y complicaciones subyacentes.

En este contexto, surge la presente investigación, fruto de la Línea y Proyecto de Investigación (URJC 2021-24) dirigido por la autora de estas páginas, ODS, ADR y ODR: Justicia, Derechos Humanos y Cultura de Paz, en el que se inserta la actual publicación originada en el VI Congreso Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto “Cultura de

mediación para el bienestar planetario”, celebrado los días 21 y 22 de octubre de 2021 en la sede de la Universidad Pompeu Fabra en Barcelona (UPF-BSM), en el marco de la Conferencia Universitaria para el Estudio de la Mediación y el Conflicto (CUEMYC). Simposio internacional, cuyo objetivo principal se centró en ahondar en el tratamiento de las nuevas metodologías y la innovación en la cultura de la mediación para la construcción de una convivencia ética y pacífica, en el marco de la Cultura de Paz, en el que se suceden diversas cuestiones ajustadas a la encrucijada histórica que nos ha tocado vivir. Planteamientos que, desde una necesaria autocrítica, dejan entrever una falta de previsión y de prevención preocupante para los que trabajamos para la Justicia y la Paz.

Y es que, ¿quién nos iba a decir que, apenas un año después de alcanzarse la mayoría de edad del siglo XXI, nos iba a asolar una Pandemia que pondría en jaque a la generalidad de la población mundial y a sus sistemas judiciales? ¿Quién nos iba a aventurar que, sin haber salido todavía de la pandemia ni de las graves consecuencias derivadas de la misma, y sin haberse iniciado siquiera a pergeñar el conjunto de respuestas necesarias para intentar amortiguar el padecimiento sufrido junto al malestar, brechas y desigualdades generadas, con carácter interseccional -cuestionamiento incluido de la democracia- nos fuéramos a encontrar inmersos en la crisis humanitaria más grave del siglo XXI provocada por la invasión rusa a Ucrania?, en una clara vulneración de los Derechos Humanos, de los Tratados Internacionales y de la legalidad internacional en su conjunto.

Desde el Derecho Internacional, por citar sólo algunas de las violaciones legislativas a las que esta invasión ha dado lugar, baste señalar, la infracción flagrante del artículo 2, párrafo 4, de la Carta de Naciones Unidas que, como es sabido, obliga abstenerse de *“recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”*. Quebranta, también, la Resolución 2625 (XXV) que afirma que toda guerra es una agresión y es un *“crimen contra la paz”* que *“entraña responsabilidad”*, por lo que insta a los países a abstenerse de *“recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado”*, declarando, asimismo, que cualquier amenaza o uso de dicha fuerza constituiría una *“violación del Derecho Internacional y de la Carta de las Naciones Unidas”*. Contraviene directamente la Convención sobre el Genocidio de 1948. Asimismo, viola la Convención de Ginebra, la Carta de Derechos de la mujer y de los niños, los Derechos de la infancia, y prácticamente todos los tratados internacionales al respecto. Incumple, además, los acuerdos de Minsk de 2014 y 2015. Es un crimen de agresión para la Corte Penal Internacional (CPI), al que se suman los cargos de genocidio hacia Rusia, tras los horrores contemplados en Bucha, Járkov, Iziurny y Mariúpol y las continuas violaciones de derechos humanos, del derecho internacional humanitario y las acusaciones de crímenes de guerra, documentados, entre otros, por Amnistía internacional (2022). Si bien, ni Ucrania ni Rusia están sujetos a la jurisdicción del Tribunal Penal Internacional (TPI) ya que ninguno de ellos ha firmado ni ratificado los estatutos de dicho organismo, esta guerra, ya estaba catalogada, en el

momento de escribir estas líneas, por provocar el número de muerte de civiles y la crisis de refugiados de Europa que más rápido ha avanzado desde la Segunda Guerra Mundial. Sin contar, los desplazados internos -7,5 millones de personas según el segundo informe de la Organización Internacional para las Migraciones (2022), y las numerosas vidas humanas que se quedan en el camino, sin poder alcanzar siquiera la condición de refugiado, por no poder salir del país asediado al no garantizarse los corredores humanitarios para que los civiles (en su mayoría, ancianos, mujeres y niños) puedan salir de la zona de conflicto. 5.429.739 refugiados, en la última actualización de 28 de abril de 2022 (ACNUR, 2022).

Con estos mimbres, más los derivados de la pandemia, se suceden cuestionamientos de todo tipo, enmarcados en la Cultura de Paz, los MASC y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), de Naciones Unidas, para 2030 ¿Era todo impredecible? ¿En qué hemos fallado? ¿Algo/nada hemos aprendido? Y, es que, como precisó Camus, en su discurso de recepción del premio Nobel de Literatura (1957, diciembre, 10): *“Cada generación, sin duda, se cree destinada a rehacer el mundo. La mía sabe, sin embargo, que no lo rehará. Pero su tarea quizás sea más grande. Consiste en impedir que el mundo se deshaga (...)”*. De todo ello, se colige la cuestión principal que subyace a esta investigación, planteada por De Páramo y Giménez (2022, marzo, 11): ¿Hay hoy, en las circunstancias actuales, espacio para la mediación y la Cultura de Paz?

La relevancia del tema es, pues, fundamental y de clara actualidad. Si bien, en el espacio aquí acotado, el estudio se va a centrar en varias de las primeras interrogantes, derivadas exclusivamente del Simposio internacional referido, en consonancia con los últimos cuestionamientos de las nuevas tecnologías y la innovación aplicadas a la mediación, como forma alternativa de E-justicia, en la construcción de la Cultura de Paz: ¿Están la mediación, presencial o virtual, y las *Online Dispute Resolutions (ODRs)*, capacitadas para dar respuesta a la alta conflictividad que se plantea derivada de esta crisis universal? ¿Estamos los Servicios y profesionales de la mediación preparados para ello? ¿Hay un conocimiento real por parte de los mediadores, y de la sociedad en general, de cómo, dónde y cuándo utilizar la tecnología *online* aplicada a la mediación y las plataformas *ODRs*, su coste, utilización, accesibilidad, garantías, calidad, protección de datos y seguridad? En otras palabras, ¿Están los *ODRs*, la justicia alternativa, la mediación y la propia justicia preparadas para dar respuesta a la conflictividad que se plantea ante la nueva realidad que parece afianzarse mediante oficinas virtualizadas como garantía de continuidad y permanencia de trabajadores y empresas? Y, si así fuera, ¿hay un conocimiento real por los profesionales de la justicia (abogados, jueces, letrados, mediadores, etc.) y de la sociedad en general, de cómo y dónde utilizar tecnología *online* en mediación, plataformas *ODR*, su accesibilidad, calidad, precisión y viabilidad? En definitiva, ¿se ha adaptado la mediación a la E-Justicia? ¿Qué papel juega aquí la inteligencia artificial y las plataformas predictivas? ¿Realmente hemos aprendido algo o estamos de vueltas con la paradoja de la mediación, enunciada por Gonzalo (2021, abril, 4): “que cambie todo para nada cambie”?

Con estos planteamientos, en este trabajo nos vamos a centrar en analizar esta realidad partiendo de dónde venimos, la actualidad, para, a partir del análisis del escenario actual, ver a dónde vamos, los retos y las propuestas de futuro, en el planteamiento de las nuevas metodologías y la innovación aplicadas a la mediación, en especial, a los ODR, la E-Justicia y las metas interrelacionadas en el conjunto de los 17 ODS, según el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo: Objetivos de Desarrollo sostenible (PNUD) cuyos objetivos y agenda 2030 ha sido tratado, desde diferentes perspectivas, en los núms. 21 (2020) y 23 (2021) de la *Revista de Educación y Derecho*. Todo ello, dirigido a la referida construcción de una convivencia ética y pacífica, inmersa en los ODS y en la Cultura de Paz, por la que hoy apostamos, si cabe, con mayor intensidad. Compromiso manifestado en los recientes trabajos de la autora sobre ODS (2021, julio, 1) y (2021, octubre, 22). Subrayando, una vez más, que la paz implica ausencia de violencia, pero no ausencia de conflicto. El conflicto, manifiesto o latente, está siempre presente en la vida (Vinyamata, 1998). Palabras que cobran, hoy, una fuerza especial en las reflexiones realizadas por Giménez (2022, marzo, 29), con motivo de la guerra de Ucrania.

Metodología

La metodología empleada en este estudio parte de una investigación analítica sobre distintas bases legislativas, documentales y bibliográficas en ODR, mediación online y Cultura de Paz. La investigación se basa en la metodología cualitativa e interseccional sustentada en la técnica de formulación de preguntas de investigación. Las cuestiones aquí planteadas condensan aspectos teóricos, temáticos, metodológicos y empíricos, constitutivos del eje transversal del proceso de indagación. Todo ello abordado desde un estricto rigor metodológico combinado con una cierta dosis de crítica, innovación y creatividad necesaria en el análisis de la presente indagación.

De este modo, la producción de la información y el análisis de los datos obtenidos, tras las respuestas recabadas para cada una de las cuestiones investigativas planteadas, ha permitido elaborar una serie de relaciones conceptuales que han facultado la teorización y orientación de la investigación, explicada en cada uno de los epígrafes del texto, en los que se aborda cada una de las informaciones seleccionadas, analizando, en cada caso, lo que hemos aprendido, en un período tan convulso y conflictivo en el marco de la Justicia en pandemia y de la E-Justicia, desde un análisis interseccional, intentando así aportar, a través de la mediación, oportunidades, soluciones y respuestas al respecto. Se trata así de seguir promoviendo la mediación, desde las últimas innovaciones aplicadas también de manera telemática, como una de las herramientas esenciales para fomentar la convivencia pacífica y la justicia en el contexto universal de la cultura de la paz.

Justicia, ODRs y HDRs en el marco de la COVID-19

Origen y contexto

Ante el desconcierto generalizado que provocó la pandemia, urgía analizar la respuesta que los profesionales que nos dedicamos a la justicia alternativa -justicia adecuada- en palabras de la propia Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de justicia (2022, abril, 22), estábamos dando a la cantidad de conflictos, controversias e incumplimientos contractuales provocados. Estos conflictos, eran interseccionales, de lo más variados y provenían de todos los ámbitos: sanitarios, contractuales, internos, internacionales, públicos, privados, sociales familiares, sanitarios, empresariales, organizacionales, profesionales, etc. Causa y consecuencia de ello, los sucesivos estados de alarma nos obligaron, con mayor o menos intensidad en el ámbito europeo e internacional, a quedarnos en casa. Ello conllevó el no poder seguir desarrollando nuestra actividad profesional de modo presencial y, en todo caso, del modo habitual. Todo se vio afectado: transportes, contratos, alquileres, hipotecas, turismo, investigación, etc., y en el campo contractual civil y mercantil, se dispararon las infracciones: incumplimientos en cuanto a pagos, plazos, acuerdos; rupturas en el ámbito familiar y de convivencia, etc. A la mayoría de la población mundial, la COVID-19 nos sorprendió arrastrándonos a una “nueva realidad” en un panorama desolador en lo social, económico, profesional, familiar y personal.

En el ámbito familiar, los conflictos afloraron con mayor intensidad. El incremento de separaciones, divorcios, crisis entre los miembros y familiares convivientes en la misma unidad familiar, aumento de la violencia de género y maltrato infantil, a ancianos, etc., se evidenció de manera exponencial y, con todo ello, en aquel momento desconocíamos que el caos conflictual no había hecho nada más que empezar. Por si fuera poco, en medio de toda la crisis, el poder judicial se vio colapsado a nivel mundial.

Con este panorama, el llamamiento a los MASC en general, y a la mediación en particular, se manifestó a escala internacional. Muchos operadores del sector ofrecieron sus servicios profesionales, incluso de modo gratuito, en plena pandemia. La sensación de improvisación y de “hacer lo que se podía” se hacía visible en todos los ámbitos. Si bien, fuimos testigos de la incapacidad de la justicia tradicional para hacerse cargo de la situación, también surgieron muchas dudas al respecto en el campo de la E-Justicia y de la E-justicia alternativa ¿Estábamos los Servicios y profesionales de la mediación preparados para ello? En otras palabras, ¿están las ODRs, en general y la mediación, en particular, capacitada para dar respuesta a la alta conflictividad que se plantea derivada de esta crisis universal? ¿Hay un conocimiento real por parte de los mediadores, y de la sociedad de cómo, dónde y cuándo utilizar la tecnología *online* para la mediación, plataformas ODRs, su coste, utilización, accesibilidad, garantías, calidad, protección de datos y seguridad?

La respuesta, por el momento, dista de ser positiva, aunque sí esperanzadora. La pandemia puso sobre la mesa la necesidad urgente, no sólo de contar con tecnología apropiada sino con plataformas específicas, seguras, garantistas y, por supuesto, confidenciales, para que los conflictos sean resueltos *online* a través de la mediación. Y, también, la obligación de procurar su mayor difusión y puesta a disposición de todos los interesados. En realidad, puso de manifiesto lo que en su día pasó con la propia mediación: que siempre estuvo ahí, pero, o se la ignoraba o se la desconocía; o bien no se le prestaba la debida atención y nos acordábamos de ella -en lugar de por su utilidad y mejor y más adecuada forma de justicia- sólo cuando no nos queda otro remedio y queremos descongestionar la justicia ante el colapso judicial que ya estaba aquí y se prevé en aumento. ¿Qué hemos aprendido de todo ello?

A vueltas con utilizar la justicia alternativa como elemento meramente “descongestionador” ante la crisis de la justicia tradicional provocada por la pandemia

Ante la grave crisis judicial provocada por la pandemia Cov-19, no cabe duda de que la justicia alternativa salió reforzada, según el Especial Monográfico Covid-19 que publicó en 2021 la revista Anuario de Mediación. Los MASC pudieron seguir operando gracias a la innovación y a la tecnología, a través de los ODRs. Ello ocurrió, en general, tanto en el arbitraje como en la mediación *online*, e inmersos en los ODRS, gracias al incremento de los Métodos HRD -Resolución Híbrida de disputas en línea- También, las cláusulas híbridas o escalonadas ARB/MED (Arbitraje/Mediación) y las MED/ARB (Mediación/Arbitraje) crecieron considerablemente en el conjunto de ámbitos mercantiles y civiles que recurren a los ADR y, por extensión, a los ODRs. Así, según los datos proporcionados por las distintas conferencias emitidas en el Open de Arbitraje (2020) en esta crisis judicial sin precedentes a nivel mundial emergieron los ODRs, en general, y la mediación, en particular, para encontrar en un momento de crisis una oportunidad. Y, en esta situación, fueron numerosas las voces que, desde muy diversos ámbitos propusieron que una de las acciones que pudiera aliviar el colapso actual de la Justicia pasaría por implementar la E-justicia y la mediación.

De hecho, una de las recientes apuestas del legislativo español, enunciada en la exposición de motivos del referido Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal, trata de potenciar la negociación de las partes, directamente o a través de un tercero neutral a través de otros métodos adecuados de solución de controversias en vía no jurisdiccional. Medios que reducen el conflicto social, evitan la sobrecarga de los tribunales y son igualmente adecuados para gestionar y resolver la inmensa mayoría de los conflictos en materia civil y mercantil, rotulando que *“antes de entrar en el templo de la Justicia, se ha de pasar por el templo de la concordia”*. Con los MASC se pretende reducir la litigiosidad, avanzando hacia la cohesión social. De hecho, uno de los retos del Ministerio con el referido Proyecto de Ley, alineado con los marcados en el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, es el de impulsar la participación de la ciudadanía en el sistema

de justicia, devolviendo a las partes su capacidad negociadora. Los MASC ayudarán también a reducir la sobrecarga de los tribunales, impulsando un servicio público de Justicia sostenible. Para ello, dicha Ley de eficiencia, establece un requisito de procedibilidad en los procedimientos civiles y mercantiles, que exige haber intentado una solución consensuada con carácter previo a la interposición de la demanda. Las partes podrán cumplir dicho requisito mediante: la negociación directa entre las partes, la opinión de un experto independiente, la conciliación, la mediación o una oferta vinculante confidencial.

Si bien, el cuestionamiento, en el caso de la mediación, es un viejo conocido, a vueltas con utilizar los MASC como elementos meramente “descongestionadores” ante la crisis de la Justicia provocada por la pandemia: ¿hemos vuelto a recurrir a los MASC más que por lo que son: -justicia alternativa, extrajudicial y adecuada que realmente funciona- o, simplemente, el auge experimentado se debe a su utilización para descongestionar el poder judicial cuando éste está saturado, en este caso por la pandemia? No podemos obviar que, muchos sistemas han tendido a situar a los MASC/ ADRs al servicio del poder judicial, como alternativos al mismo, pero en situación de inferioridad y no como verdadera justicia alternativa (Cadiet, 2005). Así, los ADRs/MASC, han sido integrados en sus sistemas judiciales y jurídicos, más que por lo que son: -métodos extrajudiciales de solución de conflictos, alternativos al sistema judicial, que por sus especiales ventajas y características, funcionan mejor y son más aconsejables en determinados conflictos-, a considerarlos como meros mecanismos descongestionadores del poder judicial y, por tanto, no en el mismo plano de igualdad que la justicia tradicional, con el correspondiente perjuicio para la institución de la justicia alternativa, Gonzalo (2020).

En este sentido, si algo hemos aprendido es que no sirve de mucho centrarse en discusiones teóricas de este tipo (a vueltas sobre si los ADRs adquieren su protagonismo como descongestionadores judiciales o no) sino apuntar, como por otra parte señalaría cualquier profesional de la mediación, al futuro y a nuestros verdaderos intereses y objetivos. No es cuestión de posiciones sino de intereses. Si esta situación de crisis ha servido para incentivar a la justicia adecuada y alternativa, por ende, a los MASC, es algo que se debe certificar. Cuando, además, todo ello, es perfectamente compatible con el Derecho de acceso a la Justicia. Los MASC, como partes del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, se consideran fundamentales en la Justicia del S. XXI. Son ambas partes de la misma moneda, garantizando, una de sus caras, el acceso a la Justicia por la vía extrajudicial (arbitraje, mediación y el resto de MASC/ADR) y, por la otra, a través del acceso a los órganos jurisdiccionales estatales. No hay razón de ser para realizar tal diferenciación ni separación. Descongestionar la Justicia, modernizando así el sistema judicial, es perfectamente compatible con la garantía del Derecho fundamental de acceso a la justicia, a través de los ADRs/MASC y la democratización de todo el sistema judicial y el acceso a la Justicia que, entre todos, y con todos los medios que tenemos a nuestra disposición -judiciales

y extrajudiciales-, públicos y privados, presenciales y virtuales, debemos garantizar. La E-Justicia es también justicia, adecuada y alternativa.

Innovación, reformas e iniciativas propuestas en España

En España, sin ir más lejos, surgieron diversas iniciativas y planes de choque para evitar el colapso de la Justicia tras el estado de alarma. Entre ellas destacaron (todas en 2020) el Plan de choque del Consejo General del Poder Judicial; las Propuestas de la Abogacía Española; las del Consejo General de Procuradores; y las del Colegio Nacional de Letrados de la Administración de Justicia. En el conjunto de estas medidas figuraría recuperar el Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación (2019), que instauraría la sesión informativa obligatoria -la obligatoriedad mitigada de la mediación- en materia de familia (en supuesto de separaciones, o divorcios, en modificación de medidas, en fijación de medidas de relaciones paternofiliales, parejas de hecho, etc.); en arrendamientos (desahucios, reclamaciones de cantidad); herencias o división de patrimonios (comunidad de bienes, sociedades conyugales, civiles, etc.); mercantil (mediación concursal; propiedad intelectual, industrial, y transportes, cumplimientos contractuales, reclamaciones de cantidad, etc.); en conflictos derivados de la propiedad horizontal (impugnación de acuerdos, reclamaciones de cantidad, etc.); e, incluso, en materia tributaria, con el fin de contribuir a liberar importantes cantidades retenidas en las cuentas de depósitos y consignaciones de los tribunales (Gonzalo, 2021, diciembre, 15)

También, conforme a las propuestas recogidas en el trabajo de Murciano (2020), se abogó por numerosas modificaciones de nuestra legislación, como por ejemplo, la reforma del artículo 77 LJCA, dirigida a introducir una modificación legal que determine la viabilidad de la mediación intrajudicial; la modificación del artículo 65 LRJS, para que sugiera la ampliación de los plazos de caducidad en la mediación y/o conciliación preprocesal, lo que contribuirá a que la mediación mantenga un carácter efectivo. La reforma de los artículos 55 y 59 de la LRJS para generalizar la comunicación telemática de los juzgados con los servicios de mediación, FOGASA u órganos de la administración, evitando el correo certificado, al tiempo que se equipara la regulación de la comunicación edictal en la LRJS a la LEC, incorporando el instrumento del Registro Central de Rebeldes Civiles. Además, la modificación del artículo 404 LEC sobre la posibilidad de denegar la admisión de la demanda si incluye pretensiones que han sido objeto de procedimientos anteriores por otros litigantes con el mismo objeto u objeto similar, entendiéndose que no se ha tenido en cuenta que una de las formas de finalización de la mediación puede ser sin acuerdo. Y, por último, la reforma del artículo 414 LEC; mediante la cual, en el plazo de veinte días dado a las partes para la audiencia, se les habrá de informar de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación, en cuyo caso éstas indicarán en la audiencia su decisión al respecto y las razones de la misma.

Diversas propuestas y ejemplos prácticos que prueban fehacientemente cómo la mediación puede ayudar al colapso judicial producido por la COVID, y así hizo, mostrándonos todo lo que con ello hemos aprendido y podemos

seguir aprendiendo desde el punto de vista cultural (Wilhelm, 2020) y legislativo (Olivas, Campos y Gonzalo (2021, octubre, 22). No obstante, la justicia alternativa online fue la solución perfecta y, durante la pandemia, la única prácticamente posible, ante la imposibilidad y el cierre de los juzgados. Además de procurar la mejor y más adecuada justicia, basada en la empatía, la rapidez, la confidencialidad, acuerdos “a medida” y particulares para cada caso procurando llegar a soluciones rápidas a través del acuerdo y el diálogo, en el marco de cultura de paz a la que deberíamos caminar tras la pandemia, lejos de lo que hoy contemplamos.

En definitiva, si algo hemos aprendido, es que en esta “nueva” sociedad, se han de proporcionar y desarrollar mecanismos adecuados para una gestión adecuada de conflictos a través de las TICs. La sociedad digital de hoy en día quiere todo a golpe de clic. También la Justicia, por lo habitual molesta, se desearía desde la comodidad de sus hogares, sin presentarse ante un tribunal y esperar un turno que no llega y, cuando lo hace, suele ser demasiado tarde para que, obteniendo la solución que sea, uno se sienta más bien “ajusticiado” que con la sensación de haber hecho Justicia. Sin embargo, el marco de igualdad de partes y garantías que establece la mediación, a través de la mediación *online* como ODR, un modo rápido, cómodo, económico y accesible *online*; es una manera garantista y poderosa de ampliar el acceso a la justicia a través de un proceso sencillo y obtener una resolución rápida, justa y a bajo coste, contribuyendo, además, a no colapsar el sistema judicial. Para ello, son necesarias plataformas de mediación *online*, que conozcan tanto los profesionales de la mediación como la sociedad, procurando la tecnología apropiada para ello.

De este modo, estamos ante el gran reto de la mediación *online* y de la E-Justicia alternativa. La posibilidad de trabajar en línea para los mediadores profesionales en la gestión de conflictos ha actuado como un detonante en los complicados momentos que globalmente nos está tocando vivir. De ahí que, en un futuro que ya es presente, las nuevas tecnologías aplicadas a la mediación para conflictos contractuales se han de incluir y tener muy presente como uno de los caminos a seguir. A través de las TICs, plataformas de ODR que apuestan por las nuevas tecnologías y vías basadas en la cooperación y el acuerdo con suficientes e inequívocas garantías. Hemos aprendido que tenemos que adaptarnos a la realidad actual proporcionando y previendo respuestas para los conflictos a través de soluciones que sean ágiles, económicas, manejables y en un solo clic. Ya es un hecho que, incluso sin recurrir a las plataformas, en tiempos de pandemia y -desde antes-, aunque no las conociésemos o no las usásemos, los abogados, mediadores y los árbitros, especialmente los internacionales para las audiencias, gestionábamos conflictos en remoto. Los mediadores somos esenciales al ofrecer, simplemente, a los ciudadanos su gestión de conflictos online. Sólo haría falta difusión y conocimiento en este sentido para poner en contacto a todos los implicados.

En este punto, el art. 7 del Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, concreta las actuaciones desarrolladas por medios telemáticos. Proyecto de ley que regula también las medidas

imprescindibles para la digitalización, adaptando la legislación española a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Modifica así la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, teniendo en cuenta que la regulación completa se desarrolla en el anteproyecto de ley de eficiencia digital del servicio público de justicia. No hay que olvidar que los MASC buscan garantizar mejor los derechos de la ciudadanía por vías menos costosas y que llevan menos tiempo y para ello nos podemos servir también de las nuevas tecnologías. Se trata, en general, de lograr el cambio de la cultura del litigio hacia la cultura del acuerdo, a través de la herramienta (digital o presencial) más precisa.

Telemediación o Mediación *online*

El concepto de Telemediación surgió a raíz de varios trabajos encomendados a la autora de esta investigación, en plena pandemia. El primero, en el libro coordinado por Sánchez García (2020) que fue de las obras incipientes que surgieron al respecto. El segundo, en la entrevista y artículo publicado en *Amediar* (2021, noviembre, 8), junto al Prólogo del libro de Prieto (2020) que fue la primera obra en recoger el concepto de telemediación, incluso en el mismo título. La telemediación y, por ende, el/la telemediador/a es un tipo de teletrabajo asociado a la solución de conflictos. Es la transformación digital aplicada a la mediación: mediación en línea o telemática, cuyas claves nos enunciaron Alzate y Vázquez (2014). Es hacer mediaciones *online*, a distancia, con todas las garantías y salvaguardas de la mediación, respetando todos sus principios básicos de forma integral, completa y segura. Una mediación a través de una plataforma protegida, sólida e invulnerable, autónoma, confidencial y con las mismas cautelas y garantías que encontramos en un procedimiento de mediación de carácter presencial. Para ello, obviamente no sólo tenemos que contar con mediadores profesionales debidamente formados y capacitados, sino que, además, tenemos que ser digitalmente competentes.

De este modo, gracias a la pandemia, hemos aprendido que los mediadores han de adquirir las habilidades digitales necesarias, a la vez que contar con plataformas seguras que nos permitan desarrollar nuestro trabajo en línea con todas las garantías y cautelas requeridas al amparo de la tutela (extra)judicial efectiva que conlleva el mismo. Ahora bien, al igual que no se debe confundir el teletrabajo con meramente una conferencia o trabajar desde casa, los profesionales deberíamos no confundir una plataforma ODR con un gestor documental. La mediación electrónica es: *«Un proceso que se realiza total o parcialmente por medios electrónicos, de forma más o menos simplificada, con la intervención de un tercero que ayuda a las partes que intentan alcanzar por sí mismas un acuerdo, en el que siempre se ha de garantizar la identidad de los participantes y el respeto a los principios de la mediación previstos en la ley.»* (Conforti, 2020). Las plataformas son una categoría o modelo de servicio *Cloud Computing* que proporciona a las instituciones y empresas un espacio para desarrollar, ejecutar y administrar una amplia gama de procesos, conocidas por el acrónimo ODRS (*Online*

dispute resolution supplier). Confusión que obstaculiza el desarrollo de la mediación por medios electrónicos. Siempre teniendo claro, según Prieto (2020, abril, 30) que, por supuesto, una cosa es la telemediación y otra muy distinta la utilización de medios electrónicos en la mediación.

Y, es que, por supuesto, ya antes de la pandemia existían plataformas para la resolución de conflictos de gran éxito y fiabilidad, pero la mayoría de las empresas, trabajadores y usuarios las desconocían a nivel nacional e internacional. Ahora bien, tras el aumento exponencial del teletrabajo y, en consecuencia, de los conflictos a él asociados, se evidenció la acuciante necesidad de las mismas, de su mayor difusión, financiación y apoyo institucional. Y ello, a nuestro modo de ver, es uno de los exiguos aspectos positivos que ha traído la pandemia. Trabajadores y empresas de todo el planeta son conscientes de que en un mundo donde el teletrabajo es un futuro que ya es presente, y cada vez irá a más, deben garantizarse los ODRs adaptados a esta “nueva realidad” en que la telemediación jugará un papel fundamental. La revolución tecnológica en la profesión del mediador y el futuro inmediato que la espera desde el teletrabajo se ha visto, así como una oportunidad para que diversas plataformas de gestión de conflictos online, realmente innovadoras, estén intentando despegar y ofrecer a sus usuarios -mediadores, trabajadores, empresas y sociedad- una posibilidad fiable, rápida, segura, cómoda, confidencial y, por supuesto, con todas las garantías derivadas de la tutela judicial efectiva. Todo ello, trabajando desde casa. En definitiva, lo que aquí se ha denominado telemediación y, por ende, el telemediador/a, como un tipo de teletrabajo asociado a la solución de conflictos. Veamos, a continuación, su incardinación y algunas de sus principales características.

Diferenciación: Mediación telemática, plataformas predictivas e inteligencia artificial

En primer lugar, se ha de diferenciar claramente la mediación *online*, aplicada a través de distintas plataformas, de la Inteligencia artificial exclusivamente empleada en los procedimientos de mediación. En las plataformas predictivas dejamos a expensas de dicha plataforma, que actúa por su cuenta sobre la base de algoritmos, el resultado de nuestro conflicto. No hay factor humano más que en el diseño inicial de dicho algoritmo predictivo. De manera que existe una cierta “deshumanización” contraria a la naturaleza y principios de la propia mediación ¿Qué ocurre si falla o se manipula el algoritmo? Manipulación que puede no ser consciente, sino a través del sesgo del programador que, además, ¿sería éste un mediador/a o un informático/a? ¿Debería tener formación en mediación? ¿Generaría el propio programa su particular sesgo a base de la generalidad de unas predicciones sin tener en cuenta el caso particular? ¿Podríamos denominar a esto mediación – gestión o “traje a medida” para cada caso concreto- que aquí obviamente no se contempla? Si ni siquiera un mediador/a puede decidir los resultados de un conflicto, sino que son las propias partes las que llegan a acuerdos con su ayuda ¿cómo entonces, podrías dejar aquí a un algoritmo decidirlo y llamarlo mediación? ¿dónde está la capacidad y autonomía de la

voluntad de las partes para llegar a sus propios acuerdos? ¿Sería válido este acuerdo en el que claramente no intervienen las partes? ¿Se puede llamar a esto mediación? Entendemos que no. La resolución de conflictos a través de plataformas predictivas donde no interviene un factor humano, a nuestro juicio, no es mediación. Desvirtúa en sí misma la esencia de la mediación y es contraria a sus principios y a sus virtudes medulares. Sin embargo, en la mediación en línea la esencia de la mediación no se pierde. Ésta es todavía un híbrido entre la parte humana de la mediación, a la que debe gran parte de su éxito, ya que en la mediación el componente humano es fundamental.

En cuanto a las plataformas, en Europa se han hecho grandes avances en este sentido, si bien más enfocados en el ámbito del consumo. La plataforma de la Unión Europea para gestionar en línea los conflictos de consumo es su buque insignia. En el resto, desde que Colin Rule, pionero en ODR, a finales de la década de los '90 y director de los servicios de resolución de disputas en empresas como eBay y PayPal, lanzó la plataforma MODRIA, con sede en San José (California), se han sucedido diversas plataformas electrónicas altamente reconocidas y garantizadas. No obstante, éstas todavía no son conocidas globalmente en el ámbito de la mediación y su uso en estos años ha sido muy reducido. En este sentido, creemos que, además del trabajo del telemediador propiamente dicho, lo realmente necesario es establecer modelos para estas plataformas y, de aquellas que están ya creadas y que han dado buena cuenta de su viabilidad y solvencia, difundirlas para que, tanto los mediadores como los ciudadanos, las tengan presentes a la hora de resolver sus conflictos.

Si bien, insistimos en que los ODRs han existido desde hace mucho tiempo, al igual que el teletrabajo, éstos no eran los métodos más habituales utilizados para resolver conflictos (Gonzalo y Cazorla, 2020). Con su expansión la telemediación no debería quedar rezagada. Además, no sólo el teletrabajo es una nueva oportunidad para la telemediación, sino que ésta implicaría una mejora en el acceso a la justicia por parte de gran parte de la sociedad que, hasta la fecha, desconocía los ODRs y, en todo caso, sin necesidad de que ésta sea en línea, habrían siquiera oído hablar de la posibilidad de acudir a resolver sus conflictos mediante la mediación sin más. En estos últimos cinco años se ha avanzado mucho en materia de herramientas ofimáticas y software de teletrabajo que nos ayudan y permiten realizar nuestras mediaciones en línea o atender a los clientes sin tener que hacer un gran desembolso económico. Y una de las vías de conocimiento de las alternativas existentes consisten en precisar las plataformas a las que podemos acudir, incluso gratuitas y en las que ya estamos sin muchos saberlo. Los propios abogados en España disponemos, muchas veces sin tener conocimiento de ello, de diversas Tics en nuestros propios Colegios profesionales que nos permitirían hacer mediaciones online sin coste alguno. También, es interesante tener claro aquello que no deberíamos hacer en la telemediación. Por ejemplo, expertos en la materia, no recomendarían realizar una mediación electrónica por medios asincrónicos (SMS, email, foros, WhatsApp), ni videoconferencias en medios privados de uso público gratuitos, (Messenger, hangouts, Zoom, Skype, etc.) por los riesgos a los que nos enfrentamos de posible suplantación

de identidad, manipulaciones o engaños (Prieto, 2020). La tecnología Blockchain y el campo de la ciberseguridad es un elemento trascendental a utilizar. En el ámbito de la mediación, son diversas legislaciones las que la contemplan sin que sea necesaria hacer una reforma legal para utilizarla. Por ejemplo, en España el artículo 24 de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante LMed, que la regula, prevé que la mediación pueda llevarse a cabo por medios electrónicos, incluyendo videoconferencias o “Skype”, pero también “mail”, teléfono y cualquier otro medio de comunicación no presencial entre personas. La seguridad y los datos van de la mano, no se pueden descuidar. En todo proceso por medios electrónicos se deben cumplir unos requisitos de exigibilidad.

El principal inconveniente que encuentra la telemediación es la transición o transformación de la mentalidad de la sociedad y de los profesionales de la propia mediación. Pero, no nos podemos quedar atrás. En nuestro deber de formación continua, estamos obligados, una vez más, a reciclarnos y adquirir los conocimientos y habilidades necesarias para ser capaces de seguir con nuestra labor y ofrecer servicios en línea de calidad, que respeten las normas de protección de datos, con la máxima ciberseguridad acreditando la confidencialidad y privacidad de las partes y sus datos. Es necesario garantizar un acceso a la tutela judicial efectiva con altos estándares de profesionalidad y de excelencia, también en remoto. Bajo estas premisas, el resultado de esta investigación apuesta por un método híbrido. Son bienvenidos los métodos electrónicos utilizados en los procedimientos de mediación, pero no aquellos basados exclusivamente en plataformas predictivas de resolución de conflictos. El factor humano es fundamental en la resolución de conflictos a través de la mediación y siempre, consideramos, ha de estar. Para reforzar estos argumentos, a continuación, se analizarán algunas consideraciones jurídicas derivadas de su regulación.

Regulación de la mediación *online*: Europa y España

Hace más de una década, en el ámbito europeo, la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles, en su considerando 9º, estableció que: *“la presente Directiva no debe impedir en modo alguno la utilización de las nuevas tecnologías de comunicaciones en los procedimientos de mediación”*. Su propósito era claro. Contempla el uso de los medios electrónicos o telemáticos en la mediación, pero no delega la legitimidad de la decisión, el acuerdo, a una plataforma predictiva. De hecho, etimológicamente el término acuerdo implica la participación entre dos o más partes y la autonomía de la voluntad de estas. Sin embargo, si un tercero (humano, algoritmo o plataforma) es el que decide el resultado del conflicto, no hay acuerdo que valga. La mediación como tal no existiría, ni el en fondo ni en la forma.

Al igual ocurre en los ordenamientos internos. Por ejemplo, en España, la citada Directiva de 2008 fue transpuesta al ordenamiento jurídico español a través de la LMed. Su artículo 24, es más concreto que la Directiva. Ofrece la posibilidad de que todas o alguna de las actuaciones de mediación, incluida

la sesión constitutiva y las sucesivas que estimen conveniente, se lleven a cabo por medios electrónicos, por videoconferencia u otro medio análogo de transmisión de la voz o la imagen, siempre que quede garantizada la identidad de los intervinientes y el respeto a los principios de la mediación previstos en dicha Ley. También se recomienda este sistema para las reclamaciones de cantidad que no excedan de 600 euros. De igual modo, se establece en el artículo 7 del Proyecto de ley de medidas de eficiencia procesal referido.

La parte humana es, pues, fundamental. Y, lo mismo, se colige del desarrollo del procedimiento de mediación *online* realizado en el Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre. Así, el ordenamiento español, al igual que la práctica totalidad de los ordenamientos europeos e iberoamericanos, no regula el fondo de la mediación *online*, sino que da luz verde a la interpretación de su regulación. Eso sí, siempre y cuando se cumplan estos dos preceptos fundamentales: garantizar la identidad de los intervinientes y respetar los principios de la mediación. Bajo estos considerandos, no ha lugar a plantear el falso debate entre mediación *online* y mediación en plataformas predictivas. Reiteramos que, bajo nuestro punto de vista, estas últimas no cumplen los mínimos exigibles para ser consideradas ni mediación ni justicia, adecuada ni alternativa.

Telemediador/a: cautelas a tener en cuenta derivadas de sus funciones.

De todos es conocido que el mediador, como profesional del “*arte del encuentro*” (Gonzalo, 2017, septiembre, 20) o, parafraseando a Ury (2000) “*El profesional del arte de hacer que el otro se salga con la nuestra*”; es esa tercera persona dotada de una preparación técnica específica que, desde una posición de neutralidad, sin tener ninguna capacidad decisoria, interviene en el conflicto con la finalidad de que las personas involucradas en la controversia racionalicen, con su ayuda, una salida negociada que ponga fin al litigio, según un conjunto de definiciones relativas a la mediación y los *ADRs* (Gonzalo, en prensa). Más allá del concepto de mediador, podemos hablar de telemediador refiriéndonos a aquel sujeto que, reuniendo las mismas características de un mediador, facilita la resolución de conflictos sin necesidad de trasladarse, ya que los avances tecnológicos le brindan la posibilidad de mediar virtualmente con independencia de donde se encuentren localizadas las partes (Talavera, 2015). Es decir, su función es la misma que la de un mediador, haciendo de puente entre los sujetos implicados en el conflicto y facilitando la comunicación con el fin de alcanzar un acuerdo duradero en el tiempo que resulte satisfactorio para ambos.

Entre las cautelas que deben tener en cuenta los telemediadores, se recogen las enunciadas por Quintana (2013, octubre, 1). En primer lugar, el telemediador deberá cerciorarse de la accesibilidad y cultura digital de las partes: es decir, que todas las partes tengan acceso al sistema telemático que se vaya a utilizar (plataforma, videoconferencia, aplicación informática, etc.) y que sepan utilizarlo. Incluso en los casos en que los mediados manifiesten estar familiarizados con tales métodos, convendría asegurarse de ello, para lo cual sería recomendable hacer previamente algún tipo de

prueba. El medio (electrónico) no puede nunca convertirse en un obstáculo para el fin perseguido con la mediación (ayudar a las partes a gestionar su conflicto). En segundo lugar, se ha de acreditar que los principios básicos de la mediación están garantizados: así, en cuanto a la confidencialidad, los mediadores establecerán con las partes qué conversaciones son individuales y cuáles afectan a todas ellas, evitando todo atisbo de ambigüedad. Por ejemplo, señala Quintana, que podría fijarse el criterio de que, cuando el mediador remita algo conjuntamente a todas las partes, las respuestas deberán ir dirigidas a todos los intervinientes y no solo a dicho mediador y, lo mismo, cuando sea personalizado, a modo de caucus o, como sería aquí más acertado: telecaucus. Obviamente, en todo caso, el telemediador, tendrá la obligación de garantizar la voluntariedad, la neutralidad, la imparcialidad, la buena fe, la flexibilidad del proceso y el carácter personalísimo del mismo también por medios electrónicos. No podemos obviar que el hecho de emplear medios electrónicos no puede alterar al clima de confianza que exige la mediación. Si bien, la mediación online dificulta el análisis del lenguaje no verbal y paraverbal (excepto en una videoconferencia) ello nos lleva, en la telemediación, a cuidar más el lenguaje verbal: vocabulario y formas, de cortesía, junto a las herramientas y técnicas de la profesión de mediación: reformulación, resumen, parafraseo, etc.

La tercera cautela fundamental, deriva de acreditar la identidad de las partes. Se han de evitar las suplantaciones de personalidad, más fáciles y habituales *per se* en medios electrónicos. Con ello también se evita que alguno/s de los participantes se pudiera oponer al cumplimiento del acuerdo, alegando que “no fue él” quien prestó su conformidad. Cautela que, hoy por hoy, es fácil de practicar al contar, las aplicaciones y plataformas digitales, de un sistema garantizado de firma electrónica, similar al de los organismos oficiales. Quintana (2013) nos advertía de la circunstancia de que, todavía, antes de la pandemia, eran la mayoría los mediadores que carecían de tales herramientas, y les conminaba a que, en tales casos, podían convenir con las partes cualquier forma de validar su identidad: *“como establecer una contraseña alfanumérica para incluir al principio o final de los mensajes, por ejemplo, o asignar a cada cliente, y hasta que concluya el proceso de mediación, una cuenta de correo ligada a un servidor administrado por los mediadores, pasando por todas las posibilidades que permiten las operaciones en la nube”*. En cuarto lugar, se exige la verificación de toda la información y exhibición de documentos electrónicos mediante fórmulas, como las del acuse de recibo, en las que conste que la información ha sido recibida. Por último, en cuanto a la comunicación, cuando se empleen correos electrónicos: *“se tendrá en cuenta que no todo el mundo interpreta igual las abreviaturas y el lenguaje simplificado. Es preferible, por tanto, escribir lo más ortodoxamente posible, para evitar confusiones y malentendidos. Muchas veces, el reenvío continuo de mensajes y contestaciones hace que algunos de ellos “se pierdan” en el camino, dificultando de esta forma el diálogo y entorpeciendo la mediación. Es preferible que haya una sola respuesta por mensaje, pues esto mantiene el ritmo y facilita el seguimiento del proceso”*.

Nuevas Tecnologías aplicadas a los RAL en la UE

La Comisión Europea viene publicando todos los años el Cuadro de indicadores de Justicia en la UE, que ofrece un análisis comparativo de la eficiencia, la calidad y la independencia de los sistemas judiciales de todos los Estados miembros. El último, correspondiente al año 2021, nos ofrece un estudio relativo al acceso a la justicia alternativa en la UE bastante completo. Analiza los esfuerzos que realizan los Estados miembros para promover el uso voluntario de dichos métodos a través de incentivos específicos, que pueden variar en función de la materia concreta dónde se prevean. Sin embargo, el informe señala que las acciones para promover e incentivar el uso de ADR no termina de cubrir las expectativas creadas para la apuesta decidida de usar los métodos de resolución alternativa de litigios (RAL) antes de acudir a la vía judicial, y en algunos Estados plantea dudas sobre su compatibilidad con el derecho a un recurso efectivo ante un tribunal, tal como consagra la Carta de la UE de Derechos Fundamentales. En cuanto a la terminología, resulta curioso que, hasta 2021, la Comisión se refería a los ADRs utilizando el acrónimo MASC: Métodos -Adecuados- de Resolución de Conflictos y, a partir de 2021, lo ha cambiado por el de Métodos RAL (Resolución Alternativa de Litigios), en el Informe sobre la situación de la justicia en todos los Estados Miembros: Cuadro de indicadores de la justicia en la UE (2021). Momento en el que, precisamente, en España, adoptamos el de Métodos -Adecuados- en la nueva Ley de medidas de eficiencia procesal del sistema público de justicia (2022).

El informe anterior (2020) concluía confirmando el aumento de la utilización de los MASC en disputas privadas en comparación con años anteriores, gracias, principalmente, a la introducción de más incentivos para su uso y la constatación, por segundo año consecutivo, de una ligera expansión de los ADRS en conflictos administrativos, ahora, permitidos por más de la mitad de los Estados miembros. En el último año analizado (2021) la Comisión Europea, al igual que el presente trabajo, se ha centrado exclusivamente en las nuevas tecnologías, en concreto a las facilidades de acceso aplicadas a los RAL, en especial, en las prácticas de su acceso *online* y a un análisis telemático de los RAL. Así, el cuadro de indicadores de la justicia en la UE (2021) ha ampliado el análisis de las formas en que los Estados miembros promueven el uso voluntario de los RAL, en sus conflictos privados, analizando, en particular, el uso y la implementación de las tecnologías digitales.

Gráfico 1. Promoción e incentivos para la utilización de los métodos de RAL, 2020

Fuente: Comisión Europea, Cuadro de indicadores de la justicia en la UE, en su Gráfico 27.

De este modo, el gráfico 27 muestra los esfuerzos de los Estados miembros por promover el uso voluntario de métodos de resolución alternativa de litigios (RAL) a través de incentivos específicos, que pueden variar en función del ámbito del Derecho. Del estudio general se desprende que diecisiete Estados miembros ofrecen la posibilidad de incoar procedimientos o de interponer una demanda y presentar pruebas documentales por vía telemática, en determinados tipos de litigios civiles y mercantiles. En diecinueve de ellos, se puede notificar por vía electrónica a las partes la incoación de un procedimiento y su estado de tramitación, y en otros doce Estados se permite el pago electrónico de las tasas aplicables. Por último, ocho Estados miembros contemplan la utilización de tecnologías como aplicaciones de inteligencia artificial o asistentes virtuales para facilitar la utilización de los RAE, como métodos de justicia alternativa.

Sería muy interesante si en lugar de facilitar los datos acumulados de las distintas ADR, se pudiesen desglosar para saber cuál es el apoyo real que tienen los distintos RAL en la UE para así hacer una radiografía más fidedigna de la situación de estas herramientas dentro de la Justicia. Buscar una solución amistosa de conflictos es una tarea obligatoria para mejorar la calidad de la Justicia, a menos que sea inapropiado debido a la naturaleza del caso, y ello en cumplimiento al Derecho fundamental al acceso a la Tutela Judicial efectiva que, en Europa, debería estar incentivado y garantizado por todas las vías posibles: judiciales y extrajudiciales y, ahora también, en forma de E-Justicia.

Conclusiones

Existe un antes y un después de la gestión de los conflictos a través de la justicia alternativa, la innovación y los medios telemáticos y electrónicos aplicados a la misma a través de los ODRS, en general y la telemediación o mediación online, tras y durante la pandemia Covid-19. La revolución tecnológica en la profesión del mediador y el futuro inmediato desde la resolución de conflictos en línea, se ha visto como una oportunidad para que diversas plataformas de gestión de conflictos online, realmente innovadoras, estén intentando despegar y ofrecer a sus usuarios -mediadores, trabajadores, familias,

empresas y sociedad, en general- una posibilidad fiable, rápida, segura, cómoda y confidencial y, por supuesto, con todas las garantías propias de la tutela judicial efectiva. Todo ello, desde casa: mediadores, mediados y, en su caso, los abogados y otros profesionales necesarios en el marco del Derecho Colaborativo. Lo que aquí hemos denominado la telemediación y, por ende, el telemediador/a como un nuevo tipo de teletrabajo asociado a la solución de conflictos. Así, en estos tiempos de crisis, la justicia alternativa ha vuelto a hacer de la necesidad virtud y son varias las cosas que hemos aprendido.

La pandemia puso sobre la mesa la necesidad urgente, no sólo de contar con tecnología apropiada sino con plataformas específicas, seguras, garantistas y, por supuesto, confidenciales, para que los conflictos sean resueltos online a través de la telemediación y distintos ODRS, HDRS o métodos híbridos. Entre las cosas que hemos aprendido, destaca la obligación de procurar su mayor difusión y puesta a disposición de todos los interesados. En realidad, ha puesto de manifiesto lo que en su día pasó con la propia mediación, que siempre estuvo ahí, pero, o bien se la ignoraba o desconocía, o bien no se le prestaba la debida atención y nos acordábamos de ella -en lugar de por su utilidad y mejor forma de justicia alternativa- para cuando no nos quede otro remedio y queríamos descongestionar la justicia, ante el colapso judicial que imperó a nivel mundial en la pandemia provocada por la Cov-19.

De este modo, aunque hace tiempo que el trabajo y la mediación a distancia estaban inventados, su carácter había sido residual y poco utilizado. Hasta ahora, los *ODR* y, en concreto, la mediación *online*, sólo eran conocidos por la doctrina más especializada, pero, apenas eran populares ni usados en la práctica. La COVID 19 nos catapultó, sin embargo, hacia el teletrabajo, y con él hacia la posibilidad de telemediación e incrementar la utilización de los ODRS. Así, hemos aprendido que las medidas adoptadas por los ODRS y la telemediación son útiles, prácticas, resolutivas y eficaces. De ahí que no deberíamos contemplarlas sólo en situaciones de crisis y de emergencia, como algo transitorio o que sirva para descongestionar la justicia, sino que hay que hacer de ellas algo estable, como un instrumento más de justicia que preste la ayuda que necesita la sociedad para resolver sus conflictos.

Tras aclarar la distinción conceptual entre inteligencia artificial y justicia alternativa (mediación, plataformas predictivas y jurimetría); el resultado de esta investigación apuesta por un método híbrido. Son bienvenidos los métodos electrónicos utilizados en los procedimientos de mediación, pero no aquellos basados exclusivamente en plataformas predictivas de resolución de conflictos. El factor humano es fundamental en la resolución de conflictos a través de la mediación y se ha de exigir y garantizar.

Mención especial trata de la importancia de la solidaridad en dicha gestión. Como profesionales con un alto grado de resiliencia que somos los especialistas de la resolución de conflictos, es un hecho que, apenas en los primeros momentos pandémicos se establecieron servicios de mediación online con carácter urgente, totalmente solidarios, en plataformas de videoconferencia gratuitas, junto a profesionales ofreciendo mediación online de forma profesionalizada. En esos momentos, estas medidas eran de carácter urgente provocado por la emergencia sanitaria, comparables a la emergencia

surgida hoy por la guerra de Ucrania en la que muchos profesionales de la mediación y, hasta la propia CUEMYC, nos hemos ofrecido voluntaria y altruistamente para colaborar, desde la mediación y la cultura de paz, para ayudar en este conflicto.

Hemos, también, aprendido que tenemos que adaptarnos. Los profesionales de la mediación estamos obligados a reciclarnos, formarnos continuamente y adquirir los conocimientos y habilidades que nos habiliten de forma que seamos capaces de seguir con nuestra labor y ofrecer servicios de mediación en línea de calidad, que respeten las normas de protección de datos, teniendo en cuenta que se debe de ofrecer la máxima ciberseguridad, respetando la confidencialidad y privacidad de las partes y sus datos. Con ello, seguiremos garantizando el acceso extrajudicial a la justicia con altos estándares de profesionalidad y de excelencia, también a distancia.

Así, también hemos aprendido a valorar y utilizar más los ODR. De hecho, ya habíamos puesto de manifiesto que ha resultado curioso cómo uno de los mayores miedos tecnológicos de nuestra era, “que la tecnología nos robara nuestro trabajo”, haya resultado ser en parte nuestra salvación o, al menos, una vía que nos ha facilitado a los mediadores seguir trabajando en plena pandemia. Sin las Tics aplicadas a diversos sectores no se hubiera podido mantener la actividad mediante teletrabajo y el descenso en productividad e incremento de paro provocado por la Covid19 hubieran sido todavía mayor y con ellos los conflictos contractuales, sociales y personales a ello asociado. Tampoco hubiéramos podido dar respuesta a poder gestionar conflictos contractuales a través de los ODRs que, aunque ya eran conocidos y estaban ahí, a raíz de la pandemia se han disparado como métodos eficaces para gestionar conflictos contractuales de todo tipo.

Hemos aprendido que tenemos que estar preparados y, para ello, es esencial que nos sigamos formando en tecnología y en telemediación. Se ha recorrido un largo camino, pero aún queda mucho por hacer. Es necesaria, en este sentido, crear cultura social en dos ámbitos tan necesarios como complementarios: -teletrabajo y mediación: telemediación-, y que tanto los poderes públicos como las empresas desarrollen planes y políticas que los fomenten, por mutuo beneficio. Si bien, la situación generada por la Covid-19 fue un detonante que aceleró este proceso de cambio, todavía está por ver si los Estados y empresas hayan tomado buena cuenta de ello, en cuanto a potenciar el teletrabajo, los ODRs y la telemediación. Deberíamos contar con servicios profesionales de telemediación y plataformas ODR certificadas y garantizadas por los correspondientes Ministerios de Justicia de sus respectivos países que garanticen el acceso a la Tutela Judicial Efectiva online de la E-Justicia a través de telemediaciones en el marco de la Cultura de Paz que, ¿por qué no?, también se hace a golpe de Tics.

Después de todo lo ocurrido no podemos seguir aferrándonos a un pasado que ciertamente se ha demostrado tan ineficaz como vulnerable en cuanto a su adaptación a la “nueva realidad” y a la gestión online de los conflictos derivados de la misma. El teletrabajo es una nueva oportunidad para la telemediación. Se ha de aprender de lo ocurrido. Afrontar la situación para anticiparnos a nuevas contingencias que vendrán y planificar estrategias

exitosas en el campo del teletrabajo y la telemediación. En definitiva, el cambio principal está en nosotros mismos, en aceptar que los tiempos cambian y que las tecnologías de la información y la comunicación conviven entre nosotros e interaccionan en nuestro ámbito profesional. Materias de nuevas tecnologías, transformación digital, resolución híbrida de conflictos, RealCoin, etc. Todo un cambio de paradigma en la resolución de conflictos.

La mediación ha de actualizarse, prepararse para los tiempos que corren y reciclarse si no queremos caer en la brecha digital. Una brecha que muy probablemente signifique apartarnos del mercado y de la sociedad y quedarnos atrás en un mundo digital. Tenemos mucho camino que recorrer y no tanto tiempo para hacerlo, cuando, además, el marco temporal que nos fija la Agenda de los ODS nos pone el plazo máximo de 2030. En todo caso, debemos seguir aprendiendo de lo ocurrido. Afrontar la situación para anticiparnos a nuevas contingencias que vendrán y planificar estrategias exitosas en el campo de los ODRs, HRDs, ODS, telemediación y cultura de paz, tratando de mejorar, o al menos, como decía Camus (1957) “*impidiendo que el mundo se deshaga*”.

Referencias

- Abogacía Española Consejo General (2020). *Propuestas de la Abogacía Española para la agilización procesal*. <https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2020/04/PROPUESTAS-DE-LA-ABOGAC%C3%8DA-PARA-AGILIZACI%C3%93N-PROCESAL.pdf>
- ACNUR (2022). Informe Refugees fleeing Ukraine (since 24 February 2022). <https://data2.unhcr.org/es/situations/ukraine>
- Alzate, R., y Vázquez, E. (2014). *Resolución de disputas en línea (RDL). Las claves de la mediación en línea*, Madrid, España: Reus S.A.
- Amnistía Internacional (2022). Documentación de las violaciones de derechos humanos y del derecho internacional humanitario en Ucrania. Recuperado de <https://www.es.amnesty.org/en-que-estamos/campanas/conflicto-rusia-ucrania/>
- Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia (2020, diciembre, 15). <https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/APL%20Eficiencia%20Procesal.pdf>
- Azparren, A. (2020, abril, 21). *La mediación, una vacuna ante la pandemia litigiosa*. <https://confilegal.com/20200421-la-mediacion-una-vacuna-ante-la-pandemia-litigiosa/>,
- Bueno, F. (2010). E-justicia: Hacia una nueva forma de entender la justicia, *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y Arbitraje*, 1, 1-10.
- Cadiet, L. (2005). Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution ¿Alternative à la justice ou justice alternative?, *Perspectives comparatives*, París, Francia. Lexis Nexis.
- Camus, A. (1957, diciembre, 10) *Discurso de aceptación del Premio Nobel de Literatura*, <https://www.ersilias.com/discurso-de-albert-camus-aceptando>

- el-premio-nobel-de-literatura-del-ano-1957-pronunciado-en-estocolmo-el-10-de-diciembre-de-1957/
- Colegio Nacional de Letrados de Justicia (2020). *El Colegio Nacional de Letrados de Justicia aportará sus propuestas para la recuperación de la justicia*. <https://letradosdejustizia.es/el-colegio-nacional-de-letrados-de-justicia-aportara-sus-propuestas-para-la-recuperacion-de-la-justicia>
- Comisión Europea (2021). *Informe sobre la situación de la justicia en todos los Estados Miembros: Cuadro de indicadores de la justicia en la UE*. https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/upholding-rule-law/eu-justice-scoreboard_en
- Conforti, F. (2020). A vueltas con las diferencias entre una videoconferencia y una mediación online, *Editorial Jurídica SEPIN*, 5 de noviembre. <https://blog.sepin.es/2020/11/videoconferencia-mediacion-online-diferencias/5-de-noviembre-de-2020>.
- Consejo General de Procuradores de España (2020). *Propuestas del Consejo General de Procuradores al plan de choque o actuación para la agilización de la administración de justicia*. https://delajusticia.com/wp-content/uploads/2020/04/PROPUESTAS_CGPE_PLAN_DE_CHOQUE_Y_AGILIZACION_ADMINISTRACION_DE_JUSTICIA_COVID_19.pdf.pdf
- Consejo General del Poder Judicial. (2020). Plan de choque del CGPJ para la reactivación tras el estado de alarma. <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/En-Portada/El-Pleno-del-organo-de-gobierno-de-los-jueces-aprueba-el-plan-de-choque-del-CGPJ-para-la-reactivacion-tras-el-estado-de-alarma>
- Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (2008). Sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Diario Oficial de la Unión Europea*. L 136/3 <https://www.boe.es/doue/2008/136/L00003-00008.pdf>
- Giménez, C. (2022). Mirada antropológica a la guerra de Ucrania. Notas sobre paz, violencia, conflicto y mediación. *ARIES, Selecciones de Antropología*, 2, 1-5. <https://aries.aibr.org/storage/pdfs/4117/MWj5NPaY4on2eQhS7mxe9anLE8CCmYYsNcrTwcXe.pdf>
- Gonzalo, M. (2017, Septiembre, 20). Política y mediación de conflictos: el arte del encuentro. *Revista Contexto Latinoamericano* Recuperado de <http://www.contextolatinoamericano.com/site/article/politica-y-mediacion-de-conflictos-el-arte-del-encuentro>
- Gonzalo, M. (2020). ¿Mediación es Justicia? En M. M. García (Dir.) *La mediación por el mundo: un camino hacia la paz* (pp. 41-52). Santiago de Chile, Chile: Editorial Olejnik.
- Gonzalo, M. (2020, mayo, 05). Teletrabajo y Telemediación: Dos realidades y un destino, *Amediar*. <https://www.amediar.info/teletrabajo-y-telemediacion-dos-realidades-y-un-destino/>
- Gonzalo, M. (2021). La mediación como herramienta de los Objetivos de Desarrollo Sostenible en la naciente Ley española de Convivencia Universitaria: Propuesta UNIMEDIA. *Revista de Educación y Derecho*, 281-306.

- Gonzalo, M. (2021, abril, 4). *La paradoja española de la mediación*. <https://www.diariodemediacion.es/la-paradoja-espanola-de-la-mediacion-por-marta-gonzalo-quiroya/>
- Gonzalo, M. (2021, diciembre, 15). *Novedades derivadas del anteproyecto de ley de impulso de la mediación*. En F. J. Gorjón y A. Sánchez (Eds.), *Práctica de mediación: España* (pp. 473-493). Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch.
- Gonzalo, M. (2021, julio, 1). *Mediación y cultura de Paz en los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2030*. *Revista Polo del Conocimiento*, 6 (7), 89-110.
- Gonzalo M. (en prensa). *Mediación*. En Collantes, J. L. (Ed.). *Diccionario de Derecho Internacional Privado*. Asociación Iberoamericana de Derecho Privado
- Gonzalo, M., y Cazorla, M. C. (2020). *La Telemediación o mediación Online como método alternativo de resolución de conflictos derivados del Teletrabajo*. En A. Sánchez (Coord.). *Teletrabajo: Elementos técnicos, jurídicos y gestión de conflictos* (pp. 366-392). Ciudad de México, México: Tirant lo Blanch.
- Ministerio de Justicia (2020). *Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia*. <https://fernandezrozas.com/2022/04/26/entra-en-las-cortes-el-proyecto-de-ley-de-medidas-de-eficiencia-procesal-del-servicio-publico-de-justicia-que-incluye-un-titulo-sobre-medios-adecuados-de-solucion-de-controversias-en-via-no-jurisdic/>
- Murciano, G. (2020). *De cómo la mediación puede ayudar al colapso judicial tras la emergencia sanitaria por COVID-19...O no*. *Editorial Jurídica SEPIN*, 20 de abril. <https://blog.sepin.es/2020/04/mediacion-colapso-judicial-coronavirus/>
- Olivas, Campos y Gonzalo (2021, Octubre). *Algo hemos de haber aprendido: interseccionalidad y cultura de paz*. *Comunicación en el Auditorio UPF-BSM*.
- Open de Arbitraje (2020, mayo). *On line Dispute Resolutions*, Recuperado de: <https://youtu.be/AWgDeBY2MpQ>
- Organización Internacional para las Migraciones (OIM) de la ONU (2022). *Segundo informe de la migración y desplazados internos en Ucrania*. <https://spain.iom.int/es/resources/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022>
- Prieto, T. (2020). *Transformación digital: Teletrabajo & Telemediación. Guía urgente de eMediación & Abogacía Onlin*. Granada, España: Autores.
- Prieto, T. (2020, abril, 30) *Oportunidades que no vemos: el sol, el dinero y la inteligencia colectiva*. <https://tomasprieto.es/blog/sol-dinero-blockchain-phi-economy/>
- Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. *Objetivos de Desarrollo sostenible*. <https://www.undp.org/es/sustainable-development-goals>
- Quintana, A. (2013, octubre, 1). *Mediar online: aspectos prácticos desde la perspectiva del mediador*, *Iuris*, 33-37. <https://cienxcienpersonas.files.wordpress.com/2013/11/entrevista.pdf>

- Real Decreto 980/2013, de 13 de diciembre (2013). Por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (España). *Boletín Oficial del Estado*, 310, 105296-105311. <https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/12/13/980>
- Talavera, J.A. (2015). La figura del mediador en la mediación online. *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, 38, 203-230.
- Ury, W. (2000). *The Third Side: Why We Fight and How We Can Stop*. New York: Penguin.
- Vinyamata, E. (1998). La resolución de conflictos: un nuevo horizonte, *Rev. Educación Social*, 8, 8-17, <https://core.ac.uk/download/pdf/39107657.pdf>
- Wilhelm, J. (2020). *El malestar que el COVID-19 trajo a la cultura*. <https://cuemyc.org/repositorio/>

Cátedra UNESCO:
*Educación transformadora:
ciencia, comunicación y sociedad*

UniversidadeVigo

