



VAS

Vicerrectoría
de Acción Social



Comunidad académica y COVID 19

Volumen III

Una mirada desde la mediación.
Propuesta de trabajo con niñas,
niños y adolescentes.

Organizadores:
Marcela Moreno Buján
Carlos E. Peralta

COLECCIÓN

Comunidad académica y COVID 19

Coordinación General:

Marcela Moreno Buján
Carlos E. Peralta



Ejemplar Gratuito

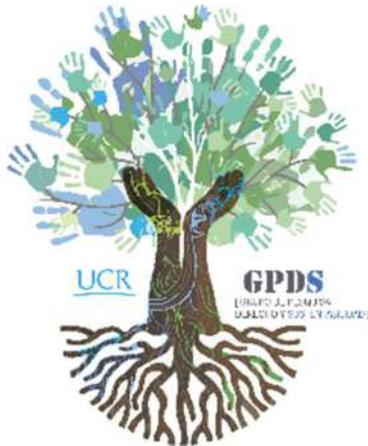
San José, Costa Rica, 2022

Comunidad académica y COVID 19. Volumen III

OBRA COLETIVA

*Una mirada desde la mediación.
Propuesta de trabajo con niñas, niños y adolescentes.*

Cooperación Académica:



Comunidad académica y COVID 19. Volumen III

OBRA COLETIVA

*Una mirada desde la mediación.
Propuesta de trabajo con niñas, niños y adolescentes.*

Organizadores:

**Marcela Moreno Buján
Carlos E. Peralta**



Comunidad académica y COVID 19. Volumen III

Una mirada desde la mediación. Propuesta de trabajo con niñas, niños y adolescentes

303.608.309.728.6

M843u Moreno Buján, Marcela.

Una mirada desde la mediación : propuesta de trabajo con niñas, niños y adolescentes / organizadores Marcela Moreno Buján, Carlos E. Peralta ; autores Marcela Moreno Buján, Carlos E. Peralta Montero, Maripaz Sancho Miranda, Víctor Orozco Solano. – San José, Costa Rica : Universidad de Costa Rica, Vicerrectoría de Acción Social, 2022.

I recurso en línea (304 páginas) : ilustraciones a color, fotografías a color, archivo de texto, PDF, 2.09 MB. – (Comunidad académica y COVID 19 / coordinación general Marcela Moreno Buján, Carlos E. Peralta ; volumen III)

ISBN 978-9930-568-56-9

1. SOLUCIÓN DE CONFLICTOS – ASPECTOS SOCIALES – COSTA RICA. 2. MEDIACIÓN ASPECTOS SOCIALES – COSTA RICA. 3. DERECHOS HUMANOS. 4. DERECHOS DEL NIÑO. 5. ADOLESCENTES – DERECHOS CIVILES. 6. PAZ. 7. ACCIÓN SOCIAL – COSTA RICA. 8. TRABAJO SOCIAL CON NIÑOS. 9. TRABAJO SOCIAL CON ADOLESCENTES. 10. COMUNIDAD Y UNIVERSIDAD – COSTA RICA. I. Peralta Montero, Carlos E., autor. II. Sancho Miranda, Maripaz, autora. III. Orozco Solano, Víctor, autor. IV. Moreno Buján, Marcela, organizadora. V. Peralta Montero, Carlos E., organizador. VI. Título. VII. Serie.

CIP/3867

CC.SIBDI.UCR

CONSEJO CIENTÍFICO EDITORIAL

Comisión de Acción Social (CAS), Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

Melissa Salas Brenes, Coordinadora.

Anahí Fajardo Torres, Miembro.

Gonzalo Monge Núñez, Miembro.

Juan Ignacio Guzmán Fernández, Miembro.

Ana Lucía Blanco Villalobos, Miembro.

Consejo Consultivo Internacional, línea editorial de sustentabilidad de la CAS

Alexandra Aragão, *Universidade de Coimbra, Portugal.*

Silvia Nonna, *Universidad de Buenos Aires, Argentina.*

Gabriel Real Ferrer, *Universidad de Alicante, España.*

Hugo Iván Echeverría López, *Universidad Hemisferios, Ecuador.*

Alejandro Santamaría Ortiz, *Universidad Externado de Colombia, Colombia.*

Marcela Moreno Buján, *Universidad de Costa Rica, Costa Rica.*

Talden Farias, *Universidade Federal de Paraíba, Brasil.*

Ana Alice De Carli, *Universidade Federal Fluminense, Brasil.*

Fernando Reverendo Vidal Akaoui, *Universidade Santa Cecília, Brasil.*

José Irivaldo Alves Oliveira Silva, *Universidade Federal de Campina Grande, Brasil.*

Natália Jodas, *ITA (Instituto Tecnológico de Aeronáutica), Brasil.*

Annelise Monteiro Steigleder, *Fundação Escola Superior do Ministério Público, Estado do Rio Grande do Sul, Brasil.*

Pedro Curbello Saavedra Avzaradel, *Universidade Federal Fluminense, Brasil.*

Luciano J. Alverenga, *Instituto de Educação Continuada, Brasil.*

Emanuel Fonseca Lima, *Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, Brasil.*

Germana Belchior, *Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), Brasil.*

Patryck de Araujo Ayala, *Universidad Federal de Mato Grosso, Brasil.*

José Rubens Morato Leite, *Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil.*

Alana Ramos Araujo, *Universidade Federal de Campina Grande, Brasil.*

Carlos Peralta Montero, *Universidad de Costa Rica, Costa Rica.*

Diseño de Portada: Soren Pessoa Piña + Roberto Quesada Ramírez

Diagramación: Roberto Quesada Ramírez

San José, Costa Rica

Los Autores

Coordinación General

Colección Comunidad académica y COVID 19

Marcela Moreno Buján. Doctora en Derecho, Área de Derecho Social, y Especialista en Negociación por la Universidad de Buenos Aires (UBA), República Argentina, graduada con distinción de ambos programas de posgrado. Especialista en Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los Pueblos Indígenas y Derecho a la Alimentación por la Fundación Henry Dunant América Latina y la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), República de Chile. Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR). Mediadora y formadora de neutrales, certificada y autorizada por la Dirección Nacional de Resolución Alternativa de Conflictos (DINARAC) del Ministerio de Justicia y Paz de la República de Costa Rica. Decana de la Facultad de Derecho de la UCR. Docente con categoría de Asociada en la misma institución, impartiendo los cursos de Razonamiento Jurídico, Métodos de Investigación, Sociología Jurídica, Derecho Ambiental y Resolución Alternativa de Conflictos. Coordinadora del Trabajo Comunal Universitario (TCU) 540: Procesos pedagógicos y didácticos para la enseñanza de los derechos humanos y la convivencia pacífica y el Observatorio sobre la gestión de los conflictos socioambientales en el espacio urbano de la Facultad de Derecho de la UCR. Investigadora adscrita al Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UCR. Correo electrónico: marcela.moreno@ucr.ac.cr

Carlos E. Peralta Montero. Docente Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR); Coordinador del Grupo de Pesquisa Derecho y Sustentabilidad (GPDS) de la UCR; Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UCR; Pos-doctor en Derecho por la Universidade Federal de Santa Catarina -UFSC (PDJ/CNPq); Pos-doctor en Derecho por la Universidade do Estado do Rio de Janeiro -UERJ (CAPES); Doctor en Derecho Público por la UERJ; Prêmio CAPES de Tese 2012 (Brasil); Finalista del Prêmio JABUTI 2015 (Premio de la Cámara Nacional del Libro Brasileira, en la Categoría Derecho); Prêmio José Bonifácio de Andrada e Silva (2010, categoría doctorando). Coordinador de la Cátedra de Derecho Ambiental y de la Cátedra de Métodos de Investigación de la Fac. de Derecho de la UCR. Correo electrónico: carlos.peralta@ucr.ac.cr

Autores de capítulos

Maripaz Sancho Miranda. Master en Derecho de Familia por la Universidad Internacional de la Rioja; Master en Mediación Familiar por la Escuela de Ciencias Jurídicas de Madrid; Licenciada en Derecho por la Universidad de Costa Rica (UCR); Mediadora, Conciliadora y Negociadora certificada; Abogada litigante y directora de Lazos Familiares: Asesoría Legal en Derecho de Familia; Mediadora en la Casa de Justicia de la Universidad de Costa Rica (UCR); Certificación en Docencia Digital por la Universidad Benito Juárez; Docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR), impartiendo los cursos de Derecho de Familia y Resolución Alternativa de Conflictos; Docente en la Escuela de Derecho de la Universidad Fidélitas, impartiendo los cursos de Derecho de Familia. Correo electrónico: maripazsancho@gmail.com

Víctor Orozco Solano. Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Master en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha y la Universidad de Costa Rica. Master en Derecho Constitucional por la Universidad Estatal a Distancia (UNED). Especialista en Justicia Constitucional por la Universidad Carlos III de Madrid, en Investigación y Prueba en el Proceso Penal y en Justicia Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha, así como en Derechos Humanos, por la Universidad de Heidelberg –Heidelberg Center para América Latina- y la Universidad para la Paz. Es Licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. Fue Letrado de la Sala Constitucional de Costa Rica. Actualmente se desempeña como Coordinador de la Maestría en Justicia Constitucional de la Universidad de Costa Rica y como Juez del Tribunal Contencioso Administrativo del Poder Judicial, destacado en el área de amparos de legalidad. Es Profesor del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad Escuela Libre de Derecho. Ha sido profesor del Programa de Maestría en Administración de Justicia, énfasis en Derecho Penal, de la Escuela de Sociología de la Universidad Nacional. Docente adscrito a la Cátedra de Resolución Alternativa de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Es autor de múltiples libros y ha publicado más de una decena de artículos en libros colectivos y revistas especializadas de Argentina, México, España, Italia, Brasil, Colombia, Perú, Panamá, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Costa Rica. Correo electrónico: victorozcocr@gmail.com

Comunidad académica y COVID 19. Volumen III

OBRA COLETIVA

Una mirada desde la mediación.

Propuesta de trabajo con niñas, niños y adolescentes.

ÍNDICE

Presentación -	12
	<i>Dra. Melissa Salas Brenes</i>

Introducción -	15
	<i>Dra. Marcela Moreno Buján</i>

Capítulo 1 - Pensamiento Complejo y Derecho: Perspectivas para una racionalidad sistémica en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho en la Universidad de Costa Rica	19
	<i>Dr. Carlos Peralta Montero</i>

Capítulo 2 - Teorías y paradigmas que fundamentan y habilitan la enseñanza y el ejercicio del proceso de mediación en las instituciones de educación superior	39
	<i>Dra. Marcela Moreno Buján</i>

Capítulo 3 - La dimensión constitucional de la resolución alternativa de conflictos en el ordenamiento jurídico costarricense -----**119**

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano

Capítulo 4 - Hacia la construcción de una perspectiva sociohistórica y sociojurídica de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNyA)-----**139**

Dra. Marcela Moreno Buján

Capítulo 5 - La mediación: una apuesta por la subsistencia y el bienestar de las relaciones familiares -----**195**

Msc. Maripaz Sancho Miranda

Capítulo 6 - La mediación familiar: técnicas y estrategias para superar el conflicto -----**217**

Msc. Maripaz Sancho Miranda

Capítulo 7 - Con rumbo a un proceso de mediación armónico con los principios rectores de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes (NNyA) -----**245**

Dra. Marcela Moreno Buján

Presentación

Dra. Melissa Salas Brenes
Directora del Área de Acción Social
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

“El TCU hoy, igual que ayer, se constituye en uno de los pilares fundamentales para lograr esa formación que tanto aspiramos en la Universidad de Costa Rica; una formación crítica de ciudadanos y ciudadanas genuinamente participativos (as) y propositivos (as), bien ubicados (as) en las raíces de su cultura, en su realidad nacional y en el contexto mundial. Por tanto, se constituye en un derecho que debe promoverse, defenderse, y exigirse no sólo para las generaciones actuales, sino y, sobre todo, para las futuras. Este DERECHO, tuvo su origen en la lucha de personas visionarias quienes en el pasado -representando diferentes sectores de la comunidad universitaria-, tuvieron la osadía de imaginar el impacto incalculable de esta decisión. Se convierte en CONQUISTA, gracias -también- a todas aquellas personas que con alma, vida y corazón le dieron continuidad hasta legitimarlo en el tiempo y a quienes hoy valientemente construyeron día a día su sostenibilidad”. **María Pérez Yglesias y Rita Meño Molina¹**

Como Directora del Área de Acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y docente fundadora del *Trabajo Comunal Universitario (TCU) No. 540: Procesos pedagógicos y didácticos para la enseñanza de los derechos humanos y la convivencia pacífica*, me complace presentar a la comunidad universitaria y otras personas interesadas el tercer volumen de la colección *Comunidad Académica y COVID 19*, colección que ha sido coordinada por los profesores Dra. Marcela Moreno Buján y Dr. Carlos Peralta Montero.

La presente publicación, titulada *“Una mirada desde la mediación. Propuesta de trabajo con niñas, niños y adolescentes”*, expone reflexiones y resultados del ejercicio del quehacer universitario de la acción social integrado con los quehaceres de la docencia y la investigación en lo que respecta a la enseñanza, la promoción y la práctica de la resolución alternativa de conflictos (en adelante RAC) y la cultura de paz en nuestro contexto.

¹ María Pérez Yglesias y Rita Meño Molina, *Trabajo Comunal Universitario. La conquista de un derecho* (San José: Universidad de Costa Rica, Vicerrectoría de Acción Social, 2007), pp. 138-139.

En este sentido, se visibilizan los antecedentes existentes en la Universidad de Costa Rica respecto a la promoción, tanto a nivel interno como externo, de los procesos RAC y la cultura de paz, haciéndose énfasis en el rol protagónico que tuvo el TCU No. 540 en ese proceso, especialmente con incidencia en el acceso a la justicia de poblaciones en condición de vulnerabilidad.

Al respecto, los autores del volumen objeto de presentación exponen los desafíos de la enseñanza y la práctica de la resolución alternativa de conflictos y la cultura de paz en la situación pandémica actual provocada por la propagación global de la enfermedad COVID-19, para luego abocarse a la reflexión sobre el impacto de la «nueva normalidad» en los derechos de las niñas, niños y adolescentes en lo que respecta a la satisfacción de sus intereses, necesidades y defensa de sus derechos humanos a través de los procesos RAC y la promoción de la cultura de paz.

La colección *Comunidad Académica y COVID 19*, y especialmente el presente volumen, marca la conclusión de un proyecto -el TCU No. 540-, el cual ha brindado resultados innovadores en la enseñanza, la promoción y la práctica de los procesos RAC y la cultura de paz por los últimos dieciséis años. Desde este proyecto se han formado estudiantes mediadores, se han desarrollado procesos de alfabetización en cultura de paz en distintas comunidades, escuelas y colegios de varias provincias del país, y se ha alentado la consolidación de una nueva Cátedra de Resolución Alternativa de Conflictos, la cual se ha inaugurado durante el I Ciclo Lectivo del 2022 en la Facultad de Derecho.

Por último, podrá observarse que esta publicación será de muchísima e importante utilidad para ser implementada en nuevos proyectos de acción social e investigación, así como iniciativas de docencia en materia de resolución alternativa de conflictos y cultura de paz.

San Pedro de Montes de Oca, 27 de mayo del 2022.

Introducción

Dra. Marcela Moreno Buján

Decana
Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica

“El COVID-19 puede alterar rápidamente el contexto en el que viven los niños y niñas. Las medidas de cuarentena —tales como el cierre de escuelas y las restricciones de movilidad— interrumpen la rutina y el apoyo social de los niños y niñas, además de representar factores de estrés adicionales para padres, madres y cuidadores, que se ven obligados a encontrar nuevas opciones de cuidado infantil o a dejar de acudir al trabajo. La estigmatización y la discriminación relacionadas con el COVID-19 pueden aumentar la vulnerabilidad a la violencia y el malestar psicosocial en niños, niñas y adolescentes. Las medidas de control contra la propagación de enfermedades que no tienen en cuenta aspectos de género como las necesidades y vulnerabilidades específicas de mujeres y niñas también pueden incrementar riesgos de protección en niños, niñas y adolescentes y generar mecanismos de supervivencia negativos. Los niños, niñas y familias que son vulnerables debido a su situación de exclusión socioeconómica o aquellos que viven en entornos masificados presentan un riesgo mayor”. Alianza para la protección de la niñez y adolescencia en la acción humanitaria¹

La presente obra, que constituye el tercer volumen de la colección *Comunidad Académica y COVID 19*, presenta a las personas lectoras reflexiones relacionadas con el ejercicio del proceso de la mediación en el contexto de pandemia y post pandemia que ha sido provocado por el COVID-19, con especial énfasis y/o perspectiva de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA).

¿Por qué es importante relacionar el proceso de mediación con los derechos humanos de la niñez y la adolescencia en el escenario pandémico actual? La respuesta a esta pregunta constituye el eje transversal de la obra siendo que, no necesariamente (previo al contexto pandémico) se ha procurado por desarrollar e implementar un proceso de mediación respetuoso y garante de los *principios rectores* de la Convención sobre los Derechos del Niño (no discriminación, interés superior del niño, vida, supervivencia y desarrollo y participación) que incluya, además, una pedagogía específica para su implementación en los escenarios y

¹ Alianza para la protección de la niñez y adolescencia en la acción humanitaria. *Nota técnica: Protección de la niñez y adolescencia durante la pandemia del coronavirus* (2020 [citado el 02 de setiembre del 2021] UNICEF Costa Rica): disponible en <https://www.unicef.org/costarica/informes/nota-tecnica-alianza>

contextos de resolución alternativa de conflictos en Costa Rica, lo cual se ha agravado en el escenario pandémico que vivimos en este momento.

Antes de la pandemia global actual, ya era importante pensar y reflexionar sobre cómo se perciben y aplican las normas que regulan la participación de las NNyA en aquellos procesos de mediación en donde podrían estarse discutiendo aspectos relacionados con sus derechos, intereses y necesidades.

Este interrogante surgió a partir de las actividades profesionales que realiza la suscrita como mediadora y formadora de mediadores en el contexto de los centros gratuitos de mediación Casas de Justicia que existen en la República de Costa Rica. Desde que se me otorgó la certificación como mediadora en el año 2008 hasta la actualidad, cuestioné por qué no hay espacios académicos y/o profesionales que permitan reflexionar sobre la participación de la niñez y la adolescencia en las mediaciones que se administran en estos centros.

Así también, me generó inquietud la situación que se presenta cuando los padres y/o tutores de las NNyA acuden a las Casas de Justicia solicitando los servicios de mediación respecto a conflictos que involucran sus derechos, intereses y necesidades ya que, existen prácticas que obstaculizan la participación efectiva de esta población en los casos que se tramitan en estos centros.

Durante los años que cursé mi práctica de mediación y luego como mediadora en ejercicio, observé a muchas NNyA en las salas de espera de estas Casas de Justicia mientras en la oficina conjunta se discutían asuntos que los involucraban. Por lo general, los lugares donde se realizan las audiencias no se encuentran insonorizados, de tal forma, muchas de las conversaciones que se suscitan en estos espacios pueden ser escuchadas por quienes se encuentran afuera. Esto quiere decir que muchas de esas NNyA escucharon como se discutía en torno a un conflicto que les incumbía, sin ninguna posibilidad de participar y/u opinar sobre lo que ahí estaba sucediendo.

Cuando se ha comentado esta situación con otros colegas mediadores, han indicado que es un tema complejo, puesto que, aunque tengan una genuina intención de brindar participación a esta población no cuentan con la formación y capacitación requerida para hacerlo, situación que se agrava en la actualidad dadas las restricciones sanitarias existentes.

A partir de estas preocupaciones iniciales, se emprendió la tarea de diseñar y construir una propuesta que permitiera abordar esta problemática desde una óptica teórica, que remite a dimensionar la evolución sociojurídica de la mediación y los derechos de la niñez y la adolescencia, la cual pudiera operacionalizarse desde diversos proyectos de acción social en la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica abocados al trabajo directo con la gestión de conflictos sociales que involucran derechos, intereses y necesidades de NNyA.

Esta labor ha resultado necesaria puesto que, la ausencia de reglamentación de las normas que enuncian los *principios rectores* de no discriminación, interés superior del niño, vida, supervivencia y desarrollo y participación en los procesos de mediación posibilitan el ejercicio de prácticas que vulneran los derechos humanos de las NNyA.

Aunado a ello, para implementar un modelo que garantice los *principios rectores* receptados por la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido necesario elaborar protocolos específicos de trabajo y motivar el intercambio de buenas prácticas entre mediadores, accionistas sociales e investigadores relacionados con iniciativas y proyectos que promueven el ejercicio, goce y disfrute de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

En este sentido, se han incorporado en la obra distintas perspectivas que promueven la comprensión integral y compleja del proceso de mediación, iniciando el libro justamente con el trabajo del profesor Dr. Carlos Peralta Montero donde se invita a pensar la mediación desde el paradigma del Pensamiento Complejo, propuesto por el filósofo y sociólogo francés Edgar

Morin. Así también, se han incorporado las voces académicas de docentes que conforman la recién inaugurada Cátedra de Resolución Alternativa de Conflictos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, como lo serían los trabajos presentados por la profesora Msc. Maripaz Sancho Miranda, enfocados en la mediación familiar, así también, la dimensión constitucional del Movimiento de la Resolución Alternativa de Conflictos en Costa Rica, propuesto por el profesor Dr. Víctor Orozco Solano.

Por último, la obra alerta y visibiliza los desafíos y obstáculos aún existentes a la hora de garantizar la participación de las NNyA en aquellos procesos de mediación donde podrían constituirse en partes y en aquellas actividades mediante las cuales se hace divulgación de los servicios ofrecidos a esta población, situación agravada en el contexto pandémico actual.

San Pedro de Montes de Oca, 15 de enero del 2022.

Pensamiento Complejo y Derecho: Perspectivas para una racionalidad sistémica en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho en la Universidad de Costa Rica

Dr. Carlos E. Peralta Montero

1. Introducción

Las características propias de la Sociedad de Riesgo contemporánea demandan que el Derecho comprenda, analice y sea capaz de dar respuestas a los desafíos de una realidad esencialmente dinámica. Evidentemente, ello supone repensar la forma en que se enseña y se aprende la ciencia jurídica a partir de un pensamiento multifocal que sea capaz de entender la racionalidad que identifica a la sociedad de la segunda modernidad, de forma que los futuros profesionales del área jurídica sean capaces de lidiar con los diversos desafíos que ese nuevo contexto impone.

Dentro de ese marco, el actual proceso de acreditación de la Facultad de Derecho de la UCR en el cual están involucrados todos los actores de la Facultad –docentes, alumnos, investigadores y personal administrativo- constituye una oportunidad valiosa y diferenciada para reflexionar, desde diversas perspectivas, en donde nos encontramos y hacia dónde queremos ir en lo que respecta a la forma en que pensamos la academia.

La pretensión de este trabajo es contribuir, de manera sucinta, para uno de los puntos de la mándala de la Facultad, el cual, en mi criterio, debe ser objeto de especial atención de cara a definir el norte epistemológico y metodológico que deberá guiar a nuestra Casa de Enseñanza en los próximos años.

Concretamente, el capítulo objetiva presentar algunas ideas sobre como el Pensamiento Complejo puede contribuir para que tanto docentes como alumnos puedan conformar un cuerpo pro-activo, crítico y prospectivo, que sea capaz de desarrollar, con alta capacidad de investigación, competencia y compromiso, la transición de un modelo de enseñanza cartesiano del derecho, para un modelo con

una perspectiva compleja, orientado por los principios sistémico, dialógico y holográfico¹.

Teniendo en cuenta esas consideraciones, el análisis propuesto en este artículo fue estructurado en dos partes. Inicialmente serán realizadas unas breves reflexiones sobre la denominada Sociedad de Riesgo, contexto que exige una forma distinta de entender, enseñar y aprender el Derecho. En una segunda parte se van a considerar algunos puntos de relevancia sobre las perspectivas para la enseñanza del Derecho, a partir de una perspectiva de complejidad.

El estudio realizado es fruto tanto de mi experiencia en investigación y docencia en la Universidade del Estado do Rio de Janeiro (UERJ) y en la Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), universidades brasileñas en las cuales realicé estudios de Doctorado y Post-doctorado, como también en la experiencia obtenida en mis labores en el campo de la docencia, la investigación y la acción social en la Universidad de Costa Rica.

2. Breves reflexiones sobre la Sociedad de Riesgo

La expresión Sociedad de Riesgo surge en el ámbito de la sociología, al ser analizadas las características que marcan la sociedad de la segunda modernidad. Esa sociedad, diseñada para ampliar el confort y la calidad de vida de los seres humanos, paradójicamente está marcada por la inseguridad constante y por la producción de riesgos, muchos de ellos de carácter global, imprevisibles, sinérgicos e intemporales.²

¹ Véase: Morin, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 1996.

² Véase: Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad* (Barcelona: Ediciones Paidós, 1998), p. 89.

Los desafíos de la Sociedad de Riesgo son los peligros producidos por la civilización orientada por la racionalidad moderna, riesgos que no pueden ser delimitados socialmente ni en el tiempo ni en el espacio.³

U. Beck entiende que el acelerado progreso provocó la substitución de la primera modernidad – simple, lineal e industrial, basada en las sociedades de Estados Naciones-, en la cual las relaciones, las redes sociales y las comunidades eran entendidas en sentido territorial. El pensamiento cartesiano lidió con esa realidad a partir de una perspectiva binaria, mecanicista y homogenizante, que encaja el saber en separadas cajas disciplinarias de conocimiento que desconsideran las múltiples diferencias, naturales y culturales, que caracterizan la realidad en nuestro planeta.

Las características propias de esa primera modernidad fueron substituidas por cinco procesos inter-relacionados que identifican aquello que Beck llama segunda modernidad. Según Beck, esos procesos serían: la globalización, la individualización, la revolución de los géneros, el sub-empleo, y los riesgos globales – entre ellos la crisis ecológica. Se trata de consecuencias imprevistas de la victoria de la primera modernidad, y que acaban produciendo el fenómeno denominado modernidad reflexiva; un estado de la modernidad en el cual comienzan a tomar cuerpo las amenazas producidas en el camino de la sociedad industrial.⁴

Para el sociólogo alemán, la modernización radicalizada socavó los fundamentos de la primera modernidad transformando su marco de referencia de un modo nunca antes previsto. Entró en colapso la propia idea de control y seguridad y surgió un mundo des-nortado, con un futuro incierto. En la segunda

³ Véase: Ulrich Beck, *La sociedad del riesgo global* (Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002), p. 29.

⁴ Véase: Beck, “La sociedad del riesgo global”, p.2.

modernidad las sociedades no occidentales comparten con Occidente no solo el mismo espacio y tiempo, sino también los mismos desafíos.⁵

Se desplaza la preocupación de la sociedad industrial, que giraba en torno de la distribución de la riqueza y de los bienes, y pasa a ocupar lugar de destaque los conflictos de responsabilidad distributiva, referidos al problema de la distribución de riesgos – como sería el o caso, por ejemplo, de la investigación genética, de las tecnologías militares y de los problemas ambientales, entre otros.⁶

El proceso de transición de la época de la modernidad industrial para la época de riesgo es producido de forma no intencional y no es percibido compulsivamente en el curso de la dinámica de la modernización, que se tornó autónoma, conforme a la pauta de consecuencias no deseadas.⁷

En ese contexto, las ciencias sociales, entre ellas el Derecho, no pueden ser ajenas a esa compleja realidad que caracteriza a la Sociedad de Riesgo contemporánea.

El Derecho lo podemos entender desde diferentes perspectivas epistemológicas, que impiden una definición unívoca o establecer características taxativas. En términos generales, es posible afirmar que el Derecho es un fenómeno complejo que busca comprender y dar sentido a la realidad que condiciona a los seres humanos. Por medio del lenguaje, el Derecho crea un “orden imaginario”⁸ orientado para encontrar caminos que permitan el ejercicio pleno de las libertades, garantizar la vida y promover la igualdad, ello con el objetivo de facilitar una adecuada convivencia en sociedad. Consecuentemente, el Derecho debe adoptar medidas organizativas, y establecer mecanismos de contingencia, de carácter preventivo y prospectivo, que permitan estructurar la

⁵ Véase: Beck, “La sociedad del riesgo global”, p. 3.

⁶ Véase: Beck, Ulrich, Giddens, Anthony y Lash, Scott, *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

⁷ Véase: Beck, “La sociedad del riesgo global”, p. 114.

⁸ Véase: Harari, Yuval Noah. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

vida en sociedad, evitar conflictos y solucionar (de forma heterocompositiva o autocompositiva) posibles controversias que surjan como consecuencia de las dinámicas de conducta humana. El Derecho, por tanto, como orden imaginario impregnado de un fuerte contenido axiológico, podría decirse que es una representación intersubjetiva de realidades diversas.

En la Sociedad de Riesgo del siglo XXI, el Derecho, forma uno de los variados subsistemas que se encajan e interactúan dentro de un entorno complejo y dinámico que no puede ser comprendido a partir de una racionalidad cartesiana, simplificadora, que desconsidera los ricos aportes de las ciencias y de los conocimientos tradicionales.

En otras palabras, el Derecho del siglo XXI deberá ser repensado de forma que sea capaz de consolidar una epistemología que reconozca la relevancia del diálogo de saberes para comprender el vasto mundo fáctico y axiológico que da origen al mundo jurídico.

Por ejemplo, en el caso de los problemas ecológicos, solo a través de una comprensión de complejidad será posible comprender, analizar e identificar posibles caminos para los desafíos sinérgicos que propone el Antropoceno, a fin de estructurar un Nomos con un lenguaje coherente, sistémico y efectivo, en el cual se incorporen nuevos paradigmas fundamentados en una nueva ética de alteridad.

Así, el turbulento contexto de la Sociedad de Riesgo le impone a la Ciencia Jurídica la revisión de institutos y de esquemas conceptuales anclados en la realidad de la primera modernidad; lo exige un mayor diálogo inter y transdisciplinario. Evidentemente, ello supone un desafío para el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, en la medida que sugiere la incorporación de nuevas metodologías y estrategias que complementen los modelos tradicionales de enseñanza, con el intuito de formar personas con sólidas bases epistemológicas y hermenéuticas que sean capaces de tener una visión sistémica.

3. Perspectivas y Desafíos para la enseñanza del Derecho en la Universidad de Costa Rica

3.1. Pensamiento Complejo y superación del Reduccionismo metodológico

Edgar Morin, filósofo y sociólogo francés, es considerado el padre del paradigma de Pensamiento Complejo, idea que desarrolla en su vasta obra el “Método”, compuesta de seis volúmenes.

Para él, la complejidad debe ser entendida como aquello que es tejido en conjunto. Morin explica que el Pensamiento Complejo se origina en las ciencias naturales y exactas, y evidencia la necesidad de superar el reduccionismo de las fronteras disciplinarias desarrolladas a partir de una perspectiva cartesiana, simplista, que fragmenta el conocimiento. La complejidad puede apreciarse en el desarrollo de las teorías de la información y de la cibernética.

La complejidad entiende que todo fenómeno está sujeto a contradicciones, siendo la incerteza parte de la cotidianidad humana. Así, para entender las diversas facetas de la realidad, el Pensamiento Complejo busca la articulación y el diálogo de conocimientos, aventurándose para la transdisciplinariedad.

Edgar Morin explica la complejidad de la siguiente forma:

*“¿Qué es la complejidad? A primera vista la complejidad es un tejido (complexus: lo que está tejido en conjunto) de constituyentes heterogéneos inseparablemente asociados: presenta la paradoja de lo uno y lo múltiple. Al mirar con más atención, la complejidad es, efectivamente, el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que la complejidad se presenta con los rasgos inquietantes de lo enredado, de lo inextricable, del desorden, la ambigüedad, la incertidumbre (...). De allí la necesidad, para el conocimiento, de poner orden en los fenómenos rechazando el desorden, de descartar lo incierto, es decir, de seleccionar los elementos de orden y de certidumbre, de quitar ambigüedad, clarificar, distinguir, jerarquizar... Pero tales operaciones, necesarias para la inteligibilidad, corren el riesgo de producir ceguera si eliminan a los otros caracteres de lo complejo; y, efectivamente, como ya lo he indicado, nos han vuelto ciegos”.*⁹

De manera que, en sentido amplio, el Pensamiento Complejo objetiva un proceso de conocimiento que permita una visión sistémica de las diferentes

⁹ Edgar Morin, *Introducción al Pensamiento Complejo* (Barcelona: Gedisa, 1996), p.32.

dimensiones de la realidad. Se trata de un proceso cognitivo que permite, a través de un proceso reflexivo, establecer puntos de encuentro y contradicción, diálogos con diferentes áreas del conocimiento y saberes, permitiendo una visión integrada del mundo, considerando la relación del todo con cada una de sus partes y viceversa.

El Pensamiento Complejo propone la superación del reduccionismo metodológico, tradicionalmente limitado a una visión fragmentada y simplificada de la realidad, y requiere una perspectiva inter y transdisciplinaria que permita el diálogo e intercambio de saberes, de forma que el Derecho pueda producir un conocimiento capaz de comprender y analizar la facetas y desafíos de la Sociedad de Riesgo, buscando atender y dar respuesta a las exigencias de una realidad en constante evolución.

De modo que, debemos entender que el Pensamiento Complejo exige la superación del estricto formalismo jurídico, con la finalidad de entender la ciencia jurídica dentro de un contexto más amplio, en una red sutil que considera factores externos que condicionan y que a su vez son condicionados por el Derecho.

Siguiendo esa línea de pensamiento, en el caso concreto de la enseñanza del Derecho en la UCR, una perspectiva de complejidad supone, inicialmente, considerar tres puntos fundamentales:

(1). Repensar la forma del proceso de enseñanza-Aprendizaje del Derecho, de forma que sea más dialéctico, integrado y que fomente el conocimiento reflexivo y no apenas memorístico de normas y jurisprudencia. Ese nuevo planteamiento exige nuevas metodologías, estrategias didácticas y nuevas formas de realizar las evaluaciones.

En ese sentido, los conocimientos adquiridos a lo largo de la carrera deben estar conectados en un proceso acumulativo de aprendizaje, sin que, por ejemplo, los estudiantes lleguen a los cursos finales de la carrera sin recordar los conocimientos adquiridos en los tres primeros años de formación.

(2). El trabajo integrado dentro de las Cátedras de los cursos y entre Cátedras.

(3). La aproximación y cooperación con otras áreas del conocimiento tanto en la docencia como en la investigación y la acción social.

Sobre el primer punto, en el caso concreto de la Facultad de Derecho de la UCR, se considera importante que las diversas Cátedras adopten estrategias pedagógicas que permitan el desarrollo de un análisis sistémico del conocimiento. Esas estrategias deben permitir la articulación de la epistemología jurídica con conocimientos y saberes diversos, el estudio práctico y el incentivo del trabajo colaborativo.

Se considera importante incentivar el diálogo integrado, dentro y entre las Cátedras de la Facultad, así como con otras unidades académicas de la Universidad. Esa perspectiva invita a adoptar una metodología fundamentada en la interactividad, permitiendo el desarrollo del pensamiento crítico, la curiosidad investigativa y la capacidad de trabajo en equipo; ello permitirá, por ejemplo, que los estudiantes conformen equipos de investigación que interactúen en proyectos nacionales e internacionales.

Así, el Pensamiento Complejo propone un proceso de enseñanza-aprendizaje en donde el estudiante no tenga una posición pasiva en una clase magistral orientada para un pensamiento mecánico, direccionado para la memorización irreflexiva y la lectura simplificadora que limita el aprendizaje a la antología del curso.

Variables como la docencia-investigación-acción social y la enseñanza-aprendizaje, deberán ser caras de la misma moneda. Profesores y estudiantes son actores de un mismo proceso y piezas claves en la producción y diseminación de conocimiento.

Partiendo de esa premisa, la innovación en la enseñanza del Derecho deberá abrazar la idea de que el profesor es un facilitador de conocimiento, un

orientador que incentive constantemente el proceso de investigación y permita al alumno el desarrollo de un razonamiento crítico, habilidades blandas y el fortalecimiento de capacidades de expresión escrita y oral.

El Pensamiento Complejo posibilita que el estudiante pueda comprender, analizar y encontrar soluciones jurídicas para una realidad dinámica. Esa visión deberá fortalecer la idea de que el estudiante debe tener un papel activo y un sentido de pertenencia con la Facultad, de forma que no sienta que es apenas parte de un proceso transitorio, individual y en el cual tiene un papel pasivo que lo caracteriza como receptor y memorizador de datos.

3.2. Necesidad de un modelo de enseñanza sistémico y esencialmente participativo

La nueva realidad que caracteriza la Sociedad de Riesgo exige que todos los cursos adopten una perspectiva sistémica, permitiendo el análisis de las diversas variables dentro de las cuales está circunscrito el fenómeno jurídico. El Derecho debe ser visto como una mánada de conocimientos interconectados y en constante transformación.

Así, por ejemplo, cursos de derecho ambiental deben ser estructurados con una perspectiva que permita la comprensión de la complejidad ecológica, para poder entender las relación sinérgica, intemporal y global de los problemas ambientales. Así, un curso de esa naturaleza deberá tener una orientación dialéctica que permita, en primer lugar, cuestionar el modelo de desarrollo hegemónico heredado del racionalismo iluminista y anclado en una visión de mundo binaria, simplista y antropocentrista, para así abrir el pensamiento para nuevos paradigmas de carácter biocéntrico y econcéntrico.

Un curso de derecho ambiental orientado por la perspectiva del Pensamiento Complejo exige un profundo diálogo inter y transdisciplinario, de forma a considerar las causas, características y consecuencias de la crisis

ecológica para poder analizar el Nomos ambiental existente y valorar las perspectivas y desafíos para un nuevo paradigma jurídico capaz de responder a los desafíos de esa crisis. Se trata de un curso sobre diálogos sustentables que puedan proponer una nueva epistemología y hermenéutica ambiental.

Esa nueva propuesta permitirá analizar los problemas ambientales de forma integrada, considerando diferentes matices (biofísicos, políticos, jurídicos, económicos, filosóficos, entre otros) con la finalidad de vislumbrar en el horizonte un nuevo proyecto ecológico capaz de redimensionar el pacto de la modernidad y su insostenible lógica estructural.

En resumen, un curso con esas características deberá ir más allá del estudio mecánico de la burocracia, las reglas y los antecedentes judiciales en materia ambiental, proponiendo un análisis crítico que permita la construcción de una nueva racionalidad ecológica.

Sobre esa idea fue estructurado el nuevo curso de Derecho Ambiental I (DE-1122) de la Facultad de Derecho de la UCR. En la descripción del Programa de ese curso se deja en evidencia la perspectiva de complejidad que orienta el curso:

“Descripción:

El curso pretende que el estudiante sea capaz de entender y analizar, de forma crítica, el sistema normativo ambiental internacional con la finalidad de capacitarlo para resolver casos prácticos concretos y tener una perspectiva propositiva. Además, el curso pretende analizar el contexto actual del Antropoceno y las posibles dimensiones de la gobernabilidad ambiental, de forma que el estudiante sea capaz de entender y analizar los principales problemas ambientales, de carácter transfronterizo y sinérgico, los instrumentos internacionales sobre la materia, y los mecanismos jurídicos de tutela socio-ambiental. Partiendo de ese marco, el curso tendrá una perspectiva que incentivará el análisis de las temáticas a partir de una propuesta de pensamiento complejo, que orientará al estudiante a realizar un estudio de convencionalidad en todas las temáticas.

El curso aborda una temática compleja, densa, con un contenido esencialmente inter y transdisciplinario. El estudio de los temas del curso requiere el manejo de conceptos y aspectos relacionados con diversas ramas del ordenamiento jurídico –constitucional, administrativo, privado, entre otros– como también el diálogo constante con otros saberes del conocimiento – sociología, filosofía, política, antropología, geografía, ciencias naturales, economía, entre otros–.

El Derecho Ambiental es un saber con principios e institutos que tienen una íntima relación con los derechos humanos y con un modelo de gobernabilidad internacional. El estudio del derecho ambiental es sin duda una exigencia de la sociedad de riesgo contemporánea, en el tanto presupone el establecimiento de parámetros de sustentabilidad que permitan el ejercicio pleno de las libertades, el desarrollo de los derechos sociales y el respeto de la

justicia intra-generacional, inter-generacional e inter-especies en la búsqueda del equilibrio socio-ambiental. Todo el modelo de desarrollo de la modernidad depende del ambiente, sin el cual es insostenible.

El curso busca transmitir al alumno conocimientos de base que le permitan comprender la teoría general del derecho ambiental y analizar de forma crítica la complejidad de la dinámica que caracteriza la cuestión ambiental en la sociedad de riesgo contemporánea – Antropoceno- y estudiar los principales instrumentos jurídicos de tutela ambiental en el ámbito internacional que orientan y delimitan las políticas internacionales y nacionales. Además, el curso analiza las perspectivas y desafíos del Estado Ecológico de Derecho, el estudio de la gobernabilidad ambiental en sus diferentes perspectivas y la discusión sobre las corrientes de la Economía del Medio Ambiente, analizando los postulados orientadores para una formulación efectiva de mecanismos económicos que complementen los tradicionales mecanismos de comando y control, de forma a incentivar una efectiva sustentabilidad socio-ambiental.

El curso está estructurado a partir de cuatro (4) grandes núcleos temáticos estrechamente relacionados, buscando el estudio de la dinámica del derecho ambiental, de forma que se incentive en el estudiante la reflexión crítica capaz de producir conocimientos que incorporen nuevas formas de pensamiento, que permitan orientar una racionalidad ambiental que concilie desarrollo y sustentabilidad.

Los problemas globales que enfrentamos en la actualidad, como el cambio climático, la pérdida de la biodiversidad, la gestión de los residuos, la contaminación del aire, la falta de planificación urbana, el acceso y la contaminación del recurso hídrico, entre otros, son problemas ambientales que deben recibir especial atención por parte del Derecho tanto a nivel nacional como internacional”.¹⁰

Siguiendo esa línea descriptiva, el curso establece como objetivo general: “el estudio y la reflexión de las políticas ambientales internacionales y los desafíos del Estado Ecológico de Derecho, con el objetivo de que el estudiante sea capaz de entender la teoría general del derecho ambiental de forma que pueda aplicarla en el trabajo práctico, a partir de una perspectiva de pensamiento complejo que considere el diálogo de saberes, los derechos humanos y los nuevos paradigmas emergentes”.¹¹

Por su parte, los objetivos específicos 1 y 3 destacan la importancia del Paradigma de Complejidad al señalar la necesidad de:

“1. Reflexionar sobre los problemas ecológicos que caracterizan a la sociedad de riesgo para poder discutir los desafíos y perspectivas de un modelo de Gobernabilidad Ambiental capaz de orientar el desarrollo sustentable.

(...)

3. Estudiar, de forma crítica, las facetas de la sustentabilidad ambiental a lo largo de la historia, abordando su relación con los derechos humanos y paradigmas emergentes para analizar las perspectivas y desafíos de un Estado ecológico de Derecho que sea capaz de conciliar los derechos liberales, sociales y ambientales”.¹²

Teniendo en cuenta la estructura y objetivos del curso, en la sección metodológica, el programa señala que “El análisis del contenido del curso será realizado considerando la complejidad del fenómeno ambiental contemporáneo, privilegiando un análisis interdisciplinario y transdisciplinario que contemple los aspectos económicos, sociales, políticos y jurídicos de los diversos temas (...).”

¹⁰ Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. Programa del Curso de Derecho Ambiental I, DE-1122, 2022. Coordinador de Cátedra: Prof. Dr. Carlos E. Peralta Montero.

¹¹ Facultad de Derecho, “Programa del Curso de Derecho Ambiental I, DE-1122, 2022”.

¹² Facultad de Derecho, “Programa del Curso de Derecho Ambiental I, DE-1122, 2022”.

Por ello, como parte del primer tema del curso se analizan “Los desafíos de la investigación en la interacción ser humano y Ambiente. Complejidad e investigación interdisciplinaria” y las características y desafíos de “La sociedad de riesgo global y los problemas ecológicos. El Antropoceno.”

Finalmente, para poder potencializa la perspectiva de complejidad del curso es esencial la introducción de metodologías activas de enseñanza-aprendizaje que promuevan el razonamiento crítico y sistémico.

En el caso de otros cursos, como el Derecho Tributario, por ejemplo, la perspectiva de complejidad exige comprender las variables políticas, económicas, sociológicas y filosóficas que dialogan con el sistema jurídico tributario, a fin de entender la relación dialéctica entre tributo y derechos fundamentales. Ello requiere el estudio crítico de las diversas corrientes de pensamiento sobre el fenómeno económico/tributario de forma a no limitarlo, por ejemplo, a una visión estrictamente positivista orientada exclusivamente para el estudio de la regla jurídica y la resolución mecánica de casos a partir de la memorización de conceptos y antecedentes judiciales.

Así, la perspectiva de complejidad permite entender, por ejemplo, que un tributo ambiental no es una técnica orientadora del derecho ambiental o del derecho tributario, sino que es parte de un todo mayor y, al mismo tiempo, es parte de ambas áreas. De forma que, la aproximación a su conocimiento exige analizar tanto principios ambientales como principios tributarios. Además, requiere el estudio de la teoría de los derechos fundamentales, la reflexión sobre temas que van más allá del estudio de la regla jurídica como: el fenómeno del Antropoceno, la gobernabilidad ambiental, las externalidades ambientales, los conflictos ecológicos distributivos, la justicia ambiental territorial, la obsolescencia planificada, la contaminación difusa, los servicios ecosistémicos, los instrumentos de gestión ambiental, la estructura de la Administración Tributaria, las competencias ambientales, etc.

Otro ejemplo, sería el caso de los cursos de derecho penal, que deben considerar el estrecho vínculo de la norma penal con saberes como la sociología, la psicología, la política criminal, la filosofía y las ciencias médicas, y deben tener una estrecha relación, por ejemplo, con los objetivos del desarrollo sostenible. Esa perspectiva deberá estar orientada a entender el fenómeno social dentro del cual se contextualizan los delitos con la finalidad de evitarlos y no apenas estudiar las dinámicas procesales y la consecuencia jurídica que se produce una vez que se materializa el tipo penal.

Un análisis similar merecen los demás cursos de la carrera, los cuales, como indicamos, están todos interconectados entre sí y además sus objetos de estudio deben ser comprendidos a partir de los valiosos aportes de otras áreas del conocimiento.

Siguiendo la línea de razonamiento expuesta, el Pensamiento Complejo supone, en síntesis, superar el debate reduccionista que propone la estéril discusión sobre la autonomía entre el derecho público y el derecho privado; debate que pareciera, a partir del paradigma cartesiano disciplinario, perder de vista la naturaleza dialéctica de ambas áreas. Derecho público y privado son dos caras de la misma moneda, que dialogan y se retroalimentan de forma constante entre sí y con otros conocimientos que les permiten su constante evolución.

Aunado a lo indicado, de forma paralela, y de manera transversal, es fundamental incentivar a lo largo de toda la carrera, el desarrollo constante de la capacidad de investigación y la capacidad oral y escrita del estudiante ante situaciones complejas e imprevistas. Por ello un proceso de enseñanza-aprendizaje en un contexto dinámico no puede estar amparado sobre una evaluación pautada sobre la memorización irreflexiva de conceptos aislados que no son situados y analizados de forma crítica y dialógica.

Dentro de ese marco es importante el desarrollo de una metodología de enseñanza en la cual el contenido programático del curso sea analizado utilizando el método participativo-socrático, de forma que las aulas sean programadas como

encuentros de carácter provocativo, con el intuito de privilegiar la interacción y fomentar el debate, el raciocinio analítico, la producción del conocimiento grupal a partir de la elaboración de proyectos de investigación y el constante espíritu de la curiosidad que promueva la búsqueda de nuevas fuentes de conocimiento.

El fortalecimiento del proceso de enseñanza-aprendizaje deberá ser acompañado por debates programados, juego de roles, cine-foros, elaboración de video/conferencias, infografías, mapas conceptuales, análisis práctico de casos, estudios dirigidos de lecturas. Se trata de un proceso esencialmente analítico-cooperativo.

En ese contexto el estudiante deja de ser un mero receptor y repetidor de reglas jurídicas y definiciones binarias aisladas y pasa tener un papel activo que potencializa el carácter transformador del derecho, por medio de un proceso reflexivo, principiológico que deberá considerar la verdadera efectividad de la norma.

El uso de recursos tecnológicos como el data-show en las clases, la elaboración de capsulas temáticas -elaboración de videos-, el uso de Plataformas de estudiantes en internet para foros de debates y la disponibilización de material didáctico digitalizado y actual son importantes para fomentar la interactividad.

Aunado a técnicas destinadas a potencializar habilidades orales, es fundamental utilizar herramientas que permitan el desarrollo de habilidades escritas e investigativas que privilegien el trabajo crítico y la capacidad de expresión de forma clara, coherente y sintética. Es importante que el estudiante sea capaz de traducir, en infografías, mapas conceptuales, reseñas y ensayos con formato de artículo académico, el resultado de sus lecturas, de sus apuntes y de su investigación a lo largo del curso. En ese proceso, la capacidad analítica y de síntesis, son competencias que deben ser trabajadas constantemente para superar el paradigma simplista que privilegia la repetición irreflexiva de ideas preconcebidas.

Evidentemente, los mecanismos de evaluación deberán ser coherentes con las técnicas didácticas empleadas y no deberían estar ceñidos únicamente a los clásicos exámenes escritos: dos parciales y un final.

La compleja vida profesional de la Sociedad de Riesgo exige espíritu investigativo, pensamiento crítico, sólidas bases epistemológicas y hermenéuticas, capacidad de síntesis, el desarrollo de destrezas orales y escritas, planificación estratégica, trabajo colaborativo y habilidades blandas.

El desarrollo de esas habilidades no es posible si la mayoría de los cursos de la carrera son diseñados para ser impartidos de forma magistral y privilegiando una evaluación cartesiana que establece 3 pruebas escritas individuales (sea con 3 o 4 ítems de desarrollo, o diseñados sobre la mecánica de falso-verdadero o marque con X), con una duración promedio de 30 a 120 minutos, en las cuales los estudiantes reproducen aquellos conocimientos memorizados.

La complejidad de la vida profesional en el campo del Derecho no está mecanizada de esa forma, sino que requiere complejos procesos de reflexión que demandan tiempo, planificación, investigación, trabajo en equipo e interacciones con profesionales de otras áreas del conocimiento.

Además de las consideraciones realizadas, para el fortalecimiento de una academia jurídica orientada por el paradigma de complejidad, es importante destacar la necesidad de incentivar el metabolismo académico. El Derecho es más que un conglomerado de reglas enyesadas, es en esencia un “orden imaginario” que deberá estar amparado en una sólida epistemología reflexiva y crítica, capaz de observar fenómenos objetivos desde una perspectiva sistémica, con el objetivo de establecer acuerdos intersubjetivos válidos y con una pretensión de efectividad.

Ese metabolismo académico, entre otros aspectos, deberá considerar:

1. La interacción dentro de la Cátedra y entre Cátedras que permita la discusión de temáticas comunes en aulas específicas estructuras como seminarios de debate.

2. La organización de congresos académicos periódicos, incluyendo simposios estudiantiles, de carácter inter y transdisciplinario. Esos eventos deberán incentivar el encuentro y debate de saberes, fomentando la dialéctica, el pensamiento crítico y constructivo.

3. El incentivo de actividades complementarias que potencialicen la formación interdisciplinar del alumno, contribuyendo para su desarrollo académico y profesional. Por ejemplo, participación estudiantil en grupos de investigación, de forma que su estadía en la Facultad no esté limitada a la rígida asistencia a cursos.

4. Incentivo de la producción científica de docentes y de su participación en proyectos de acción social. Ese incentivo deberá estar acompañado de sistemas objetivos de evaluación académica que permitan, por ejemplo, que el docente obtenga diferentes grados de producción, que deberá mantener en el tiempo, y que podrían otorgar, por ejemplo, mayores apoyos económicos para proyectos de docencia, investigación o acción social, y, consecuentemente mayor cantidad de becas para horas estudiante/asistente, etc.

5. De la mano con el punto anterior, es relevante la producción de material didáctico propio – doctrina escrita por los profesores de la Facultad de Derecho.

6. Fomentar el desarrollo y diálogo de escuelas de pensamiento jurídico que permitan construcciones epistemológicas diversas, que no estén direccionadas únicamente por el positivismo jurídico.

7. Celebración de convenios académicos de carácter nacional e internacional. La internacionalización de la Facultad de Derecho es un proceso relevante que viene siendo incentivado fuertemente en la actual gestión, iniciada en el 2021, y cuya importancia radica en que tanto los docentes como los alumnos puedan, a través de la vivencia internacional, profundizar el estudio de

determinados temas y conocer perspectivas diversas, además del contacto con otras culturas.

8. Incentivar el uso de tecnologías de la información.

En conclusión, el nuevo proceso de enseñanza-aprendizaje debe permitir que el estudiante de derecho sea capaz de entender, analizar e interpretar la realidad jurídica de acuerdo con diversos paradigmas epistemológicos y fenómenos complejos interconectados. Además, el alumno deberá ser capaz investigar y procesar informaciones de forma crítica, dialogando con otros saberes, y deberá desarrollar habilidades que le permitan expresarse de forma escrita y oral, siendo capaz de argumentar, fundamentar y decidir de forma clara, firme, sucinta y crítica.

El Proceso de Complejidad objetiva un intenso metabolismo académico. Para poder entender el estado actual de ese metabolismo es necesario que, periódicamente, las personas responsables en la Facultad por los procesos de gestión de la calidad académica, elaboren instrumentos de evaluación objetivos.

4. Conclusiones

Estamos en un momento de cambio en nuestra Facultad, y como en todo momento de esa naturaleza, tenemos la posibilidad de establecer un proceso de ruptura y de creación. Sin duda, espacios como congresos y encuentros académicos son foros de debate con un enorme potencial para producir insumos valiosos para delimitar la nueva Facultad de Derecho que queremos, en sus diversas aristas, siempre desde una perspectiva pluralista y orientada por la formación humana que caracteriza a nuestra Universidad.

Conforme expuesto, este trabajo analiza las perspectivas para incentivar innovaciones en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho, a partir de la idea de Pensamiento Complejo. La perspectiva de Complejidad exige la superación del reduccionismo metodológico, tradicionalmente limitado a una visión fragmentada de la realidad, y requiere una perspectiva inter y transdisciplinaria que permita el diálogo e intercambio con otras áreas del conocimiento –Ciencias Económicas, Ciencias Sociales, Ciencias Naturales, Saberes Tradicionales, etc. -, de manera que el Derecho pueda producir un conocimiento capaz de atender las exigencias de una Sociedad de Riesgo en constante evolución.

Como corolario de lo expuesto, se considera que la perspectiva de complejidad en el proceso de enseñanza-aprendizaje del Derecho promueve abrazar la idea de que el Profesor es un facilitador de conocimiento, un orientador que permite al alumno desarrollar el sentido de investigación, el trabajo colaborativo y el razonamiento crítico, fortalecer habilidades de expresión escrita y oral, de forma que, a través del diálogo inter y transdisciplinario, el alumno pueda comprender, analizar y encontrar soluciones jurídicas que consideren la complejidad de la realidad contemporánea.

5. Referencias bibliográficas

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo global*. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2002.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós, 1998.

BECK, Ulrich, GIDDENS, Anthony y LASH, Scott. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*. Tradução de Magda Lopes. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.

FACULTAD DE DERECHO, Universidad de Costa Rica. *Programa del Curso de Derecho Ambiental I, DE-1122*. Coordinador de Cátedra: Prof. Dr. Carlos E. Peralta Montero, 2022.

HARARI, Yuval Noah. *Homo Deus: Uma breve história do amanhã*. Tradução Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

MORIN, Edgar. Um festival de incerteza. 09 de junio de 2020. Disponible en: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/599773-um-festival-de-incerteza-artigo-de-edgar-morin> Acceso en: 11 de mayo de 2022.

MORIN, Edgar. *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: Gedisa, 1996.

MORIN, Edgar. *El Método II. La vida de la vida*. Madrid: Ediciones Cátedra, 2002.

Teorías y paradigmas que fundamentan y habilitan la enseñanza y el ejercicio del proceso de mediación en las instituciones de educación superior

Dra. Marcela Moreno Buján

“Mientras la justicia, atosigada de casos, se demora más y más, la alternativa de la mediación ofrece a menudo acuerdos rápidos y fáciles de implementar, inclusive en el ámbito internacional, donde se la suele emplear luego del fracaso de otros procedimientos. (...) En cuestiones de familia, brinda a las parejas que se divorcian la oportunidad de alcanzar acuerdos viables y satisfactorios para ambos y sus hijos. En los negocios, contribuye a evitar un juicio costoso. En la política, busca lograr que todas las partes interesadas se reúnan para encontrar una solución a problemas que, a priori, parecen casi imposibles de resolver”. Sara Rozenblum de Horowitz¹

1. Introducción

Desde hace más de dos décadas y hasta la actualidad, la institucionalización y promoción de los procesos de resolución alternativa de conflictos (en adelante procesos RAC) ha cobrado especial importancia en nuestro país, fenómeno del que no se encuentran excluidas las instituciones públicas, especialmente las académicas.

Inicialmente, valga preguntarse: ¿por qué las instituciones de educación superior han de preocuparse -o, mejor dicho- deben velar por la incorporación de la perspectiva de la resolución alternativa de conflictos en sus políticas educativas?

La respuesta a esta pregunta amerita indicar, en un primer momento, que a partir de la promulgación de la *Carta de las Naciones Unidas*², la prevención y

¹Sara Rozenblum de Horowitz, “Conflicto y Negociación”, en *Mediación. Una respuesta Interdisciplinaria*, ed. Sara Rozenblum de Horowitz (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997), p. 134.

² Firmada el 26 de junio de 1945 en la ciudad de San Francisco de los Estados Unidos de América al finalizar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Entra en vigencia el 24 de octubre del mismo año.

erradicación de las amenazas para la paz se ha convertido en una de las principales metas de los Estados contemporáneos.

Asimismo, esta prevención deberá realizarse mediante la adopción de medidas colectivas que permitan la solución de controversias de manera pacífica, de conformidad con los principios rectores del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Aunado a ello, la *Declaración sobre la utilización del progreso científico y tecnológico en interés de la paz y en beneficio de la humanidad*³ de 1975, amplía la visión que hasta el momento se tiene de la promoción de la paz. A partir de la promulgación de esta declaración, se exhorta a los Estados miembros a promover, por un lado, que los resultados y productos del progreso científico y tecnológico sean utilizados para fortalecer la paz mundial, y por otro, tomar todas aquellas medidas que impidan el uso inapropiado de esos resultados y productos, lo cual podría poner en riesgo -o incluso obstaculizar- el goce y disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales de la ciudadanía.

Así las cosas, y siendo que el desarrollo científico y tecnológico se desarrolla, mayoritariamente, en las universidades, las instituciones de educación superior están llamadas a orientar su quehacer teniendo como norte, y especial interés, la promoción de la paz en beneficio de la humanidad.

En el mismo sentido, la concepción y percepción de la paz que ha generado la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) se entiende como un requisito esencial en cuanto al ejercicio, goce y disfrute de los derechos humanos como manifestación de un Estado Social de Derecho. De tal manera, a partir de la promulgación de la *Declaración sobre el Derecho de los Pueblos a la Paz*⁴ en 1984, la paz ha sido considerada como un derecho humano de los pueblos

³ Proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la resolución 3384 (XXX) del 10 de noviembre de 1975.

⁴ Adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas mediante la resolución 39/11 del 12 de noviembre de 1984.

y el fomento de su realización se ha convertido en una obligación fundamental de todos los Estados miembros.

En esta misma declaración, se exhorta e invita a la implementación de la perspectiva de la resolución alternativa de conflictos para la solución de controversias de índole internacional, observándose lo establecido en el Capítulo VI de la *Carta de las Naciones Unidas*. Además, se recomienda a los Estados miembros la adopción de medidas adecuadas en el ámbito nacional para la resolución pacífica de los conflictos internos.

Los cuerpos normativos referidos constituyen llamados contundentes a los Estados miembros para establecer mecanismos internos de solución pacífica de controversias desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aspecto que también impacta a las instituciones de educación superior, según lo hasta acá expuesto.

Así las cosas, podemos observar en el contexto nacional la puesta en vigencia de la Ley No. 7727: “Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social”⁵ y el Decreto Ejecutivo No. 32.152: “Reglamento al Capítulo IV de la Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social”⁶, lo cual ha venido a operacionalizar el numeral 43 de nuestra Constitución Política (temática que será abordada por el Dr. Víctor Orozco Solano en otro capítulo de esta misma obra).

En el mismo sentido, la Universidad de Costa Rica ha ido atendiendo al llamado de la normativa internacional y nacional en materia RAC, incorporando en sus principios orientadores el derecho a la resolución alternativa de conflictos. La inclusión de este principio orientador en el Estatuto Orgánico de la Universidad se aprobó en la Asamblea Colegiada Representativa No. 140

⁵ Con entrada en vigencia el 14 de enero de 1998 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 09 de la misma fecha.

⁶ Con entrada en vigencia el 21 de diciembre de 2004 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 249 de la misma fecha.

celebrada el 14 de mayo del 2015 y publicado en la Gaceta Oficial N. 62 del 25 de abril del 2016, y con posterioridad nuevamente en La Gaceta Oficial No. 28 del 8 de febrero de 2019.

De igual forma, y consonancia con el principio orientador universitario referido, para el Congreso Académico organizado por la Facultad de Derecho en el año 2016, la suscrita presentó una propuesta de creación de un curso obligatorio en Resolución Alternativa de Conflictos para ser incluido en la nueva Malla Curricular y Plan de Estudios de la carrera, curso que afortunadamente se dicta por primera vez en el I Ciclo Lectivo del 2022.

Finalmente, y según lo indicado, surge ahora la necesidad de precisar la dimensión teórica objeto de *mediación pedagógica*⁷ respecto al proceso de mediación de los conflictos sociales. El presente capítulo presenta entonces teorías y paradigmas que habilitan tanto la enseñanza como el ejercicio de la mediación.

⁷ Es importante aclarar que, la mediación pedagógica difiere del proceso de mediación propiamente dicho respecto al objeto de intervención de cada uno. De tal manera, la mediación pedagógica se entiende como “(...) el tratamiento de contenidos y de las formas de expresión de los diferentes temas a fin de hacer posible el acto educativo dentro del horizonte de una educación concebida como participación, creatividad, expresividad y relacionalidad. (...) La mediación pedagógica comienza desde el contenido mismo. El autor del texto base parte ya de recursos pedagógicos destinados a hacer la información accesible, clara, bien organizada en función del autoaprendizaje. Estamos aquí en la fase de tratamiento desde el tema. La fase siguiente, de tratamiento desde el aprendizaje, desarrolla los procedimientos más adecuados para que el autoaprendizaje se convierta en un acto educativo: se trata de los ejercicios que enriquecen el texto con referencias a la experiencia y el contexto del educando. Por último, el tratamiento de la forma se refiere a los recursos expresivos puestas en juego en el material: diagramación, tipos de letras, ilustraciones, entre otros”. Francisco Gutiérrez Pérez y Daniel Prieto Castillo, *La Mediación Pedagógica. Apuntes para una Educación a Distancia Alternativa* (Buenos Aires: Ediciones La Crujía y Editorial Stella, 2007), pp. 70-71.

2. Teorías y paradigmas que fundamentan el proceso de mediación

2.1. Teoría del Conflicto Social

Inicialmente, cabe destacar que esta teoría va más allá de la definición del concepto de conflicto en sí mismo. Está referida y se encarga de visibilizar los diversos cambios que acontecen en la realidad social, puesto que el conflicto es considerado como el motor de estos cambios, generando energía creativa en los involucrados y una oportunidad de crecimiento personal. Esta perspectiva es lo que se denomina en doctrina *visión positiva del conflicto*⁸, desmitificando los efectos negativos asociados al vocablo.

Según el jurista argentino Remo F. Entelman, es recién a mediados del Siglo XX que se comienza a alertar sobre los efectos nocivos de la *visión negativa del conflicto* para la sociedad. Advierte el autor que pueden establecerse dos fenómenos desde esta perspectiva negativa, a saber: “(...) *el método jurídico es una técnica de prevención y resolución de conflictos que recurre a la violencia. [Y así se permite] (...) la existencia de conflictos entre pretensiones antagónicas e incompatibles, en aquellas situaciones en que el derecho declara permitidas ambas. (...) El segundo está vinculado con el carácter violento del método judicial y la necesidad de reducir su uso [porque] (...) no puede evitar el deterioro de los vínculos que constituyen las relaciones sociales de quienes sometieron a juicio sus controversias*”.⁹

⁸ Según ÁLVAREZ y HIGHTON, esta visión positiva da cuenta de que “*en una simplificación extrema, podemos decir que en tanto un gran sector de los estudiosos visualiza al conflicto como una enfermedad social, otro lo ve como un elemento indispensable para la evolución de la humanidad. Más aún, podemos afirmar que este siglo, especialmente en las últimas décadas, ha dado como resultado una visión positiva del conflicto. Se lo concibe como un motor para el cambio, generador de energía creativa que puede mejorar las situaciones, una oportunidad para el crecimiento y el enriquecimiento personal*”. Gladys Álvarez y Elena Highton, *Mediación para Resolver Conflictos* (Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2008), p. 46.

⁹ Remo F. Entelman, *Teoría de Conflictos. Hacia un Nuevo Paradigma* (Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2009), pp. 23-24.

PARA ENTELMAN la transición de un enfoque negativo a uno positivo sobre el conflicto implicó un cambio de paradigma. En este sentido, uno de los primeros académicos en posicionarse de la nueva perspectiva positiva fue el sociólogo y presidente de la American Sociological Association en 1975, Lewis A. Coser, quien consideró que el conflicto en su dimensión social tiene funciones específicas. En su obra *Las Funciones del Conflicto Social* [*The Functions of Social Conflict*] se indica que el conflicto social es [una pugna sobre los valores y los reclamos asociados a la escasez del estatus, el poder y los recursos a ser repartidos, en donde los objetivos de los disputantes son neutralizar, dañar o eliminar a quienes sean considerados como adversarios].¹⁰

A partir de este concepto operativo, asumido por COSER como una «*working definition*», el autor expone el recorrido transitado por la Sociología del Conflicto donde ya para 1907 el tópico del conflicto social se ubicaba como el tema principal de discusión en la comunidad estadounidense de sociólogos.

En un primer momento, se consideraron significativos los aportes a la perspectiva positiva propuestos por CARVER a través de su trabajo *Las Bases del Conflicto Social* [*The Basis of Social Conflict*], identificando como el corazón del conflicto a la escasez, la cual genera una ruptura en la armonía entre: el hombre y la Naturaleza, esta última como incapaz de satisfacer por completo todos los deseos humanos; los hombres a lo interno de su especie y el hombre consigo mismo. La escasez a su vez, la concibe como lo opuesto al bienestar, entendiéndolo como [la suma de cosas apropiables que se consideran escasas].¹¹

CARVER señala que, la aparición de la escasez en el espacio social implica el disenso y la discordia, «caldo de cultivo» del conflicto que a su vez constituye el motor de los cambios sociales y el pensamiento creativo, aspectos

¹⁰ [Traducción propia]. Lewis A. Coser, *The Functions of Social Conflict* (London: Routledge & Kegan Paul, 1956), p. 8.

¹¹ Thomas N. Carver, "The Basis of Social Conflict", *American Journal of Sociology*, 1908, Volume 13 No. 5, 628-648, p. 628.

que promueven el desarrollo humano.¹² Puede afirmarse que la existencia del antagonismo de intereses provoca necesariamente la preocupación por el otro, en aras de ver satisfechos los intereses propios. Esta tensión entre la preocupación por el otro y la satisfacción de los intereses individuales es lo que el autor ha denominado como la tercera forma de manifestación del conflicto, que radica en el antagonismo de intereses que tiene lugar en el interior de las personas.¹³

Volviendo a COSER, el segundo período de notoriedad del conflicto social tuvo lugar en 1930 en el marco de la vigésima sexta reunión anual de la *American Sociological Society*, donde se afirmó que el conflicto social era un ámbito inexplorado de la Sociología pese a algunos esfuerzos aislados –tal sería el caso de CARVER referido anteriormente–, y dada esa condición, la Sociología del Conflicto estaba aún sin desarrollarse.

En la década de los años cincuenta, BERNARD dio cuenta de esta situación en su artículo *¿Dónde está la Moderna Sociología del Conflicto?* [*Where is the Modern Sociology of Conflict?*], aseverando la necesidad de establecer un instituto de investigación para el análisis de los conflictos con fines teóricos y prácticos, dado que para ese momento se contaba con [(...) excelentes descripciones y análisis de los linchamientos, las huelgas, los motines y la guerra.

¹² Según el autor, [(...) la falta de armonía entre el hombre y la Naturaleza que toma la forma de escasez, da lugar a la falta de armonía entre los hombres. Donde hay escasez, habrá dos hombres deseando la misma cosa; donde dos hombres desean la misma cosa existirá un antagonismo de intereses; donde tenga lugar el antagonismo de intereses los hombres se harán preguntas para definir lo correcto y lo incorrecto, lo justo y lo injusto, y estas preguntas no podrán surgir en otro tipo de circunstancias. El antagonismo de intereses es, en otras palabras, lo que da pie al problema moral, y es, por lo tanto, el hecho fundamental en la sociología o la filosofía moral. (...) donde los intereses son armoniosos, ¿por qué debemos preocuparnos por ellos? En efecto, no lo hacemos. Pero donde son imperfectos, es decir, donde los intereses son antagonísticos y los problemas están surgiendo constantemente, estamos obligados a preocuparnos, querámoslo o no] Traducción propia. Carver, "The Basis of Social Conflict", pp. 629-630.

¹³ Para CARVER, [esta es una forma de conflicto, similar a la que se da entre los hombres, de la que no se puede escapar. La causa es más profunda que las formas de organización social; surge de la relación del hombre con la Naturaleza. Pero este es sólo un ejemplo de la lucha interna que desgarrará al individuo. El mero hecho de la escasez implica que si un deseo es satisfecho es a expensas de la satisfacción de algún otro] Traducción propia. Carver, "The Basis of Social Conflict", p. 632.

Pero los conflictos modernos más importantes no necesariamente se libraban en el nivel de la violencia abierta].¹⁴

Las apreciaciones de CARVER y BERNARD fueron tomadas en cuenta por COSER, dando pie a lo que podría llamarse el tercer período de análisis y/o esfuerzos por generar una teoría sistematizada del conflicto social, donde la obra del autor ha sido reconocida como pionera en esta labor.

Su obra inicia con lo que a criterio de la suscrita investigadora podría ser considerado como la trayectoria del vocablo en la Sociología estadounidense, identificándose cuatro hallazgos relevantes para el estudio contextualizado del conflicto social, a saber:

- Hallazgo No. 1: Las investigaciones de los precursores de la Sociología estadounidense tenían al conflicto social como categoría central de sus sistemas de pensamiento, que más adelante, fue concebido como parte fundamental y constitutiva de la organización social. Esta tendencia fue rastreada e identificada por el autor en las obras de COOLEY, SMALL, ROSS, SUMNER, y especialmente PARK, quien no forma parte de las primeras contribuciones pero que quedaría enmarcado en ellas por su línea investigativa. No sólo utilizó el conflicto social como eje central y fundamental de su obra, sino que evidenció las funciones positivas del mismo.¹⁵
- Hallazgo No. 2: En una generación posterior de sociólogos, denominada por el autor como «generación contemporánea», nucleada por académicos como PARSONS, LUNDBERG, MAYO, WARNER y LEWIN (2), se estudió el conflicto social desde una óptica negativa. Esta generación [ha tendido a reemplazar el análisis del conflicto por el estudio de las «tensiones», «distorsiones» y el mal funcionamiento psicológico. (...) Visualizan el conflicto social como un fenómeno exclusivamente disociador, corrosivo y disruptivo. (...) Cuando el

¹⁴ [Traducción propia]. Jessie Bernard, “Where is the Modern Sociology of Conflict?”, *American Journal of Sociology*, 1950, Volume 56 No. 1, 11-16, p. 11.

¹⁵ Sobre los aportes de PARK, señala COSER que [el conflicto se encuentra entre las pocas formas básicas de interacción humana. Además, Park sintió que «sólo cuando se presenta un conflicto el comportamiento es consciente y autoconsciente, y sólo ahí es donde se encuentran las condiciones para la conducta racional». Para Park, el conflicto no era sólo el mecanismo a través del cual se podía alcanzar la autoconsciencia, era de hecho un aspecto constitutivo de cualquier sociedad organizada: «El conflicto», escribió Park, «tiende a lograr una especie de integración, una superordinación y una subordinación de los grupos en conflicto»] Traducción propia. Coser, “The Functions of Social Conflict”, pp. 19-20.

conflicto es tratado en absoluto, es considerado como una condición patológica que transgrede el normal estado de equilibrio comunitario].¹⁶

- Hallazgo No. 3: El paradigma instalado por la «generación contemporánea» obedeció según el autor a una coyuntura atravesada por la Sociología, la cual generó un cambio de audiencia y la relación con esta última. Mientras que en el primer período referenciado en el punto a), la Sociología se concebía como una disciplina estrictamente académica, donde por lo general los sociólogos no se afiliaban a organizaciones extra-académicas, en la generación posterior esto cambió drásticamente, acá la Sociología aplicada emergió y cobró relevancia para las burocracias pública y privada.

Así, el sociólogo de este nuevo período quedó enmarcado en la dinámica de los negocios o la Administración Pública, actores ya no sólo pertenecientes a la audiencia, sino que también asumieron el rol de empleadores. En este contexto, analizar el conflicto implicaría reconocer la posibilidad de cambio social y dinamismo en las estructuras sociales de las burocracias pública y privada, aspecto adverso para quienes detentan el poder.¹⁷

- Hallazgo No. 4: Dadas estas condiciones, el autor señala que para consolidar una teoría del conflicto social, un posible procedimiento implicaría [aislar algunas de las conceptualizaciones de la literatura sociológica «clásica» y usarlas como punto de partida para una mayor clarificación, vinculándolas con resultados de investigación disponibles y con material teórico relevante].¹⁸ A pesar de ello, el autor decidió no adoptar este procedimiento, aproximándose entonces al estudio profundizado de la obra de SIMMEL *El Conflicto* [*Conflict*]¹⁹.

¹⁶ [Traducción propia]. Coser, “The Functions of Social Conflict”, pp. 21, 24-25.

¹⁷ COSER indica que [dos consecuencias se derivan de esto: (1) el sociólogo que se afilia con las burocracias pública o privada, se espera que lidie con los problemas que le plantean quienes toman las decisiones; y (2) esos problemas es probable que conciernan primordialmente, como Merton y Lerner han argumentado «a la preservación de los acuerdos institucionales existentes». Quienes toman las decisiones están comprometidos en mantenerlos, y sí es posible, fortaleciendo las estructuras organizativas a través de las que se ejercen el poder y la influencia. Cualquier conflicto que tenga lugar dentro de estas estructuras, será comprendido como disfuncional] Traducción propia. Coser, “The Functions of Social Conflict”, p. 27.

¹⁸ [Traducción propia]. Coser, “The Functions of Social Conflict”, p. 29.

¹⁹ Señala COSER que la tesis central de SIMMEL sobre el conflicto se refería a considerar este último como una forma de socialización, donde [lejos de ser necesariamente disfuncional, un cierto grado de conflictividad constituye un elemento esencial en la formación de los grupos sociales y su sobrevivencia] Traducción propia. Coser, “The Functions of Social Conflict”, p. 31.

A partir de estos descubrimientos, COSER planteó su teoría del conflicto social a través de dieciséis proposiciones. Para los fines de la presente obra, se procede a enunciar una síntesis de su propuesta, haciéndose hincapié en los elementos que inciden en el Movimiento RAC²⁰:

1. *El conflicto como cohesionador de los grupos sociales.* La Psicología genética (especialmente los trabajos de Jean Piaget) y el Psicoanálisis, han reunido evidencia considerable sugerente a considerar el conflicto como un agente relevante para el establecimiento completo de la identidad y la autonomía del individuo, así como la diferenciación plena de la personalidad del mundo externo. En el ámbito de las relaciones sociales, el conflicto permite el establecimiento del «nosotros» como un grupo cohesionado de individuos que se distingue de los demás, entendidos como «otros grupos», necesariamente fuera del «nosotros».

Algunos ejemplos de este aspecto se encuentran en la conciencia de clase social, la nacionalidad, la etnicidad, la política y los estratos en las estructuras burocráticas. Así, a través del conflicto se da una autoconsciencia sobre la ubicación del individuo en un grupo determinado, como también la percepción del otro, necesariamente vinculado a un grupo externo, todo esto en un espacio social y contexto específico. Reformulando lo planteado por SIMMEL, el autor indica que el conflicto es útil para establecer y mantener la identidad y los límites de las sociedades y los grupos que en ella coexisten.

2. *La hostilidad y las tensiones en las relaciones conflictivas.* En este ámbito, la función del conflicto se ve circunscrita a su capacidad reguladora de los sistemas de relaciones. Podría decirse que permite «ventilar» las interacciones entre los individuos, porque evita la acumulación de las hostilidades que han sido bloqueadas o frustradas, dando paso a la expresión libre de los comportamientos.

En ese sentido, el conflicto es necesario para mantener las relaciones vivas en el tiempo, funcionando como una especie de «válvula de escape» para la expresión del disenso, evitando que la relación llegue a un punto de no retorno, generándose entonces una ruptura permanente en el tejido social.

3. *Diferenciación entre los conflictos reales e irreales.* Relacionado con la proposición anterior, el autor destaca que los sistemas sociales proveen de instituciones concretas que sirven para «drenar» la hostilidad y la agresividad para reducir los efectos disruptivos del conflicto manejado de forma violenta. De tal forma, se suministran objetos sustitutivos como

²⁰ Resumen elaborado a partir de: Coser, “The Functions of Social Conflict”, pp. 33-149.

forma de catarsis. Claro está, el autor insiste en que la hostilidad dirigida a un objeto sustitutivo crea un nuevo conflicto con ese objeto, lo que genera la diferencia entre el conflicto irreal y real.

Profundizando la distinción, los conflictos reales se generan cuando las personas reclaman estatus, poder o recursos que se consideran escasos, y, además, adhieren a valores antagónicos. Los conflictos realistas emergen entonces, cuando las personas se enfrentan en la búsqueda de reivindicaciones basadas en las demandas frustradas y las expectativas de ganancia.

Por otro lado, los conflictos irreales son aquellos que tienen su origen en las deprivaciones y frustraciones derivadas del proceso de socialización y de las obligaciones asociadas a los roles adultos, o también, pueden resultar de la conversión/sustitución del antagonismo original cuya expresión manifiesta ha sido desalentada. La primera forma de conflicto irreal es vista por los involucrados como una situación donde se establecen unos medios para alcanzar unos fines reales, medios que podrían ser abandonados si aparecen otros que fueran más eficientes para alcanzar lo que se desea. El segundo tipo de estos conflictos, por el contrario, no da esta posibilidad, puesto que la satisfacción proviene del acto agresivo en sí mismo.

4. El conflicto y los impulsos hostiles. Para SIMMEL existen dos formas de entender los impulsos hostiles, a saber: a) los sentimientos de hostilidad surgen de la interacción entre un «impulso de hostilidad» y un objeto de oposición, y b) el análisis de las situaciones conflictivas no se agota en las motivaciones psíquicas, aunque pueden reforzar las contiendas realistas. El «impulso de hostilidad» no da cuenta de la complejidad de los conflictos, las motivaciones psíquicas son insuficientes para informar la integridad del comportamiento conflictivo.

COSER reformula lo planteado por SIMMEL indicando que, la agresividad y/o los impulsos hostiles no son elementos constitutivos de los conflictos y tampoco son categorías suficientes para informar la totalidad de los mismos.

Al mismo tiempo afirma que las «tensiones» en el sentido psicológico no siempre están asociadas al comportamiento conflictivo. Es decir, se reconoce que la acción conflictiva implica una interacción de sentimientos y emociones, movilizandolas energías afectivas, pero esto no siempre es el motor de las contiendas reales. Por lo tanto, pueden emerger conflictos que no estén enraizados o sean corolario exclusivo de las emociones.

5. La hostilidad en las relaciones sociales cercanas. Replanteando lo enunciado por SIMMEL sobre el asunto, COSER indica que la cercanía

en las relaciones es proporcional a la combinación de motivaciones convergentes y divergentes entre los involucrados, que por lo general están intrínsecamente unidas. Así las cosas, el elemento antagónico está involucrado en las relaciones más íntimas, y está tan arraigado que podría ser separado únicamente con fines o propósitos analíticos, pero que en la realidad donde se desarrolla esa relación tal situación se presenta como una unidad.

En este sentido, las relaciones sociales estrechas, caracterizadas por una frecuente interacción y el involucramiento total de la personalidad de los implicados, vuelven la relación sumamente particular y así será también el conflicto que surja entre los disputantes. La intensidad del conflicto está íntimamente relacionada con la estrechez de la relación.

Esta proposición permite afirmar que el conflicto entre los disputantes es eminentemente casuístico, y producto de esta característica, los procesos RAC se posicionan en el abordaje de las disputas como métodos que permiten generar una dinámica creativa para la búsqueda de soluciones «a medida» a diferencia de las soluciones *heterocompositivas* dispuestas por un tercero con autoridad.

6. *Entre más estrecha es la relación más intenso es el conflicto.* Siguiendo el enunciado anterior, entre más estrecha es la relación más apasionado y radical será el conflicto. Así también, y particularmente cuando el conflicto emerge a lo interno de grupos sociales altamente cohesionados, una de las partes odiará a la otra con mayor intensidad si desafía la unidad y la identidad del grupo.

Esto permite visibilizar lo siguiente: entre mayor sea la participación e involucramiento personal de los integrantes en el grupo, existirán muchísimas más oportunidades para que se intensifique el comportamiento conflictivo y las reacciones violentas, en caso de que emerja alguna acción o conducta que pueda ser considerada como desleal.

Aclara el autor que, tanto para la proposición anterior como para esta, la intensidad del conflicto no debe confundirse con su frecuencia, ya que esta última es indistinta a los conflictos que emergen en las relaciones sociales cercanas o distantes. De tal manera, la asociación de la cercanía y/o estrechez de la relación no es un factor que incida en la frecuencia de los conflictos.

7. *Impacto y funciones del conflicto en las estructuras grupales.* La frecuencia de las interacciones entre los involucrados brinda mayores ocasiones para que la hostilidad emerja. A pesar de ello, no todas estas situaciones generan conflictos frecuentes. En este caso, la función del conflicto radica en que puede ser considerado útil al brindar la

oportunidad para remover los elementos disociativos presentes en la relación promoviendo el restablecimiento de la unidad.

De esta forma, el conflicto emerge como espacio para resolver las tensiones antagónicas cumpliendo funciones estabilizadoras e integradoras en la relación. Claro está, esta función cumple su cometido cuando se trata de conflictos concernientes a la divergencia de metas, valores o intereses que no contradigan los cimientos sobre los cuales está construida la relación.

Este aspecto es relevante para los grupos sociales que se asocian libremente y para las sociedades abiertas, en vista de que al permitirse la emergencia y discusión de los conflictos con fines resolutivos esta acción se instituye como una especie de «salvavidas» en contra de aquellos otros conflictos que ponen en peligro el consenso general, minimizando las divergencias que desafían los valores nucleares y previniendo la desintegración social.

8. El conflicto como indicador de estabilidad en las relaciones. Dada la peculiar intensidad de los conflictos en las relaciones cercanas producto de la acumulación de hostilidad, si las partes aprovecharan cada ocasión en la que emerge un conflicto para generar una acción inmediata en lugar de suprimir la hostilidad, la acumulación de esta última no se daría, tampoco existiría la ambivalencia de sentimientos referenciada en la quinta proposición ni la intensidad acotada en la sexta proposición.

La ausencia de conflicto en la relación no puede ser tomada como un sinónimo de fortaleza y estabilidad, esto por cuanto, en los casos donde las relaciones íntimas presentan conflictos frecuentes en vez de la acumulación de hostilidad y sentimientos ambivalentes, estos conflictos no significan una amenaza al consenso básico en el que se funda la relación, tomándose entonces esa frecuencia conflictiva como un indicador de estabilidad, y, en aquellas relaciones intermedias en proximidad y cercanía esta frecuencia debería ser tomada como un mecanismo de balance y/o equilibrio entre las partes.

9. El conflicto con grupos externos u «otros» grupos incrementa la cohesión interna. No siempre es cierta la relación entre el conflicto externo y la cohesión interna del grupo, no sucede en aquellos casos donde –antes de que estalle el conflicto– ya los miembros han perdido el interés por resguardar y preservar el grupo. En los grupos sociales donde aún se evidencia un interés de preservación, el conflicto con otro grupo moviliza las energías de los integrantes y tiende a incrementar la cohesión interna, siempre dependiendo del carácter del conflicto y del tipo de grupo.

Generalmente, el centralismo tiende a ocurrir en mayor medida en situaciones bélicas y en estructuras altamente marcadas por la división social del trabajo. A pesar de ello, los sistemas sociales que carecen de solidaridad comunitaria fácilmente se desintegran ante el surgimiento del conflicto externo, aunque de manera despótica se intente forzar la unidad grupal.

10. El conflicto con otros grupos define la estructura grupal y la consecuente reacción al conflicto interno. A partir del tamaño relativo y el nivel de involucramiento personal, los grupos sociales pueden ser divididos en dos categorías: a) los que están en una constante lucha con el exterior y son intolerantes en su interior, en vista de que asumen una forma sectaria de tamaño limitado, basada en la membresía, los criterios exclusivos de asociación y el reclamo de un involucramiento personal total por parte de los miembros; y b) los que no se encuentran en luchas continuas con el exterior y no tienen criterios rígidos de aceptación, son más amplios y no requieren del involucramiento total de la personalidad.

A criterio del autor, la tolerancia interna existente en el segundo conjunto de grupos genera una flexibilidad estructural que permite hacerle frente a las presiones externas de manera exitosa, entendido el éxito como la capacidad de abordar un conflicto manteniendo la unidad grupal por voluntad de sus integrantes.

11. La búsqueda de enemigos. El primer conjunto de grupos, reseñados en la proposición anterior, puede tender a buscar enemigos con el propósito deliberado o inconsciente de mantener la unidad y la cohesión grupal. La búsqueda de enemigos va desde la percepción de una amenaza externa, que no necesariamente existe, hasta la selección de «objetos de odio».

En estas condiciones, las amenazas externas –sean imaginarias o no– cumplen la misma función de integración grupal. La consolidación de un enemigo externo –sea real o ficticio– fortalece la cohesión social que se encuentra amenazada a lo interno del grupo. La búsqueda de estos chivos expiatorios se da particularmente cuando las estructuras sociales inhiben la emergencia de conflictos reales entre los miembros que las integran.

12. Ideología y conflicto. La alineación ideológica es más frecuente en las estructuras rígidas-cerradas que en las flexibles-abiertas. Los grupos sociales tienden a ser más radicales y despiadados cuando la participación en los conflictos se reduce a la mera representación, donde se lucha únicamente por los ideales de la colectividad representada en detrimento de los intereses personales. Esta objetivación y abstracción del conflicto, deshumaniza la interacción entre los intervinientes al eliminar los componentes y factores personales.

13. *El conflicto une a los antagonistas.* Más allá de la acción de contender entre los involucrados, el conflicto puede generar nuevas formas de interacción entre los disputantes, acá el conflicto actúa como un estímulo para el establecimiento de nuevas reglas, normas e instituciones, donde ambas partes pueden verse beneficiadas. Esta nueva interacción, funciona como un agente de socialización que incide en la participación social activa, la modificación de las normas y el reajuste de las relaciones sociales con miras a generar cambios positivos.
14. *El interés en la unificación del enemigo.* Una vez que el conflicto emerge y las partes deben interactuar con la finalidad de buscar una solución, los intervinientes prefieren que la forma que adopte el conflicto esté en consonancia con sus requerimientos estructurales. La participación continua en el conflicto tiende a que los involucrados acepten diversas reglas generales que lo regulan, para que esto suceda, se requiere de una estructura de organización común que facilitará la aceptación de esas reglas y la conformidad con ellas.

La consolidación de la estructura de organización común es de vital importancia para el futuro que vincula a las partes, dado que incide en la centralidad de la estructura interna de cada parte, y cualquier resultado que se alcance bajo esta lógica de interacción –interna y externa– puede ser mantenido en el tiempo siempre y cuando las condiciones en las que se gestó prevalezcan.

15. *El conflicto establece y mantiene el balance de poder entre las partes.* El conflicto conlleva el análisis de las cuotas de poder ostentadas por los involucrados que se presentan como antagónicos en la disputa. Paradójicamente, conocer cuánto poder tiene cada parte sólo es posible a través del conflicto, ya que constituye el escenario en el que las fuerzas, la influencia y los recursos de los contendientes interactúan para la consecución de ciertos intereses, ningún otro espacio proporciona la información que da el conflicto sobre el asunto particular.
- La disputa parece proporcionar una forma para evadir el desequilibrio al modificar las bases de las relaciones de poder a la hora de interactuar. En este sentido, el conflicto en vez de ser disruptivo y disociador es un elemento que equilibra las relaciones sociales, por lo tanto, mantiene a la sociedad en marcha.
16. *El conflicto genera alianzas y coaliciones.* El conflicto puede reunir a personas y grupos que bajo otras circunstancias estarían desagregadas. Esta capacidad del conflicto para formar coaliciones y asociaciones temporales, en detrimento de grupos permanentes altamente cohesionados, sucede en mayor medida en las estructuras flexibles donde se encuentra involucrado el reparto de intereses para los involucrados.

En las estructuras rígidas, al estar suprimidos los conflictos en caso de que se manifiesten, tenderá a asumirse un carácter más intenso e ideológico. Las coaliciones y las asociaciones proveen de estructura a las sociedades individualistas, previniendo la desintegración a través de la atomización. Las coaliciones mínimamente se gestan con un propósito de defensa; las alianzas, por el contrario, reflejan el deseo de autopreservación de cada grupo. En particular las alianzas pueden tender a formarse sin un propósito conflictivo, lo que podría ser percibido por otros grupos como un acto amenazante y poco amistoso.

Cabe agregar que, entre más difieran los elementos unificadores de la cultura y la estructura de los involucrados menor será el número de intereses en los que coincidan. Es decir, en la medida en que las formas de unificación no estén cimentadas en una atracción previa al conflicto, basada en características comunes, la coalición estará confinada a funcionar únicamente para el interés puntual que ocupa en ese preciso momento a las partes.

COSER concluye su obra recalcando que el conflicto social contribuye a la conservación, el ajuste y la adaptación de las relaciones y las estructuras sociales. Esta perspectiva positiva del conflicto, si bien es contraria a la que el autor llamó la «generación contemporánea» de la Sociología, fue luego retomada por una gama de autores de distintas disciplinas que establecen como base su propuesta.

Se observa el uso de las proposiciones de COSER en la Teoría de Juegos, el *Dilema del Prisionero* desarrollado por Merrill M. Flood y Melvin Dresher, y en el *Equilibrio de Nash* formulado por John Forbes Nash. Así también, se evidencia una base de los planteos de COSER en la obra de Thomas Schelling *La Estrategia del Conflicto* [*The Strategy of Conflict*], referida a las estrategias formuladas por las partes para interactuar de forma eficiente en una arena conflictiva. Las postulaciones de FLOOD, DRESHER, NASH y SCHELLING influenciarían posteriormente la Teoría de la Negociación, la cual se abordará en un apartado posterior.

Además, se identifica la perspectiva positiva del conflicto de COSER en las disciplinas de la Resolución Alternativa de Conflictos, la Investigación y la Pedagogía para la Paz. En particular, resulta importante referirse a: los aportes de John Paul Lederach y Marcus Chupp y su diseño del *Mapa del Conflicto*; la

perspectiva psicológica del conflicto postulada por Jeffrey Rubin; la Teoría del Conflicto enunciada por Johan Galtung; y la Pedagogía del Conflicto aportada por la obra colectiva *Pedagogía. Diálogo y Conflicto* desarrollada por Paulo Freire, Moacir Gadotti, Sérgio Guimarães e Isabel Hernández.

El *Mapa del Conflicto* de LEDERACH y CHUPP, es una herramienta metodológica que permite efectuar un análisis del conflicto mediante la identificación de los elementos que lo constituyen y la constatación del estado de estos elementos una vez examinados. El examen de los componentes del conflicto se efectúa mediante la aplicación de una batería de treinta y ocho preguntas, las cuales se encuentran divididas en tres niveles de intervención: a) las personas, b) el proceso y c) el problema.

Cuando se habla de las personas, las preguntas remiten a la exploración de las emociones, los sentimientos, la necesidad humana del diálogo y la expresión, la percepción y el cómo afecta el conflicto a las partes.

En lo referido al proceso, las interrogantes están dirigidas a: profundizar la dinámica que hasta el momento ha seguido la controversia; visibilizar la importancia de un proceso que sea percibido como justo por la totalidad de los involucrados; atender a las formas de comunicación y el lenguaje con que se expresan los intervinientes y establecer un diálogo constructivo.

Respecto al problema, las consultas se orientan a enunciar los intereses y las necesidades de cada disputante, los valores esenciales que los separan y las contraposiciones respecto al procedimiento que desean seguir para abordar el conflicto.

Para los autores, el mapeo de los conflictos contempla tres principios fundamentales que deben observarse siempre que se implemente la técnica, a saber:

“1. El conflicto es complejo y confuso. Una habilidad es la de saber qué preguntas plantear para que ayuden a comprender mejor una situación conflictiva. El mapa es una especie de guía que ayuda a atravesar el conflicto y enfocararlo. Si contestamos sistemáticamente a estas preguntas tendremos una idea más clara de la dinámica, las dimensiones del conflicto y mejoraremos nuestras posibilidades de regularlo satisfactoriamente. 2. Si podemos separar a las personas del proceso y problema, podremos comprender mejor las intenciones, intereses y necesidades de cada uno y así no concentrarnos solamente en las posturas de los involucrados. 3. A veces la parte más complicada es cómo mejorar el proceso. Si podemos separar y trabajar sobre el proceso destructivo, gran parte del problema será mucho más fácil de resolver”.²¹

Las postulaciones de LEDERACH y CHUPP están íntimamente relacionadas con la postura asumida por Jeffrey Rubin sobre el conflicto, quien afirma que el componente psicológico es la variable más importante en el análisis de la disputa, perspectiva que se abordará de seguido.²²

RUBIN indica que el conflicto no debe ser comprendido como un acto aislado, sino por el contrario, se le debería concebir como un proceso que conlleva una serie de conductas y acciones concatenadas, moldeadas por el tiempo y el contexto en el que se desarrolla. Así, dependiendo del estadio en el que se encuentre el conflicto así será la intervención a realizar. En ese caso, no es lo mismo abordar un conflicto en vías de *intensificación* a cuando ya se ha intensificado, en *estancamiento* o cuando las partes están haciendo un intento de intervención constructiva para manejarlo.

El autor insiste en analizar el conflicto desde una perspectiva donde lo relevante para su comprensión radique en las percepciones que las partes tienen de éste en detrimento de su manifestación en la realidad social. Es decir, la perspectiva psicológica está orientada hacia lo que los involucrados piensan o perciben de la realidad más que la realidad social misma, estableciéndose la relación entre los disputantes como la base de análisis para entender la dinámica de intercambio que subyace en la negociación de los conflictos.

²¹ John Paul Lederach y Marcus Chupp, *¿Conflicto y Violencia? ¡Busquemos Alternativas Creativas!* (Ciudad de Guatemala: Ediciones Semilla y Comité Central Menonita, 1995), p. 91.

²² Síntesis elaborada a partir de: Jeffrey Rubin, “Conflict from a Psychological Perspective”, in *Negotiation Strategies for Mutual Gain: The Basic Seminar of the Program on Negotiation at Harvard Law School*, ed. Lavinia Hall (Thousand Oaks, CA: SAGE Publications Inc., 1993), pp. 123-137.

Desde esta óptica es posible establecer un ciclo del conflicto, el cual viene a ser determinado por las siguientes variables: a) la percepción que los intervinientes tienen de la realidad; b) la relación interpersonal existente, marcando la dinámica de interacción e intercambio; y c) la experiencia personal como eje del conflicto.

La definición del ciclo del conflicto es posible gracias a que se trata de un fenómeno rítmico y previsible en su mayoría, que, aunque tenga características casuísticas incorporadas por las partes, pueden identificarse claramente tres fases. La primera, conocida como *intensificación*, es donde se ponen en marcha diversas tácticas de dominación y sumisión entre los involucrados.

Una segunda fase llamada *estancamiento*, considerada como una etapa de transición, ubica una tensión entre *competir/vencer* y *cooperar/satisfacer* mutuamente los intereses perseguidos. Esta situación se da por la falta de fuerzas para continuar en la contienda, pero aún persiste la intención de vencer al otro.

Finalmente, los conflictos pueden o no llegar a un tercer escenario, la *resolución*, acá el conflicto se encuentra ya *des-escalado* o *des-intensificado*, y los disputantes están dispuestos a intentar resolver el asunto de forma constructiva, abandonando las tácticas destructivas presentes en la relación.

Es dable aclarar que no todas las etapas se cumplen o llegan a manifestarse en todos los conflictos, por el contrario, la disputa puede ser abordada en cualquiera de las fases señaladas y por distintas razones. Lo que sí es poco probable es retroceder en la escalada una vez que el conflicto se ha intensificado.

En la intensificación existen cinco transformaciones que también se conocen como *proceso de escalada*, acá: a) la discusión pasa de un problema a varios problemas; b) se inicia reprochando comportamientos y se terminan criticando aspectos de la personalidad del otro; c) se da un cambio de tácticas livianas a tácticas pesadas (por ejemplo, las promesas se transforman en amenazas, los intentos de persuasión se convierten en intentos de agresión y los cambio de frases

con condiciones se reformulan a enunciados sin condiciones); d) hay un cambio motivacional en la negociación (el deseo de satisfacción de los intereses personales se sustituye por la intención de dañar al otro); y e) se da un aumento de personas involucradas en la contienda. Estas transformaciones a su vez, tienen su origen en tres procesos, a saber:

1. La percepción selectiva. Explica los cambios respecto al cómo las partes ven y reciben información una de la otra cuando el conflicto ha comenzado a intensificarse. La forma en que acceden mutuamente a esta información, es distorsiona por la creación de una *hipótesis selectiva* que sostiene una idea, pensamiento o creencia sobre la otra parte, invisibilizándose toda otra información que pudiera contradecir la hipótesis inicial. Esta acción es lo que el autor llama *distorsión atribucional*, donde la realidad se construye con base en la información distorsionada, ignorándose aquello que refuta la hipótesis. En ese sentido, se toma en cuenta únicamente lo que reafirma la idea preconcebida del otro.
2. La profecía autocumplida. Se presenta cuando se confirma la expectativa de un comportamiento particular del otro –que cimienta la *hipótesis selectiva*–, y se cumple una especie de premonición acerca del tipo de persona que se cree o piensa a la otra parte. Para que el comportamiento del otro logre confirmarse, la expectativa conlleva la realización determinadas conductas que producen una reacción tendenciosa en el otro. Es decir, la acción personal desencadena la reacción del otro sin que se tenga conciencia de ese actuar.
3. El sobrecompromiso y el entrampamiento. Es la tendencia a cerrarse y quedarse con una visión particular de la disputa y los intervinientes. Cuando se toman decisiones en la arena conflictiva, esto implica para las partes una inversión de distintos recursos (puede ser tiempo, dinero, energía e imagen, por mencionar algunos a modo de ejemplo), haciéndoles creer que esa estrategia los acercará a la consecución de sus fines.

Por el contrario, lo que se genera es un compromiso extremo con lo invertido, obstaculizándose la evolución del conflicto por alguna de las siguientes razones: a) porque no se logran poner límites a los recursos que se han de invertir en la disputa; b) se ponen límites pero se rompen constantemente; c) se cree que lo invertido será recuperado o debe ser recuperado; d) se consideran únicamente las metas individuales; y/o e) la imagen es muy importante y deben guardarse las apariencias.

Una vez que el conflicto se ha intensificado y ha pasado por las transformaciones que llevaron a su escalada, el proceso pasa a una fase de *estancamiento*. Se presenta como una etapa del ciclo donde las partes han perdido la esperanza de lograr sus objetivos, pero no su intención de vencer al otro. Este punto de inflexión es asumido por los intervinientes como un momento de transición. Por un lado, tienen la determinación de vencer al otro, pero al mismo tiempo, comienzan a darse cuenta que alcanzar sus metas individuales sólo es posible por medio de la colaboración, reconociéndose que esta es una opción viable y se asume como posibilidad.

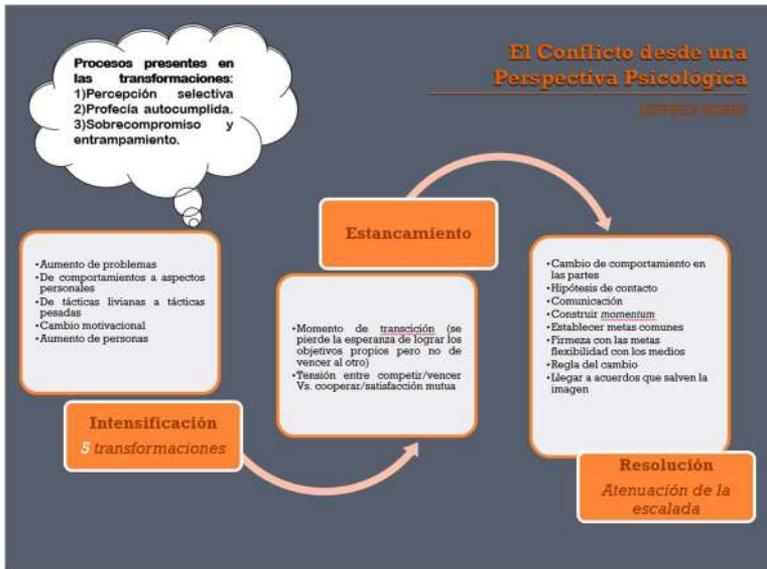
Debido al entrapamiento en el que se encuentran los disputantes, producto de la necesidad de salvar su imagen y guardar las apariencias, ninguno quiere ser el primero en admitir abiertamente la necesidad de cooperar. Por esta razón el proceso se estanca, ya que muchas veces se prefiere salvar la imagen en detrimento de la resolución del conflicto. En el caso de preferirse la resolución, el conflicto evoluciona hacia otro estadio.

A este episodio final se le denomina *resolución*, cabe aclarar que no todos los conflictos llegan acá. Para resolver el conflicto se requiere de un cambio en el comportamiento, las preocupaciones y las actitudes de las partes, situación que no siempre se da. De tal manera, es preferible decir que el conflicto concluye cuando sobreviene una atenuación de la escalada que lleva a un cambio o modificación del comportamiento de los implicados.

Por lo general, este cambio de comportamiento y la desescalada del conflicto son visibles y tienden a materializarse en forma de compromiso mediante la suscripción de un acuerdo. Habiéndose analizado en profundidad el desarrollo cíclico del conflicto, su graficación se enuncia a través de la siguiente figura:

FIGURA No. 1:

El Conflicto desde una Perspectiva Psicológica según Jeffrey Rubin



Fuente: Elaboración propia a partir del planteamiento teórico de Rubin, “Conflict from a Psychological Perspective”, pp. 123-137.

Ahora bien, habiendo sido expuestos los autores que se posicionan de la visión positiva del conflicto desde la disciplina de la Resolución Alternativa de Conflictos, se prosigue con los planteamientos realizados desde la perspectiva de la Investigación para la Paz, disciplina académica fundada por el sociólogo noruego Johan Galtung y que se ocupa del conflicto y la paz como objetos de estudio.²³

²³ Según GALTUNG, “cuando la Investigación para la Paz comenzó en Enero de 1959 en Oslo, hace más de 50 años, el Programa No. 1 del plan de investigación era Teoría del Conflicto. (...) El trabajo consistía en recolectar grandes cantidades de literatura sobre definiciones de conflictos y teorías sobre sus causas, procesos y soluciones. La investigación debía ser multidisciplinaria de tal suerte que todas las disciplinas eran, en principio, materias de estudio (...). Para entonces llegó algo nuevo. Estábamos enfocados particularmente en soluciones. (...) Concretamente, estábamos en busca de definiciones y teorías que fueran significativas tanto para las personas, grupos y Estados como para los niveles regionales. (...) El resultado fue la construcción de bloques para una teoría general del conflicto, una **conflictología**, y para una teoría general de paz, una **paxología**». Y para un método general, **Transcend**, algo nuevo, algo trascendente, algo «que va más allá». Johan Galtung,

En 1958 nació la *Sección de Investigación para el Conflicto y la Paz* [*Section for Conflict and Peace Research*] en el Instituto para la Investigación Social ubicado en Oslo, Noruega, que luego se convertiría en PRIO [*Peace Research Institute Oslo*]. Para 1969, GALTUNG ya había sido nombrado como Director de Investigación en el Área de Paz y Conflicto en la Universidad de Oslo.

Para ese momento, uno de los conceptos más importantes e inspiradores de las teorías del conflicto y la paz desarrolladas fue el de *estructura social*, basado en las postulaciones de Robert K. Merton. A partir de ahí, GALTUNG entiende que el conflicto se forma en un campo de acción disociado en dos planos: el no-visible (latente) y el visible (manifiesto).²⁴

En el primer plano, se encuentran la contradicción/choque entre las metas y los medios a través de los cuales las partes persiguen la consecución de las primeras y las actitudes (sentimientos y pensamientos) negativas que generan esa contradicción en el interior de cada uno de los involucrados.

En el nivel visible, se ubican los comportamientos y/o conductas que emergen de forma manifiesta como consecuencia y/o producto de los aspectos latentes. La incompatibilidad de las metas y los medios radica en que unos excluyen a otros para poder realizarse.

En este sentido, el autor señala que el conflicto se transforma positivamente a través de un *proyecto* que consiste en la acción conjunta de las partes en la búsqueda de metas y medios compatibles. Desde la perspectiva de la Investigación para la Paz, *conflicto* y *proyecto* son dos caras de una misma moneda. Acá, la acción mediadora tiene como objetivo promover que esa transición tenga lugar en la arena conflictiva donde se encuentran los disputantes. Claro está, esta transformación tiene al menos un límite no negociable referido a

“Prefacio”, en SABONA. *En Busca de Buenas Soluciones. Aprendiendo a Resolver Conflictos*, ed. y trad. Fernando Montiel T. (Puebla: Montiel & Soriano Editores, 2011), pp. 9-10.

²⁴ Véase: Johan Galtung, *A Theory of Conflict. Overcoming Direct Violence* (Oslo: Kolofon Press, 2010), pp. 24-32.

las *necesidades básicas* de los involucrados. GALTUNG las comprende en el sentido somático y espiritual de las personas humanas.²⁵

Resulta trascendental afirmar que, todas las proposiciones y postulaciones referidas al tratamiento y delimitación del *conflicto* expuestas anteriormente no podrían ejercerse en la realidad social sin un planteamiento que establezca el cómo se puede llevar a la práctica la perspectiva positiva del conflicto, inicialmente esbozada por COSER y recogida en distintas formas y énfasis por los autores ya reseñados.

A criterio de la suscrita investigadora, es acá donde la *Pedagogía del Conflicto* enunciada por Paulo Freire cobra vital importancia, ya que independientemente del concepto de conflicto que se siga, es necesario observar una metodología para que los disputantes, los Estados y las distintas culturas adopten y ejerzan estas posturas en aras de aprovechar el conflicto como una oportunidad para generar cambios sociales y satisfacer los intereses que se desean.

Sin un método que promueva y aliente la perspectiva positiva del conflicto, las teorías que la sostienen permanecerían sin ningún correlato empírico, generándose técnicas de abordaje estériles en tanto no logren transmitirse o trascender al ámbito de la experiencia de las arenas conflictivas.

Por ende, el primer paso de un protocolo de enseñanza del conflicto, en su dimensión positiva, implicaría vislumbrar un canal a través del cual se pueda

²⁵ Según el autor, [para las necesidades somáticas los orificios del cuerpo, así como la calidad y cantidad de lo que se ingiere y se excreta, sirven de guía. (...) Para garantizar el bienestar, emergen cinco insumos, bautizados por el socialismo cubano como los *cinco bienes fundamentales*: alimentación-vestido-vivienda-salud y la educación como una amplia competencia comunicativa. Y la sobrevivencia, el *sine qua non* de todas las necesidades. La Naturaleza dota a los organismos de una curva que va desde el nacimiento, que evoluciona a través de la maduración y el envejecimiento hasta alcanzar la muerte; la sobrevivencia radica en completar ese regalo, la curva, preferiblemente sin dolor y con un aceptable proceso de despedida. (...) Surgen dos necesidades espirituales básicas: la *libertad* como elección de opciones de: cónyuge, trabajo, residencia, estilo de vida, política y economía; y la *identidad*, como un significado de la vida, una *razón* para vivir, no sólo de lo que se vive] Traducción propia. Johan Galtung, *A Theory of Development. Overcoming Structural Violence* (Oslo: Kolofon Press, 2010), p. 31.

transmitir la información, y que esta última sea sensible al contexto, el tiempo, la cultura y las particularidades de los intervinientes.

Claro está, no puede obviarse que resulta beneficioso para uno de los disputantes que el otro se mantenga *ignorante* en cuanto al abordaje más provechoso del conflicto, ya que la *ignorancia*²⁶ tiene funciones sociales específicas que favorecen a ciertos grupos sociales en detrimentos de otros a la hora de entablar una interacción estratégica en la disputa.

MOORE y TUMIN refieren sobre el particular en su artículo *Algunas Funciones Sociales de la Ignorancia [Some Social Functions of Ignorance]*²⁷, señalando que una de ellas radica en la perpetuación del *status quo*, y que relacionándola con la dinámica conflictiva es posible realizar la siguiente afirmación: donde una de las partes ostenta y desea mantener una posición privilegiada en torno a la disputa, ya sea porque tiene acceso a información confidencial y especializada o tiene un rol/estatus social preponderante respecto al otro, es difícil que la parte favorecida con estos recursos quiera renunciar a recibir mayores recompensas en la negociación o tiene como interés la conservación de los valores, las tradiciones y los estereotipos que han cimentado y sostienen diversos mandatos sociales y estructuras burocráticas específicas que

²⁶ Entiéndase acá la ignorancia desde una perspectiva sociojurídica a partir del concepto referido por CÁRCOVA, quien señala lo siguiente: “*Las sociedades democráticas actuales, por no hablar de las otras, ni de las anteriores, poco o nada han hecho para socializar a los súbditos en el conocimiento del derecho. (...) nuestras sociedades están en condiciones de movilizar una inmensa masa de recursos no sólo financieros, también humanos, burocráticos, organizacionales y tecnológicos, para divulgar nociones mínimas y fundamentales acerca de derechos básicos y garantías entre toda la población. Y que ello produciría, sin duda, un salto cualitativo en términos de políticas de igualdad. (...) Es en relación con estas situaciones donde se instala hoy la pregunta acerca del papel y la disponibilidad del derecho por parte de los ciudadanos. Una estrategia política y económica que dualiza, que desintegra, que disuelve vínculos, que expulsa fuera del sistema a cientos de miles de almas, comporta, ciertamente, privarlas de derecho. Pero no sólo en tanto carecen de acciones concretas en defensa de su condición de vida, de su trabajo o de su salud; también en cuanto lo jurídico aparece como exterior, ajeno, extraño, impropio. Y con ello, como inaprehensible e incomprensible*”. Carlos María Cárcova, *La Opacidad del Derecho* (Madrid: Editorial Trotta, 2006), pp. 39 y 56.

²⁷ Wilbert E. Moore and Melvin M. Tumin, “Some Social Functions of Ignorance”, *American Sociological Review*, December 1949, Volume 14 No. 6, 787-795.

perpetúan su rol/estatus social, por estas razones, resulta necesario que la contraparte se mantenga en la *ignorancia*.

Para los autores, una de las funciones sociales más obvias de la *ignorancia* es particularmente la reseñada en el párrafo anterior, jugando un rol protagónico en la preservación de las diferencias sociales. Por ende, una *Pedagogía del Conflicto* comprendida como el desafío de superar el desconocimiento que caracteriza el abordaje de las controversias que promueve el acceso a los recursos y la satisfacción de los intereses perseguidos en igualdad de condiciones, tendría un carácter emancipador para las partes que se encuentran en desventaja en la disputa.

De tal manera, esta pedagogía no sólo cumpliría una función informativa, sino emancipadora para quienes no conocen la perspectiva positiva del conflicto como motor de cambio social. Habiéndose analizado la obra de FREIRE *et al.*, titulada *Pedagogía. Diálogo y Conflicto*, una posible *Pedagogía del Conflicto* arrancararía por el diálogo horizontal entre los involucrados, entendido como un “(...) diálogo entre los iguales y los diferentes que participan de la lucha, o del grito, para tirar abajo el poder que niega la palabra. ¿Cuál es el espíritu fundamental de la *Pedagogía del Conflicto*, sino éste?! Y éste es el espíritu de la concepción que tengo de diálogo también”.²⁸

El diálogo constituye la piedra angular del planteamiento pedagógico esbozado, entendido como el canal que permite generar diversas aptitudes en los involucrados y que inciden directamente en la forma como se abordan los conflictos y los intereses que puedan satisfacerse producto de la interacción estratégica.

Luego, el diálogo horizontal es proseguido por la necesaria generación de un conocimiento mutuo entre los involucrados, que sustituye la acción de

²⁸ Paulo Freire, Moacir Gadotti, Sérgio Guimarães e Isabel Hernández, *Pedagogía. Diálogo y Conflicto*, trad. Beatriz I. Romero (Buenos Aires: Ediciones Cinco, 1987), p. 185.

*convencer*²⁹ por la de *conocer*. Esta estrategia de sustitución es importante dado que aparta las energías de los disputantes de la situación dicotómica que tiene el convencimiento, que genera la inversión de recursos de diversa índole para influir sobre lo que ha de percibirse como correcto e incorrecto, justo o injusto, bueno o malo, provocando un sobrecompromiso y entrapamiento que lleva al estancamiento del conflicto como se analizó anteriormente.

Así, el conocimiento mutuo emerge como necesidad para identificar en equipo los puntos de acuerdo y desacuerdo. Ahora bien, cómo es posible identificar estas cuestiones sobre las que existen acuerdos y desacuerdos.

Específicamente, FREIRE indica que se debe asumir una transición en la postura comunicacional adoptada, pasando de un «*hablar a*» a un «*hablar con*», implicando abandonar las formas mecánicas de comunicación –siendo el convencimiento una de ellas y que intenta preservar los discursos hegemónicos y la perpetuación del *status quo*– para dar paso a las relaciones dialécticas que permiten la transformación de las realidades y la promoción de los cambios sociales. La relación dialéctica sostenida entre los interlocutores, en lo que respecta a la comunicación, va más allá de la figura activa/pasiva del emisor y receptor, abriendo paso a la lógica pregunta/respuesta.

Salir de las dicotomías de la pasividad y la pregunta estéril descontextualizada conlleva una participación activa de ambos disputantes. En la relación específica de la niñez y la adolescencia con la adultez, la participación activa implicaría –desde la interpretación que se hace de los autores– la

²⁹ En la conversación que sostienen GUIMARÃES, FREIRE y GADOTTI sobre el particular, GUIMARÃES apunta que “*en esa cuestión de vencer/convencer, cuestión íntimamente ligada a una lucha que se inicia para derribar el poder, muchas veces se escamotea lo que, a mi ver, atraviesa tanto lo pedagógico como lo político: el conocer. En este sentido en vez de resaltar la idea de convencer como el acto de persuadir y en el fondo de vencer a otro a base de argumentos, prefiero interpretar el convencer, como la acción de conocer juntos; vencer con. O sea en la práctica no se trata de que yo como líder, intente convencer a los que me van a seguir de que estoy acertado y ellos están equivocados. Muchas veces, lo que sucede entre las personas que optan por la misma línea de acción es darse cuenta que no hay necesidad de convencimiento, en el sentido oratorio, retórico, de persuasión, sino simplemente la necesidad de conocerse, de identificarse en los puntos en que la gente concuerda o no*”. Freire, Gadotti, Guimarães y Hernández, “Pedagogía”, p. 83.

reivindicación en igualdad de condiciones de los saberes y las experiencias³⁰ que ostentan las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA), donde la participación activa se asume como «*formadora de conciencia*». ¿Conciencia sobre qué? Cabe preguntar. Para los fines de este trabajo, se referiría a los conflictos donde se ventilen los derechos, intereses y necesidades de la niñez y la adolescencia.

La formación de conciencia implica entonces, una *reinención del poder* a través de la educación para autogestionar los conflictos, en detrimento de la discusión a través de las estructuras sociales encargadas de imponer y administrar soluciones y sanciones.

¿Qué se necesita entonces para *reinventar el poder*? Primeramente, –desde la óptica de los autores– autonomía, y que aplicada a la disciplina de la resolución alternativa de disputas, se entiende como la capacidad de autorepresentación en el conflicto, acompañada de un *proceso de aprendizaje crítico*³¹, a través del cual pueden desinstalarse los prejuicios y preconceptos asociados a los involucrados y al contexto en el que se desarrolla la controversia.

³⁰ Puede observarse la importancia que representa para FREIRE y FAUNDEZ el equilibrio entre el conocimiento y la práctica para el estudio de los fenómenos sociales, entendida la práctica en diálogo como un “(...) *saber popular* [que] *es de una riqueza sociológica fundamental para cualquier acto político, para cualquier acto de transformación de la sociedad.* (...) [Que, vinculándolo con el conocimiento, es posible afirmar que] (...) *el saber ‘científico’ se transforma en científico sólo en la medida que se incorpora el saber popular. Y el saber popular se transforma en un saber de acción y transformación eficaz cuando, a su vez, se apropia, de forma creativa, del saber «científico» propuesto por el intelectual.* (...) *La transformación de la realidad implica la unión de esos dos saberes con el objetivo de lograr un saber superior, que es el verdadero saber, y que puede transformarse en acción y en transformación de la realidad*”. Paulo Freire y Antonio Faundez, *Por una Pedagogía de la Pregunta. Crítica a una educación basada en respuestas a preguntas inexistentes*, trad. Clara Berenguer Revert (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina S.A., 2013), pp. 86-87 y 90.

³¹ El *aprendizaje crítico* para los autores inicia por el proceso de la *lectura crítica*, y necesariamente, se hace acompañar del *aprender a oír*. Para FREIRE esta lectura implica “(...) *básicamente, que el lector se asume como sujeto inteligente y develador del texto. En ese sentido, el lector crítico es aquél que hasta cierto punto ‘reescrive’ lo que lee, ‘recrea’ el tema de la lectura en función de sus propios criterios.* (...) *Una buena educación crítica establece permanentemente este movimiento dinámico entre la palabra y el mundo y viceversa.* [Para GADOTTI en el *aprender a oír* es importante recordar] (...) *que el ideal de educación no era ni la lectura ni la escritura, sino la oratoria. En Grecia y en Roma tenía como fin básicamente enseñar a hablar.* (...) *La lectura crítica y la concientización se oponen a ese culto dogmático del libro. Hasta qué punto con esa alteración no se perdió una esencia, si es que se puede hablar de esencia en educación, la de la formación del orador; aquel hombre que*

En este proceso de aprendizaje, uno de los prejuicios a ser desinstalados de la arena conflictiva es el de asumir que una de las partes es *ignorante* en términos absolutos, dado que el conflicto –desde la óptica pedagógica– brinda una oportunidad única para teorizar las prácticas, como una especie de apropiación de los saberes dominantes.

Por ende, la disputa se erige como un espacio social para desalentar la aparente incompetencia, dando paso a lo que FREIRE denomina el “*conocer mejor lo que ya [se] conoce a partir de la práctica. (...) [y el] conocer lo que todavía no [se] conoce, por lo tanto de participar de la producción del nuevo conocimiento. Y no es posible participar de la producción del nuevo conocimiento si no se tiene el derecho de participar de la propia producción*”.³²

Acá, la capacidad pedagógica del conflicto se cruza con la decisión política que supone optar por un proceso RAC para intervenir y resolver una desavenencia –aspecto abordado en un apartado anterior–, porque al *democratizarse los saberes* que giran en torno a la intervención positiva de los conflictos, las partes podrían interactuar desde sus propias realidades y negociar estratégicamente para la satisfacción de sus intereses y necesidades genuinas de forma *autocompositiva*, así se generaría una reorganización y reinención del poder. Una nueva distribución de los recursos emerge, así como un *deuteroaprendizaje*³³ en lo que respecta a la intervención de posteriores disputas.

sabe hablar, gritar y exigir sus derechos y no quedarse sólo oyendo. Está claro que también es preciso aprender a oír. (...) Educar para oír y educar para intervenir, para tomar posición. Siempre insistimos que la categoría pedagógica por excelencia es la decisión. Al final ¿qué es la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de «transferencia de aprendizaje» o «conocimiento tácito». A veces las partes no son conscientes de este aprendizaje en el momento en que lo adquieren, aunque se ven las consecuencias, a posteriori, cuando enfrentan otro conflicto”. Marinés Suares, *Mediación. Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas* (Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2005), p. 53.

³² Freire, Gadotti, Guimaráes y Hernández, “Pedagogía”, p. 126.

³³ Según la mediadora argentina Marinés Suares, el vocablo remite a la habilidad que surge en los intervinientes “(...) al solucionar un conflicto, como subproducto de esto uno puede adquirir la capacidad de solucionar otros futuros conflictos en la misma área en la cual se presentó el anterior o aun en otras áreas diferentes. Esto ha recibido también el nombre de «transferencia de aprendizaje» o «conocimiento tácito». A veces las partes no son conscientes de este aprendizaje en el momento en que lo adquieren, aunque se ven las consecuencias, a posteriori, cuando enfrentan otro conflicto”. Marinés Suares, *Mediación. Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas* (Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2005), p. 53.

La *democratización de los saberes* necesariamente depende de la participación y la autonomía como construcciones sociales que reflejan la voluntad, aspecto que juega un rol preponderante, ya que según GADOTTI y GUIMARÃES “*la participación y la autonomía no se imponen, evidentemente, dependen de un desarrollo cultural y político de la propia sociedad. Sería un contrasentido decir que el Estado puede imponer la autonomía y la participación. [De tal manera, una participación activa basada en la voluntad de las partes, convoca su intervención] (...) en las decisiones anteriores a una acción que se planea realizar, en su ejecución y en sus resultados. (...) [y en] otro nivel de participación que implica otro tipo de poder, digamos solidario, donde la participación se da en la superación de los problemas*”.³⁴

Para que esto ocurra –tal como se mencionó al inicio de la descripción de esta *Pedagogía del Conflicto*– se requiere de la emergencia de una acción dialógica donde, como lo indica FREIRE, el diálogo sea lo que contrarreste la *deshumanización* del otro, porque el diálogo sólo ocurre entre iguales y/o diferentes, pero nunca entre antagónicos.

Por esta razón, para que esta pedagogía surta los efectos deseados surge la necesidad de dar paso a la segunda teoría de la que se nutre la mediación, y que ya FREIRE enuncia como necesaria para una adecuada intervención de las disputas, que sería la Teoría de la Comunicación Humana.

2.2. Teoría de la Comunicación Humana

A lo largo de este apartado se esbozará el impacto de la comunicación en la interacción humana, focalizándose el vínculo que se desarrolla a la hora de abordar un conflicto con miras a indagar y elaborar opciones que permitan satisfacer los intereses y necesidades que están en contradicción.

³⁴ Freire, Gadotti, Guimarães y Hernández, “Pedagogía”, pp. 155 y 157.

El análisis parte de aquellos componentes que integran el proceso de comunicación. En ese sentido, es importante aproximarse a la *Ontología del Lenguaje*, comprendida como una ontología no metafísica³⁵ que se encarga de interpretar a los seres humanos y sus producciones de una forma particular, constituyendo el lenguaje la unidad de observación. Según ECHEVERRÍA, esta ontología parte de tres postulados básicos, a saber: a) los seres humanos han de ser interpretados como seres lingüísticos³⁶, b) el lenguaje tiene un carácter generativo y creador³⁷ y c) dado el carácter generativo del lenguaje, a través de éste los individuos pueden crearse y recrearse en él y a través de él³⁸.

³⁵ Entiéndase por ontología no metafísica aquella que viene a ser desarrollada a partir de la tradición de Martin Heidegger y sus estudios sobre el *Dasein*, donde "(...) la ontología hace referencia a nuestra comprensión genérica –nuestra interpretación– de lo que significa ser humano. Cuando decimos de algo que es ontológico, hacemos referencia a nuestra interpretación de las dimensiones constituyentes que todos compartimos en tanto seres humanos y que nos confieren una particular forma de ser. (...) hagamos lo que hagamos, digamos lo que digamos, siempre se revela en ello una cierta comprensión de lo que es posible para los seres humanos y, por lo tanto, una ontología subyacente. Cada vez que sostenemos algo, sea esto lo que sea, lo dicho descansa en supuestos sobre lo que es posible para los seres humanos, aunque se trate meramente del supuesto de que, como seres humanos que somos, nos es posible sostener aquello que estamos diciendo. (...) Por lo tanto, cada vez que actuamos, cada vez que decimos algo, no sólo se manifiesta el objeto sobre el cual actuamos o aquello a lo que nos referimos al hablar, se manifiesta también una determinada interpretación de lo que significa ser humano y, por lo tanto, una ontología, en el sentido que le conferimos al término". Rafael Echeverría, *Ontología del Lenguaje* (Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2011), pp. 28-29.

³⁶ Según el autor, las personas son seres lingüísticos porque "(...) el lenguaje es, por sobre todo, lo que hace de los seres humanos el tipo particular de seres que son. Los seres humanos, planteamos, son seres lingüísticos, seres que viven en el lenguaje. El lenguaje, postulamos, es la clave para comprender los fenómenos humanos. [Claro está] (...) los seres humanos no son sólo seres lingüísticos, (...) la existencia humana reconoce tres dominios primarios, (...) ellos son: el dominio del cuerpo, el dominio de la emocionalidad y el dominio del lenguaje. (...) La autonomía de estos tres dominios primarios no impide estrechas relaciones de coherencia entre ellos". Echeverría, "Ontología del Lenguaje", pp. 31-32.

³⁷ Estas características visibilizan que "(...) el lenguaje no sólo nos permite hablar «sobre» las cosas: el lenguaje hace que sucedan las cosas. Este segundo postulado abandona la noción que reduce el lenguaje a un papel pasivo o descriptivo. Sostiene que el lenguaje es generativo. (...) no sólo nos permite describir la realidad, el lenguaje crea realidades. La realidad no siempre precede al lenguaje, éste también precede a la realidad. (...) Al postular que el lenguaje es generativo, estamos sosteniendo que el lenguaje es acción. (...) El lenguaje, planteamos, no es una herramienta pasiva que nos permite describir cómo son las cosas. El lenguaje es activo. (...) Cuando hablamos, modelamos el futuro, el nuestro y el de los demás. A partir de lo que dijimos o se nos dijo, a partir de lo que llamamos, a partir de lo que escuchamos o no escuchamos de otros, nuestra realidad futura se moldea en un sentido o en otro. Pero además de intervenir en la creación del futuro, los seres humanos modelamos nuestra identidad y el mundo en que vivimos, a través del lenguaje". Echeverría, "Ontología del Lenguaje", pp. 33-35.

³⁸ La creación y re-creación implican que "*interpretamos que los seres humanos se crean a sí mismos en el lenguaje y a través de él. Sujetos a condicionamientos biológicos y naturales, históricos y sociales, los individuos nacen dotados de la posibilidad de participar activamente en el diseño de su propia forma de ser. El ser humano no es una forma de ser determinada, ni permanente. Es un espacio*

Estas tesis principales sobre las que se erige la *Ontología del Lenguaje*, necesariamente obligan a abandonar el viejo paradigma de la comunicación (que la comprende como una interacción estática entre individuos que asumen roles dicotómicos, como lo serían los de *emisor* y *receptor*, quienes se transmiten mensajes y respuestas entre sí a través de un canal). Este sería el modelo clásico de comunicación, que no reconoce la influencia de otras variables en la actividad comunicativa, tales como: el contexto³⁹; la audiencia; los aspectos paraverbales⁴⁰ y no-verbales; los valores; y los preconceptos y prejuicios que pueden incidir en la forma en que se percibe el mundo, al otro y a nosotros mismos.

El nuevo paradigma da cuenta de que una visión simplista de la comunicación –tal como la enunciada por el modelo clásico– puede inducir a *confusiones*, entendidas como comunicaciones defectuosas, que tienen un impacto negativo en el abordaje positivo del conflicto en vista de que puede generar desde incertidumbre, incomprensión y desinformación sobre lo que se desea resolver hasta generar una percepción *irreal* de lo que sucede.

Ahora bien, es necesario detenerse a reflexionar sobre el impacto de este nuevo paradigma, ya que esta nueva comunicación cuenta con elementos distintos al modelo clásico. Cabe preguntarse entonces cuáles son esas nuevas reglas de la acción comunicativa, para luego dilucidar sobre su aprovechamiento en el proceso de mediación, objeto de estudio de la presente investigación.

de posibilidad hacia su propia creación. Y aquello que lo posibilita es precisamente la capacidad generativa del lenguaje". Echeverría, "Ontología del Lenguaje", p. 36.

³⁹ El contexto en el ámbito comunicacional remite a un canal y "*nos da una pauta de cómo debemos entender lo que se dice. La misma afirmación expresada en un contexto o en otro se significa de forma diferente, por ejemplo: «Arriba las manos» dicho en un contexto de robo tiene una significación absolutamente diferente de si es dicho en una clase de gimnasia*". Suares, "Mediación", p. 108.

⁴⁰ Entiéndase por los aspectos paraverbales "*(...) (tono de voz, volumen, ritmo, etcétera) y el canal no-verbal (gestos, posturas, ritmos y cadencia de movimientos, etcétera) son los componentes analógicos de la comunicación. (...) Estos componentes analógicos son los más utilizados y más efectivos para transmitir información acerca de las relaciones. Están más rígidamente programados, son más inconscientes, en el sentido no-freudiano del término, y más difíciles para simular. (...) Generalmente, entre los humanos, los canales no-verbal y para-verbal son utilizados para metacomunicarse acerca de la forma como debe ser entendido lo que se dice en el canal verbal*". Suares, "Mediación", pp. 108-109.

Siguiendo la *Teoría de la Comunicación Humana* propuesta por Paul Watzlawick, Janet Beavin Bavelas y Don D. Jackson⁴¹, debe aceptarse el cambio del antiguo concepto de comunicación por lo que hoy en día se conoce como *los cinco axiomas de la comunicación humana*, que comprenden un conjunto de máximas a partir de las cuales se puede entender la interacción comunicativa en distintos contextos con diversos actores sociales.

El primer axioma se refiere a la imposibilidad de no comunicar, ya que en todas las situaciones sociales posibles siempre se comunica algo, aunque no se tenga la intención de hacerlo. Este primer postulado pone de manifiesto que toda conducta humana puede emerger de forma verbal o no-verbal y ambas tienen un carácter comunicativo, no sólo la primera forma como ha querido dar a entender la concepción clásica.

Al reconocerse las formas comunicativas no-verbales, se puede identificar en ellas los fenómenos de reacción y conducción del otro respecto de las mismas. Los seres humanos no sólo reaccionan y conducen sus interacciones a partir de la comunicación verbal, también lo hacen por la no-verbal. En ese sentido, esta primera máxima también refiere a la *intencionalidad* de la comunicación en vista de que, a partir de este nuevo planteamiento no se puede seguir afirmando que sólo existe comunicación cuando es intencional, consciente y está presente el entendimiento mutuo.

Al otorgársele a todas las conductas humanas –verbales y no-verbales– un carácter comunicativo, aunque no medie intención de hacerlo, estos comportamientos y conductas se vuelven objeto de interpretación, la cual nunca es absoluta y/o completa porque viene a ser restringida por una diversidad de aspectos, tanto internos como externos, en relación con el individuo que la realiza.

⁴¹ Paul Watzlawick, Janet Beavin Bavelas y Don D. Jackson, *Teoría de la Comunicación Humana. Interacciones, Patologías y Paradojas* (Barcelona: Herder Editorial S.L., 2008), pp. 49-71.

Por esta razón, la interpretación no debe sustituir la comunicación directa con el otro en vista de que esa comunicación no-directa promueve la postura ataque/defensa entre los interlocutores. Para evitar esto, los autores promueven la generación de *pautas de interacción* que podrían ser vistas como una *metacomunicación*⁴², resultando útil para clarificar, resignificar y resolver los asuntos confusos o los llamados «malentendidos» que suscita la actividad comunicativa.

Esta última afirmación permite avanzar hacia el segundo axioma, haciéndose hincapié en que toda comunicación tiene un aspecto de contenido y otro de relación⁴³. Distinto al viejo paradigma, la relación entre los interlocutores determina el contenido de la comunicación, generándose un conjunto de pautas de interacción que se erigen a partir del tipo de vínculo que tienen los intervinientes.

Por un lado, el contenido proporciona la información y los datos representando el *qué* del mensaje y generalmente se transmite de forma verbal, por el otro, la relación determina el *cómo* se enuncia y comprende el mensaje y se transmite de forma no-verbal mediante: la entonación; la elección de las palabras;

⁴² Entiéndase por *metacomunicación* “cuando dejamos de utilizar la comunicación para comunicarnos, y la usamos para comunicar algo **acerca** de la comunicación, lo que es inevitable cuando investigamos sobre la comunicación, utilizamos conceptualizaciones que son parte de la comunicación, sino **que se refieren a ella**. Las reglas de la comunicación humana no «explican» nada por sí mismas; antes bien, constituyen en sí mismas su mejor explicación, tal como los números primos **son pero no explican nada**”. Watzlawick, Beavin y Jackson, “Teoría de la Comunicación Humana”, pp. 41 y 43.

⁴³ Según los autores, los componentes de contenido y relación “(...) *se conocen como los aspectos «referenciales» y «conativos», respectivamente de toda comunicación. (...) El aspecto referencial de un mensaje transmite información y, por ende, en la comunicación humana es sinónimo de **contenido** del mensaje. Puede referirse a cualquier cosa que sea comunicable al margen de que la información sea verdadera o falsa, no válida o indeterminable. Por otro lado, el aspecto conativo se refiere a qué tipo de mensaje debe entenderse que es, y por ende, en última instancia, a la **relación** entre los comunicantes. (...) [lo referencial] transmite los «datos» de la comunicación y [lo conativo] (...) cómo debe entenderse dicha comunicación. (...) La relación también puede expresarse en forma no verbal gritando o sonriendo o de muchas otras maneras. Y la relación puede entenderse claramente a partir del contexto en el que la comunicación tiene lugar*”. Watzlawick, Beavin y Jackson, “Teoría de la Comunicación Humana”, pp. 52 y 55.

la gesticulación; y la mímica. Así, el contenido brinda la información y la relación indica cómo debe ser entendida.

Este axioma permite establecer que dos mensajes cuyo contenido es el mismo pueden tener dos aspectos de relación diferente. El cómo interactúan dos personas determina el sentido de la comunicación. Ser conscientes del aspecto de relación significa llevar a cabo una comunicación a través de la comunicación, o mejor dicho, mediante la *metacomunicación*, entendida como la capacidad de comunicarse a través de una comunicación pactada que permite clarificar y rectificar las percepciones de los intervinientes. Claro está, si no existe una buena relación entre las partes no puede existir una buena comunicación que lleve a la colaboración.

Hacer foco en la relación de los interlocutores permite aproximarse al tercer axioma, el cual denota la puntuación en la comunicación como un factor modelador. Por lo general, cada interlocutor efectúa su propia acentuación en la interacción comunicativa, asumiendo su participación en términos de *causa-efecto-consecuencia*⁴⁴.

La mayoría de las veces, los interlocutores perciben su acción como *efecto* de una *causa* provocada por el otro, y viceversa, si esto no es clarificado la comunicación se convierte en una interacción de *ataque/defensa*, ya que subjetivamente se considera la propia conducta como un *efecto*, mientras que el otro la percibe como *causa*.

Las discrepancias en el campo de la acentuación son la raíz de muchos de los conflictos de relación, donde la acentuación del ataque y la defensa es clásica. Una parte ataca constantemente y la otra se defiende de forma

⁴⁴ Para WATZLAWICK, BEAVIN Y JACKSON, “no se trata aquí de determinar si la puntuación de la secuencia comunicacional es, en general, buena o mala, pues resulta evidente que la puntuación **organiza** los hechos de la conducta y, por ende, resulta vital para las interacciones en marcha. (...) La descripción de los problemas de puntuación se basa precisamente en la metamorfosis subyacente del modelo clásico de acción-reacción”. Watzlawick, Beavin y Jackson, “Teoría de la Comunicación Humana”, pp. 57 y 71.

permanente. Por ende, y como se ha destacado hasta ahora, este tipo de acentuaciones pueden resolverse mediante la *metacomunicación*. Cabe preguntarse entonces, cómo es posible desenmascarar la acentuación *ataque/defensa* y promover una interacción comunicativa efectiva que redirija las energías de los interlocutores hacia la discusión de los intereses y las necesidades que hacen emerger el conflicto.

El cuarto axioma revela pistas importantes sobre la posibilidad de analizar el tipo de relación que subyace entre los interlocutores, aspecto que antecede a la interacción comunicativa. Este postulado da cuenta de que la comunicación humana consta de dos modalidades para lograr configurarse, a saber: la *analógica*, que remite a lo no-verbal y al aspecto de la relación sostenida por los interlocutores; y la *digital*, que visibiliza lo verbal y el contenido de la comunicación.⁴⁵

La modalidad *analógica* refiere a formas de expresión eminentemente gráficas, tienen su equivalente en medios no-lingüísticos y se basan en: el lenguaje corporal; la gesticulación; las señas; y la entonación. Por lo tanto, su expresividad es abundante pero menos diferenciada porque su interpretación es abierta. Estas formas cobran especial relevancia y sentido según el carácter de la relación que tienen los interlocutores. La modalidad *digital* se distingue por una estructura diferenciada, compleja y lógica, implica la asignación y asociación de una palabra con un objeto. Con la ayuda de la escritura y el habla corresponde al aspecto de contenido comunicativo, consistiendo en la transmisión concreta de la información.

⁴⁵ Sobre los aspectos de contenido y relación presentes en la comunicación, “(...) *cabe suponer que el aspecto relativo al contenido se transmite en forma digital, mientras que el aspecto relativo a la relación es de naturaleza predominantemente analógica. (...) La importancia pragmática, interpersonal, de los modos digital y analógico radica no sólo en su supuesto isomorfismo con los niveles de contenido y de relación, sino también en la inevitable y significativa ambigüedad que tanto el emisor como el receptor enfrentan en lo relativo a los problemas de traducción de una modalidad a la otra*”. Watzlawick, Beavin y Jackson, “Teoría de la Comunicación Humana”, pp. 65 y 71.

Estas modalidades se ven delimitadas por el tipo y la forma en que ha sido construida la relación entre los interlocutores. Particularmente, a esto se refiere el quinto y último axioma que rige la teoría expuesta hasta ahora, indicando que toda comunicación se realiza de manera *simétrica* o *complementaria*.

En el caso de una relación *complementaria* existe superioridad y subordinación, basándose la interacción en las diferencias. Por esa razón, existen dos posiciones a ser asumidas: posición superior y posición inferior. Ambos interlocutores se relacionan de una manera que presupone una conducta determinada por parte del otro pero que al mismo tiempo la condiciona, ejemplos clásicos de este tipo de relación serían: padres/hijos; profesores/alumnos; y patronos/empleados. Por el contrario, para las relaciones *simétricas* los interlocutores son mutuamente equivalentes en sus capacidades y aptitudes. Este tipo de relación puede observarse en las interacciones entre: hermanos; amigos; y compañeros de clase o trabajo.⁴⁶

Por último, WATZLAWICK, BEAVIN y JACKSON son enfáticos en puntualizar diversas características que comparten todos los axiomas, lo que permite comprenderlos como un sistema. De tal forma, no es posible desagregar estos postulados y confirmarlos de forma independiente, sino que se combinan y encuentran en todos los tipos de comunicación.⁴⁷

⁴⁶ La *simetría* y la *complementariedad* pueden ser descritos como dos patrones basados "(...) en la igualdad o en la diferencia. En el primer caso, los participantes tienden a igualar especialmente su conducta recíproca, y así su interacción puede considerarse *simétrica*. Sean debilidad o fuerza, bondad o maldad, la igualdad puede mantenerse en cualquiera de esas áreas. En el segundo caso, la conducta de uno de los participantes complementa la del otro, constituyendo un tipo distinto de *gestalt* y recibe el nombre de *complementaria*. Así pues, la interacción *simétrica* se caracteriza por la igualdad y por la diferencia mínima, mientras que la interacción *complementaria* está basada en un máximo de diferencia". Watzlawick, Beavin y Jackson, "Teoría de la Comunicación Humana", p. 69.

⁴⁷ Sobre el particular, resulta posible afirmar que los axiomas como tales "(...) son *heterogéneos* entre sí en tanto tienen su origen en observaciones muy variadas de los fenómenos de la comunicación. Su unidad no surge de sus orígenes, sino de su importancia *pragmática*, la cual a su vez no depende tanto de sus rasgos particulares como de su referencia *interpersonal* (y no *monádica*). (...) Así, la imposibilidad de no comunicarse hace que todas las situaciones en las que participan dos o más personas sean *interpersonales* y comunicacionales; el aspecto relacional de tal comunicación subraya aún más este argumento". Watzlawick, Beavin y Jackson, "Teoría de la Comunicación Humana", pp. 70-71.

Ahora bien, valga preguntarse cuál es la correspondencia que tienen los postulados de la *Ontología del Lenguaje* y la *Teoría de la Comunicación Humana* con la disciplina RAC. La respuesta a esta pregunta se encuentra en una afirmación efectuada por Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, los fundadores del Programa de Negociación de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, conocido por sus siglas en inglés como PON [*Program on Negotiation at Harvard Law School*]. En su obra *Sí... ¡de acuerdo! ¿Cómo negociar sin ceder?*, señalan que “*sin comunicación no hay negociación. Esta última es un proceso de negociación con el cual se busca respaldar el propósito de obtener una decisión conjunta. La comunicación nunca es fácil, ni aun entre personas que tienen muchos méritos o valores y experiencias comunes*”.⁴⁸

Esta afirmación introduce el tema de la comunicación aplicable a los procesos RAC. La comunicación en estos métodos constituye el vehículo a través del cual se construyen las decisiones conjuntas. Esto último es lo que se conoce como *comunicación efectiva*, la cual intenta combatir tres problemas que obstaculizan el entendimiento entre los disputantes, a saber: a) los interlocutores no se comprenden mutuamente o no se dirigen entre ellos, sino a un público o grupo de espectadores circundante; b) aunque los interlocutores hablen y se dirijan de forma clara hacia el otro, pueden no estarse escuchando; y c) lo que las partes dicen puede ser malinterpretado, provocándose malentendidos.

Los autores referidos muestran que estos obstáculos pueden ser superados mediante la puesta en práctica de diversas técnicas que conducen a la *comunicación efectiva*, tanto en la negociación como en la mediación, al ser considerada esta última como una negociación asistida. Aquí es el tercero sin autoridad –el mediador– quien conoce estas técnicas, poniéndolas al servicio de ambas partes.

⁴⁸ Roger Fisher, William Ury y Bruce Patton, *Sí... ¡de acuerdo! ¿Cómo negociar sin ceder?*, trad. Eloísa Vasco Montoya y Adriana de Hassan (Bogotá: Editorial Norma S.A., 2010), p. 39.

Una de las primeras técnicas referidas por FISHER, URY y PATTON es la *escucha activa*, la cual permite: a) comprender las propias percepciones sobre lo que se dice y las emociones que ese relato hacen aflorar; b) oír realmente lo que el otro intenta decir; y c) reafirmar lo que se ha comprendido luego de haber escuchado, consultando al otro a través del *parafraseo*⁴⁹.

El *parafraseo* se ejerce a través de la concentración, evitando pensar en la respuesta a lo que se está diciendo o en la modalidad de comunicación *ataque/defensa*. También, conlleva prestar atención al relato del otro teniendo conciencia de los propios prejuicios, estereotipos y preconceptos, siendo utilizados como alerta para no juzgar.

Otro ámbito de este tipo de escucha radica en solicitarle a la contraparte que se exprese con claridad y exactitud sobre lo que desea comunicar, y que repita las ideas comunicadas –cuando sea necesario– para confirmar que no hay ambigüedades o incertidumbre. Esto último es importante porque muestra empatía a la hora de escuchar el relato, clarificándose que comprender al otro no significa estar de acuerdo. Por esa razón, es necesario que la otra parte confirme que se le ha comprendido, hasta que esto no suceda no es recomendable exponer otros puntos de vista.

Una segunda herramienta propuesta por los autores radica en *comunicarse con el objetivo de ser comprendido*, esta acción implica tener conciencia de que el proceso alternativo no es un debate ni un juicio, la acción de convencimiento respecto al otro, una tercera parte o un auditorio no es la modalidad de comunicación a utilizar.

⁴⁹ Entiéndase por la acción de *parafrasear* aquella que permite clarificar la información que se ha escuchado activamente y que según los autores puede ser ejercida de la siguiente forma: “*si usted escucha con atención e interrumpe ocasionalmente para decir, «¿Entendí correctamente que usted está diciendo que...?»*», la otra parte se dará cuenta de que usted no está simplemente matando el tiempo, sencillamente cumpliendo una rutina. Además, sentirán la satisfacción de ser escuchados y comprendidos. Se ha dicho que la menos costosa de las concesiones que se le puede hacer a la otra parte es hacerle saber que ha sido escuchada”. Fisher, Ury y Patton, “Si... ¡de acuerdo!”, p. 41.

En los procesos RAC es importante visualizarse como en una relación de trabajo, en términos de igualdad laboral, donde dos compañeros deben elaborar una opinión o proyecto en conjunto. Esto permite visibilizar el conflicto como un problema común en el que están presentes distintos puntos de vista, de ahí la necesidad de establecer una relación de trabajo que permita tomar decisiones con miras a resolver la disputa.

Otro de los recursos comunicacionales propuestos remite a la capacidad de *hablar sobre uno mismo y no sobre el otro*, implica no juzgar ni condenar las motivaciones e intenciones de la contraparte, por el contrario, debe alentarse a los intervinientes a que describan el problema en términos del impacto que ha tenido la acción del otro en su esfera personal.

En los siguientes ejemplos, reseñados por los autores, se puede identificar la aplicación de esta técnica: “*«Me siento desilusionado», en lugar de «Usted no cumplió su palabra». «Sentimos que se discrimina en contra nuestra», en lugar de «Usted es racista». (...) una afirmación sobre sus propios sentimientos es difícil de objetar. Usted proporciona la misma información sin provocar una reacción defensiva que les impedirá tenerla en cuenta»*.”⁵⁰

Hablar sobre lo que se siente y percibe desde una óptica personal es difícil de rebatir. En cambio, afirmar algo que el otro considera falso puede ser objeto de descalificación. Esta forma de comunicarse deconstruye el esquema *ataque/defensa*, proporcionando información útil a cada parte sobre lo que su interlocutor siente y percibe.

Una vez que el modelo de *ataque/defensa* es abandonado, es posible avanzar hacia otra herramienta, concebida por FISHER, URY y PATTON como la necesidad de *hablar con un propósito*. Acá, a la hora de comunicarse con el otro interlocutor debe tenerse en cuenta: a) ¿qué se quiere averiguar con lo que se va decir?; b) ¿qué se va a lograr con esa comunicación?; y c) si no se tiene claro

⁵⁰ Fisher, Ury y Patton, “Sí... ¡de acuerdo!” p. 43.

lo que se quiere averiguar y lo que se va a obtener, lo mejor es abstenerse de sobreabundar la comunicación existente.

Todas estas herramientas tienen acciones de acompañamiento. Es decir, a pesar de que las técnicas enunciadas pueden resultar útiles a la hora de combatir los obstáculos a la *comunicación efectiva*, es de vital importancia acompañarlas con la consolidación de una relación de trabajo previa a la negociación cara a cara. Esta relación de trabajo, permitirá construir una base mínima de confianza que contribuirá a la negociación en momentos difíciles.

Además, sería provechoso alentar el enfrentamiento del problema y no entre las partes dado que, si los disputantes se perciben como enemigos será muy difícil separar su relación del contenido del problema. Por esa razón, entenderse como compañeros en la búsqueda de una solución mutuamente aceptable permitirá trabajar con los intereses y las necesidades de ambos, viendo la solución del problema como un producto del trabajo en equipo.

Para que esto suceda, debe alentarse una mirada psicológica del conflicto, tal como lo enuncia RUBIN y sobre lo cual se hizo referencia en el apartado anterior. Resulta muy importante detenerse a profundizar uno de los aspectos de su postulación teórica, que obedece a la forma en que los interlocutores perciben el conflicto y cómo lo comunican.

Desde esta perspectiva, los disputantes pueden darse cuenta de que el conflicto constituye la *percepción* de una divergencia de intereses, la cual requiere ser confirmada y clarificada con la finalidad de que la disputa sea resuelta. Para emprender esta labor de aclaración, es necesario que los intervinientes tengan un registro de cómo perciben la realidad y por qué, así como la capacidad de poder identificar la dinámica relacional establecida entre ambos.

Cuando estas reflexiones tienen lugar, las partes se dan cuenta de que la resolución del conflicto será posible siempre y cuando se generen cambios profundos en: los comportamientos; las preocupaciones; y las actitudes sostenidas

hasta el momento por ambas. Esto es posible a través de la interacción comunicativa basada en la *metacomunicación*, concepto ya reseñado.

En el caso de la mediación, el mediador debe contar con suficientes habilidades comunicacionales y de *inteligencia emocional*⁵¹ que alienten a los disputantes a transitar este proceso. Para RUBIN, es necesario iniciar con la promoción de acciones que atenúen la escalada del conflicto y permitan salir del estancamiento, a saber:⁵²

- a) **Establecer una hipótesis de contacto.** Implica una nueva forma de relacionarse alrededor de un interés común. Por lo general, cuando la *percepción selectiva* opera entre los disputantes la atención está puesta en los prejuicios y estereotipos que cada uno sostiene respecto al otro. En cambio, focalizar las energías hacia los intereses comunes reduce y desalienta esas primeras posturas.
- b) **Introyectar pautas de interacción.** Es importante para los interlocutores pactar previamente diversas reglas de comunicación, por ejemplo: el orden de la palabra; la no interrupción; la eliminación de los distractores ambientales; el ejercicio de la *escucha activa*; entre otros. Además, es relevante prestar atención a la comunicación *paraverbal* para comprender cabalmente lo que la otra parte intenta comunicar.
- c) **Construir momentum.** Esta acción es vital en los momentos de entrapamiento, cuando ninguno de los intervinientes desea ser el primero en proponer la cooperación. Es posible mediante la discusión de problemas que no se consideran demasiado complejos en el universo conflictivo. Así, «destrabados» estos primeros temas,

⁵¹ Entiéndase por este tipo de inteligencia, aquella que “(...) se refiere a la capacidad de reconocer nuestros propios sentimientos, los sentimientos de los demás, motivarnos y manejar adecuadamente las relaciones que sostenemos con los demás y con nosotros mismos. Se trata de un término, pues, que engloba habilidades muy distintas –aunque complementarias– a la inteligencia académica, la capacidad exclusivamente cognitiva medida por el cociente intelectual. (...) incluye las siguientes cinco habilidades emocionales y sociales básicas: **Conciencia de sí mismo:** capacidad de saber lo que estamos sintiendo en un determinado momento y de utilizar nuestras preferencias para guiar la toma de decisiones (...). **Autorregulación:** manejar nuestras emociones para que faciliten la tarea que estamos llevando a cabo y no interfieran con ella (...). **Motivación:** utilizar nuestras preferencias más profundas para encaminarnos hacia nuestros objetivos (...). **Empatía:** darse cuenta de lo que están sintiendo las personas, ser capaces de ponerse en su lugar y cultivar la relación (...). **Habilidades emocionales:** manejar bien las emociones en las relaciones, interpretando adecuadamente las situaciones y las redes sociales; (...) negociar y resolver disputas; cooperar y trabajar en equipo”. Daniel Goleman, *La Práctica de la Inteligencia Emocional*, trad. Fernando Mora y David González Raga (Barcelona: Editorial Kairós S.A., 2010), pp. 349-350.

⁵² Véase: Rubin, “Conflict from a Psychological Perspective”, pp. 132-137.

los involucrados se comprometen de manera irreversible y se reconoce que se cumplirá con lo pactado. La actividad ayuda a generar confianza y mostrar que la competencia no es la única opción de resolución de la controversia.

- d) **Establecer metas comunes.** Estas metas deben trascender el conflicto en el sentido expresado por GALTUNG, implicando la transformación del mismo en un *proyecto* –aspecto desarrollado en el apartado anterior–, siendo su base la motivación para cooperar.
- e) **Ser firme con las metas, pero flexible con los medios.** Es relevante que las partes conozcan mutuamente lo que desean, siendo flexibles en los modos de alcanzar las metas que se han propuesto. Esta flexibilidad, permite ser creativo a la hora de proponer soluciones.
- f) **La regla del cambio.** Remite a efectuar de modo distinto al acostumbrado todas aquellas actividades, conductas y comportamientos que han incidido hasta el momento en el conflicto. Esta regla abre el camino a la construcción de *momentum*, dado que los disputantes comienzan a actuar de forma distinta a la que están acostumbrados.
- g) **Llegar a arreglos que salven la imagen.** Es más probable que las personas lleguen a resolver el conflicto si las concesiones efectuadas se dan sin perder las apariencias. El conflicto no sólo acontece entre los intervinientes, sino que, se desarrolla también en presencia de una audiencia determinada.

Luego de que estas acciones sean emprendidas, como resultado se generará una base mínima para construir una plataforma de interacción orientada a la resolución del conflicto cimentada en la confianza y las *pautas de interacción*. Particularmente, este es el momento propicio para que los intervinientes profundicen sus habilidades comunicacionales y los aspectos de *inteligencia emocional* que darán paso a la introyección del paradigma de la resolución alternativa de disputas.

Dentro del repertorio de las habilidades comunicacionales, se encuentran los dispositivos que dan cuenta del por qué los interlocutores perciben la realidad de cierta forma y no de otra. En un primer momento, cuando se alienta a las partes a ver el conflicto desde la perspectiva psicológica la *percepción* del conflicto se

vuelve visible. Ahora bien, un segundo paso radica en comprender por qué se percibe la disputa de una cierta manera.

Según los postulados del *Coaching Ontológico*⁵³ –disciplina aplicada de la *Ontología del Lenguaje*–, esta forma particular de percibir el conflicto se debe a las limitaciones neurológicas, sociales e individuales de cada persona. Una vez que los individuos son conscientes de ellas, pueden darse cuenta de la influencia que ejercen los diversos puntos de vista, las experiencias, la información previa y las condiciones de vida en la forma de entender una aparente misma realidad.

Iniciando por las limitaciones neurológicas, éstas obedecen a la distorsión que hace el sistema nervioso de la realidad, siendo determinado por el sistema receptor del cuerpo humano y comprendido por: la visión; el oído; el tacto; el gusto; y el olfato. Lo anterior constituye el primer filtro para distinguir el mundo externo y la representación del mismo. Las limitaciones sociales comprenden los factores socio-genéticos como: el idioma; las costumbres; los convencionalismos; y las formas aceptadas de percepción de la realidad que nos vuelven miembros de un sistema social determinado. Por otro lado, las limitaciones individuales responden al conjunto de experiencias personales de cada individuo y que constituyen su historia personal.

Estos filtros permiten visibilizar las diferentes visiones que las personas pueden tener ante una realidad que aparenta ser la misma. Así, los interlocutores podrían observar, escuchar y sentir distinto de lo que otros perciben y/o interpretan. Por ende, es dable volver a recalcar el valor de uno de los principios

⁵³ Según Lidia Muradep, fundadora de la Escuela Argentina de Programación Neurolingüística y Coaching, este método “permite hacer conscientes acciones, hábitos, valores, creencias, historias y juicios, a fin de facilitar procesos de cambio (...). (...) Se trata de una modalidad de aprendizaje basada en un modelo de observación, acción y resultado que entiende que las acciones que cada persona realiza y los resultados que obtiene dependen del tipo de observador que es. Siendo observadores diferentes logramos ver nuevas oportunidades de acción. Esas posibilidades que generamos cambiando nuestro modo de observar el mundo son las que definen nuestros logros, la calidad de nuestra vida y el tipo de personas que elegimos ser”. Lidia Muradep, *Coaching para la Transformación Personal. Un modelo integrado de la PNL y la Ontología del Lenguaje* (Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2013), pp. 21-22.

más importantes de la *Ontología del Lenguaje* que comprende el lenguaje como un constructor de realidades percibidas, a partir de los esquemas mentales contruidos por los individuos y las formas en que éstos son reproducidos y comunicados a los demás.

Las palabras que se utilizan a la hora de ejercer la interacción comunicativa tienen una gran influencia en los planos *intrapersonal e interpersonal*. Apelando a las emociones, se pueden generar cambios que impactarían las formas en que se percibe la realidad. Según MURADEP, estos cambios ponen en evidencia la forma en que las personas construyen sus patrones lingüísticos y cómo éstos influyen sus formas de pensar, interpretar y responder en situaciones determinadas. Así también, el lenguaje permite la deconstrucción de realidades percibidas a través del *reencuadre*⁵⁴.

Esto quiere decir que, a pesar de la poderosa fuerza que tienen las palabras para construir realidades percibidas, al mismo tiempo la forma en que se reordenan puede cambiar el propio pensamiento y la manera en que se percibe la realidad. Puntualmente, la labor del mediador respecto al *reencuadre* obedece a la deconstrucción de realidades negativas y nocivas para las partes, como lo sería la perspectiva negativa del conflicto, por ejemplo. El mediador toma las palabras, las deconstruye y las devuelve a los disputantes ya «*reencuadradas*» de forma positiva y proactiva, invitándolos a la solución del conflicto.

Al momento de intervenirse las dificultades visibilizadas por los interlocutores, el mediador se las devuelve en forma de una especie de «puente» que permite acortar la distancia entre la frustración presente y lo deseado a futuro. Así, alcanzar la solución del conflicto les será mucho más factible. Según

⁵⁴ Desde el *Coaching Ontológico*, el *reencuadre* se entiende como la capacidad de utilizar los recursos lingüísticos para “(...) *influir en el significado que percibimos como resultado de una experiencia. (...) [advierte] la importancia de observar nuestro pensamiento y reordenar lo que nos decimos para mejorar nuestra calidad de vida. (...) la resignificación de las dificultades (...) permite achicar la brecha entre el estado presente y el estado deseado. Detectar las representaciones internas de las limitaciones (...) nos permite hacer cambios de percepción en cualquiera de los canales de representación sensorial (...)*”. Muradep, “Coaching para la Transformación Personal”, pp. 60-61.

MURADEP, la técnica del *reencuadre* y la habilidad de resignificar están íntimamente relacionadas con la capacidad de comprender la comunicación no-verbal y los sistemas de representación sensorial.

La *Programación Neurolingüística* (conocida por sus siglas como PNL)⁵⁵ identifica tres sistemas de representación sensorial a través de los cuales se codifica la información, a saber: el visual; el auditivo; y el kinestésico. La exploración de estos sistemas es posible a través de la *escucha activa* en lo que respecta al sistema auditivo y mediante la *comunicación no verbal* en lo referido a los sistemas visual y kinestésico.

Ahora bien, cómo es posible detectar el modelo de representación sensorial predominante en los participantes. MURADEP señala que la identificación del sistema representacional predominante en cada interlocutor versa sobre la observación de un grupo de ítems, referidos a:⁵⁶

- a) las palabras cotidianamente utilizadas (cada sistema representacional tiene un vocabulario propio);
- b) los procesos de pensamiento que visibilizan la secuencia, la velocidad y el nivel de detalle con el que la persona piensa;
- c) el ritmo que establece la velocidad del habla, los gestos y los ademanes;
- d) la fisiología que comprende la postura corporal, la profundidad de la respiración y la modulación de la voz;
- e) los accesos oculares que visibilizan las diferentes posiciones que adoptan los ojos de acuerdo a la manera en que se está procesando la información; y

⁵⁵ La Programación Neurolingüística “se dedica al estudio de la experiencia subjetiva y de los procesos de aprendizaje. Nos provee herramientas y habilidades para el desarrollo de estados óptimos en comunicación y cambio, a la vez que promueve la flexibilidad del comportamiento, el pensamiento estratégico y la comprensión de los procesos mentales. (...) Su facilidad de aplicación «a medida» para diferentes situaciones personales, grupales y organizacionales sumada a su gran efectividad la convirtieron en uno de los modelos de interacción humana más efectivos desarrollados en los últimos tiempos”. Muradep, “Coaching para la Transformación Personal”, pp. 28-29.

⁵⁶ Véase: Muradep, “Coaching para la Transformación Personal”, pp. 92-100.

- f) la distancia óptima, entendida como aquella en la que cada uno se siente cómodo para comunicarse con los demás y sobre la cual pueden establecerse rangos: mayor, intermedio y menor.

En el proceso de pensamiento visual, las personas en las que prevalece este canal tienden a: recordar y proyectar imágenes; pensar distintas cosas al mismo tiempo; hacer varias cosas simultáneamente; hablar y escribir velozmente; impacientarse con sus interlocutores cuando operan desde un canal auditivo o kinestésico; y sugerir palabras para que los otros completen más rápido sus discursos. Tienen la necesidad de ser mirados y sostener el contacto visual mientras se comunican. También, valoran a quienes actúan, reaccionan y hablan velozmente. Para concentrarse en un tema requieren verlo por escrito. En ese sentido, si se les lee en voz alta y no tienen donde apoyar su mirada pueden dispersarse.

En cuanto a su postura corporal, los gestos y la voz: son activos en la gesticulación; y mueven los brazos y las manos muy rápido hacia afuera y adelante, tal como si mostraran imágenes. Por lo general, sus palmas están hacia abajo cuando gesticulan. Mueven la cabeza hacia adelante, los hombros hacia arriba y hablan rápido en voz alta, respiran acelerada y superficialmente y se detienen sólo cuando quieren ver mejor. Llevan los ojos hacia arriba para recuperar las imágenes que desean compartir. Se sientan en la punta de la silla sin prestar atención a la incomodidad, siempre listos para levantarse. Las palabras que tienen mayor significatividad para este canal son: ver; imagen; imaginar; aparecer; echar un vistazo; enfocar; perspectiva; punto de vista; panorama; apariencia; esclarecer; horizonte; pantalla; mostrar; luminoso; y mirar.

Por el contrario, los individuos en los que predomina el canal auditivo se orientan a: pensar en palabras e ideas; construir frases completas; ordenar su pensamiento en términos de secuencia y profundidad; hacer y pensar una cosa a la vez; hablar más lento en comparación con el proceso visual; y buscar las palabras precisas para cada situación, las cuales representan sus ideas y emociones con mayor exactitud. Además, necesitan escuchar, ser escuchados, y, a veces, leer

en voz alta para escucharse. Por lo general, a la hora de interactuar comunicativamente mantienen su cabeza hacia atrás o inclinada.

Su postura corporal, gestual y su voz se desarrollan en una velocidad media y en un volumen similar mientras se señalan la zona de las orejas, se tocan los labios o la barbilla. Asimismo, mueven las manos mientras hablan con las palmas enfrentadas, como si estuvieran ordenando con ellas las partes del discurso, respiran con el diafragma y suelen suspirar manteniendo sus ojos en el nivel medio. Al comunicarse se les debe decir una cosa por vez, de lo contrario se confundirán y se obstaculizará la comprensión. También, debe hablárseles lo más lento posible, máxime sí la otra persona se comunica mayormente en el canal visual. Las palabras que tienen mayor relevancia para este canal son: oír; sonidos; mencionar; preguntar; gritar; a tono; oral; escuchar; resonante; discutir; hablar; decir; me hizo *click*; me suena; contar; vocal; me hace ruido; armonía; y concretar.

A diferencia de este sistema, se observa que el canal kinestésico nuclea: los sentidos del tacto, olfato y gusto; los sentimientos internos; las sensaciones recordadas; las emociones; y el sentido del equilibrio. Así, quienes se posicionan de este sistema procuran: pensar a través de lo que sienten; concentrarse en lo que hacen aún en un entorno confuso; percibir mejor sus estados internos, sus sensaciones y emociones; y acercarse a sus interlocutores buscando un contacto corporal, ya que necesitan tocar y ser tocados.

En lo referido a los movimientos corporales, la gesticulación y la voz: suelen apoyar firmemente los pies y dejan el cuerpo relajado; ponen las manos con las palmas hacia arriba; gesticulan hacia sí mismos; y hablan en voz baja lentamente. También, bajan los hombros y la cabeza y suelen creer en la intuición. Toman muy en cuenta ser ubicados en lugares agradables a la hora de dialogar, los gestos de hospitalidad y los aromas de los lugares. Para retener información requieren escribirla, son emotivos, afectuosos y tienden a tocar al interlocutor. Las palabras que tienen mayor importancia para este canal son: sentir; firme;

presionar; apretar; manejar; dulce; estrés; sensible; me conmueve; cálido; frío; emoción; sólido; pesado; suave; y cómodo.

Cabe agregar que, estos sistemas de representación sensorial subyacen en todos los seres humanos. Claro está, alguno en particular es preponderante en relación con los otros dos restantes. La importancia de profundizar en estas formas de percibir la realidad radica en visibilizar que todas las personas, sin excepción, entienden una misma situación de maneras muy distintas. Es ahí donde la *Teoría de la Comunicación Humana* pone al servicio de los interesados un cúmulo de proposiciones, métodos y técnicas que permiten aproximarse a esas realidades diversamente percibidas, con la finalidad de crear un ambiente de confianza y credibilidad en el otro. A partir de aquí, los interlocutores pueden tomar la decisión de emprender conjuntamente un proceso de comprensión mutua alineando sus lenguajes verbales, corporales y gestuales.

Ese ambiente en el que es posible ejercer el conjunto de habilidades comunicacionales reseñadas en este apartado no es cualquiera espacio, sino por el contrario, debe contar con ciertas características específicas. La descripción de este ambiente permite dar paso al siguiente apartado referido a la *Teoría de la Negociación*, teoría entendida como aquel conjunto de postulados que describe y enuncia las reglas de interacción que permiten a las partes –con o sin la coadyuvancia de un tercero– relacionarse efectiva y estratégicamente para satisfacer sus intereses y necesidades de manera conjunta.

2.3. Teoría de la Negociación

En este apartado se enunciarán los postulados más relevantes de la *Teoría de la Negociación* en dos sentidos. Primero, como el proceso alternativo basado en los principios enunciados por FISHER, URY y PATTON, obedeciendo a la intención que tuvieron los autores de contestar la pregunta: *¿Cuál es la mejor manera para que las personas resuelvan sus diferencias?*

Y segundo, como proposición general que alcanza aquellos procesos comprendidos en el Movimiento RAC que no requieren de la intervención de un tercero con autoridad para ser dilucidados. Es decir, todo proceso que se aparta de la *heterocomposición* implica una negociación en algún grado o forma.

Respecto al primer sentido, resulta importante ubicar el contexto en el que la *negociación basada en principios* emerge y se gesta, para luego describirla como un proceso de intervención de disputas. En 1979, FISHER, URY y PATTON, junto con otros académicos, fundaron lo que se conoció en aquel momento como el *Proyecto de Negociación de Harvard* (conocido por sus siglas en inglés como HNP), iniciativa que tuvo como objetivo mejorar de forma considerable la incipiente actividad docente y la práctica profesional de los procesos RAC, especialmente de la negociación.

Para 1981, la publicación de su libro *Sí... ¡de acuerdo! ¿Cómo negociar sin ceder?* dio paso a la consolidación de una comunidad nucleada por académicos y practicantes de la negociación donde se destacó la labor de los profesores e investigadores: James Sebenius; Lawrence Susskind; Frank Sander; y Howard Raiffa. Seguidamente, se fundó el PON [*Program on Negotiation*], ubicándose en la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard.

Este programa académico fue uno de los primeros del mundo en dedicarse a la enseñanza e investigación de la negociación y otros procesos RAC, nucleando expertos no sólo de la Universidad de Harvard, sino también del Instituto Tecnológico de Massachusetts [MIT] y la Universidad de Tufts, promoviendo un enfoque multidisciplinario que permitió el desarrollo del modelo de negociación en mención.

Esta nueva forma de resolver las desavenencias, fue delimitada por la necesidad de solucionar los conflictos siempre y cuando fuera posible concluirlos sin recurrir a la violencia. Obteniéndose en detrimento de ésta, un acuerdo pactado

sin ceder en las pretensiones, intereses y necesidades que ostentan los disputantes.⁵⁷

Así, la perspectiva *cooperativa* de intervenir los conflictos se opone a la manera *distributiva*⁵⁸ clásica y hegemónica de zanjar las disputas. Desde esta oposición, las partes pueden emprender una serie de actividades estratégicas –conducidas por ellas mismas o por un tercero neutral– que tienen por objetivo:

- a) indagar los intereses y/o necesidades individuales que subyacen tras las posiciones de reclamo;
- b) idear las alternativas externas al acuerdo que puedan satisfacer los intereses individuales (MAAN: Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado)⁵⁹;
- c) mejorar la comunicación interpersonal;
- d) acrecentar la confianza para optimizar la relación;
- e) crear conjuntamente opciones de mutuo beneficio;
- f) buscar criterios objetivos que den una base de legitimidad al posible acuerdo;
- y g) generar un compromiso recíproco para cumplir con lo acordado.

⁵⁷La viabilidad de esta propuesta teórico-práctica ha sido posible gracias al deseo primigenio de los seres humanos de abordar y solucionar los conflictos que se suscitan en la vida en sociedad, constituyéndose en un aspecto inherente a la condición humana. Según MULDOON, “*el conflicto constituye una amenaza para nuestra supervivencia como especie, pero, paradójicamente, también es imprescindible para hacer que la experiencia humana sea soportable. El proceso de abordar y resolver conflictos nos puede ayudar a organizar nuestras vidas de modo que adquieran sentido. Cada día nos despertamos en un mundo que sufre a raíz de su incapacidad para afrontar y resolver sus conflictos. (...) No tenemos ni el derecho ni los recursos suficientes para utilizar la fuerza cada vez que se produzca un caso de violencia local o en una guerra tribal. Nuestros sistemas judiciales han llegado al límite de su capacidad para procesar nuestras querellas (...). Todos y cada uno de nosotros debemos asumir la responsabilidad de resolver los conflictos presentes en nuestras propias vidas. Sencillamente, ya no podemos esperar que otra persona se ocupe de ellos. (...) el conflicto desempeña un papel importante en el desarrollo tanto del carácter como de las relaciones estables. El conflicto nos convierte en lo que realmente somos. (...) El conflicto es la chispa de la vida*”. Brian Muldoon, *El Corazón del Conflicto. Del trabajo al hogar como campos de batalla, comprendiendo la paradoja del conflicto como un camino hacia la sabiduría*, trad. Sara Alonso Gómez (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A., 1998), pp. 20-21.

⁵⁸Se entenderá por lo distributivo, aquellas negociaciones competitivas “(*... en las que las partes que intervienen tienen intereses estrictamente opuestos: una mayor recompensa para uno implica una menor recompensa para el otro, si uno gana, el otro pierde*”. Julio Gómez-Pomar, *Teoría y Técnicas de Negociación* (Barcelona: Editorial Ariel, 2004), p. 35.

⁵⁹ El MAAN es el “(*... único criterio que puede protegerlo de aceptar términos demasiado desfavorables y de rechazar términos que sería conveniente aceptar. Su MAAN no es solamente un mejor criterio, sino que tiene la ventaja de ser lo suficientemente flexible como para permitirle explorar soluciones imaginativas. En vez de rechazar cualquier solución que no se ajuste a su mínimo, usted puede comparar una propuesta con su MAAN y ver si satisface mejor sus intereses*”. Fisher, Ury y Patton, “Si... ¿de acuerdo!”, pp. 116-117.

Este tipo de negociación implica hacer foco en las formas que permiten a las personas interactuar, con el propósito de visibilizar y satisfacer las necesidades que se encuentran detrás de sus *posiciones*⁶⁰. Lo que lleva a percatarse de la existencia de múltiples vías para abordar el conflicto, así como un abanico de soluciones que se abre para hacerlo.

Por lo general, las *posiciones* son unidimensionales, dicotómicas y orillan a las partes a la reclamación de valor en detrimento de su creación. Se tienden a construir de forma polarizada y remiten al pronunciamiento de una única respuesta (sí/no, mayor/menor, más/menos, legítimo/ilegítimo, con derecho a/sin derecho a), lo cual no deja cabida a propuestas intermedias e integrales.

Por esta razón cabe afirmar que, el paso de posiciones a intereses ubica a las partes en una especie de zona gris donde pueden emerger un sin número de posibilidades para abordar el conflicto y crear valor. Esta oportunidad que se presenta para generar valor, resulta ser la piedra angular de la propuesta de los autores de comentario y, encuentra fundamento en la *Teoría de los Procesos de Integración* postulada por Mary Parker Follet en su obra *Experiencia Creativa* [*Creative Experience*], publicada por primera vez en 1924.

⁶⁰ Desde esta perspectiva negociadora, abandonar las posiciones es necesario porque son “*los intereses los que definen el problema. El problema básico en una negociación no es el conflicto entre posiciones, sino el conflicto entre las necesidades, los deseos, preocupaciones y temores de las partes. (...) Los intereses motivan a las personas; son el resorte silencioso detrás de todo el ruido de las posiciones. (...) La conciliación de los intereses y no de las posiciones es efectiva por dos razones: primera, porque existieron generalmente varias posiciones que podrían satisfacer un interés. (...) Cuando se buscan los intereses que motivan las posiciones es posible, a menudo, encontrar una posición alterna que satisface no solamente sus propios intereses sino los de la otra parte. (...) La conciliación de los intereses y no de de las posiciones también es efectiva porque tras las posiciones opuestas hay muchos otros intereses, además de los que puedan oponerse. Tras las posiciones opuestas hay intereses compartidos y compatibles, además de los conflictivos. Tenemos la inclinación a suponer que porque las posiciones de la otra parte se oponen a las nuestras, sus intereses también se oponen. (...) Sin embargo, en muchas negociaciones, un análisis detallado de los intereses subyacentes mostrará la existencia de más intereses comunes y compatibles que de intereses opuestos. (...) Tanto los intereses compartidos como los intereses diferentes pero complementarios, pueden ser la base de un acuerdo prudente*”. Fisher, Ury y Patton, “Sí... ¡de acuerdo!”; pp. 48-51.

El comportamiento integrador obedece a una de las tres formas enunciadas por PARKER FOLLET para abordar los conflictos sociales⁶¹, considerando la integración como el corazón del desarrollo social. Esta perspectiva se basa en las críticas realizadas por HOLT –y retomadas por la autora– a las proposiciones del *Círculo Reflexivo* y la *Teoría Funcional de la Causalidad*⁶², críticas que permiten dar cuenta de la complejidad de las relaciones sociales.

Según la autora, las relaciones sociales deben ser observadas como conjuntos de comportamientos, de los cuales se creía estaban eminentemente influenciados por estímulos inmediatos, pero, por el contrario, gracias a sus investigaciones ha sido posible afirmar que las conductas de las personas realmente son respuestas a estímulos mucho más profundos y prolongados, enraizados en los ambientes en los que los individuos se desenvuelven. Por ende, el estudio de las relaciones sociales es necesario porque constituye la arena en la

⁶¹ Su propuesta sobre la gestión integradora de los conflictos sociales se debe en gran parte a que la integración logra dar cuenta de su carácter *ganar-ganar* en el conflicto, en detrimento de los resultados que ofrece la dominación o el compromiso para resolver las disputas. Según la autora, es posible afirmar esto porque [el momento en el que se logra integrar la pérdida, la misma se reduce; así también cuando se intenta integrar la ganancia, la misma se incrementa. Este es el gran reclamo de la integración sobre la dominación o el compromiso, las tres formas de lidiar con el conflicto. En cualquiera de las dos últimas, lo que se hace es reorganizar el material existente, los ajustes que se hacen son cuantitativos no cualitativos, se ajusta, pero no se crea. En el caso de la Ley de Indemnizaciones por Accidentes del Trabajo [*Workmen's Compensation Act*], se ha ido más allá de la distribución de la pérdida, ésta se ha prevenido. Esto es crear. No se han balanceado ni ponderado los intereses de la industria, los trabajadores o la comunidad. Al ser integrados todos estos intereses se ha obtenido un incremento en la unificación del sector] Traducción propia. Mary Parker Follet, *Creative Experience* (New York: Longmans, Green and Co., 1930), pp. 45-46.

⁶² PARKER FOLLET afirma que [(...) Holt ha mostrado la naturaleza dinámica de su pensamiento más claramente a través del uso del círculo reflexivo y la teoría funcionalista de la causalidad. De esta teoría, donde «toda ley física es en última instancia el estado de una función constante entre un proceso o cosa y algún otro proceso o cosa», Holt propone uno de los principios básicos de su psicología. La «teoría dorada» de la causalidad, que una vez prevaleció en la Física, y «que intentó describir el proceso causal en términos de ‘estados’ sucesivos, donde el ‘estado’ de un cuerpo en un momento determinado es la causa del siguiente estado y de la próxima posición» es tan fatal para la Psicología, nos dice, como para la Física. Es igualmente fatal para la Sociología. Es la teoría a través de la cual los estadistas y los diplomáticos con frecuencia pretenden resolver los problemas nacionales e internacionales y fallan en el intento. El comportamiento en ningún nivel es gobernado por un estímulo inmediato. (...) por lo tanto, al estudiar las relaciones sociales encontramos que las situaciones son usualmente complejas donde el comportamiento es una función constante. Debemos observar cada caso de comportamiento como un todo; este nunca debe olvidarse en el estudio de las situaciones sociales] Traducción propia. Parker Follet, “Creative Experience”, pp. 78-79.

que se gestan los conflictos, de ahí que los comportamientos deban ser analizados como actividades que reflejan funciones constantes del entorno al que pertenecen.

En términos estratégicos, la integración va más allá de la mera coordinación de acciones. Implica una labor creativa que motiva la gestión del conflicto en aras de la armonización de las diferencias. La integración, como oposición a la simplificación y/o segmentación, es un motor de cambio social porque es claro que [no podemos conseguir un acuerdo genuino por la mera discusión en conferencia. Dado que, nuestras respuestas están gobernadas por viejos hábitos que han sido introyectados por nuestro organismo, la única forma de obtener otras respuestas radica en incorporar otras cosas. (...) Las actividades no ajustadas a la situación continuarán en conflicto. La integración genuina ocurre en la esfera de las actividades, no en la de las ideas o las voluntades].⁶³

La integración es una acción con un alto poder creativo, al ser incorporados nuevos hábitos y comportamientos resulta posible armonizar las diferencias existentes entre los involucrados. Para FIER, URY y PATTON, la primera incorporación se da cuando se cambia el hábito de observar el conflicto desde las posiciones, introduciéndose el comportamiento de mirar la disputa desde el análisis de los intereses subyacentes.

En relación con lo expuesto por PARKER FOLLET, las posiciones segmentan el conflicto, por el contrario, la visibilización de los intereses promueve la integración. Es decir, si la negociación se enfoca en las posiciones, los esfuerzos de las partes se concentrarán en las múltiples polarizaciones posibles dando paso a resultados donde se reclama valor. En cambio, la mirada desde los intereses permite el establecimiento de una especie de *pre-consenso* sobre varios aspectos, a saber:

- a) **El reconocimiento de una dependencia recíproca influyente.** Esto implica para los disputantes reconocer que los mejores resultados no pueden ser alcanzados sin la cooperación del otro. La mejor solución de

⁶³ [Traducción propia]. Parker Follet, "Creative Experience", p. 150.

entre las posibles, dependerá de lo que uno de los interlocutores haga o decida dejar de hacer conjuntamente con lo que la contraparte haga o decida no hacer.

Es decir, el resultado más beneficioso para ambos intervinientes no depende de una decisión unilateral, sino que, la satisfacción de las necesidades en juego no tendrá cabida sin la concurrencia del otro. De tal manera, no es posible obtener un resultado apropiado a los intereses totales si la otra parte no interviene con ánimo cooperativo.

Una vez que los disputantes son conscientes de las consecuencias que puede acarrear la decisión de cooperar o no, surge una tensión entre estas dos formas de comportamiento que se conoce como el *Dilema del Negociador*. Tal situación se expresa en la siguiente matriz de decisión, donde dos negociadores deben interactuar para ver satisfechos sus intereses:

FIGURA No. 2:
El Dilema del Negociador

Negociador 2 (N2)	Negociador 1 (N1)	
	<i>Cooperar (crear valor)</i>	<i>No cooperar (reclamar valor)</i>
<i>Cooperar (crear valor)</i>	ÓPTIMO (N1) ÓPTIMO (N2)	FANTÁSTICO (N1) TERRIBLE (N2)
<i>No cooperar (reclamar valor)</i>	TERRIBLE (N1) FANTÁSTICO (N2)	MEDIOCRE (N1) MEDIOCRE (N2)

Fuente: Elaboración y traducción propia a partir de David A. Lax, and James K. Sebenius, *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain* (New York: The Free Press, 1986), Kindle eBook, Figure 2.1: The Negotiator’s Dilemma.

Según LAX y SEBENIUS, el *Dilema del Negociador* implica para los intervinientes que, si se comportan racionalmente y cada uno trata de maximizar su propio beneficio, ambos obtendrán un resultado inferior al que podrían obtener si decidieran cooperar.

Se le considera un dilema porque la cooperación es altamente inestable, existiendo un fuerte incentivo para dejar de cooperar. Esto se debe a que si los negociadores deciden cooperar estarán produciendo el máximo valor que conjuntamente son capaces de crear, obteniendo ambos un resultado ÓPTIMO. Por el contrario, si una de las partes decide dejar de cooperar para maximizar su propio beneficio obtendrá un resultado FANTÁSTICO en detrimento del resultado TERRIBLE del disputante que ha persistido en cooperar. Puede suceder también que decidan

negociar de forma individualista, percatándose sólo de la maximización de sus propias ganancias, en este escenario ambos contendientes obtendrán un resultado MEDIOCRE.

La tensión existente entre *crear y reclamar*⁶⁴ valor, se manifiesta en el conflicto cuando la voluntad de cooperar se enfrenta directamente con el ánimo de competir. En la práctica, los movimientos de cooperación y no cooperación se suceden continuamente. Así, se genera una interdependencia entre los involucrados donde llega un momento en el que los disputantes se dan cuenta de que no es posible adoptar una alternativa independiente o decisión unilateral que logre igualar el grado de beneficio que podría dar la acción conjunta.

La estructura de recompensas que produce la tensión entre crear y reclamar valor es la que permite identificar los tipos de negociaciones posibles, a saber: a) las puramente cooperativas o de coordinación donde los intereses son coincidentes (ambos negociadores ganan o pierden simultáneamente); b) las estrictamente competitivas en las cuales los intereses son opuestos (si uno de los negociadores gana el otro pierde); y c) las situaciones mixtas de conflicto y cooperación en las que existen intereses en disputa pero también podría tener lugar la cooperación, acá el sistema de compensaciones que opera entre los involucrados ofrece las posibilidades de reclamación o creación de valor (en esta área es donde se encuentran la mayoría de los procesos de negociación).⁶⁵

De tal forma, se estará en presencia de una negociación competitiva y/o distributiva cuando las partes están dispuestas a maximizar su propio beneficio en detrimento del resultado que obtenga el otro negociador. En este caso, a pesar de que uno de los disputantes alcance un resultado FANTÁSTICO, no es el mejor o el ÓPTIMO que podría lograrse, ya que cuando la dinámica de recompensas se concentra en reclamar no hay posibilidades de crear o agregar más valor del que ya está en juego.

Por el contrario, la negociación será cooperativa y/o colaborativa cuando existe la posibilidad de incrementar el nivel de recompensas para ambos negociadores mediante la colaboración, efectuándose compensaciones recíprocas para alcanzar el mayor grado de beneficio mutuo. Acá, ambas partes toman la decisión de cooperar, y al hacerlo se produce el máximo

⁶⁴ Desde la perspectiva de los autores de comentario, compréndase la creación y reclamación de valor como dos estilos de negociación que pueden ser asumidos por un negociador, donde la acción de crear se ejerce [...] (siendo abierto, intercambiando información acerca de las preferencias y creencias, no induciendo a error sobre los requerimientos mínimos, y así sucesivamente) y el reclamar valor (siendo astuto y engañoso en cuanto a las preferencias, las creencias, y los requerimientos mínimos, contrayendo compromisos y enunciando amenazas, y así sucesivamente)] Traducción propia. Lax and Sebenius, "The Manager as Negotiator", Kindle eBook, The Negotiator's Dilemma.

⁶⁵ Para mayor profundización en esta tipología véase: Gómez-Pomar, "Teoría y Técnicas de Negociación", pp. 35-110.

valor que es posible crear conjuntamente y que es cuantitativa y cualitativamente más alto que el valor que puede llegar a alcanzarse en ausencia de la cooperación.

En comparación, la negociación cooperativa presenta mayores beneficios que la negociación distributiva. En la práctica, la acción de cooperar es volátil e inestable producto de la incertidumbre presente mientras se desarrolla la negociación. Esta situación se convierte en un incentivo para no cooperar. De tal manera, las negociaciones se desarrollan en un ámbito de tensión entre acciones cooperativas y distributivas que se suceden en diferentes movimientos, oscilando entre la reclamación y la creación de valor.

Claro está, para emprender cualquiera de los dos estilos de negociación acá esbozados es necesario que los disputantes perciban el conflicto de la misma forma, aspecto que remite al segundo aspecto del *pre-consenso*.

b) **Una percepción compartida del estadio del conflicto.** Para que el conflicto pueda ser abordado con miras a satisfacer los intereses y necesidades que se encuentran sobre la mesa de negociación, los involucrados deben percibir la dinámica de interacción en el mismo estado. En otras palabras, lo que se percibe como conflicto debe coincidir con la manifestación que éste tiene en la realidad social, pudiendo ser identificado de igual forma por la otra parte y/o terceros.

En lo que respecta a este segundo punto, lo importante radica en verificar cómo están percibiendo los disputantes el conflicto. Para ello es necesario confirmar una congruencia entre la situación real y la percepción del mismo. Esta verificación ha sido propuesta por THOMPSON Y HREDER en su artículo *Acuerdos Perder-Perder en la Toma de Decisiones Interdependiente [Lose-Lose Agreements in Interdependent Decision Making]*, publicado en 1996 en el volumen veinte, número tres del *Psychological Bulletin* de la American Psychological Association, y partir del cual GÓMEZ POMAR elaboró la siguiente matriz de resultados con la finalidad de explicitar los estadios del conflicto:

FIGURA No. 3: La Percepción del Conflicto

		REAL	
		<i>Conflicto</i>	<i>No conflicto</i>
PERCIBIDO	<i>Conflicto</i>	CONFLICTO REAL	FALSO CONFLICTO
	<i>No conflicto</i>	CONFLICTO LATENTE	AUSENCIA DE CONFLICTO

Fuente: Gómez-Pomar, “Teoría y Técnicas de Negociación”, p. 15.

Cuando los intervinientes concluyen estar ante un conflicto REAL, existe la posibilidad de que éste sea abordado estratégicamente para satisfacer los intereses, deseos y necesidades subyacentes. Cuando el conflicto es LATENTE, por lo general se requiere de tiempo o de un detonante que lo vuelva manifiesto para que la parte que no lo percibe como real lo haga. Los únicos dos escenarios donde la negociación no tiene cabida remiten a la AUSENCIA o el FALSO conflicto, puesto que en ninguno de estos ámbitos existe una contraposición de intereses, aspecto esencial para poner en marcha el proceso.⁶⁶

En este sentido, es importante recalcar que ante la presencia de conflictos latentes, emergentes y manifiestos resulta necesario visibilizar la trayectoria de las controversias que convocan a las partes dado que, si la percepción y la situación real de conflicto no se alinean no sería posible avanzar hacia el siguiente punto del *pre-consenso*, el cual remite al ejercicio de tácticas y estrategias bilaterales para abordar la disputa.

c) **El ejercicio de tácticas estratégicas bilaterales.** Previo a que las partes tengan conciencia de la importancia de elegir una estrategia de negociación que maximice sus beneficios mediante la acción conjunta, las personas pueden comportarse de muchas maneras, existiendo múltiples estilos de comportamiento ante el conflicto.

Estos modos, pueden determinarse mediante la conjugación de dos tipos de actitudes que las partes tienden a asumirse ante el conflicto, a saber: a) un grado de preocupación por los propios intereses; y b) un grado de preocupación por los intereses del otro.

A partir de la combinación de estas dos variables, THOMAS y KILMANN han propuesto lo que se conoce como el *Modelo Instrumental del Conflicto Thomas y Kilmann* [*Thomas-Kilmann Conflict Mode Instrument (TKI)*], al alcance en su artículo *Desarrollando una Medida de Elección Forzada de los Comportamientos que permiten manejar los Conflictos: El Modelo*

⁶⁶ Siguiendo a ROZENBLUM DE HOROWITZ, especialmente en lo que respecta a la intervención del mediador en los distintos estadios del conflicto, la autora señala que “los mediadores intervienen en conflictos que se encuentran en estado **latente, emergente o manifiesto**, según su grado de organización e intensidad. En los **conflictos latentes** existen tensiones subyacentes, que no completaron su desarrollo ni escalaron hasta la categoría de conflicto altamente polarizado (relaciones personales donde una parte no es consciente del deterioro, planes de recorte de personal, etcétera). En los **conflictos emergentes** las partes reconocen que hay una disputa y la mayoría de las cuestiones están claras, pero no saben manejar el conflicto y, por lo tanto, existe riesgo de escalada (conflictos laborales, de negocios y de gobierno). Finalmente, en los **conflictos manifiestos** las partes están inmersas en la continuidad de una disputa, donde quizás hubo alguna negociación y se llegó a un impasse. (...) La noción de disputa implica una compleja interacción de cuestiones, partes intervinientes, contexto y procesamiento de la disputa, como nexos para comprender cómo los conflictos son manejados en diferentes encuadres”. Rozenblum de Horowitz, “Conflicto y Negociación”, pp. 120-121.

Instrumental [Developing a Forced-Choice Measure of Conflict-Handling Behavior: The “Mode” Instrument], publicado en 1977 en el volumen treinta y siete, número dos del *Educational and Psychological Measurement*, que ha sido interpretado y adoptado por muchos académicos y teóricos relacionados con el Movimiento RAC. En ese sentido, a continuación, se presenta la graficación e interpretación que hacen ALTSCHUL y ALTSCHUL sobre el particular:

FIGURA No. 4: Modelo Instrumental del Conflicto Thomas y Kilmann según C. Altschul y M. Altschul

Nivel de prioridad asignada a los propios intereses	Alto	Disentir <i>Contender/Afirmar</i> (-) (+)		Avenirse <i>Desarrollar/Ampliar</i> (+) (+)		
	Medio	Convenir <i>Contemporizar/Conciliar</i> (+) (-) (-) (-)				
		Bajo	Prevenir <i>Evitar/Explorar</i> (-) (+)		Consentir <i>Limitar/Conceder</i> (-) (+)	
	Bajo		Medio		Alto	
	Nivel de prioridad asignada a satisfacer los intereses de la otra parte					
<i>Conductas agresivas</i>		<i>Conductas egoístas</i>		<i>Conductas defensivas</i>		
				<i>Conductas competitivas</i>		
				<i>Conductas colaborativas</i>		

Fuente: Carlos Altschul, y Marina Altschul, *Construir Tratos. Cómo la negociación estratégica supera las diferencias de cultura y poder* (Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2009), p. 89.

Esta matriz tiene como objetivo identificar las formas por las que convencionalmente optan las personas para intervenir en un conflicto⁶⁷. Es posible observar que, cuando se tiene un grado mínimo y/o bajo de preocupación por los intereses ajenos y los propios, las conductas y comportamientos desplegados son evitativos y distantes. A esta actitud

⁶⁷ Puede observarse que el tratamiento del tema no es unívoco en cuanto a la denominación de las posibles conductas establecidas en la matriz, difiriendo de autor a autor. Claro está, sin que el contenido del modelo sea alterado. Por ejemplo, ROZEMBLUM DE HOROWITZ expone el tema haciendo referencia al planteamiento efectuado por LEVINGER y RUBIN en su artículo *Puentes y Barreras para una Teoría más General del Conflicto [Bridges and Barriers to a More General Theory of Conflict]* publicado en 1989 en el volumen cinco, número dos del *Negotiation Journal*, donde los autores indican que existen seis posibles abordajes del conflicto, a saber: “1. **Dominación:** una parte intenta imponer su voluntad por medio de medios físicos o psicológicos (...); 2. **Capitulación:** una parte se dispone unilateralmente a ceder a una demanda o expectativa de la otra (ya sea por falta de opción o a la espera de otra capitulación por la contraparte, etcétera); 3. **Abandono:** una parte se aleja del conflicto para «dejar de ser parte» (...); 4. **Inacción:** una parte decide «no hacer nada» y dejar que el tiempo ponga las cosas en su lugar (...); 5. **Negociación:** dos o más partes interdependientes utilizan ofertas y contraofertas en un esfuerzo por construir un acuerdo mutuamente aceptable (...); 6. **Intervención de una tercera parte:** un individuo o grupo alejado de una disputa ayuda a las partes a identificar las cuestiones y llegar a un acuerdo (...)”. Rozenblum de Horowitz, “Conflicto y Negociación”, pp. 114-115.

también se le puede catalogar como una especie de inacción, que podría poner en peligro un sinnúmero de oportunidades que garantizarían la satisfacción de los intereses en juego.

Según ALTSCHUL y ALTSCHUL, estas acciones son iniciales y se desarrollan “(...) cuando se advierte una oportunidad y falta información; se indaga para seguir adelante al comienzo de cada encuentro, y cada vez que es preciso pactar reglas de juego. La intención es recoger y convalidar información: conocer mejor, descubrir sobrentendidos, buscar coincidencias. Es una etapa de intercambio, en la cual se encuadran y se ponen en evidencia los intereses de unos y otros”.⁶⁸

Por el contrario, si uno de los intervinientes incrementa altamente su preocupación por los intereses propios en detrimento de los de la otra parte, se tenderá a competir y/o disentir dado que, lo importante se enfoca en maximizar los propios beneficios a costa del otro, orillándole a que realice concesiones sin que tenga cabida una ulterior compensación si la conducta dominante no es modificada.⁶⁹

Diametralmente opuesta a la conducta decisoria/dominante, se encuentra la acción de consentir/capitular que emerge cuando aumenta la preocupación por los intereses ajenos, pero se descuidan los propios. Esta actitud, implica reducir las demandas propias con el fin de que la otra parte pueda ver satisfechas las suyas. Como estrategia, ceder puede ser beneficioso siempre y cuando el otro negociador lo entienda como una invitación a cooperar, de otra forma si un negociador se encuentra ante otro con vocación competitiva, éste aprovechará la oportunidad para satisfacer sus intereses en detrimento de los de su contraparte.⁷⁰

También existe la posibilidad de que los disputantes opten por actitudes menos extremas, al mostrar una preocupación intermedia por ambos intereses. Esto los ubicaría en el ámbito del *convenir*,

⁶⁸ Altschul, y Altschul, “Construir Tratos”, p. 89.

⁶⁹ Para ALTSCHUL y ALTSCHUL este tipo de conductas son de carácter decisivo, y “*se aplican cuando el tema es percibido como importante, cuando no preocupa lograr acuerdo al respecto, y la pretensión de ejercer un derecho es legítima. Se usan cuando el negociador ve afectados asuntos propios, en la medida en que sus pretensiones sean comprendidas y aceptadas. Por extensión, advierten sobre elementos que valora, cuando aquel no les hubiera otorgado tal importancia. Fijan límites y protegen ante prácticas inescrupulosas, son válidas para establecer un límite claro, transmitir una convicción, o sentar un precedente*”. Altschul, y Altschul, “Construir Tratos”, p. 90.

⁷⁰ Según GÓMEZ-POMAR, la acomodación (otra forma de enunciar la capitulación o el consentimiento) tiene lugar en aquellos escenarios de negociación donde “(...) se pone mucho más el énfasis en la relación que en los intereses intrínsecos que perseguimos. Bien es cierto que las posibles estrategias consistentes en hacer concesiones importantes, tienen un elevado coste objetivo, a menos que éstos no tengan una gran importancia para nosotros, o el valor de la relación (intereses instrumentales) más que compensa los elementos en juego (intereses intrínsecos)”. Gómez-Pomar, “Teoría y Técnicas de Negociación”, p. 132.

contemporarizar/conciliar según la matriz de comentario. Podría decirse que, esta actitud hacia el conflicto deja a las partes «a medio camino» en la negociación porque los esfuerzos se orientan a llegar a un acuerdo del tipo 50-50, sin que los intereses en juego se encuentren completa o necesariamente satisfechos.⁷¹

Por último, los intervinientes pueden optar por *avenirse, desarrollar/ampliar*. Esto implica asumir el desafío de la resolución conjunta de problemas, que viene a superar las formas anteriores de intervención. Luego de que las partes han efectuado una reflexión sobre la mejor forma en que pueden ver satisfechos sus intereses, se avocan a la cooperación integral.

La resolución conjunta de problemas [*joint problem solving*], término acuñado por Dean G. Pruitt en el capítulo *Elección Estratégica en Negociación* [*Strategic Choice in Negotiation*] comprendido en el libro *Negotiation Theory and Practice*, implica para las partes separarse de la lógica del mero intercambio. Esta decisión debe ser tomada por los intervinientes al comprobarse que, la maximización del beneficio propio y la búsqueda de recompensas sólo traen competición, la cual podría acarrear la escalada del conflicto y posibles brotes de violencia.

Dado este descubrimiento que encaran los disputantes, ambos deben abandonar las tácticas evitativas, acomodaticias, compromisorias y competitivas para reorientar los esfuerzos hacia una negociación donde se pueda crear valor. Esta perspectiva permite a los intervinientes posicionarse ante el conflicto desde una empresa conjunta, que los llevará a crear soluciones no previstas por ninguno individualmente.

Al abordarse el conflicto de esta manera, se presenta la posibilidad de armonizar las aspiraciones de ambas partes quienes ya no se asumen como contendientes, sino como socios en la búsqueda de soluciones mutuamente aceptables.⁷² De todas las conductas esbozadas hasta ahora,

⁷¹ Siguiendo a ALTSCHUL y ALTSCHUL, este tipo de acciones tiene lugar cuando “(...) el tema tiene una importancia relativa y se colabora hasta cierto punto: las reglas son satisfactorias, se avanza informando y argumentando, y se concluye que conviene dividir costos y beneficios. Se utiliza un criterio de reparto y se entiende que ambas partes tienen, sobre ese tema, derechos y poder equilibrados. (...) Constituyen la esencia de la negociación distributiva, afirman la relación, muestran éxitos parciales y dan continuidad al proceso”. Altschul, y Altschul, “Construir Tratos”, p. 91.

⁷² Tal como indican ALTSCHUL y ALTSCHUL, la estrategia integradora es utilizada por las partes cuando “(...) el tema es de especial interés para el negociador, y este advierte que sin la contraparte no se podrían alcanzar los beneficios deseados. (...) además cuando (a) los objetivos son ambiciosos y complementarios; (b) se desea invitar al otro, como adversario leal, a compartir un universo más amplio de posibilidades; (c) la colaboración se hace imprescindible por el grado de turbulencia existente; o (d) la incertidumbre obliga a construir relaciones nuevas, capaces de afirmar el sentido y la dirección de los proyectos. (...) Revelan un propósito de aprovechar la sinergia y transmiten voluntad de crecer. Mientras las estrategias anteriores, en el mejor de los casos, hacen una asignación adecuada de valor existente, esta es la única que «crea valor agregado»”. Altschul, y Altschul, “Construir Tratos”, p. 92.

el comportamiento que implica *crear valor* resulta ser el más beneficioso para los intereses y necesidades de ambos contendientes, tal como PARKER FOLLET lo reveló al enunciar los *Procesos de Integración*.

Claro está, las capacidades y posibilidades que tienen las partes para emprender este tipo de acciones son directamente proporcionales al desarrollo de una relación de confianza. Es decir, a mayor confianza entre los involucrados, mayores serán los escenarios en los que ambos puedan ejercer la cooperación en aras de gestionar propuestas de mutuo beneficio. Esto lleva a exponer el último rubro del *pre-consenso*.

d) Explicitar la vocación que existe para abordar el conflicto con el objetivo de gestionarlo de forma eficiente. Este último punto resulta necesario para cimentar una relación de confianza entre las partes. Para este momento, los intervinientes ya están convencidos de que es posible obtener ventajas producto de las acciones emprendidas conjuntamente, siendo factible acceder a un resultado más satisfactorio que el que pudiera alcanzarse de manera independiente.

La posibilidad de arribar a un acuerdo creativo que satisfaga de manera recíproca los intereses de ambas partes, constituye el objetivo y la lógica del proceso de *negociación basada en principios*. La gestión de un acuerdo conjunto es el producto de la acción cooperativa, la cual puede ser vista como un modelo de negociación y/o un estilo de comportamiento ante el conflicto.

Un acuerdo de esta especie, permite pensar el conflicto como un motor que tiene múltiples utilidades, a saber: abre las puertas para interactuar constructivamente con el otro; coadyuva en el abordaje estratégico y creativo de la disputa; y conduce a soluciones que transforman la relación entre las partes. Así también, esta perspectiva pone de manifiesto que una gestión ineficiente de la controversia puede generar violencia y destrucción de las relaciones entre las personas y limitar y/u obstaculizar el acceso a las necesidades y los intereses en juego.

En ese sentido, es importante recalcar que la experiencia vivida a través del conflicto es parte esencial de la existencia humana. La forma en que se le enfrenta en la búsqueda de una solución, permite construir respuestas creativas que influyen en todos los ámbitos donde las personas se interrelacionan.

Es decir, el foco de análisis e intervención de la disputa se orienta hacia la consecución de un acuerdo mutuamente aceptable que puede ser autogestionado por las partes, o, por el contrario, por un tercero neutral sin poder de decisión que es convocado por los intervinientes para colaborar en el abordaje eficiente del conflicto.

En el próximo apartado se explorará la intervención del tercero neutral sin poder de decisión sobre la disputa. Esto resulta de vital importancia porque la intervención de este tercero convierte el proceso en una negociación asistida, transformándola en mediación. De tal manera, se hará alusión a la mediación desde los distintos modelos a través de los cuales se le ejerce, así como las características que la definen y diferencian de otros procesos comprendidos en el Movimiento RAC.

3. Generalidades del proceso y modelos a través de los cuales se ejerce la mediación

A lo largo de este capítulo se ha afirmado que la mediación es un proceso a través del cual se pueden abordar los conflictos de manera *autocompositiva*. A partir de la década de los años setenta del Siglo XX fue incorporada en lo que hoy se conoce como el Movimiento RAC⁷³. Asimismo, comprende técnicas de comunicación y negociación que son ejercidas por las partes con la coadyuvancia del mediador, tercero neutral sin poder de decisión sobre la controversia.

Si bien es cierto, las teorías que informan la mediación dicen mucho de este proceso, resulta no ser suficiente. Hoy en día, existe un abanico de modelos que hacen hincapié en distintos aspectos de las teorías reseñadas. Es decir, los enfoques a través de los cuales se ejerce este proceso se diferencian según el énfasis que hacen en el conflicto, la comunicación o la negociación.

En este sentido, la mediación se ejerce desde distintos enfoques teóricos, los cuales son disímiles entre sí en cuanto a fines y metodología. En concreto, son cuatro los modelos que se utilizan mayoritariamente para enseñar y ejercer este proceso, a saber:

- a) el enfoque Tradicional-Lineal basado en los postulados del Programa de Negociación de la Escuela de Leyes de Harvard, orientado hacia la satisfacción del mayor número de intereses de las partes, siendo su meta el acuerdo negociado;

⁷³Al respecto, véase: Moreno Buján, Marcela. “La dimensión sociopolítica del Movimiento de la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC)”. *Revista IUS Doctrina*, 12(2), 2019: 1-27.

- b) el enfoque Transformativo propuesto por Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, el cual hace foco en la revalorización y el reconocimiento del otro en aras de transformar la relación entre los intervinientes, se dé o no un acuerdo;
- c) el enfoque Circular-Narrativo enunciado por Sara Cobb, el cual enfatiza la potencialidad narrativa de la mediación ofreciendo un marco teórico para deconstruir las historias individuales de los involucrados, retomando las piezas desagregadas del relato de ambos para construir una nueva descripción compartida del conflicto; y
- d) el enfoque TRANSCEND formulado por Johan Galtung, teniendo como fin la paz al trascenderse las contradicciones mediante la compatibilización de las metas y los medios que sostienen las partes. Tiene la particularidad de proveer un conjunto de herramientas para abordar conflictos violentos a diferencia de otros modelos. Presenta una metodología basada en el *presente-pasado-futuro*, lo que permite visibilizar las raíces profundas y las trayectorias de las violencias.

Por último, aunque no es un modelo difundido de enseñanza de la mediación y su aplicación se restringe a los contextos y ámbitos de la cultura en la que se ha gestado, a criterio de la investigadora el proceso *Ho'oponopono* o *mediación hawaiana*⁷⁴ constituiría un quinto modelo.

Constituye un enfoque de la mediación que tiende al abordaje de los conflictos desde una perspectiva familiar-comunitaria, donde los miembros que conforman estas instituciones sociales deben coparticipar con los disputantes en la implementación de las soluciones para dirimir la disputa. Contempla como fines la corresponsabilidad familiar y comunitaria en el nacimiento de la

⁷⁴ De aquí en adelante se entenderá por *Ho'oponopono* aquel proceso de intervención de disputas que está enraizado en tradiciones orales y constituye una parte ancestral e integral de la cultura polinesia. A su vez, se compone de doce etapas o fases: [1. Convocatoria de los disputantes por parte de una familia o miembro de la comunidad con un alto estatus social. 2. Realización de una oración de apertura a los dioses (o Dios) según la preferencia espiritual y/o religiosa. 3. Establecimiento del problema que amerita ser resuelto o prevenido de que se torne aún más grave. 4. Desarrollo de preguntas a los involucrados por parte del miembro de la comunidad que lidera el proceso. 5. Réplicas y discusión sobre el asunto a través de quien lidera el proceso. 6. Períodos de silencio. 7. Confesión sincera a los dioses (o Dios) y a cada uno de los disputantes. 8. Restitución inmediata, o en su defecto, el establecimiento de acuerdos que permitan hacerlo lo más pronto posible. 9. El ajuste de cada problema que provenga del ulterior desarrollo del proceso (debiendo repetirse los pasos anteriores de ser necesario). 10. El perdón mutuo entre los disputantes y la respectiva liberación de la culpa, los rencores y las tensiones provenientes del mal actuar. 11. Realización de una oración de cierre. 12. Compartir una comida o merienda] Traducción propia. James A. Wall Jr. and Ronda Roberts Callister, "Ho'oponopono: Some Lessons from Hawaiian Mediation". *Negotiation Journal*, 1995, Volume 11 Issue1, 45-54, p. 48.

controversia. Por estas razones, se le considera una metodología distinta a los otros cuatro enfoques mencionados.

Aún con estas marcadas diferencias es importante destacar que, al incorporarse la mediación en los diferentes ordenamientos jurídicos el legislador no tuvo la intención de normar de manera prescriptiva el modelo a través del cual se debe ejercer el proceso. Esto quedó en la esfera de decisión del mediador. Lo que sí ha sido establecido mediante prescripción legal, son las reglas mediante las cuales el proceso podría generar resultados válidos y eficaces en términos jurídicos.

Hoy en día, el ejercicio de la mediación es libre en cuanto al modelo teórico que se desee adoptar para administrar el proceso, pero para que surta los efectos deseados en la esfera jurídica deben observarse una serie de aspectos que han sido normados, conocidos en doctrina como principios rectores o reglas del proceso.

La observancia y aplicación de estas reglas permiten: a) diferenciar la mediación de otros procesos RAC; b) operativizar la administración del instituto; y c) proporcionar a las personas criterios de legitimidad que pueden utilizarse como instrumento de guía y/o comparación respecto a la aceptación y sustentabilidad de las propuestas de solución.

Cuando la mediación era administrada por las distintas colectividades en el seno de sus culturas, la enunciación de principios generales del proceso no era necesaria, ya que cada comunidad le había dado un contenido específico y propio al proceso. Una vez que fue introducido en los sistemas jurídicos modernos surgió la necesidad de legislarlo, fue en ese momento donde se construyeron una serie de principios muy generales que pretendieron proporcionar seguridad jurídica a la hora de utilizarlo para dirimir un conflicto particular.

Siguiendo la definición y estructura del proceso propuestas por ROZENBLUM DE HOROWITZ, en la práctica de la mediación existen cinco principios fundamentales que han permitido estandarizar su administración, a

saber: a) la voluntariedad; b) el consentimiento informado; c) la autodeterminación como poder de las partes; d) la imparcialidad y/o neutralidad; y e) la confidencialidad.⁷⁵

FOLBERG y TAYLOR señalan que no es posible subsumir en este concepto de principios rectores una serie de aspectos que tienen diferentes objetivos y alcances. Para los autores, los principios se dividen en normas de práctica de la mediación y limitaciones éticas, cada una tiene un ámbito de aplicación distinto.⁷⁶ Se considera relevante la diferenciación realizada por los autores precisando que lo entendido por principios rectores son normas prácticas y/o pautas de conducta, que por lo general se encuentran recogidas por la

⁷⁵ Los principios reseñados por la autora provienen de la Massachusetts Association of Mediation Programs (MAMP) y remiten a: “1. **Voluntariedad**: es el principio que reconoce el derecho de las partes a participar libremente de un acuerdo alcanzado en el proceso de mediación. Cualquiera de las partes tiene derecho a retirarse de la mediación en cualquier momento. 2. **Consentimiento informado**: es el principio que afirma el derecho de las partes a acceder a información sobre el proceso de mediación y –cuando resulta necesario– acerca de sus derechos legales, opciones y recursos relevantes, antes de participar de la mediación, consentirla o aprobar los términos de un acuerdo allí alcanzado. 3. **Poder de las partes/Autodeterminación**: es el principio que reconoce que las partes en disputa tienen la facultad, el derecho y el poder de definir cuestiones, necesidades y soluciones, y de determinar el resultado del proceso de mediación. Es responsabilidad de las partes decidir mutuamente los términos de cualquier acuerdo que se alcance. 4. **Imparcialidad/neutralidad**: es el principio que afirma el derecho de las partes a un proceso de mediación que les sirva de un modo justo y equitativo, y a contar con mediadores que se abstengan de todo prejuicio o favoritismo, percibido o real, de hecho o de palabra. 5. **Confidencialidad**: es el principio que afirma que toda información recibida de las partes se mantendrá dentro del programa de mediación. Cualquier excepción a la confidencialidad debe aclararse con las partes antes de que acepten participar en la mediación”. Rozenblum de Horowitz, “Conflicto y Negociación”, p. 131.

⁷⁶ Para los autores, “(...) un código ético se impone a los miembros de un grupo profesional a través de su organización dirigente, o como una condición de licenciamiento o certificación. Es probable que existan normas profesionales fuera de un código ético, o, en su ausencia quienes ejercen pueden procurarlas, o bien, el público buscarlas y los tribunales también como una serie de expectativas o prácticas comunes para el servicio ofrecido. Las normas protegen a quienes reciben este servicio en lo que se refiere a cualquier daño, y garantizan la integridad del proceso. La observación de las normas de manera competente también debe proteger al profesional de responsabilidades legales mediante la aclaración de los límites de «cuidado razonable», dado que los tribunales utilizan ese término. El enfoque que usamos para nuestra explicación de las limitaciones éticas, es el de «lo que no se debe hacer», que imponen los códigos existentes y los reglamentos para otras profesiones, que, o forman parte de los antecedentes del mediador, o se relacionan con aspectos de la práctica de la mediación. Consideramos que las normas son un enunciado positivo de lo que se espera, moral o socialmente, del proceso de mediación, y de los mediadores”. Jay Folberg y Alison Taylor, *Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio*, trad. Beatriz E. Blanca Mendoza (México D.F.: Editorial Limusa S.A., 1996), pp. 244-245.

legislación –en caso de que se haya legislado sobre el proceso– o los códigos de conducta de los centros autorizados para administrar mediaciones.

Uno de los primeros códigos de conducta utilizados en Estados Unidos de América para regular la práctica de mediación obedece al *Código de Conducta Profesional para Mediadores* [*Code of Professional Conduct for Mediators*], elaborado por el mediador norteamericano Christopher Moore, utilizado preliminarmente en el *Centro para la Resolución de Disputas* [*Center for Dispute Resolution*] y adoptado de forma general por el Consejo de Organizaciones dedicadas a la Mediación del Estado de Colorado en 1982.

Este código logró marcar las pautas aplicables a la práctica mediadora, que luego fueron adoptadas por las distintas legislaciones que normaron el proceso. Las conductas establecidas en este código han sido divididas en razón de la responsabilidad del mediador, a saber: a) frente a las partes; b) ante el proceso mismo; c) frente a otros mediadores; d) ante su organismo y su profesión; y e) frente al público y otras partes no representadas.⁷⁷

Paulatinamente, las disposiciones de este código se fueron difundiendo más allá de su origen gracias a la adopción general que tuvieron en el Estado de Colorado. Hoy en día, se les puede reconocer en distintos cuerpos legales que regulan la mediación alrededor del mundo. Cabe aclarar que, la piedra angular de todas estas normas subyace en la autodeterminación de las personas que se involucran voluntariamente en el proceso de mediación.

Sin esta peculiaridad, la aplicación de las normas en la práctica no sería posible. Al respecto, FOLBERG y TAYLOR señalan que la principal ventaja de la mediación es “(...) *la autodeterminación. Las partes supuestamente tienen la capacidad, autoridad y responsabilidad para determinar en forma consensual lo que es mejor para ellos mismos, a través del proceso de mediación. En la*

⁷⁷ Véase el código de conducta mencionado en: Christopher Moore, *El Proceso de Mediación. Métodos Prácticos para la Resolución de Conflictos* (Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2010), pp. 469-481.

*mediación, se alienta a las personas a evaluar y satisfacer sus propias necesidades, y a resolver sus conflictos con responsabilidad, sin paternalismo profesional o interferencia del estado”.*⁷⁸

Esta autodeterminación tiene límites en el sentido de que las partes no podrían imponerle al mediador el modelo o enfoque teórico desde el cual se pretende desarrollar el proceso. Por ende, es relevante visibilizar y profundizar la conceptualización de los distintos modelos aludidos, dado que la mediación como proceso alternativo al juicio y conducente a dirimir conflictos sociales de diversa naturaleza viene a ser delimitado por estos enfoques. En la medida en que las partes tengan acceso al abanico de modelos existentes, podrían reflexionar previamente sobre la perspectiva de intervención que mejor les convenga.

Ahora bien, previo a identificar las características que permiten establecer las diferencias entre los modelos, es relevante indicar que, independientemente del enfoque que se prefiera o adopte, existe una estructura genérica del proceso. Según ROZENBLUM DE HOROWITZ, quien referencia las postulaciones teóricas de Robert Benjamin, por lo menos existen tres etapas o fases distinguibles en todo proceso de mediación, a saber:

FIGURA No. 5: Estructura Genérica del Proceso de Mediación

ETAPA	TAREA
I. PRE-MEDIACIÓN	Identificar a las partes necesarias. Determinar la relativa autoridad de las partes para llegar a un acuerdo. Guiar a las partes para que consideren la mediación.
II. SESION DE MEDIACIÓN («EN LA MESA»)	1.1. Acuerdo para mediar. 1.2. Compromiso con el proceso. 1.3. Brindar información suficiente para que las partes decidan mediar. 1.4. Reglas para mediar. 2.1. Escuchar las historias/hechos de las partes. 2.2. Distinguir las cuestiones personales de las comerciales. 2.3. Resumir, clarificar y equilibrar las perspectivas. 2.4. Enmarcar las cuestiones susceptibles de resolución. 2.5. Identificar áreas de acuerdo. 3.1. Establecer el formato de la negociación. 3.2. Averiguar los intereses subyacentes. 3.3. Generar y probar opciones. 3.4. Hacer uso del caucis. 4.1. Preparar un memorándum de entendimiento. 4.2. Someterlo a revisión del abogado.
1. Decisión de mediar: ¿Qué es la mediación? Reglas para mediar. 2. Estructura del proceso: Hechos de la disputa. Daños/pérdidas. Gastos/costos. Establecer un cronograma de las cuestiones. 3. Discusión y negociación: Evaluar intereses de cada parte. Hacer caucis con las partes. 4. Cierre y/o confirmación del entendimiento.	
III. POST MEDIACIÓN	Revisar el memorándum de entendimiento. Modificarlo de ser necesario. Evaluar el acatamiento.

Fuente: Rozenblum de Horowitz, “Conflicto y Negociación”, pp. 155-156.

⁷⁸ Folberg y Taylor, “Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio”, p. 52.

Según esta propuesta, independientemente del modelo que se decida seguir o el perfil de formación que tenga el mediador, los procesos de mediación contemplan esta estructura mínima y dependiendo del tipo de conflicto (ambiental, civil, comercial, comunitario, familiar, entre otros) algunas de las actividades señaladas en la matriz pueden tener mayor o menor dilación. Incluso, podría requerirse que más de una sesión sea programada.

Claro está, no es posible permanecer en la generalidad de estas postulaciones, a pesar de que muchas veces en los textos jurídicos -y de otras disciplinas sociales- se hace referencia al concepto de la mediación sin que necesariamente remita al enfoque desde el cual se está concibiendo el proceso.

Por ende, la visibilización de los distintos modelos existentes que remiten a la definición del proceso es relevante, puesto que las diversas perspectivas que describen el instituto, al ser llevadas a la práctica, surten efectos disímiles sobre el conflicto y las personas que interactúan en torno a la disputa.

De tal forma, varios autores concuerdan en que la primera aproximación teórica a la mediación es la referida al acoplamiento de la negociación de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, conocido como Modelo Tradicional-Lineal o enfoque clásico. Desde esta perspectiva, el proceso se entiende como *“(...) la intervención en una disputa o negociación, de un tercero aceptable, imparcial y neutral que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes en disputa a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable”*.⁷⁹

A partir de esta conceptualización, la mediación se entiende como un proceso con fines eminentemente resolutivos. Es decir, el foco de análisis e intervención en la disputa se orienta hacia la consecución de un acuerdo que sea mutuamente aceptable para ambas partes. De tal manera, todas las etapas del proceso y las

⁷⁹ Moore, “El Proceso de Mediación”, p. 44.

actividades que componen cada una de ellas, el mediador las orienta hacia la meta de la resolución del conflicto, que se concreta con la obtención del acuerdo.

Este primer modelo sienta sus bases en la *Teoría de la Negociación*. Aunque su fundamento sea esta teoría, la mediación se erige como un proceso distinto dada la intervención del mediador. Por tratarse de las primeras aproximaciones académicas al proceso, es el modelo más ampliamente difundido en universidades, centros de formación de mediadores y organizaciones dedicadas a la investigación en la materia.

Bajo esta óptica, FOLBERG y TAYLOR aportan la siguiente definición del proceso: *“la mediación es una alternativa a la violencia, la auto-ayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aislan [sic.] sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas. Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes”*.⁸⁰

Por el contrario, desde el enfoque transformativo se plantea una crítica al modelo anterior, trasladando el énfasis puesto en el acuerdo a la relación entre los intervinientes y sus formas de comunicación. En este sentido, su objetivo es la revalorización y reconocimiento de la contraparte, acciones requeridas para abandonar los comportamientos que devalúan y desgastan notablemente la percepción que se tiene del otro.

De tal manera, se observa que el proceso está orientado a *“(...) transformar el carácter de los antagonistas individuales y de la sociedad en general. (...) En*

⁸⁰Folberg y Taylor, “Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio”, p. 27.

*este ambiente, y con mediadores diestros en comunicación interpersonal, las partes a menudo descubren que pueden sentir y expresar cierto grado de comprensión y preocupación unas por otras, a pesar de las discrepancias. (...) Por lo tanto, la mediación ha engendrado, incluso entre partes que comienzan como adversarios, el reconocimiento y la preocupación de cada uno por el otro en tanto que humanos semejantes. Es lo que se ha denominado la dimensión de reconocimiento del proceso mediador”.*⁸¹

Esta tendencia transformativa, hace foco en el empoderamiento y el reconocimiento del otro, siendo este último la persona que consideramos nuestro adversario en el conflicto. Lo más importante para la mediación transformativa radica en lograr el cambio de perspectiva entre las personas, sin que eso lleve a la consolidación y pacto de un acuerdo. Su meta es la modificación de la relación entre los intervinientes, su transformación es eminentemente relacional.

El éxito de la mediación transformativa no está concentrado en llegar a un acuerdo que satisfaga los intereses de las partes. Por el contrario, remite a proporcionarle a los disputantes un espacio para que entablen un proceso de fortalecimiento individual e interpersonal, donde lo más importante es que la *revalorización* y el *reconocimiento* del otro tengan lugar, independientemente de si se alcanza o no un acuerdo. Bajo esta óptica, cuando su objetivo más importante se cumple (revalorización y reconocimiento efectivos) esto cifrará el éxito de la mediación.⁸²

El tercero de los enfoques obedece al Modelo Circular-Narrativo propuesto por la profesora estadounidense Sara Cobb, directora del Center for Narrative and

⁸¹R.A. Baruch Bush y Joseph Folger, *La Promesa de Mediación. Cómo afrontar el conflicto del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros* (Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2010), pp. 46-47.

⁸²Para los autores, “una mediación es exitosa (1) si las partes han llegado a cobrar conciencia de las oportunidades de revalorización y reconocimiento que se les presentaron durante la mediación; (2) si se ha ayudado a las partes a aclarar las metas, las alternativas y los recursos, y después se las ha ayudado a adoptar decisiones informadas, reflexivas y libres acerca del modo de actuar en cada punto de decisión; y (3) se ha ayudado a las partes a otorgar reconocimiento cuando su decisión se manifestaba en ese sentido”. Bush y Folger, “La Promesa de Mediación”, pp. 148-149.

Conflict Resolution de la George Mason University. Esta propuesta teórico-práctica se concentra en la *Teoría de la Comunicación Humana*, proporcionando “(...) un marco teórico coherente para comprender y evaluar el proceso del relato dentro de la práctica de la mediación”.⁸³

Este modelo es ejecutado cuando se requiere utilizar la mediación como un proceso que permita la construcción de una nueva narrativa en torno al conflicto, distinta a las historias individuales que expresan las partes inicialmente. Esta nueva descripción de la disputa resulta posible cuando los disputantes inician un proceso de comunicación efectiva, y se dan a la tarea de “(...) conocer los significados que las personas atribuyen a los hechos y a las actitudes de los otros; las relaciones entre las personas, el contexto cultural, los mitos, los valores, etcétera. Las historias que la gente cuenta sobre sí misma y las que los otros cuentan sobre nosotros (...)”.⁸⁴

La labor del mediador en este enfoque implica el despliegue de técnicas comunicacionales específicas que permitirán: a) tener registro del poder de la narrativa sobre el conflicto; b) visibilizar la necesidad de cambiar la historia del conflicto, la cual está cargada de asignación de culpa y responsabilidad en un formato antagonico; c) solicitar apoyo especializado para iniciar la transformación de la historia del conflicto; d) reconocer la distinción entre el contenido y el proceso de mediación en sí mismo; y f) proceder con la construcción de contenido narrativo.

El cuarto enfoque es el Modelo TRANSCEND, comprendido desde los postulados de la Investigación para la Paz, disciplina fundada y liderada por el Profesor Johan Galtung. El autor entiende por la mediación aquel proceso en el cual [el problema subyacente es la contradicción entre las metas y los medios, con

⁸³ Sara Cobb, “Una perspectiva narrativa de la mediación. Hacia la materialización de la metáfora del «narrador de historias»”, en *Nuevas Direcciones en Mediación. Investigación y Perspectivas Comunicacionales*, eds. Joseph P. Folger y Tricia S. Jones (Buenos Aires: Paidós SAICF, 1997), p. 84.

⁸⁴ Francisco Diez y Gachi Tapia, *Herramientas para Trabajar en Mediación* (Buenos Aires: Paidós SAICF, 2010), p. 26.

actitudes que se inclinan hacia el odio y el comportamiento violento (...). La mediación tiene su propia meta: una nueva, aceptable y sustentable realidad en la cual las partes se puedan sentir «como en casa» una con la otra, dado que las contradicciones son menos marcadas, se han mitigado, incluso pueden estar ausentes, y las actitudes y los comportamientos se han suavizado a un nivel con el que las partes pueden vivir, así también manejarlo de forma no violenta y productiva para sí mismas].⁸⁵

La perspectiva TRANSCEND se aproxima al conflicto de una manera integral, señalando que el problema subyacente en la disputa es la contradicción, la cual se torna visible en las metas y los medios para alcanzar diversas *necesidades básicas*, aspectos que por lo general se asumen con una actitud de odio que se traslada a conductas violentas.

En este sentido, la finalidad de este modelo radica en trascender las actitudes y conductas que promueven la violencia para construir en su lugar la paz, entendida esta última no como la ausencia del conflicto, sino como la ausencia de violencia entre las personas, las organizaciones, las estructuras sociales, las culturas y las civilizaciones.

El quinto y último modelo, que podría considerarse nuevo en lo que se refiere a la incorporación de perspectivas no occidentales en el manejo de los conflictos sociales, remite a los aportes de la *mediación hawaiana* o proceso *Ho'oponopono*. Este proceso mantiene varias similitudes con la perspectiva TRANSCEND, especialmente en los aspectos referidos al abordaje integral de las desavenencias. Las concepciones más clásicas de la mediación, a diferencia de estos dos últimos enfoques, se encuentran limitadas para abordar aquellas disputas violentas que surgen en la relación interpersonal.

Aunado a ello, el problema común del discernimiento del mediador en cuanto a la percepción de la violencia radica en que los operadores de estos procesos por

⁸⁵ [Traducción propia]. Galtung, “A Theory of Conflict”, p. 82.

lo general sólo identifican la *violencia directa* en el conflicto, dejando de lado el análisis de la violencia en sus dimensiones *estructural* y *cultural*.⁸⁶

También, estas perspectivas más clásicas que definen la mediación no dan cuenta de la necesaria distinción que merece el instituto de la mediación y la reconciliación⁸⁷, aspecto que sí toma en cuenta GALTUNG y el desarrollo del *Ho'oponopono*. Ambos enfoques permiten la diferenciación porque son procesos avocados a la intervención de las disputas violentas mediante el enfoque *pasado-presente-futuro* dando cuenta de la *transformación de los conflictos*.

Estas perspectivas permiten abordar lo que es confuso en los modelos meramente resolutivos, a saber: lo que debe construirse una vez que la violencia ha sido erradicada. De tal forma, es necesario recalcar que la presencia de la

⁸⁶ Entiéndase por violencia (en sus dimensiones: directa, estructural y cultural) lo enunciado por GALTUNG en la obra colectiva elaborada con Fred Dubeé y Jack Santa Barbara, a saber: [El fracaso en satisfacer las necesidades básicas humanas y el respetar las capacidades de los ecosistemas para proporcionar servicios involucra algún tipo de violencia de una forma u otra, para las personas y/o para el ambiente. Consideramos tres tipos de violencia: **Violencia Directa**—implica dañar intencionalmente a otra persona o grupo de ellas. El daño puede ser físico, psicológico o espiritual. El daño causado es directo y dirigido. Esta es la noción más común de violencia. Aunque importante, se limita a restringir la noción de violencia únicamente a la de violencia directa. **Violencia Estructural**—conlleva un daño indirecto a otros, generalmente como grupo o una categoría particular de personas. El perpetrador en este caso puede no ser consciente del daño causado, aunque podría estarlo. Este tipo de violencia surge por las acciones de ciertas instituciones u organizaciones, y es una consecuencia lógica de la forma en que se encuentran estructuradas y funcionan normalmente. La violencia estructural puede ser tan mortal y dañina para todas las categorías de las necesidades básicas humanas como lo es la violencia directa. **Violencia Cultural**—se refiere a los valores, las creencias, las suposiciones y los mitos, etc., que al mismo tiempo legitiman y refuerzan la violencia Directa y Estructural, inherente a y/o permitida por algunas instituciones. A pesar de que estos tres tipos de violencia son conceptualmente distintos, las actividades violentas específicas suelen reflejar más de un solo tipo] Traducción propia. Fred Dubeé, Jack Santa Barbara, and Johan Galtung, *Peace Business. Humans and Nature above Markets and Capital* (Oslo: Kolofon Press, 2009), p. 53.

⁸⁷ Al respecto, “se comprenden como objeto de reconciliación las relaciones sociales donde se ha dado un episodio de violencia que ha quebrado la relación entre las partes, alcanzando distintas dimensiones del conflicto social (niveles: micro, meso, macro, mega y meta). La reconciliación permite evidenciar el dinamismo y flexibilidad de las relaciones sociales y los conflictos, así como su sensibilidad al tiempo y el espacio. Esto conduce a afirmar que toda controversia que ha escalado hasta el punto de generar violencia y provocar una ruptura en la relación puede también tornarse pacífica, lo cual remite a la visión esperanzadora de la reconciliación. (...) el fin último de la reconciliación es el restablecimiento de la paz en las relaciones sociales. Asimismo, su objeto de estudio son los conflictos donde se ha optado por la violencia como método de resolución de la disputa. Necesariamente, el episodio violento genera rupturas en las relaciones en distintas dimensiones, las cuales pueden ser visibles o no dependiendo de los niveles donde la violencia ha tenido lugar”. Moreno Buján, Marcela. “Análisis de los conceptos de reconstrucción, resolución y reconciliación desde los postulados de la escuela TRANSCEND de Investigación para la Paz”. *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27(1), 2016: 34-35.

violencia –en cualquiera de sus dimensiones– en un conflicto amerita una categórica distinción entre los abordajes de las disputas, distinción que aborda profundamente la disciplina de la Investigación para la Paz, y que involucra una dimensión de procesos excluidos por su naturaleza del Movimiento RAC.

Según lo expuesto, resulta necesario implementar modelos *de enseñanza-aprendizaje* de la mediación que tomen en cuenta no sólo las teorías clásicas que permiten y avalan su ejercicio, sino también reflexionar sobre estos modelos de ejercicio existentes en razón de la cultura, la población/comunidad, el contexto y el tipo de conflicto que se pretende intervenir.

Finalmente, una academia de vanguardia que enseña, promueve y practica los procesos RAC y la cultura de paz en beneficio de las diversas poblaciones y comunidades que así lo requieren, es lo que nos permite cumplir cabalmente con la normativa internacional y nacional que regula la temática, para finalmente alcanzar el anhelado derecho humano a la paz.

4. Conclusiones

4.1. A lo largo del presente capítulo ha quedado en evidenciada la necesidad de efectuar un relevamiento de las teorías y paradigmas que fundamentan y habilitan la enseñanza y el ejercicio del proceso de mediación para los fines académicos que persiguen las instituciones de educación superior.

4.2. Aunado a lo anterior, se ha logrado visibilizar el desarrollo de una doctrina consistente en torno a la mediación. Las teorías receptadas han fomentado la capacitación de profesionales de distintas áreas, lo que vuelve a la mediación en una disciplina indiscutiblemente compleja e interdisciplinaria. Esto a su vez, ha permitido determinar diversos obstáculos y desafíos que inciden en el acceso a los procesos por parte de potenciales beneficiarios y/o poblaciones hasta ahora excluidas de este tipo de servicios de resolución de conflictos.

4.3. Cabe destacar que, de conformidad con la normativa internacional y nacional que regula la materia objeto de análisis en este capítulo, las instituciones de educación superior están llamadas a implementar cátedras, cursos, programas de formación y centros gratuitos de resolución de conflictos que permitan la enseñanza, la promoción y la práctica de los procesos RAC y la cultura de paz, con el claro objetivo de operacionalizar el derecho humano a la paz.

4.4. Finalmente, la perspectiva teórica planteada en este capítulo revela la importancia de construir y desarrollar modelos de *enseñanza-aprendizaje* de los procesos RAC y la cultura de paz, sensibles a las realidades sociales de las poblaciones y comunidades beneficiarias de proyectos de acción social e investigación, así como iniciativas de docencia que se puedan desarrollar en la materia.

5. Referencias bibliográficas

Altschul, Carlos y Altschul, Marina. *Construir Tratos. Cómo la Negociación Estratégica supera las Diferencias de Cultura y de Poder*. Buenos Aires: Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2009.

Álvarez, Gladys y Highton, Elena. *Mediación para Resolver Conflictos*. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2008.

Baruch Bush, R.A. y Folger, Joseph. *La Promesa de Mediación. Cómo afrontar el conflicto del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2010.

Bernard, Jessie. “Where is the Modern Sociology of Conflict?” *American Journal of Sociology*, Volume 56 No. 1, 1950: 11-16.

Cárcova, Carlos María. *La Opacidad del Derecho*. Madrid: Editorial Trotta, 2006.

Carver, Thomas N. “The Basis of Social Conflict”. *American Journal of Sociology*, Volume 13 No. 5, 1908: 628-648.

Cobb, Sara. “Una perspectiva narrativa de la mediación. Hacia la materialización de la metáfora del «narrador de historias»”. En *Nuevas Direcciones en Mediación. Investigación y Perspectivas Comunicacionales*, editado por Joseph P. Folger y Tricia S. Jones. Buenos Aires: Paidós SAICF, 1997.

Coser, Lewis A. *The Functions of Social Conflict*. London: Routledge & Kegan Paul, 1956.

Diez, Francisco y Tapia, Gachi. *Herramientas para Trabajar en Mediación*. Buenos Aires: Paidós SAICF, 2010.

Echeverría, Rafael. *Ontología del Lenguaje*. Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2011.

Entelman, Remo F. *Teoría de Conflictos. Hacia un Nuevo Paradigma*. Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2009.

Fisher, Roger y Ury, William. *Sí... ¡de acuerdo! Cómo Negociar sin Ceder*. Traducido por Eloísa Vasco Montoya y Adriana de Hassan. Bogotá: Editorial Norma, 2010.

Folberg, Jay y Taylor, Alison. *Mediación. Resolución de Conflictos sin Litigio*. Traducido por Beatriz E. Blanca Mendoza. México D.F.: Editorial Limusa S.A., 1996.

Freire, Paulo, Gadotti, Moacir, Guimarães Sérgio y Hernández, Isabel. *Pedagogía. Diálogo y Conflicto*. Traducido por Beatriz I. Romero. Buenos Aires: Ediciones Cinco, 1987.

Freire, Paulo y Faundez, Antonio. *Por una Pedagogía de la Pregunta. Crítica a una Educación Basada en Respuestas a Preguntas Inexistentes*. Traducido por Clara Berenguer Revert. Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores, 2013.

Galtung, Johan. *A Theory of Conflict. Overcoming Direct Violence*. Oslo: Kolofon Press, 2010.

Galtung, Johan. *A Theory of Development. Overcoming Structural Violence*. Oslo: Kolofon Press, 2010.

Galtung, Johan. "Prefacio". En *SABONA. En Busca de Buenas Soluciones. Aprendiendo a Resolver Conflictos*, editado y traducido por Fernando Montiel T. Puebla: Montiel & Soriano Editores, 2011.

Goleman, Daniel. *La Práctica de la Inteligencia Emocional*. Traducido por Fernando Mora y David González Raga. Barcelona: Editorial Kairós S.A., 2010.

Gómez-Pomar, Julio. *Teoría y Técnicas de Negociación*. Barcelona: Editorial Ariel, 2004.

Gutiérrez Pérez, Francisco y Prieto Castillo, Daniel. *La Mediación Pedagógica. Apuntes para una Educación a Distancia Alternativa*. Buenos Aires: Ediciones La Crujía y Editorial Stella, 2007.

Lax, David A. and Sebenius, James K. *The Manager as Negotiator: Bargaining for Cooperation and Competitive Gain*. New York: The Free Press, 1986. Kindle eBook.

Lederach, John Paul y Chupp, Marcus. *¿Conflicto y Violencia? ¡Busquemos Alternativas Creativas!* Ciudad de Guatemala: Ediciones Semilla y Comité Central Menonita, 1995.

Moore, Christopher. *El Proceso de Mediación. Métodos Prácticos para la Resolución de Conflictos*. Traducido por Aníbal Leal. Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2010.

Moore, Wilbert E. and Tumin, Melvin M. "Some Social Functions of Ignorance". *American Sociological Review*, Volume 14 No. 6, December 1949: 787-795.

Moreno Buján, Marcela. "Análisis de los conceptos de reconstrucción, resolución y reconciliación desde los postulados de la escuela TRANSCEND de Investigación para la Paz". *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27(1), 2016: 33-55.

Moreno Buján, Marcela. "La dimensión sociopolítica del Movimiento de la Resolución Alternativa de Conflictos (RAC)". *Revista IUS Doctrina*, 12(2), 2019: 1-27.

Muldoon, Brian. *El Corazón del Conflicto. Del Trabajo al Hogar como Campos de Batalla, Comprendiendo la Paradoja del Conflicto como un Camino Hacia la Sabiduría*. Traducido por Sara Alonso Gómez. Barcelona: Editorial Paidós Ibérica, 1998.

Muradep, Lidia. *Coaching para la Transformación Personal. Un Modelo Integrado de la PNL y la Ontología del Lenguaje*. Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2013.

Parker Follet, Mary. *Creative Experience*, New York: Longmans, Green and Co., 1930.

Rozenblum de Horowitz, Sara. “Conflicto y Negociación”. En *Mediación. Una respuesta Interdisciplinaria*, editado por Sara Rozenblum de Horowitz. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

Rubin, Jeffrey. “Conflict from a Psychological Perspective”. In *Negotiation Strategies for Mutual Gain: The Basic Seminar of the Program on Negotiation at Harvard Law School*, edited by Lavinia Hall. Thousand Oaks, CA: SAGE Publications Inc., 1993.

Suares, Marinés. *Mediación. Conducción de Disputas, Comunicación y Técnicas*. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2005.

Wall, James A. and Roberts Callister, Ronda. “Ho’oponopono: Some Lessons from Hawaiian Mediation”. *Negotiation Journal*, Volume 11 Issue1, 1995: 45-54.

Watzlawick, Paul, Beavin Bavelas, Janet y Jackson, Don D. *Teoría de la Comunicación Humana. Interacciones, Patologías y Paradojas*. Barcelona: Herder Editorial S.L., 2008.

La dimensión constitucional de la resolución alternativa de conflictos en el ordenamiento jurídico costarricense

Dr. Víctor Eduardo Orozco Solano

1. Introducción

En términos generales, el propósito de estas notas es examinar la dimensión constitucional de la resolución alternativa de conflictos, en el ordenamiento jurídico costarricense. Con ese fin, se analizarán los antecedentes históricos y se intentará efectuar una definición inicial de la resolución alternativa de conflictos, en sus diversas modalidades: la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje.

Sobre el particular, el artículo 43 de la Constitución Política de la República de Costa Rica, estipula: *“Toda persona tiene derecho a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente”*, de donde se deduce la existencia de una dimensión constitucional, como un verdadero derecho fundamental, inherente a todo ser humano viviente, de la resolución alternativa de conflictos, en sus distintas modalidades, siempre vinculado con el derecho de acceso a la justicia, proclamado en el artículo 41 del Texto Fundamental, del siguiente modo: *“Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerseles justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes”*. En este orden de ideas, la Ley No. 7727, de 9 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 9, de 14 de enero de 1998, Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, dispone, en lo que atañe a la educación para la paz: *“Toda persona tiene derecho a una adecuada educación sobre la paz, en las escuelas y los colegios, los cuales tienen el deber de hacerles comprender a sus alumnos la naturaleza y las exigencias de la construcción permanente de la paz. El Consejo Superior de Educación procurará incluir, en los programas*

educativos oficiales, elementos que fomenten la utilización del diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación y otros mecanismos similares, como métodos idóneos para la solución de conflictos. La educación debe formar para la paz y el respeto a los derechos humanos”, y en su artículo 2º, en lo que toca a la solución de las diferencias patrimoniales: “Toda persona tiene el derecho de recurrir al diálogo, la negociación, la mediación, la conciliación, el arbitraje y otras técnicas similares, para solucionar sus diferencias patrimoniales de naturaleza disponible”.

Cabe mencionar que la resolución alternativa de conflictos, como lo veremos más adelante, tiene como antecedente directo el derecho anglosajón, en concreto, el norteamericano y nace como una alternativa frente al colapso de los órganos jurisdiccionales y del Poder Judicial de atender, con la celeridad debida, los diversos conflictos que surgen entre los particulares, o incluso frente al Estado, teniendo en cuenta que, en el marco del Código Procesal Contencioso Administrativo, se prevé, como alternativa al litigio, el instituto de la conciliación, en sus artículos 72 a 81. En este orden, el artículo 72 de la Ley No. 8508, de 28 de abril de 2006, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 120, Alcance 38, de 22 de junio de 2006, Código Procesal Contencioso Administrativo, establece “**1) La Administración Pública podrá conciliar sobre la conducta administrativa, su validez y sus efectos, con independencia de su naturaleza pública o privada.** **2) A la audiencia de conciliación asistirán las partes en litigio o sus representantes, excepto los coadyuvantes”¹.** De este modo, y de acuerdo con

¹ Al respecto, la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 870, de las 15:35 de 6 de noviembre de 2002, señaló: “*En relación, según el artículo 1007 del Código Civil, además de las condiciones indispensables para la validez de las obligaciones en general, para las que nacen de contrato, se requiere el consentimiento y el cumplimiento de las solemnidades exigidas por ley. Por su parte, la Ley sobre Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social, en su artículo 5 párrafo 1º, dispone: La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley. A la luz de dichas disposiciones, y contrario a lo afirmado por el casacionista, los requisitos de los acuerdos conciliatorios, previstos en el numeral 12 de dicha ley, no son meramente declarativos o adprobationem, sino constitutivos o adsolemnitatem. En consecuencia, de faltar alguno de ellos, no se configuraría el acuerdo conciliatorio. En la especie, el convenio indicado es omiso respecto al requisito señalado en el inciso marcado con la letra b) del referido artículo, sea: Mención clara del objeto del conflicto y de sus alcances”.*

dicha normativa: “*si las partes principales o sus representantes llegan a un acuerdo que ponga fin a la controversia, total o parcialmente, el juez conciliador, en un plazo máximo de ocho días hábiles, homologará el acuerdo conciliatorio, dando por terminado el proceso en lo conducente, siempre que lo acordado no sea contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo al interés público*”. Por su parte, en lo que respecta a los efectos del acuerdo conciliatorio, el artículo 77 ídem señala que tendrá: “*el carácter de cosa juzgada material y para su ejecución será aplicable lo relato a la ejecución de sentencia*”.

2. Desarrollo conceptual de la resolución alternativa de conflictos y antecedentes históricos.

Siguiendo De acuerdo con BARRÓN LÓPEZ, los métodos de resolución alternativa de conflictos, aunque de influencia norteamericana en el siglo XX, existen desde tiempos más remotos, “*como fórmulas propias de las diversas culturas que propugnaban la intervención de un tercero para ayudar a resolver los conflictos*”². Dichos métodos se han incorporado a diversos ordenamientos jurídicos, con diversos alcances, y se han impulsado tanto en el plano internacional, como el nacional, con diversas denominaciones: “*MARC (Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos), MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), RAC (Resolución Alternativa de Conflictos)*”³. Estos medios pueden ser considerados como “*herramientas coadyuvantes de la administración de justicia, que fomentan la búsqueda de acuerdos entre las partes, que deben ser concebidos como alternativa a la justicia tradicional, no como sustitutivos de ésta, que no pueden concebirse como una solución generalizada, al no ser aplicables en todos los ámbitos del derecho*”⁴.

² Carmen Barrón López, “Impulso por las ADR, en especial por la mediación, de un modelo de justicia plural”. *Diké, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, No. Extra 0 (invierno), 2020, p. 2.

³ Barrón López, “Impulso por las ADR...”, p. 2.

⁴ Barrón López, “Impulso por las ADR...”, p. 2. Sobre el particular, Julio-César BETANCOURT señala que: “*La noción de Alternative Dispute Resolution, mejor conocida internacionalmente por sus*

En este sentido, la existencia de métodos como la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje, según VILLATORO BARRIENTOS, cobran especial relevancia: *“no solo para resolver conflictos a nivel interpersonal, sino también a nivel social en general, como medios con el potencial para contribuir en la armonización de la convivencia en sociedad. Esto no se logra, sin embargo, si los ciudadanos no tienen conciencia de su utilidad; es decir, si no disciernen en el fin último de estos métodos: la justicia y la paz”*⁵. Ahora bien, en cuanto a sus orígenes en el derecho anglosajón, su fundamento reside en el hecho de que todos tengan la opción de acceder a un sistema, cualquiera que sea, mediante el cual se logra una solución efectiva al conflicto planteado. Esta alternativa, de acuerdo con VALIÑO CES, *“se originan a causa de tres clases de motivos: el colapso producido en los órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles, el sentimiento creciente de que faltaban cauces privados de solución de conflictos, sobre todo entre los particulares; y la incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la justicia”*⁶.

De esta forma, el proceso de expansión de la resolución alternativa de conflictos se ha desplegado más allá de los países anglosajones, sino en el resto de los ordenamientos jurídicos, incluyéndose los de corte continental. Según

siglas inglesas ADR, tiene que ver con toda una multiplicidad de mecanismos, distintos al “proceso” y, por lo tanto, “no jurisdiccionales”, en los que, generalmente, pero no necesariamente, participa un tercero, es decir, una persona totalmente ajena a la solución del conflicto, a los fines de facilitar la “prevención”, el “manejo”, la “resolución” o la “solución” de un determinado conflicto intersubjetivo. Se trata, pues, de una especie de movimiento, o quizá, de una ideología, que ha sido concebida, desarrollada, propagada y alcanzado su adultez en los países del common law, principalmente, en los Estados Unidos, Canadá, Inglaterra y Gales y Australia”. Véase Julio Betancourt. “Reexaminando la noción de resolución alternativa de disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia “no jurisdiccional””, Cuadernos de Derecho Transnacional, (Octubre 2018), Volumen 10, No. 2, p. 213.

⁵ Juan Villatoro Barrientos, “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos ¿Fuentes de Justicia o Paz?”, *Revista Auctoritas Prudentium*, No. 20, 2019, p. 3. Al respecto, el mismo autor agrega que: *“Avanzar hacia una cultura de paz requiere de involucrar y promover en los demás un sentido de cooperación entra las partes para obtener la solución más pertinente a sus conflictos y que resulte en una situación de ganar-ganar, lo que se puede conseguir, únicamente, a través de un acuerdo consentido, fruto de la autonomía de la voluntad, entre los sujetos en disputa. En cuanto al valor de la Justicia, éste se encierra en la naturaleza misma de los métodos alternativos, pues la solución que se obtiene permanece incuestionable entre las partes, dado que son estas mismas las que deciden la forma más equitativa de darle fin al conflicto y que reestablezca la paz de sus relaciones”.*

⁶ Almudena Valiño Ces, “Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos”, *Cadernos de derecho actual*, No. 11, 2019, p. 202.

BARRÓN LÓPEZ, lo anterior supone “*un avance en el cambio de cultura sobre la solución y tratamiento de los conflictos fundamentada en la mejor solución para un conflicto debía lograrse a través de la persuasión moral, huyendo de los métodos coactivos*”⁷. Entre las razones que justifican ese cambio de paradigma podemos mencionar la crisis generalizada del poder judicial, teniendo en cuenta la sobre carga de trabajo y la excesiva judicialización de los conflictos, motivo por el cual, se deben buscar mejores alternativas de acceso a la justicia⁸.

Pero el sistema de resolución alternativa de conflictos también ha recibido algunas críticas y así lo pone de manifiesto el profesor Owen FISS⁹, citado por VILLATORO BARRIENTOS, quien afirma que: “*my universe includes those cases in which there are significant distributional inequalities; those in which it is difficult to generate authoritative consent (...); those in which the court must continue to supervise the parties after judgment; and those in which justice needs to be done*”¹⁰. De esta forma, la crítica del profesor Fiss a la resolución alternativa de conflictos se puede resumir en cuatro puntos medulares.

En primer lugar, la disparidad en el poder, según el cual, el desequilibrio de los recursos de las partes puede afectar la negociación de distintas maneras, entre ellas, la parte con menos riqueza económica tendrá menos acceso a las posibilidades de analizar y comprender el resultado del litigio. Además, la necesidad de obtener el pago de daños para cubrir los gastos de otros compromisos previamente adquiridos lo pueden obligar a aceptar un acuerdo que no sea, precisamente, el más favorable. Finalmente, “*la parte con menos facilidades está propensa a ser forzada a aceptar el acuerdo propuesto por la contra parte, pues no tiene los recursos para financiar un abogado ni las costas procesales en caso de perder la litis*”¹¹.

⁷ Barrón López, “Impulso por las ADR...”, p. 3.

⁸ Barrón López, “Impulso por las ADR...”, p. op. cit., pág. 3.

⁹ Véase Owen Fiss, *Against Settlement*, (Faculty Scholarship Series, 1984), pp. 1073-1090.

¹⁰ Fiss, “Against Settlement...”, p. 1087.

¹¹ Villatoro Barrientos, “Métodos Alternativos...”, p. 4.

En segundo lugar, el profesor FISS menciona la ausencia e incertidumbre del consentimiento, en el caso de las personas jurídicas. En estos casos “¿Quién está facultado para comparecer en representación de una entidad en cualquier método alternativo para la solución de controversias y otorgar el consentimiento para aceptar o rechazar al acuerdo al cual se arribe?”¹². La otra crítica se refiere a la ausencia de una continua supervisión e involucramiento judicial en la resolución dictada entre las partes. En este sentido, se indica que en muchas ocasiones la sentencia o el acuerdo no es el fin del conflicto, sino el comienzo de una batalla legal que puede durar varios años. En este escenario, si se incumple el acuerdo pactado entre las partes, “no habrá otro camino que acudir ante un órgano jurisdiccional, para que revestido del *ius imperium* actúe coercitivamente y exija el cumplimiento de lo resuelto”¹³, de tal forma que dichos métodos no generan certeza en lo que atañe a la participación de la autoridad jurisdiccional en la resolución de la controversia.

Por último, se debe tener en cuenta que, si bien las partes están dispuestas a continuar sus relaciones en los términos del acuerdo pactado, y su coexistencia se desarrolle de manera pacífica, ello no significa que, en ese caso, se haya alcanzado la justicia¹⁴.

3. La constitucionalización de la resolución alternativa de conflictos en Costa Rica.

Tal Como se expuso con anterioridad, en el ordenamiento jurídico costarricense se ha constitucionalizado el derecho de acceso a la resolución alternativa de conflictos y, en particular, el mecanismo hetero-compositivo del arbitraje, en el artículo 43 de la Constitución Política de 1949, *supra* referido. El texto de esa disposición fue aprobado por la Asamblea Nacional Constituyente en

¹² Villatoro Barrientos, “Métodos Alternativos...,” p. 4.

¹³ Villatoro Barrientos, “Métodos Alternativos...,” p. 5.

¹⁴ Villatoro Barrientos, “Métodos Alternativos...,” p. 5.

las actas No. 111, de 18 de julio de 1949; No. 170, de 19 de octubre de 1949; y No. 179, de 1° de noviembre de 1949, a modo de consenso, sin la menor discusión. Sobre los alcances del artículo 43 ídem, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia No. 2007-09469, de las 10:00 horas de 3 de julio de 2007, en que se resolvieron las consultas legislativas de constitucionalidad acumuladas con respecto del proyecto de aprobación del Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos, señaló que:

“Ahora bien, el hecho de que la Constitución Política eleve el arbitraje a rango de derecho fundamental en su artículo 43, no implica que las personas queden vinculadas de tal manera, que esa vía sea obligatoria para ellas. Ello ha sido respaldado por la Sala en varias oportunidades, constituyendo un ejemplo de ello la sentencia número 2005-6851 de las nueve horas cincuenta y siete minutos del primero de junio de dos mil cinco, en la cual señaló en lo conducente:

V.- ARBITRAJE DERECHO FUNDAMENTAL. El numeral 43 de la Constitución Política que consagra el derecho de toda persona a terminar sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, se encuentra emplazado sistemáticamente bajo el Título IV de la Constitución Política, denominado “Derechos y Garantías individuales”, lo cual pone de manifiesto que se trata, en el diseño constitucional trazado por el constituyente originario de 1949, de un derecho fundamental típico o nominado de carácter autónomo. El contenido esencial de este derecho se traduce en la posibilidad o facultad de toda persona de elegir, para dirimir un conflicto de interés puramente patrimonial o disponible, entre la jurisdicción o tutela judicial (artículo 41 de la Constitución Política) y el arbitraje o, incluso, los otros modos de resolución alterna de conflictos. Esta facultad no se ve siquiera diezmada o restringida aunque penda de ser finalmente conocido y resuelto un litigio ante los Tribunales de la República. A partir de su núcleo esencial queda suficientemente claro que ninguna persona puede ser obligada a renunciar a someter una controversia de interés a un tribunal arbitral o compelido para ello, puesto que, se trata de un derecho de libertad para elegir entre los distintos modos de solución de un diferendo patrimonial. (La negrita no forma parte del original). Es por ello que conviene analizar en primer lugar, si el mecanismo de resolución de controversias Inversionista-Estado es un mecanismo obligatorio o forzoso para los particulares, pues en este caso evidentemente se estaría lesionando el derecho de la Constitución. Sobre el particular, debe tenerse claro que el proceso arbitral contenido en el Tratado de Libre Comercio, constituye la última etapa del proceso de resolución de controversias Inversionista-Estado, pues antes de ello como se indicó, existe una fase previa de consultas y negociaciones, lo cual puede incluir mecanismos de resolución de controversias como la conciliación y la mediación. Ahora bien, aun llegándose a la etapa del arbitraje, no considera esta Sala que se establezca un mecanismo forzoso de resolución de controversias, toda vez que al inversionista en ningún momento se le está obligando a acudir necesariamente al proceso arbitral, pues siempre tiene la

posibilidad de acudir a los tribunales internos del país en el cual invirtió, según lo dispuesto en el artículo 10.18.4 del Tratado. Como se desprende de la sentencia citada, esta Sala ha tutelado el derecho fundamental de toda persona de decidir en qué vía va a dirimir sus conflictos patrimoniales, lo cual no es la excepción en este caso, pues al inversionista se le está otorgando la posibilidad, si quisiera, de acudir a la vía interna del país donde invirtió, o por el contrario, acudir al arbitraje internacional, que podría ser un procedimiento más expedito y especializado. Lo que no se podría es negar al inversionista la posibilidad de acudir a la jurisdicción interna si así lo desea, pues con ello se lesionaría el principio de tutela judicial efectiva. Sin embargo, en este caso el consentimiento lo da el inversionista al decidir a cuál jurisdicción acudir, por lo que no puede hablarse de un mecanismo forzoso”.

De lo anterior se deduce que la posibilidad de acudir al arbitraje como una alternativa de solución de conflictos resulta ser un derecho fundamental, el cual, no obliga a ninguna de las partes involucradas en la discusión a acudir, de manera coactiva, a ese mecanismo, sino que, por el contrario, siempre tiene abierta la posibilidad de someter el litigio ante los tribunales de justicia, en estricto apego al derecho consagrado en el artículo 41 constitucional. Ambos derechos fundamentales, el 41 y el 43, deben ser siempre objeto de una interpretación y de una ponderación sistemática y armónica, a favor de los particulares, en donde se respeten los alcances de ambos valores. En este orden de consideraciones, la Sala Constitucional, en la sentencia No. 2007-7104, de las 09:36 horas de 23 de noviembre de 2007, insistió en el sentido que, en el caso de las indemnizaciones por daños y perjuicios, se remite a lo dispuesto por el Código Civil, manteniendo la jurisdicción ya existente; y respecto a la introducción de la presunción para que las partes resuelvan sus conflictos vía arbitraje, es solo desarrollo de lo ya dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, en el sentido de que es facultativo para las partes el pactar si a bien lo tienen, la exclusión del arbitraje o convenir el mismo, así como otros aspectos como el plazo y la forma de feneamiento de sus contratos. En este orden, dijo la Sala Constitucional, que el inversionista de otro Estado así lo puede decidir, previo intento de resolución de la controversia mediante el mecanismo de la conciliación o de la mediación, lo cual es viable, desde el punto de vista constitucional, pues no se trata de un mecanismo forzoso, sino voluntario.

De otra parte, la misma Sala Constitucional se ha pronunciado sobre las interacciones entre los diversos mecanismos de la resolución alternativa de conflictos, como lo son, por ejemplo, la conciliación y el arbitraje. De este modo, en la sentencia No. 2013-11460 de las 15:05 horas de 28 de agosto de 2013, avaló la conformidad con el Derecho de la Constitución de una línea jurisprudencial de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, en cuya virtud, no puede obligarse a una de las partes a acudir al mecanismo de la conciliación, como etapa previa al arbitraje, con el siguiente orden de consideraciones:

“III.- Sobre los medios alternativos de solución de conflictos. La conciliación.- La jurisprudencia de la Sala Primera que se impugna, dispone que no puede obligarse a una de las partes a participar en un proceso de conciliación, de previo a acudir al arbitral. Sobre la base de este criterio, se acusa violación al derecho al arbitraje y principio de libre escogencia del procedimiento, a la libertad de contratación, libertad de comercio y principio de autonomía de la libertad, principio de igualdad y de razonabilidad. Con el propósito de analizar lo impugnado es preciso analizar brevemente la figura de la conciliación. Se trata de un medio autocompositivo de resolución de conflictos, a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias. Es un procedimiento a través del cual las personas involucradas en un asunto que de acuerdo con la ley es conciliable, encuentran la forma de resolverlo. Además de las personas en conflicto, esta figura involucra también a un tercero neutral e imparcial llamado conciliador que actúa facilitando el dialogo entre ellas y promoviendo fórmulas de acuerdo que permitan llegar a soluciones satisfactorias para ambas partes. En general la conciliación se presenta como una oportunidad que la ley otorga a las partes para que reexaminen sus posiciones a través de una figura que puede ser de carácter judicial o extrajudicial y a la que voluntariamente se someten a raíz de un conflicto con el fin de darle existencia a un acto siempre que los derechos sean susceptible de transacción, desistimiento o conciliación. Desde una perspectiva diferente además de ser un procedimiento, la conciliación es un acto jurídico en el cual intervienen sujetos con capacidad jurídica y distintos intereses y en donde su consentimiento y voluntad están dirigidos directamente a dar por terminada una obligación o una relación jurídica, a modificar un acuerdo existente o a crear situaciones o relaciones jurídicas nuevas que beneficien a ambas partes. La conciliación presenta algunas características propias, dentro de las cuales hay dos que son fundamentales: su ejercicio es libre, es decir, se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes. Por ello, cualquier ciudadano puede acudir a la conciliación como una alternativa para solucionar sus conflictos. Además, es de libre negociación: el acuerdo conciliatorio al que llegan las partes es el resultado de discusiones y negociaciones para lograr la solución a la controversia. Las partes pueden o no llegar a un acuerdo, el conciliador no puede obligar a las partes a conciliar, las fórmulas de arreglo son de libre discusión y aceptación. (...) La circunstancia de que una de las partes no esté interesada en lograr un acuerdo conciliatorio, cuyo ejercicio es absolutamente

voluntario, de previo a ir al arbitraje, en nada afecta la esencia de este último. En ese sentido, en tanto el acceso a la justicia arbitral sea libre, sin condicionamientos u obstáculos, no hay violación alguna. La jurisprudencia vertida por la Sala Primera que el accionante impugna, no interfiere, limita, ni obstaculiza el derecho fundamental de resolver los conflictos a través del arbitraje. Por el contrario, lo que la Sala Primera hace es aplicar el artículo 5 de la Ley N° 7727, que dispone sobre la “Libertad para mediación y conciliación”, según se transcribió líneas atrás.”

Ahora bien, en el derecho español también se ha sostenido que no hay contradicción entre un procedimiento de solución extrajudicial de conflictos y el derecho a la tutela judicial efectiva, proclamado por el artículo 24 de la Constitución de 1978, en relación el carácter exclusivo de la función jurisdiccional de jueces y tribunales. *“de la misma forma que no se oponen a un proceso público de realización de justicia con un procedimiento que tenga su base en el derecho a la libre disposición de las partes”*¹⁵. En este orden, el tema capital reside en delimitar qué tipo de actuación corresponde a los jueces y los tribunales cuando los particulares se declinan por una resolución alternativa de conflictos, *“asumiendo que el arbitro o mediador no son sujetos que ejerzan un mandato jurisdiccional ni forman parte institucional del Estado”*¹⁶. En este sentido, el Tribunal Constitucional español reiteradamente ha sostenido que el arbitraje es compatible con el Texto Fundamental (véase, a modo de ejemplo, las sentencias SSTC 43/1998, 233/1988 y 288/1993). En esta última decisión, se dijo, en relación con el carácter de cosa juzgada de los laudos arbitrales, y el derecho a la tutela judicial efectiva, que:

“El objeto de este recurso es la supuesta vulneración de la tutela judicial originada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Bilbao dictada en un

¹⁵ María Pérez-Ugena Coromina, “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación”, *Estudios de Deusto: Revista de Derecho Público*, Volumen 62, No. 1, 2014, p. 160.

¹⁶ Pérez-Ugena Coromina, “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva...”, p. 160. Al respecto, Susana SAN CRISTÓBAL REALES ha sostenido: *“Por otro lado, los sistemas autocompositivos y el arbitraje tienen conexiones de dependencia funcional con la jurisdicción, lo que evidencia que forman parte del derecho a una tutela judicial efectiva a que alude el artículo 24.1 CE”*. Véase Susana San Cristóbal Reales, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”. *Anuario jurídico y económico escorialense*, No. 46, 2013, p. 52.

recurso de anulación de un laudo arbitral de la Ley 36/1988, reguladora de los arbitrajes de Derecho privado, vulneración derivada del hecho de que el órgano judicial, a pesar de considerar la acción caducada por haberse interpuesto con posterioridad al plazo de diez días previsto en el art. 46.2 de la ley de arbitraje, sin embargo considera que la caducidad no afecta a los motivos de nulidad total del laudo, nulidad que "no está sometida a plazo de prescripción ni caducidad alguna según constante jurisprudencia", y, en definitiva, termina por estimar parcialmente la demanda de nulidad interpuesta de adverso en lo que a esos motivos se refiere, y desestimando las restantes peticiones por caducidad de la acción. 2. Es reiterada la jurisprudencia de este Tribunal que ha afirmado la innegable conexión entre la protección jurídica de la inmodificabilidad de las decisiones judiciales y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, de forma que (entre otras, SSTC 32/1982, 67/1984 y 176/1985) el derecho a la tutela judicial supone, desde este punto de vista, una dimensión positiva consistente en que el fallo judicial se cumpla, y una dimensión negativa, en cuanto proscribire que, fuera de los supuestos y cauces taxativamente previstos, los órganos judiciales dejen sin efecto resoluciones firmes (entre otras, SSTC 15/1986 y 119/1988), ya que la tutela judicial ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del art. 24 de la Constitución, haya querido articular, por lo que sólo en la medida en que se respeten íntegramente aquellos cauces legales darán los Jueces cabal cumplimiento a lo que el citado precepto constitucional dispone. Trasladadas estas ideas al sistema de recursos, cabe afirmar que del mismo modo que un órgano judicial no puede inadmitir un recurso previsto por la ley, tampoco le está permitido pronunciarse en vía de recurso sobre una determinada materia cuando exista una causa impeditiva excediéndose de la competencia que el legislador le ha otorgado en el caso concreto, exceso que este Tribunal Constitucional debe corregir en la medida en que el pronunciamiento judicial pudiera lesionar el derecho de otros justiciables a la tutela judicial efectiva (STC 116/1984). 3. La inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales regulados en la Ley 36/1998. En este sentido su art. 37 establece con absoluta claridad que "el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada. Contra el mismo sólo cabrá el recurso de revisión, conforme a lo establecido en la legislación procesal para las Sentencias judiciales firmes". Ello es conforme con la naturaleza del arbitraje, que es (STC 62/1991) "un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada".

En suma, de acuerdo con PÉREZ-UGENA CARMONA, se debe entender que la función del Estado en este ámbito no es solo ofrecer un sistema de justicia que permita una tutela judicial efectiva. En este orden, según la misma autora: *"es función del Estado, en desarrollo del artículo 9.2 de la Constitución promover la libertad de forma real y efectiva. Lo que en relación al tema que nos ocupa supone permitir y favorecer que de la propia sociedad emerjan*

instituciones alternativas que, dando cumplimiento a los principios del artículo 24 de la Constitución, permitan una conexión entre ámbitos público y privado en la capacidad de resolver conflictos, siempre que se cumplan las garantías constitucionales. Porque tengamos en cuenta que arbitraje y mediación son instituciones fundamentadas en la voluntad de las partes, pese a que por su complejidad no podamos decir que tal naturaleza sea exclusivamente privada frente al carácter público del proceso judicial”¹⁷. De ahí que resulta evidente, tanto en el derecho español, como en el costarricense, según vimos, la dimensión constitucional de la resolución alternativa de conflictos y de sus institutos, como un remedio frente al colapso judicial en las distintas materias, frente a las cuales, el particular bien tiene la libertad de decidir si acude, o no, a uno de estos mecanismos auto o hetero compositivos, o bien, si somete directamente su caso ante los tribunales de justicia. Ambas alternativas han sido avaladas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, y de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica.

4. Los diversos métodos de la resolución alternativa de conflictos: la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje: análisis exploratorio

Pues bien, una vez examinada la constitucionalización de la resolución alternativa de conflictos en el ordenamiento jurídico costarricense, a continuación, haremos un análisis exploratorio sobre sus diversos métodos, los de carácter autocompositivo¹⁸, es decir, la negociación, la mediación y la conciliación, así como, el heterocompositivo, sea, el arbitraje. En este sentido, *“mientras en los autocompositivos (...), el tercero que interviene colabora con las partes, en los heterocompositivos, (...), el tercero decide e impone la solución al conflicto.*

¹⁷ Pérez-Ugena Coromina, “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva...,” p. 161.

¹⁸ Según BARRÓN LÓPEZ, “*Los métodos autocompositivos se caracterizan porque las partes son las que deciden el conflicto, teniendo un poder decisorio sobre el mismo, por sí mismas o ayudadas por un tercero*”. Véase Barrón López, “Impulso por las ADR...”, p. 4.

Independientemente del método elegido, entre las ventajas comunes que ofrecen estos mecanismos de solución de conflictos resultan destacables la mayor satisfacción, participación y responsabilidad de las partes implicadas en el conflicto, el menor coste económico, la mayor flexibilidad, rapidez y eficacia en la resolución del conflicto y la mejor adecuación a la naturaleza de determinados conflictos¹⁹.

De esta forma, en lo que atañe a la negociación, BARRÓN LÓPEZ afirma que en este mecanismo las partes alcanzan la solución al conflicto, sin la intervención de un tercero. Es claro que con la utilización de este método ambas partes resultan beneficiadas, aunque, ciertamente, deben ceder en algunos extremos del conflicto planteado. Según VALIÑO CES, *“la negociación constituye un instrumento muy útil en la resolución de conflictos, generalmente voluntario, y que promueve el diálogo entre las partes con el objeto de alcanzar un acuerdo con respecto al conflicto. De hecho, es habitual que las partes, o al menos una de ellas, traten de alcanzar un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el primer sistema de resolución de conflictos al que se acude. Incluso, una vez comenzado el proceso judicial, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver el litigio de manera más rápida y económica”²⁰*. Sobre lo anterior, San Cristóbal Reales afirma que, si la negociación prospera y si se llega a un acuerdo, se habrá producido una transacción, que es un contrato entre las partes. En este orden de ideas, *“la transacción puede tener como finalidad evitar el proceso jurisdiccional o arbitral, en cuyo caso, será una transacción extraprocésal. Pero también puede servir para poner fin a un proceso jurisdiccional o arbitral ya iniciado. La transacción extraprocésal se realiza con carácter previo al proceso judicial o arbitral y fuera de la sede judicial o arbitral. Son un contrato entre partes, pues su naturaleza es jurídica material. A su vez, dentro de las de este tipo, pueden ser*

¹⁹ Barrón López, “Impulso por las ADR...”, p. 4.

²⁰ Valiño Ces, “Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso...”, p. 205.

elevadas a escritura pública, o carecer de ese efecto y ser únicamente un contrato"²¹.

Ahora bien, en lo que respecta a la conciliación, éste se caracteriza porque interviene junto a las partes un tercero ajeno al conflicto. De acuerdo con BARRÓN LÓPEZ, la conciliación suele ser confundida con la mediación²²; sin embargo, la diferencia básica entre ambos *"consiste en el grado de intervención del tercero en la búsqueda del acuerdo. La injerencia del tercero en la conciliación es mayor que en la mediación, ya que se involucra y puede intervenir directamente en el resultado final, a través de propuestas. En cambio, en la mediación se entiende que el mediador no hace ningún tipo de propuesta; el acuerdo es fruto totalmente del esfuerzo de las partes"*²³. De ahí que la mediación, según PÉREZ-UGENA CARMONA, tiene como ejes centrales de su actividad la voluntariedad y la libre decisión por las partes y se desarrolla a partir de la intervención de un neutral que facilita la solución del conflicto por las partes, conservándose el control sobre el final del conflicto, que queda expresado en el acuerdo de la mediación; *"se trata de una forma autocompositiva o no adversarial frente a la vía heterocompositiva o adversarial que es la propia del arbitraje. Esta diferenciación es fundamental y sitúa a la mediación como una forma de gestión positiva de un conflicto a través de técnicas multidisciplinarias"*²⁴.

Por su parte, SAN CRISTÓBAL REALES define la mediación como un sistema de gestión de controversias voluntario, donde las partes en conflicto, con la ayuda de un tercero neutral, el mediador, resuelven por sí mismas sus diferencias y llegan a un acuerdo. En este marco, el mediador actúa como canal de comunicación y crea un espacio de diálogo necesario de tal forma que las partes

²¹ San Cristóbal Reales, "Sistemas alternativos de resolución de conflictos..." p. 44.

²² Sobre el particular, el artículo 5 de la Ley No. 7727, de 9 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 9, de 14 de enero de 1998, Ley de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, establece: *"Artículo 5.- Libertad para mediación y conciliación. La mediación y la conciliación extrajudiciales podrán ser practicadas libremente por los particulares, con las limitaciones que establece esta ley. Las partes tienen el derecho de elegir con libertad y de mutuo acuerdo a las personas que fungirán como mediadores o conciliadores"*.

²³ Barrón López, "Impulso por las ADR...", p. 5.

²⁴ Pérez-Ugena Coromina, "Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva..." pp. 167-168.

puedan expresar su visión del conflicto; además, fija los puntos del litigio, expresa sus opiniones y sus puntos de vista, sus intereses y necesidades, y, desde allí, las partes acercan sus posiciones para llegar a un acuerdo. En suma: *“la mediación es un mecanismo que se utilizará cuando las partes por sí mismas a través de la negociación no son capaces de llegar a un acuerdo. Proporciona un proceso, que con la intervención del mediador, conduce a las partes a comunicarse de forma constructiva y a colaborar entre ellas para resolver el conflicto. Ahora bien, el mediador no impone la resolución (como en la jurisdicción o el arbitraje), su función es única y exclusivamente de ayuda y colaboración con las partes, para que éstas resuelvan sus diferencias, a través de una solución dialogada y negociada”*²⁵.

De otro lado, en lo que corresponde a las vías heterocompositivas, entre ellas, el arbitraje y la jurisdicción, son aquellas en que las partes delegan a un tercero la gestión y la resolución de un conflicto. La heterocomposición implica que el tercero interviene y actúa a instancia de las partes, de tal forma que quedan sometidas a su decisión vinculante. Sobre el arbitraje, se dice que: *“el laudo arbitral únicamente podrá ser ejecutado por el juez, en cuanto el arbitro tiene auctoritas pero carece de la potestas, es decir, del imperium hacer la ejecución forzosa de lo acordado, que queda reservada exclusivamente al órgano jurisdiccional”*²⁶. Al respecto, BARRÓN LÓPEZ sostiene que el arbitraje tiene

²⁵San Cristóbal Reales, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos...,” p. 47. Sobre el particular, el artículo 6 de la Ley No. 7727, de 9 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 9, de 14 de enero de 1998, Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, estipula: *“ARTÍCULO 6.- Propuesta de audiencia y designación de jueces. En cualquier etapa de un proceso judicial, el tribunal puede proponer una audiencia de conciliación. El conciliador podrá ser el mismo juez de la causa o un juez conciliador. La Corte Suprema de Justicia designará a los jueces conciliadores, que requiera el servicio y les determinará las facultades y responsabilidades”*.

²⁶ Barrón López, “Impulso por las ADR...,” p. 6. Sobre el particular, el artículo 58, inciso h), de la Ley No. 7727, de 9 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 9, de 14 de enero de 1998, Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, señala, en cuanto al contenido del laudo arbitral, lo siguiente: *“ARTÍCULO 58.- Contenido del laudo. El laudo se dictará por escrito; será definitivo, vinculante para las partes e inapelable, salvo el recurso de revisión. Una vez que el laudo se haya dictado, producirá los efectos de cosa juzgada material y las partes deberán cumplirlo sin demora. El laudo contendrá la siguiente información: (...) h) Aunque las partes no lo hayan solicitado, el laudo debe contener las pautas o normas necesarias y pertinentes para delimitar, facilitar y orientar la ejecución”*.

una larga tradición histórica y se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes, que actúa en una doble vertiente: *“por una parte, en la decisión adoptada libremente de acudir al procedimiento arbitral y, por otra parte, en no acudir a la vía judicial para su resolución. La voluntad de las partes debe plasmarse en un convenio arbitral que cumple la doble función de base y límite del arbitraje”*²⁷.

A mayor abundamiento, VALIÑO CES define por arbitraje: *“el sistema de resolución conflictos en que un tercero, después de haber escuchado a las partes y practicado las pruebas necesarias, emite un laudo acerca del enfrentamiento existente entre aquellas, imponiendo una decisión obligatoria. De este modo, es el arbitro -no las partes- quien decide el conflicto. Esta es la característica esencial de la que deriva su carácter heterocompositivo”*²⁸.

²⁷Barrón López, “Impulso por las ADR...”, p. 6. Al respecto, el artículo 18 de la Ley No. 7727, de 9 de diciembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 9, de 14 de enero de 1998, Ley de Resolución Alterna de Conflictos y Promoción de la Paz Social RAC, estipula: *“ARTÍCULO 18.- Arbitraje de controversias. Cuando las partes hayan convenido por escrito que las controversias relacionadas con su contrato o relación jurídica se sometan a arbitraje, tales controversias se resolverán de conformidad con la presente ley, sin perjuicio de lo que las partes acuerden por escrito, siempre y cuando no se oponga a las disposiciones prohibitivas o imperativas de esta ley. Podrán someterse a arbitraje las controversias de orden patrimonial, presentes o futuras, pendientes o no ante los tribunales comunes, fundadas en derechos respecto de los cuales las partes tengan plena disposición y sea posible excluir la jurisdicción de los tribunales comunes. Todo sujeto de derecho público, incluyendo el Estado, podrá someter sus controversias a arbitraje, de conformidad con las reglas de la presente ley y el inciso 3), del artículo 27 de la Ley General de la Administración Pública”,* mientras, el artículo 19 idem, establece: *“ARTÍCULO 19.- Arbitraje de derecho. El arbitraje podrá ser de derecho o de equidad. Cuando no exista acuerdo expreso al respecto, se presumirá que el arbitraje pactado por las partes es de derecho”*.

²⁸ Valiño Ces, “Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso...”, p. 209. En relación con la voluntariedad como elemento esencial del arbitraje, el Tribunal Constitucional Español, en la sentencia No. 174/1995, de 23 de noviembre, en su Fundamento Jurídico III, señaló: *“Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como lo hemos reiterado en otras ocasiones, el arbitraje se considera “un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)” (...), la autonomía de la voluntad de las partes –de todas ellas– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial”*.

Tales son, pues, algunas conceptualizaciones introductorias de los diversos métodos de la resolución alternativa de conflictos, teniendo en consideración su desarrollo de índole legislativo y doctrinal.

5. Conclusiones

En este trabajo, de índole exploratorio, se ha podido constatar la dimensión o la vertiente constitucional de la resolución alternativa de conflictos, particularmente, en el artículo 43 de la Constitución Política de la República de Costa Rica de 1949, de donde se deduce el derecho fundamental de las partes de concluir “*sus diferencias patrimoniales por medio de árbitros, aún habiendo litigio pendiente*”. Tales medidas de resolución alternativas nacieron en el derecho anglosajón y, desde allí, como vimos, se han extendido a diversos ordenamientos jurídicos, entre ellos, el español y el costarricense. Tanto la Sala Constitucional de Costa Rica, como el Tribunal Constitucional Español, han respaldado la utilización de las vías autocompositivas (la negociación, la mediación y la conciliación) y las heterocompositivas (el arbitraje), como alternativas de que gozan las partes, sustentada en el principio de la autonomía de la voluntad, para solucionar sus diferencias, sin necesidad de acudir a la jurisdicción.

También hemos mencionado, en este trabajo, algunas ventajas que supone la resolución alternativa de conflictos, ante el colapso de la vía jurisdiccional para resolver, con la mayor celeridad posible, las quejas y los reclamos de los particulares. También la doctrina ha detectado, según se expuso, algunos inconvenientes en el uso de estas medidas, como las que se desprenden del diverso poderío económico de las partes involucradas en el litigio, lo que nos puede conducir a una solución expedita, pero no la más justa para una de las partes. Mucho queda por mencionar, en lo que atañe a la aplicación futura de estos mecanismos; sin embargo, al menos en el caso costarricense, la Sala

Constitucional ha sido clara en señalar que estos métodos gozan de respaldo constitucional y constituyen una alternativa válida frente al derecho que tienen las partes de acceder a una tutela judicial efectiva, o a una justicia pronta y cumplida, en los términos en que ha sido proclamado en el artículo 41 constitucional.

6. Referencias bibliográficas

- Artavia Barrantes, Sergio, y Jinesta Lobo, Ernesto, *Código Procesal Contencioso Administrativo, Anotado con Jurisprudencia*, Investigaciones Jurídicas, San José, 2015.
- Barrón López, Carmen, “Impulso por las ADR, en especial por la mediación, de un modelo de justicia plural”, *Diké, Revista de Investigación en Derecho, Criminología y Consultoría Jurídica*, No. Extra 0 (invierno), 2020.
- Betancourt, Julio “Reexaminando la noción de resolución alternativa de disputas (ADR) en el contexto del derecho de acceso a la justicia “no jurisdiccional””, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (Octubre, 2018), Volumen 10, No. 2
- Córdoba Ortega, Jorge y González Porras, Andrés, *Constitución Política de la República de Costa Rica. Con concordancias y resoluciones de la Sala Constitucional*, Investigaciones Jurídicas, San José, 2019.
- Fiss, Owen, *Against Settlement, Faculty Scholarship Series*, 1984.
- Pérez-Ugena Coromina, María, “Garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en los sistemas principales de resolución de conflictos alternativos: arbitraje y mediación”, *Estudios de Deusto: revista de Derecho Público*, Volumen 62, No. 1, 2014.
- San Cristóbal Reales, Susana, “Sistemas alternativos de resolución de conflictos: negociación, conciliación, mediación, arbitraje, en el ámbito civil y mercantil”. *Anuario jurídico y económico escurialense*, No. 46, 2013.
- Valiño Ces, Almudena, “Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos”, *Cadernos de derecho actual*, No. 11, 2019.
- Villatoro Barrientos, Juan, “Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos ¿Fuentes de Justicia o Paz?”, *Revista Auctoritas Prudentium*, No. 20, 2019.

Hacia la construcción de una perspectiva sociohistórica y sociojurídica de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (NNyA)

Dra. Marcela Moreno Buján

“Recrear la infancia significa generar un espacio en la cultura donde esa realidad sea pensada como una nueva forma de vínculo intergeneracional y como una categoría emancipadora, y no meramente como una instancia de puro sometimiento a los adultos”. **Eduardo Bustelo**¹

1. Introducción

El presente capítulo tiene por objeto precisar los conceptos de niña, niño y adolescente desde una perspectiva diacrónica en términos no sólo jurídicos sino también sociológicos. Para ello, resulta de vital importancia aclarar lo que implica una perspectiva de este tipo. Entender un fenómeno social desde la Sociología Jurídica conlleva visibilizar el objeto de estudio y el método que utiliza esta disciplina para atender los problemas que pretende resolver. Así las cosas, se procede a realizar un saneamiento epistemológico de los conceptos referidos desde una óptica sociojurídica y su evolución en el tiempo.

Siguiendo a GURVITVCH y su esfuerzo por delimitar el campo de acción de la Sociología Jurídica, se comprenderá por ella [(...) aquella parte de la sociología del espíritu humano que estudia profundamente la realidad social del derecho, comenzando por sus expresiones tangibles y externamente observables en comportamientos colectivos efectivos (organizaciones cristalizadas, prácticas consuetudinarias y tradiciones o innovaciones conductuales) y en la base material (la estructura espacial y la densidad demográfica de las instituciones jurídicas). La Sociología Jurídica interpreta estos comportamientos y las manifestaciones materiales del derecho de acuerdo con los significados internos que, mientras los inspiran y penetran, son al mismo tiempo, transformados en parte por ellos

¹Eduardo Bustelo, *El Recreo de la Infancia. Argumentos para otro comienzo* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2011), p. 3.

misimos. Emanan especialmente de los patrones jurídicos simbólicos previamente fijados, tales como: el ordenamiento jurídico, los procedimientos y las sanciones, hasta los símbolos jurídicos propios, como las normas flexibles y el derecho espontáneo. De estos últimos, procede a los valores jurídicos y las ideas que expresan, y finalmente, a las creencias colectivas y las instituciones que aspiran a estos valores y aferrarse a estas ideas, y que se manifiestan en hechos normativos espontáneos, fuentes de la validez, es decir, de la positividad de toda norma].²

De la definición anterior se puede extraer que la disciplina sociojurídica revela un particular interés por estudiar no sólo la positividad de las normas o la construcción del Derecho mismo, sino que pretende ir más allá. Se aproxima a estudiar el impacto de lo jurídico en la realidad social, percatándose de su significación en las relaciones sociales y la coincidencia de sentido que existe respecto a sus institutos. Por ende, ha de afirmarse que en esta definición se encuentran subsumidas dos perspectivas: la concepción estricta y la concepción amplia de la Sociología Jurídica.

La concepción estricta obedece a limitar esta disciplina al análisis de aquellos fenómenos sociales donde la manifestación de lo jurídico es evidente y principal, ya sea porque crean derecho o se identifican con él. En ese sentido, esta primera aproximación tiene una intención restrictiva. Según CARBONNIER, estos son los *fenómenos jurídicos primarios*.³ La concepción amplia remite a un cambio de paradigma que para el autor se plasma a través de un teorema básico

² [Traducción propia]. Georges Gurvitch, *Sociology of Law* (New Brunswick: Transaction Publishers, 2001), p. 61.

³ Son considerados así porque “(...) todos los demás derivan de ellos, porque, en una jerarquía de fenómenos jurídicos que descienda de lo general a lo particular, se encuentran al más alto nivel de generalidad. Al describirlos, hacemos aparecer en forma residual a los demás fenómenos jurídicos, mucho más variados, pero **secundarios**. El texto de una ley, el pronunciamiento de una sentencia, el gesto de un agente de la circulación, abstracción hecha de lo que digan, son fenómenos primarios. Son continentes o estuches. Los contenidos, las disposiciones de la ley, la condena o la absolución, la detención de los automóviles, son fenómenos secundarios. (...) el fenómeno primario es el fenómeno **generador** de los fenómenos secundarios, aunque aclarando que él es engendrado a su vez por otros fenómenos que son las verdaderas fuerzas creadoras del derecho. Las ideas de un jurista se fijarán de inmediato si se le indica que los fenómenos jurídicos primarios corresponden en una gran parte a lo que él denomina ordinariamente fuentes formales del derecho”. Jean Carbonnier, *Sociología Jurídica*, trad. Luis Díez Picazo (Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1977), p. 61.

de la Sociología Jurídica⁴, mediante el cual se concibe al Derecho como un conjunto de fenómenos jurídico-sociales mucho más amplio, introduciendo otros que no necesariamente tienen un vínculo primario con las fuentes formales del Derecho. De tal forma, esta nueva perspectiva incorpora aquellos otros fenómenos donde no se encuentran las fuentes jurídicas formales en estado puro, sino que el Derecho como tal puede ser causa, efecto u ocasión de cualquier fenómeno social.

Según lo anterior, puede afirmarse que cuando algún elemento jurídico está presente en un fenómeno social pero mezclado con otras características y facetas extra-jurídicas propias del espacio, el tiempo y la cultura donde éste se manifiesta, tomando en cuenta las conexiones e interacciones que se mantienen con otros fenómenos sociales –tanto jurídicos como no-jurídicos–, acá también se estará en presencia de un fenómeno jurídico, aunque de carácter *secundario*.

Este nuevo enfoque plantea la necesidad de ampliar la óptica de estudio promoviendo la observación de estos otros fenómenos desde una perspectiva integral. Claro está, estos *fenómenos jurídicos secundarios o derivados* están relacionados con las reglas del Derecho, pero se encuentran sumamente influenciados por el campo espacial y temporal que les son propios. Avanzar hacia esta visión amplia de la Sociología Jurídica permite abandonar entonces el análisis jurídico estéril y en abstracto.⁵

Se reconoce desde esta concepción la existencia de nuevas fuentes inspiradoras de fenómenos jurídicos, como lo sería el caso de los procesos comprendidos en el Movimiento de la Resolución Alternativa de Conflictos (en adelante RAC). En este mismo sentido, CARBONNIER señala que

“(…) existen juicios que no son aplicación mecánica de leyes preexistentes, que crean realmente derecho, sin estar llamados por ello a transformarse en reglas, porque la solución que dan no será nunca repetida. Muchos de los juicios emitidos por los tribunales que se llaman inferiores (señaladamente, por los tribunales de instancia o por los consejos de amigables compondores) se encuentran sin duda en esta posición y aparecen doblemente separados tanto del pasado como del porvenir. Son juicios intuitivos o de equidad, que vienen a dar a un conflicto concreto una decisión a la medida, pero sin sacar de ello consecuencias para más tarde. Y no por ello contribuyen menos a formar el

⁴ “El derecho es más amplio que el conjunto de las fuentes formales del derecho”. Carbonnier, “Sociología Jurídica”, p. 91.

⁵ Véase Carbonnier “Sociología Jurídica”, pp. 15-16 y 90.

*derecho, un derecho sin reglas de derecho. De aquí que, después del teorema, haya que establecer un lema: el derecho es mayor que la regla de derecho”.*⁶

Respecto a los fines y objetivos concretos de la presente obra, surge la necesidad de identificar y delimitar el fenómeno sociojurídico a ser observado y analizado. Éste obedece a la visibilización del cómo se piensa y percibe a la niñez y la adolescencia y su participación en el marco de los procesos de mediación y construcción de una cultura de paz.

Para efectuar la indagación pretendida, antes debe definirse lo que se entiende por niñez y adolescencia. Resulta apropiado iniciar esa conceptualización a partir de las primeras aproximaciones que la sociedad ha tenido con las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA) ya que, históricamente, los adultos no siempre han reconocido a la infancia como algo distinto de la adultez. Por el contrario, no es sino hasta la Época Moderna que la niñez y la adolescencia se conciben como un estado biológico con características particulares propias y distintas a otras etapas del desarrollo humano.

2. Análisis diacrónico de la niñez y la adolescencia, entendidas como fenómenos sociojurídicos a la luz de diversos patrones culturales

El historiador francés Philippe Ariès afirma que *“la actitud de los adultos frente al niño ha cambiado mucho en el curso de la Historia y, ciertamente, sigue cambiando hoy día ante nuestros ojos. Sin embargo, esos cambios han sido tan lentos e imperceptibles que nuestros contemporáneos no se han dado cuenta de ellos (en la actualidad, ya que todo se mueve apresuradamente, se notan mejor). (...) La infancia ha permanecido en la sombra durante bastantes siglos. No es, pues, sorprendente verla reaparecer en la época en la que la cultura escrita, y por consiguiente la escuela, reconquista sus derechos y se difunde a partir del siglo XII. (...) Hubo un tiempo en que los historiadores tendían a creer que la sensibilidad hacia la infancia no había cambiado nunca, que era un elemento permanente de la naturaleza humana, o que se remontaba al siglo XVIII, al siglo de las luces. Hoy se sabe que ha tenido una gestación larga y gradual, que ha surgido lentamente en la segunda parte de la Edad Media, a partir del siglo XII-XIII, y que se ha impuesto desde el siglo XIV con un movimiento en constante progresión. Esa dinámica está evidentemente ligada al proceder de la familia hacia una mayor*

⁶ Carbonnier “Sociología Jurídica”, p. 92.

intimidad (privacy), a la mejora de la escuela y al hecho de que ésta ha sustituido al aprendizaje tradicional.”⁷

La línea de pensamiento de ARIÈS muestra que la niñez y la adolescencia como construcción social ha partido de la indiferencia hasta llegar a ser considerada como un objeto valioso del discurso, el análisis y el debate adulto. En ese sentido, puede afirmarse que esa construcción debe ser analizada según el *patrón cultural*⁸ imperante para poder ser percibida e interpretada.

Es decir, lo que se entienda por niñez y adolescencia está directamente relacionado con los marcos de referencia que la cultura provee a los actores sociales en un espacio y tiempo determinados. Esto es importante porque denota las transformaciones que han sufrido estos conceptos y sus significaciones a lo largo del tiempo.

Refiriéndose a la Antigua Roma, ARIÈS indica que “(...) *al niño romano recién nacido se le posaba en el suelo. Correspondía entonces al padre reconocerlo cogiéndolo en brazos; es decir, elevarlo (elevare) del suelo: elevación física que, en sentido figurado, se ha convertido en criarlo. Si el padre no «elevaba» al niño éste era abandonado, expuesto ante la puerta, al igual que sucedía con los hijos de los esclavos cuando el amo no sabía qué hacer con ellos. (...) Según Veyne, en realidad los lazos sanguíneos contaban mucho menos que los vínculos electivos, y cuando un romano se sentía movido a la función de padre prefería adoptar el hijo de otro o criar el hijo de un esclavo, o un niño abandonado, antes que ocuparse automáticamente del hijo por él procreado. En último caso, los niños «elevados» habrían sido favorecidos por una elección, mientras que a los otros se les abandonaba: se mataba a los hijos no deseados de los esclavos, o a los niños libres no deseados por las más diversas razones, no sólo a los hijos de la miseria y del adulterio”*.⁹

Según lo anterior, puede observarse que el patrón cultural reinante posicionaba el vínculo electivo por encima del vínculo sanguíneo-biológico, permitiéndose el abandono y asesinato de los niños «no elegidos». Esta práctica infanticida vino a ser paulatinamente modificada en los siglos II y III, cambio

⁷ Philippe Ariès, “La Infancia”. *Revista de Educación*, Setiembre-Diciembre 1986, No. 281: Historia de la Infancia y de la Juventud, 5-17, pp. 5, 11-12.

⁸ Entiéndase por patrón cultural aquel concepto “(...) *que parte de la premisa de que toda cultura o sistema social tiene un modo único para entender situaciones y eventos. Esta cosmovisión, o manera de ver el mundo, afecta la conducta humana. Los modelos culturales (...) son entidades flexibles y maleables que constituyen marcos de referencia para el actor social, y están construidos por el inconsciente, lo transmitido por otros y por la experiencia personal*”. Baptista Lucio, María del Pilar, Fernández Collado, Carlos y Hernández Sampieri, Roberto, *Metodología de la Investigación* (México D.F.: McGraw-Hill, 2010), p. 10.

⁹Ariès, “La Infancia”, pp. 5-6.

influenciado por la transición de la familia gentilicia a la familia nuclear donde el matrimonio emergió como una institución de especial preponderancia, y a partir de ahí los hijos fueron considerados como la consecuencia o fruto de esa ahora valiosa unión. Así, la postura del adulto frente a la infancia cambió y esto se debió en gran medida a las transformaciones que fueron sufriendo la familia y los contextos de enseñanza.¹⁰

Para el siglo VI los marcos de referencia y el contexto social continuaron cambiando, señalando el autor de comentario que se comienzan a construir las ciudades amuralladas y los compromisos directos entre los hombres de las ciudades se vuelven muy importantes. El apellido y el honor familiar se consideran ahora valiosos¹¹, los vínculos sanguíneos se revalorizan y las niñas y los niños adquieren una gran importancia.

El primogénito, garantizará la perpetuación del apellido y los otros hijos colaborarán con él para que la familia pueda cumplir con las obligaciones adquiridas. En cuanto a las niñas, se constituyen en objeto de intercambio para establecer alianzas y construir redes familiares mucho más amplias que traerán beneficios económicos y de posicionamiento social. Estas costumbres reflejan que lo revalorizado son los vínculos sanguíneos y no la niñez y la adolescencia en sí misma, la infancia es valiosa en tanto útil para los fines de los adultos.

¹⁰ Ariès, al referirse a la Roma Imperial, señala que “la mayor sensibilidad hacia la infancia en Roma no puede separarse del modo que se valora el matrimonio. Lo que se sabe de la Historia moderna puede inducir a un estudioso, no especialista, de la antigüedad a afirmar que ese fenómeno también se deriva del desarrollo de la educación, a la manera griega, de la escuela. Se llega entonces al concepto de que la sensibilidad hacia la infancia, sus particularidades, su importancia en el pensamiento y en los afectos de los adultos, está ligada a una teoría de la educación y al desarrollo de las estructuras educativas, al énfasis en la formación separada del niño, e incluso del adolescente (la *pandēia*)”. Ariès, “La Infancia”, p. 10.

¹¹ Se puede identificar aquí el concepto de familia descrito por BOURDIEU, en el sentido de que “las familias son cuerpos articulados animados por una suerte de *conatus*, en el sentido de Spinoza. Es decir, por una tendencia a perpetuar su ser social con todos sus poderes y sus privilegios. Esta tendencia está en el principio de las **estrategias de reproducción**, estrategias matrimoniales, estrategias de sucesión, estrategias económicas y, en fin y sobre todo, estrategias educativas”. Pierre Bourdieu, *Capital Cultural, Escuela y Capital Social*, trad. Isabel Jiménez (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Argentina S.A., 2005), pp. 108-109.

En el transcurso de la alta Edad Media y siglos posteriores, se observa que el adulto pierde interés en el carácter valioso de la niñez y la adolescencia. Ahora, el patrón cultural marca la tendencia de observar a los niños como *homúnculos*, denominación diminutiva y despectiva del hombre. La niñez y la adolescencia pasan a ser vista como una expectativa de adulto, que, en ese período de transición hacia la adultez, es considerado débil e inútil para los intereses dominantes.

PANCHÓN IGLESIAS, al referirse a la obra de ARIÈS y al contexto español de esa época, afirma que

*“(...) en la Edad Media europea no existía ninguna diferencia entre los adultos y los niños. La concepción de la infancia no existía: los niños desde la edad de los 6 o 7 años tenían que contribuir a las actividades económicas de la familia y no se encontraban aislados de las restantes actividades de los adultos. Ya en la época medieval, (...) según las leyes, els usatges de Catalunya, los niños que vagaban por las calles, entre los que había un número considerable de huérfanos y abandonados, eran recogidos en todo el territorio de la Corona Catalano-Aragonesa, adecuándose esta institución a las necesidades peculiares de cada localidad. A partir de que se promulgó esta legislación, tanto los niños y niñas como otras personas adultas que se encontraban en situaciones de mendicidad, o para evitar que se convirtieran en vagos o malhechores, eran acogidos en orfanatos o en la Casa de la Misericordia de la ciudad. En los orfanatos los niños y las niñas aprendían un oficio que les sería útil para cuando fuesen adultos como para la financiación del orfanato con su colaboración”.*¹²

La situación reseñada en el párrafo anterior también se observa en el contexto inglés del siglo XVI donde *“(...) el niño de dos a cinco años, el párvulo [toddler], era una especie de sirviente doméstico, ignorado por poetas y filósofos como todos los sirvientes, perdido entre la cocinera y el ama de llaves”*¹³, negándosele el reconocimiento de sus necesidades progresivas de desarrollo.

Queda evidenciado que a la sociedad del momento no le interesaba proveer a la infancia de elementos materiales (alimentación, vivienda, salud, educación y vestido) e inmateriales (identidad y libertad) que les permitieran ostentar un rol preponderante o por lo menos visible en la vida en sociedad, de ahí la inminente exclusión y discriminación sufrida por esta población en todos

¹²Carmen Panchón Iglesias, *Manual de Pedagogía de la Inadaptación Social* (Barcelona: Dulac Edicions, 1998), pp. 12-13.

¹³ Donald W. Winnicott, *Acercas de los Niños*, trad. Leandro Wolfson (Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2009), p. 98.

aquellos ámbitos que tienen estrecha relación con la toma de decisiones, tanto en la esfera individual como colectiva.

En términos éticos, no era reprochable la inexistencia de un espacio social en donde la niñez y la adolescencia pudieran desarrollarse de forma autónoma con el reconocimiento de la sociedad y la cultura. Por el contrario, en el seno de las familias y las colectividades no se cuestionaba la participación de esta población en actividades bélicas, laborales y recreativas para los adultos e incluso de índole sexual.

No es sino hasta el siglo XVII que el adulto vuelve a tener una sensibilidad particular hacia los niños, pero esa sensibilidad aún no alcanzaba el espectro requerido para considerar a la niñez y la adolescencia como moralmente autónoma. La instrumentalización de esta población también se daba en el plano lúdico de los adultos.

Puede observarse todavía en pleno siglo XVIII la práctica del famoso «*juego de salón*», que consistía en arrojarse bebés fajados como si fueran pelotas. Particularmente en París, los médicos se quejaban de los constantes casos que ingresaban a los hospitales por fractura de cráneo de los niños utilizados en estos juegos. Estos llamados de atención no mermaron la práctica ni impactaron el pensamiento de los padres, ya que ellos mismos ponían a disposición a los niños para efectuar el juego.¹⁴

¹⁴ Sobre el particular, TETTAMANTI DE VIERA indica que “*J. M. Hoffmann recuerda una anécdota histórica sobre los médicos de los hospitales de París que, en el siglo XVIII, se quejaban de las fracturas de cráneo de bebés como consecuencia de un “juego de salón” difundido en la época, donde los adultos se arrojaban unos a otros, como si fueran una pelota, a los bebés fajados. Muchas veces los bebés caían y se fracturaban. Una manera de entender las causas de este desligamiento entre padres e hijos y que fertilizaba la idea del desconocimiento del niño con existencia propia, como ser singular, es conocer la cultura de la época: a) En la aristocracia: reinaba el ideal de la “mujer seductora” que brillaba en los salones. No había una idea de “familia”. b) En la clase pobre, las campesinas parturientas dejaban a sus hijos para ocuparse como nodrizas en las ciudades y así ganar el sustento. c) Existía una altísima mortalidad perinatal tanto de la madre como del niño (entre un 30 % y un 50%). d) El promedio de vida era bajo entre los padres, por lo que existían muchos huérfanos. Philippe Ariès habla del “tabú del afecto” que impedía a los padres apegarse demasiado a los hijos que sabían que no tenían muchas probabilidades de sobrevivir. En la Edad Media, se ponía el mismo nombre a dos hermanos, diferenciados luego (si ambos tenían la suerte de vivir) como el mayor y el*

Aquí los niños no eran concebidos con existencia propia valiosa, sino que se asumían como iguales a una cosa/objeto con poco o ningún valor. Situación similar ocurría en el ámbito educativo, donde la sociedad del momento era reacia a aceptar las identidades y formas propias de la niñez y la adolescencia. Se miraba a esta población como una «*expectativa de adulto*», condición que debe aguardar pasivamente la transición hacia la adultez.

Esta expectativa impuesta a la infancia vino a ser ampliamente criticada por Jean Jacques Rousseau. Para el año 1762, cuando se publicó su obra *El Emilio o De la Educación* indicó que

“no se conoce nada de la infancia: con las falsas ideas que de ella se tienen, cuanto más se camina más se yerra. Los más sabios se aplican a lo que importa saber a los hombres, sin considerar lo que los niños están en condiciones de aprender. Buscan siempre al hombre en el niño, sin pensar en lo que es antes de ser hombre”.¹⁵

Las afirmaciones efectuadas por ROUSSEAU estaban arraigadas en su experiencia como pedagogo y educador, actividad a la que se dedicó de forma exclusiva entre 1734 y 1736. Estas experiencias le permitieron construir un sistema que rechazaba por completo la educación basada en los prejuicios, los estereotipos y lo preconcebido, formas de enseñanza dominantes en el contexto del momento.¹⁶

Para el autor, el modelo de educación imperante seguía estando en función de los intereses adultos y no para el goce y disfrute pleno de la niñez. La

menor. En la Edad Moderna, se ponía el mismo nombre del hermano muerto al que nacía después. Hoy pasa algo similar con los bebés prematuros de muy bajo peso por lo que difícilmente sobrevivan y cuyas madres, en general, tienen mucha dificultad en vincularse hasta que no tienen la confianza en que vivirán. Algunas hasta tardan días en ponerles nombre”. Lilitana Tettamanti de Viera, “Clase No. 1: El Juego y la Infancia”, en *Curso de Teoría y Clínica Psicoanalítica del Juego y Dibujo* (Buenos Aires: Campus Virtual de la Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (APdeBA), 2013), pp. 3-4.

¹⁵ Jean Jaques Rousseau, *El Emilio o De la Educación*, trad. Mauro Armiño (Madrid: Alianza Editorial S.A., 2011), p. 37.

¹⁶ Se observa la vocación de pedagogo y educador de ROUSSEAU en una carta enviada a su padre en 1735, misma que ha sido recuperada por ARMIÑO en el Prólogo de la obra de comentario, y que señala: “*Me he hecho un sistema de estudio que he dividido en dos partes principales: la primera comprende todo lo que sirva para esclarecer el espíritu y para adornarlo con conocimientos útiles y agradables, y la otra abarca los medios para formar el corazón en la sabiduría y en la virtud (Correspondance générale, t. I, págs. 30-32)*”. ARMIÑO agrega sobre el particular lo siguiente: “*Dada la lamentable situación de la enseñanza de la época, el autodidacta Rousseau se hallaba en condiciones inmejorables para abordar un sistema educativo basado en la naturaleza y en la experiencia, y no en prejuicios, caminos preconcebidos y rutinas*”. Rousseau, “El Emilio”, p. 10.

anterior referencia, obliga a dar cuenta de la perspectiva ética que sustentan las prácticas de conceptualización de los adultos en torno a la niñez y la adolescencia en distintos escenarios y espacios de la vida en sociedad. De tal forma, no es sino hasta la publicación de *El Emilio* que ROUSSEAU introduce la idea de pensar al niño como moralmente autónomo en algunos aspectos.

En este escenario, se encuentra un cambio en la concepción adulta de la niñez y la adolescencia permeando sus preferencias morales. Hay acá una evidente predilección ética e interés de reconocer una niñez y adolescencia valiosa para la sociedad. A partir de ahí, comenzaron a surgir una serie de restricciones que fueron impidiendo utilizar a los niños para perseguir cualquier objetivo adulto.

Al irrumpir el reproche moral, surgieron a su vez lo socialmente bueno y lo socialmente malo respecto a la niñez y la adolescencia como propiedades definitorias de los juicios éticos en torno a las necesidades de esta emergente condición humana que implica ser niño y/o adolescente, así como su respectivo reconocimiento con características propias. A partir de acá, emergió una insipiente cultura del afecto y el cuidado de los hijos generándose la satisfacción de algunas necesidades básicas propias de la infancia.¹⁷

¹⁷ Al respecto, TETTAMANTI DE VIERA señala que “*recién en el siglo XIX podríamos decir que el lugar que ocupa la infancia cambia radicalmente. Leonard Sagan (epidemiólogo) describe cómo nace la cultura del afecto y el cuidado de los hijos, quienes empiezan a tener un lugar y son reconocidos con necesidades propias. Hay varios factores a nivel científico, social, económico y político que confluyen para otorgar finalmente un lugar central a la infancia, cercano al que hoy le damos. Es en la burguesía europea donde empiezan a instalarse estas ideas bajo la influencia de algunos filósofos, educadores y poetas como Jean Jaques Rousseau, Johan Heinrich Pestalozzi, Friederich Fröebel, Johann Paul [sic.] Friedrich Ritscher y otros, quienes durante la Ilustración empezaron a generar ideas acerca de la necesidad de que el niño comenzara a desarrollar el juicio. Debido a los cambios de la familia como institución, el niño dejó de ser un valor como mano de obra barata y protección de los padres ancianos para pasar a tener que sobrevivir en un mundo desordenado e impredecible para lo cual la autonomía y el juicio eran imprescindibles. La educación y el afecto comenzó a reemplazar a la disciplina brutal, el sometimiento y la obediencia. Se estableció un continuum [sic.] entre la vida infantil y la adulta. Se sentaron las bases para comprender que las experiencias infantiles y las primeras relaciones afectivas intervinieron en el desarrollo futuro de ese niño. Esta nueva concepción de la infancia marca los orígenes del pensamiento psicoanalítico*”. Tettamanti de Viera, “Clase No. 1: El Juego y la Infancia”, p. 4.

También surgió el problema de la comprensión recíproca y/o consensuada entre los operadores sociales sobre lo que debía considerarse pertinente o no para los intereses de los niños. A pesar de ello, pensadores como Locke y Rousseau lograron permear las nuevas ideas sobre la infancia que se asentaron en el Siglo XIX y que dieron paso a las primeras legislaciones y políticas públicas referidas a la niñez y la adolescencia, reconociéndose al niño una subjetividad distinta a la de los adultos, y un consecuente alejamiento de la objetivación absoluta que sufría al tener el mismo valor que una cosa o un animal.

Aun así, señala ARIÈS, la revalorización de la infancia en el transcurso de los siglos XVII y XVIII fue ambigua porque existió una tensión entre el repudio público de ciertos actos contra los niños –como el infanticidio– pero aún se sostuvieron prácticas de sometimiento respecto a esta población. Además, emergió un desinterés adulto por diferenciar las distintas etapas que constituyen la niñez y la adolescencia.

Esta sería una consecuencia de la «*expectativa de adultez*» mencionada por ROUSSEAU. De tal forma, se observa que

*“la infancia –no ya la del puer bimulus sino una edad un poco mayor– se confunde con la juventud: no la de la adolescencia sino la de los hombres jóvenes y fuertes. Los más pequeños quedan sometidos a los mayores de acuerdo con el modelo de la solidaridad homérica, de la solidaridad de grupo”.*¹⁸

Siguiendo a ARIÈS y TETTAMANTI DE VIERA se puede afirmar que, al irrumpir la cultura del afecto hacia la infancia y la transición del aprendizaje en el seno familiar a la escolarización masificada entre los siglos XVIII y XIX, la ambigüedad existente respecto a la niñez y la adolescencia evolucionó hacia una dicotomía: por un lado, el afecto, el mimo y la ternura exteriorizada por el adulto hacia los niños generó una sensibilidad especial respecto a esta población, pero por otro, la proliferación de las escuelas trajo consigo otro tipo de vinculación con la niñez y la adolescencia, léase la cultura de la disciplina y la severidad como

¹⁸ Ariès, “La Infancia”, p. 11.

valores supremos en el ámbito educativo que decantaron en una cultura de la violencia institucional soportada por la infancia.¹⁹

La rigidez como elemento constitutivo de la formación académica intelectual de los niños *normalizó* el sometimiento violento de la niñez y la adolescencia a los adultos en un plano educacional, práctica que se sostuvo abiertamente hasta el siglo XIX. Afirma ARIÈS que,

*“existe una vastísima colección de dibujos y caricaturas del siglo XIX donde se ve a un muchacho que pone el grito en el cielo, a un padre o a un maestro fuera de sí que lo azota severamente ante una madre en lágrimas y un grupo de compañeros horrorizados. (...) Se podría dibujar una geografía de los países del látigo y del garrote (especialmente ingleses) y de los países en los que dominó el «solideo». (...) El «solideo», convertido en pescozón, es un golpe suministrado a los niños; tuvo una gran aplicación y se introdujo incluso en las aldeas francesas más retrógradas de finales del siglo XIX”.*²⁰

Esta cultura de la violencia referenciada por ARIÈS, permite ver que la revalorización de la niñez y la adolescencia desde el afecto de los adultos fue bastante débil y muestra una incapacidad para relacionarse positivamente con los niños. Las prácticas y creencias asociadas a esta forma de enseñanza se engloban dentro de lo que se conoce como el paradigma autoritario o NIP (normativo, individualista y punitivo)²¹, que obstaculiza la solución integral de los conflictos que emergen entre los niños y los adultos.

Incluso, podría afirmarse que los adultos que adhieren a esta forma de percibir la realidad en la que se desenvuelve la niñez y la adolescencia en el ámbito educativo es el sostén de la violencia directa, estructural y cultural sufrida por esta población en este contexto. Si bien la aplicación del paradigma NIP en el entorno educativo tuvo su apogeo entre los siglos XVIII y XIX cierto es que, en

¹⁹ Véase: Ariès, “La Infancia”, p. 14.

²⁰ Ariès, “La Infancia”, p. 15.

²¹ Según BARREIRO, este paradigma “(...) enfatiza la importancia del castigo o la sanción; cuando un alumno o grupo de alumnos viola alguna norma, se pone el acento en la necesidad de identificación y castigo a los culpables, (...) se halla ligado a una concepción verticalista de la función de la autoridad, donde se prioriza la **obediencia** como valor supremo. No se educa para poder sostener un disenso o para una adaptación crítica. Se educa para una adaptación conformista. Se educa para el disciplinamiento; dentro de esta concepción, educar es enderezar, corregir, ‘poner en el molde’. (...) en el ámbito escolar las actitudes que obedecen al NIP, las actitudes punitivas y admonitorias adoptadas por los docentes que adhieren a este paradigma, provocan malestar en los chicos y generan de **suyo** un clima de violencia”. Telma Barreiro, *Conflictos en el Aula* (Buenos Aires: Ediciones Novedades Educativas, 2010), pp. 45-47.

la primera década del siglo XXI todavía se arrastran algunas de las prácticas que sostienen esta perspectiva.

Aun así, resulta innegable reconocer los esfuerzos realizados a inicios del siglo XX para comenzar a analizar en profundidad las particularidades y necesidades propias de los niños. Concretamente, se puede aseverar que una de las primeras disciplinas en manifestar un interés genuino en aproximarse a la condición infanto-juvenil es el Psicoanálisis.²² Se reconoce que los primeros aportes de esta disciplina a la comprensión de la niñez y la adolescencia se remontan a los inicios del siglo XX.

Melanie Klein, una de las precursoras del psicoanálisis de niños, indicaba que ya para 1932

*“los comienzos del análisis de niños se remontan a más de dos décadas, cuando Freud mismo realizó el análisis de Juanito. Este primer análisis de un niño fue de gran importancia teórica desde dos puntos de vista. El éxito obtenido en el caso de un niño menor de 5 años mostró que el psicoanálisis podía ser aplicado a los niños pequeños, y, lo que es más importante aun [sic.], se pudo demostrar ampliamente, por medio del contacto directo con el niño, la hasta entonces muy discutida existencia de aquellas tendencias instintivas infantiles que Freud había descubierto en el adulto. Además, los resultados obtenidos permitieron abrigar la esperanza de que futuros análisis de niños pequeños podrían proporcionarnos un conocimiento más profundo y más exacto de su psicología que el que nos había proporcionado el análisis de adultos, contribuyendo así con importantes y fundamentales aportes a la teoría psicoanalítica”.*²³

El desarrollo del Psicoanálisis infantil trajo consigo dos perspectivas para abordar el contacto directo con la niñez, a saber: a) la sostenida por Ana Freud, quien propuso un perfil de psicoanalista con funciones educativas, es decir, un analista que detecta tendencias a su percepción «negativas» y aplica técnicas específicas para reducirlas y/o destruirlas; y b) la expuesta por KLEIN, quien

²² El Psicoanálisis en sus inicios, “(...) nació, por decirlo así, con el siglo XX. La obra con la cual apareció ante el mundo como algo nuevo, mi **Interpretación de los sueños**, vio la luz en 1900. (...) nació en un terreno estrictamente delimitado. Originalmente sólo conocía un fin: el de comprender algo de la naturaleza de las enfermedades nerviosas llamadas «funcionales», para vencer la impotencia médica de hasta entonces en cuanto a su tratamiento”. Sigmund Freud, *Esquemas del Psicoanálisis y Otros Escritos de Doctrina Psicoanalítica*, trads. Luis López-Ballesteros y de Torres y Ramón Rey Ardid (Madrid: Alianza Editorial S.A., 1974), p. 07.

²³ Melanie Klein, *Obras Completas, Volumen 2: El Psicoanálisis de Niños*, trad. Arminda Aberastury (Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2011), p. 19.

intentó conocer al niño sin recurrir a estos medios educativos, sino por el contrario, pretendió indagar de forma integral el «*ser infantil*», afirmando categóricamente que el análisis del niño desde edades muy tempranas y en la adolescencia permiten fortalecer el *yo* a través del equilibrio entre el *super-yo* el *ello*²⁴, lo cual coadyuva al desarrollo satisfactorio de la niñez y adolescencia, impactando de manera positiva su personalidad en formación.²⁵

Es relevante aproximarse a la disciplina psicoanalítica desde la óptica de KLEIN ya que, aporta elementos teóricos para deconstruir la «*expectativa de adulto*» impuesta a la niñez. Por otro lado, provee técnicas específicas para comprender y comunicarse de forma efectiva con los sujetos infanto-juveniles en su condición presente, con todas las particularidades que eso significa. Esto permite afirmar que el reconocimiento de la existencia del *yo* en la niñez y la adolescencia conlleva aceptar que el sujeto infanto-juvenil tiene un espacio real-

²⁴ Entiéndase el *ello*, el *yo* y el *super-yo* desde los postulados de FREUD al describir el aparato psíquico, señalando sobre el particular lo siguiente: “*Las nociones que tenemos de este aparato psíquico las hemos adquirido estudiando el desarrollo individual. A la más antigua de esas provincias o instancias psíquicas la llamamos ello; tiene por contenido todo lo heredado, lo innato, lo constitucionalmente establecido; es decir, sobre todo, los instintos originados en la organización somática, que alcanzan en el ello una primera expresión psíquica, cuyas formas aún desconocemos. Bajo la influencia del mundo exterior real que nos rodea, una parte del ello ha experimentado una transformación particular. (...) desarrollándose paulatinamente una organización especial que desde entonces oficia de mediador entre el ello y el mundo exterior. A este sector de nuestra vida psíquica le damos el nombre de yo. (...) Su tarea consiste en la auto-conservación, y la realiza en doble sentido. Frente al mundo exterior se percata de los estímulos, acumula (en la memoria) experiencias sobre los mismos, elude (por la fuga) los que son demasiado intensos, enfrenta (por adaptación) los estímulos moderados y, por fin, aprende a modificar el mundo exterior, adecuándolo a su propia conveniencia (actividad). Hacia el interior, frente al ello, conquista el dominio sobre las exigencias de los instintos, decide si han de tener acceso a la satisfacción, aplazándola hasta las oportunidades y circunstancias más favorables del mundo exterior, o bien suprimiendo totalmente las excitaciones instintivas. (...) Como sedimento del largo período infantil durante el cual el ser humano en formación vive en dependencia de sus padres, fórmase [sic.] en el yo una instancia especial que perpetúa esa influencia parental y a la que se ha dado el nombre de super-yo. En la medida en que se diferencia del yo o se le opone, este super-yo constituye una tercera potencia que el yo ha de tomar en cuenta. (...) Los detalles de la relación entre el yo y el super-yo se tornan perfectamente inteligibles, reduciéndolos a la actitud del niño frente a sus padres. (...) en la influencia parental no sólo actúa la índole personal de aquéllos, sino también el efecto de las tradiciones familiares, raciales y populares que ellos perpetúan, así como las demandas del respectivo medio social que representan. (...) en el curso de la evolución individual el super-yo incorpora aportes de sustitutos y sucesores ulteriores de los padres, como los educadores, los personajes ejemplares, los ideales venerados en la sociedad*”. Freud, “Esquemas del Psicoanálisis y Otros Escritos de Doctrina Psicoanalítica”, pp. 108-110.

²⁵ Según KLEIN, “*el análisis ayuda mucho a fortificar el yo, hasta ahora débil, del niño y ayuda a su desarrollo, aliviando el peso excesivo de su superyó, que presiona sobre él más severamente que sobre el yo del adulto*”. Klein, “Obras Completas, Volumen 2: El Psicoanálisis de Niños”, p. 32.

actual en la sociedad, debiendo otorgársele un rol protagónico en el presente de su existir no en su expectativa de futuro como adulto.

A pesar de los importantes aportes del Psicoanálisis y otras disciplinas a la gestación de una incipiente comprensión integral e interdisciplinaria de la niñez y la adolescencia, se observan todavía a lo largo del siglo XX prácticas hegemónicas adultas que no sólo impactan de forma violenta el contexto educativo de la infancia, sino también otros ámbitos de convivencia social. Así, la consolidación del movimiento de los *Salvadores del Niño* en Estados Unidos de América a inicios del siglo XX, permitió visibilizar y enfatizar la necesidad de estudiar el fenómeno social de la «delincuencia juvenil», problemática completamente nueva para ese momento.

Anthony Platt, estudioso del movimiento, ha señalado que

*“los salvadores del niño iban más allá de las meras formas humanitarias de las instituciones existentes. Ponían atención –y al hacerlo las descubrían– a nuevas categorías de malos comportamientos juveniles hasta entonces no apreciadas. (...) Concedidos los benignos motivos de los salvadores del niño, digamos que los programas que apoyaban con entusiasmo recortaban las libertades civiles y la vida privada de los menores. Trataban a los adolescentes como si fueren naturalmente dependientes, que requirieran constante y omnipresente vigilancia. Aunque a los salvadores del niño les interesara retóricamente proteger a los menores de los peligros materiales y morales que presentaba una sociedad cada vez más urbana e industrializada, sus remedios parecían agravar el problema”.*²⁶

Se advierte la inconsistencia entre los fines y los resultados alcanzados por el movimiento puesto que resulta paradójico admitir una corriente de pensamiento que tenía como objetivo «salvar a los niños» y al mismo tiempo se convertía en una condena para muchos de ellos. Entre las razones mencionadas por PLATT, resulta relevante hacer hincapié en la construcción de una nueva «niñez y adolescencia delincuente»²⁷, la cual reflejaba la moral y los valores

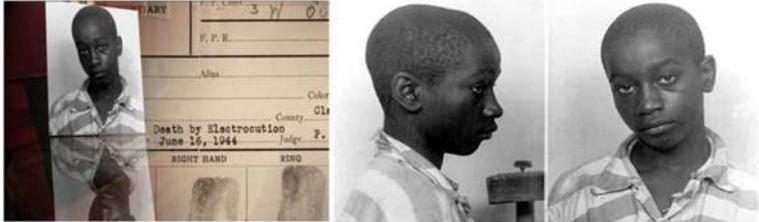
²⁶ Anthony M. Platt, *Los “Salvadores del Niño” o la Invención de la Delincuencia*, trad. Félix Blanco (México D.F.: Siglo XXI Editores S.A. de C.V., 2006), p. 31.

²⁷ Al respecto, PLATT indica que “en realidad, la delincuencia juvenil sistemática data del siglo XVII, en que ‘surgió a consecuencia de las condiciones económicas y políticas que las sociedades capitalistas nacientes estaban imponiendo por doquier’. Y mucho antes del movimiento pro salvación del niño pueden hallarse diversos tipos de esfuerzos destinados a crear programas especiales para menores. Por otra parte, no fue sino al terminar el siglo XIX cuando [sic.] se hizo un intento general de racionalizar estas reformas (tribunales para menores, libertad condicional, clínicas de guía del niño, reformatorios, etc.) para formar un **sistema** coherente de justicia para menores. Aunque los

adultos imperantes en la cultura hegemónica norteamericana de ese entonces. También, consistía en una nueva forma de control social basada en los estereotipos y los prejuicios adultos respecto de la niñez y la adolescencia. Lo enunciado y advertido por el autor puede observarse en el siguiente recuadro:

Figura No. 1: El Caso de George Stinney Jr. El niño afroamericano sentenciado y ejecutado en la silla eléctrica en 1944

Tras 70 años, la Justicia exoneró a un niño negro condenado a muerte
El caso ocurrió en Estados Unidos. George Stinney Jr. tenía 14 años cuando fue sentenciado a la silla eléctrica por el supuesto asesinato de dos niñas de piel blanca en 1944



La hermana de George Stinney Jr., un adolescente de 14 años ejecutado en Carolina del Sur en 1944, celebró hoy la decisión de la Justicia estadounidense de exonerarlo. El muchacho fue acusado y condenado hace 70 años por golpear a dos niñas blancas hasta matarlas. La familia sostiene que el juicio por el que fue sentenciado a la pena de muerte duró solo tres horas y que se basó en una confesión que supuestamente habría sido obtenida por la fuerza.

Los familiares [sic.] de Stinney y distintos abogados han intentado durante años reabrir el caso, dado que también dicen que no había evidencia y que el argumento más fuerte era que el chico había sido hablando con las niñas, de 11 y 8 años.

Kathrine Robinson, la hermana del joven, recuerda que George Jr. era tan pequeño que debieron agregar una guía telefónica para que se sentara en la silla eléctrica.

"Es como si el cielo se hubiera aclarado", declaró Robinson, maestra retirada de 80 años. "Cuando lo vimos en las noticias, estábamos sentados con amigos. Alcé mis manos y dije: 'Gracias, Jesús'. Alguien nos había escuchado. Es lo que esperamos por muchos años", afirmó.

Otra de las hermanas del adolescente, Amie Ruffner, había dicho que George Jr. no podía ser el asesino porque había estado con ella en el momento del asesinato. Su testimonio no fue escuchado.

La familia denunciaba, además, que el joven había sido llevado para ser interrogado cuando los padres no estaban en el hogar. También señalaron que el jurado, compuesto sólo por personas blancas, tardó 10 minutos en decidir su condena.

Robinson sostiene que, pese a que pasaron 70 años, tiene un claro recuerdo de su hermano, quien era un chico "inteligente, tranquilo y a quien le encantaba dibujar". "Todavía puedo ver su pequeño rostro. Tenía el potencial para ser excelente", evocó.

Y concluyó: "E estoy feliz porque haya llegado este día después de tanto tiempo, pero me estremeció cuando pienso en mi infancia y en George. No hubo nadie que lo ayudara. Me dan escalofríos cada vez que lo recuerdo".

La historia de Stinney, quien para muchos fue condenado víctima del racismo de la época, será llevada a la pantalla grande por el productor Ray Brown. Se llamará *55 Days*, el tiempo que duró el juicio en que el joven, nacido en 1929, fue acusado de asesinato y luego ejecutado.

Fuente: Infobae, "Tras 70 años, la Justicia exoneró a un niño negro condenado a muerte". *Infobae, Sección Sociedad* (jueves 18 de diciembre del 2014 [citado el 17 de enero del 2022] Infobae): disponible en <http://www.infobae.com/2014/12/18/1616003-ras-70-anos-la-justicia-exonero-un-nino-negro-condenado-muerte>

salvadores del niño reproducían el mismo modo de ver el crimen y la delincuencia que una generación anterior de reformadores. fueron innovadores porque crearon nuevas instituciones y métodos de control social. Las reformas pro salvación del niño eran parte de un movimiento mucho mayor para reajustar las instituciones de modo que satisficieran los requerimientos del sistema emergente de capitalismo corporado. Desde el tumulto de Haymarket (1886), los centros de actividad industrial han sido afectados continuamente por huelgas, interrupciones violentas y muchos fracasos y fluctuaciones en los negocios. (...) El movimiento pro salvación del niño no era una empresa humanitaria en ayuda de la clase obrera y frente al orden establecido. Al contrario, su impulso procedía primordialmente de la clase media y la superior, que contribuyeron a la invención de nuevos [sic.] formas de control social para proteger su poderío y sus privilegios. Este movimiento no fue un fenómeno aislado, sino que reflejaba cambios masivos acontecidos en el modo de producción, desde el dejar-hacer hasta el capitalismo monopólico, y en la estrategia del control social, de la ineficaz represión a la benevolencia del Estado benefactor". Platt, "Los Salvadores del Niño", pp. 19-21.

El caso anterior muestra que la vida de los niños y adolescentes en todos sus aspectos se encontraba secuestrada por los adultos, estableciéndose una relación de dominación que vino a cimentar el *adultocentrismo*, entendido esto último como la identidad hegemónica que marca las condiciones a través de las cuales la niñez y adolescencia coexisten y se relacionan con los adultos de forma jerarquizada.²⁸ En relación con esta afirmación, RESTA ha señalado que la sociedad actual

“(…) «olvida» y esconde su infancia, niega el sentido de sí misma y de su tiempo. (...) sería quizá por el hecho de que el tiempo de la infancia es «atemporal» y que, no obstante la disolución, se presenta a los ojos contemporáneos con la mirada frágil de siempre”.²⁹

Esta negación que hace la sociedad adulta contemporánea de las identidades y las formas propias de la niñez y la adolescencia tiene larga data, como ya se ha venido reseñando. Al respecto, WINNICOTT llama la atención sobre esto en un artículo publicado para *New Society* en 1964 titulado *La Juventud No Dormirá*, donde señala que tanto la sociedad adulta moderna como la posmoderna quieren que la adolescencia ingrese en una especie de sueño y

²⁸ Sobre la identidad hegemónica en el contexto latinoamericano, y especialmente el costarricense, PÉREZ YGLESIAS y GONZÁLEZ GARCÍA señalan que “la búsqueda incansable de identidad es, entonces, una característica de todos y cada uno de los pueblos del mundo: todos quieren ser en sí y distintos del otro. Todos necesitan la seguridad de un sentido de pertenencia y evidenciar, de alguna manera, un espacio de diferencia. (...) La «civilización occidental» –a la cual nos lleva a pertenecer la historia de América Latina, en general, y la de Costa Rica, en particular– está fuertemente representada por fundamentos judeo-cristianos, base de su sistema de valores y de la lógica que los sostiene. Una lógica basada en una sociedad patriarcal, en la subordinación de lo femenino y la preeminencia del hombre. Una lógica de poder y dominación justificada en la verticalidad (una propuesta jerárquica de relaciones) impuesta por la teología y reproducida por la familia, la escuela y los medios de comunicación de masas. Lo que se acerque a este esquema dominante, política, ideológica o culturalmente será más civilizado, lo que se aleje se calificará, explícita o implícitamente, de bárbaro. (...) la hegemonía –sin menospreciar la importancia del aparato político– tiende a buscar el consenso, privilegiando las instancias persuasivas. Se hace referencia a la institución familiar, a la iglesia, a los aparatos educativo, de información y cultura y de organización. Cada una de las sociedades, de forma más o menos restrictiva, se programa con base en estos mecanismos de construcción de hegemonía, con predominio de unos sobre los otros. (...) Son, entonces, las instancias religiosa, educativa y de información las que se encargan –predominantemente– de conformar, en diferentes momentos históricos, una identidad hegemónica. La propuesta transnacional atraviesa –con mayor o menor efectividad– las identidades particulares y trata de reducir, ocultar o banalizar las diferencias entre ellas. La familia y la organización comparten, apoyan y reproducen los espacios simbólicos preponderantes, aunque en todas y cada una de las instancias existe la discusión, el disenso y la resistencia”. María Pérez Yglesias y Yamileth González García, “Identidad de Identidades: ¿Hacia una identidad hegemónica?”, en *Identidades y Producciones Culturales en América Latina*, ed. María Salvadora Ortiz (San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1996), pp. 4-6 y 9.

²⁹ Eligio Resta, *La Infancia Herida*, trad. Laura N. Lora (Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008), pp. 9-10.

despierte en las primeras etapas de la adultez. Su artículo inicia con un extracto del libro de Shakespeare *Cuento de Invierno*, el cual se transcribe de seguido:

*“Desearía que no hubiese edad intermedia entre los 16 y 23 años o que la juventud durmiera hasta hartarse, porque nada hay entre esas edades como no sea dejar embarazadas a las chicas, agraviar a los ancianos, robar y pelear”.*³⁰

A partir de la referencia de este extracto, WINNICOTT aborda el deseo de los adultos de emprender acciones inmediatas para mitigar la adolescencia demostrando que, al adulto le resulta incómodo y hasta molesto lidiar con la niñez, siéndole difícil aceptar una adolescencia autónoma, plena y como un fin en sí misma no como una condición pasiva que se aguarda para abandonar.

A diferencia del pensamiento adulto, el autor hace foco en las acciones diametralmente opuestas que realizan los adolescentes para auto-asumirse y respecto de las cuales los adultos reaccionan de forma negativa. En ese sentido, señala que existe

*“(…) la capacidad de la inmensa mayoría de los adolescentes para tolerar su propia posición de «no saber hacia dónde ir». Esos jóvenes idean toda clase de actividades interinas para hacer frente al aquí y ahora, mientras cada uno aguarda el momento en que adquirirá el sentido de existir como una unidad; para que esto suceda, es preciso que el proceso de socialización se haya desarrollado suficientemente bien durante la niñez y en esa fase que a veces se denomina «período de latencia». (...) Hoy en día, desearíamos más bien que la «juventud durmiese» desde los 12 años hasta los 20, y no desde los 16 hasta los 23, pero la juventud no dormirá. La tarea permanente de la sociedad, como respecto a los jóvenes, es sostenerlos y contenerlos, evitando a la vez la solución falsa y esa indignación moral nacida de la envidia del vigor y la frescura juveniles. El potencial infinito es el bienpreciado y fugaz de la juventud; provoca la envidia del adulto, que está descubriendo en su propia vida las limitaciones de la realidad”.*³¹

De lo hasta acá mencionado, surge la necesidad de emprender nuevos reconocimientos basados en las voces y discursos propios de la niñez y la adolescencia en confluencia con los de los adultos. Estos nuevos reconocimientos requieren abordajes, metodologías y pedagogías específicas para que sean

³⁰ Extracto de la obra *Cuento de Invierno* de William Shakespeare citado en: Donald W. Winnicott, *Deprivación y Delincuencia*, comp. Clare Winnicott, Ray Sheperd y Madeleine Davis, trad. Leandro Wolfson y Noemi Rosenblatt (Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2011), p. 183.

³¹ Winnicott, “Deprivación y Delincuencia”, pp. 184-185.

efectivos, aspectos particulares a los que se hará referencia en los siguientes apartados de este capítulo.

3. Una reflexión jurídica sobre los derechos de la niñez y la adolescencia

Desde la óptica jurídica, resulta relevante esbozar el nacimiento y evolución histórica de los derechos de las NNyA, para luego delimitar (en un capítulo posterior) el marco legal internacional y local que exhorta la participación de las NNyA en los procesos de mediación y prácticas reconciliatorias.

En el plano internacional, siguiendo la propuesta evolutiva de los derechos de las NNyA desarrollada por los académicos de la Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea Pauli Dávila, Luis M. Naya e Iñaki Zabaleta, se pueden rastrear incipientes actividades que repercutirán con posterioridad en la gestación de estos derechos a finales del siglo XIX y las primeras tres décadas del siglo XX, las cuales obedecen a la organización de congresos internacionales dirigidos a convocar voces de distintos países para referirse al tema de la protección de la infancia, esto desde dos frentes: el discurso jurídico y el pragmatismo médico-higienista.³²

³² Según DÁVILA, NAYA y ZABALETA, “desde fines del siglo XIX, y a lo largo del primer tercio del siglo XX, se produce un fenómeno que se irá consolidando, en relación con las políticas de protección infantil. Se trata del progresivo interés por parte de los reformadores sociales, médicos, pedagogos, educadores, pediatras, asociaciones de protección a la infancia y, en general, los gobiernos, de internacionalizar dichas políticas. Una de las vías de penetración será la celebración de congresos internacionales que, en la mayoría de los casos, están convocados por asociaciones de protección a la infancia, de pediatría, de higiene, de medicina, etc. y que cuentan con el patrocinio de gobiernos nacionales. (...) Las discusiones en los congresos sobre la infancia giraban alrededor de dos polos, uno «más jurídico y teórico y otro más pragmático». Es decir, el primero, con un planteamiento jurídico más preocupado por cuestiones relativas a las responsabilidades de los Estados o de las familias con respecto a los niños abandonados, la delincuencia o la tutela. En este ámbito los cambios de la legislación adquieren una gran importancia. Todas estas cuestiones, por ejemplo, se pueden observar ya en 1883 a raíz del primer Congreso Internacional de Protección a la Infancia, celebrado en París. O bien, el segundo polo, con un planteamiento médico-higienista más preocupado por la primera infancia y el cuidado de las enfermedades más comunes, además de la apertura al campo de la puericultura y a la introducción de la leche esterilizada, como puede observarse en los diferentes congresos sobre Higiene. En este segundo ámbito, más pragmático, es de resaltar la celebración de los tres Congresos Internacionales de Gotas de Leche (París, 1902;

La celebración de estos congresos trajo consigo un sostenido proceso de internacionalización de discursos, prácticas y políticas gubernamentales orientadas a informar sobre el estado de la niñez y la adolescencia en distintas latitudes y en una gran variedad de ámbitos. Este proceso tuvo lugar en el contexto posterior a la Primera Guerra Mundial, momento en el que existía una preocupación generalizada de diversos Estados por la situación de las NNyA sobrevivientes a la guerra y el impacto que tendría en el mantenimiento de la paz y la reconstrucción de Europa.

Siguiendo a los autores de comentario, los dos frentes sostenidos en los congresos internacionales lograron que la protección internacional de la infancia se bifurcara en esos dos ámbitos, los cuales se mantuvieron vigentes hasta 1930. Estas dos grandes áreas de protección impactaron la primera declaración de derechos otorgada a NNyA. En 1924, la Sociedad de la Naciones, organismo internacional precursor de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU), adoptó la *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño* de la autoría de Eglantyne Jebb, quien junto con su hermana, Dorothy Frances Buxton, fundó la organización *Save the Children Fund* en 1919.

El documento ha sido considerado como el primer texto jurídico internacional en otorgar derechos concretos a las NNyA. El contenido de la declaración versó sobre cinco grandes máximas, dirigidas a proteger diversas necesidades de la población beneficiaria, las cuales pueden observarse en el siguiente recuadro:

Bruselas, 1907, y Berlín, 1911), que tuvieron un éxito sin precedentes, tanto por el importante número de países que participaron, como por la presencia de pediatras de alto nivel científico". Paulí Dávila, Luis M. Naya e Iñaki Zabaleta, "Evolución de los Derechos de la Infancia y América Latina", en *Derechos de la Infancia y Educación Inclusiva en América Latina*, eds. Paulí Dávila y Luis M. Naya (Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2011), pp. 34-35.

Figura No. 2:
Derechos de las NNyA contemplados en la Declaración de Ginebra de 1924

Primero	El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.
Segundo	El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.
Tercero	El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.
Cuarto	El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.
Quinto	El niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.

Fuente: Elaboración propia a partir del texto de la Declaración.

Se desprende del análisis del articulado anterior que, si bien se evidencia un interés genuino por edificar un marco legal mínimo de derechos para las NNyA, especialmente en un contexto internacional de posguerra, tanto los contenidos como los impulsores del documento tienen una tendencia filantrópica, asistencialista y de auxilio. Resulta de vital importancia recordar quiénes son los actores sociales vinculados con el desarrollo de la declaración, lo que permite visibilizar la mentalidad adulta del momento, más enfocada en la ayuda y tutela de las NNyA, el etiquetamiento y el lenguaje peyorativo dirigido al auxilio de una niñez y adolescencia percibida como «pobre», «desvalida» y «deficitaria», esto según la moral y los valores sostenidos por la cultura benefactora de las élites de ese entonces, dejando de lado la discusión sobre el necesario abandono del discurso y las prácticas que promovían la objetivación de la niñez y la adolescencia.

Según DÁVILA, NAYA y ZABALETA, la declaración tuvo una gran acogida en el seno de la Sociedad de las Naciones debido a múltiples factores,

“(…) dentro del ámbito del derecho internacional, unos factores internos, como el impulso de su fundadora (Eglentyne [sic.] Jebb), la ayuda del papa Benedicto XV y el apoyo de políticos e intelectuales de todo signo, como Robert Cecil (uno de los constructores de la Sociedad de las Naciones, y premio Nobel de la Paz en 1957); y otros externos, como el Tratado de Versalles, después de la finalización de la Primera Guerra Mundial; la Carta

de Lady Aberdeen, elaborado por el Consejo Nacional de la Mujer; la Carta socialista sobre el trabajo de los adolescentes, y las indicaciones de la Organización Internacional del Trabajo sobre el trabajo infantil".³³

El rol protagónico asumido por la organización liderada por JEBB y la Iglesia Católica en la promulgación de la declaración, trajo consigo una fuerte presión a los Estados interesados en tutelar y proteger a las NNYA, viéndose obligados a financiar a este tipo de entidades privadas de beneficencia, así como instituciones religiosas, delegándose en ellas un cúmulo importante de obligaciones públicas en relación con el estado y bienestar de la niñez y la adolescencia.

Resulta relevante detenerse en el punto anterior, dado que las prácticas benéficas y religiosas tenían una doble finalidad y no necesariamente estaban dirigidas a la plena satisfacción de las necesidades básicas de las NNYA. Se observa, por ejemplo, que en el contexto porteño argentino

"en los inicios del Estado nacional, la protección de los niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales estaba reservada a las entidades privadas –laicas o religiosas– y excluida de las políticas públicas diseñadas y promovidas por el Estado. Entre los primeros antecedentes del sistema de cuidados para niños, niñas y adolescentes, por fuera del ámbito familiar, es posible mencionar la fundación de la Casa de Niños Expósitos, el 7 de agosto de 1779, por orden del virrey Juan José de Vértiz y Salcedo. (...) Poco se sabe sobre el destino de los niños y niñas que ingresaban a la Casa. Algunas versiones históricas relatan que luego de cierta edad, y tras obtener un determinado nivel de instrucción en escuelas para huérfanos, eran entregados a familias de la clase alta de la época para actividades de servidumbre".³⁴

Si bien la beneficencia argentina tiene orígenes que datan del Siglo XVIII, es posible rastrear su evolución histórica y permanencia en el tiempo hasta mediados del siglo XX como consecuencia de la promulgación de la Ley No. 10.903: "Patronato de Menores"³⁵ de 1919, la cual fue derogada en el siglo

³³ Dávila, Naya y Zabaleta, "Evolución de los Derechos de la Infancia y América Latina", p. 42.

³⁴ Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional y Propuestas para la Promoción y el Fortalecimiento del Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria* (Buenos Aires: Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2012), p. 10.

³⁵ Sancionada el 21 de octubre de 1919 y publicada en el Boletín Oficial No. 7. 711 del 27 de octubre del mismo año.

siguiente por la Ley No. 26.061: “Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes”³⁶.

Para la segunda década del siglo XIX, la *Casa de Niños Expósitos* pasó a manos de la Sociedad de Beneficencia de Buenos Aires y fue rebautizada como *Casa Cuna*. Esta entidad comprendió dentro de sus funciones la dirección e inspección de la *Casa Cuna* hasta el año 1946, momento en el que fue intervenida y clausurada mediante el Decreto Ejecutivo No. 9414/46, quedando desarticulada definitivamente mediante la Ley No. 13.341: “Crean la Dirección Nacional de Asistencia Social”³⁷.

En el contexto costarricense, se observa que la trayectoria y las modalidades de la beneficencia no son tan distintas a la argentina. Al analizarse la investigación histórica de RODRÍGUEZ SANCHO, titulada *El Estado en Costa Rica, la Iniciativa Pública y Privada frente al problema de la Pobreza Urbana. San José (1890-1930)*, es posible afirmar que el país experimentó una fuerte actividad y movimientos filantrópicos a finales del siglo XIX y en las primeras dos décadas del siglo XX, dirigidos y liderados por: la Iglesia Católica, ciertos sectores de la burguesía nacional, también denominada por el autor como «filantropía oligárquica» y diversas sociedades de beneficencia pertenecientes a colonias extranjeras asentadas en el territorio nacional.³⁸

³⁶ Sancionada el 28 de setiembre del 2005, promulgada de hecho el 21 de octubre del mismo año y publicada en el Boletín Oficial No. 30. 767 del 26 de octubre del 2005.

³⁷ Sancionada el 28 de setiembre de 1948, promulgada el 18 de octubre del mismo año, y publicada en el Boletín Oficial No. 16. 184 del 19 de octubre de 1948.

³⁸ Según el autor, “*el Estado costarricense recurrió a la continua promulgación de leyes, decretos, acuerdos o al financiamiento de instituciones vinculadas con la beneficencia pública, la salud, la vivienda, la educación, el aparato judicial y policía, entre otros. (...) Esto se visualiza, en especial, durante las dos primeras décadas del siglo XX. (...) Se confirma de esa manera, cómo las autoridades públicas veían en los trabajadores pobres de la ciudad un agente de infección moral y física de la sociedad; con estas acciones gubernamentales, se asumía el cumplimiento de sus metas y fines. Las instituciones creadas contribuyeron, en los distintos campos de acción, a disminuir los conflictos que pudieran protagonizar los más pobres de la sociedad (...). Asimismo con estas medidas, se preocupaban por educar a la población en valores burgueses asociados con el progreso material y el bienestar social. Tanto la Iglesia Católica como algunas personas e instituciones eran quienes ejercían esa función social por medio de la filantropía y la beneficencia desde las postrimerías del siglo XIX; esta a la vez, fue un medio de prestigio y control social. (...) la beneficencia sirvió como un medio de promoción social de la elite, a la vez, fue parte de su «necesidad moral» para brindar*

Si bien en la década de los años treinta del siglo pasado todavía existía un fuerte movimiento filantrópico liderado por la Iglesia Católica y las élites del momento en ambos países, una década después con la promulgación de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU, se dio la proscripción de la discriminación en razón de: la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra naturaleza, el origen, la posición económica, el nacimiento u otras condiciones³⁹ y la prohibición del sometimiento vía servidumbre⁴⁰; por consiguiente, las vías de articulación y formas de trabajo emprendidas por la beneficencia religiosa y de élite, habiendo sido prohibidas, fueron debilitándose en el tiempo, al asumir los Estados un rol protagónico en la deconstrucción de las prácticas filantrópicas privadas en aumento de las políticas públicas de justicia social.

En lo que respecta a la población niñez y adolescencia, la *Declaración Universal de Derechos Humanos* presenta un articulado específico que otorga a las NNyA las necesidades básicas humanas como derechos, tal interpretación se desprende de la lectura del Artículo 25 de la declaración en mención, el cual reza:

“ARTÍCULO 25.- 1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de

*ayuda material a los «menos afortunados». (...) Desde finales del siglo XIX, la beneficencia eclesiástica y la filantropía oligárquica fueron el preámbulo de lo que sería posteriormente el aparato de política social articulado desde la estructura gubernamental. Esta supo aprovechar gran parte de los esfuerzos desplegados por estas instancias en sus respectivos campos de acción. Además, funcionaron algunas Órdenes Religiosas por medio de las cuales los hospicios de huérfanos tuvieron una coordinación de funciones a principios del siglo XX, junto con grupos caritativos de la oligarquía; ambos percibían fondos públicos para su mantenimiento y operación formal. (...) En la última década del siglo XIX y la primera del XX, la ciudad capital vio florecer una variedad de sociedades con fines humanitarios organizadas por colonias de extranjeros radicados en Costa Rica. (...) surge una preocupación estatal por dotar de fondos a estas sociedades de extranjeros que ayudaban a los pobres. Es así como se conceden unos dineros en setiembre de 1896 a tres de estas agrupaciones sociales”. Javier Rodríguez Sancho, “El Estado en Costa Rica, la Iniciativa Pública y Privada frente al Problema de la Pobreza Urbana. San José (1890-1930)”, *Anuario de Estudios Centroamericanos, Universidad de Costa Rica*, 26 (1-2, 2000): 57-77, pp. 57-58, 64, 67.*

³⁹ Véase el Artículo 2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴⁰ Véase el Artículo 4 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencias especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”⁴¹.

Este reconocimiento especial que hace la *Declaración Universal de Derechos Humanos* a la niñez y la adolescencia, traería once años más tarde una nueva declaración de derechos, mucho más profunda, amplia e individualizada, otorgada especialmente a las NNyA. Según DÁVILA, NAYA y ZABALETA, es importante detenerse a reflexionar sobre el contexto de posguerra en el que también se gestó este documento. Sumado a ello, cabe recordar que las discusiones en torno a esta nueva declaración se dan en plena Guerra Fría, donde un sector socialista de los Estados Miembros de la ONU abogaba más por una carta de derechos para las NNyA con mayores deberes y obligaciones para los Estados, y, por otro lado, un grupo de Estados liderado por los Estados Unidos de América que promovía únicamente una ampliación de principios de la *Declaración de Ginebra* de 1924.⁴²

Así las cosas, en el marco de la 841a. sesión plenaria de la Asamblea General de la ONU, celebrada el 20 de noviembre de 1959, se proclamó la *Declaración de los Derechos del Niño*, tomando como base y fundamento la *Declaración de Ginebra* de 1924 y la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, resultando un texto de diez principios que contemplaban: a) una

⁴¹ Artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴² Afirman DÁVILA, NAYA y ZABALETA que, “*la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 surge en un contexto internacional más pacificado, con la recuperación de todos los países que intervinieron en la guerra y también con los procesos de descolonización de los países africanos, reivindicando su derecho a la libre determinación, aunque en un ambiente de guerra fría. La creación de la UNICEF en 1946, y la situación de la infancia después de la Segunda Guerra Mundial explican la nueva Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959. (...) De esta manera, desde 1949 hasta 1959 estaría en discusión la nueva declaración sobre los derechos de los niños, manifestándose una tensión constante entre los países del bloque socialista, sobre todo la Unión Soviética y Polonia, partidarios de una convención que obligase más a los Estados, y los países bajo la égida de Estados Unidos, más partidarios de una actualización de la Declaración de Ginebra*”. Dávila, Naya y Zabaleta, “Evolución de los Derechos de la Infancia y América Latina”, p. 47.

incipiente caracterización de «niño» (Preámbulo), b) igualdad y no discriminación entre todos los niños (Principio No. 1), c) protección especial con fines de desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social, con énfasis en el interés superior del niño (Principio No. 2), d) acceso a un nombre y nacionalidad (Principio No. 3), e) derecho a la salud, alimentación y recreación (Principio No. 4), f) cuidados especiales para niños física, mental o socialmente «impedidos» (Principio No. 5), g) responsabilidad directa de los padres de tutelar el desarrollo del niño con seguridad moral y material (Principio No. 6), h) derecho a la educación y al juego regidos por el interés superior del niño (Principio No. 7), i) prioridad en la protección y el socorro (Principio No. 8), j) ciertas limitaciones al trabajo infantil (Principio No. 9) y k) protección contra la discriminación y educación en los valores de la tolerancia, amistad, paz, fraternidad y solidaridad (Principio No. 10).

Sin lugar a dudas puede afirmarse que, mediante la proclamación de esta declaración, el cúmulo de derechos reconocido a las NNyA para este momento fue mucho mayor. Claro está, la posibilidad de su ejercicio estaba supeditada a la protección especial y la tutela de los adultos, en el caso de la niñez y la adolescencia la responsabilidad de cumplimiento recaía sobre los padres y lo respectivo a las NNyA abandonados correspondía al Estado. La particularidad e insistencia de esta función proteccionista de la declaración es visible tanto en el Preámbulo como en los principios 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10.

Esta declaración revela un interés adulto muy particular, donde se evidencia una mayor preocupación por proteger a la niñez en aras de su «desarrollo normal» en los ámbitos: físico, mental, moral, espiritual y social, garantizándose así, con posterioridad, un miembro «útil» a la sociedad, en detrimento de la importancia de reconocer a las NNyA como sujetos de derecho, no como objetos dependientes y depositarios de ayuda. Parece ser entonces que, el corazón o la intención principal de la declaración es esta última. En este sentido, al analizarse en profundidad la redacción de la declaración, se observa la objetivación que sufren las NNyA desde tres ópticas, a saber:

- a) A través del énfasis puesto en considerar al niño como objeto de protección y al adulto como sujeto activo de protección (el uso de las palabras «protección», «protegido», «cuidar» y «cuidado» asociadas al sujeto pasivo «niño» tienen una frecuencia de uso de once (11) veces en una Declaración de 10 principios).
- b) Mediante la indicación taxativa de características no deseables en el niño, y por ende, de las cuales debe ser «protegido» (por ejemplo: inmadurez física y mental (Preámbulo), infelicidad y/o desdicha (Preámbulo), enfermedad y «anormalidad» (Principios No. 2 y No. 4), «impedimentos» físicos, mentales y/o sociales (Principio No. 5), abandono, incompreensión, carencia de amor y afecto familiar (Principio No. 6 y No. 9), y desarrollo en ambientes «inmorales» e inseguros en términos materiales (Principio No. 6)).
- c) Por medio de la pasividad asumida respecto a las acciones específicas de «protección» y «cuidado» (de seguido pueden observarse algunas de las conjugaciones verbales asociadas al sujeto «niño» en términos pasivos: “(...) el **niño**, por su **falta de madurez física y mental**, **necesita protección y cuidado especiales**” (Preámbulo), “(...) la humanidad **debe al niño lo mejor que puede darle**”. (Preámbulo), “**El niño gozará de una protección especial** (...) para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal” (Principio No. 2), “**El niño tiene derecho a recibir educación** (...).Se le **dará una educación que favorezca** (...) su sentido de responsabilidad moral y social, y llegar a ser un miembro útil de la sociedad” (Principio No. 7), “**El niño debe, en todas las circunstancias, figurar entre los primeros que reciben protección y socorro**” (Principio No. 8), “**El niño debe ser protegido contra toda forma de abandono, crueldad y explotación**” (Principio No. 9), “**El niño debe ser protegido contra las prácticas que puedan fomentar la discriminación racial, religiosa o de cualquier otra índole**” (Principio No. 10).

La lectura de las tres proposiciones anteriores permite concluir que, la puesta en vigencia de la declaración no contempló la posibilidad de que el niño pueda darle algo valioso a la sociedad, esto en su condición presente de niño, no como expectativa de adulto. Además, hacía énfasis en direccionar el desarrollo del niño hacia la «normalidad», sin conocerse cuáles serían los parámetros para determinar tal condición. Sumado a ello, revela la edificación de un derecho a la educación, el juego y la recreación que tienen como fin último el desarrollo de aptitudes morales y sociales que le sean útiles a la sociedad, sin tomar en cuenta

las necesidades propias y genuinas del niño que estarían satisfaciendo esos derechos.

Por último, pero no menos importante, no deja de preocupar cuál habrá sido el destino de las NNyA que se encontraban comprendidos por alguna –o muchas– de las categorías no deseables, y por ende, el conocer cómo lidió y lidia el adulto con una niñez y adolescencia que le resulta incómoda, como lo sería la niñez «inmadura, infeliz, enferma, anormal, impedida, abandonada, incomprendida, carente de amor y afecto, inmoral, insegura materialmente y discriminada», tal y como ha quedado establecido en la declaración.

Este parece ser el mayor desafío a enfrentar tanto en el contexto jurídico como en el social, en lo que a derechos de las NNyA se refiere. Por lo tanto, pensar en variadas y diferentes infancias y adolescencias, en detrimento de una niñez y adolescencia «normal» construida desde el discurso jurídico y social hegemónico adulto, podría ser el primer paso a implementar, planteamiento que se retomará con posterioridad.

Si bien veinte años después se promulgaría la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN)⁴³, la cual traería consigo la consideración del niño como sujeto de derecho,

*“(…) lo cierto es que en la implementación que llevan a cabo los diferentes Estados partes todavía se aprecia el escaso interés y desarrollo por esta nueva concepción, prevaleciendo la postura tradicional de protección a pesar del discurso «políticamente correcto» sobre los derechos del niño”.*⁴⁴

Aun así, es de importancia capital detenerse en el estudio y análisis profundo de la CDN por varias razones, especialmente, por su carácter jurídico de *convención* y ya no de *declaración*, siendo esta última la modalidad de instrumento jurídico utilizada hasta el momento para receptor los derechos de las NNyA en el contexto internacional. La incorporación de la CDN en el marco

⁴³ Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU en su resolución 44/25 del 20 de noviembre de 1989, con entrada en vigor el 02 de septiembre de 1990 de conformidad con su Artículo 49.

⁴⁴ Dávila, Naya y Zabaleta, “Evolución de los Derechos de la Infancia y América Latina”, pp. 49-50.

general de los instrumentos internacionales de derechos humanos en modalidad de *convención*, trajo consigo una obligatoriedad de cumplimiento de los extremos contenidos en su cuerpo jurídico para los Estados Miembros que ratificaron el instrumento, distinto de las *declaraciones*, ya que éstas no pueden producir los efectos jurídicos de una convención porque no son jurídicamente vinculantes.

Según el control de situación de ratificación, reservas y declaraciones de la CDN, para febrero del 2022 Estados Unidos de América constituye el único Estado Miembro que no ha ratificado este instrumento. A pesar de ello, según lo afirma UNICEF, es la normativa internacional de derechos humanos de más amplia y rápida ratificación de toda la historia del Derecho Internacional Público.⁴⁵

Ahora bien, luego de mostrar los antecedentes de promulgación y ratificación casi global de la CDN, surge la necesidad de adentrarse en el análisis jurídico del instrumento. Inicialmente, esta convención puede estudiarse desde su estructuración general, la cual está dividida en tres grandes ámbitos: a) la primera parte contempla los *principios rectores* y los derechos reconocidos a las NNyA (Artículos del 1 al 41); b) la segunda sección comprende las obligaciones de dar publicidad a la Convención por parte de los Estados Miembros y la creación y establecimiento de competencias del Comité de los Derechos del Niño (Artículos del 42 al 45); y c) un último apartado referido a las condiciones de firma, ratificación, adhesión, vigencia, enmiendas, reservas, denuncia y depósito (Artículos del 46 al 54).

En lo referido a los primeros cuarenta y un artículos de la CDN, es importante visibilizar cuáles de esos numerales han sido considerados principios generales y ejes estructurales del instrumento. El Comité de los Derechos del Niño, a través de la Observación General (OG) CRC/GC/2003/5: “Medidas

⁴⁵ Al respecto véase: UNICEF, “Preguntas frecuentes acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño”. UNICEF ([citado el 11 de febrero del 2022] UNICEF): disponible en <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/preguntas-frecuentes>

Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”, ha indicado que los artículos: 2 (Principio de No Discriminación); 3 párrafo 1 (Principio del Interés Superior del Niño); 6 (Derecho a la Vida-Principio de Supervivencia y Desarrollo); y 12 (Derecho del niño a expresar su opinión y ser escuchado-Principio de Participación Activa) cumplen con la característica de *principios rectores* y su aplicación por parte de los Estados Miembros resulta indispensable para adoptar

*“(…) una perspectiva basada en los derechos del niño, mediante la acción del gobierno, del parlamento y de la judicatura, [que] es necesaria para la aplicación efectiva de toda la Convención”.*⁴⁶

La interpretación que realiza el Comité a través de la OG de comentario define lo que ha de considerarse como una perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia. Esto quiere decir que cada Estado Miembro ratificante de la CDN, ha de realizar todo tipo de esfuerzos dirigidos a garantizar el cumplimiento de los derechos de las NNyA sin discriminación, observando su interés superior, promoviendo su desarrollo y supervivencia y con amplias posibilidades de participación activa sobre todo aquello que les incumbe.

Las implicaciones de aplicar los *principios rectores* de la CDN como ejes transversales conllevan analizar los demás derechos desde esta óptica, por ejemplo, los derechos asociados a garantizar la no discriminación estarían receptados por los artículos: 4 (Efectividad de los derechos Económicos, Sociales y Culturales); 13 (Libertad de Expresión); 14 (Libertad de Pensamiento, Conciencia y Religión); y 15 (Libertad de Asociación).

Los derechos enmarcados en el Interés Superior del Niño remiten especialmente a todos aquellos artículos que tienen como objetivo la protección integral de las NNyA en diversas circunstancias, tales como: los casos que comprometan la identidad (Artículo 8); el violentamiento del derecho a la intimidad (Artículo 16); el perjuicio/abuso físico o mental, el descuido o trato

⁴⁶Comité de los Derechos del Niño, *OG CRC/GC/2003/5 “Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)”*, párrafo 12.

negligente, los malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (Artículo 19); la desvinculación familiar temporal o permanente (Artículo 20); los sistemas de adopción (Artículo 21); el acceso a la condición de refugiado (Artículo 22); el internamiento por razones de atención, protección o tratamiento de la salud física o mental (Artículo 25); la explotación económica y laboral (Artículo 32); el uso ilícito de los estupefacientes y las sustancias sicotrópicas (Artículo 33); la explotación sexual (Artículo 34); el secuestro, la venta y/o la trata para cualquier fin (Artículo 35); cualquier forma de explotación que sea perjudicial para cualquier aspecto del bienestar del niño (Artículo 36); la tortura, los tratos o penas crueles (Artículo 37); y el trato prioritario en situaciones de conflicto armado (Artículo 38).

Los derechos que promueven el desarrollo y la supervivencia se encuentran delimitados por: la definición de «niño» (Artículo 1); la autonomía progresiva (Artículo 5); el derecho a un nombre, una nacionalidad, y en la medida de lo posible, conocer y ser cuidado por sus padres (Artículo 7); el derecho a la identidad (Artículo 8); el derecho a permanecer con los padres (Artículo 9); el derecho a tener contacto directo con ambos progenitores (Artículo 10); el derecho a no ser trasladado ni retenido ilícitamente en el extranjero (Artículo 11); la libertad de expresión (Artículo 13); la libertad de pensamiento, conciencia y religión (Artículo 14); la libertad de asociación (Artículo 15); el derecho a la intimidad (Artículo 16); el derecho a la información (Artículo 17); la obligación de los padres de participar en la crianza y desarrollo del niño (Artículo 18); el derecho a ser adoptado (Artículo 21); derecho al refugio (Artículo 22); las condiciones especiales que deben garantizarse al niño mental o físicamente «impedido» (Artículo 23); el derecho a la salud (Artículo 24); el acceso a la seguridad social (Artículo 26); el derecho a un nivel de vida adecuado que garantice el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (Artículo 27); el derecho a la educación (Artículos 28 y 29); el derecho a pertenecer a la minoría étnica, religiosa o lingüística de la que proviene (Artículo 30); el derecho al descanso, el esparcimiento, el juego y la recreación (Artículo 31); el derecho a

una recuperación física y psicológica, y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes o conflictos armados (Artículo 39); el establecimiento de un régimen especial en materia penal juvenil (Artículo 40); y la aplicación de las normas internacionales y locales que mejor conduzcan a la realización de los derechos del niño (Artículo 41).

Por último, la participación activa de las NNyA en toda situación que pueda ser de su incumbencia se ve receptada por los siguientes artículos: proveyendo a todas las partes interesadas la oportunidad de participar y dar a conocer sus opiniones en los procesos referidos a desvinculación familiar (Artículo 9 inciso 2); dando al niño la posibilidad de hacer solicitudes y peticiones a los efectos de reunirse con su familia (Artículo 10 inciso 1); facilitando la participación activa del niño «impedido» mental o físicamente en su contexto comunitario (Artículo 23 inciso 1); tramitar toda solicitud o petición efectuada directamente por el niño en el marco de los servicios prestados por la seguridad social (Artículo 26 inciso 2); el derecho de todo niño privado de libertad a acceder a una asistencia jurídica adecuada y a impugnar directamente la legalidad de su privación de libertad (Artículo 37 inciso d.); y otorgar a todo niño del que se alegue o haya sido acusado de infringir las leyes penales el derecho a interrogar o hacer que se interrogue a los testigos de cargo y a participar activamente del interrogatorio de los testigos de descargo (Artículo 40 inciso 2.b.iv).

Adicionalmente, el Comité de los Derechos del Niño ha realizado interpretaciones de carácter jurídico sobre la correcta aplicación de los derechos contemplados en la CDN. De tal forma, la perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia quedaría conformada por el cuerpo jurídico que constituye la CDN y las OG emitidas por el Comité.

Para el año 2022, el Comité ha emitido un total de veinticinco OG, las cuales han versado sobre los siguientes temas: los propósitos de la educación (OG No. 1 del 17 de abril del 2001); el rol de las instituciones nacionales

independientes de los derechos humanos en la promoción y protección de los derechos del niño (OG No. 2 del 15 de noviembre del 2002); el VIH/SIDA y los derechos del niño (OG No. 3 del 17 marzo del 2003); la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención de los Derechos del Niño (OG No. 4 del 21 de julio del 2003); las medidas generales de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño (OG No. 5 del 27 de noviembre del 2003); el trato de las NNyA no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen (OG No. 6 del 01 setiembre del 2005); la realización de los derechos del niño en la primera infancia (OG No. 7-Primera Revisión del 20 de setiembre del 2006); el derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (OG No. 8 del 21 de agosto del 2006); los derechos de los niños con discapacidad (OG No. 9 del 27 de febrero del 2007); los derechos del niño en la justicia de menores (OG No. 10 del 25 de abril del 2007); los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención (OG No. 11 del 12 de febrero del 2009); el derecho del niño a ser escuchado (OG No. 12 del 20 de julio del 2009); el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia (OG No. 13 del 18 de abril del 2011); el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (OG No. 14 del 29 de mayo del 2013); el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud (OG No. 15 del 17 de abril del 2013); las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño (OG No. 16 del 17 de abril del 2013); el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (OG No. 17 del 17 de abril del 2013); la eliminación de aquellas prácticas consideradas nocivas para las NNyA (Recomendación General Conjunta No. 18 del 04 de noviembre del 2014 –que al mismo tiempo constituye la Recomendación No. 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer–); la elaboración de presupuestos públicos para hacer efectivos los derechos del niño (OG No. 19 del 21 de julio del 2016); la efectividad de los derechos del niño durante la adolescencia (OG No. 20 del 06 de diciembre del 2016); los niños de la calle (OG

No. 21 del 21 de junio del 2017); los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional (OG No. 22 del 16 de noviembre del 2017, al mismo tiempo constituye la OG conjunta No. 3 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares); las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno (OG No. 23 del 16 de noviembre de 2017, al mismo tiempo constituye la OG conjunta No. 4 del Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares); los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil (OG No. 24 del 18 de setiembre del 2019); y los derechos de los niños en relación con el entorno digital (OG No. 25 del 02 de marzo del 2021).

De la enunciación anterior se puede observar que, en lo referido a los derechos de las NNyA, el sistema de protección internacional de los derechos humanos –a través del Comité de los Derechos del Niño– se ha abocado a la interpretación jurídica de la CDN en las primeras dos décadas del Siglo XXI. Este es un dato muy importante, dado que revela la necesidad de contar con protocolos específicos que logren operacionalizar el ejercicio de los derechos establecidos en la CDN, no siendo suficiente su enunciación normativa.

Habiéndose detallado el cuerpo normativo que compone la CDN y el cómo ha sido interpretada jurídicamente, surge la necesidad de avanzar hacia la delimitación de los derechos que se encuentran en juego a la hora de dar participación activa a las NNyA en los procesos de mediación y prácticas reconciliatorias en el contexto costarricense. De forma preliminar, en lo que obedece a las veinticinco OG enunciadas, es posible afirmar que todas y cada una de ellas receptan de distintas formas el derecho del niño a expresar su opinión y ser escuchado en todos aquellos asuntos donde se pueden ver afectados sus derechos, intereses y necesidades. En ese sentido, estas OG se retomarán posteriormente y se expondrá de manera específica el marco jurídico que

contempla la participación activa de las NNyA en los procesos de mediación y prácticas reconciliatorias.

Continuando con la delimitación de los derechos de la niñez y la adolescencia, ahora en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, es necesario referirse a la Opinión Consultiva OC-17/2002: “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de fecha 28 de agosto del 2002.

Esta opinión fue desarrollada a raíz de la solicitud que efectuó la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para que la Corte entrara a interpretar los artículos 8, 19 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)⁴⁷ a luz de los derechos consagrados en la CDN, esto con la finalidad de que se determinara “(...) *si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen «límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados» en relación a niños, y asimismo solicitó la formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro del marco de la Convención Americana*”.⁴⁸

Al referirse el artículo 8 a las garantías judiciales, que a su vez receptan el derecho de toda persona a ser oída, el artículo 19 al derecho que tiene todo niño de acceder a medidas de protección por parte de su familia, la sociedad y el Estado y el artículo 25 que establece la protección judicial como el derecho que tiene toda persona de acceder a un recurso sencillo y rápido que le permita reclamar y denunciar aquellos actos que violen sus derechos fundamentales, se desprende entonces del análisis de este articulado que la elaboración de la opinión consultiva está directamente relacionada con la delimitación del cómo ha de entenderse la

⁴⁷ Suscrita en San José de la República de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos.

⁴⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”: párr. 1. *Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (2002 [citado el 11 de febrero del 2022] Corte Interamericana de Derechos Humanos): disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.doc

participación de las NNyA en los procedimientos judiciales y/o administrativos donde podrían encontrarse en juego sus derechos, intereses y necesidades.

Como antecedente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos alegó haber solicitado la opinión dada la existencia de una serie de «premisas interpretativas» que hacen surgir la hipótesis sobre la correlación existente entre la aplicación de medidas especiales de protección a NNyA por parte de diversos Estados Miembros y el socavamiento de las garantías judiciales de esta población, dichas medidas remiten a lo siguiente:

- a) *“Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.*
- b) *Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los ‘mejores intereses del niño’, deja en segundo plano esas garantías.*
- c) *Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.*
- d) *La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso”*.⁴⁹

Esto revela que el objetivo de la Opinión Consultiva consistió en fijar los límites de aplicación de las medidas especiales de protección en mención, las cuales significaban: la separación de las NNyA de sus familias por motivos meramente socioeconómicos; la privación de libertad de aquellos sujetos menores de edad que por sus condiciones personales o circunstanciales se consideraban de

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-17/2002”, párr. 3.

forma prejuiciosa proclives a cometer delitos; la obtención de confesiones en sede penal sin el respeto de las garantías respectivas; la ejecución de procesos judiciales y administrativos sin observar la defensa adecuada de las NNyA; y la toma de decisiones en procesos judiciales y administrativos sobre asuntos directamente relacionados con los derechos del niño sin garantizar su derecho a ser oído y considerar su opinión.⁵⁰

De tal forma, esta opinión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se considera relevante en el contexto latinoamericano dado que marca los límites a la discrecionalidad de los Estados Miembros del sistema interamericano de protección de derechos humanos en cuanto a la aplicación de medidas especiales de protección a NNyA.

Asimismo, pone en evidencia un cúmulo de prácticas ejercidas por autoridades estatales que atienden al paradigma de la situación irregular, las cuales ya deberían haberse abandonado. Por último, delimitó lo que debe entenderse por una perspectiva de derechos del niño acorde con lo dispuesto por la CDN.

Sumado a lo que regula la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la interpretación jurídica efectuada mediante la Opinión Consultiva anteriormente comentada, el marco jurídico interamericano que recepta los derechos de las NNyA también se encuentra informado por: el artículo 7 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁵¹; los artículos 15 y 16 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador)⁵²; las disposiciones específicas sobre niñez y adolescencia contempladas en la Declaración de la Conferencia de las Américas, Preparatoria

⁵⁰ Véase sobre el particular: Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-17/2002”, párr. 4.

⁵¹ Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana celebrada en Bogotá, República de Colombia en 1948.

⁵² Adoptado en San Salvador, República de El Salvador, el 17 de noviembre de 1988 en el decimotercero período ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

a la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y Otras Formas Conexas de Intolerancia⁵³; los artículos 16 y 27 de la Carta Democrática Interamericana⁵⁴; la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes⁵⁵; a través de la cual el concepto de joven comprende a las personas entre los quince y los veinticuatro años de edad; y los principios 2, 3.1, 10, 12.1, 13, 14, 19, y 22. 3 de los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁵⁶.

De esta forma quedaría constituida la dimensión jurídica de la niñez y la adolescencia en lo que respecta a los planos internacional e interamericano. Ahora bien, es necesario avanzar hacia la delimitación de los derechos de las NNyA en el contexto costarricense objeto de análisis, para luego proseguir en un capítulo posterior con la enunciación del marco jurídico específico que regula el derecho de participación de la niñez y la adolescencia en los procesos de mediación y prácticas reconciliatorias.

El marco legal costarricense que regula los derechos de la niñez y la adolescencia se encuentra comprendido primeramente por la Ley No. 7. 184⁵⁷, legislación que incorpora en el ordenamiento jurídico costarricense la CDN, seis años después se promulgaría la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia⁵⁸, institución encargada de “(...) *proteger especialmente y en forma*

⁵³ Documento adoptado por la Conferencia Regional de las Américas, llevada a cabo en Santiago de Chile, República Chile, del 4 al 7 de diciembre del 2000.

⁵⁴ Aprobada en el vigésimo octavo período extraordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA, celebrado el 11 de septiembre de 2001 en Lima, República de Perú.

⁵⁵ Adoptada en Badajoz, España, el 11 de octubre del 2005, con entrada en vigencia el 01 de marzo del 2008.

⁵⁶ Adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos durante el 131º período ordinario de sesiones, celebrado del 3 al 14 de marzo del 2008, a instancia de su Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de Libertad.

⁵⁷ Con entrada en vigencia el 09 de agosto de 1990 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 149 de la misma fecha.

⁵⁸ Ley No. 7. 648, con entrada en vigencia el 20 de diciembre de 1996 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 245 de la misma fecha.

*integral a las personas menores de edad y sus familias, como elemento natural y pilar de la sociedad”.*⁵⁹

En 1998 se aprobó la normativa que constituye el marco jurídico mínimo de la protección integral de los derechos de las NNYA, mediante la Ley No. 7. 739: “Código de la Niñez y la Adolescencia”⁶⁰. De conformidad con el Artículo 8 de esta ley, la jerarquía normativa que prevalece para aplicar e interpretar los derechos de la niñez y la adolescencia quedaría constituida de la siguiente forma: a) la Constitución Política; b) la Convención sobre los Derechos del Niño; c) los demás tratados y convenios internacionales sobre la materia; d) los principios rectores de este Código; e) el Código de Familia y las leyes atinentes a la materia; f) los usos y las costumbres propios del medio sociocultural; y g) los principios generales del Derecho.

Asimismo, se observa que el Código en mención ha sufrido varias reformas desde su puesta en vigencia. Por otro lado, y a partir de que el nuevo Código Procesal de Familia comience a regir en su integridad a partir del 01 de octubre del 2022, la aplicación de aspectos procesales que conciernen a la justiciabilidad de los derechos de las NNYA podría verse abordada con el acompañamiento de este nuevo cuerpo normativo.

Cabe destacar que existe un cúmulo de normas que receptan otros derechos de las NNYA, legislación que fue promulgada antes de la entrada en vigencia de la Ley No. 7. 184 y que hoy en día continúa vigente con las reformas respectivas. De tal forma, en la actualidad estas normas forman parte del marco general de protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia en observancia de los artículos 8 y 9 de la Ley No. 7. 739.

⁵⁹ Artículo 1 de la Ley No. 7. 648.

⁶⁰ Con entrada en vigencia el 06 de febrero de 1998 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 26 de la misma fecha.

Estos cuerpos normativos obedecen a: la Ley No. 2: “Código de Trabajo”⁶¹, la Ley No. 63: “Código Civil”⁶², la Ley No. 2. 160: “Ley Fundamental de Educación”⁶³ y la Ley No. 5. 476: “Código de Familia”⁶⁴. De igual manera se informa que, si bien existen otros cuerpos normativos que hacen referencia a la población niñez y adolescencia en términos generales⁶⁵, para los fines del presente capítulo se trabajará con la delimitación ya planteada.

⁶¹ Con entrada en vigencia el 29 de agosto de 1943, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 192 de la misma fecha.

⁶² Emitido por la Ley No. 30 del 19 de abril de 1885, su vigencia se inició a partir del 01 de enero de 1888, en virtud de la Ley No. 63 del 28 de setiembre de 1887.

⁶³ Ley vigente desde el 02 de octubre de 1957, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 223 de la misma fecha.

⁶⁴ Ley publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 24 del 05 de febrero de 1974, con entrada en vigencia el 05 de agosto del mismo año.

⁶⁵ Algunos de estos cuerpos normativos obedecen a: la Ley No. 7. 654: “Ley de Pensiones Alimentarias”, vigente desde el 23 de enero de 1997 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 16 de la misma fecha; la Ley No. 7. 476: “Ley contra Hostigamiento o Acoso Sexual en el Empleo y la Docencia”, vigente desde el 03 de marzo de 1995, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 45 de la misma fecha y la reglamentación establecida mediante el Decreto Ejecutivo No. 26. 180-MEP: “Reglamento para prevenir, investigar y sancionar el Hostigamiento Sexual en el Ministerio de Educación Pública”, vigente desde el 04 de diciembre del 2012 y publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 234 de la misma fecha; la Ley No. 7. 735: “Ley General de Protección a la Madre Adolescente”, vigente desde el 19 de enero de 1998 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 12 de la misma fecha; la Ley No. 7. 688: “Tarjeta de Identidad para Costarricenses de Doce a Dieciocho Años (Ley de identificación de menores)”, vigente desde el 08 de setiembre de 1997, publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 172 de la misma fecha y su reglamentación vía Decreto Ejecutivo No. 26. 895 del 15 de mayo de 1998, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 93 de la misma fecha; la Ley No. 7. 899: “Ley contra la Explotación Sexual de Personas Menores de Edad”, vigente desde el 17 de agosto de 1999 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 159 de la misma fecha; la Ley No. 8. 017: “Ley General de Centros de Atención Integral”, vigente desde el 21 de setiembre del 2000 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 181 de la misma fecha; la Ley No. 8. 101: “Ley de Paternidad Responsable”, vigente desde el 27 de abril del 2001 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 81 de la misma fecha; la Ley No. 8. 111: “Ley Nacional de Vacunación”, vigente desde el 08 de agosto del 2001 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 151 de la misma fecha; la Ley No. 8. 460: “Ejecución de las Sanciones Penales Juveniles”, vigente desde el 28 de noviembre del 2005 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 229 de la misma fecha; la Ley No. 8. 764: “Ley General de Migración y Extranjería”, vigente desde el 01 de marzo del 2010 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 170 del 01 de setiembre del 2009; la Ley No. 8. 720: “Ley de protección a víctimas, testigos y demás sujetos intervinientes en el proceso penal, reformas y adición al Código Procesal Penal y al Código Penal”, vigente desde el 22 de abril del 2009 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 77 de la misma fecha; la Ley No. 8. 809: “Creación de la Dirección Nacional de Centros de Educación y Nutrición y de Centros Infantiles de Atención Integral”, vigente desde el 01 de junio del 2010 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 105 de la misma fecha; la Ley No. 9. 095: “Ley contra la Trata de Personas y Creación de la Coalición Nacional contra el Tráfico Ilícito de Migrantes y la Trata de Personas (CONATT)”, vigente desde el 08 de febrero del 2013 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 28 de la misma fecha; la Ley No. 9. 142: “Ley de Tamizaje Auditivo Neonatal”, vigente desde el 19 de julio del 2013 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 139 de la misma fecha; la Ley No. 9. 170: “Protocolo Facultativo de la Convención sobre los derechos del niño relativo a un procedimiento de comunicaciones”, vigente desde el 29 de noviembre del 2013 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 231 de la misma fecha; la Ley No.

Ahora bien, luego de haberse delimitado la dimensión jurídica de la niñez y la adolescencia, corresponde referirse en el siguiente apartado a la dimensión estrictamente sociológica sobre el tratamiento de los derechos de las NNyA desde esta disciplina, quedando conformada entonces la perspectiva sociojurídica pretendida en este trabajo académico.

4. La dimensión sociológica de los derechos de la niñez y la adolescencia

En lo que obedece a la dimensión sociológica de los derechos de la niñez y la adolescencia, se ha tomado como punto de partida los postulados de la Sociología de la Infancia, visibles en los trabajos académicos de Lourdes Gaitán Muñoz, docente en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid (UCM) e Iván Rodríguez Pascual, investigador del Centro de Investigaciones Sociológicas del Ministerio de la Presidencia del Gobierno Español.

Así también, a lo largo de este apartado se profundizará en otras perspectivas sociojurídicas, entre ellas se encuentra la postura asumida por el profesor argentino Eduardo Bustelo en su obra *El Recreo de la Infancia*, el trabajo del jurista italiano Eligio Resta titulado *La Infancia Herida*, traducido al español por la Dra. Laura Lora y de ella misma los trabajos académicos: *Efectivizar la escucha y el deseo en la construcción del concepto sujeto de derecho*; *Aproximaciones socio-jurídicas al modo de pensar las familias y la infancia*; y *El*

9. 470: “Ley para garantizar el interés superior del niño, la niña y el adolescente en el cuidado de la persona menor de edad gravemente enferma”, vigente desde el 22 de setiembre del 2017 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 180 de la misma fecha; la Ley No. 9. 729: “Adhesión al Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños”, vigente desde el 07 de noviembre del 2019 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 212 de la misma fecha; y la Ley No. 9. 827: “Resguardo del Interés Superior del Niño y la Niña en los Procesos de Adopción”, vigente desde el 31 de marzo del 2020 y publicada en el Diario Oficial La Gaceta No. 56 del 21 de marzo del 2020.

*ejercicio y alcance del derecho a ser oído de niñas, niños y adolescentes. Debates socio-jurídicos en Argentina y Brasil*⁶⁶.

Iniciando por la Sociología de la Infancia y siguiendo a GAITÁN MUÑOZ, esta sub-disciplina sociológica surgió a mediados de la década de los años ochenta del Siglo XX, coincidiendo con el movimiento de los derechos del niño que logró impulsar la promulgación de la CDN. Esta nueva sociología, contempló en sus inicios los siguientes tres objetivos principales:

“(…) a) contribuir al crecimiento de las ciencias sociales en general, incorporando la visión de uno de los grupos componentes de la sociedad, a menudo olvidado; b) aportar explicaciones sociológicas en el necesario enfoque interdisciplinar de un fenómeno complejo como es la infancia; c) dar visibilidad a los niños como actores sociales, en línea con las orientaciones de la Convención Internacional que reconoce a los niños y niñas como sujetos de derechos”.⁶⁷

A partir de este planteamiento, la Sociología de la Infancia comenzó a aproximarse al cambio de paradigma que produjo la adopción de la protección integral de los derechos de las NNyA en todos aquellos Estados Miembros que fueron ratificando la CDN e incorporándola en los ordenamientos jurídicos respectivos.

Reconocer a las NNyA como sujetos de derechos implica, para la investigación sociológica, aproximarse desde otro lugar epistemológico para el estudio de los fenómenos sociales que involucran a esta población. Según GAITÁN MUÑOZ, lo que podría llamarse la perspectiva clásica de la investigación se ha encargado de estudiar el fenómeno de la socialización de la infancia, haciendo foco en las instituciones donde se lleva a cabo ese proceso, a saber: la familia y la escuela. La nueva perspectiva, por el contrario, comprendería a las NNyA como los objetos formales de estudio considerando su subjetividad como protagónica en todos aquellos contextos y ámbitos donde se encuentren e interactúen con otros actores sociales.

⁶⁶ Presentada en conjunto con Medina, Laura y Custodio Alves, Raquel en el *V Congreso Mundial para los Derechos de la Infancia y la Adolescencia* celebrado en la República Argentina en 2012.

⁶⁷ Lourdes Gaitán Muñoz, “La Nueva Sociología de la Infancia. Aportaciones de una Mirada Distinta”, *Política y Sociedad* Vol. 43, Núm. 1 (2006), 9-26, p. 10.

Para la autora, la dimensión de estudio aportada por la Sociología de la Infancia remite a un acto de conciencia y una decisión epistemológica por parte de los investigadores en cuanto a las formas y prácticas utilizadas para analizar a la niñez y la adolescencia. Sobre el particular, señala que

*“(...) el investigador social de la infancia necesita violentar su visión adulta y buscar formas de explicación diferentes a las que pudieran deducirse de las expectativas que comparte con otros adultos respecto a los niños. (...) bajo esta perspectiva se abren múltiples temas, (...) asumiendo la existencia de la infancia como grupo social es posible analizar las relaciones de poder e intercambio que se producen entre ella y la sociedad adulta, la distribución generacional de roles, la atribución diferenciada de recursos sociales, así como los conflictos de intereses que se producen en consecuencia de todo ello”.*⁶⁸

Para GAITÁN MUÑOZ, los primeros estudios que concuerdan con esta forma de pensar a la infancia son los de las antropólogas estadounidenses Ruth Benedict y Margaret Mead, quienes coincidían en que la infancia es una construcción social, y dada esa característica, es una noción cambiante y sensible a la cultura, el contexto y el tiempo. Así también, reconoce en el ámbito de la pedagogía los estudios pioneros de la profesora y escritora sueca Ellen Key, especialmente su obra *El Siglo del Niño* [*The Century of the Child*] publicado en 1909 por la editorial G.P. Putnam's Sons.

Con posterioridad, entre los años treinta y finales de los setenta sólo se observan algunas pocas contribuciones enciclopédicas sobre el concepto de niño. No es sino a partir de los años ochenta que se generan esfuerzos importantes en la materia, saber: la publicación de *La Sociología de la Infancia. Lecturas Esenciales* [*The Sociology of Childhood. Essential Readings*] en 1982, compilación elaborada por Chris Jenks que refleja las distintas visiones existentes sobre la infancia y la ausencia de una teoría social consensuada en torno a la niñez; la organización del número especial del *International Journal of Sociology* de 1987 coordinado por Jens Qvortrup y dedicado a la Sociología de la Infancia; la creación en 1987 del proyecto *La Infancia como Fenómeno Social. Implicaciones para futuras políticas sociales* en el seno del Centro Europeo para el Bienestar

⁶⁸ Gaitán Muñoz, “La Nueva Sociología de la Infancia”, p. 11.

Social ubicado en Viena; y el inicio en 1986 de la publicación periódica *Sociological Studies of Child Development*.

Todos estos esfuerzos, sumado a los diversos congresos y seminarios internacionales celebrados en la década de los noventa referidos a la infancia, y la creación de la revista *Childhood: A Global Journal of Child Research* en 1993 permiten afirmar que “*la suma de los factores sociales y culturales implicados en la transformación del estatus del menor de edad en la sociedad, orientado hacia lograr una participación efectiva de los mismos para dar protagonismo a sus problemas y necesidades, y el propio esfuerzo que realiza la sociología para incorporar dentro de sus labores de teorización e investigación a la población infantil tanto como a la representación social de la infancia, conducen a un momento crítico en la construcción de una nueva manera de interpretar la relación entre infancia y sociedad*”.⁶⁹

Las nuevas formas de interpretar a la infancia dieron origen a lo que hoy se conoce como los distintos enfoques de la nueva Sociología de la Infancia, que pueden ser diferenciados en razón de las distintas acepciones utilizadas para referirse a: la infancia, los niños, la sociedad y la disciplina sociológica, aspectos que se pueden observar en el siguiente gráfico:

⁶⁹ Iván Rodríguez Pascual, *Para una Sociología de la Infancia: aspectos teóricos y metodológicos* (Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2007), p. 10.

FIGURA No. 3:
Los enfoques de la nueva Sociología de la Infancia

	ESTRUCTURAL	CONSTRUCCIONISTA	RELACIONAL
INFANCIA	<ol style="list-style-type: none"> 1. La infancia es una forma particular y distinta de la estructura social 2. Es una categoría social permanente 3. Es una categoría variable histórica y cultural 4. Parte integral de la sociedad y de la división del trabajo 5. Expuesta a las mismas fuerzas que la adultez, pero de modo distinto 6. Es una minoría, sujeta a tendencias de marginación y paternalización 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La infancia es una construcción social 2. La infancia es una variable del análisis social 3. Definir a la infancia como fenómeno es también un proceso de construcción 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La infancia es un proceso relacional
NIÑOS	<ol style="list-style-type: none"> 1. Son co-construtores de la infancia y de la sociedad 2. La dependencia de los niños repercute en su invisibilidad 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Las relaciones sociales y la cultura de los niños deben estudiarse en sus propias dimensiones 2. Los niños son activos en la construcción de sus vidas sociales 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Debe tenerse en cuenta cómo los niños experimentan sus vidas y relaciones sociales 2. Es preciso desarrollar el punto de vista de los niños 3. El conocimiento basado en la experiencia de los niños es fundamental para el reconocimiento de sus derechos
SOCIEDAD	<ol style="list-style-type: none"> 1. La ideología de la familia constituye una barrera para los intereses y el bienestar de los niños 		
SOCIOLOGÍA		<ol style="list-style-type: none"> 1. La etnografía es una metodología particularmente útil para el estudio de la infancia 	<ol style="list-style-type: none"> 1. La generación es un concepto clave para entender las relaciones niño/adulto, sea en el nivel individual o grupal

Fuente: Gaitán Muñoz, “La Nueva Sociología de la Infancia”, p. 17.

Según el gráfico anterior, se pueden observar tres perspectivas para comprender la infancia, a saber: la estructural, la construccionista, y la relacional. Si bien el gráfico muestra las diferencias establecidas entre los enfoques, también existen semejanzas y rasgos en común, tales como: considerar a la infancia como un componente de la estructura social y reconocer a las NNyA como actores sociales, sujetos activos y con derechos propios.

En cuanto a las diferencias, el enfoque estructural hace hincapié en considerar la infancia como un componente de la estructura social, en oposición a otras categorías etarias y sobre la que influye la clase social, el poder y la jerarquía. Por el contrario, la perspectiva construccionista entendería la infancia como una construcción sensible a la cultura, el tiempo y el espacio, por ende, es cambiante y diversa y ya no sería posible hablar sobre una infancia homogénea sino de muchas con diversas características. Por último, lo relacional remite al proceso de interacción que se establece con las NNyA, considerándolos interlocutores válidos en las relaciones interpersonales, con intereses, necesidades y derechos propios.

Los temas de interés de cada enfoque también inciden en la adopción de una perspectiva metodológica. Desde la óptica estructural la metodología a emplear será eminentemente cuantitativa⁷⁰. Las investigaciones construccionistas se orientarán hacia diseños etnográficos o antropológicos⁷¹. Lo relacional atenderá entonces a la metodología cualitativa⁷² y las técnicas de investigación que esta perspectiva provee.

Para RODRÍGUEZ PASCUAL, independientemente del enfoque y el diseño de investigación que se adopten, la mirada que se efectúe desde la Sociología de la Infancia implica un desafío metodológico, especialmente para los investigadores que pretendan desarrollar investigaciones empíricas donde las NNyA sean los sujetos de estudio, entendidos como unidades de observación y análisis.

En este caso, es prudente ya no hablar de investigación «sobre la infancia» sino «con la infancia». Para el autor, este interés en la investigación con NNyA se debe en parte a que

“el reconocimiento de su autonomía corre parejo al desarrollo de esta nueva sociología de la infancia y de la metodología que permite acceder al conocimiento de las condiciones de vida de los mismos y la percepción infantil de éstas. Por más que sean actividades diferentes, vislumbramos una vinculación expresa entre la actividad de los investigadores y el compromiso de lograr mayores cotas de participación social de los niños y luchar por el reconocimiento de los derechos de la infancia”.⁷³

⁷⁰ Según GAITÁN MUÑOZ, “en el enfoque estructural el objetivo de la investigación es el de ligar cualquier hecho relevante observado en el nivel de la vida de los niños (condición socioeconómica, estatus político o sentido de identidad) con el contexto de nivel macrosocial en el que se producen, y explicarlo en relación con las estructuras (...). Para ello se recurre a la explotación de resultados de investigaciones que aplican técnicas de muestreo en gran escala, así como a estudios demográficos y de sociología estadística”. Gaitán Muñoz, “La Nueva Sociología de la Infancia”, p. 20.

⁷¹ Los investigadores que se adscriben a este enfoque son aquellos que reconocen la adaptación de los diseños etnográficos para “(...) introducir la perspectiva del niño en el mundo social, [y] se esforzaban en la descripción de la cultura de los niños como una cultura aparte, con sistemas de creencias y prácticas extrañas para un ojo adulto, en la que los niños establecían sus propias reglas”. Gaitán Muñoz, “La Nueva Sociología de la Infancia”, p. 20.

⁷² La metodología cualitativa brinda a la perspectiva relacional la posibilidad de aproximarse a las NNyA como “(...) participantes competentes en un mundo compartido, aunque centrado en los adultos, y es a través del mutuo entendimiento como se desarrolla la relación de investigación. Se da menos énfasis a las vidas sociales de los niños con otros niños, antes bien, la atención se centra en las perspectivas de los niños y en su comprensión de un mundo adulto en el que son llamados a participar”. Gaitán Muñoz, “La Nueva Sociología de la Infancia”, p. 21.

⁷³ Rodríguez Pascual, “Para una Sociología de la Infancia”, p. 72.

Así las cosas, asumir la perspectiva propuesta por la Sociología de la Infancia involucra también una determinada elección metodológica, que a su vez debe guardar estrecha relación con el cumplimiento de los derechos de las NNyA desde el paradigma de la protección integral.

Para que esto sea posible, PASCUAL RODRÍGUEZ afirma que, el investigador adulto debe procurar el abandono o por lo menos estar consciente de los obstáculos existentes a la hora de abordar metodológicamente a la infancia, los cuales remiten a: la brecha generacional; el acceso real a las NNyA como sujetos de estudio; y los preconceptos, prejuicios y estereotipos asociados a la niñez y la adolescencia que podrían interferir en la percepción e interpretación de los sujetos y fenómenos sociales observados.⁷⁴

Atender genuinamente a estos obstáculos metodológicos a la hora de investigar «**con** la infancia» conlleva una *re-creación* de la relación establecida entre la infancia y la adultez. Re-crear la infancia remite a un nuevo comienzo, regido por un diálogo franco entre las NNyA y los adultos y que tendría un efecto emancipatorio⁷⁵ para los primeros. Esta es la idea que propone el politólogo argentino Eduardo Bustelo a lo largo de su obra *El Recreo de la Infancia. Argumentos para otro Comienzo*.

BUSTELO, como fundador y primer director de la Oficina de UNICEF en la República Argentina en el período 1989-1993, propuso una nueva teorización sobre la infancia donde la emancipación ostenta un rol preponderante.

⁷⁴ Véase Rodríguez Pascual, “Para una Sociología de la Infancia”, pp. 79-80.

⁷⁵ BUSTELO entiende como categoría emancipatoria a la infancia porque “(...) *su posición original es la de ser dominada por lo «no-niño/a» y por la necesidad. La emancipación presupone un proceso social en donde la lucha política por los derechos es un punto de partida. La emancipación de la dominación comienza por superar la materialidad que se expresa en las necesidades. (...) La infancia se define como una temporalidad diacrónica, como ruptura y quiebre. Niños, niñas y adolescentes son discontinuidad no sólo como personas «nuevas» sino como creación social superadora. Es un éxodo y separación de un poder que se internaliza a través de la construcción de una subjetividad consumista. La infancia es autonomía que se afirma contra la heteronomía disciplinaria y controladora. (...) Es autonomía con «otredad» esto es, con sentido social y no egolatría. El «otro» no es sólo el familiar o el amigo privado: es el oprimido. No se trata de una sublevación sin contenido sino que reafirma una autoridad que socialmente abre y habilita y no clausura*”. Bustelo, “El Recreo de la Infancia”, p. 185.

El proceso emancipatorio de la infancia inicia por el lenguaje y la habilitación de las NNyA como sujetos con voz propia en el proceso comunicativo.

Acá el autor remite al concepto de *paresia*⁷⁶ de FOUCAULT como necesario para emprender esa comunicación. La *paresia* permite identificar distintos tipos de discursos ejercidos en torno a la infancia, en especial permite hacer visible el discurso *adulador*, que es falso o poco transparente en sus intenciones y que es contrario a la misma *paresia*.

Se puede observar que, para BUSTELO, este tipo de discurso se encuentra en los enfoques hegemónicos basados en la compasión⁷⁷ y la inversión económica⁷⁸ como formas de vinculación social con las NNyA. Por el contrario,

⁷⁶ Según FOUCAULT, “*la paresia esencialmente no es ni la franqueza ni la libertad de expresión, sino más bien la técnica que permite al maestro utilizar como es debido todo aquello que es eficaz para el trabajo de transformación de su discípulo. La paresia es una técnica que se utiliza en la relación entre el médico y el enfermo, entre el maestro y el discípulo; es esa libertad de movimiento que hace que en el campo de los conocimientos verdaderos se pueda utilizar aquello que es pertinente para la transformación y mejora del sujeto. (...) Paresia etimológicamente [sic.] significa decirlo todo. La paresia lo dice todo; no obstante, no significa exactamente decirlo todo, sino más bien la franqueza, la libertad, la apertura que hacen que se diga lo que hay que decir, como se quiere decir, cuando se quiere decir y bajo la forma que se considera necesaria. Este término de paresia está ligado de tal forma a la elección, a la decisión, a la actitud del que habla, que los latinos lo han traducido justamente por libertas para referirse a la libertad de aquel que habla. En la Antigüedad se ha establecido una confrontación entre la paresia (el hablar franco), la adulación (adversario moral) y la retórica (adversario técnico). (...) La adulación es un discurso falso, mentiroso. En lo que respecta a la retórica, la verdad es menos importante que la persuasión. La paresia transmite la verdad directamente, mientras que la retórica en el mejor de los casos lo hace indirectamente*”. Michael Foucault, *Hermenéutica del sujeto*, trad. Fernando Álvarez-Uría (Madrid: Ediciones de la Piqueta, 1994), pp. 79, 98-99.

⁷⁷ Para el autor, la compasión se entendería como “*(...) el enfoque histórico tradicional. En la compasión, los niños y niñas son objetivados como sostén de sentimientos y de programas. La compasión, movida sobre todo por dramaticidad, anula los derechos y el fundamento de la ciudadanía. Como seres indefensos e inocentes son objetivados a través de la práctica compasiva. (...) el paternalismo/maternalismo reproduce una relación, que se pretende protectora, pero es descaradamente asimétrica. El que protege es dueño del poder y la voluntad del «desprotegido». (...) No provoca creciente autonomía como fuente para la expansión de una subjetividad responsable, origen de ciudadanía. (...) el problema no es de índole particular y no se resuelve desde un compromiso personal con un niño o un proyecto, sino en un espacio colectivo construido como política pública*”. Bustelo, “El Recreo de la Infancia”, pp. 38-41.

⁷⁸ Desde este segundo enfoque se afirma que “*(...) la inversión en la infancia se conecta con la posibilidad de crecimiento económico vía el aumento de la productividad que se desprende de mayores niveles de educación. La educación sería, además, el único cambio admitido de la inclusión y la movilidad social. En un segundo momento, sorpresivamente, «inversión se invierte» presentando la infancia desde el miedo o la amenaza potencial ya que, si no se invierte en la infancia, se terminará en una situación de incontinencia o desborde, lo que será un atentado, a mediano plazo, a la propia seguridad individual de los poderosos. En ambos casos, la conclusión es predecible: los niños, niñas*

la *paresia* implica ejercer una comunicación liberada opuesta a las formas de interacción dominantes y jerarquizadas que controlan los adultos, que remite a crear y dar paso a una infancia autónoma en cuanto a su capacidad creadora.

En el mismo sentido, RESTA señala que, la incapacidad que tiene la sociedad para reconocer esta autonomía se ve cristalizada en “(...) *la fragilidad de la infancia* [que] *nos habla de la fragilidad de la idea de comunidad que en ella vive y se define*”.⁷⁹ Este llamado de atención que hace el autor es importante ya que, permite visibilizar las inconsistencias existentes en la realidad social respecto a garantizar de manera efectiva los derechos de las NNyA consagrados en la CDN.

Si bien es cierto el discurso jurídico de la protección integral de las NNyA ha logrado consolidarse a través de la ratificación casi mundial de la CDN, y su progresiva introducción en los ordenamientos jurídicos locales de los Estados Miembros mediante legislación específica en materia de niñez y adolescencia, todavía subsisten prácticas sociales que remiten al paradigma tutelar de los derechos del niño.

Sobre el particular, GONZÁLEZ y LORA, en su trabajo *Aproximaciones socio-jurídicas al modo de pensar las familias y la infancia*⁸⁰, señalan que en el contexto argentino es a partir de la década de los ochenta del Siglo XX que se comienzan a dar transformaciones importantes a nivel jurídico –especialmente en el derecho de familia– y social en cuanto al reconocimiento de derechos a actores sociales antes no visibilizados por el derecho como lo serían las mujeres y los niños.

Estas transformaciones jurídicas y sociales también se vieron acompañadas por una producción académica multidisciplinaria, la celebración de

y *adolescentes terminan en la ferocidad de la represión de sus derechos*”. Bustelo, “El Recreo de la Infancia”, pp. 48.

⁷⁹ Resta, “La Infancia Herida”, p. 10.

⁸⁰ En este trabajo las autoras realizan un análisis de las ponencias presentadas en la Comisión Familia, Niñez y Adolescencia de los Congresos Nacionales de Sociología Jurídica durante el período 2000-2010.

congresos y la creación de posgrados especializados. A pesar de estos esfuerzos provenientes del Poder Legislativo y el sector académico, las autoras confirman que a pesar de observarse una preocupación genuina a favor de la infancia aún existen “(...) contradicciones y arbitrariedades que ha provocado la adopción del modelo/doctrina/paradigma de la «protección integral» y paralelamente la subsistencia del modelo/doctrina de la «situación irregular»”.⁸¹

LORA profundiza estas contradicciones y arbitrariedades identificando diversas prácticas sociales que inciden en la forma en que se construye y piensa a la infancia, a saber: remite a la dificultad que muestran los adultos para reconocer la subjetividad de las NNyA y hace énfasis en los derechos de la niñez y la adolescencia que de manera prioritaria deberían efectivizarse para garantizar la construcción social del niño como sujeto de derechos.

La autora señala que los mayores obstáculos existentes en lo referido al reconocimiento de la subjetividad de las NNyA obedecen a la fijación que todavía tienen hoy los adultos con la *minoridad*, entendida como objeto de protección dada su condición de riesgo y su supuesta fragilidad absoluta. Aunado a ello, los adultos mantienen un cúmulo de expectativas futuristas respecto a la niñez y la adolescencia, descuidándose sus necesidades, intereses y derechos más inmediatos. Es decir, los adultos parecen estar más interesados y preocupados por lo que el niño será o se convertirá en detrimento de lo que es en su presente.

Al respecto, LORA indica que

“si el niño es «menor», siempre corre riesgos, y debe ser protegido, defendido. Así es como lo consideraron y consideran nuestras legislaciones nacionales, y nuestros tribunales, privándolo en la práctica de los derechos que le son inherentes en cuanto persona [porque] (...) el niño vale por lo que será, por lo que llegará a ser, no por lo que es; sólo tiene derecho al futuro. Es el futuro ciudadano, no un ciudadano”.⁸²

⁸¹ Manuela G. González y Laura N. Lora, “Aproximaciones socio-jurídicas al modo de pensar las familias y la infancia”, en *Sociología Jurídica en Argentina. Tendencias y Perspectivas*, eds. Manuela G. González y Carlos A. Lista (Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2011), p. 133.

⁸² Laura Lora, “Efectivizar la escucha y el deseo en la construcción del concepto sujeto de derecho. Aportes para la construcción del concepto «niño como sujeto de derecho»”, en *VIII Congreso de Sociología Jurídica* (Santa Fe: Sociedad Argentina de Sociología Jurídica y Universidad Nacional del Litoral, 2007), p. 4.

Según lo anterior, la perspectiva sociojurídica de los derechos de la niñez y la adolescencia permite visibilizar las prácticas sociales que atienden aún a la doctrina de la situación irregular, pero también, muestra las dificultades actuales para implementar el paradigma de la protección integral. En este sentido, uno de los mayores obstáculos es el referido al acceso a la justicia. A pesar de que las NNyA tienen derecho a formarse un juicio propio, ser escuchados oportunamente y expresar su opinión respecto a todo aquel asunto que les incumba, interés o afecte, lo cierto es que este derecho de participación que permite garantizar el acceso a los demás derechos contemplados en la CDN muchas veces no se cumple.

La participación efectiva de la niñez y la adolescencia en todos aquellos asuntos y ámbitos que les incumbe, particularmente los procesos judiciales y administrativos, amerita un patrocinio letrado que represente los intereses de las NNyA de forma autónoma y distinta a los intereses de los representantes del niño, en especial cuando los intereses del niño entran en contradicción con los de sus representantes.

Se observa que, a través de la figura del abogado del niño contemplada en la ley argentina No. 26.061 se ha pretendido canalizar esta problemática de la representación de los intereses genuinos del niño, pero aún es tarea pendiente

“(...) concientizar y legitimar ante el Estado y en especial, la Justicia, no sólo el libre ejercicio del rol de abogado del niño, sino también la adecuada implementación de la ley”.⁸³

Respecto a lo anterior, LORA, CUSTÓDIO y MEDINA concuerdan en que a pesar de la existencia de un marco jurídico internacional y local vasto en lo que respecta a los derechos de la niñez y la adolescencia aún ese marco no ha

⁸³ Laura Lora, Raquel Custodio Alves, y Laura Medina, “El Ejercicio y el Alcance del Derecho a Ser Oído de Niñas, Niños y Adolescentes. Debates Socio-Jurídicos en Argentina y Brasil”, en *Libro de Ponencias del V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, eds. Gabriel Lerner y Daniel Molina (Buenos Aires: SENAF y Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social del Gobierno de San Juan, 2012), p. 196.

logrado impactar de manera contundente las prácticas sociales, incluido el ámbito administrativo y judicial de la toma de decisiones.

Por esta razón, resulta necesario implementar protocolos que permitan garantizar los derechos de las NNyA. Sobre el particular, se observa el importante trabajo que ha venido realizando el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a la interpretación de la CDN y la operacionalización de los principios rectores que rigen esta Convención, tema que se abordará en otro capítulo de este mismo libro.

5. Conclusiones

5.1. A lo largo del presente capítulo ha quedado evidenciada la necesidad de construir una perspectiva sociohistórica y sociojurídica de los derechos de las NNyA, para comprender y dimensionar los alcances de la justiciabilidad de sus intereses y necesidades a través del tiempo.

5.2. Aunado a lo anterior, se ha logrado visibilizar que la justiciabilidad de los derechos, intereses y necesidades de las NNyA no necesariamente ha sido considerada valiosa por parte de los adultos de forma constante y/u homogénea.

5.3. Cabe destacar que el acceso y la justiciabilidad de los derechos de las NNyA viene teniendo un cambio paradigmático desde la promulgación y ratificación -casi mundial- de la CDN, instrumento jurídico de carácter internacional que consagra a las NNyA como sujetos de derechos, y, por ende, promueve su protección integral.

5.4. Si bien el paradigma de la protección de las NNyA trajo consigo la consideración de la niñez y la adolescencia como sujetos de derechos, lo cierto es que este paradigma aún no termina de contar con el consenso académico ni jurídico necesario para ser considerado como plenamente operacionalizado.

5.5. Aunque los Estados que han ratificado la CDN demuestran realizar esfuerzos normativos de armonización de sus ordenamientos jurídicos internos con las

disposiciones de la Convención, aún persisten prácticas sociales adultocéntricas arraigadas en el paradigma de la situación irregular de las personas menores de edad, las cuales continúan impactando el ámbito administrativo y judicial de la toma de decisiones donde se discuten derechos, intereses y necesidades de NNyA.

5.6. Finalmente, una perspectiva/propuesta como la planteada en este capítulo podría marcar los inicios de una especie de «hoja de ruta» que visibiliza la necesidad de construir, validar (con NNyA) e implementar protocolos que garanticen los derechos, intereses y necesidades de la niñez y la adolescencia desde la perspectiva de la protección integral de esta población.

6. Referencias bibliográficas

Ariès, Philippe. “La Infancia”. *Revista de Educación*, No. 281: Historia de la Infancia y de la Juventud, Setiembre-Diciembre 1986: 5-17.

Baptista Lucio, María del Pilar, Fernández Collado, Carlos y Hernández Sampieri, Roberto. *Metodología de la Investigación*. México D.F.: McGraw-Hill, 2010.

Barreiro, Telma. *Conflictos en el Aula*. Buenos Aires: Ediciones Novedades Educativas, 2010.

Bourdieu, Pierre. *Capital Cultural, Escuela y Capital Social*. Traducido por Isabel Jiménez. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Argentina S.A., 2005.

Bustelo, Eduardo. *El Recreo de la Infancia. Argumentos para otro comienzo*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2011.

Carbonnier, Jean. *Sociología Jurídica*. Traducido por Luis Diez Picazo. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1977.

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General (OG) CRC/GC/2003/5: “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Opinión Consultiva OC-17/2002: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*”, Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2002 [citado el 11 de febrero del 2022] Corte Interamericana de Derechos Humanos): disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.doc

Dávila, Paulí, Naya, Luis M. y Zabaleta, Iñaki. “Evolución de los Derechos de la Infancia y América Latina”. En *Derechos de la Infancia y Educación Inclusiva en América Latina*, editado por Paulí Dávila y Luis M. Naya. Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2011.

Foucault, Michael. *Hermenéutica del sujeto*. Traducido por Fernando Álvarez-Uría. Madrid: Ediciones de la Piqueta, 1994.

Freud, Sigmund. *Esquemas del Psicoanálisis y Otros Escritos de Doctrina Psicoanalítica*. Traducido por Luis López-Ballesteros y de Torres y Ramón Rey Ardid. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1974.

Gaitán Muñoz, Lourdes. “La Nueva Sociología de la Infancia. Aportaciones de una Mirada Distinta”. *Política y Sociedad*. Vol. 43, Núm. 1, 2006: 9-26.

Gurvitch, Georges. *Sociology of Law*. New Brunswick: Transaction Publishers, 2001.

Infobae, “Tras 70 años, la Justicia exoneró a un niño negro condenado a muerte”. Infobae, Sección Sociedad (jueves 18 de diciembre del 2014 [citado el 17 de enero del 2022] Infobae): disponible en <http://www.infobae.com/2014/12/18/1616003-tras-70-anos-la-justicia-exonero-un-nino-negro-condenado-muerte>

Klein, Melanie. *Obras Completas 2. El Psicoanálisis de Niños*. Traducido por Arminda Aberastury y Adolfo Negrotto. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2011.

Lora, Laura N. “Efectivizar la escucha y el deseo en la construcción del concepto sujeto de derecho. Aportes para la construcción del concepto «niño como sujeto

de derecho»". En *VIII Congreso de Sociología Jurídica*. Santa Fe: Sociedad Argentina de Sociología Jurídica y Universidad Nacional del Litoral, 2007.

Lora, Laura N. y González, Manuela G. "Aproximaciones socio-jurídicas al modo de pensar las familias y la infancia". En *Sociología Jurídica en Argentina. Tendencias y Perspectivas*, editado por Manuela G. González y Carlos A. Lista. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 2011.

Lora, Laura N., Custodio Alves, Raquel y Medina, Laura. "El Ejercicio y el Alcance del Derecho a Ser Oído de Niñas, Niños y Adolescentes. Debates Socio-Jurídicos en Argentina y Brasil". En *Libro de Ponencias del V Congreso Mundial por los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, editado por Gabriel Lerner y Daniel Molina. Buenos Aires: SENAF y Ministerio de Desarrollo Humano y Promoción Social del Gobierno de San Juan, 2012.

Ministerio de Desarrollo Social de la Nación, Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENAF) y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), *Situación de Niños, Niñas y Adolescentes sin Cuidados Parentales en la República Argentina. Relevamiento Nacional y Propuestas para la Promoción y el Fortalecimiento del Derecho a la Convivencia Familiar y Comunitaria*. Buenos Aires: Ministerio de Desarrollo Social de la Nación y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2012.

ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*, 1948.

ONU. *Declaración de los Derechos del Niño*, 1959.

ONU. *Convención sobre los Derechos del Niño*, 1989.

Panchón Iglesias, Carmen. *Manual de Pedagogía de la Inadaptación Social*. Barcelona: Dulac Edicions, 1998.

Pérez Yglesias, María y González García, Yamileth. "Identidad de Identidades: ¿Hacia una identidad hegemónica?". En *Identidades y Producciones Culturales*

en América Latina, editado por María Salvadora Ortiz. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica, 1996.

Platt, Anthony M. *Los “Salvadores del Niño” o la Invención de la Delincuencia*. Traducido por Félix Blanco. México D.F.: Siglo XXI Editores S.A. de C.V., 2006.

Resta, Eligio. *La Infancia Herida*. Traducido por Laura N. Lora. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 2008.

Rodríguez Pascual, Iván. *Para una Sociología de la Infancia: aspectos teóricos y metodológicos*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, 2007.

Rodríguez Sancho, Javier. “El Estado en Costa Rica, la Iniciativa Pública y Privada frente al Problema de la Pobreza Urbana. San José (1890-1930)”. *Anuario de Estudios Centroamericanos*, Universidad de Costa Rica, 26 1-2, 2000: 57-77.

Rousseau, Jean Jaques. *El Emilio o De la Educación*. Traducido por Mauro Armiño. Madrid: Alianza Editorial S.A., 2011.

Sociedad de las Naciones. *Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño*, 1924.

Tettamanti de Viera, Liliana. “Clase No. 1: El Juego y la Infancia”. En *Curso de Teoría y Clínica Psicoanalítica del Juego y Dibujo*. Buenos Aires: Campus Virtual de la Asociación Psicoanalítica de Buenos Aires (APdeBA).

UNICEF, “Preguntas frecuentes acerca de la Convención sobre los Derechos del Niño”. UNICEF ([citado el 11 de febrero del 2022] UNICEF): disponible en <https://www.unicef.org/es/convencion-derechos-nino/preguntas-frecuentes>

Winnicott, Donald W. *Acerca de los Niños*. Traducido por Leandro Wolfson. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2009.

Winnicott, Donald W. *Deprivación y Delincuencia*. Traducido por Leandro Wolfson y Noemi Rosenblatt. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2011.

La Mediación: Una apuesta por la subsistencia y el bienestar de las relaciones familiares

Msc. Maripaz Sancho Miranda

1. Introducción

La búsqueda de soluciones no violentas y constructoras de paz, de cara a los conflictos sociojurídicos y, en particular, aquellos relacionados con el Derecho de Familia, parece una alternativa necesaria frente a la contención propia de los procesos judiciales, en especial relación con las profundas implicaciones psicológicas que la crisis puede generar al seno de la estructura familiar.

Hablar de los conflictos familiares es tratar un tema amplio y complejo, puesto que la vida cotidiana está llena de ellos, desde los más insignificantes hasta los más trascendentales; sino que las relaciones familiares también involucran una serie de emociones, reacciones y sentimientos que influyen enormemente en la capacidad del grupo familiar de reconstruirse y transformarse frente a una crisis en particular.

Si se parte de la premisa de que el conflicto por sí mismo, como un fenómeno social, no presenta en su naturaleza una significación positiva o negativa, se abre la posibilidad de que su debida gestión pueda conducir al crecimiento y reestructuración, tanto de la familia en crisis como de sus integrantes.

Sin menospreciar la grandiosidad de las instituciones administradoras de justicia, el presente artículo tiene por objeto presentar al lector, a través del tratamiento de los elementos que intervienen en el fenómeno del conflicto, las ventajas teóricas y técnicas que ofrece el acto de mediar como herramienta de resolución de conflictos frente al proceso contencioso, con especial énfasis en su idoneidad para reducir o evitar el deterioro de los vínculos afectivos y emocionales del núcleo familiar.

2. El fenómeno del conflicto

El conflicto es un hecho social, inherente a la vida humana y producto de la convivencia misma, presente constantemente en las relaciones personales, internacionales, intragrupalas e intergrupales.

Ahora bien, una situación conflictiva, entendida como un proceso de interacción social, tiene una naturaleza neutra, es decir, no es posible atribuirle, por sí misma, una connotación ni positiva ni negativa. Sin embargo, un pequeño repaso de la acepción del término conflicto, “*combate, lucha, pelea*” o, en sentido figurado, “*apuro, situación desgraciada o de difícil salida*”¹ evidencia la frecuente asociación del concepto con una perspectiva dañina. De conformidad con estas acepciones, el conflicto es percibido como un fenómeno a prevenir o evitar, en función de las consecuencias perniciosas que, normalmente, se asocian a él; en este sentido, considérense las palabras combate, choque, antagonismo, pugna, oposición y desgracia, entre otras.

Sin embargo y, por otro lado, partiendo de la idea de que el conflicto es un hecho social, también sería posible afiliar a su concepto una serie de funciones y valores positivos que, a la larga, permiten una percepción muy distinta de este.

En palabras de Alzate, el conflicto:

*“Evita los estancamientos, estimula el interés y la curiosidad, es la raíz del cambio personal y social y ayuda a establecer las identidades tanto individuales como grupales. Así mismo, en un plano más concreto, el conflicto ayuda a aprender nuevos y mejores modos de responder a los problemas, a construir relaciones mejores y más duraderas, a conocernos mejor a nosotros mismos y a los demás. Una vez que el sujeto ha experimentado los beneficios de una resolución de conflictos positiva, aumenta la posibilidad de que alcance nuevas soluciones positivas en los conflictos futuros”.*²

¹ Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.ª ed., (versión 23.5 en línea). <https://dle.rae.es>

² Ramón Alzate Sáenz de Heredia, “Teoría del Conflicto”, Escuela Universitaria de Trabajo Social, Universidad Complutense de Madrid, 2007. <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/alzate-el-conflicto-universidad-complutense.pdf>

Entonces, siendo el conflicto un fenómeno neutro en las relaciones humanas y, de naturaleza inevitable, cabe preguntarse ¿qué factores contribuyen a la apreciación del mismo, desde una perspectiva positiva o negativa?

En primer lugar, la valoración del conflicto obedece, en gran medida, a una particular interpretación de las diferencias manifestadas por las partes involucradas.

Por nacimiento, personas o grupos presentan elementos de contraste, constructivos de distintas identidades. A estas desigualdades se les denomina diferencias.

Según el Diccionario de la Real Academia Española, una diferencia es *“aquella cualidad o accidente que hace que una cosa se distinga de la otra”*. Aplicado al ámbito social, las distinciones tienden a romper con la homogeneidad y simetría de una colectividad; lo cual en sí mismo no implica una connotación negativa, sino que, más bien, podrían permitir crear o fortalecer sentimientos de apreciación, valoración o empatía; importantes para la evolución y crecimiento tanto del grupo como de los individuos que lo integran.

Ahora bien, ¿de qué una manera una diferencia contribuye a la visualización del conflicto desde una óptica negativa o positiva? Básicamente, en la apreciación que haga de esta cada una de las partes intervinientes.

Frente a una diferencia se pueden adoptar dos caminos distintos, ya sea utilizarla como un mecanismo integrador-colaborativo y generador de progreso, o bien, subrayar la postura antagónica y apreciar al otro como un enemigo-adversario. Tomar una dirección u otra dependerá de que los involucrados interpreten sus preferencias, prioridades o necesidades como compatibles o incompatibles.

En este sentido, una diferencia se considerará incompatible cuando la parte considera que sus intereses están en oposición o se afectan adversamente con los de su contraparte. En algunos casos el simple sentimiento de amenaza

puede traer la idea de incompatibilidad a la mesa. Las consecuencias de esta apreciación negativa de la diferencia pueden generar toda una gama de acciones, que van desde formas sutiles de disenso hasta posibles manifestaciones de violencia o agresión.

Consecuentemente, se puede concluir que si bien las diferencias, por sí mismas, no son generadoras del conflicto, su apreciación puede direccionarlo hacia una oportunidad de crecimiento para los involucrados, o bien, hacia una lucha de poder entre los intervinientes.

Un segundo elemento que determina la valoración de un conflicto como positivo o negativo son las reacciones de las partes frente a circunstancias o comportamientos de su contraparte. Estas reacciones vienen determinadas, en gran parte, por valores aprendidos, experiencias o prejuicios y son las que, en último término, permitirán evitar, resolver, evadir, controlar, o bien, negar un problema.

Más adelante se hará énfasis en la importancia de reconocer al conflicto como una realidad externa, más allá de las apreciaciones y valorizaciones subjetivas de las partes; puesto que, precisamente, la subjetividad de la percepción va a definir la extensión de la controversia.

Finalmente, otro de los elementos determinantes en la valoración positiva o negativa del conflicto es el proceso de comunicación. Y es que la comunicación va más allá de la simple fórmula emisor-canal-mensaje-receptor. Tómense en consideración las diferentes formas de transmitir un mensaje: la comunicación verbal, la no verbal y hasta la posibilidad de emitir información incluso a través del silencio mismo. El traslado de información incompleta, o bien, la utilización de términos ambiguos que se presten a la interpretación, permiten disímiles apreciaciones del objeto del conflicto y, por consiguiente, pueden impedir uniformidad en las metas y objetivos comunes.

Lo anterior permite concluir que, a la larga, serán los comportamientos y actitudes adoptados por los intervinientes los que determinarán los alcances y efectos positivos o negativos de un conflicto.

3. Algunas particularidades del conflicto familiar

Frente a una concepción genérica del término conflicto, el ámbito particular de los llamados conflictos familiares presenta una serie de interesantes particularidades que merecen ser destacadas.

En primer lugar, tómesese en consideración que se trata de conflictos interpersonales, normalmente con dos personas involucradas, aunque en la mayoría de los casos siempre hay otros individuos a quienes puede afectar, indirectamente, el desarrollo del conflicto y su resolución.

En segundo lugar, el conflicto familiar involucra una serie de elementos psicológicos a considerar. Las partes involucradas manifiestan, normalmente, valores, intereses y necesidades, acompañados de diferentes perspectivas y motivaciones que nacen de sus historias propias y familiares y que no necesariamente son coincidentes, sino, más bien en muchos casos, antagónicos. A la larga, tratándose de relaciones interpersonales, normalmente de carácter continuado, serán las expresiones de las partes las que determinen, en gran medida, tanto el curso del conflicto como el desgaste emocional que este puede implicar.

Por otro lado, el nivel de intensidad del conflicto familiar es, normalmente, variable; en el sentido de que las reacciones y tensiones entre las partes fluctúan en los diferentes momentos de la crisis. Tómesese, además, en consideración que el conflicto también se puede ver influenciado por personas que no son protagonistas directas del mismo.

Finalmente, es necesario tomar en cuenta que todo conflicto en el ámbito familiar evidencia las llamadas habilidades sociales del núcleo, lo cual es especialmente importante puesto que la familia es, en definitiva, un sistema que interactúa intrínsecamente, de manera que las acciones de uno de sus integrantes repercuten, en mayor o menor medida, en el resto de los individuos que la componen. Ahora bien, ¿qué se entiende por habilidades sociales familiares?

Zilda A.P. Del Prette y Almir Del Prette definen las habilidades sociales como aquella capacidad del individuo de organizar pensamientos, sentimientos y acciones para expresar empatía, establecer y mantener relaciones interpersonales y resolver problemas.³

Tomando en consideración la complejidad y duración de los vínculos familiares, resulta innegable la influencia de estas destrezas en el funcionamiento y comportamiento, no solo de la estructura familiar como tal, sino, también de cada uno de los integrantes que la conforman. En definitiva, la familia es para el individuo la primera escuela de mecanismos de interacción social, tales como: la empatía, la asertividad, el respeto, la escucha activa, la negociación, las habilidades expresivas, la comprensión, el autocontrol y la autoestima.

Evidentemente, el comportamiento de la familia como sistema y de sus miembros frente a una crisis o conflicto familiar dependen, en gran medida, del desarrollo de estas destrezas sociales o blandas y, de igual manera, el conflicto pone a prueba estas habilidades, de manera que, una vez superada la crisis las mismas puedan resultar fortalecidas, o bien, deterioradas.

Estas especificidades propias de los conflictos familiares obligan a su respeto y tratamiento particular, con miras a que las soluciones adoptadas respondan, efectivamente, a estos requerimientos.

³Zilda A.P. Del Prette y Almir Del Prette, *Psicología de las Habilidades Sociales: Terapia y Educación* (Sao Paulo: Manual Moderno, 2002).

4. La resolución de conflictos familiares

De acuerdo con el esquema Thomas-Kilmann, existen cinco diferentes estilos en el manejo del conflicto, a saber:

•**Competir**: se refiere a la postura “yo gano, tú pierdes”.

•**Complacer**: cuando una persona se olvida de sus propios intereses para satisfacer los intereses de la otra persona: “tú ganas, yo pierdo”. Este estilo incorpora un elemento de sacrificio, que a la larga puede incidir en conflictos latentes o futuros.

•**Evadir**: cuando la persona no satisface de inmediato sus propios intereses ni los del otro. El conflicto se evita, no se confronta. Puede ser que el manejo de la crisis se postergue, o bien, se prolongue indefinidamente.

•**Colaborar**: es un estilo afirmativo y cooperador, en el que las partes trabajan conjuntamente para encontrar alguna solución que satisfaga plenamente los intereses de ambos.

•**Transigir**: corresponde a un punto intermedio entre la afirmación y la cooperación. Permite un avance rápido en la negociación. Su objetivo es alcanzar una solución adecuada y mutuamente aceptable, que satisfaga parcialmente a ambas partes. Se puede lograr a través de la división de diferencias o las concesiones recíprocas.

Ahora bien, ante la variedad de situaciones que puede generar un conflicto familiar, resulta imposible dar una receta mágica que permita escoger entre un estilo u otro de enfrentar la crisis, en particular si se toma en cuenta que la estrategia adoptada dependerá, en gran medida, del contexto que da origen al conflicto.

“El conflicto aparece como una construcción en el contexto social donde confluyen actores determinados, una historia y un marco cultural: unas prácticas y sentidos que lo configuran de manera estructurante o desestructurante en el escenario en que se manifiesta...”

Resultan, entonces, determinantes en la confrontación del conflicto las causas mediatas e inmediatas, historias vividas por los intervinientes, la existencia de relaciones de poder y toda una serie de factores que, en definitiva, llevan a las partes a adoptar uno u otro estilo en el manejo de una determinada crisis.

Aunado a lo anterior, el camino a adoptar frente a una disputa, también se ve seriamente afectado por algunas particularidades de la misma estructura familiar.

En primer lugar, tómesese en cuenta que cada familia es un sistema único, vivo y complejo, expuesto inevitablemente a posibles focos de conflicto de mayor o menor magnitud. Sin embargo, a partir de las diferencias entre una u otra familia y los distintos recursos y limitaciones con que cada una cuenta, es posible que lo que para un grupo familiar signifique un problema, para otro no lo sea.

De esta manera, ante posibles situaciones de conflicto, algunas se desvanecen en la cotidianidad, otras son resueltas sin mayor dificultad por procesos de negociación en el grupo familiar y, en menor número, aquellas de naturaleza más compleja requieren, necesariamente, la adopción de estrategias o herramientas para su correcto encauzamiento y resolución.

Por otro lado, partiendo de la cercanía y continuidad de las relaciones familiares, las confrontaciones en la familia tienden a afectar, en alguna medida, no solo la individualidad de sus miembros, sino también su esquema social y hasta económico.

Además, en la mayoría de los casos, el conflicto implica modificaciones en la dinámica familiar capaces de generar trastornos emocionales, conductuales o psicosomáticos en sus integrantes, lo que, a la larga, puede modificar un ambiente sano hasta convertirlo en disfuncional.

Ahora bien, independientemente del estilo de resolución de conflictos que se adopte para una situación de crisis en particular, en la mayoría de los casos, la familia (como ente funcional) tiene la capacidad de resolver, por sí misma, de una manera hasta inconsciente, la mayor parte de los problemas a los que se enfrenta durante la convivencia diaria. En el día a día, los diferentes estilos de resolución del conflicto se combinan entre sí, de acuerdo con las circunstancias particulares y, de alguna forma, un balance no perfecto permite la superación de la desavenencia y la continuidad de las relaciones en juego.

Sin embargo, ¿qué ocurre con aquellos conflictos cuya complejidad impide que la familia, por sí sola, encuentre una solución satisfactoria para los intervinientes?

Tradicionalmente, aquellos conflictos que generan excesiva tensión en los vínculos familiares (régimen de visitas, pensiones alimentarias) o, que, a la larga, implican un rompimiento de la estructura familiar (separaciones, divorcios), son resueltos a través de la intervención de instituciones encargadas de la administración de justicia. Sin embargo, en los últimos tiempos se evidencia el interés de recurrir a medios alternos de resolución, que provean a la familia de una respuesta satisfactoria con el menor coste emocional y de la forma más expedita posible, en aras de proteger, tanto a la estructura familiar, como elemento básico de la sociedad, como a cada uno de sus integrantes, considerados en su individualidad.

La mediación, entendida como aquel proceso voluntario, extrajudicial y confidencial, que pretende la conciliación de las partes en conflicto, a través de la intervención de un tercero neutral, es una muy interesante opción a la resolución judicial de conflictos; con una serie de beneficios, tanto para el sistema familiar como social en general.

Entre las ventajas que ofrece el acto de mediar en un problema familiar destacan la flexibilidad del procedimiento; sumada a una participación más activa de los involucrados en la búsqueda de la solución; así como la reducción del tiempo invertido en el proceso y del costo económico del mismo.

Sin embargo, para efectos de este trabajo, interesa destacar, en particular, la utilidad de esta herramienta para prevenir y reducir el desgaste emocional de las personas involucradas en el conflicto, sean protagonistas de este o no.

5. El manejo de las emociones durante el conflicto: ventajas de la mediación

Indudablemente, existe una compleja y estrecha relación entre las emociones humanas y el fenómeno del conflicto, puesto que las primeras, en algunos casos, pueden ser causas de la crisis y, en otros, elementos distorsionantes en el manejo de la misma. Pero, ¿qué son exactamente las emociones?

Las emociones son *“un conjunto de respuestas neuroquímicas y hormonales que nos predisponen a reaccionar de cierta manera ante un estímulo externo (como, por ejemplo, la visión de una araña)”*.⁴ Se consideran como emociones básicas el enfado o la ira, el miedo, la felicidad, el amor y la tristeza, sin embargo, existe toda una gama de estas posibles reacciones del individuo a estímulos externos.

Ahora bien, cuando la emoción supera al subconsciente y la persona emite un juicio sobre ella (pensamiento), la emoción se traduce en un sentimiento. Evidentemente, la interpretación que la persona haga de sus emociones tiene una importante implicación en sus procesos de toma de decisiones y, en general, en su actuar.

Una mejor forma de entender el conflicto familiar es, precisamente, reconociendo el peso que las emociones tienen tanto en el origen del mismo, como en su desarrollo y resolución; en particular, partiendo de tres premisas básicas: todo conflicto familiar viene asociado a una historia común y personal; las reacciones de una parte durante la disputa determinan, en gran medida, las de su contraparte y; finalmente, necesidades psicológicas y personales de los integrantes del grupo familiar se hacen evidentes, tanto en la formulación del problema como en su solución.

⁴ Manuel Escudero, “Emociones y Sentimientos: ¿Cuál es la Diferencia?”, Centro Manuel Escudero: Psicología Clínica y Psiquiatría, <https://www.manuelescudero.com/emociones-y-sentimientos-cuales-la-diferencia/>

Partiendo de este contexto, se pueden atribuir al papel de las emociones en el conflicto, entre otras, las siguientes implicaciones:

- *Las emociones pueden disparar el problema o fortalecerlo.*
- *Las emociones determinan, en gran medida, la intensidad del conflicto y condicionan determinados comportamientos.*
- *Las emociones aportan al conflicto una estructura moral, en el sentido de que la respuesta de las partes frente al problema viene determinada por las ideas que estas tengan de lo bueno, lo malo, o bien, lo correcto o incorrecto.*
- *Las emociones contribuyen a la confusión entre el conflicto y la propia identidad de los intervinientes, derivando en la necesidad de proteger intereses y necesidades personales que se sienten amenazados.⁵*

Ahora bien, pareciera ser que, frente a la aplicación del Derecho tradicional, en términos generales, limitada al cumplimiento de disposiciones normativas de carácter sustantivo y procesal, el proceso de mediación permite una relajación de la interacción de las partes, a través de la aplicación de determinados mecanismos y herramientas que favorecen un abordaje más completo de la compleja situación que envuelve un conflicto familiar de mediana o gran magnitud. El obligado sometimiento estricto al Ordenamiento Jurídico, al que se ve expuesto el operador del Derecho en los procesos contenciosos, impide, de alguna manera, la adaptación necesaria del procedimiento a las particulares circunstancias que envuelven tanto al conflicto familiar como a sus partícipes; especialmente en relación con la importante carga emocional que este conlleva.

Pero, ¿en qué sentido la mediación puede funcionar como un nuevo paradigma, en algunos casos, complementario al tradicional, en el que este espacio de resolución de conflictos pueda servir como una forma innovadora de hacer justicia, donde resulte más fácil para los ciudadanos sentir sus derechos verdaderamente amparados y protegida su interioridad propia?

Tómese en consideración que, si bien la mediación no es una forma de terapia, el manejo debido del acto de mediar, en términos generales, permite al

⁵ Alberto Coitiño, “Las emociones y el conflicto”, Over Blog, <http://mediacion-transformativa.overblog.com/las-emociones-y-el-conflicto>

tercero crear un clima donde se facilite el diálogo, de manera que las emociones en juego puedan manifestarse de una forma más asertiva y fluida, con miras a alcanzar un acuerdo satisfactorio.

A continuación, algunas de las ventajas que el acto de mediar ofrece para un mejor manejo del componente emocional del conflicto y un menor desgaste emocional de sus partícipes.

Ante todo, y en términos generales, es posible afirmar que el recurso de la mediación procura, a los intervinientes en la disputa, la posibilidad de adoptar una posición muy diferente a aquella que les permite un proceso judicial, en razón no sólo de la voluntariedad asociada a este medio de resolución sino, también, por las particularidades del procedimiento mismo.

En primer lugar, el papel de las partes durante la mediación está llamado a ser muchísimo más activo y protagónico que aquel que pueden jugar en un proceso contencioso.

Tómese en consideración que, ante la inexistencia de un tercero con poder decisorio (llámese conciliador, árbitro o juez), no solo la responsabilidad de la solución recae en los involucrados en el conflicto, sino que el acuerdo final debe ser, además, el resultado del despliegue de sus propias habilidades creativas.

Todo proceso de mediación obliga a las partes a una gestión responsable y proactiva del asunto objeto del conflicto, a través de un tratamiento transparente de los puntos en disputa y, con el objetivo común de alcanzar una solución satisfactoria. Las reuniones entre partes o las entrevistas (individuales o conjuntas), que se llevan a cabo bajo la correcta supervisión del mediador y dentro de un marco de confidencialidad, fortalecen la participación de los mediados en las diferentes fases del proceso y, a la vez, depositan en ellos el compromiso de llegar a un arreglo final.

La importancia de esta participación activa de los protagonistas del conflicto, en relación con el desgaste emocional de los partícipes y del núcleo

familiar en general, radica en que el acuerdo surge producto de su propio compromiso, de la incorporación de ideas a la propuesta que responden a sus propios intereses y necesidades y de un avance “*paso a paso*” definido por su propio ritmo.

En segundo lugar, una de las principales características de la mediación es su naturaleza no adversarial y no coercitiva. El solo hecho de que el proceso sea el resultado del ejercicio de la voluntariedad de las partes y de su aporte colaborativo en la búsqueda de una solución, reduce considerablemente la tensión propia de los procesos contenciosos en los que resulta necesario llegar a un acuerdo a toda costa. En palabras de García-Longoria y Sancho:

“La mediación tiene un menor desgaste emocional que otras formas de resolución de conflictos, ya que está basado no en una confrontación y en una profundización de las emociones negativas, de las agresiones sino que trata de centrarse en los contenidos de la negociación y no en las emociones o conflictos de relación. Además, implica un aprendizaje en la resolución de problemas que aumenta el bagaje personal para aplicarlo en otras situaciones conflictivas. Establece relaciones en lugar de destruirlas. Produce acuerdos creativos. Pone el acento en las oportunidades del futuro y no en los problemas del pasado. Esta percepción de relación no agresiva para resolver los problemas produce indirectamente un crecimiento personal.”⁶

En tercer lugar, la contribución del mediador a la apertura de canales de comunicación favorece la legitimación de los involucrados, no solo respecto de su propia perspectiva del problema, sino también respecto de su posición dentro de la misma relación familiar.

El correcto empleo de las herramientas de mediación puede permitir un fortalecimiento del proceso de comunicación entre los mediados, de manera que estos puedan clarificar tanto el objeto de la controversia como su perspectiva y emociones con respecto a este. La importancia de esta depuración se resume en las palabras de Aristóteles: “*no se puede desatar un nudo sin saber cómo está hecho*”.⁷

⁶ María Paz Serrano y Antonia Uríos, “La Mediación Familiar como Forma de Respuesta a los Conflictos Familiares”, (España: Portularia, 2004).

⁷ Aristóteles, “PITIA de Delfos”, 384-322 A.C.

Una debida identificación del problema y de las emociones en juego permite modificar, en gran medida, a través de la labor del tercero neutral, no solo la reacción afectiva que estas pueden generar en el interviniente sino también controlar la intensidad misma del conflicto.⁸ Piénsese, a manera de ejemplo, en un acertado uso, por parte del mediador, de la técnica del parafraseo o de formulación de preguntas circulares, de tal forma que el mediado pueda revalorar tanto su posición como su apreciación del problema, desde un punto de vista completamente diferente.

Adicionalmente, la intervención de un tercero (que si bien carece de poder de resolución) puede y debe favorecer la legitimación de las partes en conflicto, esto principalmente en aquellas situaciones familiares en las que una de ellas se encuentre en abierta desventaja frente a la otra.

En este sentido, las palabras de Castrillón García:

*“Dichos juegos de poder pueden sustentarse en múltiples circunstancias, como la disparidad de los sexos (masculino y femenino), la dependencia económica o afectiva con respecto a un miembro de la familia o la subordinación entre miembros de la familia cuando entre ellos hay relaciones de jerarquía”.*⁹

Ante este eventual panorama, la importancia del balance de poder en las mesas de negociación resulta innegable, por cuanto: facilita la participación de aquellas partes que se sienten inseguras, desconfiadas o amenazadas frente a la posición de la contraparte; permite al mediador evaluar el impacto que la aceptación o el rechazo de una propuesta produce en los involucrados; abre la posibilidad de controlar la intensidad de la confrontación frente a posibles signos de alarma, garantizar un mayor grado de compromiso frente al futuro cumplimiento de los acuerdos alcanzados y, a la vez, contribuye al desarrollo

⁸ Coitiño, “Las emociones y el conflicto”.

⁹ Eddison David Castrillón García, “Poder y Empoderamiento de las Partes en la Mediación de Conflictos Familiares como Estrategia de Formación Ciudadana”, Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Agosto-Diciembre 2017.

personal del mediado, a través de un enfoque pedagógico de su propio empoderamiento.

*“Lo anterior presupone que el tercero neutral e imparcial en el ejercicio de su labor cuente con ciertas habilidades como: reconocer las dinámicas de poder entre los actores en conflicto, identificar los eventuales desequilibrios que se puedan presentar en la mediación y empoderar a las partes a través del uso de las técnicas y herramientas de negociación, las cuales, además de permitir la óptima gestión del conflicto, también están encaminadas a mantener el equilibrio en las relaciones de poder al interior de la mediación”.*¹⁰

Es labor del mediador, entonces, superar su carencia de poder decisorio y buscar la horizontalidad de las relaciones en juego, a través del adecuado empleo de mecanismos que deriven en el respeto, la escucha activa, la empatía y el acercamiento entre las partes.

Aunado a lo anterior, la mediación pareciera favorecer un menor desgaste emocional del núcleo familiar, en tanto permite hallar justicia dentro del contexto de intimidad de la familia.

Un vistazo rápido a la realidad de los procesos contenciosos de familia evidencia el fuerte impacto somático que estas situaciones pueden tener en sus intervinientes (no necesariamente protagonistas). Reacciones como el tartamudeo, la sudoración, la palidez, la taquicardia y las lágrimas son solo algunas manifestaciones propias del ambiente de tensión que se palpa en la mayoría de estos procesos judiciales y son, precisamente, muchos de estos temas emotivos vinculados a la sustantividad del asunto, los que dificultan, en gran medida, no solo la posibilidad de alcanzar un acuerdo satisfactorio sino la de generar compromiso en el cumplimiento futuro del mismo.

En el caso de la mediación, la sola posibilidad de revelar emociones y buscar la solución al conflicto dentro de un marco de familiaridad desahoga, en gran medida, parte de la presión que genera la publicidad del conflicto familiar, propia de los procesos contenciosos.

¹⁰ Castrillón García, “Poder y Empoderamiento de las Partes en la Mediación de Conflictos Familiares como Estrategia de Formación Ciudadana”.

La confidencialidad, sustentada en el derecho a la intimidad personal y familiar, y entendida como la obligación del mediador de no divulgar o no dar a conocer datos, hechos o documentos relativos al acto de mediar, contribuye a un clima de confianza que favorece la franqueza y sinceridad en las manifestaciones de las partes.

Siempre debe tomarse en consideración que, si bien la confidencialidad no es un principio absoluto, piénsese en razones imperiosas de orden público que obliguen al mediador a revelar información conocida durante su desempeño. La sola posibilidad de que los involucrados manifiesten su versión del problema y expresen claramente sus necesidades e intereses, favorece que se generen opciones de solución sin el temor de las partes de que sus palabras sean del conocimiento de extraños, o bien, utilizadas en posteriores procesos. Precisamente, esta función protectora y reaseguradora de la confidencialidad facilita una comunicación fluida, en la que resulta más sencillo reparar y reconstruir vínculos familiares que se vean amenazados por la crisis. Según María Isabel Vianna:

*“la confidencialidad, por tanto, contribuye a generar confianza en el proceso y también implica una responsabilidad asumida por las partes, que van aprendiendo que dialogar y cooperar para resolver conflictos implica (...) responsabilidades relacionadas tanto con la forma del proceso como con el fondo del asunto tratado”.*¹¹

Por otro lado, otro de los beneficios de la mediación frente al proceso judicial que contribuyen a disminuir el deterioro emocional de la relación familiar es la posibilidad de externalizar el conflicto. La adopción de determinadas herramientas y estrategias dirigidas la objetivación del conflicto familiar más allá de sus protagonistas permite a las partes desligar al objeto de la crisis de sí mismos y percibirlo como una realidad externa a la que se pueden asociar metas y objetivos comunes.

¹¹ María Isabel Viana Orta, “Características de la Mediación Escolar en España. Estudio Comparado entre las Comunidades Autónomas”. *Revista Cuestiones Pedagógicas*, 2012-2013, No. 22, 377-394, p. 380.

*“En el sentido de Michael White, la externalización es un proceso en virtud del cual un cierto atributo o cualidad se “saca fuera” de las personas y se convierte en algo con entidad propia. En terapia, externalizar consiste básicamente en utilizar el lenguaje para convertir los problemas que afectan a las personas y a sus relaciones en entidades separadas de éstas, con lo cual pasa a ser posible luchar contra ellas”.*¹²

La virtud de la técnica de la externalización, en relación con el desgaste emocional de las partes, funciona en una doble dimensión; en primer lugar, crea un espacio o distanciamiento entre las partes y el objeto del conflicto, de manera tal que estas pueden percibirlo como una realidad externa a sus propias necesidades, intereses e historia personal. Por otro lado, el correcto manejo de esta herramienta facilita la comunicación y aumenta no solo la intensidad de los mensajes, sino su permanencia en la memoria de los involucrados. Piénsese, por ejemplo, en la objetivación de un sentimiento atribuido a una de las partes por la otra, el “*desconfiado*” desaparece a favor de “*la desconfianza*”, el “*controlador*” se diluye en “*el control*”, etc. La percepción del conflicto como una entidad separada permite a las partes desvestirse de determinados atributos y culpas y retomar un papel activo y colaborador en la exploración de alternativas de solución.

Evidentemente, la posibilidad de reconstruir el valor del mediado ante su contraparte, y más importante aún, ante sí mismo, contribuye enormemente a la protección de los vínculos emocionales entre los miembros del grupo familiar amenazados por la crisis. Tómese, sin embargo, en consideración la necesidad de que el mediador escoja con sumo cuidado los puntos del conflicto que pueden someterse a este proceso de externalización. No resulta conveniente, por ejemplo, que un agresor físico o emocional considere la agresividad como un fenómeno externo del que él es, simplemente, una víctima. El asumir el grado de responsabilidad frente a las propias acciones es siempre un buen punto de partida para enmendar y corregir adecuadamente un comportamiento perjudicial.

¹² Michael White, “La Externalización del Problema y la Reestructura de Vida y Relaciones”, Revista Cuadernos de Terapia Familia”, 1991, Vol. 18, 31-59.

Finalmente, interesa destacar la reducción del tiempo invertido en el proceso de mediación en comparación con la duración de los procesos judiciales. Indudablemente, una mayor duración de los procedimientos dirigidos a la búsqueda de solución a un conflicto familiar implica un mayor desgaste emocional para los involucrados. Si bien el acto de mediar conlleva varias etapas y la duración del proceso depende de varios factores, lo normal es que este medio de solución de conflictos se prolongue por mucho menos tiempo que un litigio judicial; con la ventaja adicional de que las partes tienen el control del mismo y pueden ponerle término en el momento en que lo consideren oportuno.

Por último, téngase en cuenta que el diálogo y una mayor y mejor claridad de los hechos que motivaron la disputa disminuyen, en alguna medida, la confrontación entre las partes y abren espacios de reflexión; de manera que aquellos involucrados en la disputa suavicen sus posiciones y comprendan que la subsistencia del vínculo familiar y la salud mental de la familia es mucho más importante que cualquier problema circunstancial.

6. Conclusiones

Tradicionalmente, la mediación ha sido definida como un proceso alternativo de resolución de conflicto. La sola palabra, alternativo, hace pensar en una forma principal o sustancial de buscar la solución a un problema particular; sin embargo, sin restarle ningún mérito a la labor de las instituciones encargadas de la administración de justicia, el proceso de mediación merece ser revalorado como uno de los posibles y, tal vez, más favorables recursos para encontrar una salida satisfactoria para los conflictos familiares.

Frente al proceso contencioso, la naturaleza de la mediación, sus etapas y principios y, principalmente, las herramientas y estrategias que permite aplicar, parecen responder de una manera más acertada a las necesidades reales del sistema familiar. Una visión integral de los problemas en la familia evidencia su

distanciamiento respecto a otros tipos de controversias, llámese comerciales, internacionales, laborales, etc., y exige, indudablemente, la incorporación de herramientas y estrategias que garanticen el respeto a esta particularidad.

El coste emocional de los procesos judiciales de familia es indiscutible. El deterioro y, en muchos casos, la destrucción de los vínculos familiares y afectivos tiene una importante repercusión, no solo a nivel de la interioridad de cada uno de los involucrados en el proceso sino también en la colectividad, que no es sino reflejo de la estabilidad de las estructuras familiares. La sola posibilidad de gestionar un conflicto desde una panorámica ampliada, donde no solo los requerimientos e intereses particulares sean tomados en consideración, sino que, además, se valore la necesidad de que subsistan lazos afectivos en relaciones tildadas de continuidad, como lo son las familiares, merece una consideración seria.

La revalorización de las partes, ante los ojos de los involucrados en la crisis familiar y, ante sus propios ojos, puede determinar una gran diferencia no solo en el alcance de un acuerdo satisfactorio sino también en el compromiso de cumplirlo.

Si bien, claramente, la mediación no es una forma de terapia familiar, su capacidad de dotar al conflicto de una identidad propia, más allá de las partes involucradas, y de generar en estas valor y confianza y hasta un nuevo reposicionamiento dentro de la estructura familiar, obliga a su consideración como un importante instrumento en la búsqueda de la paz social. Fomentar la infraestructura operativa y fortalecer el sustrato material de este mecanismo de resolución de conflictos pareciera ser no solo una necesidad, sino una obligación de la sociedad misma.

7. Referencias bibliográficas

Alzate Sáenz de Heredia, Ramón. “*Teoría del Conflicto*”. Escuela Universitaria de Trabajo Social, Universidad Complutense de Madrid, 2007. <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2013/04/alzate-el-conflicto-universidad-complutense.pdf> (Consultado el 21-02-2022).

Castrillón García, Eddison David. “*Poder y Empoderamiento de las Partes en la Mediación de Conflictos Familiares como Estrategia de Formación Ciudadana*”. Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Agosto-Diciembre 2017.

Coitiño, Alberto. “*Las emociones y el conflicto*”. Over Blog. <http://mediacion-transformativa.overblog.com/las-emociones-y-el-conflicto> (Consultado el 11-02-2022).

Del Prette, Zilda A.P y Almir Del Prette. “*Psicología de las Habilidades Sociales: Terapia y Educación*”. Sao Paulo: Manual Moderno, 2002.

Duque Velásquez, Nataly., Cristina Henao Posada, Carolina Henao, Laura Ramírez Giraldo. “*Influencias del Contexto en las Estrategias para la Resolución de Conflictos en la Escuela*”. Tesis de Licenciatura, Universidad de Antioquía, 2015.

Escudero, Manuel. “*Emociones y Sentimientos: ¿Cuál es la Diferencia?*”. Centro Manuel Escudero: Psicología Clínica y Psiquiatría. <https://www.manuelescudero.com/emociones-y-sentimientos-cual-es-la-diferencia/> (Consultado el 15-02-2022).

Meier, J.D. “*5 Conflict Management Styles at a Glance*”. Sources of Insight. <https://sourcesofinsight.com/conflict-management-styles-at-a-glance/> (Consultado el 13-02-2022).

Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., (versión 23.5 en línea). <https://dle.rae.es> (Consultado el 18-02-2022).

Serrano, María Paz y Antonia Uríos. *“La Mediación Familiar como Forma de Respuesta a los Conflictos Familiares”* (España: Portularia, 2004).

Alliende Luco, Leonor., Jorge Burgos Pizarro, Paula Correa Camus, Sandra Pérez Castillo. *“El Proceso de Mediación”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Bolaños Cartujo, Ignacio. *“Mediación familiar, responsabilidad y poder”* en *“La Mediación, una visión plural: diversos campos de aplicación”*. Ed Fermín Romero Navarro. España: Gobierno de Canarias, Consejería de Presidencia y Justicia.,

Casas Fernández, Gerardo. *“Una Perspectiva Sistemática de la Familia”*. Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Costa Rica. <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000104.pdf> (Consultado el 20-2-2022).

Elder, Linda, y Richard Paul. *El Arte de Formular Preguntas Esenciales*. California, Estados Unidos: Critical Thinking Organization, 2003.

Gómez Cabello, María del Carmen. *“Los Aspectos Jurídicos de la Mediación: Mediación en el Ámbito del Derecho de Familia. Particularidades (II)”*. *Noticias Jurídicas* (Madrid). 01 de mayo 2007.

Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos del Derecho Civil: Tomo IV Familia*. Madrid: Editorial Dykinson, 2010.

Maturana, Humberto. *“Emociones y Leguaje en Educación y Política”*. Colección Hachette/Comunicación, http://turismotactico.org/proyecto_pologaraia/wpcontent/uploads/2008/01/emociones.pdf (Consultado el 25-2-2022).

Ocón, Landa. *“Modelo Circular Narrativo e Historia Alternativa”*. El Blog de Landa Ocón. <http://abogadosmediadoreslandaocon.blogspot.com/2014/09/modelo-circular-narrativo-e-historia.html> (Consultado el 21-2-2022).

Poyatos García, Ana. “*Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos*”. Valencia, España: Editorial Nau Llibres, 2003.

Ripoll- Millet, Álex. “*Mediación Familiar*”. *Revista Políticas Sociales en Europa* No. 13-14, 57-70 (2003). <https://www.avntf-evntf.com/wp-content/uploads/2016/06/Mediación-Familiar.ÁlexRipollMillet.pdf> (Consultado el 25-2- 2022).

Silva García, Germán. “*La Teoría del Conflicto: Un marco teórico necesario*”. *Revista Prolegómenos Derecho y Valores*, No. 22, Julio-Diciembre 2008: 29-43.

Suares, Marinés. *Procesos de Mediaciones y Técnicas*. Buenos Aires: Mediando Formación en Mediación, 2015.

Tula, Antonio. “*El Status Quo de la Legitimación en la Mediación*”. Colegio de Abogados del Departamento Judicial Mar del Plata. <http://institutoscamdp.com.ar/mediacion/2016/08/24/el-status-quo-de-la-legitimacion-en-la-mediacion-tula/>

Tzu, Sun. “*El arte de la Guerra*”. Cuauhtémoc. Editorial Porrúa, 2008.

Viana Orta, María Isabel. “*Características de la Mediación Escolar en España: Estudio Comparado entre las Comunidades Autónomas*”. *Revista Cuestiones Pedagógicas*, 2012-2013, No. 22, 377-394.

White, Michael. “*La Externalización del Problema y la Reestructura de Vida y Relaciones*”. *Revista Cuadernos de Terapia Familia*”, 1991, Vol. 18, 31-59.

La Mediación Familiar: Técnicas y estrategias para superar el conflicto

Msc. Maripaz Sancho Miranda

1. Introducción

En palabras de Silva García, “*el conflicto es un fenómeno natural en toda sociedad, es decir, se trata de un hecho social consustancial a la vida en sociedad*”¹.

Sin embargo, tradicionalmente, esta constante histórica ha sido asociada a una connotación negativa: el conflicto aparece como una confrontación necesaria de ser evitada, a raíz de algunas de las consecuencias perniciosas que pueden acompañarlo. Lo anterior resulta particularmente común al tratarse de problemas en el seno del núcleo familiar. Sin embargo, viendo a la crisis en su justa dimensión, esta lleva en sí misma un elemento de cambio, el cual es necesario para la transformación y evolución del ser humano, tanto en el plano personal como en el social.

Ahora bien, ¿cómo lograr desligar al conflicto familiar de su apreciación negativa y verlo como un verdadero instrumento de cambio; tanto para la familia, entendida como un todo, y como para cada uno de sus integrantes?

Resulta evidente que la contención propia de los procesos judiciales poco o nada contribuye al mantenimiento y/o reconstrucción de los vínculos familiares cuando estos están sometidos a la presión de una crisis. La particular construcción de la estructura familiar, enlazada por ligámenes que van más allá de relaciones consanguíneas o de convenios legales, obliga a la búsqueda de mecanismos de solución de conflictos más acordes con su naturaleza y, de alguna manera, favorables al crecimiento personal de los intervinientes en el problema.

¹ Germán Silva García, “La Teoría del Conflicto: Un marco teórico necesario”. *Revista Prolegómenos Derecho y Valores*, Julio-Diciembre 2008, Vol XI, No. 22, 29-43, pp. 29.

La mediación, entendida como la participación de un tercero neutral, capaz de abrir canales de comunicación entre las partes, que les permita encontrar una solución satisfactoria a sus pretensiones, parece ser, a través de sus técnicas y estrategias, una posibilidad interesante para dar respuesta a una crisis familiar; con la posibilidad de complementar y, en muchos casos, sustituir la intervención de autoridades judiciales en el problema planteado.

El presente artículo tiene por objeto buscar una redefinición del conflicto familiar, desde su perspectiva real, a partir de los recursos que proveen las técnicas y estrategias normalmente aplicadas al proceso de mediación.

2. El conflicto y la mediación

El conflicto, tradicionalmente entendido como una confrontación de intereses, posiciones y necesidades, es un concepto tan natural como complejo, puesto que envuelve un sinfín de posibles situaciones y asunciones ligadas al mismo. A manera de ejemplo, piénsese en conflictos personales, familiares, sociales o internacionales, así como en conceptos como rivalidad o agresividad, comúnmente asociados a este proceso.

Sin embargo, en términos generales, es posible afirmar que un conflicto de cualquier naturaleza se caracteriza por la interacción de dos o más participantes, con predominio de relaciones antagónicas, que responden a una lucha de poder.

Ahora bien, estas situaciones de crisis involucran la necesidad de ser manejadas y, en última instancia, de ser resueltas. Lo anterior clarifica el concepto de conflicto al identificarlo como un proceso que abarca diferentes etapas y que va a exigir la aplicación de determinadas estrategias o técnicas, en función del estadio en que se encuentre.

Tal vez la forma más común del manejo y resolución de conflictos es la intervención de autoridades administrativas o judiciales llamadas a poner término a la crisis, a través de la resolución emitida por un órgano estatal de administración de justicia. Sin embargo, un amplio espectro de conflictos debería requerir un amplio espectro de mecanismos de manejo y resolución, en función de las necesidades particulares de cada caso. La existencia de los llamados modos no formales o alternativos al manejo y resolución de conflictos permite, de alguna manera, encontrar una solución al problema más individualizada.

El caso específico de los llamados conflictos familiares merece un tratamiento particular, en función de la importante carga emocional que estos conllevan. Tómese en cuenta que una de las funciones más importantes de la estructura familiar es, precisamente, la armonía y el bienestar de cada uno de los miembros que la componen. El conflicto, o crisis familiar, interrumpe la dinámica funcional de la familia, rompe los intereses comunes de sus integrantes y lleva a la adopción de un sistema de “falso equilibrio”, generado por las posiciones antagónicas de cada uno de los partícipes de dicho conflicto. Este falso equilibrio es el resultado de la propia interpretación que las partes hacen de la realidad que las separa, y pone en jaque los roles y vínculos afectivos que ligan a los miembros de la familia.

Frente a una forma de conflicto tan particular, es necesaria una respuesta muy concreta, que busque minimizar el desgaste emocional entre las partes y sostener, de alguna manera, los vínculos familiares amenazados por la crisis.

Ante este panorama, la figura de la mediación, en particular frente a otros mecanismos de resolución alterna de conflictos, parece ser una herramienta óptima, tanto para encausar el conflicto como para su resolución, muy por encima del proceso contencioso ante instancias judiciales que, de alguna manera, se muestra insuficiente para evitar el deterioro de una relación familiar que se vea comprometida.

Tal y como lo explica Ripoll-Millet, la mediación presenta algunas particularidades que la diferencia claramente de otros modos alternativos de resolución de conflictos, donde destaca la participación de un tercero, imparcial y sin ningún poder de decisión, aceptable por las partes implicadas y llamado a garantizar la confidencialidad de la negociación.²

Precisamente estos rasgos de voluntariedad, neutralidad y confidencialidad favorecen enormemente a los procesos de conflicto familiar, al dotarlos, no solo de una participación más activa de las partes, sino, además, al ofrecerles mayor respeto de la intimidad del núcleo familiar.

Aunado a lo anterior, la resolución de discrepancias a través de la mediación contribuye a la realización del derecho constitucional del acceso a la justicia, al facilitar el acuerdo entre las partes, no solo con un menor coste económico y emocional, sino también de una forma más expedita.

3. Particularidades de la mediación familiar

La definición de mediación, propiamente familiar, dada por Gómez Cabello, incorpora una serie de particularidades que permiten entender, aún más claramente, la utilidad de esta herramienta para lograr una solución armoniosa del conflicto familiar. En sus palabras, la mediación familiar es aquel

*"proceso de construcción y reconstrucción del vínculo familiar sobre los ejes de la autonomía y de la responsabilidad de las partes afectadas por un conflicto, en cuyo proceso interviene un tercero imparcial, independiente, cualificado y sin ningún poder de decisión, que es el mediador familiar."*³

Es posible entonces, a partir de esta elaboración conceptual, en primer lugar, ver la mediación familiar como un proceso de construcción y

²Álex Ripoll- Millet, "Mediación Familiar". *Revista Políticas Sociales en Europa*, 2003, No. 13-14, 57-70, pp. 3-4. Consultado el 25 de febrero del 2022, <https://www.avntf-evntf.com/wp-content/uploads/2016/06/Mediación-Familiar.-Álex-Ripoll-Millet.pdf>

³ María del Carmen Gómez Cabello, "Los Aspectos Jurídicos de la Mediación: Mediación en el Ámbito del Derecho de Familia. Particularidades (II)". *Noticias Jurídicas* (Madrid). 01 de mayo 2007.

reconstrucción del vínculo familiar. La familia, entendida como estructura social básica, deviene conformada por individuos ligados por sujeciones de muy diferente naturaleza, que van más allá de ligámenes biológicos o jurídicos. Si bien la constitución del núcleo familiar implica, en la mayoría de los casos, la existencia de lazos consanguíneos, producto de uniones sexuales y, en otros, el reconocimiento de situaciones jurídicas como el matrimonio o la adopción; su vinculación va más allá, hacia lo afectivo, emocional y hasta económico. Téngase en cuenta que concepciones más modernas de la familia la identifican más que como un centro específico de intereses, como “*un núcleo de apoyo a cada uno de los individuos*” que la integran.⁴

De ahí la importancia de mantener la cohesión del grupo familiar en situaciones de crisis, no sólo para el desarrollo emocional de sus miembros, sino también para el crecimiento intelectual y social de los menores que puedan formar parte de él.

Ahora bien, la práctica parece demostrar que la mayoría de las situaciones de conflicto familiar no encuentra en el proceso contencioso una respuesta adecuada a sus requerimientos, en tanto este último tiende, en la mayoría de los casos, a agudizar el conflicto interpersonal de los adultos, al deterioro de las relaciones paterno-filiales, así como al incumplimiento de aspectos tanto económicos como de regímenes de guarda-crianza o visitas, posteriores al dictado de la sentencia judicial.

Debido a que la crisis genera cambios estructurales y/o funcionales en la dinámica de la familia, es muy probable que los lazos afectivos de sus miembros se debiliten y, en muchos casos, se fragmenten completamente.

La mediación, como proceso, es decir, como una secuencia de momentos que se prolongan en un tiempo cronológico y psicológico, permite facilitar la

⁴ José Luis Lacruz Berdejo. Elementos del Derecho Civil: Tomo IV Familia (Madrid, España: Dykinson, 2010).

adaptación de los integrantes del núcleo a las nuevas situaciones que se presenten o puedan presentarse. Aunado a lo anterior, al tratarse de un proceso no adversarial, más expedito, más flexible y con mayor respeto de la privacidad, es muy probable que el desgaste emocional sea menor.

En segundo lugar, y retomando la definición de Gómez Cabello, tómesese en cuenta que la mediación se sustenta sobre el libre ejercicio de la autonomía y la responsabilidad de las partes. Lo anterior implica la necesidad de que los intervinientes en un conflicto estén convencidos de que quieren resolverlo a través de la participación de un tercero, que les ayude a superar sus resistencias. Sin embargo, es imposible obviar la existencia de la mediación intrajudicial, en la que el propio ordenamiento jurídico “*obliga*” a las partes a someterse a ella en la fase inicial de un proceso, y es a partir de ahí cuando las partes deciden sobre su continuidad.

De cualquier manera, una vez adoptado el mecanismo de la mediación, las partes pueden escapar del rígido formalismo del proceso judicial y buscar una solución pactada, dialogada y en la que encuentren, al menos, una satisfacción parcial de sus pretensiones.

Considérese que la mediación permite, en principio, no solo la aplicación de una metodología más participativa y menos confrontativa en la gestión del conflicto; sino también que se intente la adopción de una definición pluralista de la solución, por encima del tradicional tú y yo.

Finalmente, y, en tercer lugar, es evidente que el concepto de mediación implica la participación de un tercero, mediador, cuyo protagonismo es incuestionable, llamado a gestionar adecuadamente el conflicto a través de un proceso de definición de los intereses en juego, por encima de la posición de cada parte, para fomentar la actividad de los intervinientes y, finalmente, abrir canales de comunicación con miras a alcanzar una solución satisfactoria.

Por último, y retomando la idea mencionada anteriormente de que el conflicto conlleva la instauración de un “*falso equilibrio*” entre las partes involucradas, el objetivo del mediador, a través de determinadas técnicas y estrategias, debe ser romper con este y tratar de que, una vez superada la apreciación personal de la crisis de cada uno de los intervinientes, estos amplíen su percepción hacia un panorama más amplio, donde sea más sencillo encontrar satisfacción a sus pretensiones. Por último, tóme en cuenta que, si bien el mediador debe mantener en todo momento una actitud neutral para evitar incidir en la voluntad de las partes; siempre existe la posibilidad de que si este prevé acuerdos que puedan dañar a alguna de las partes, puede interrumpirse el proceso.

4. Generalidades del proceso de mediación

El inicio de un proceso de mediación puede darse por la voluntad de las partes de someterse a un método alternativo al proceso judicial, o bien, durante la sustanciación de este a instancia de parte o por un requerimiento judicial que solicite la suspensión de procedimientos hasta que se realice un intento de encontrar una solución por arreglo de partes.

Evidentemente, la construcción de un sistema colaborativo llamado a resolver la disputa familiar, que depende, en definitiva, de la voluntad y capacidad de las partes en conflicto, dota al proceso de mediación familiar de una importante complejidad, que justifica, en gran medida, la adopción por parte del tercero neutral de determinadas técnicas o estrategias dirigidas a encausar dicha voluntad y capacidad.

Ahora bien, todo proceso de mediación está integrado por una serie de actos que, si bien se fundan en la voluntariedad de las partes de someterse a este, van a generar obligaciones para los intervinientes y, en última instancia, van a producir determinados efectos.

De esta manera, la calidad y eficacia del proceso de mediación para no solamente alcanzar una solución satisfactoria para las partes, sino para contribuir al fortalecimiento de los vínculos familiares ya amenazados por la crisis, implica, además de un comportamiento profesional del tercero llamado a mediar, una actitud comprometida de las partes para poner en común sus necesidades e intereses.

Ahora bien, y siempre partiendo de la idea de que el proceso de mediación familiar es en su naturaleza complejo, en razón de su dependencia de la capacidad y voluntad de las partes y de los estados emocionales que entran en juego, se pueden resumir, de forma muy sintética y siguiendo el pensamiento de Ripol-Millet, las fases o etapas del proceso de mediación, en los siguientes términos:

fase 1) Enmarcar la intervención: uno de los requisitos básicos para dar inicio al proceso es la reunión de las partes en conflicto para informar los alcances de la mediación y exponer el objeto de la misma; **fase 2) Recolectar y ordenar la información:** el mediador debe ayudar a las partes a seleccionar y jerarquizar los temas relevantes de la negociación, a partir de la información, normalmente desordenada, que aportan las partes; **fase 3) Concretar los problemas:** durante esta fase, el mediador debe llevar a las partes a identificar los puntos de disputa y de consenso, con el objeto de avanzar en la negociación; **fase 4) Desarrollar las posibles opciones:** determinar soluciones nuevas a los problemas planteados, centradas en intereses concretos y no en posturas personales; **fase 5) “Estirar y aflojar”:** una vez determinados los límites a las propias opciones, definir intereses comunes y resultados que permitan la satisfacción de las necesidades individuales.

Partiendo de estas etapas básicas, una rapidísima mirada al proceso de mediación permite constatar la importancia de un desempeño profesional y exitoso del tercero neutral llamado a mediar. Téngase en cuenta que, precisamente, una de las ventajas de la mediación por encima de otros mecanismos de resolución alterna de conflictos, llámese conciliación o arbitraje, es la participación activa de las partes sumada a un tercero equidistante de ellas, cuyo poder de intervención viene legitimado por la aceptación de estas, el cual es capaz de abrir sus canales de comunicación, con miras a una solución satisfactoria derivada del mismo principio de autocomposición.

Ahora bien, previo a analizar algunos de estos mecanismos llamados a facilitar la solución del conflicto planteado, ténganse en cuenta dos aspectos muy

puntuales que sirven de pilar para un óptimo funcionamiento del proceso de mediación.

En primer lugar, la trascendencia de identificar necesidades e intereses de las partes, por encima de su avidez por defender una determinada posición. Resulta de especial importancia que la mediación, como mecanismo de resolución del conflicto, supere las posiciones de sus intervinientes; es decir, que vaya más allá de la percepción particular que cada una de las partes tiene de la situación y sus propias pretensiones. El mediador necesita, desde un primer momento, lograr que las partes enfrentadas definan intereses y necesidades de la forma más objetiva posible y que superen negociaciones de tipo distributivo, en las que frente al acuerdo final una parte se sienta ganadora y otra perdedora. La solución última debe tener una naturaleza integrativa en la que se satisfagan requerimientos comunes muy precisos, de manera que exista un menor riesgo de incumplimiento de lo acordado.

En segundo lugar, y producto de lo anterior, el proceso de mediación debe asociar a aquellos intereses ya identificados, un adjetivo capaz de no solo definirlos sino también valorizarlos. De esta manera, un interés o una necesidad será común cuando satisfaga, al menos en parte, los intereses del otro; será complementario cuando sea compatible y no excluyente con los deseos de la contraparte; o bien, una necesidad será primaria cuando resulte imposible de ser prescindida de la negociación o secundaria cuando simplemente aumente el grado de bienestar o satisfacción del otro.

Finalmente, para efectos de un desenvolvimiento ordenado y seguro del proceso de mediación, interesa destacar la necesidad de una comunicación efectiva que permita una transmisión del mensaje, clara y entendible para el receptor o los receptores, sin confusiones o portillos de interpretación. Con el objeto de abrir canales de comunicación eficientes entre las partes, el mediador necesita adquirir ciertas habilidades comunicativas que le permitan transmitir claramente la información para facilitar el entendimiento entre los intervinientes.

Entre las destrezas de comunicación que el mediador debe desarrollar a lo largo del proceso cabe mencionar, en primer lugar, la utilización de un vocabulario adecuado, de manera que los mensajes confrontativos de las partes adquieran un matiz de neutralidad que suavice el tono del enfrentamiento; en segundo lugar, la capacidad de percibir, a través de una escucha atenta, tanto los hechos como los sentimientos ligados a estos; en tercer lugar, la habilidad de formular y reformular hechos, con la finalidad de que la atención se centre en el contenido del mensaje más allá de la forma en que este es expresado y; finalmente, una capacidad de empatía tal que le permita “ponerse en el lugar” de cada parte, absteniéndose de realizar juicios de valor.

5. Técnicas y estrategias para superar el conflicto a través de la mediación

Tal y como lo explica Lisa Parkinson, en su libro *Mediación Familiar Teoría y Práctica: principios y estrategias operativas*, la crisis familiar supone un desgaste importante de energía para las partes involucradas, al adoptar inicialmente posturas de ataque o defensa con el objeto de mantener un *status quo* que siente la amenaza del cambio. Ahora bien, considerando que las diferentes relaciones que componen el sistema familiar están expuestas a innumerables situaciones de conflicto, originadas tanto en la convivencia diaria como en escenarios de ruptura (divorcio, separación, etc.) y, hasta en momentos posteriores a la ruptura de los vínculos; es indispensable que el mediador recurra a distintas técnicas o estrategias que le permitan, de alguna manera, encausar la energía de las partes involucradas hacia la armonización de intereses y la búsqueda de una solución satisfactoria del conflicto. En palabras de Poyatos García, las técnicas de mediación familiar son “*los instrumentos que permiten transformar una realidad conflictiva en una realidad de soluciones*”⁵.

⁵Ana Poyatos García. *Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos* (Valencia, España: Editorial Nau Llibres, 2003).

Ahora bien, partiendo de que existen tantas formas de mediar como familias en crisis y, que las herramientas que el mediador puede utilizar para llevar a buen término el proceso son imposibles de numerar, a continuación, se expondrán algunas de las más recomendadas por los especialistas en la materia, con el objeto de redefinir el concepto de conflicto en el plano familiar.

Al seguir la clasificación de Marinés Suares, se puede distinguir entre micro técnicas, mini técnicas, técnicas y macro técnicas de mediación. Se consideran micro técnicas de la mediación la escucha activa, la formulación de preguntas, el parafraseo, la connotación positiva y la recontextualización, así como la legitimación de las posiciones de las partes.

La escucha activa implica una retroalimentación verbal, con entonaciones, gestos, posturas, actitud empática, etc., con especial atención en el contenido del mensaje y los silencios⁶. Tomando en consideración el cúmulo de sentimientos, emociones e ideas que subyacen a aquello que es expresado directamente, el mediador necesita desarrollar la capacidad de una escucha eficiente. La aplicación de esta técnica permite al mediador, entre otras cosas: determinar el significado exacto del mensaje, reconocer la importancia de la figura del emisor, evidenciar los sentimientos y reacciones del hablante respecto del mensaje transmitido, suavizar la tensión inicial y, en términos generales, generar confianza respecto de su participación.

Ahora bien, ¿en qué consiste una escucha activa? Se puede afirmar que son manifestaciones de una escucha activa las siguientes actitudes del receptor: no interrumpir; concentrar totalmente la atención en el mensaje, así como en los gestos y palabras que lo integran; mantener contacto visual con el emisor, lo que demuestra atención; no formular hipótesis o suposiciones de lo que el emisor quiere transmitir; emitir palabras de refuerzo y hacer preguntas, entre otras.

⁶ Poyatos, “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”.

La formulación de preguntas adecuadas es uno de los instrumentos de trabajo básicos del mediador a lo largo del proceso. Se puede resumir la importancia de introducir preguntas adecuadas a la mediación en la frase de Linda Elder y Richaud Paul en su libro *“El arte de formular preguntas esenciales”*, al afirmar que *“La calidad de nuestro pensamiento, a su vez, la determina la calidad de nuestras preguntas, ya que las preguntas son la maquinaria, la fuerza que impulsa el pensamiento. Sin las preguntas, no tenemos sobre qué pensar. Sin las preguntas esenciales, muchas veces no logramos enfocar nuestro pensar en lo significativo y sustancial”*⁷.

Entonces, es así como una pregunta debidamente enunciada les permite a las partes ampliar su perspectiva respecto del conflicto y hasta verlo con *“otros ojos”*.

Ahora bien, el proceso de interrogar debidamente implica, en primer término, la observancia de dos condiciones imprescindibles para lograr claridad de pensamiento en las partes, a saber, la necesidad de aclarar el objetivo de las preguntas y el saber escoger el momento adecuado para plantearlas.

Lo anterior le exige al mediador una preparación anticipada, de manera tal que sus preguntas no surjan del azar. Es de vital importancia clarificar el propósito de la pregunta, así como lo que se espera obtener de ella. Tómese en consideración la relevancia de omitir preguntas retóricas que pueden tornarse en verdaderas declaraciones y que pueden desvirtuar el papel del mediador como tercero imparcial. Las preguntas formuladas deben siempre esperar una respuesta, la más clara posible.

Por otro lado, es primordial que el mediador determine el momento oportuno para plantear la interrogante, de manera que las partes se sientan escuchadas o puedan escucharse entre sí. Recuérdese que el conflicto genera en

⁷ Linda Elder, Richard Paul. *El Arte de Formular Preguntas Esenciales* (California, Estados Unidos: Critical Thinking Organization, 2003), p.2.

sus intervinientes un falso equilibrio, forjado por las posiciones encontradas de las partes, y en el que es normal que una de ellas se encuentre en una posición de desventaja frente a la otra. El mediador, a través de la oportuna e inteligente enunciación de la interrogante, puede romper dicho equilibrio e introducir así los elementos necesarios para un cambio de perspectiva de la situación, de manera que resulte más fácil arribar a una solución satisfactoria. Esto es especialmente importante en materia familiar, en tanto la resistencia al cambio y la lucha de poder entre las partes genera, en la mayoría de los casos, un desgaste emocional importante no solo en las partes del conflicto sino en el resto de los integrantes del núcleo familiar.

Ahora, ¿cuándo es el momento oportuno para formular una pregunta durante el proceso de mediación? Cada mediador llevará su propio ritmo en la aproximación al conflicto, sin embargo, dentro de este ritmo cada pregunta debe responder a una finalidad propia, dentro del esquema general que busca estimular el pensamiento y suscitar el diálogo. Tómese en cuenta que la improvisación frente a hechos o situaciones nuevas es también una de las destrezas que el mediador debe desarrollar.

Finalmente, cabe destacar que, si bien existe una gama innumerable de preguntas a formular, tan amplia como la comunicación misma, en el proceso de mediación familiar interesan sobremanera las llamadas preguntas informativas y las desestabilizadoras y/o modificadoras. Las primeras permiten aclarar situaciones, hechos, relaciones, etc., lo cual favorece a cada uno de los participantes en el proceso de mediación, por cuanto aclara el objeto de esta a través del examen, la comprobación y la recepción de la información necesaria. Las otras están dirigidas a romper el equilibrio precario que surge por la resistencia al cambio, aquellas que pretenden que las partes se separen de la posición a la que se aferran, o bien, las que les permiten ponerse en el lugar del otro (preguntas reflexivas, circulares, etc.). La introducción oportuna de este tipo de preguntas permite a los intervinientes una redefinición del problema.

Por último, y en aras de superar asunciones negativas respecto al conflicto, es importante omitir interrogantes formuladas a partir del “no” o de “por qué”, que podrían impedir a la parte sentirse cómoda o comprendida. Por el contrario, la pregunta positiva permite al cuestionado desarrollar su creatividad y, de alguna manera, comprometerse con la búsqueda de una solución.

El parafraseo es la capacidad de presentar un relato de una forma diferente a su versión original y, al mismo tiempo, dotarlo de organización, síntesis y neutralidad; relacionado con una concepción del mediador como un co-constructor de la solución al conflicto⁸. Algunos ejemplos de parafraseo pueden ser: “*a ver si lo entendí bien, usted ha dicho...*”, “*corrijame si me equivoco, usted ha dicho...*”⁹. Obsérvese como la simple introducción de estas frases, o alguna similar, permite al mediador enfatizar, confirmar, aclarar, o bien, concretar el mensaje.

El empleo de esta técnica en la mediación familiar permite, sobre todo, clarificar tanto el objeto de la disputa como las emociones subyacentes a la misma, las cuales en determinados casos funcionan como sustento de las posiciones cerradas adoptadas por las partes.

La connotación positiva consiste, básicamente, en reformular acciones, hechos, situaciones, donde se resaltan sus características y/o cualidades positivas para permitir una revaloración de estos, todo con el objetivo de restarle importancia al alto grado de negatividad con el que el conflicto es normalmente percibido¹⁰. Su misión es remarcar, otorgar o cambiar características a las cosas, los hechos, las personas o las acciones de estas, de forma tal que puedan ser destacados sus aspectos positivos. Esta herramienta es de gran utilidad en personas de autoestima baja y con perspectivas negativas frente al conflicto y al

⁸ Ignacio Bolaños Cartujo, “Mediación familiar, responsabilidad y poder” en “La Mediación, una visión plural: diversos campos de aplicación”. Ed Fermín Romero Navarro (España: Gobierno de Canarias, Consejería de Presidencia y Justicia), 76-87.

⁹ Poyatos, “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”.

¹⁰ Poyatos, “Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”.

proceso de mediación, puesto que posibilita la revalorización de las personas y el fortalecimiento de su autoestima¹¹.

La recontextualización es un momento posterior a la contextualización inicial llevada a cabo por el mediador cuando intenta, a través de preguntas informativas, normalmente abiertas, determinar la trama que dio lugar al conflicto. La recontextualización, el reencuadre o replanteo es una técnica muy apropiada para conducir la negociación de las partes a una posible solución. Básicamente, consiste en la formulación de una serie de preguntas circulares o enjuiciantes, aquellas que obligan al interlocutor a interactuar de una forma correctiva, con la intención de explorar un comportamiento en particular. Piénsese, a manera de ejemplo, en una pregunta formulada en los siguientes términos: ¿qué opciones se le ocurren, a usted papá, que podría adoptar para evitar el estrés que generan, tanto en los niños como en su madre, sus constantes llegadas tardías al recoger a los menores? Tal interrogación sacaría del contexto negativo y amenazante (probablemente dibujado por la madre) el tema del atraso, y permitiría al padre diseñar de una forma más creativa, junto con los demás intervinientes en el conflicto, una estrategia de solución.

La legitimación de las posiciones de las partes es una técnica de mediación relacionada con la capacidad del mediador de alcanzar posiciones de igualdad entre los mediados, lo que evita que alguno se sienta amenazado o desvalorizado por el otro. Francisco Diez y Gachi Tapia identifican la legitimación como la creación de un “*contexto de confianza*” que permita a las partes acceder a la participación, al generar un “*lugar positivo*” en el proceso¹².

Una debida legitimación permite a la parte modificar su representación mental, tanto de la situación como de su contraparte, lo cual la dota de un estado

¹¹ Leonor Alliende Luco, et al., “El Proceso de Mediación” (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002).

¹² Antonio Tula, “El Status Quo de la Legitimación en la Mediación”, Colegio de Abogados del Departamento Judicial Mar del Plata, <http://institutoscamp.com.ar/mediacion/2016/08/24/el-status-quo-de-la-legitimacion-en-la-mediacion-tula/>

emocional más propicio para la negociación. La labor del mediador familiar debe estar dirigida a crear un ambiente de comodidad, seguridad y comprensión, de manera que las partes entiendan su capacidad de acción frente al conflicto, con miras a encontrarle una solución favorecedora, y que así logren, a través de una sensación de fortaleza y libertad, exponer las causas o razones que motivan su actuar. Esta herramienta de mediación está estrechamente relacionada con las capacidades de escucha activa y empatía que debe desarrollar el mediador y resulta especialmente relevante en materia familiar, donde es muy común el desequilibrio de poder entre miembros de la familia.

De acuerdo con la clasificación de Suares, se consideran mini técnicas de mediación la externalización, los resúmenes y el equipo reflexivo.

La externalización es, para Alliende, “una técnica compleja que conlleva varias etapas: una explicación del problema por cada una de las partes, una recepción o internalización del problema del otro y un tercer momento en el que se construye un enfoque del conflicto a mediar”¹³. Su importancia radica en que potencia el protagonismo y la responsabilidad de las partes frente al problema. La externalización permite separar a las personas del conflicto, puesto que normalmente la parte identifica el problema con su contraparte, como causante y responsable de las consecuencias negativas de este. A través de la aplicación de esta técnica se busca que una de las partes, la cual presenta a la otra como imperfecta, reconozca algunas situaciones en las que la otra no se comporta tal y cómo ella se lo atribuye cuando generaliza. A manera de ejemplo, la externalización se realiza cuando la mujer, a través de una pregunta correctamente formulada, reconoce que en algunos casos el marido colabora con sus hijos, es decir, elimina los absolutos (nunca, jamás, siempre) a la hora de calificar el comportamiento de la contraparte.

¹³ Alliende, “El Proceso de Mediación”.

Los resúmenes, por su parte, permiten al mediador recoger y organizar información que considera relevante para el proceso de negociación. Resulta de especial importancia para eliminar datos que pueden considerarse “sucios” y que, más bien, enturbian la posibilidad de un acuerdo. Adicionalmente, los resúmenes permiten estructurar u organizar la información brindada por las partes, para simplificar su proceso de comunicación.

El equipo reflexivo, como herramienta de mediación, hace referencia a una colaboración interdisciplinaria en el proceso, con la idea de que, a través del aporte de diferentes conocimientos, metodologías y prácticas, la solución a alcanzar pueda resultar más sistémica, integral y hasta creativa. El empleo de esta técnica implica normalmente diferentes momentos. Inicialmente, el mediador dialoga con las partes sobre el conflicto, mientras el equipo reflexivo observa y escucha. Finalizada la conversación, en un segundo momento, el mediador (autorizado por las partes) se reúne con el equipo reflexivo y los mediados para que pueden escuchar sus evaluaciones sobre el objeto de la mediación. Por último, el mediador solicita a los intervinientes su opinión y reflexión sobre las apreciaciones del equipo reflexivo. La técnica puede emplearse cuantas veces se considere necesario.

Resulta incuestionable la importancia de que, en materia de familia, la mediación responda a las necesidades personalísimas de cada uno de sus miembros, por lo que es lógico que, en caso de requerirlo, el proceso de resolución del conflicto incorpore recursos, técnicas y conocimientos de otras disciplinas. Posiblemente el modelo ideal para llevar a cabo una mediación familiar incorporaría tanto al abogado, especialista en Derecho de Familia, como al terapeuta familiar debidamente capacitado en esta área.

La creación de una historia alternativa es considerada como una técnica de mediación y responde a la diferencia existente entre la narrativa de hechos y la significación atribuida a esta, en función de las experiencias vividas y

creencias heredadas. Es decir, es innegable que cada persona narra la historia desde su manera de ver el mundo, desde su experiencia y no desde lo objetivo¹⁴.

Ante tal realidad, el mediador debe reformular la historia contada por las partes e incorporar puntos de encuentro, diferencias y cualquier otra contribución ofrecida por los intervinientes para resolver el conflicto. A través de la narrativa alternativa, con una recomposición de los elementos integrantes en la historia (personajes, trama, contexto y tema), el mediador deberá intentar que: las partes logren desvincular el conflicto de la persona que tienen enfrente; que los intervinientes retomen una posición de legitimación, respeto y mutua colaboración y; finalmente, que los involucrados puedan ver el problema desde un ángulo diferente.

Tómese en cuenta que la narración alternativa no solo no coincide con la historia contada por cada una de las partes, sino que, muy probablemente, tampoco sea una historia verdadera; simplemente va a ser el resultado de las reflexiones del mediador del asunto y de la incorporación de aquellos aspectos que a él le interesa destacar, con el objeto de abrir nuevos canales de comunicación entre los implicados. Son requisitos de la historia alternativa: la debida legitimación de las partes, el respeto a la intimidad requerida por cualquiera de los involucrados, el estar enmarcada dentro de una connotación positiva, el respeto de los valores y creencias de las partes y la propuesta de alternativas sin caer en consejos o soluciones por parte del mediador.

Finalmente, Suares hace referencia a una macro técnica de mediación, llamada **proceso de encuentro**, la cual se relaciona con la forma en que se llevan a cabo las diferentes reuniones entre los intervinientes en el proceso de mediación. Suares distingue tres tipos de encuentros, a saber: conjuntos, privados o de equipo. Si bien algunos autores consideran que la mediación debe llevarse siempre en

¹⁴ Landa Ocón, “Modelo Circular Narrativo e Historia Alternativa”, El Blog de Landa Ocón, <http://abogadosmediadoreslandaocon.blogspot.com/2014/09/modelo-circular-narrativo-e-historia.html>

reuniones conjuntas de todos los implicados en el conflicto, otros recomiendan ya sea el empleo de encuentros de tipo privado, con la ventaja de que se crea un clima de intimidad y confianza entre la parte y el mediador; o bien reuniones del equipo interdisciplinario o co-mediadores, con total ausencia de las partes y normalmente para trabajar en temas puntuales¹⁵.

Por último, conviene mencionar brevemente algunas otras técnicas o estrategias empleadas comúnmente en procesos de mediación familiar, a saber: la transformación de la queja de una de las partes en una petición a futuro dirigida a la contraparte; el postergar el abordaje de un tema conflictivo para retomarlo más tarde; el desviar los comentarios del emisor para evitar que sean interpretados como una agresión, a través del requerimiento de aclaraciones; el emplear un tono tranquilizador para disminuir súbitos incrementos en la tensión; el utilizar ritmos, pausas y hasta silencios para controlar la situación y; finalmente, la utilización de monólogos para disminuir momentos de tensión en la discusión entre partes.

6. La revaloración del conflicto a la luz de la mediación familiar

Una concepción tradicional de la familia, desde el punto de vista social o jurídico, entendida como la célula básica de la sociedad, llamada a la procreación, a la crianza de hijos o a servir de apoyo y sostén recíproco para los cónyuges, parece insuficiente para explicar la complejidad de la trama familiar y la multitud de fenómenos envueltos en sus relaciones.

Ante tal panorama, tal vez un enfoque sistémico de la familia permite una mejor y mayor comprensión de los problemas familiares en diferentes niveles. En palabras de Casas Fernández, *“el concepto de sistema familiar se utiliza para hacer referencia a un grupo de personas que interactúan como un todo funcional.*

¹⁵ Marínés Suares, *Procesos de Mediaciones y Técnicas* (Buenos Aires: Mediando Formación en Mediación, 2015).

Ni los problemas, ni las personas existen en el vacío... El funcionamiento físico, social y emocional de los miembros de una familia es profundamente interdependiente como cambios en una parte del sistema que repercuten en otras partes del mismo”¹⁶.

Precisamente, algunas de las características de los sistemas, aplicables también a la estructura familiar, justifican tanto la valía de la mediación como mecanismo de solución de conflictos, como la necesidad de una redefinición del conflicto familiar a través de sus técnicas y estrategias.

En este sentido, dentro de la familia-sistema, la conducta de uno de sus miembros se relaciona con la de los demás y el análisis de la familia está por encima del análisis de cada uno de sus integrantes. Aunado a lo anterior, el sistema familiar presenta una forma de organización propia y mantiene un cierto balance o equilibrio susceptible al cambio. Ahora bien, si bien dentro de las particularidades de cada núcleo familiar existe cierta capacidad de adaptación, por ejemplo, respecto de la edad o maduración de sus integrantes, importantes reveses pueden comprometer su estabilidad y demandar ayuda externa.

Frente a la crisis familiar, una correcta aplicación de la herramienta de mediación ofrece la posibilidad de pacificar el conflicto, lo que ayuda a redefinir nuevos roles familiares a partir de las necesidades personalísimas de sus participantes. Además, la aplicación de esta herramienta, en la mayoría de los casos, favorece la aceleración de los procesos de quiebra de la convivencia (llámense separación, divorcio, régimen de interrelación familiar, pensión alimentaria, etc.) y, eventualmente, puede lograr una resolución satisfactoria con el menor daño posible a las personas involucradas.

Ahora bien, ¿cómo contribuyen las técnicas de mediación a darle una nueva significación al conflicto familiar?

¹⁶ Gerardo Casas Fernández, “Una Perspectiva Sistemática de la Familia”, Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Costa Rica, <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000104.pdf>

Si se toma en consideración que uno de los principales atributos de los sistemas es su capacidad de regularse a sí mismos, la mediación familiar pareciera ser la forma adecuada de lograr funcionalidad en una familia en crisis. La participación de un tercero equidistante de los intervinientes, llamado a realizar una labor *intra* y no *supra* partes, con el objetivo de buscar el acercamiento de los sujetos del enfrentamiento, sin emitir juicios o recomendaciones personales, resulta la forma más natural de encausar una crisis familiar cuando la propia acción del núcleo familiar no logra superarla por sí misma.

La introducción de un mediador y la aplicación de una serie de estrategias o instrumentos llamados a facilitar el proceso de negociación de los involucrados responde a principios generales de reciprocidad, intercambio, solidaridad orgánica y cooperación; que, heredados de organizaciones sociales primitivas, han mantenido vigencia a lo largo de la evolución de la humanidad.

Partiendo de la idea de que el conflicto familiar se desarrolla dentro de un intrincado esquema de relaciones interpersonales, la aplicación de técnicas de mediación permite una mejor comprensión del problema planteado y, sobre todo, una aproximación diferente a este al cambiar la perspectiva del conflicto.

Ahora bien, ¿en qué sentido puede una técnica como la escucha activa, la reformulación o el resumen, cambiar los matices del conflicto y atribuirle una connotación diferente?

Partiendo de la idea de que un conflicto debería ser percibido como un fenómeno neutro dentro de las relaciones familiares, es decir, como una manifestación real de la convivencia humana; determinadas directrices pueden dotarlo de una operatividad e instrumentalidad favorable para el crecimiento tanto del grupo como de sus integrantes, particularmente, teniendo en cuenta la interrelación e interdependencia propia de la familia-sistema.

Maturana señala que el despliegue de emociones negativas frente a un desacuerdo surge a raíz de una diferencia en las premisas fundamentales que cada

uno tiene. Eliminar el entrelazamiento existente entre lo racional y lo emocional y conciliar los intereses y necesidades, permite a los involucrados superar más fácilmente la disputa¹⁷. Tómese en consideración la imposibilidad real de eliminar completamente el contenido emotivo en la resolución de un conflicto, simplemente se sugiere la importancia de buscar puntos de acuerdo que generen espacios abiertos para la aceptación mutua.

Tal y como se mencionó en apartados anteriores, el conflicto crea, en el seno de la familia, un falso equilibrio en el que las partes interactúan en función de sus preferencias y prioridades individuales, lo que impide, en gran medida, que los involucrados abandonen las posiciones originalmente adoptadas y hace que, desde esta perspectiva inicial, el desacuerdo parezca irreconciliable y las necesidades e intereses incompatibles. Siguiendo a Maturana, la competencia es un fenómeno humano que significa la negación del otro y, consiguientemente, su práctica requerirá la victoria de uno y la derrota del otro. Resulta indispensable, entonces, eliminar la competitividad en el conflicto y redireccionar las acciones de cada uno hacia premisas comunes¹⁸.

Una correcta aplicación de las herramientas de mediación permite a las partes romper con ese aparente equilibrio, superar su deseo de rivalizar y empezar a mover las piezas del rompecabezas hasta encontrar una solución satisfactoria. Ahora bien, ¿cuál parece ser la clave para romper con ese estadio inicial de abierta confrontación que impide avanzar en el proceso de negociación? Básicamente, una debida legitimación de las partes y una clara determinación de sus intereses y necesidades. Aquí es donde entran en juego los instrumentos de mediación, puesto que resulta indispensable que el simulado equilibrio entre partes se transforme en uno verdadero, donde los mediados superen su propia competitividad, apreciando

¹⁷ Humberto Maturana, “Emociones y Leguaje en Educación y Política”, Colección Hachette/Comunicación, http://turismotactico.org/proyecto_pologaraia/wpcontent/uploads/2008/01/emociones.pdf

¹⁸ Maturana, “Emociones y Leguaje en Educación y Política”.

nuevas ideas, pensamientos, emociones y valores, expuestos por la contraparte o exhibidos por el mediador a través de diferentes técnicas.

De alguna manera, una reformulación de la historia, la introducción de diferentes cuestionamientos a la discusión, la recontextualización de la situación promotora del conflicto y la validación de los puntos de vista de las partes, así como su posición frente a la otra; permiten romper con la aparente perpetuidad del patrón originalmente adoptado por los mediados.

Por otro lado, las estrategias de mediación, dirigidas a fortalecer el proceso de comunicación entre las partes, logran la obtención de mensajes más claros y precisos; así como la expresión de las emociones y los sentimientos que subyacen en los mismos, ayudando a la parte para lograr una mejor y mayor comprensión de su contraparte y hasta del resto de los integrantes de la estructura familiar. Indudablemente, la simple posibilidad de recabar información, así como organizarla y jerarquizarla, favorece la posibilidad de que el conflicto progrese hacia un estadio de colaboración y compromiso.

Por último, es de especial importancia, para efectos de una redefinición del conflicto familiar, la llamada externalización del problema, es decir, la posibilidad de dotarlo de una identidad propia, diferente a la de las partes involucradas. Considérese el cambio de perspectiva para los intervinientes cuando la disputa se objetiviza y se separa de su contraparte, restándole protagonismo. La superación de la subjetividad asociada al conflicto brinda una mayor posibilidad de entenderlo como un proceso de mutua colaboración en la búsqueda de una respuesta satisfactoria para todos, permitiendo un despliegue de creatividad que no solo permita la visualización a futuro de la situación, sino que también venza los sentimientos negativos que originalmente vincularon a los mediados.

Finalmente, ¿por qué es necesaria la revalorización del conflicto familiar a la luz de las técnicas de mediación? La respuesta a esta interrogante parece encontrarse en la necesidad de que los vínculos familiares subsistan a la crisis, de

manera tal que la familia, sometida al cambio, pueda reconstruirse de una forma integral y funcional.

La percepción del conflicto como una verdadera oportunidad de cambio y la aplicación de estrategias de afrontamiento, permiten al grupo familiar disminuir las demandas y trabajar en una resignificación de la situación.

La posibilidad de mantener conversaciones productivas y de lograr redirigir el pensamiento hacia nuevas alternativas y posibilidades, somete a los mediados a un aprendizaje reflexivo, y los obliga a desplegar su creatividad en la búsqueda de novedosos patrones de interacción, que les permitan no solo asumir con éxito la actual situación de tensión, sino también adquirir las armas necesarias para resolver exitosamente las que emerjan en un futuro.

Si bien los momentos de crisis evidencian la vulnerabilidad del grupo familiar, no determinan necesariamente el fracaso o la disfuncionalidad de la familia; el conflicto debidamente entendido puede simplemente patentizar la necesidad de hacer ajustes en la estructura y dinámica familiar.

7. Conclusiones

En *“El arte de la guerra”* (480-211 a. C.) Sun Tzu escribió *“el conflicto es luz y sombra, peligro y oportunidad, estabilidad y cambio, fortaleza y debilidad, el impulso de avanzar y el obstáculo que se opone. Todos los conflictos contienen la semilla de la construcción y de la destrucción”*¹⁹. Resulta imposible expresar de una forma más clara y certera la dualidad con la que un conflicto puede ser percibido por el ser humano. Sin embargo, un pensamiento heredado parece obligar a la persona a vincularlo a una evidente connotación negativa que, en la mayoría de los casos, trae consecuencias perniciosas para las partes involucradas. La posibilidad de manejar una situación de crisis familiar y superar

¹⁹ Sun Tzu, *“El arte de la guerra”* (Cuahtémoc: Editorial Porrúa, 2008).

la competitividad entre partes, a través de una labor colaborativa y creativa, puede permitir el crecimiento personal de los involucrados y una redefinición de la vida familiar con el menor desgaste emocional y energético posible.

La comunicación y su principal instrumento, el lenguaje, son los canales que, en definitiva, permitirán a los mediados redefinir el objeto de su disputa y encontrar puntos de acuerdo que sirvan como peldaños para alcanzar una solución satisfactoria, que vaya más allá de sus posiciones iniciales. La labor del mediador será crear, a través de determinadas herramientas, un espacio favorable, donde las partes se sientan debidamente legitimadas y donde las discrepancias encuentren intereses y necesidades comunes que permitan superar el deseo de ganar, con miras a alcanzar, más que una respuesta al conflicto, una reconstrucción de la estructura y dinámica familiar.

Al considerar a la familia como un sistema integrado de elementos que se interrelacionan entre sí y funcionan como un todo, la redefinición de crisis como una oportunidad de aprendizaje y de trabajo colaborativo, no solo protege los ligámenes que vinculan y probablemente siempre vincularán a los integrantes del grupo familiar, sino que, también le permite a la familia creer en la posibilidad de encontrar un espacio de aceptación mutua, donde sus integrantes puedan coordinar sus acciones con miras a objetivos comunes.

8. Referencias bibliográficas

Alliende Luco, Leonor., Jorge Burgos Pizarro, Paula Correa Camus, Sandra Pérez Castillo. *“El Proceso de Mediación”*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

Bolaños Cartujo, Ignacio. *“Mediación familiar, responsabilidad y poder”* en *“La Mediación, una visión plural: diversos campos de aplicación”*. Ed Fermín Romero Navarro. España: Gobierno de Canarias, Consejería de Presidencia y Justicia.,

Casas Fernández, Gerardo. *“Una Perspectiva Sistemática de la Familia”*. Escuela de Trabajo Social de la Universidad de Costa Rica. <http://www.ts.ucr.ac.cr/binarios/docente/pd-000104.pdf> (Consultado el 20-2-2022).

Elder, Linda, y Richard Paul. *El Arte de Formular Preguntas Esenciales*. California, Estados Unidos: Critical Thinking Organization, 2003.

Gómez Cabello, María del Carmen. *“Los Aspectos Jurídicos de la Mediación: Mediación en el Ámbito del Derecho de Familia. Particularidades (II)”*. *Noticias Jurídicas* (Madrid). 01 de mayo 2007.

Lacruz Berdejo, José Luis. *Elementos del Derecho Civil: Tomo IV Familia*. Madrid: Editorial Dykinson, 2010.

Maturana, Humberto. *“Emociones y Leguaje en Educación y Política”*. Colección Hachette/Comunicación, http://turismotactico.org/proyecto_pologaraia/wpcontent/uploads/2008/01/emociones.pdf (Consultado el 25-2-2022).

Ocón, Landa. *“Modelo Circular Narrativo e Historia Alternativa”*. El Blog de Landa Ocón. <http://abogadosmediadoreslandaocon.blogspot.com/2014/09/modelo-circular-narrativo-e-historia.html> (Consultado el 21-2-2022).

Poyatos García, Ana. *“Mediación Familiar y Social en Diferentes Contextos”*. Valencia, España: Editorial Nau Llibres, 2003.

Ripoll- Millet, Álex. “*Mediación Familiar*”. *Revista Políticas Sociales en Europa* No. 13-14, 57-70 (2003). <https://www.avntf-evntf.com/wp-content/uploads/2016/06/Mediación-Familiar.ÁlexRipollMillet.pdf> (Consultado el 25-2- 2022).

Silva García, Germán. “*La Teoría del Conflicto: Un marco teórico necesario*”. *Revista Prolegómenos Derecho y Valores*, No. 22, Julio-Diciembre 2008: 29-43.

Suares, Marinés. *Procesos de Mediaciones y Técnicas*. Buenos Aires: Mediando Formación en Mediación, 2015.

Tula, Antonio. “*El Status Quo de la Legitimación en la Mediación*”. Colegio de Abogados del Departamento Judicial Mar del Plata. <http://institutoscamdp.com.ar/mediacion/2016/08/24/el-status-quo-de-la-legitimacion-en-la-mediacion-tula/>

Tzu, Sun. “*El arte de la Guerra*”. Cuauhtémoc. Editorial Porrúa, 2008.

Con rumbo a un proceso de mediación armónico con los principios rectores de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes (NNyA)

Dra. Marcela Moreno Buján

“Saberes y virtudes deben ser creados, inventados por nosotros. Nadie nace generoso, crítico, honrado o responsable. Nosotros nacemos con estas posibilidades pero tenemos que crearlas, desarrollarlas y cultivarlas en nuestra práctica cotidiana. Somos lo que estamos siendo. La condición para que yo sea es que esté siendo. Cada uno es un proceso y un proyecto, y no un destino. Es preciso que en mi propia experiencia social, en mi propia práctica, yo descubra los caminos para hacer mejor lo que quiero hacer”. Paulo Freire¹

“Al participar o iniciar acciones para detener la propagación de COVID-19, los niños y jóvenes ya han movilizado a sus pares para apoyar los procesos de cambio y lograr una meta conjunta. Sus vidas diarias se han visto fuertemente afectadas por la crisis del COVID-19. Ellos estaban conscientes de la amenaza que supone el COVID-19 y apoyaron las medidas para disminuir el número de contagios. Sin embargo, también sentían que tenían un papel que desempeñar y eran conscientes de que los niños y los jóvenes están más dispuestos a compartir abiertamente con sus pares que los adultos, y que podían asegurar un mejor acceso a la información. Su continuo activismo frente a las situaciones de emergencia y las crisis significa que debemos reconocer y apoyar sus capacidades en evolución y su papel como miembros activos de la sociedad. La evidencia demuestra que la participación activa de los niños en la solución de problemas y el activismo durante los tiempos difíciles es terapéuticamente útil y reduce el miedo y la ansiedad resultantes de la información negativa recibida a través de los medios de comunicación tradicionales y sociales”. Patricio Cuevas-Parra y Mario Stephano²

1. Introducción

Habiendo sido definida la mediación en capítulos anteriores de esta misma obra colectiva, y quedando delimitada la perspectiva sociohistórica y sociojurídica de los derechos de las niñas, niños y adolescentes (en adelante NNyA), en el presente capítulo ahora resulta posible aproximarse al proceso de mediación desde una óptica especializada.

Se afirma que, garantizar una perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia en el proceso de mediación implicaría dos cosas, a saber: a) diseñar

¹Paulo Freire, *El Grito Manso* (Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014), pp. 54-55.

²Patricio Cuevas-Parra y Mario Stephano. *Las voces de los niños y niñas en tiempos de COVID-19. Activismo permanente de los niños y niñas a pesar de los desafíos personales*, trad. Isabel Vilchez (World Vision International, 2020), p.29.

un modelo de mediación que contemple los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN); y b) desarrollar una pedagogía específica que permita la implementación del modelo según las particularidades del contexto/situación particular donde se pretenda desarrollar lo referido en el inciso a).

El diseño de un modelo de mediación que garantice los derechos de las NNyA conlleva, en primera instancia, atender de manera transversal a los principios rectores de la CDN. Para las investigadoras argentinas Laura Pautassi y Laura Royo, los principios rectores de la CDN constituyen la base para la formulación de indicadores y políticas públicas que permitirían verificar posteriormente la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos de las NNyA.³

Así las cosas, de seguido se procederá a la delimitación jurídica de los principios rectores que rigen la CDN, para luego reflexionar sobre la imperante necesidad de incorporar esa perspectiva en la enseñanza, la promoción y la

³ Según las investigadoras, “*son numerosos los principios subyacentes al enfoque de derechos humanos que van a establecer el puente entre el contenido de las obligaciones asumidas por los Estados y las políticas destinadas a satisfacerlas. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado que «el corpus juris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos distintos (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones); así como las decisiones adoptadas por los órganos internacionales. Su evolución dinámica ha ejercido un impacto positivo en el Derecho Internacional, en el sentido de afirmar y desarrollar la aptitud de este último para regular las relaciones entre los Estados y los seres humanos bajo sus respectivas jurisdicciones» (Corte IDH, 2002). En el caso de la infancia, este corpus se integra con la evolución de las normas que tienen como eje el reconocimiento del niño, la niña y el adolescente como sujetos de derecho. Ampliando la base a todo el espectro de disposiciones contempladas en diversos instrumentos de derechos humanos del sistema universal y del sistema interamericano. En rigor, aplicar el enfoque de derechos no implica un «borrón y cuenta nueva» de los marcos institucionales existentes, sino que demanda un profundo examen de éstos ya que en la región se han consolidado prácticas tutelares contrarias a derecho. La única manera de implementar los principios contenidos en la CDN y en otros tratados de derechos humanos, es generando procesos de cambio que procuren la incorporación de las obligaciones contraídas en los marcos jurídicos internacionales y constitucionales. Esto se realiza considerando las causales y consecuencias de los modelos contrarios a derecho, para posteriormente movilizar a los actores políticos, sociales, judiciales en el proceso de transformación que el enfoque de equidad que [sic.] la infancia demanda. Para ello, los indicadores constituyen una herramienta útil y necesaria en el proceso. (...) Estos principios deberán estar contemplados a la hora de elaborar políticas públicas de infancia y de los indicadores para medir los progresos en materia de derechos sociales de la infancia”.* Laura Pautassi y Laura Royo, *Enfoque de Derechos en las Políticas de Infancia: Indicadores para su Medición* (Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ONU y UNICEF, 2012), pp. 21 y 25.

práctica del proceso de mediación de forma especializada cuando se intervienen conflictos sociales donde se ventilan intereses, necesidades y derechos humanos de las NNyA.

2. Delimitación jurídica de los principios rectores que rigen la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

Siguiendo la Observación General (en adelante OG) CRC/GC/2003/5 del Comité de los Derechos del Niño, los principios rectores de la CDN obedecen a: la no discriminación; el interés superior del niño; la vida, supervivencia y desarrollo; y la participación. Será necesario entonces puntualizar lo que se entenderá por cada uno de ellos para luego proceder a su aplicación en el modelo pretendido.

La no discriminación se encuentra contemplada en el Artículo 2 de la CDN. Aplicar este principio –y al mismo tiempo garantizar el derecho– implica realizar acciones contrarias a las

*“(…) formas de interacción social y estructuras de comportamientos que naturalizan las asimetrías ya existentes en un cuerpo social y que se reproducen intergeneracionalmente. En virtud de las mismas, determinados grupos se mantienen en situación de desventaja y está restringido el acceso a los mecanismos que permitirían el fortalecimiento de su capital social y humano”.*⁴

Desde esta óptica, la no discriminación remite a generar una igualdad plena de derechos, cumpliéndose así con el derecho humano y fundamental de igualdad de todas las personas. Siguiendo la propuesta HOPENHAYN y GUTIÉRREZ, determinar si existe o no discriminación respecto a actores sociales determinados o poblaciones específicas en una sociedad resulta posible mediante la operacionalización de la igualdad a partir de las variables del reconocimiento⁵

⁴ Martín Hopenhayn y Verónica Gutiérrez, “Derechos, reconocimiento y reparto frente a actores discriminados”, en *Políticas Públicas para un Estado Social de Derechos. El Paradigma de los Derechos Universales. Vol. II.*, eds. Ximena Erazo, Víctor Abramovich y Jorge Orbe (Santiago: LOM Ediciones y Fundación Henry Dunant América Latina, 2008), pp. 44-45.

⁵ El reconocimiento “se refiere a la visibilidad que obtienen los diversos agentes sociales. Es una noción que tiene una dimensión política: habla de que todos seamos reconocidos como ciudadanos, visibles y visibilizados en la deliberación pública, en la política, en los espacios públicos. (...)”

y el reparto⁶, entendidas como dimensiones principales a ser constatadas empíricamente en cuanto al acceso, goce y disfrute de los derechos humanos.

A partir del grado de incidencia de estas dos dimensiones en las dinámicas sociales donde interactúan las NNyA, es que podría determinarse si hay o no desigualdad a la hora del ejercicio y justiciabilidad de sus derechos, donde quedarían visibilizadas las prácticas y dinámicas sociales estructuralmente discriminatorias dirigidas hacia esta población.

Estas situaciones, en un inicio pueden ser rastreadas a partir del grado de incidencia del reparto y reconocimiento de derechos en términos de igualdad, pero son comprobables –en un inicio– a través de la inversión del gasto público, la elaboración de políticas públicas y la reglamentación de las normas que regulan los derechos específicos, esto para detectar la inclusión o discriminación de un grupo o población específica de la sociedad.

Así las cosas, el punto de partida de verificación de estos aspectos remite a visibilizar la existencia o inexistencia de inversión del gasto público, la elaboración de políticas públicas y la reglamentación de las normas que disponen los derechos específicos dirigidos a garantizar la participación efectiva de las NNyA en los procesos de mediación donde podrían discutirse sus derechos, intereses y/o necesidades.

significa que la sociedad permite, y se permite a sí misma, la existencia de diversas perspectivas y formas de creación y reproducción culturales, sin sofocar ni erosionar estas expresiones con sus mecanismos de homogenización. Se reconoce que existen y coexisten puntos de vista y perspectivas muy distintas, que todas ellas forman parte de la organización social y que encuentran en ella un espacio de expresión y desarrollo sin dañar ni estructura y organización del grupo social ni su identidad global". Hopenhayn y Gutiérrez, "Derechos, reconocimiento y reparto frente a actores discriminados", pp. 43-44.

⁶ Se entenderá como reparto el "(...) acceso a los servicios y activos que caracterizan el producto y el grado de desarrollo en que se encuentra una sociedad específica. Estos servicios pueden ser bienes públicos como educación, salud o alimentación. Los activos se relacionan con el acceso, como el acceso a la educación, a los recursos financieros, a la capacitación o a la cultura. (...) acceso a todo aquello que hace posible mejorar no solo las trayectorias laborales, sino también las trayectorias como personas y seres humanos". Hopenhayn y Gutiérrez, "Derechos, reconocimiento y reparto frente a actores discriminados", p. 43

En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño entiende la no discriminación como una obligación exigible a los Estados Miembros en cuanto

a

*“(...) concentrarse especialmente en determinar los grupos de niños marginados y desfavorecidos y darles prioridad. El principio (...) no impide que se adopten medidas especiales para disminuir la discriminación. (...) [Se] subraya en particular, la necesidad de que los datos que se reúnan se desglosen para poder identificar las discriminaciones existentes o potenciales. La lucha contra la discriminación puede exigir que se modifique la legislación, que se introduzcan cambios en la administración, que se modifique la asignación de recursos y que se adopten medidas educativas para hacer que cambien las actitudes”.*⁷

En cuanto al interés superior del niño, este principio ha sido objeto de interpretación especial por parte del Comité de los Derechos del Niño a través de la OG CRC/C/GC/14: “Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1)”⁸.

Mediante esta OG se ha determinado que el interés superior del niño ha de entenderse como un concepto triple. Es decir, es al mismo tiempo: un derecho sustantivo; un principio jurídico interpretativo fundamental; y una norma de procedimiento.⁹

Se afirma que es un derecho sustantivo porque su enunciación se establece en el Artículo 3 inciso 1 de la CDN, texto que reza:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Se desprende de la lectura del artículo anterior que, el cumplimiento del interés superior del niño constituye una obligación para los Estados Parte. De tal forma, la constatación de su inobservancia, ya sea en una medida tomada por una

⁷ Comité de los Derechos del Niño, OG CRC/GC/2003/5: *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, párrafos 12 y 30.

⁸ Aprobada por el Comité en su sexagésimo segundo (62º) período de sesiones celebrado del 14 de enero al 01 de febrero del 2013.

⁹ Véase: Comité de los Derechos del Niño, OG CRC/C/GC/14: *Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1)*, párrafos 6 y 7.

institución pública o privada o en una decisión judicial o legislativa puede ser reclamada ante el sistema judicial del Estado Parte que incumple, o en ulterior caso ante el Sistema de Protección de Derechos Humanos al que pertenezca el Estado Parte que se constituye en infractor.

También, el interés superior del niño se concibe como un principio que orienta la interpretación jurídica que se requiere para dilucidar sobre cuál es la norma o conjunto de normas más beneficiosas para uno niño en aquellas situaciones donde es plausible más de una interpretación o la convergencia de una multiplicidad de normas. En este tipo de casos, deberá prevalecer siempre la aplicación de la CDN y sus Protocolos Facultativos, entendiéndose estos cuerpos normativos como el marco jurídico en el que ha de encuadrarse toda medida, decisión, acto, conducta, propuesta, servicio, procedimiento y/o iniciativa que tenga relación con los derechos de las NNyA, ya sea en su carácter individual, grupal o general.

Por último, el interés superior del niño es concebido igualmente como una norma de procedimiento. En este sentido, el Comité hace hincapié en la necesidad de que los Estados Parte contemplen garantías procesales que permitan la evaluación y determinación de este interés en cada medida o decisión que deba ser adoptada en relación con los derechos de las NNyA, ya sea referido a un caso particular, un colectivo específico, o la niñez y la adolescencia en términos generales.

La evaluación y determinación del interés superior del niño en casos concretos abre la discusión sobre la necesidad de contar con parámetros objetivos que permitan concretar el ejercicio de este derecho por parte de la población beneficiaria, y, por otro lado, la observancia de la obligación contraída en cuanto a su aplicación por los Estados Parte. Sobre el particular, el Comité de los Derechos del Niño a través de la OG de comentario, ha establecido los elementos que deben ser considerados a la hora en que ha de efectuarse esa evaluación y determinación.

En cuanto a la evaluación, se hace hincapié en el carácter casuístico y particular de cada uno de los casos a ser analizados. Este aspecto pone de manifiesto la consideración de las NNyA como sujetos de derechos con una historia y proyecto de vida propios.¹⁰

La determinación, por otro lado, remite a la identificación de las características y el contexto específico que vuelven a las NNyA únicos en razón de su historia y las problemáticas que les aquejan. Para poder efectuar esta consideración, el Comité ha elaborado una lista de elementos que deben ser tomados en cuenta por las instituciones públicas y/o privadas a la hora tomar medidas y/o decisiones que involucren los derechos de las NNyA. El listado no es exhaustivo ni jerárquico, pero pretende brindar un marco mínimo y concreto de análisis para las circunstancias específicas de cada NNyA o grupo de ellos.

El Comité señala que, el listado es flexible y puede ser robustecido por otros elementos, siempre y cuando tiendan a garantizar el interés superior del niño y los demás derechos consagrados en la CDN, lo que no es posible es suprimir los elementos ya establecidos en la OG de comentario.¹¹

Si bien la consolidación del listado de elementos en mención es un gran avance en cuanto a garantizar los derechos de las NNyA, no puede obviarse que en la labor de análisis y estudio de cada caso pueden presentarse conflictos de

¹⁰ Según el Comité, la evaluación de este interés “(...) es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores”. Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/14”, párrafo 48.

¹¹ Según las consideraciones esbozadas por el Comité, los elementos que deben observarse a la hora de determinar el interés superior del niño son: a) la opinión del niño; b) la identidad del niño; c) la preservación de su entorno familiar y el mantenimiento de sus relaciones; d) su cuidado, protección y seguridad; e) verificar si se encuentra en una situación de vulnerabilidad; f) su condición de salud; y g) el nivel de acceso a la educación ostentado en el momento. Para mayor profundización en cada uno de los elementos véase: Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/14”, párrafos 52-79.

ponderación de derechos a la hora de dar una aplicación equilibrada a los aspectos en examen.

Por esta razón, el Comité señala que un adecuado equilibrio entre los elementos de evaluación y determinación del interés superior del niño será aquel que garantice

*“(…) el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la Convención y sus Protocolos facultativos, y el desarrollo holístico del niño. (...) hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. (...) deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo. En este contexto, las decisiones deberían evaluar la continuidad y la estabilidad de la situación presente y futura del niño”.*¹²

Asimismo, para que el interés superior del niño se observe efectivamente, las acciones de evaluación y determinación de este derecho deben hacerse acompañar de las garantías procesales respectivas, dado que, tal como se mencionó con anterioridad, este interés superior constituye una norma de procedimiento.

En ese sentido, el Comité afirma la necesidad de que los Estados Parte emprendan la tarea de diseñar y ejecutar procesos y protocolos oficiales dirigidos a cumplir las acciones de evaluación y determinación del interés superior del niño en todos los ámbitos donde los derechos de NNYA pueden verse afectados directa y/o indirectamente. Se recomienda que, las garantías procesales atiendan a los siguientes aspectos:¹³

- a) Brindar amplias posibilidades para que el niño logre expresar su propia opinión, y dado el caso, cuando la opinión del niño difiera o sea contradictoria a la opinión de su representante, las autoridades o entidades encargadas de tomar decisiones y/o medidas que podrían tener un impacto en el ejercicio de los derechos del niño, deben procurar que el niño acceda a otra representación que coincida con su parecer si fuera necesario. Cuando se trate de grupos de niños, deberá procurarse el

¹² Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/14”, párrafos 82 y 84.

¹³ Véase Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/14”, párrafos 85-99.

acceso a la opinión mediante una muestra representativa del colectivo de niños implicados en el caso particular.

- b) El acceso a la información y la determinación de los hechos de un caso que involucra los derechos de NNyA, son tareas que preferiblemente deben estar en manos de equipos interdisciplinarios, con la finalidad de que se logren recopilar el mayor número de elementos que permitirán hacer posteriormente una evaluación y determinación integral del interés superior del niño. El acopio de información puede incluir entrevistas con personas cercanas al niño, o por lo menos, con quienes tiene contacto diario y/o testigos de determinados incidentes. Claro está, toda la información reunida debe ser analizada y verificada antes de integrar los datos que serán utilizados en las labores de evaluación y determinación del interés superior.
- c) Se debe garantizar la priorización de los casos que involucran a NNyA en razón de la percepción que ellos tienen del tiempo y los acontecimientos. La dilación en la toma de medidas y decisiones que impliquen los derechos del niño, podría producir efectos adversos en su desarrollo físico, mental, emocional, cultural, espiritual y social. En el mismo sentido, a la luz de su desarrollo integral, toda acción a ser tomada respecto a NNyA debe ser flexible y susceptible de ser revisada y modificada en el tiempo, observándose así su autonomía progresiva – consagrada mediante el Artículo 5 de la CDN– y en consonancia con su propia percepción respecto al cómo las decisiones y/o medidas a ser tomadas le son beneficiosas, discernimiento que el niño puede realizar según la evolución de sus facultades.
- d) Relacionado con el inciso anterior, se hace hincapié en que los profesionales vinculados con las cuestiones que involucran a las NNyA deben estar ampliamente capacitados y especializados en niñez y adolescencia desde las distintas disciplinas que abordan el estudio de esta población. De ahí que, se vuelve a insistir en que la evaluación y determinación del interés superior del niño debe ser realizado por equipos multidisciplinarios. El trabajo de estos equipos debe tener como objetivo primordial el análisis de las consecuencias que pueden generar en el niño las decisiones y/o medidas que se tomen en relación con sus derechos y a partir de la evaluación y determinación efectuadas en cuanto a su interés superior.
- e) Cuando los derechos de NNyA se encuentren en discusión en sede judicial o administrativa donde necesariamente se deba evaluar y determinar su interés superior, el niño debe contar con una representación letrada adecuada, y con un curador representando su opinión en el caso de que la opinión de sus representantes entre en contradicción con la suya.

- f) Toda decisión y/o medida a ser tomada en sede judicial o administrativa respecto a los derechos de NNyA debe estar ampliamente fundamentada en términos jurídicos. Esta actividad es necesaria porque, el derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y determinado es demostrable a través de las motivaciones, justificaciones y explicaciones esbozadas en una sentencia o medida administrativa. De tal forma, no es suficiente indicar que se ha observado el interés superior del niño, sino por el contrario, deben explicitarse detalladamente los elementos utilizados para evaluar y determinar este interés y cómo éste ha incidido en la decisión y/o medida tomada.¹⁴
- g) Relacionado con el inciso c) del presente listado, se indica que para poder ejercerse de manera óptima el seguimiento, la revisión, y dado el caso, la modificación de las decisiones y/o medidas tomadas respecto a los derechos de NNyA con el fin de ajustar el interés superior del niño en el tiempo, observando su desarrollo y autonomía progresiva, es preciso que se instituyan formalmente los mecanismos para examinar y estudiar las decisiones y medidas tomadas. Debe contemplarse la posibilidad de que el niño y sus representantes conozcan y accedan de forma efectiva a los recursos que les permitirían impugnar aquellos actos que consideran o perciben contrarios al interés superior del niño o se han inobservado las demás garantías procesales que resguardan y aseguran este interés.
- h) Por último, se alerta sobre la necesidad de que todos los Estados Parte emprendan la labor de evaluar el impacto que las políticas públicas, la legislación, la reglamentación y el diseño de los presupuestos públicos están teniendo en los derechos de las NNyA. Esta evaluación debe ser transversal a todo el actuar gubernamental. Asimismo, debe abarcar al sector privado en los extremos señalados por el mismo Comité a través de la OG No. 16¹⁵. El análisis efectuado debería incorporar las opiniones de NNyA, la sociedad civil y expertos en la temática, culminando con el diseño de recomendaciones y mejoras efectivas para garantizar plenamente los derechos de la población beneficiaria.

¹⁴ Sobre este aspecto particular, el Comité señala: “(...) teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intereses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño”. Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/14”, párrafo 39.

¹⁵ Véase: Comité de los Derechos del Niño, OG CRC/C/GC/16: “Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño”, aprobada por el Comité en su sexagésimo segundo (62º) período de sesiones celebrado del 14 de enero al 01 de febrero del 2013.

Continuando con la delimitación, el principio de vida, supervivencia y desarrollo se encuentra consagrado en el Artículo No. 6 de la CDN, y si bien el Comité no ha elaborado una OG específica sobre este principio, lo ha analizado a través de la OG No. 5 y remitiéndose a la *Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño* y *Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño en el decenio de 1990*, aprobada el 30 de setiembre de 1990 por la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia, celebrada en las oficinas de la ONU ubicadas en New York, Estados Unidos de América.

Mediante esta Declaración los participantes de la Cumbre consensuaron en identificar los siguientes problemas como los grandes obstáculos para garantizar la vida, la supervivencia y el desarrollo de las NNyA: a) el impacto negativo de la guerra, la violencia, la discriminación racial, la ocupación extranjera que obliga a desplazarse y adquirir la condición de refugiado, ser objeto de crueldad y explotación; b) la pobreza, el hambre, el analfabetismo, la falta de hogar, el deterioro del medio ambiente; y c) la malnutrición, falta de agua potable, las enfermedades mortales y destructivas (como por ejemplo el SIDA) y los efectos de la drogadicción.

Para intervenir estos problemas, en el mismo espacio de la Cumbre, se diseñó y aprobó un Plan de Acción en el cual los diversos objetivos, metas, actividades y medidas se plantearon como de carácter general y debían ser alcanzados para el año 2000, aspectos que se referían a:

“a) Reducir, con respecto a 1990, la tasa de mortalidad de los niños menores de cinco años en una tercera parte o a un nivel de 70 por 1000 nacidos vivos, si ello representa una mayor reducción; b) Reducir la tasa de mortalidad materna en un 50 % con respecto al nivel de 1990; c) Reducir la tasa de malnutrición grave y moderada entre los niños menores de cinco años en un 50% con respecto al nivel de 1990; d) Dar acceso a todos al agua apta para el consumo y a los servicios sanitarios de eliminación de excrementos; e) Lograr que por lo menos el 80 % de los niños en edad de asistir a la escuela primaria tenga acceso a la educación básica y termine la enseñanza primaria; f) Reducir la tasa de analfabetismo de los adultos a por lo menos la mitad del nivel registrado en 1990 (cada país determinará el grupo de edades correspondiente), otorgando particular importancia

*a la alfabetización de las mujeres; g) Dar protección a los niños en circunstancias especialmente difíciles sobre todo en situaciones de conflictos armados”.*¹⁶

Asimismo, se contemplaron medidas específicas en los ámbitos internacional y nacional referidas a: a) la necesaria y pronta ratificación de la CDN por parte de aquellos Estados Miembros que en ese momento no habían procedido con esta acción; b) el fortalecimiento de la atención primaria y los servicios básicos de salud; c) el diseño prioritario de programas para la prevención y tratamiento del VIH-SIDA; d) el acceso al agua potable y servicios sanitarios así como su debido saneamiento; e) el mejoramiento de las condiciones de nutrición, lactancia y alimentación; f) la promoción de la salud materna y la planificación familiar; g) alentar la función de la familia y su unidad; h) el mejoramiento de los índices de alfabetización y educación básica; i) la protección especial de los niños en contextos difíciles (orfandad, situación de calle, refugio, desplazamiento, victimización, desastres naturales, adicción y trabajo esclavo) y en conflictos armados; j) la preservación del ambiente promoviéndose el desarrollo sostenible; y k) la mitigación de la pobreza.

Se desprende del Plan de Acción que, garantizar el acceso, goce y disfrute de los rubros señalados anteriormente implicaría un adecuado ejercicio del principio rector y derecho a la vida, supervivencia y desarrollo, quedando por delimitar únicamente el derecho a la participación como el último principio que compone la perspectiva basada en los derechos del niño.

La participación se encuentra contemplada en el Artículo 12 de la CDN, el cual señala:

“1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

¹⁶ Cumbre Mundial en Favor de la Infancia de 1990, *Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño en el decenio de 1990*, párrafo 5.

Este derecho se desdobra en varias actividades sustantivas, entendidas como: la posibilidad de formarse y expresar libremente un juicio propio; la oportunidad de ser escuchado; y la posibilidad de que esa opinión sea tenida en cuenta por las autoridades judiciales y/o administrativas a la hora de tomar decisiones que afectan a las NNyA.

En este sentido, el Comité sobre los Derechos del Niño ha interpretado de forma general el principio a través de la OG CRC/GC/2003/5 y le ha dado particular interpretación a este principio y derecho mediante de la OG CRC/C/GC/12 “El derecho del niño a ser escuchado”.

Sobre las generalidades esbozadas en la OG CRC/GC/2003/5, el Comité ha señalado varios aspectos, referidos a: el reconocimiento de las NNyA como participantes activos en el devenir de sus derechos y en la aplicación de medidas para implementar la CDN; el respeto de las opiniones de las NNyA sin derecho a voto en el seno de los gobiernos y los parlamentos; el acceso real a la información y los procedimientos que les permitirían formarse un juicio propio; darle una importancia genuina a la escucha y concebirla como un medio de interacción que permite la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos de la niñez y la adolescencia; inhibir los esfuerzos dirigidos a efectuar consultas simbólicas, por el contrario, deberán concretarse disposiciones y medidas sistemáticas y permanentes dirigidas a obtener opiniones representativas¹⁷; y por último, dirigir acciones hacia el establecimiento de contactos directos apropiados entre los gobiernos y las NNyA.

¹⁷ Sobre este tipo de opiniones, el Comité afirma que “*el escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños. (...) La participación de los niños y las consultas con los niños tienen también que tratar de no ser meramente simbólicas y han de estar dirigidas a determinar unas opiniones que sean representativas. El énfasis que se hace en el párrafo 1 del artículo 12 en «los asuntos que afectan al niño» implica que se trate de conocer la opinión de determinados grupos de niños sobre cuestiones concretas; por ejemplo la opinión de los niños que tienen experiencia con el sistema de justicia de menores sobre las propuestas de modificación de las leyes aplicables en esa esfera, o la opinión de los niños adoptados y de los niños que se encuentran en familias de adopción sobre las leyes y las políticas en materia de adopción*”. Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/GC/2003/5”, párrafo 12.

A través de la OG CRC/C/GC/12 se observa una interpretación exhaustiva y particular del principio de participación. Primeramente, el Comité aclara que

*“en los últimos años se ha ido extendiendo una práctica que se ha conceptualizado en sentido amplio como «participación», aunque este término no aparece propiamente en el texto del artículo 12. Este término ha evolucionado y actualmente se utiliza por lo general para describir procesos permanentes, como intercambios de información y diálogos entre niños y adultos sobre la base del respeto mutuo, en que los niños puedan aprender la manera en que sus opiniones y las de los adultos se tienen en cuenta y determinan el resultado de esos procesos”.*¹⁸

A partir de la anterior definición, el Comité realizó una serie de delimitaciones sobre la aplicación del artículo 12 de la CDN, a saber:

- a) Es un derecho que puede ser ejercido individualmente en razón de la situación particular de cada niño, y también como un derecho colectivo donde sería aplicable a un grupo de niños, como los niños de un barrio, una clase escolar o con alguna característica compartida (etnia, nacionalidad, discapacidad, enfermedad, pertenencia a una minoría, entre otras).
- b) Las acciones dirigidas a proveer las condiciones para que el niño se forme un juicio propio y la posibilidad de expresar su opinión, que ésta sea escuchada y tenida en cuenta en aquellas situaciones que le afectan debe constituir una práctica sistemática, no momentánea o esporádica.¹⁹ Se desprende entonces de la interpretación jurídica del artículo que, la obligación jurídica de los Estados Miembros remite a escuchar las opiniones de las NNyA y tenerlas debidamente en cuenta en la toma de decisiones.
- c) Si bien para los Estados Miembros este artículo constituye una obligación jurídica, para las NNyA se concibe como una opción. En razón de la condición de sujeto de derechos que ostenta el niño, éste puede decidir si hace uso o no de este derecho, y esa decisión debe ser respetada y acatada.

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, OG CRC/C/GC/12 “El derecho del niño a ser escuchado”, aprobada por el Comité en su quincuagésimo primero (51º) periodo de sesiones celebrado en Ginebra del 25 de mayo al 12 de junio del 2009, párrafo 3.

¹⁹ Para el Comité, “el concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños”. Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 13.

- d) Al evaluarse la capacidad del niño para formarse un juicio, no debe introducirse un límite de edad o forma para ejercer este derecho puesto que la norma no lo ha impuesto. La legislación local no puede erigirse como un obstáculo en la consecución de este derecho.

Hoy en día ha quedado demostrado que

“(...) el niño es capaz de formarse opiniones desde muy temprana edad, incluso cuando todavía no puede expresarlas verbalmente. (...) la plena aplicación del artículo 12 exige el reconocimiento y respeto de las formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal y facial y el dibujo y la pintura, mediante las cuales los niños muy pequeños demuestran capacidad de comprender, elegir y tener preferencias”.²⁰

- e) Relacionado con el inciso anterior, los Estados Miembros tampoco podrán obstaculizar este derecho en razón de las características especiales (discapacidad, pertenencia a pueblos indígenas y/o minorías, condición de migrante o refugiado o por no conocer el idioma mayoritariamente utilizado) que posean las NNyA. También, en el mismo modo que se hace un llamado para garantizar este derecho no deben generarse prácticas abusivas o desconsideradas que produzcan consecuencias negativas, como lo sería el exceso de entrevistas en casos referidos a delitos sexuales, violencia o maltrato. El acceso, goce y disfrute del derecho debe darse garantizando la protección integral del niño.
- f) La expresión libre de la opinión se garantizará por parte de los Estados Miembros cuando: las características, el contexto y el entorno del niño se tengan en consideración, se provea un espacio que se perciba como seguro, confiable y respetuoso para ejercer el derecho²¹ e informando de manera transparente los asuntos, las opciones y las decisiones que podrían adoptarse y sus consecuencias. Así, el niño conocerá las condiciones en las que puede o no ejercer su derecho.
- g) Los asuntos que afectan a las NNyA no sólo remiten a situaciones individuales o de su historia personal, también comprenden los aspectos comunitarios y de la vida en sociedad. Por ende, debe entenderse este derecho como un vehículo a través del cual se puede indagar en conjunto con el niño soluciones de mayor calidad para los problemas que le aquejan.

²⁰ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 21.

²¹ Sobre el particular, el Comité señala que “no se puede escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad. Los procedimientos tienen que ser accesibles y apropiados para los niños. Debe prestarse especial atención al suministro y la transmisión de información adaptada a los niños, la prestación de apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, la debida capacitación del personal, el diseño de las salas de tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”. Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 34.

- h) En la formación del juicio propio influyen diversos elementos, tales como: el entorno, la cultura y el contexto social, las experiencias propias, entre otros. De tal manera, la evaluación de la capacidad del niño para expresarse debe ser casuística y determinarse caso por caso.
- i) En lo que respecta a los procedimientos, las NNyA podrán ejercer su derecho en todos aquellos procesos iniciados por ellos mismos u otras personas. Y cuando han decidido ser escuchados, pueden hacerlo directamente o mediante un representante. En el último caso, debe velarse porque no exista un conflicto de intereses entre el representante y el niño, dado que lo más importante es la transmisión transparente y exclusiva de la opinión representada, no la de otras personas interesadas.

La participación efectiva se aplica a

*“(...) todos los procedimientos judiciales pertinentes que afecten al niño, sin limitaciones y con inclusión de, (...), cuestiones de separación de los padres, custodia, cuidado y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia física o psicológica, abusos sexuales u otros delitos, atención de salud, seguridad social, niños no acompañados, niños solicitantes de asilo y refugiados y víctimas de conflictos armados y otras emergencias. Los procedimientos administrativos típicos serían, (...), decisiones sobre la educación, la salud, el entorno, las condiciones de vida o la protección del niño. Ambos tipos de procedimientos pueden abarcar mecanismos alternativos de solución de diferencias, como la mediación o el arbitraje”.*²²

Si bien se interpreta que el derecho debe ejercerse en todos los procesos donde se afecten los derechos, intereses y necesidades de las NNyA, se considera principal y necesario el ejercicio del derecho en los siguientes procedimientos judiciales (tanto civiles como penales) y administrativos: el divorcio y la separación de los padres (conflictos susceptibles de ser tramitados vía procesos de resolución alternativa de conflictos -RAC-); las formas sustitutivas de cuidado, la adopción y la «*kafala*» del derecho islámico; en todas las etapas del proceso penal juvenil²³ donde el niño puede asumir el rol de infractor, víctima o testigo²⁴; amonestaciones, suspensiones y expulsiones escolares; denegación de certificados de rendimiento y/o conclusión de estudios; medidas disciplinarias y negativas de otorgamiento de beneficios en los centros penales juveniles; solicitudes de asilo de niños no acompañados; y solicitudes de licencia de conducir.

²² Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 32.

²³ Remítase a: Comité de los Derechos del Niño, OG CRC/C/GC/10: “Los derechos del niño en la justicia de menores”, aprobada por el Comité en su cuadragésimo cuarto (44º) período de sesiones celebrado en Ginebra del 15 de enero al 02 de febrero del 2007.

²⁴ Véase: Consejo Económico y Social de la ONU, Resolución E/2005/20: “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”, adoptada por el Consejo en su período de sesiones sustantivo del 2005.

Aunado a lo anterior, el Comité ha sido enfático en indicar que, la aplicación efectiva del Artículo 12 de la CDN requiere de la adopción de cinco medidas por parte de los Estados Miembros para garantizar este derecho. Las medidas remiten a:

- 1) **la preparación**, momento en el que el niño entra en conocimiento de su derecho a expresar su opinión, los posibles efectos que esa opinión podría generar –ya que su opinión es tenida en cuenta en la toma de decisiones–, y las condiciones en las que se dará la escucha (lugar, fecha, hora, cómo y quiénes lo escucharán);
- 2) **la audiencia**, espacio en el que se da a conocer la opinión y al mismo tiempo se ejerce la escucha, el cual debe ser percibido como seguro, confiable y preferiblemente confidencial, donde al niño no le quede duda de que la opinión revelada será considerada seriamente a la hora de tomar una decisión sobre el conflicto que le afecta;
- 3) **la evaluación de la capacidad del niño**, una vez que ha sido confirmada y se determina que es posible la formación de un juicio propio, su opinión será un factor preponderante a ser considerado en la resolución del asunto que motiva su opinión;
- 4) **la comunicación de los resultados al niño**, es requerida por cuanto confirma y garantiza que sus opiniones son tenidas en cuenta, así la información suministrada puede ser objeto de una nueva opinión en forma de asentimiento con lo decidido, o, por el contrario, como apelación o denuncia respecto a lo actuado por la autoridad decisoria; y
- 5) **las quejas, vías de recurso y desagravio**, revelan el carácter genuino del ejercicio del derecho a la participación de las NNyA, da la posibilidad al niño de reclamar y manifestar su inconformidad con las decisiones tomadas en relación con sus derechos. Estos procedimientos de denuncia deben contemplar las mismas garantías que los procesos judiciales y administrativos, y el niño debe sentirse seguro de que no será víctima de violencia o castigo por accionar el reclamo.

Estas cinco medidas constituyen la base mínima aplicable a todo procedimiento judicial, administrativo, de RAC y de reclamo en el que se estén discutiendo derechos, intereses y necesidades de NNyA.

De tal forma, puede afirmarse que el derecho y principio rector del niño a ser escuchado, también es concebido por el Comité como una especie de «piedra angular» de la CDN porque

“(…) el artículo 12 está conectado con todos los demás artículos de la Convención, que no podría aplicarse íntegramente si no se respeta al niño como sujeto con sus propias opiniones sobre los derechos consagrados en los artículos respectivos y sobre su cumplimiento. (...) la mayor parte de los demás artículos de la Convención exigen y promueven la intervención de los niños en los asuntos que los afectan. Para abarcar estas múltiples intervenciones, se utiliza constantemente el concepto de participación”.²⁵

Producto de la anterior interpretación, corresponde referirse entonces a las vinculaciones existentes entre los principios rectores hasta acá mencionados tomando como eje de intersección el derecho del niño a ser escuchado.

Primeramente, de la relación existente entre los artículos 2 y 12 de la CDN queda claro que la opinión expresada por el niño debe ser escuchada y tomada en consideración en igualdad de condiciones sin que los Estados Miembros puedan tomar como excusa: nacionalidad; etnia; condición socioeconómica; religión; ideología y opinión política; género; discapacidad; o cualquier otra condición o circunstancia; para obstaculizar el derecho que ostenta el niño. Por el contrario, deberán adoptarse las medidas necesarias para garantizar el derecho del niño a ser escuchado según sus circunstancias y situación particular.

Tener en cuenta las necesidades específicas del niño, garantizando el ejercicio de su derecho a ser escuchado en condiciones de igualdad conlleva también observar su interés superior. La participación activa del niño en aquellos asuntos que le afectan es fundamental para la solución integral de los conflictos en los que es parte.

A través de la opinión del niño se accede a información valiosa y pertinente que permite contemplar más y mejores elementos para la toma de decisiones y la propuesta de soluciones que mejor satisfagan sus derechos, intereses y necesidades.

En este sentido, se puede afirmar que los artículos 3 y 12 de la CDN son complementarios, dado que

“(…) uno establece el objetivo de alcanzar el interés superior del niño y el otro ofrece la metodología para lograr el objetivo de escuchar al niño o los niños. En realidad, no es

²⁵ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafos 68 y 86.

*posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del artículo 12. Del mismo modo, el artículo 3 refuerza la funcionalidad del artículo 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida”.*²⁶

Por último, el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo se relaciona con el principio de participación en todos aquellos ámbitos y situaciones donde las NNyA construyen experiencias, generan habilidades y adquieren conocimientos en conjunto con otros pares, los adultos, y la sociedad de la que son parte, tales como: la familia; las modalidades alternativas de acogimiento; la atención de la salud; la escuela; las actividades deportivas, culturales y lúdico-recreativas; el trabajo; las situaciones de violencia y prevención; la condición de inmigración y asilo; las situaciones de emergencia; y los ámbitos de deliberación política tanto nacionales como internacionales.

En ese sentido, la calidad de la vida, la supervivencia y el desarrollo de las NNyA se verá influenciada en gran medida por las posibilidades que tengan de participar activamente en los asuntos que les afectan en los ámbitos y situaciones indicados.

Según el Comité, la participación de las NNyA en los asuntos que les conciernen, es una acción que debe nacer en el seno del hogar y luego replicarse en todos los demás ámbitos. El desarrollo de este principio además de garantizar los derechos contemplados en la CDN tiene una finalidad preventiva de la violencia social.²⁷

²⁶ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 74.

²⁷ Sobre el particular, señala el Comité que “*gran parte de los actos de violencia cometidos contra niños no se enjuician, tanto porque ciertas formas de conducta abusiva son vistas por los niños como prácticas culturales aceptadas como por la falta de mecanismos de denuncia adaptados a los niños. (...) La familia en que los niños pueden expresar libremente sus opiniones y ser tomados en serio desde las edades más tempranas supone un importante modelo y una preparación para que el niño ejerza el derecho a ser escuchado en el conjunto de la sociedad. Esa manera de ejercer la labor de los padres sirve para promover el desarrollo individual, mejorar las relaciones familiares y apoyar la socialización del niño y desempeña una función preventiva contra toda forma de violencia en el hogar y en la familia. (...) La participación del niño es indispensable para que se cree en las aulas un clima social que estimule la cooperación y el apoyo mutuo necesarios para el aprendizaje interactivo centrado en el niño. El hecho de que se tengan en cuenta las opiniones del niño es especialmente importante en la eliminación de la discriminación, la prevención del acoso escolar y las medidas disciplinarias. El Comité observa con satisfacción la generalización de la enseñanza*

Al momento de ejercerse el derecho, se requiere que el adulto realice una escucha activa de la opinión del niño, acto que implica una forma de comunicación con finalidad *autocompositiva* entre las NNyA y los adultos. Es decir, es una acción comunicativa que tiene ocasión cuando los interlocutores tienen una verdadera y genuina intención de discutir, analizar y solucionar todos aquellos conflictos y situaciones que los convocan.

Por último, el Comité culmina la interpretación del Artículo 12 de la CDN indicando que la participación además de ser un principio y un derecho también es un proceso. Como todo proceso, incluye ciertas reglas y elementos de funcionamiento, esto quiere decir que todos los procedimientos judiciales, administrativos o de RAC que pretendan garantizar la participación de las NNyA deberán contemplar en su ejecución los siguientes aspectos:

mutua y el asesoramiento entre pares". Comité de los Derechos del Niño, "Observación General (OG) CRC/C/GC/12", párrafos 90, 109 y 120.

FIGURA No. 1: Elementos a ser contemplados en los procesos que garantizan el derecho del niño a ser escuchado

Todos los procesos en que sean escuchados y participen un niño o varios niños deben ser:	
Transparentes e informativos	Se debe dar a los niños información completa, accesible, atenta a la diversidad y apropiada a la edad acerca de su derecho a expresar su opinión libremente y a que su opinión se tenga debidamente en cuenta y acerca del modo en que tendrá lugar esa participación y su alcance, propósito y posible repercusión.
Voluntarios	Jamás se debe obligar a los niños a expresar opiniones en contra de su voluntad y se les debe informar de que pueden cesar en su participación en cualquier momento.
Respetuosos	Se deben tratar las opiniones de los niños con respeto y siempre se debe dar a los niños oportunidades de iniciar ideas y actividades. Los adultos que trabajen con niños deben reconocer, respetar y tomar como base los buenos ejemplos de participación de los niños, por ejemplo, en su contribución en la familia, la escuela, la cultura y el ambiente de trabajo. También es necesario que comprendan el contexto socioeconómico, medioambiental y cultural de la vida de los niños. Las personas y organizaciones que trabajan para los niños y con niños también deben respetar la opinión de los niños en lo que se refiere a la participación en actos públicos.
Pertinentes	Las cuestiones respecto de las cuales los niños tienen derecho a expresar sus opiniones deben tener pertinencia auténtica en sus vidas y permitirles recurrir a sus conocimientos, aptitudes y capacidad. Además, es necesario crear espacio para permitir a los niños destacar y abordar las cuestiones que ellos mismos consideren pertinentes e importantes.
Adaptados a los niños	Los ambientes y los métodos de trabajo deben adaptarse a la capacidad de los niños. Se debe poner el tiempo y los recursos necesarios a disposición de los niños para que se preparen en forma apropiada y tengan confianza y oportunidad para aportar sus opiniones. Es necesario considerar el hecho de que los niños necesitarán diferentes niveles de apoyo y formas de participación acordes con su edad y la evolución de sus facultades.
Incluyentes	La participación debe ser incluyente, evitar las pautas existentes de discriminación y estimular las oportunidades para que los niños marginados, tanto niñas como niños, puedan participar (véase también párr. 88 supra). Los niños no constituyen un grupo homogéneo y es necesario que la participación prevea la igualdad de oportunidades para todos, sin discriminación por motivo alguno. Es necesario también que los programas sean respetuosos de las particularidades culturales de los niños de todas las comunidades.
Apoyados en la formación	Los adultos necesitan preparación, conocimientos prácticos y apoyo para facilitar efectivamente la participación de los niños, por ejemplo, para impartirles conocimientos relativos a escuchar, trabajar conjuntamente con niños y lograr efectivamente la participación de los niños con arreglo a la evolución de sus facultades. Los propios niños pueden participar como instructores y facilitadores respecto de la forma de propiciar la participación efectiva; necesitan formación de la capacidad para reforzar sus aptitudes respecto de, por ejemplo, la participación efectiva y la conciencia acerca de sus derechos y capacitación para organizar reuniones, recaudar fondos, tratar con los medios de difusión, hablar en público y hacer tareas de promoción.
Seguros y atentos al riesgo	En algunas situaciones, la expresión de opiniones puede implicar riesgos. Los adultos tienen responsabilidad respecto de los niños con los que trabajan y deben tomar todas las precauciones para reducir a un mínimo el riesgo de que los niños sufran violencia, explotación u otra consecuencia negativa de su participación. Las medidas necesarias para ofrecer la debida protección incluirán la formulación de una clara estrategia de protección de los niños que reconozca los riesgos particulares que enfrentan algunos grupos de niños y los obstáculos extraordinarios que deben superar para obtener ayuda. Los niños deben tener conciencia de su derecho a que se les proteja del daño y saber dónde han de acudir para obtener ayuda en caso necesario. La inversión en el trabajo con las familias y las comunidades es importante para crear una comprensión del valor y las consecuencias de la participación y reducir a un mínimo los riesgos a los que de otro modo podrían estar expuestos los niños.
Responsables	Es esencial el compromiso respecto del seguimiento y la evaluación. Por ejemplo, en toda investigación o proceso consultivo debe informarse a los niños acerca de la forma en que se han interpretado y utilizado sus opiniones y, en caso necesario, darles la oportunidad de rechazar el análisis de las conclusiones e influir en él. Los niños tienen derecho también a recibir una respuesta clara acerca de la forma en que su participación ha influido en un resultado. Cada vez que corresponda debe darse a los niños la oportunidad de participar en los procesos o actividades de seguimiento. Es necesario que la supervisión y evaluación de la participación de los niños, cuando sea posible, se hagan con los niños mismos.

Fuente: Elaboración propia a partir de: Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 134.

Así como el Comité de los Derechos del Niño ha dado especial interpretación a los principios rectores de la CDN, se observa que la UNICEF también ha analizado algunos de estos principios de forma específica a través de los informes titulados *Estados Mundiales de la Infancia*, siendo de especial relevancia para esta obra los del 2003 y 2006 respectivamente.

En el 2003 UNICEF dedicó el informe *Estado Mundial de la Infancia* al análisis de la participación de las NNyA, inspirado en la Sesión Especial de la Asamblea General de la ONU en favor de la Infancia celebrada del 8 al 10 de mayo del 2002²⁸, primera sesión en la historia de la ONU en la que se analizó de forma exclusiva cuestiones relacionadas con la niñez y la adolescencia y donde se invitaron a NNyA como miembros de las delegaciones que representaron a los distintos gobiernos y las organizaciones no gubernamentales (ONGs).

Kofi A. Annan, Secretario General de la ONU en aquel momento, aseguró que la participación de las NNyA en la Sesión Especial

*“(...) transformó la atmósfera de las Naciones Unidas. En medio de nuestros debates generalmente mesurados y diplomáticos, los niños introdujeron sus pasiones, sus preguntas, sus temores, sus desafíos, sus entusiasmos y su optimismo. Nos trajeron sus ideas, sus esperanzas y sus sueños. Dieron vida a los valores de la Convención sobre los Derechos del Niño. Y contribuyeron con algo que sólo ellos conocen: la experiencia de ser un joven en el siglo XXI, en una época en que el VIH/SIDA sigue aumentando a un ritmo devastador; en un [sic.] época en que una riqueza sin precedentes coexiste con una pobreza extrema; en una época en que los derechos de la infancia, al tiempo que han sido reconocidos de manera casi universal, sufren violaciones sistemáticas y cotidianas en todo el mundo”.*²⁹

El *Estado Mundial de la Infancia 2003* vino a recoger el sentir y pensar de las NNyA que participaron en la Sesión Especial de la ONU del 2002. Asimismo, quiso hacer hincapié en la importancia de la participación *auténtica*³⁰

²⁸ Esta Sesión Especial también se conoce como “*Crear un Mundo Apropiado para la Infancia*”.

²⁹ UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia 2003* (New York: UNICEF, 2002), p. vii.

³⁰ Según UNICEF, la participación auténtica de las NNyA “*debe partir de los propios niños y jóvenes, en sus propios términos, dentro de sus propias realidades, y orientada a sus propias visiones, sueños, esperanzas o preocupaciones. Para que puedan participar de una forma apropiada y que refuerce su dignidad y autoestima, los niños necesitan información, apoyo y unas condiciones favorables. El que un niño participe de forma efectiva en el mundo depende de varios factores, entre ellos las capacidades de desarrollo del niño, la disposición de sus padres y otros adultos a dialogar, y que en la familia, la comunidad y la sociedad existan espacios seguros que permitan ese diálogo. También depende de un determinado contexto sociocultural, económico y político. Sobre todo, una*

de las NNYA en los ámbitos de la familia, la comunidad, la escuela, la vida local y nacional, y la esfera mundial como actividades que deben volverse hábitos no acciones esporádicas en la toma de decisiones. Consolidar el hábito de la participación auténtica de las NNYA en los diversos ámbitos que componen la vida en sociedad y las relaciones internacionales entre los Estados constituye una práctica que coadyuva y cimenta la construcción de sociedades más equitativas, inclusivas y democráticas, aspectos que se ven reflejados en el siguiente gráfico:

FIGURA No. 2:

Dimensiones de la participación de las NNYA según UNICEF

A medida que los niños crecen y se desarrollan, sus oportunidades para la participación se amplían desde los espacios públicos hasta los privados, desde la influencia local hasta la mundial.



Fuente: UNICEF, “Estado Mundial de la Infancia 2003”, p. 3.

La interpretación realizada por UNICEF sobre este principio y el llamado que hace a los Estados Miembros para garantizarlo en todas las esferas y ámbitos donde se desarrollan las NNYA, visibiliza también que este derecho está aún por cumplirse de manera integral.

participación auténtica y significativa exige un cambio radical en la forma de pensar y la conducta de los adultos, de una actitud exclusiva hacia los niños y sus capacidades a otra inclusiva; de un mundo definido exclusivamente por los adultos a otro en el que los niños hagan su aportación al tipo de mundo en el que quieren vivir”. UNICEF, “Estado Mundial de la Infancia 2003”, p. 5.

En el 2006 el informe del *Estado Mundial de la Infancia* fue dedicado al tema de la exclusión e invisibilidad que sufren las NNYA, situación que puede ser vista como una consecuencia directa de la obstaculización y no cumplimiento del derecho consagrado en el Artículo 12 de la CDN.

Según UNICEF, las NNYA que encuentran mayores dificultades para ejercer sus derechos y ser participantes activos en el devenir de los asuntos que les afectan directamente así como la vida en sociedad son

“(...) aquellos que viven en los países más pobres y en las comunidades con menos recursos; aquellos que sufren a causa de la discriminación por razones de género, origen étnico, discapacidad o pertenencia a un grupo indígena; los niños y niñas atrapados en medio de conflictos armados o afectados por el VIH/SIDA; los niños y niñas que carecen de una identidad oficial, que sufren malos tratos o a quienes no se les trata como los niños y niñas que son. Todos ellos, así como los factores que generan su exclusión (...) les convierten en seres invisibles”.³¹

Puede afirmarse entonces que, la discriminación en cualquiera de sus sentidos es una práctica constitutiva de la exclusión social y la invisibilidad que sufren ciertas NNYA. En ese sentido, el informe del *Estado Mundial de la Infancia 2006* tuvo como finalidad mostrar a la «niñez y adolescencia invisible» comprendida por todas las NNYA que alrededor del mundo soportan la discriminación y la exclusión social, quienes requieren una atención prioritaria y protección especial para el real ejercicio de sus derechos.

Esa atención y protección se pretendió en ese momento a través del cumplimiento progresivo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM), en conjunto con el documento elaborado en la Sesión Especial de la Asamblea General de la ONU en favor de la Infancia del 2002, que juntos constituyeron *“(...) una estrategia –un programa para el Milenio– destinado a proteger a la infancia durante los primeros años del siglo XXI”.³²*

Lamentablemente, tal como se señala en este informe del *Estado Mundial de la Infancia*, las NNYA discriminados e invisibles son los que corren

³¹ UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia 2006* (New York: UNICEF, 2005), p. 1.

³² UNICEF, “Estado Mundial de la Infancia 2006”, p. 2.

mayor peligro de resultar excluidos de los beneficios que pudiera traer la consecución de los ODM. Por esa razón, UNICEF se avocó a: identificar las causas fundamentales de la exclusión sufrida por las NNyA; mostrar los contextos y entornos donde se encontraba la «niñez y la adolescencia invisible» en ese momento; promover acciones para incluir a las NNyA excluidos del mundo; y difundir prácticas exitosas de inclusión social.

Para UNICEF, las NNyA se vuelven «invisibles» cuando se obstaculiza su incursión en las dimensiones de la participación señaladas en el informe del *Estado Mundial de la Infancia* del 2003, tal como ha sido graficado en la Figura No. 2. Asimismo, considera que son cuatro los factores de incidencia de la invisibilidad, a saber: la ausencia y/o pérdida de la identidad; la inadecuada protección estatal cuando las NNyA ya no cuentan con la familia; la explotación como consecuencia de la trata y el trabajo forzoso; y la imposición de obligaciones adultas de forma prematura.

Las NNyA que se encuentran en mayor riesgo de invisibilidad son aquellos que: su nacimiento no se inscribe oficialmente; adquieren la condición de refugiado o desplazado; están en estado de orfandad; viven en la calle; son privados de su libertad y residen en un centro de detención; contraen matrimonio prematuramente; realizan trabajos insalubres y peligrosos; se convierten en combatientes; y son víctimas de la trata y el trabajo forzoso.³³

Las buenas prácticas que incidirían en la erradicación de los contextos y las condiciones que sufren las NNyA invisibles del mundo serían aquellas que promuevan un entorno protector. Para UNICEF, el diseño y construcción de un entorno de este tipo está íntimamente relacionado con el cumplimiento de los

³³ Véase UNICEF, “Estado Mundial de la Infancia 2006”, pp. 35-57.

ODM e involucra diversos actores sociales³⁴ y actividades³⁵, tal como se indica en la siguiente figura:

FIGURA No. 3: Elementos del entorno protector según UNICEF

Un entorno protector

El entorno protector consta de elementos interrelacionados que contribuyen individual y colectivamente a proteger a los niños y a las niñas contra la explotación, la violencia y el abuso. Aunque el gobierno es el principal responsable de crear un entorno protector, otros miembros de la sociedad deben compartir esta responsabilidad. Los aspectos fundamentales de un entorno protector son:

- **La intervención de las familias y las comunidades:** Todos los que interactúan con los niños y las niñas –progenitores, maestros y autoridades religiosas, entre otros– deben observar prácticas de crianza y de educación que contribuyan a protegerlos. Así mismo, deben contar con los conocimientos, las aptitudes y la motivación para reconocer la explotación y el abuso y responder a ellos.
- **El compromiso y los recursos del gobierno:** Los gobiernos deben destinar partidas en el presupuesto para la protección de la infancia, adoptar políticas adecuadas de bienestar social para proteger los derechos de la niñez y ratificar –con pocas salvedades o ninguna– los convenios internacionales sobre los derechos y la protección de los menores. La ratificación de
- los dos Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño sería una demostración inequívoca de que existe el compromiso de proteger a la infancia contra la explotación y el conflicto armado.
- **El cumplimiento de las leyes:** Los gobiernos deben hacer cumplir las leyes que protegen contra el abuso, la explotación y la violencia a los niños y las niñas. También deben someter a juicio, con firmeza y determinación, a quienes cometan delitos contra los niños y niñas, evitando criminalizatorios, pues ellos son las víctimas.
- **Las actitudes y las costumbres:** Los gobiernos deben rechazar las actitudes, los prejuicios y las creencias que propician los abusos. De igual manera, deben comprometerse a preservar la dignidad de los menores y hacer que la población asuma la responsabilidad de protegerlos.
- **El debate por parte de la sociedad civil y los medios de comunicación:** Las sociedades deben manifestarse abiertamente sobre la explotación, el abuso y la violencia a través de los medios de comunicación y de los diversos grupos de la sociedad civil.
- **El conocimiento, las aptitudes y la participación de los niños:** Las sociedades deben asegurarse de que los niños y las niñas conozcan sus derechos, y deben habilitarlos y alentarlos para que los hagan valer, brindándoles los mecanismos necesarios. Adicionalmente, deben asegurarse de que cuenten con la información y las aptitudes esenciales para protegerse contra el abuso y la explotación.
- **Los servicios especiales:** Es preciso establecer servicios que, de una manera confidencial y digna, respondan a las necesidades de las víctimas de abuso. Igualmente, todos los niños y las niñas, sin discriminación alguna, deben tener acceso a servicios sociales básicos.
- **Seguimiento, información y vigilancia:** La responsabilidad es clave para la construcción de un entorno protector. Todos los miembros de la sociedad deben ayudar a proteger a los menores contra la violencia, el abuso y la explotación. Y los medios deben informar sobre esos hechos con transparencia y seriedad.

Fuente: UNICEF, “Estado Mundial de la Infancia 2006”, p. 52.

Se puede observar que, el entorno protector no solo promueve la no discriminación y la inclusión social de las NNyA «invisibles», sino que también

³⁴ Estos actores sociales son: los gobiernos; la cooperación internacional y las ONGs; la sociedad civil en su diversidad; el sector privado; los medios de comunicación; las propias NNyA.

³⁵ Según UNICEF, la construcción del entorno protector para las NNyA que sufren discriminación y exclusión debe hacerse acompañar de las siguientes actividades específicas: *“Investigación: Es esencial realizar una investigación firme para llevar a cabo una programación eficaz, pero los datos fiables sobre estos niños y niñas escasean en la actualidad. Legislación: Las leyes nacionales deben ir a la par de los compromisos internacionales en favor de la infancia. Es preciso modificar o abolir toda legislación que afiance o fomente la discriminación. Financiación y fomento de la capacidad: La legislación y la investigación sobre los niños y niñas excluidos debe complementarse con las asignaciones presupuestarias centradas en la infancia y la creación de instituciones. Programas: En muchos países y comunidades se necesitan urgentemente reformas en los servicios para eliminar las barreras que impiden el acceso de los niños y niñas excluidos a los servicios esenciales. Los servicios combinados pueden aumentar ese acceso, como también el uso de satélites y servicios móviles para la infancia en emplazamientos remotos o carentes de prestaciones”*. UNICEF, “Estado Mundial de la Infancia 2006”, p. 59.

permite garantizar de forma integral y efectiva los derechos de esta población con preeminencia de los principios rectores mencionados.

Por último, podría afirmarse que la construcción y consolidación del entorno protector genera un cúmulo de expectativas tanto en las NNyA como en los adultos respecto a las formas en que han de garantizarse los derechos consagrados en la CDN y el cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los Estados Miembros al ratificar esta convención. Por esa razón, en el siguiente apartado se analizan esas expectativas en torno al proceso de mediación.

3. La mediación a la luz de los principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

Según lo mencionado hasta ahora, y siguiendo los objetivos planteados en esta obra colectiva, resulta necesario visibilizar la necesidad de contar con un proceso de mediación focalizado en las NNyA, respecto a aquellos conflictos y procesos administrativos y/o judiciales donde puedan verse involucrados de manera directa o indirecta.

En la actualidad, armonizar el proceso de mediación con las disposiciones establecidas en la CDN y las OG aprobadas por el Comité de los Derechos del Niño presenta un verdadero desafío, en especial porque en la actualidad no se cuenta con programas de formación de mediadores especializados en la temática y la difusión y/o transferencia de buenas prácticas en la materia es escasa.

Por estas razones, resulta indispensable que las instituciones de educación superior donde se encuentran alojadas las cátedras y los cursos que abordan los contenidos de los procesos RAC, asuman la enseñanza, la promoción y la práctica de la mediación desde la perspectiva de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia, tal como ha sido planteado por el Comité a través de la OG CRC/GC/2003/5 analizada en el apartado anterior.

Sumado a ello, es necesario tomar en cuenta los aportes de los autores a través de los cuales ha sido posible construir una perspectiva sociohistórica y sociojurídica de los derechos de las NNyA (temática analizada en el Capítulo 4 de esta misma obra), que aportan pistas importantes para la deconstrucción del concepto adultocéntrico de infancia, aspecto relevante para realizar una contribución preliminar sobre el desarrollo de la mediación desde estas consideraciones.

GARCÍA MÉNDEZ ha señalado que, este aspecto es poco o nada abordado y las formas que adoptan estos procesos pueden resumirse en los siguientes puntos:

*“a) la mediación se realiza prácticamente en forma exclusiva por una categoría social diversa (los adultos) a la categoría social representada (niños y adolescentes), y b) los riesgos de manipulación, sobre todo tratándose de niños de corta edad, son, de hecho, enormes”.*³⁶

Siguiendo al autor, cuando se ha dado alguna especie de participación esporádica a las NNyA, se ha asumido desde la concepción de la *mediación ilegítima*³⁷, dado que la tendencia ha sido la de no habilitar la participación plena de la niñez y la adolescencia. Por el contrario, el ejercicio de la *mediación legítima* entre las NNyA y los adultos implicaría, independientemente del modelo y/o enfoque de la mediación al que se adscriba el mediador, incorporar como interviniente autónomo a la niña, el niño o el adolescente desde que se entra en

³⁶ Emilio García Méndez, “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía”, en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, ed. Emilio García Méndez (Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2001), p. 6.

³⁷ El autor realiza una diferenciación entre lo que él considera como mediación legítima e ilegítima. Entendiendo por la primera, aquella en la cual las partes (NNyA y adultos) hablan desde su propia perspectiva “(...) procurando interpelar a todos los niños, sin olvidar la complejidad que encierra su condición de categoría universal y al mismo tiempo heterogénea. (...) procura descubrir la heterogeneidad de las voces del niño y el adolescente común”. La segunda forma que puede asumir la mediación, -diametralmente opuesta a la anterior- se identifica mediante la interpelación selectiva y “(...) con un marcado sesgo ideológico a determinadas categorías de niños (de la calle, trabajadores, etc.). De este modo interpelados, las respuestas de los niños coinciden casi totalmente con las propuestas ideológicas de los adultos. Parecería que entre los niños agrupados por categorías específicas desaparecieran totalmente las posibilidades de diversidad y heterogeneidad”. García Méndez, “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina”, pp. 6-7.

contacto con la dinámica conflictiva y/o con el expediente administrativo o judicial.

En este sentido, los elementos referidos en las figuras 1, 2 y 3 de este capítulo brindan elementos procedimentales y pedagógicos respecto al cómo puede operacionalizarse la participación efectiva de las NNyA en el proceso de mediación cuando se discuten derechos, intereses y necesidades de esta población.

Para que esta participación sea realmente genuina -y también efectiva- se debe

“(...) animar y capacitar a los niños y niñas a que expresen su opinión en asuntos que les afectan. La participación, a medida que los niños crecen y se desarrollan, se va ampliando en sus posibilidades, y podemos decir que es un eje transversal que atraviesa diversas instituciones sociales. Se empieza por la familia (competencias familiares) y se continúa en la comunidad (a través de grupos informales y culturales, las asociaciones de vecinos y los programas institucionales); en la escuela (asociaciones de estudiantes, consejos escolares y planes de enseñanza), y en las decisiones de política pública (foros y consejos de derechos) y la sociedad (a través de las elecciones y los medios de comunicación)”.³⁸

Siguiendo lo indicado por DÁVILA y NAYA, en la cita anterior se evidencia que, el derecho del niño a ser escuchado, consagrado en el artículo 12 de la CDN, es un principio transversal que también debería ser observado en la mediación. El abordaje de la mediación a partir de esta perspectiva conllevaría repensar el proceso en sí mismo, desde sus abordajes teóricos hasta la forma en que se le administra y fiscaliza.

Aunado a ello, un proceso de mediación afín a la consecución del derecho humano a la paz ha de operacionalizarse, según MONTIEL, desde los postulados de la *Educación para la Paz*³⁹. Este tipo de educación toma como

³⁸ Paulí Dávila y Luis M. Naya, “La Convención sobre los Derechos del Niño: Contenidos, Avances y Retos”, en *Derechos de la Infancia y Educación Inclusiva en América Latina*, eds. Paulí Dávila y Luis M. Naya (Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2011), p. 83.

³⁹ Al respecto, el autor indica que “(...) la necesidad de educar para la paz sigue vigente. Muchos conflictos siguen ahí y la violencia que producen cuando se les descuida no espera. Aquí tenemos dos posibilidades del mismo proceso: a los niños se les educa para la paz con una intención **preventiva** mientras que a los adultos se les educa para la paz con una intención **reactiva** –esto por supuesto no excluye las posibilidades a la inversa–. Como sea, resulta más efectivo y fácil –incluso barato– educar para **prevenir** la violencia que educar para **reaccionar** a ella, y es ésta una de las razones por las que existe mucho más material educativo para niños que para adultos en *Educación para la Paz*”.

punto de partida el carácter constructivo de los procesos de enseñanza, reconociendo que todo ser humano tiene la capacidad de aprender, des-aprender y re-aprender a lo largo de toda su existencia. En este sentido, este nuevo enfoque promueve la convivencia pluri-etaria y desafía las prácticas disciplinarias que sostienen las relaciones asimétricas entre las NNyA y los adultos.

Acá es trascendental diferenciar las implicaciones de la convivencia versus la disciplina por cuanto

*“la palabra **disciplina** habla de formas establecidas de procedimiento institucional mientras que **convivencia** refiere a cómo una comunidad entiende el «estar juntos»; cómo define las relaciones dialogantes, interpersonales y en sentido horizontal. (...) Para comenzar a transitar en este sentido, debería partirse de un modelo que potencie la comunicación, que impulse una práctica de «escucha activa». Comprender es escuchar, entender, empatizar, ponerse en el lugar del otro. (...) Es necesario entender que discutir o rechazar una forma de pensar o actuar del otro no implica el rechazo a la persona, se trata de aprender a convivir con la diferencia, aceptar los errores propios o ajenos y trabajar juntos para repararlos”.*⁴⁰

Aclarado lo anterior, y retomando a MONTIEL, la *Educación para la Paz* desde la *convivencia* amerita tomar en cuenta algunos elementos básicos que se refieren a:

- 1) La constatación de una participación voluntaria de los interesados, ya sea por necesidad o curiosidad.
- 2) La elaboración de un proceso educativo sensible a sus experiencias previas, así como el contexto cultural al que pertenecen.
- 3) Reafirmar la madurez emocional y la conciencia sobre los efectos/consecuencias del uso de la violencia en todas sus dimensiones.
- 4) No emitir juicios de valor sobre las trayectorias, las resistencias y las dudas de los participantes en el proceso educativo.
- 5) Promover la coherencia entre sus realidades internas y externas, es decir, que optar por la paz sea la opción preponderante en los conflictos y en la vida de las personas.

Fernando Montiel T., *Perspectivas Progresistas: Educación para la Paz. Una propuesta en Cuatro Pasos* (México D.F.: Friedrich Ebert Stiftung, 2012), p. 6.

⁴⁰ Marta Luque y Paula V. Roffo, “Vivencias y Convivencias”, en *Niños y Jóvenes Vulnerados. La Injusticia Institucionalizada*, comp. Néstor Solari, Lidia Garrido Cordobera y Fernando Osorio (Buenos Aires: Noveduc Libros, 2009) p. 197.

- 6) Suscitar la des-instalación de los valores, prejuicios, preconceptos, actitudes y comportamientos que incitan el uso de la violencia.

Conforme a MONTIEL, se puede afirmar que la observancia de estos elementos resulta indispensable para establecer las bases de la convivencia entre las NNyA y los adultos, lo que implica renovar los vínculos y canales de comunicación entre los interlocutores mediante un proceso de «re-afiliación», entendido como un nuevo pacto social que reconozca la interdependencia multigeneracional como elemento fundacional de las sociedades que desean una *coexistencia pacífica activa* entre los diversos grupos etarios.

Para ello, múltiples procesos de *Educación para la Paz* deben ser convocados, diseñados y ejecutados a través de un diálogo constructivo que gire en torno a volver compatibles las expectativas inicialmente contradictorias de los adultos y las NNyA, donde la utilización de la violencia –por ambas partes– no tenga cabida.

En concreto, resulta necesario descalificar la violencia como instrumento legítimo para abordar los conflictos que surgen naturalmente por nuestra condición humana. Un reproche generalizado a la violencia implica considerar los discursos y las prácticas que conllevan su utilización. Es de interés fomentar formas de comunicación no-violenta, así como herramientas que permitan –tanto a las NNyA como a los adultos– generar una inteligencia para la transformación y mediación de los conflictos, así como la reconciliación de las relaciones sociales mediante un lenguaje compartido que permita la interpelación recíproca entre ambos.

En este sentido, surge la necesidad de introducir técnicas comunicacionales acopladas a las NNyA en la mediación, con el objetivo de construir protocolos específicos de intervención de los conflictos sociales en los que podrían constituirse como partes, lo que podría generar un intercambio de buenas prácticas que garanticen la participación efectiva de la niñez y la adolescencia en este tipo de procesos.

Es posible que la forma más precisa de establecer la participación efectiva de las NNyA en la mediación sea a través de la construcción de una pedagogía específica. Entendiendo por esta pedagogía el conjunto de saberes multidisciplinares que intervienen en la teorización de los conflictos sociales y las formas pacíficas y alternativas de resolverlos en conjunto con la niñez, la adolescencia y los adultos.

Históricamente, la educación en resolución y transformación de conflictos ha estado reservada a los adultos. De manera incipiente y pionera, el Trabajo Comunal Universitario (TCU) No. 540: *Procesos pedagógicos y didácticos para la enseñanza de los derechos humanos y la convivencia pacífica* de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica (UCR) ha promovido la enseñanza, la promoción y la práctica de la mediación y la cultura de paz donde exista un acceso real al proceso por parte de la niñez y la adolescencia.

Al respecto, MONTIEL, al referirse a la *Educación para la Paz*, indica que una vez pactadas las reglas mínimas de interacción se procede a la construcción de una propuesta de formación con perspectiva de *convivencia*. Este tipo de propuestas deben contemplar un impacto real en al menos cuatro dimensiones para generar cambios sociales y transformaciones estructurales, a saber:

- 1) Cultura de la Transparencia: implica una interpelación recíproca entre los distintos individuos que componen la sociedad. En el caso de las relaciones que convocan a las NNyA y los adultos, ameritan ser establecidas *Medidas de Generación de Confianza*⁴¹, las cuales permiten iniciar un proceso de des-instalación de los prejuicios, preconceptos y estereotipos sostenidos en la relación interpersonal.

⁴¹ Las Medidas de Generación de Confianza son “(...) *acuerdos parciales, coyunturales entre las partes que permiten comenzar a reconstruir el tejido social perdido. Los acercamientos serán tímidos, breves, y frágiles, pero conforme se van cumpliendo estos acuerdos, nuevos puentes podrán tenderse con más ímpetu, duración y solidez. La meta de la Cultura de la Transparencia es recuperar valor al concepto de juicio, -que es una valoración cuando se tienen todos los elementos a evaluar sobre la mesa- y cerrar el camino del prejuicio -que es un juicio a priori, es decir, apresurar una conclusión aunque no se tengan los elementos de evaluación. (...) la Cultura de la Transparencia es una vía para conocer*”. Montiel, “Perspectivas Progresistas”, pp. 12-13.

- 2) Cultura de la Legalidad: remite a un proceso de alfabetización legal con perspectiva humanista, multigeneracional y transcultural. Requiere de la difusión transparente de las normas que abrigan los derechos de las distintas poblaciones que convergen en la sociedad. Desde esta óptica, para que las normas sean consideradas legítimas, sus beneficiarios deben conocer: de dónde provienen; qué objetivos persiguen; y su cumplimiento debe ser garantizado por las estructuras sociales que detentan el poder para hacerlas ejecutar.⁴²
- 3) Cultura de la *Transformación de los Conflictos*: teniendo claro el efecto contraproducente de una cultura de la legalidad hegemónica –basada en el proceso *heterocompositivo* del juicio y la corrección disciplinaria–, surge la necesidad de difundir y poner en práctica una variedad de instrumentos que permitan a las personas comunicarse efectivamente y abordar las contradicciones que surgen a la hora de perseguir diversos intereses.

Esta dimensión cultural da cuenta de que los conflictos no pueden erradicarse, sólo transformarse porque son inherentes a la condición humana. La transformación resulta beneficiosa para las personas cuando se cuenta con las herramientas necesarias para llevar a los conflictos a niveles manejables.

Las herramientas en mención provienen de todos los ámbitos profesionales, no sólo de la disciplina jurídica como erróneamente se ha pensado. Es una cultura que

*“(...) se articula en función de una búsqueda de autonomía en la capacidad de acción (...) devuelve poder a las personas pues las capacita para manejar sus propios asuntos, sin violencia y de forma creativa, constructiva y concreta”.*⁴³

- 4) Cultura de Paz: esta dimensión tiene como fin primordial visibilizar la paz como la satisfacción de las necesidades básicas humanas de cada individuo que habita la Tierra. Así, todo pensamiento, palabra, comportamiento, conducta, o acción que inhiba u obstaculice esta satisfacción constituye violencia en cualquiera de sus dimensiones.

⁴² Para el autor en esta dimensión es necesario reconocer que lo jurídico muchas veces tiende a “(...) simplificar los conflictos humanos y su complejidad. (...) por mucho, la ley presta más atención a los comportamientos dejando en segundo lugar las actitudes (motivaciones) de los individuos y las contradicciones de fondo (conflictos) entre ellos. (...) a veces las leyes no sólo no resuelven –o transforman– conflictos sino que los producen y/o los agravan. ¿Por qué? Porque la visión legal es absolutista (...). El punto principal es que la capacidad de absorción y procesamiento de información que tienen los sistemas legales, como las de cualquier sistema, es limitada. En pocas palabras: no todos los conflictos pueden –ni deben– resolverse por la vía legal”. Montiel, “Perspectivas Progresistas”, p. 15.

⁴³ Montiel, “Perspectivas Progresistas”, p. 18.

Para que esta cultura sea introyectada, es necesario deconstruir los valores y las preferencias morales que sostienen el uso de la violencia como medio de cambio social. En el ámbito de los valores, conlleva, por ejemplo, sustituir la competencia total (*ganar-perder*), el individualismo y el egoísmo por la preeminencia de la colaboración (*ganar-ganar*), el interés por la colectividad y el compartir.

En el plano de las preferencias morales, implica la generación de un reproche hacia la violencia como un acto anormal y deshumanizado. Acá,

“(…) artes, ciencias, deportes y otras expresiones culturales pueden servir como instrumentos de prevención de la violencia en aquellas áreas y con base en aquellos elementos que la ley subestima por localizarse más en el espacio de las motivaciones y actitudes que en el de los comportamientos (es por esto que la Cultura de la Legalidad y la Cultura de la Transformación de Conflictos son parte de la Cultura de Paz y no sus sustitutos)”.⁴⁴

Según lo expuesto anteriormente, de manera concluyente se puede afirmar entonces que la *Educación para la Paz* constituye un elemento importante para implementar la participación de las NNyA en la mediación, lo que permitiría el desarrollo de un conjunto de habilidades en ambas partes que abriría paso al ser, estar y transitar en *convivencia* efectiva.

Finalmente, siempre que se pretenda implementar proyectos de acción social y/o investigación, así como iniciativas docentes en la temática acá analizada deberían tomarse en cuenta no sólo los principios rectores de la CDN, sino también los elementos mínimos que componen la *Educación para la Paz*, entendida esta última como un vehículo de implementación de la mediación con perspectiva de derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

4. Una propuesta de modelo de mediación que incorpora actividades que promueven la participación efectiva de NNyA en el proceso

Tal como se ha analizado a lo largo de este capítulo, los puntos de partida de la participación de las NNyA en el proceso de mediación son la OG CRC/GC/2003/5 y la OG CRC/C/GC/12 del Comité de los Derechos del Niño.

⁴⁴ Montiel, “Perspectivas Progresistas”, p. 20.

Ambas OG, reconocen que esta participación remite al establecimiento y permanencia en el tiempo de prácticas dialógicas entre los adultos, la niñez y la adolescencia. En ese sentido, esta participación en concreto constituye en sí misma un proceso.⁴⁵

En ese sentido, se propone la implementación de un modelo de mediación que ofrezca herramientas propiciadoras del diálogo intergeneracional. Siguiendo las medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, dispuestas en los párrafos cuarenta al cuarenta y siete de la OG CRC/C/GC/12 del Comité de los Derechos del Niño, a continuación, se presentarán una serie de acciones que permitirían la adaptación de estas medidas al proceso de mediación, a saber:

4.1. Los actos preparatorios

La preparación se entiende como un momento previo donde correspondería que las NNyA entren en contacto con los contenidos de la mediación y el análisis de su posible participación como sujetos de derechos en estos procesos, esto implica conocer las formas, efectos y consecuencias que su intervención tendrá sobre sus intereses y necesidades.

Según el Comité de los Derechos del Niño, los contenidos que se pongan a disposición de la niñez y la adolescencia deben ser: adaptados a los derechos, intereses y necesidades de esta población; respetuosos; pertinentes; incluyentes; apoyados en la información; seguros; atentos al riesgo; y responsables. Por otro lado, esta transmisión de información en cierta medida implica una *educación legal popular*, y siguiendo las *Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las*

⁴⁵ Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado: “*para que la participación sea efectiva y genuina es necesario que se entienda como un proceso, y no como un acontecimiento singular y aislado. La experiencia desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 ha creado un consenso amplio respecto de las condiciones básicas que deben cumplirse para lograr una aplicación efectiva, ética y significativa del artículo 12. El Comité recomienda que los Estados partes integren esos principios en todas las medidas legislativas y de otro orden para la aplicación del artículo 12*”. Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 133.

Personas en Condición de Vulnerabilidad, garantiza también el acceso efectivo a la justicia de las NNyA.

Este acceso a la justicia puede ser entendido desde la perspectiva de CÁRCOVA, quien señala que

*“la falta de instrucción elemental, tanto como la marginalidad es el resultado de la aplicación de ciertas políticas; porque el saber jurídico monopolizado en pocas manos, significa reparto del poder y eso es producto de decisiones políticas; porque el despliegue del derecho como discurso ideológico, que promete lo que en la práctica niega, es recurso de hegemonía y eso es decisión política”.*⁴⁶

De tal forma, garantizar el acceso a la información de las NNyA implica una distribución del poder monopolizado por los adultos en lo que respecta a la toma de decisiones que afectan los derechos, intereses y necesidades de la niñez y la adolescencia.

Ahora bien, tomando en cuenta lo señalado por el Comité de los Derechos del Niño y las *Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad*, se puede afirmar que la transmisión de la información referida a lo que ha de entenderse por la mediación puede hacerse de tres maneras. La primera, a través de la *Educación para la Paz*; la segunda, mediante la disposición de una etapa previa informativa en el proceso; y por último, por medio del desarrollo paralelo y simultáneo de las dos primeras.

La primera propuesta remite a una pedagogía de la paz, que generalmente se hace acompañar de la educación en derechos humanos y los métodos de resolución pacífica y/o no-violenta de los conflictos sociales. Esta pedagogía es la que permitiría la aprehensión de la mediación como una competencia de vida y convivencia en sociedad.

Por otro lado, en los contextos donde no se ubican políticas públicas que posibiliten el desarrollo de esta pedagogía de la paz, podría implementarse una

⁴⁶ Carlos María Cárcova, “Acceso a la Justicia: Exclusión y Aculturación”. *Urbe et ius: revista de opinión jurídica*, 2004, No. 2: El Acceso a la Justicia y la Efectiva Protección de los Derechos de los Ciudadanos, 11-17, pp. 15-16.

etapa previa dirigida a poner en conocimiento a las NNyA sobre las cuestiones que involucra la mediación respectivamente. Esta etapa llegaría a ejecutarse una vez que se haya presentado una solicitud de apertura del proceso.

Ha de afirmarse que, si bien estas dos propuestas pueden implementarse por separado o conjuntamente, ya que no son excluyentes, se considera que la forma de transmisión que podría adoptarse es la *mediación pedagógica* intergeneracional que puede verse cristalizada a través de un programa de *mediación entre pares*⁴⁷ y la conformación de equipos multidisciplinarios. En concreto, la *mediación pedagógica* de los contenidos que comprenden el proceso de mediación implica varias cuestiones. Siguiendo a GUTIÉRREZ y PRIETO, conlleva: la ubicación temática; el tratamiento de los contenidos en sí mismos; las estrategias del lenguaje; y la aprehensión de conceptos básicos.⁴⁸

La ubicación temática remite al reconocimiento inicial de los contenidos en modelos descriptivos más generales, por ejemplo, la comprensión de la mediación como un proceso comprendido en el Movimiento RAC y la promoción de la paz social. Por su parte, el tratamiento de los contenidos involucra pensar a las NNyA como interlocutores válidos en la acción dialógica donde la

⁴⁷ En el ámbito educativo, aunque no excluye su aplicación en otros contextos, la *mediación entre pares* se entiende como aquellas iniciativas que “(...) usan alumnos con formación para guiar a los estudiantes en disputa a través del proceso de mediación. Comúnmente los mediadores estudiantiles son entrenados por educadores profesionales de la mediación. (...) Los programas de mediación por los pares manejan disputas en torno a celos, rumores, malentendidos, intimidación, peleas y robo. Cuando resulte apropiado pueden abordar incidentes relacionados con prejuicios referidos al racismo, sexismo, homofobia, antisemitismo u otras formas de discriminación. (...) Para lograr que funcionen los programas de mediación por los pares, es necesario que toda la comunidad escolar –docentes, personal, padres y estudiantes– comprendan y se comprometan con los principios que se enseñan. La creación de un lenguaje común con respecto al conflicto y su resolución, entre todos los grupos de la comunidad escolar, es un ingrediente importante para el éxito y la longevidad del programa. En algunas escuelas, el programa de mediación incluye adultos. (...) El principio básico es que todos los afectados por una decisión deben estar comprometidos o representados en la toma de la decisión. El resultado de este abordaje es una estructura que permite la participación directa o por representantes de los docentes, administradores, estudiantes y padres en la determinación de políticas y procedimientos relacionados con el clima y el plan académico”. Kathryn Girard y Susan J. Koch, *Resolución de Conflictos en las Escuelas. Manual para Educadores*, trad. Gabriel Zadunaisky (Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 1997), pp. 226-228.

⁴⁸ Véase: Francisco Gutiérrez Pérez y Daniel Prieto Castillo, *La Mediación Pedagógica. Apuntes para una Educación a Distancia Alternativa* (Buenos Aires: Ediciones La Crujía y Editorial Stella, 2007), pp. 71-86.

información transita entre los participantes mediante estrategias de entrada, desarrollo y cierre.

Las estrategias de entrada permiten la introducción de los temas de interés a través de distintos recursos: el relato de cuentos; historias; experiencias; anécdotas; acontecimientos significativos; hechos históricos; la literatura; el arte en sus distintas expresiones; la visualización de imágenes; producciones audiovisuales; el análisis de notas periodísticas sobre determinados aspectos; entre otros.

Luego, una vez que la temática general se ha instalado, se procede a la implementación de las estrategias de desarrollo, éstas tienen como objetivo visibilizar cómo se percibe el tema tratado por parte de los interlocutores. Según los autores de comentario,

*“la percepción del tema desde diversos horizontes de comprensión nos lleva a tratar un asunto desde diferentes ángulos de mira, de modo que desde cada uno de ellos se logre enriquecer la significación del tema así como sus perspectivas de aplicación”.*⁴⁹

Los autores indican que existen múltiples ángulos a través de los cuales se pueden abordar las temáticas de interés, y resulta muy importante alentar la diversidad de miradas para trabajar con los contenidos que se están mediando. En concreto, serían admisibles todas aquellas perspectivas que promuevan la discusión de los tópicos que convocan a los involucrados, incluyéndose entonces las perspectivas lúdico-recreativas, imaginarias, estéticas y humorísticas que promuevan la acción dialógica multigeneracional.

Se consideran importantes estas perspectivas en particular, porque pueden ser implementadas a través del juego, no sólo en lo que respecta a las NNyA sino también a los adultos. Se hace hincapié en el juego porque éste tiene una potencialidad creadora. Según WINNICOTT,

“en el juego, y sólo en él, pueden el niño o el adulto crear y usar toda la personalidad, y el individuo descubre su persona sólo cuando se muestra creador. (...) He intentado llamar la atención hacia la importancia teórica y práctica de la tercera zona, la del juego que se

⁴⁹ Gutiérrez y Prieto, “La Mediación Pedagógica”, p. 75.

*ensancha en el vivir creador y en toda la vida cultural del hombre. La confronté con nuestra realidad psíquica personal o interna, y con el mundo real en que vive el individuo, y que se pueda percibir en forma objetiva. Ubiqué esta importante zona de experiencia en el espacio potencial que existe entre el individuo y el ambiente. (...) El espacio potencial que existe entre el bebé y la madre, entre el niño y la familia, entre el individuo y la sociedad o el mundo, depende de la experiencia que conduce a confiar. Se lo puede considerar sagrado para el individuo, en el sentido de que allí experimenta éste el vivir creador”.*⁵⁰

En este sentido, y por mencionar sólo un ejemplo, los juegos de roles constituyen una herramienta importante para generar la aprehensión de los contenidos mediados, puesto que vinculan los conceptos en discusión con experiencias concretas, esta propuesta es lo que GUTIÉRREZ y PRIETO han denominado la *puesta en experiencia*.

La *puesta en experiencia* es especialmente relevante en lo que respecta a adoptar una perspectiva de derechos humanos de la adolescencia, lo que permitiría diferenciar la *mediación pedagógica* más enfocada en la niñez.

Para HESSEL y MORIN, hoy en día se requiere de una *política de juventud*⁵¹ que sea transversal a toda la experiencia de vida de los adolescentes. Para los autores, la adolescencia constituye al mismo tiempo el eslabón más débil y más fuerte de la sociedad. La debilidad remite al posible aislamiento social que sufre el adolescente por encontrarse en medio de la niñez y la adultez. En esta posición intermedia, el adolescente atraviesa dilemas y conflictos que muchas veces no coinciden con las preocupaciones infantiles y tampoco sus preocupaciones son consideradas de forma genuina por los adultos, comportamiento que puede ser percibido por los propios adolescentes como un franco rechazo a la etapa del desarrollo que se encuentran transitando.

Por otro lado, la adolescencia reviste la vitalidad, la rebeldía y la presencia de deseos y aspiraciones, que dependiendo de cómo sean encausadas

⁵⁰ Donald W. Winnicott, *Realidad y Juego*, trad. Floreal Mazía (Buenos Aires: Editorial Gedisa S.A., 2012), pp. 100, 167-168.

⁵¹ Véase: Edgar Morin y Stéphane Hessel, *El Camino de la Esperanza. Una Llamada a la Movilización Cívica*, trad. Rosa Alapont (Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2013), p. 43.

éstas últimas, incidirá en la forma en que se construya la identidad personal. Por estas razones, WINNICOTT ha considerado que

*“(…) resulta estimulante que la adolescencia se haga oír y se haya vuelto activa, pero los esfuerzos adolescentes que hoy se hacen sentir en todo el mundo deber ser encarados, convertidos en realidad por medio de un acto de confrontación. Ésa tiene que ser personal. Hacen falta adultos si se quiere que los adolescentes tengan vida y vivacidad. La confrontación se refiere a una contención que no posea características de represalia, de venganza, pero que tenga su propia fuerza. (...) Que los jóvenes modifiquen la sociedad y enseñen a los adultos a ver el mundo en forma renovada; pero donde existe el desafío de un joven en crecimiento, que haya un adulto para encararlo. Y no es obligatorio que ello resulte agradable”.*⁵²

Lo señalado por WINNICOTT se relaciona directamente con la participación de la adolescencia en la mediación, puesto que estos procesos constituyen espacios sociales privilegiados donde los adultos pueden «encarar» a los adolescentes, y al mismo tiempo, podrían generarse nuevas miradas compartidas entre adultos y adolescentes respecto a los contenidos mediados.

Cabe aclarar que, el compartir una mirada o perspectiva de los temas en discusión no significa estar de acuerdo sobre los derechos, intereses y necesidades en conflicto, sino por el contrario, remite a un reconocimiento o si se quiere la evocación de un sentimiento de solidaridad y preocupación genuina respecto a lo que le sucede al otro.

Ahora bien, una vez que la acción dialógica ha propiciado la empatía, tienen lugar las estrategias de cierre. Estas acciones pueden incorporar: la recapitulación de lo actuado; la realización de preguntas; la recuperación de la actividad de entrada; la reflexión de las implicaciones prácticas de los contenidos a los que se ha tenido acceso; y la proyección a futuro, por mencionar algunas opciones.

Este cierre da lugar a la reflexión sobre las estrategias del lenguaje a utilizar en aras de promover el diálogo multigeneracional y la transmisión de los contenidos de interés. Acá es importante retomar la *Teoría de la Comunicación Humana*, que constituye uno de los pilares de los procesos de resolución

⁵² Winnicott, “Realidad y Juego”, pp. 231-232.

alternativa de conflictos y ampliamente analizada en el segundo capítulo de esta obra. Se precisa únicamente que, el objetivo primordial de estas estrategias radica en la posibilidad de que los involucrados puedan ejercer la acción dialógica de manera empática, teniendo como fin último la comprensión mutua.

Por último, este entendimiento recíproco entre las NNyA y los adultos llevará a la aprehensión de los conceptos básicos sobre los que se ha desarrollado la *mediación pedagógica*. Aquí vale aclarar que, más allá de la mediación de los contenidos propuestos, para este momento ya habrá tenido lugar una transmisión bilateral de saberes, sentidos y significados, fenómeno que los autores GUTIÉRREZ y PRIETO han denominado *comunidad de significados*. Ha de afirmarse entonces que, la posibilidad de generar y consolidar una *comunidad de significados* en torno a la mediación constituye la base de la participación de la niñez y la adolescencia en este proceso.

4.2. La etapa de audiencia

Retomando la propuesta de *Educación para la Paz* de MONTIEL, se puede afirmar que la ejecución de los actos preparatorios reseñados anteriormente constituye la implementación de una *medida de generación de confianza*, acción propia de la *Cultura de la Transparencia*, entendida esta última como el primer eslabón de la *Cultura de Paz*.

También, siguiendo lo dispuesto por la OG CRC/C/GC/12 del Comité de los Derechos del Niño, los actos preparatorios vendrían a garantizar la adecuación de los espacios donde se garantizará el ejercicio del derecho de las NNyA a ser escuchados, puesto que, al generarse confianza en la *mediación pedagógica* de los contenidos de los procesos, las NNyA posteriormente podrían tomar una decisión informada en cuanto si desean o no ser escuchados.

La relación de confianza establecida en el proceso de *mediación pedagógica* permite a la niñez y la adolescencia hacerse escuchar en cuanto a cómo se sentirían más cómodos participando en una etapa de audiencia. Esto

resulta ser relevante porque el mismo Comité de los Derechos del Niño ha señalado que las instituciones públicas y las organizaciones privadas que se encuentran relacionadas con la protección integral de las NNyA deben procurar la construcción de entornos sensibles a los intereses y necesidades de esta población. En este sentido, sería necesario que la niñez y la adolescencia ostenten un rol activo en los procesos de diseño de este tipo de espacios, como lo serían las salas donde ejecutan las mediaciones.

Tal como lo ha recomendado el mismo Comité de los Derechos del Niño, traslapando el establecimiento de los foros de niños en los campos de refugiados⁵³, podrían desarrollarse foros de NNyA donde se discutan sus opiniones sobre cómo el espacio y entorno donde se desarrollan y ofrecen los servicios de mediación podrían adaptarse a sus necesidades. Acceder a esta información les permitiría a los adultos co-diseñar junto con la niñez y la adolescencia lugares de encuentro pluri-etarios donde puedan tener ocasión los procesos mencionados.

Por otro lado, en lo que respecta propiamente a la ejecución de la etapa de audiencia, el Comité de los Derechos del Niño ha sido enfático en señalar que

“el contexto en que el niño ejerza su derecho a ser escuchado tiene que ser propicio e inspirar confianza, de modo que el niño pueda estar seguro de que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escuchar y tomar en consideración seriamente lo que el niño haya decidido comunicar.”⁵⁴

Podría afirmarse que, la mediación constituye un proceso idóneo para garantizar la participación de las NNyA en el proceso, puesto que el ejercicio de la *escucha activa*, concepto reseñado en el segundo capítulo, permite tener en consideración los derechos, intereses y necesidades de los involucrados, ya que es un elemento fundacional de la *comunicación efectiva*.

El Comité de los Derechos del Niño también ha indicado que, es preferible que el ejercicio de la escucha de la opinión de las NNyA se efectúe en condiciones de confidencialidad en detrimento de las audiencias públicas. En este

⁵³ Al respecto, véase el párrafo 126 de la OG CRC/C/GC/12 del Comité de los Derechos del Niño.

⁵⁴ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 42.

sentido, la mediación también se presenta como un proceso privilegiado para ejercer esta actividad, ya que puede ser ejercida a través del *caucus*.

Según ROZENBLUM DE HOROWITZ, las sesiones privadas, o también conocidas en la doctrina de la mediación como *caucus*, tienen como objetivo

*“(…) reunir información, aclarar puntos y efectuar un intercambio reservado con cada parte para tratar de identificar los respectivos intereses y necesidades (no exteriorizados en la sesión conjunta), y a la vez para desarrollar opciones con cada parte. El mediador comienza planteando cuestiones importantes por medio de preguntas abiertas pero que puedan cerrarse con la respuesta (open-ended); muestra empatía, traduce y clarifica (para asegurar feedback). Además, chequea las posiciones y las expectativas, confrontándolas con lo verbalizado, con expresiones del tipo de: «déjeme asegurarme de que lo entiendo; lo que a usted le gustaría que pase es...». El mediador devuelve feedback y mantiene contacto visual con las partes. Luego de celebrar ambos caucus, el mediador repasa y clarifica las proposiciones que debería ser llevadas a la próxima entrevista conjunta”.*⁵⁵

En este sentido, dadas las características del proceso, la formación y capacitación con la cuenta el mediador, resulta posible implementar el *caucus* adaptándolo a los derechos, intereses y necesidades de las NNyA. Asimismo, dadas las obligaciones que implican la ejecución de una perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia, las sesiones privadas pueden asumir formas diversas a las desarrolladas en la mediación de los conflictos que convocan exclusivamente a los adultos.

Por ejemplo, se considera que la figura del *abogado del niño*⁵⁶, normada por la legislación argentina al alcance del artículo 27 inciso c) de la Ley No. 26.

⁵⁵ Rozenblum de Horowitz, “Conflicto y Negociación”, p. 158.

⁵⁶ La figura del *abogado del niño* obedece a reconocer “(…) el derecho a la defensa técnica para todo niño, niña y adolescente sin condicionarlo a su edad y madurez, pues se trata de una garantía del debido proceso. (...) En este orden de cosas, todo niño, incluso un bebé, tiene derecho a contar con un abogado especializado. Ahora bien, a medida que adquiere mayor edad no sólo tiene derecho a contar con un letrado sino a elegirlo (...). Dentro de este marco, se ha dicho que tanto el derecho a ser oído como la garantía de ser asistido por un abogado debe verificarse cualquiera sea la edad del niño. Esta conclusión surge claramente de la ley que en ninguna de sus normas condiciona la citada garantía al suficiente juicio, madurez o desarrollo del niño. Vale decir, que no corresponde efectuar diferencias que la propia ley no realiza”. Ministerio Público Tutelar (MPT) y Fundación de Estudios Políticos, Económicos y Sociales para la Nueva Argentina (FEPESNA), *Sistematización de Herramientas Técnicas para el Ejercicio Concreto de la Defensa Jurídica de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes* (Buenos Aires: MPT y FEPESNA, 2012), p. 7.

061, podría adaptarse a los fines de la ejecución de la mediación. En el contexto de la ejecución de este proceso, sería oportuno pensar ya no sólo en un profesional que ejerza la defensa técnica de la niñez y la adolescencia, sino también, que ostente conocimientos específicos en materia de resolución alternativa de conflictos para que pueda diseñar propuestas que satisfagan de manera óptima los derechos, intereses y necesidades de las NNyA, estaríamos hablando entonces de un *negociador del niño*.

En este sentido, el *negociador del niño* podría intervenir desde los actos preparatorios hasta las vías de quejas, recursos y desagravio. A lo largo del proceso, incluida la implementación del *caucus*, este negociador especializado podría acompañar o representar los intereses del niño. En los casos donde las NNyA decidan no hacerse escuchar directamente, pero manifiestan un deseo de hacer valer sus derechos y encontrar soluciones que satisfagan sus intereses y necesidades a través de la mediación, la implementación de la figura del *negociador del niño* resulta fundamental para garantizar la perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia.

4.3. La evaluación de la capacidad del niño y la consideración oportuna de sus opiniones

Esta evaluación y consideración constituyen otras de las medidas indicadas por el Comité de los Derechos del Niño, dirigidas a garantizar la observancia del derecho de las NNyA a ser escuchados. En lo que respecta a la mediación, estas acciones podrían acoplarse y adoptarse a través del *ateneo de mediación* y la conformación de equipos multidisciplinarios de mediadores.

Siguiendo a DE LA RÚA EUGENIO, la figura del *ateneo de mediación* remite a

“(…) un espacio de intercambio profesional donde un grupo de mediadores reflexionan sobre un caso complejo (...). Podemos decir que el ateneo es un grupo de reflexión, un grupo de ideas innovadoras, de apoyo profesional que nutre y refuerza la práctica del proceso de mediación. (...) El ateneo está compuesto por el mediador a cargo del caso y los colegas mediadores –no comprometidos en el caso–, quienes colaboran en la reflexión y en el análisis que identifique las causas subyacentes del conflicto y las posibles estrategias a seguir. (...) Uno de los colegas actuará como coordinador del ateneo”.⁵⁷

Si bien la autora afirma que este ateneo es frecuentemente utilizado para discutir conflictos que se encuentran en una fase de estancamiento o *impasse*, no existe ningún obstáculo de carácter teórico o empírico que impida acoplar el *ateneo de mediación* a los fines de evaluación de la capacidad del niño para formarse un juicio propio, y en caso de que se confirme esta posibilidad, la consideración oportuna de sus opiniones, máxime que se trata de un espacio que propicia el análisis y la reflexión en torno a los conflictos complejos, como lo serían este tipo de evaluación y consideración de opiniones.

Por otro lado, haciéndose una interpretación analógica de la OG CRC/C/GC/14 del Comité de los Derechos del Niño, referida a la evaluación y determinación del interés superior del niño, correspondería que la conformación del *ateneo de mediación* que estudie los casos donde habría que garantizar la participación de las NNyA contemple el perfil de un equipo multidisciplinario, agrupando profesionales especializados en aspectos relativos a la niñez y la adolescencia y que cuenten con experiencias de trabajo con esta población.

En concreto, el Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la evaluación y determinación del interés superior del niño

“(…) debe llevarse a cabo en un ambiente agradable y seguro por profesionales capacitados, entre otras cosas, en psicología infantil, desarrollo del niño y otras esferas pertinentes del desarrollo humano y social, que hayan trabajado con niños y que examinen la información recibida de manera objetiva. En la medida de lo posible, en la evaluación del interés superior del niño debería participar un equipo multidisciplinario de profesionales. La evaluación de las consecuencias de las distintas soluciones debe basarse en los conocimientos generales (es decir, en las esferas del derecho, la sociología, la educación, el trabajo social, la psicología, la salud, etc.) de las posibles consecuencias de cada posible solución para el niño, dadas sus características individuales y las experiencias anteriores”.⁵⁸

⁵⁷ Diana de la Rúa Eugenio, *Mediación Comunitaria: Desafíos y Alternativas para la Resolución de Conflictos en la Sociedad* (Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A., 2010), pp. 105-106.

⁵⁸ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/14”, párrafos 94-95.

Según lo anterior, al *ateneo de mediación* que se encargue de estudiar los casos donde podrían ventilarse derechos, intereses y necesidades de NNyA, le correspondería analizar y fundamentar la evaluación y determinación de la capacidad del niño para formarse un juicio propio teniendo en cuenta su interés superior.

Una vez que este ateneo haya efectuado esta evaluación y determinación, tendría que rendir un informe fundado refiriéndose a las condiciones de admisibilidad del caso y las formas que asumirá la participación del niño en el proceso. Asimismo, las opiniones de las NNyA tendrían que formar parte del «filtro de realidad», técnica utilizada en la audiencia para verificar las posibilidades de cumplimiento de un posible acuerdo que contemple los derechos, intereses y necesidades del niño.

Es importante señalar que, al conformarse el *ateneo de mediación* atendiendo al perfil del equipo multidisciplinario recomendado por el Comité de los Derechos del Niño, la ejecución de la mediación en sus demás etapas –ya no sólo en el espacio del *ateneo*– tendrían que realizarse en *co-mediación*⁵⁹ multidisciplinaria.

Por último, la notificación que debe darse al niño en cuanto al informe elaborado por el *ateneo de mediación* podría realizarse a través del proceso de *mediación pedagógica*, que también sería utilizado en los actos preparatorios del proceso a implementar. Esta puesta en conocimiento sobre la evaluación y determinación de la capacidad para formarse un juicio propio considerando el interés superior del niño es relevante porque

⁵⁹ Según ALOISIO, la *co-mediación* “(...) se caracteriza por ser una mediación en la cual, hay dos que operan en la misma situación, simultáneamente. Éstos trabajan en absoluta condición de igualdad, en lo referente a importancia, funciones, operatividad y jerarquía. Desde el punto de vista de los participantes (convocantes y convocados), es importante remarcar que en la *co-mediación* se trata de un equipo interdisciplinario que coopera entre sí y en función de la tarea”. Victoria Aloisio, *Co-mediación: Aporte Emocional para Fortalecer la Relación con el Otro* (Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997), p. 51.

*“la comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia”.*⁶⁰

4.4. La presentación de quejas, vías de recurso y desagravio

La presentación de este tipo de acciones obedece a la última de las medidas consideradas por el Comité de los Derechos del Niño como oportunas para garantizar el derecho de las NNyA a ser escuchados. Tal como se referenció en el párrafo inmediatamente anterior, tomar las opiniones de las NNyA «en serio» implica otorgarles también la posibilidad de que impugnen toda resolución, acto o decisión que consideren perjudicial para sus derechos, intereses y necesidades.

Acá es importante recordar que, cuando se esté realizando la *mediación pedagógica* de los contenidos del proceso de mediación, acción que tiene lugar en la etapa de los actos preparatorios, también debe contemplarse la información que faculta a las NNyA a expresar sus quejas y disconformidades respecto a los posibles resultados y/o desenlace del método de intervención alternativa de conflictos implementado.

Por otra parte, garantizar el derecho de las NNyA a quejarse por las vías de recurso y desagravio involucra una serie de obligaciones para los Estados Miembros, las cuales remiten específicamente a la habilitación de espacios e instancias administrativas y judiciales especializadas, confiables y seguras donde la niñez y la adolescencia pueda dirigirse para comunicar su inconformidad.

La adopción integral de una perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia involucra también dar acceso a un abanico de recursos efectivos que puedan ser utilizados por las NNyA cuando consideren que sus derechos han sido

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 45.

menoscabados y ameritan una reparación. Tal como lo ha afirmado el mismo Comité de los Derechos del Niño,

“es necesario disponer de legislación para ofrecer a los niños procedimientos de denuncia y vías de recurso cuando su derecho a ser escuchados y a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones sea pasado por alto y violado. (...) Si el derecho del niño a ser escuchado se vulnera en relación con procedimientos judiciales y administrativos (...), el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia que ofrezcan vías de recurso para las violaciones de derechos. Los procedimientos de denuncia deben proporcionar mecanismos solventes para garantizar que los niños confíen en que al utilizarlos no se exponen a un riesgo de violencia o castigo”.⁶¹

Finalmente, se considera que la adopción de las medidas acá reseñadas constituyen una obligación para los Estados Miembros que han ratificado la CDN, puesto que el mismo Comité de los Derechos del Niño ha considerado que el desarrollo e implementación de una perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia involucra el cumplimiento de los principios rectores de la CDN, y en razón de estos principios, es imperativo garantizar el derecho de las NNyA a ser escuchados en los procesos RAC donde se discutan sus derechos, intereses y necesidades.

En este sentido, no puede considerarse facultativo el acceso a estos procesos por parte de la población niñez y adolescencia. De ahí la necesidad de emprender las acciones necesarias en los planos político, jurídico, económico, social y cultural que permitan garantizar la participación de las NNyA en estos procesos.

4.5. El perfil del mediador

La implementación de las medidas dispuestas en la OG CRC/C/GC/12 del Comité de los Derechos del Niño, en lo referido a garantizar el derecho de las NNyA a ser escuchados en todo tipo de proceso donde se discutan sus derechos, intereses y necesidades, no solamente ameritan acciones específicas en los ámbitos anteriormente descritos, sino por el contrario, requiere de la ejecución de estrategias que acompañen las medidas pretendidas. Una de estas estrategias

⁶¹ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafos 46-47.

involucra la necesaria reflexión en torno al perfil del profesional requerido para llevar a cabo dichas medidas.

Primeramente, se afirma que es el profesional en rol de mediador quien vendría a implementar las acciones específicas que garantizarían el derecho de las NNyA a ser escuchados en los procesos de comentario, porque

*“los mediadores no son representantes pasivos en ningún sentido. Más bien construyen activamente los modos de manejar una disputa a los tipos de conducta que se esperan de las partes. Participan en la definición del problema, establecen la coreografía de la agenda y las reuniones, controlan la comunicación y la información, y realizan aportes directos en cuanto a los tipos de acuerdo posibles”.*⁶²

En este sentido, el desarrollo de una perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia en torno a la mediación tendría que verse cristalizada en la práctica mediadora. De tal forma, surge la necesidad de co-construir junto con la niñez y la adolescencia cuál va a ser el perfil profesional requerido.

Se introduce acá la idea de diseñar el perfil del mediador incorporando la consulta directa que muestre las percepciones de las NNyA al respecto, porque es justamente a esta población a la que debe garantizársele su participación en el proceso, y además, el acceso a sus opiniones permite contemplar más y mejores elementos para la toma de decisiones, lo cual incidiría favorablemente en la calidad del servicio ofrecido puesto que tomaría en cuenta sus necesidades.

Garantizar este tipo de participación a las NNyA, ya no sólo como partes en el proceso, sino como actores sociales válidos y con voz en el marco de los conflictos sociales que se presentan en sus comunidades y la sociedad en la que se desarrollan, es importante porque esta participación amplia de la niñez y la adolescencia en las diferentes esferas de la realidad social es una expresión y manifestación de la condición de sujeto que ostentan las NNyA.

Nuevamente, la *mediación pedagógica* puede aportar una metodología específica para dar acceso y conocer la información y los contenidos relacionados

⁶² Deborah M. Kolb, *Cuando Hablar da Resultado. Perfiles de Mediadores*, trad. Jorge Piatigorsky (Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 1996), p. 10.

con la construcción del perfil profesional pretendido, promoviéndose así el diálogo y el establecimiento de vínculos intergeneracionales que permitan a los adultos y a las NNyA adquirir un *sentido de pertenencia* respecto al proceso.

El punto de partida del diseño del perfil profesional mencionado se ubica en la OG CRC/C/GC/2003/5 del Comité de los Derechos del Niño, a través de la cual ha quedado establecida la obligación de los Estados Miembros de proveer formación y fomento de las capacidades a todos aquellos funcionarios vinculados a la función pública, el sector privado y la sociedad civil que se encuentren relacionados con la toma de decisiones que puedan afectar los derechos, intereses y necesidades de las NNyA.

En concreto, el objetivo de esta formación y capacitación específicas remite a

*“destacar la situación del niño como titular de derechos humanos, hacer que se conozca y se comprenda mejor la Convención y fomentar el respeto activo de todas sus disposiciones. El Comité espera que la Convención se vea reflejada en los programas de formación profesional, en los códigos de conducta y en los programas de estudio en todos los niveles. Por supuesto, se debe promover la comprensión y el conocimiento de los derechos humanos entre los propios niños, mediante el programa de estudios en la escuela y de otras maneras”.*⁶³

Según lo anterior, la formación y capacitación que permitiría la implementación de la perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia es aquella que, por un lado, está dirigida a garantizar el goce y disfrute de los derechos a todas las NNyA mediante una interacción sistemática con ellos mismos; y por otro, remite al diseño de procesos de seguimiento y evaluación donde sus contenidos sean puestos en debate y análisis. La participación de las NNyA en las actividades de seguimiento y evaluación es importante, puesto que, según la OG CRC/C/GC/12, garantizar este tipo de acciones constituye una de las condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado.

Asimismo, retomando la OG CRC/C/GC/2003/5 del Comité de los Derechos del Niño, se considera que este nuevo perfil profesional del mediador

⁶³ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/2003/5”, párrafo 53.

tendría que verse incluido en los Códigos de Ética que involucran las labores desplegadas por los neutrales y el personal administrativo vinculado a los centros que ejecutan procesos RAC.

También, las instituciones públicas, el sector privado y las ONGs de la sociedad civil que presten servicios de mediación deberían cumplir con la obligación de publicar y dar acceso a la información en formatos adaptados a la edad y la capacidad de las NNyA en todo aquello relacionado con: reglamentos de funcionamiento y procedimientos ofertados; organigramas; listados de neutrales y su currículo; antecedentes profesionales; estadísticas; sanciones; vías de reclamo e impugnación; y tarifas vigentes en caso de que se trate de un establecimiento oneroso.

Por último, es importante retomar la OG CRC/C/GC/14 del Comité de los Derechos del Niño, por cuanto establece que la formación y capacitación en una perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia debe darse particularmente en dos momentos, previa al empleo y en él. Así las cosas, sería relevante entonces que se contemple una formación oficial previa al empleo y/o la vinculación de voluntarios, pasantes y estudiantes que realizan sus prácticas profesionales y trabajos comunitarios en el ejercicio de la mediación, y además, que en el transcurso y desarrollo de las labores propias se desarrollen actividades de capacitación continua que involucren a los profesionales y el personal de apoyo que tendría contacto con las NNyA.⁶⁴

4.6. La difusión de las prácticas exitosas en la materia

En lo que obedece a la difusión de experiencias que remitan a la participación de las NNyA en distintos contextos de la realidad social, el mismo Comité de los Derechos del Niño ha considerado que la labor desplegada por UNICEF y las distintas ONGs de la sociedad civil es primordial respecto a alentar la promoción de “(...) *la participación de los niños en todos los asuntos que los*

⁶⁴ Véase: Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/14”, párrafo 100.

*afecten en su entorno más cercano, la comunidad y los planos nacional e internacional para facilitar los intercambios de las mejores prácticas”.*⁶⁵

Por ende, se considera relevante difundir en este último apartado las prácticas y experiencias que se consideran exitosas para promover la participación de las NNyA en los procesos de mediación y promoción de la cultura de paz que han sido cercanos al TCU No. 540.

Desde su puesta en vigencia, el TCU No. 540 ha estado vinculado al centro gratuito de resolución alternativa de conflictos “Casa de Justicia Sede Rodrigo Facio” de la Facultad de Derecho de la UCR, y, con posterioridad, con el Centro Agenda Joven en Derechos y Ciudadanía de la Universidad Estatal a Distancia (UNED)⁶⁶. Se considera como una fortaleza que, tanto el TCU como el Centro Agenda Joven desarrollan sus actividades sustantivas a partir de la conformación de equipos de trabajo multidisciplinarios. Asimismo, se ha constatado que los profesionales y estudiantes que se encuentran nucleados en estos programas universitarios, previamente y durante el desempeño de sus labores, reciben capacitación y formación específica en las temáticas propias de cada proyecto.

En concreto, los TCU que se desarrollan desde la Facultad de Derecho de la UCR tienen un perfil orientado a beneficiar

“(...) diversas comunidades en condición de vulnerabilidad. Es un servicio gratuito que brinda la Universidad, que permite al estudiante universitario desarrollar la sensibilización social y aplicar los conocimientos aprendidos en su disciplina de estudio.

⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 130.

⁶⁶ Este Centro “(...) tiene como objeto de intervención a la persona joven que en Costa Rica que va de los 12 a los 35 años de edad. (...) [Tiene como Objetivo General] Fortalecer los procesos de construcción de ciudadanía y ejercicio de derechos de las personas jóvenes en tanto sujetos integrales de una comunidad. [Y como Objetivos Específicos] 1. Promover la democracia como un valor cultural de ejercicio de derechos, tolerancia, participación y construcción de comunidad. 2. Fortalecer las prácticas democráticas jóvenes para que se manifiesten en su cotidianidad. 3. Identificar y analizar las necesidades de las personas jóvenes en temas de formación cívico ciudadana y de ejercicio de derechos para que los tomadores de decisiones, investigadores y toda institución relacionada con juventud, tenga más elementos para decidir integralmente en sus intervenciones hacia esta población”. Entrevista realizada a la Msc. Nora González Chacón, Directora del Centro Agenda Joven de la UNED.

*Constituye requisito de graduación y para su conclusión el estudiante debe haber cumplido con 300 horas de trabajo comunal”.*⁶⁷

En este sentido, puede afirmarse que a partir de la plataforma institucional con la que cuenta la Facultad de Derecho de la UCR, a través de la modalidad de acción social de los TCU, podrían diseñarse y consolidarse equipos multidisciplinarios y pluri-etarios conformados por docentes y estudiantes provenientes de distintas áreas del conocimiento, dirigidos a coadyuvar la implementación de la perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia en el Programa Casas de Justicia.

Por otro lado, el Centro Agenda Joven ha desarrollado y desarrolla las áreas sustantivas de docencia, investigación y acción social/extensión en relación con

*“(...) el tema joven desde una perspectiva de sujeto integral y el consecuente enfoque de derechos (...) pero trascendemos el enfoque de niñez y adolescencia al de juventud, porque esa separación responde a la intervención del Estado en el cuidado de menores de edad y por ello se queda en adolescencia. Como nosotros no trabajamos para ejecutar políticas públicas porque no somos Estado, ampliamos la categoría de adolescencia a juventud, reconociendo la diferencia, pero incorporando otras variables de la juventud con el objetivo de desarrollar investigaciones más integrales que ayuden en la promoción de políticas públicas más integradoras.”*⁶⁸

De esta forma, el Centro Agenda Joven se puede identificar como un programa que si bien se encuentra especializado en adolescencia y juventud, utiliza e implementa la perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia, ya que desarrolla actividades tanto con adultos como con adolescentes de la siguiente forma: teniendo en cuenta el marco legal internacional y nacional que recepta los derechos de las NNyA y los jóvenes; atendiendo a los ejes transversales de derechos humanos, medio ambiente, género y multiculturalismo; y observando los principios de pertinencia, equidad, autorregulación, integración universitaria y ética.

⁶⁷ Área de Acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, *Manual Informativo y Didáctico del Área de Acción Social* (San José, Área de Acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2014), p. 11.

⁶⁸ Entrevista realizada a la Msc. Nora González Chacón, Directora del Centro Agenda Joven de la UNED.

A partir de lo dicho hasta ahora, se considera oportuno que ambas universidades costarricenses unan esfuerzos para contribuir en la implementación de las medidas que permitirían garantizar la participación de las NNyA en las actividades y servicios ofrecidos por las Casas de Justicia.

En este orden de ideas, es importante visibilizar que a través del Proyecto UBACyT: *Los conflictos sociológicos y jurídicos en torno a la infancia. Nuevos escenarios*, dirigido por la Dra. Laura N. Lora desde la Facultad de Derecho de la UBA, en el año 2015 fue posible convocar al Área de Acción Social de la Facultad de Derecho de la UCR, el Centro Agenda Joven de la UNED y al Viceministerio de Paz de la República de Costa Rica para desarrollar actividades en conjunto, dirigidas a discutir la perspectiva sociojurídica de la participación de las NNyA en distintos escenarios. Estas actividades fueron ejecutadas en diversas modalidades, a saber: mediante la presentación de un panel especializado en el Congreso de la Asociación Latinoamericana de Sociología (ALAS), celebrado del 29 de noviembre al 04 de diciembre del 2015; y mediante la realización de cine-debates, charlas, talleres y conferencias propias de la temática de los derechos humanos de las NNyA asociados a los contextos costarricense y argentino, actividades desarrolladas en las mismas fechas del congreso referido.

Se considera que esta actividad fue una práctica exitosa, puesto que el mismo Comité de los Derechos del Niño ha considerado a las experiencias *entre pares* como las idóneas para estimular

*“(...) la cooperación y el apoyo mutuo necesarios para el aprendizaje interactivo centrado en el niño. El hecho de que se tengan en cuenta las opiniones del niño es especialmente importante en la eliminación de la discriminación, la prevención del acoso escolar y las medidas disciplinarias. El Comité observa con satisfacción la generalización de la enseñanza mutua y el asesoramiento entre pares”.*⁶⁹

Por esta razón se considera relevante que este tipo de experiencias puedan ser difundidas y puestas en práctica en otros contextos y latitudes, siempre y cuando pueda contarse con el apoyo de las organizaciones precursoras de la

⁶⁹ Comité de los Derechos del Niño, “OG CRC/C/GC/12”, párrafo 109.

práctica exitosa. De ahí la importancia también, del establecimiento de redes de cooperación en los niveles local, nacional, regional e internacional en la temática específica.

Por último, podría indicarse que es necesario emprender acciones inmediatas que permitan crear y desarrollar espacios donde la niñez y la adolescencia puedan ejercer y potenciar sus capacidades, derrumbándose así los obstáculos que inhiben la participación de esta población en el devenir de su propio desarrollo. Garantizar el derecho de participación de las NNyA, implica la promoción de una cultura del respeto y consideración de las opiniones del otro, lo que podría incidir en el desarrollo de sociedades más empáticas, pacíficas y solidarias.

5. Conclusiones

5.1. A lo largo de este capítulo se ha evidenciado que, para promover el ejercicio de la mediación desde una perspectiva de derechos humanos de la niñez y la adolescencia, surge la necesidad de acoplar el proceso a los principios rectores de la CDN.

5.2. Que, para poder cumplir con lo referido en el inciso anterior, ha sido necesario efectuar un relevamiento de los alcances jurídicos de los principios rectores de la CDN a partir de lo indicado por el Comité de los Derechos del Niño, intérprete autorizado de la CDN.

5.3. Una vez delimitados los principios rectores de la CDN, resulta posible redimensionar el proceso de mediación a la luz de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

5.4. Establecer un modelo de mediación armónico con los principios rectores de la CDN garantiza la participación efectiva de las NNyA en la discusión y búsqueda de soluciones de aquellos conflictos donde se ventilan sus derechos, intereses y necesidades.

5.5. Finalmente, la implementación del modelo de mediación especializada acá propuesto, ha procurado la operacionalización de las medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado, dispuestas en los párrafos cuarenta al cuarenta y siete de la OG CRC/C/GC/12 del Comité de los Derechos del Niño, según las experiencias y prácticas de mediación y promoción de la cultura de paz cercanas y/o desarrolladas por el TCU No. 540.

6. Referencias bibliográficas

Aloisio, Victoria. *Co-mediación: Aporte Emocional para Fortalecer la Relación con el Otro*. Buenos Aires: AD-HOC S.R.L., 1997.

Área de Acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. *Manual Informativo y Didáctico del Área de Acción Social*. San José, Área de Acción Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica, 2014.

Cárcova, Carlos María. “Acceso a la Justicia: Exclusión y Aculturación”. *Urbe et ius: revista de opinión jurídica*, No. 2: *El Acceso a la Justicia y la Efectiva Protección de los Derechos de los Ciudadanos*, 2004: 11-17.

Comité de los Derechos del Niño. *Observación General (OG) CRC/GC/2003/5: “Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44)*, 2003.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General (OG) CRC/C/GC/10: “Los derechos del niño en la justicia de menores”*, 2007.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General (OG) CRC/C/GC/12 “El derecho del niño a ser escuchado”*, 2009.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General (OG) CRC/C/GC/14: Sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1)*, 2013.

Comité de los Derechos del Niño, *Observación General (OG) CRC/C/GC/16: “Sobre las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño”*, 2013.

Consejo Económico y Social de la ONU. *Resolución E/2005/20: “Directrices sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos”*, 2005.

Cumbre Mundial en Favor de la Infancia, *Plan de Acción para la Aplicación de la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño en el decenio de 1990*, 1990.

Cuevas-Parra, Patricio y Stephano, Mario. *Las voces de los niños y niñas en tiempos de COVID-19. Activismo permanente de los niños y niñas a pesar de los desafíos personales*. Traducido por Isabel Vilchez. World Vision International, 2020.

Dávila, Paulí y Naya, Luis M. “La Convención sobre los Derechos del Niño: Contenidos, Avances y Retos”. En *Derechos de la Infancia y Educación Inclusiva en América Latina*, editado por Paulí Dávila y Luis M. Naya. Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 2011.

De la Rúa Eugenio, Diana. *Mediación Comunitaria: Desafíos y Alternativas para la Resolución de Conflictos en la Sociedad*. Buenos Aires: Abeledo Perrot S.A., 2010.

Freire, Paulo. *El Grito Manso*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2014.

García Méndez, Emilio. “La dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina: notas para la construcción de una modesta utopía”. En *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, editado por Emilio García Méndez. Buenos Aires: Ad-Hoc S.R.L., 2001.

Girard, Kathryn y Koch, Susan J. *Resolución de Conflictos en las Escuelas. Manual para Educadores*. Traducido por Gabriel Zadunaisky. Buenos Aires: Ediciones Granica S.A., 1997.

Gutiérrez Pérez, Francisco y Prieto Castillo, Daniel. *La Mediación Pedagógica. Apuntes para una Educación a Distancia Alternativa*. Buenos Aires: Ediciones La Crujía y Editorial Stella, 2007.

Hopenhayn, Martín y Gutiérrez, Verónica. “Derechos, reconocimiento y reparto frente a actores discriminados”. En *Políticas Públicas para un Estado Social de*

Derechos. El Paradigma de los Derechos Universales. Vol. II., editado por Ximena Erazo, Víctor Abramovich y Jorge Orbe. Santiago: LOM Ediciones y Fundación Henry Dunant América Latina, 2008.

Kolb, Deborah M. *Cuando hablar da resultado. Perfiles de mediadores.* Traducido por Jorge Piatigorsky. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 1996.

Luque, Marta y Roffo, Paula V. “Vivencias y Convivencias”. En *Niños y Jóvenes Vulnerados. La Injusticia Institucionalizada*, compilado por Néstor Solari, Lidia Garrido Cordobera y Fernando Osorio. Buenos Aires: Noveduc Libros, 2009.

Ministerio Público Tutelar (MPT) y Fundación de Estudios Políticos, Económicos y Sociales para la Nueva Argentina (FEPESNA), *Sistematización de Herramientas Técnicas para el Ejercicio Concreto de la Defensa Jurídica de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.* Buenos Aires: MPT y FEPESNA, 2012.

Montiel T., Fernando. *Perspectivas Progresistas: Educación para la Paz. Una propuesta en Cuatro Pasos.* México D.F.: Friedrich Ebert Stiftung, 2012.

Morin, Edgar y Hessel, Stéphane. *El Camino de la Esperanza. Una Llamada a la Movilización Cívica.* Traducido por Rosa Alapont. Buenos Aires: Editorial Paidós SAICF, 2013.

Pautassi, Laura y Royo, Laura. *Enfoque de Derechos en las Políticas de Infancia: Indicadores para su Medición.* Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), ONU y UNICEF, 2012.

Rozenblum de Horowitz, Sara. “Conflicto y Negociación”. En *Mediación. Una respuesta Interdisciplinaria*, editado por Sara Rozenblum de Horowitz. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1997.

UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia 2003.* New York: UNICEF, 2002.

UNICEF, *Estado Mundial de la Infancia 2006.* New York: UNICEF, 2005.

Winnicott, Donald W. *Realidad y Juego*. Traducido por Floreal Mazía.
Avellaneda: Editorial Gedisa S.A., 2012.

Cooperación Académica

