



“El delgado límite entre la voluntad de las partes, la del mediador y su neutralidad”

Eje temático: Mediación Familiar
Autora: Dra. Diana Teresa Eilbaum
Domicilio: Bulnes 1984, piso 14, Ciudad de Buenos Aires,
República Argentina.
Teléfono: 4823-8607/4328-0360/155-642-6646.
Correo electrónico: deilb@yahoo.com.ar
Institución de procedencia: Ministerio de Justicia de la Nación. Fundación Libra.

Abstract

El propósito de este trabajo es analizar los alcances de la **voluntariedad** como característica del proceso de mediación, su influencia en cada uno de los protagonistas, especialmente dentro del marco de la mediación familiar, y los efectos de la voluntad de mediador, incluso cuando intenta superar la de las mismas partes.

Dentro de este mismo ámbito se comentan algunas observaciones sobre la voluntad de las partes en la particular situación de tener que adoptar decisiones objetivas en los difíciles momentos de su crisis afectiva, y las posibles intervenciones del mediador en ese contexto tendientes a la revalorización de las partes a través de la toma de decisiones.

Se analizan los siguientes temas:

1. Instancia obligatoria y mediación obligatoria.
2. Conceptos que abarca la voluntariedad.
3. Protagonistas de la voluntariedad.
4. Peso de las alternativas.
5. Neutralidad del mediador.
6. Revalorización de las partes
7. Razones del análisis dentro del ámbito de la mediación familiar.

Referencias bibliográficas

- Antecedentes Parlamentarios. La Ley Año 1995, Nro.9
- Marlon Lenard “Mediación Familiar. Una práctica en busca de una Teoría. Una nueva visión del Derecho” Editorial Granica
- Parkinson Lisa “Family Mediation” Family Practices Series Sweet and Maxwell London 1997.
- La Ley 1997, A985
- Baruch Bush-Folger “La Promesa de la Mediación” Editorial Granica
- Moore, Christopher “El Proceso de Mediación”, Editorial Granica

El delgado límite entre la voluntad de las partes, la del mediador, y su neutralidad

Una manera de distinguir un caso de mediación de un caso jurídico o de un caso terapéutico es que en el primero interviene un mediador. El contenido que se va a tratar puede ser el mismo, pero el tratamiento y el alcance con que se van a tratar los temas van a ser diferentes porque los roles y los ámbitos de aplicación de ese conflicto son distintos.

El mediador deberá desplegar la estrategia necesaria para lograr la autocomposición de las partes, para lo cual resultará indispensable que ellas se apropien de esa característica del proceso de mediación que es la voluntariedad, eligiendo qué desean hacer con su conflicto.

Suelo iniciar una mediación proponiéndole a las partes mantener una **conversación** sobre los temas por los que solicitaron este proceso y les cuento que mi tarea va a estar centrada en colaborar desde un lugar **neutral** para que esa conversación sea lo más productiva posible. Explico entre otras cosas, que se trata de un proceso **voluntario**, y trato de que comprendan los alcances de esta característica.

Decir que la mediación es voluntaria en un sistema como el que rige en mi país, en la Ciudad de Buenos Aires donde me desempeño, que ha establecido la mediación prejudicial en forma obligatoria, puede ser considerado una paradoja si no se comprenden los alcances de dicha obligatoriedad. Quienes trabajábamos y enseñábamos mediación antes de la sanción de la ley “nos rasgábamos las vestiduras” aduciendo que esto era contradictorio, que no se iba a poder trabajar, que la esencia del proceso de mediación era la voluntariedad.

En el debate parlamentario que precedió a la sanción de la Ley 24.573 se discutió largamente este tema, y entre sus antecedentes se destaca que la obligatoriedad tiene relación con el efecto buscado, crear una nueva cultura que disminuyera el grado de litigiosidad imperante en la sociedad. Se dijo que si la mediación se establecía en forma voluntaria, al no existir esa cultura se corría el riesgo de que no se utilizara, y no se pudiera probar la eficacia del procedimiento. La idea era que la obligatoriedad fuera temporal, ya que una vez que las personas pudieran comprobar los efectos de la mediación podrían elegir libremente su utilización¹. Se aclaró además, que dicha obligatoriedad previa al juicio no debería considerarse como una restricción al acceso jurisdiccional, ya que si las partes no tenían voluntad negociadora, sólo se les impondría una etapa previa que inclusive podría resultar beneficiosa a pesar de los prejuicios o posiciones con los que concurrían a ella².

Lo cierto es que la instauración en forma obligatoria le dio un impulso a esta metodología de tal magnitud que en muy poco tiempo la mediación era conocida por mucha gente y aceptada por muchos profesionales de la abogacía que habían pasado por ella patrocinando a sus clientes y comprobando, no sólo los beneficios en algunos casos, sino la ausencia de las desventajas que temían, ya que, ni les sacaba trabajo, ni potenciaba los conflictos, y muchas veces, aún de no alcanzarse un acuerdo, propiciaba un mejor clima en el posterior litigio.

¹ Antecedentes Parlamentarios. La Ley Año 1995, N° 9. Senador Branda (parágrafo 39)

² Antecedentes Parlamentarios. La Ley Año 1995, N° 9. Senador Romero Feris (parágrafo 72)

Es importante, entonces, distinguir la **instancia obligatoria**, como paso anterior a la iniciación judicial, de la **mediación obligatoria**. Los mediadores debemos detenernos a explicar que la obligación legal está cumplida con el sólo hecho de asistir a la convocatoria de mediación, pero que a partir de ese momento la elección de permanecer y transitar este proceso **es de las partes**, quienes en caso de decidir no quedarse, firman el acta de audiencia, dejando constancia de haber asistido, se retiran de la mediación habiendo cumplido con la ley, y tienen, si así lo desean, habilitada la vía judicial. Este es un momento significativo porque implica un pasaje de los términos normativos en que se encuadra la instancia en virtud de la ley al clima de conversación más genuina o sincera que el mediador pretende instalar en la sala. El desafío de este cambio siempre estará a cargo del mediador.

La decisión de mediar está en cabeza de ambas partes. Tanto el convocado como el solicitante deben tomar esa decisión. El primero podría manifestar que no desea mediar, y que, incluso, no tiene ninguna intención de litigar con el otro. El solicitante podría, a su vez, manifestar que su deseo es sólo cumplir con el paso necesario para habilitar la vía judicial, firmar las actas de asistencia y dar por finalizada la mediación. El mediador tendrá que explorar - como siempre que intentamos no quedarnos con lo meramente explícito - si tales manifestaciones son sólo posiciones que deberán quedar atrás, o si el deseo del solicitante es obtener una sentencia judicial, o por lo menos la iniciación del proceso, o el del convocado es dejar las cosas como están, o postergar el resultado final.

Desde mi lugar de mediadora la mediación comienza cuando las personas, en ejercicio de la libertad que les otorga esta característica **aceptan quedarse**. No espero necesariamente una manifestación explícita, si no que atiendo cuidadosamente al consentimiento implícito de quienes continúan quedándose.

Y a partir de ese momento deben decidir otras cuestiones. La primera estará relacionada con **los temas** que van a tratar. Si bien la mediación se promueve con un objeto determinado, y existe la posibilidad de reconvencción, la dinámica del proceso y la posibilidad de que los participantes puedan **decirse y escucharse** las cosas, permiten prever que dicho objeto, especialmente en la mediación familiar, será sólo un título, ya que cuando el conflicto se despliega, viene acompañado de una historia vincular entre las partes, muchas veces de larga data, que transforma el objeto por el que se solicita la mediación en nada más que un encabezamiento. Es común que en una mediación iniciada por alimentos, las personas conversen sobre con quién van a vivir los hijos, los encuentros con el padre no conviviente, la escolaridad, quién los retira de las distintas actividades, cómo están anímicamente; es común que aparezcan los sentimientos de cada padre; probablemente haya referencias a las razones de la separación; si existe, es posible que algo se diga sobre la nueva pareja; si algún pariente colabora con los niños, seguramente se lo mencione, también si hay una relación difícil con alguno de los padres; es probable que también se comente, si interviene, el pensamiento del terapeuta de alguno de los miembros de la familia; las posibilidades laborales, etc. Y cada tema se encadenará con otro porque lo que le pasa a cada miembro de la familia influye en los demás.

Si bien las partes deciden sobre qué quieren hablar, los mediadores vamos confeccionando la agenda de trabajo, y señalando que temas podemos trabajar y cuáles exceden el ámbito de la mediación. Nosotros no agregamos temas, eso depende de la voluntad de las partes, pero sí vamos delimitando lo que resulta mediable, - separando, no sin alguna dificultad, los que no lo son, por ejemplo, por pertenecer al ámbito de la terapia familiar- y formulando las preguntas apropiadas para que reflexionen sobre otras cuestiones que deseen trabajar y que a veces por distracción, inexperiencia, temor u olvido, las partes no plantean.

Además de optar por la mediación y decidir los temas sobre los que van a hablar, las partes deberán elegir libremente, ya que también dependerá de su voluntad, **permanecer** en la misma, por que pueden, en cualquier momento finalizarla, sin que exista diferencia si permanecieron diez minutos o diez horas. Sólo se consignará, debido a la confidencialidad del proceso, el cierre de la mediación sin acuerdo, sin otra información.

En caso de que opten por permanecer, también dependerá de la voluntad de las partes arribar a un **acuerdo**. Si lo hacen, el **contenido del mismo** deberá reflejar lo más nítidamente posible su voluntad.

Es muy importante que las personas comprendan cuál es el rol del mediador, y que los mediadores tengamos muy claro qué cosas podemos y qué cosas no debemos hacer.

Desde nuestro rol neutral la función va a estar centrada, básicamente, en ayudarlos con la comunicación y en trasladar hacia las partes la responsabilidad del contenido de la mediación y de su resultado, con la finalidad de lograr la **autocomposición**, meta tan preciada de esta metodología.

El rol **neutral** implica una amplia gama de cosas que van desde no influir en el contenido del acuerdo, hasta no tomar partido por ninguna de las partes. Ahora bien, se suele pensar ese rol neutral a partir del ingreso al conflicto (me refiero al momento en que las partes comienzan a desplegar las posiciones). Sin embargo hay una etapa previa, cuando se efectúa la exploración preliminar³ sobre las motivaciones que los trae a la mediación, y se trata de detectar si existe en las partes el deseo de mediar.

Existe una natural tendencia en muchos mediadores, entre los que me incluyo, a desplegar una serie de recursos tendientes a lograr que cada parte se quede en la mediación. Probablemente convencidos de que lo que hacemos es útil, que es mejor que las personas puedan elegir libremente lo que desean y puedan hacerse cargo de resolver sus conflictos, con la idea de que nadie mejor que ellas sabe lo que necesitan, y con la mejor voluntad del mundo, presionamos para que se queden.

Recuerdo una mediación en la que los abuelos, Pedro y Patricia, solicitaban un régimen de visitas para su nieta. Los padres convocados, María y Julián manifestaron desde un inicio que no tenían ninguna intención de conversar con los solicitantes, es más, el hijo

³ Aréchaga, Patricia, Bulygin, Elvira “Exploración Preliminar” La Ley 1997 A985

expresó que tampoco tenía interés en que su propia hija (la nieta) tuviera vínculos con quienes él, dijo, ya no los tenía.

Tuvimos dos reuniones en que acontecieron muchas cosas, incluso sobre otros temas que también aparecieron. Se conversó, por ejemplo, de la buena relación que había entre la nuera y los abuelos paternos durante el tiempo en que ésta y Julián estuvieron separados. Cómo se ocupaban y cuidaban a su nieta cuando María iba a trabajar. Contaron como todo se complicó cuando María y Julián volvieron a estar juntos. María, por su parte, dijo que en ese tiempo ella se esforzaba para que su hija conservara los vínculos familiares, pero que sus suegros le hablaban mal de su marido. Julián dijo que su madre lo había echado de la casa paterna, hecho que ella negaba rotundamente. Contaron, cada parte con una percepción diferente, la intervención de la hermana de Patricia - para Julián de gran ayuda y colaboración, para los abuelos, de una intromisión irrespetuosa y mal intencionada en sus cuestiones -. Hablaron de la hermana de Julián, para él la preferida de los padres, para sus padres, alguien que se esforzaba por colaborar con todos. Durante todo el tiempo los convocados manifestaban que no confiaban en la otra parte, que no querían saber nada de ellos, que no les interesaba la relación. Surgió en algún momento la posibilidad de llevar el tema al ámbito de la terapia familiar. Julián manifestó que cada uno tenía su propio terapeuta y que no tenía interés en conversar con sus padres. Sin embargo, ambas abogadas, por separado, coincidieron en que el tema preocupaba mucho a sus patrocinados.

Con relación a unos bienes hubo un acuerdo verbal, estableciendo día y hora para que el hijo retirara algunas cosas propias de la casa paterna y reintegrara las llaves de una propiedad que era de sus padres. Sin embargo no hubo acuerdo con respecto a las visitas.

No pude dejar de pensar en mi actitud como mediadora. Por qué había continuado con la mediación cuando una de las partes había dicho, con claridad, y desde un principio, que no quería mediar.

Las reuniones duraron más de tres horas la primera, y la segunda aproximadamente una hora y media. Indudablemente yo estaba legitimada por ellos en mi rol, razón por la cual aceptaron continuar trabajando no solo en la prolongada primera reunión, sino que volvieron a la segunda.

Pero ¿por qué, -si la mediación es voluntaria, si una parte desde el primer momento dijo que no quería ni siquiera hablar con la otra- seguí trabajando?

El motivo es, una vez más, que los mediadores no nos quedamos con lo explícito y eso nos lleva a buscar algún indicio de voluntad no puesta de manifiesto tal vez como resultado de la confrontación entre las partes que puede proyectarse tanto en relación al tema en sí, como al escenario elegido por el “enemigo”. Si las razones son de este nivel es probable que el mediador pueda con ellas, -obsérvese que la partes volvieron y no se fueron -pero si las tensiones ocultas del conflicto son tan intensas probablemente el esfuerzo será en vano. Pero eso solo podemos saberlo explorándolo.

¿Afecta la neutralidad del mediador esa insistencia en continuar con el procedimiento? Es cierto que más allá del contenido, o del motivo del conflicto, la neutralidad tiene que ver con aceptar todas las decisiones de las partes, atento a que la decisión está en cabeza de ellas.

Sin embargo, la insistencia para que transiten la mediación aparece más como un tema de procedimiento, de posibilidad de apertura del método y los mediadores intentamos ayudar para que, si alguien más allá de lo que haga explícito, bajo alguna forma desea iniciar una conversación sobre el tema, tenga a su disposición el escenario adecuado para esta posibilidad aún cuando esta actitud pueda parecer a favor de quien propuso el espacio. Debemos, entonces, reforzar la idea de que favorece la única posibilidad que quizá tengan de abrir el tema.

Nuevamente estará a cargo del mediador enfocar e insistir en que esta es la mirada: *“Sólo abro la propuesta, no estoy tocando nada del fondo del tema de Uds, decidan, por favor, con comodidad si les es útil.”*

No puede dejar de pensarse que los mediadores cargamos simultáneamente con una especie de consigna general, social y cultural propia de toda institución nueva que se inserta, que nos indica persuadir sobre la utilidad del método.

En cuanto al fondo de los conflictos, debemos recordar entonces que la mediación no es para todos los temas, ni para todas las personas, ni para todos los tiempos de su relación. Las mismas partes no están siempre en iguales condiciones para trabajar juntas. La frontera que separa la posibilidad de la imposibilidad de mediar siempre es difusa.

Yo estaba convencida, y aún hoy lo estoy, que el proceso judicial, con sus acusaciones sus pruebas, sus presiones, no iba a ser útil para esta familia, y más aún, estando involucrada una niñita muy pequeña. Pero lo cierto es que la voluntad de una de las partes era no mediar.

Admito que se realizó un pequeño acuerdo, sé que las cosas se retiraron, y también que hasta ahora no se ha iniciado el juicio. Sé que los temas se abrieron y por lo general esto tiene efectos, más allá de las reuniones mismas. Es imprevisible la evolución del conflicto, y no puede descartarse que en otro momento se den las condiciones para la conversación que no se dieron entonces.

Suelo trabajar a fondo antes de cerrar una mediación. Reconozco que me esfuerzo tratando que las partes evalúen todas las alternativas posibles. Es decir, lucho para que se queden. Pero no puedo dejar de preguntarme si estará bien actuar de esa manera. ¿Es superior mi voluntad a la voluntad de las personas en estos casos? ¿Qué espacio doy a la voluntad de las partes? Cómo se afecta mi neutralidad, ya que sin quererlo, me coloco a favor de aquel que solicitó la mediación, no en cuanto al contenido, o a la resolución del tema, pero sí en cuanto a la utilización de este camino que él propuso. Qué pasa con mi neutralidad cuando yo estoy convencida que la mediación es lo mejor que estas personas pueden hacer, qué la mejor manera de resolver su conflicto es sentarse a conversar juntas sobre el tema. He abierto mis dudas y dado mi punto de vista pero creo que son preguntas que permanentemente los mediadores debemos formularnos, como una manera de reflexión permanente sobre lo que hacemos.

Evaluando mi trabajo de todos estos años , debo admitir que he mantenido en la mayoría de los casos mi neutralidad con respecto al contenido de los temas, a la resolución de los mismos, y a la manera de proceder con respecto a las personas, pero soy consciente que trabajo a favor de que la mediación se haga, no a favor del acuerdo, no a favor de determinado resultado, pero, cuando las partes están en condiciones de mediar (igualdad de poder, posibilidad de comprensión, etc.) y los temas son mediables, siempre estoy a favor de la mediación.

En la mediación familiar, y específicamente en los temas conyugales, o de pareja, nos encontramos con una situación especial. Lisa Parkinson⁴ dice que la paradoja de la mediación familiar consiste en que se le suele pedir a la pareja que está separándose más de lo que se le pide cuando decide unirse, y justamente, cuando está en la peor situación emocional. En la mediación invitamos a las personas a que actúen con sensatez, colaborativamente, que tengan en cuenta sus necesidades, las del grupo familiar, que piensen en el futuro cuando lo único que generalmente aparece es enojo, mucha tristeza, y un gran anclaje hacia el pasado y hacia la historia que los lleva a estar como están.

En esa situación los mediadores intentamos que las partes hagan uso de la voluntariedad del proceso y tomen sus propias decisiones. En realidad, como dice Marlow⁵ les pedimos que hagan lo que han hecho siempre, pero la cuestión es que la dificultad no está en los temas prácticos que los enfrentan sino que estriba en torno a los sentimientos que se mezclan con todo lo que los relaciona. Nuestra función, entonces, es ayudarlos a encontrar esa habilidad que han perdido con la idea de revalorizar a los individuos.

En la mediación familiar nos encontramos con individuos en situación de crisis, no solo por las cuestiones objetivas que deben resolver, sino por las emociones y pasiones que suelen teñir todos los temas. Cuando antes puedan organizar las cuestiones objetivas, más descomprimidos estarán para enfrentar los temas emocionales a tal punto que Marlow llega a decir que “no llegar a un acuerdo siempre equivale a equivocarse”⁶.

Sin embargo, la opción es de las partes, la de llegar al acuerdo, por supuesto, pero la de decidir si continuarán o abandonarán la mediación también, y ese poder de elección las revaloriza⁷. Yo sé, por la experiencia de todos estos años, que un trabajo bien dirigido ayuda a las personas a recuperar la posibilidad de elegir, muchas veces perdida, y que cuando este ocurre se sienten revalorizadas y legitimadas. Pero debo tener siempre presente el límite: la voluntad que prevalece es la de las partes.

⁴ Parkinson, Lisa “Family Mediation”,pág.38

⁵ Marlow, Leonard “Mediación Familiar”,Editorial Granica 1999,pág.42.

⁶ Marlow, Leonard “Mediación Familiar”.Editorial Granica 1999, pág.59.

⁷ Barusch Bush- Folger “La Promesa de la Mediación”. Editorial Granica 1996, pág.135.