

Comité Editorial

Dr. L. Pereznieta Castro
Dr. A. Mendoza
Dr. P. Mayer
Dr. G. Kaufmann-Kohler
† Dr. Ph. Fouchard
Dr. J. Bosco
Lic. Wayne Fagan
Dr. J.A. Graham
Lic. R. Lobo Niembro
Dr. F. Gorjón Gómez

Directores

Dr. J.A. Graham
Lic. R. Lobo Niembro

Secretario General

Dr. F. Gorjón Gómez

Partenari institucional

Facultad de Derecho y de
Criminología de la
Universidad Autónoma de
Nuevo León



FACULTAD LIBRE DE DERECHO
DE MONTERREY

2004

Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje



Latin American Journal for Mediation and Arbitration

Vol. IV – Número 2

ISSN-1665-1805

Comité Editorial

- Prof. Dr. Leonel Pereznieto Castro, Universidad Nacional Autónoma de México
(Presidente)
- Prof. Dr. Antonio Mendoza, Universidad Pepperdine, E.U.
- Prof. Dr. Pierre Mayer, Universidad de Paris I Pantheon-Sorbonne, Francia
- Prof. Dr. Gabrielle Kaufmann-Kohler, Universidad de Ginebra, Suiza
- † Prof. Dr. Philippe Fouchard, Universidad de Paris II Pantheon-Assas, Francia
- Prof. Dr. James A. Graham, Facultad Libre de Derecho de Monterrey, México
- Prof. Dr. Francisco Javier Gorjón Gómez, Universidad Autónoma de Nuevo León,
México
- Prof. Dr. João Bosco Lee, Universidad de Curitiba, Brasil
- Lic. Wayne Fagan, Centro para la Conciliación y el Arbitraje, Facultad de Derecho St.
Mary, E.U.
- Lic. Rafael Lobo Niembro, Centro de Resolución de Controversias, Facultad Libre de
Derecho de Monterrey, México

Comité de Redacción

- Dr. Markus Junker, PriceWaterCoopers, Alemania
- Lic. Zdenko Seligo, Abogado, Venezuela
- Lic. Armando Castanedo Abay, Universidad de la Habana, Cuba
- Lic. Oliver Muñoz Esquivel, Abogado, Panamá

INDICE

DE LA DOCTRINA	111
Alternative Dispute Resolution in the United States	112
Bruce E. Meyerson, United States	
Congressional And Federal Support For ADR Has Grown ADR in the Executive Branch	113
ADR in the Federal Courts	114
ADR Use In The States	115
Growth in the Use of Arbitration	116
Uniform Mediation Act	119
Ethical Standards	120
Conclusion	121
Panorama de la Mediación familiar en España	122
Dra Leticia García Villaluenga, España	
I.- Introducción	122
II.-Referencia previa a otros contextos de Mediación	124
III.- La mediación familiar en España	126
IV.- Cuadro comparativo de la legislación en mediación familiar en las distintas comunidades autónomas	129
IV.- Conclusiones	144
Solución de conflictos: diez tesis al respecto	146
Manuel Vidal Noguera M.A., Colombia	
I.- Introducción	146
II.- Objetivo	147
III.- Las tesis	147
LEGISLACION	158
Ley 19971/2004 sobre Arbitraje	159
Chile	159
CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES	159
CAPÍTULO II: ACUERDO DE ARBITRAJE	161
CAPÍTULO III : COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	161
CAPÍTULO IV: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL	163
CAPÍTULO V: SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES	164
CAPÍTULO VI: PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACION DE LAS ACTUACIONES	166
CAPÍTULO VII: IMPUGNACIÓN DEL LAUDO	168
CAPÍTULO VIII: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS	169
DE LA JURISPRUDENCIA	171
Country Name vs Trademark: Mexico. com	172
WIPO - UDRP	
Mediation Documents in Judicial Proceedings: In re Paternity of Emily C.B.	187
Court of Appeals, District II, Wisconsin	
Mexico: UNCITRAL Model Law Related Case Law	190
Leonel Perezniesto Castro & James A. Graham, Board of Editors	
Article 18 UNCITRAL	190
Article 19 UNCITRAL	191
In Breve: Party Appointed Arbitrator and Disclosure	191
9th Circuit, Fidelity Federal Bank	

DE LA PRACTICA	193
Conflicto Familiar y Contexto Legal. La mediación como una alternativa. – II. Hacia una caracterización del conflicto familiar.	194
Macarena Vargas Pavez, Chile	
I - Introducción	194
II – Conflicto familiar y contexto legal	199
III - La mediación como alternativa	204
Social Skills and Mediation in the School Curricula	209
Ana Prawda & Patricia Lacovone, Argentina	
Social Skills	209
School Conflicts	210
Origins of Ethics and the Moral Thought	210
In Need of Learning	210
Social Abilities and School Curricular Contents	211
Benefits for Students and Teachers	211
Synthesis	211
Breves	213
Eventos	214

DE LA DOCTRINA

Alternative Dispute Resolution in the United States

Bruce E. Meyerson, United States

Former Chair of the American Bar Association Section of Dispute Resolution¹

The modern era of alternative dispute resolution (“ADR”) in the United States began in 1976 at the Pound Conference, when then United States Supreme Court Chief Justice Warren Burger called upon leaders of the American Bar Association to consider the “Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice.” Speaking at that conference, Harvard professor Frank E. A. Sander advocated a “flexible and diverse panoply of dispute resolution processes with particular types of cases being assigned to differing processes.” In proposing what became commonly known as the “multi-door courthouse,” Prof. Sander’s remarks energized the ABA to embark on a commitment to promote the greater use of alternative dispute resolution. Although ADR began as a means to resolve minor, neighborhood disputes, it is not hyperbole to suggest that ADR has truly revolutionized the American system of justice by making available a whole variety of processes to disputants in virtually every type of dispute.

Quite simply, the growth of ADR in the United States has been phenomenal. The following statistics make the point powerfully:

- ✘ Most federal district courts offer litigants either mediation or arbitration as an ADR option.
- ✘ There are over 2000 federal and state statutes regulating mediation.
- ✘ Forty-nine states have adopted the Uniform Arbitration Act (or variations of it)
- ✘ All ABA-approved law schools offer ADR courses with a growing number of schools offering certificates and advanced degrees in dispute resolution.
- ✘ There are over 250 community mediation programs.
- ✘ Over one-half of the states provide some degree of public support for dispute resolution activities on a statewide basis.

A variety of reasons account for the explosive growth of ADR in the United States

1.Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Obtuvo la Licenciatura de Grado y todos los créditos correspondientes a los Cursos de Doctorado (Tercer Ciclo) en las disciplinas de Derecho Civil y Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Obtuvo el Postgrado en el Curso de Especialización en Derecho Comunitario de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid. Directora del Curso de Postgrado “Experto en Mediación: ámbitos de actuación y técnicas aplicadas en la resolución de conflictos” de la Universidad Complutense de Madrid, desde 1999. Ponente, en dicho Postgrado, en temas relativos a Derecho de Familia y Mediación Familiar. Directora del “1º Seminario Internacional Complutense de Mediación: una mirada abierta a la resolución de conflictos”. Directora y Ponente en los cursos organizados por la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid en colaboración con el Vicerrectorado de Tercer Ciclo y Formación Continua, cofinanciados por el Fondo Social Europeo y la Comunidad Autónoma de Madrid, relacionados a temas de mediación y técnicas alternativas de resolución de conflicto. Directora del curso sobre mediación familiar e interculturalidad de la Escuela Complutense de Verano. Ponente en Congresos y jornadas Internacionales en temas de mediación y Derecho de familia. Autora de diversos libros y artículos jurídicos relativos a dichas materias. L.g.villaluenga@trs.ucm.es; www.expertoenmediacion-ucm.com

Litigation is far more expensive today than it was 25 years ago. Courts in many cities, particularly those in the large metropolitan areas, are more congested. Judicial resources, both federal and state, have not kept up with the significant growth of new case filings. Not only are parties seeking less costly ways of resolving disputes, but also they want quicker justice.

Importantly, however, disputants have found that ADR, particularly mediation, offers a better quality of justice as mediated solutions can be tailored to meet the needs of the parties. User satisfaction in ADR programs is extraordinarily high. For example, in a survey of the mediation program administered by Equal Employment Opportunity Commission, over 90% of the participants in 4700 employment cases said they would choose mediation again, regardless of the outcome of the previous mediation.

It is for all of these reasons that lawyers now routinely advise their clients about ADR options. A national survey in 2000 indicated that 93% of lawyers would advise their clients to consider ADR as an alternative to litigation. And in a 1997 study of Fortune 1000 companies, Cornell University researchers found, based on responses of 600 companies, 87% of the companies had used mediation in the past three years, and 80% had used arbitration also during the same period.² America's law schools have helped train law graduates to function effectively in the world of ADR. Today, all 184 ABA-approved law schools offer a total of 887 courses in different aspects of ADR.³ The most common courses offered at law schools include a dispute resolution survey course, and courses on arbitration, mediation, and negotiation.

This article will explore the trends in the United States that have occurred in ADR since the Pound Conference. The place to start this retrospective is with our court system--federal and state.

Congressional And Federal Support For ADR Has Grown ADR in the Executive Branch

Contributing to the growth of ADR has been increased recognition by Congress and the Executive Branch of the value in promoting widespread use of ADR methods. Federal legislation has contributed to greater use of ADR in federal district courts, and by federal agencies. Federal agencies, led by the Justice Department, also have taken their own steps to expand the use of ADR.

In 1990, Congress required the Executive Branch to consider ADR, passing the Administrative Dispute Resolution Act of 1990.⁴ This law required each federal agency to encourage, through a variety of means, the use of alternative dispute resolution. One year later, President George H. W. Bush issued an executive order calling on government counsel to be trained in ADR procedures.⁵ In 1996, President Clinton issued another executive order, further promoting the use of ADR.⁶

² D. Lipsky & R. Seeber, The Appropriate Resolution of Corporate Disputes: A Report on the Growing Use of ADR by U.S. Corporations (1998).

³ SECTION OF DISPUTE RESOLUTION, AMERICAN BAR ASSOCIATION, ADR Law School Directory 1 (2003).

⁴ 5 U.S.C. §§ 571-584 (1994 & Supp. IV 1998).

⁵ Exec. Order No. 12,778, 56 Fed. Reg. 55, 195 (1991).

⁶ Exec. Order No. 12,988, 61 Fed. Reg. 4729 (1996).

Federal agency use of ADR was advanced considerably when the Administrative Dispute Resolution Act was reenacted in 1996.⁷ The legislation called for the establishment of a federal interagency committee to assist agencies in the use of ADR. Pursuant to this legislation, a Presidential Memorandum dated May 1, 1998, created the Interagency ADR Working Group, chaired by the Attorney General. According to the first report of the Working Group, as of January 2001, over 400 federal employees worked full time on ADR matters and ADR programs received \$36 million in dedicated budgets. These initiatives have promoted more widespread use of ADR within the federal government. For example, in 1995, the Justice Department used ADR in 500 cases; by 2002, its use of ADR had increased to almost 3000 cases.⁸ The Justice Department believes that the use of ADR has resulted in reducing litigation expenses by almost \$11,000 in each case.⁹

ADR in the Federal Courts

In addition to promoting ADR within federal agencies, Congress has encouraged the federal courts to make greater use of ADR. In 1988, Congress showed its approval of ADR by authorizing ten district courts to employ mandatory arbitration programs and ten others to establish voluntary arbitration programs.¹⁰

The use of ADR in the federal courts received another boost in 1990 with the passage of the Civil Justice Reform Act (the "CJRA").¹¹ The CJRA required all district courts to develop a plan to reduce the cost and delay of civil litigation within their district. One of the six recommended ways to accomplish this was through the use of ADR. The passage of the CJRA coincided with a 1990 study by the Federal Judicial Center, which exhibited support by federal judges for the use of ADR.

By 1996, 77 of the 94 federal district courts had initiated some form of ADR program, with mediation and arbitration being the most common.¹² Over one-half of the district courts offer mediation, one-quarter offer arbitration, and a small number few provide for other forms of ADR.¹³

The Congress responded to the success of the district court efforts by passing the Alternative Dispute Resolution Act of 1998 (the "ADR Act"), for the first time fully incorporating ADR as an integral component of American national judicial policy. The primary purpose of the ADR Act is to promote and expand the use of alternative dispute resolution throughout the federal district courts. Congress listed three primary findings which led to its adoption of the Act: (1) ADR has certain benefits such as increased satisfaction of the parties, innovative methods of resolving disputes and greater efficiency in achieving settlements; (2) ADR has the potential to reduce the backlog of cases; and (3) court-annexed mediation programs in federal appellate courts had been successful.¹⁴

⁷ 5 U.S.C. §§ 571-584.

⁸ J. Senger, Federal Dispute Resolution 2 (2004).

⁹ *Id.* at 4.

¹⁰ E. Plapinger & D. Stienstra, ADR and Settlement in the Federal District Courts: A Sourcebook for Judges & Lawyers 3 (1996) ("Federal District Courts").

¹¹ 28 U.S.C. §§471-482 (1994).

¹² Federal District Courts, *supra* note 9 at 15-17.

¹³ *Id.*

¹⁴ Alternative Dispute Resolution Act of 1998, Pub. L. No. 105-315, 112 Stat. 2993.

The key features of the legislation are:

Each district court must "devise and implement" an ADR program that requires all civil litigants to consider the use of ADR.

Each district court must designate an employee or judicial officer, who is knowledgeable in ADR practices and processes to be in charge of the court's program.

Each district must provide at least one type of ADR and that litigants must consider use of ADR. District courts must make ADR processes confidential and must prohibit disclosure of confidential communications that are made during ADR.

District courts that use ADR must adopt processes for making "qualified and trained" neutrals available.

District courts must also examine the effectiveness of ADR programs that are already in place and adopt any improvements necessary.¹⁵

The overall impact of the ADR Act remains uncertain. Despite its articulation of an important federal commitment to ADR, Congress did not provide the courts with funding to implement its salutary objectives. With the absence of funding, its long-term impact remains in doubt.¹⁶

There are important indications, however, that Congressional and judicial support for ADR has produced an impact on the workload of the federal courts. This phenomenon, described in the United States as the "Vanishing Trial," shows that over the past 30 years there has been a dramatic decline in the number of civil cases in the federal system actually going to trial. In 1962, 11.5% of civil cases went trial. By 2002, however, only 1.8% of civil cases went to trial.¹⁷ The rate of decline in jury and bench trials in state courts has been comparable.¹⁸ Although scholars cannot say with certainty that the decline in the number of trials is due to the growth of ADR, it is estimated that in the past five years, 20,000 to 25,000 cases have been referred to ADR procedures in federal district courts.¹⁹

ADR Use In The States

Like the growth of ADR in the federal courts, there has been great growth in the use of ADR by state courts.²⁰ As of 1995, the last year a comprehensive study was done, 46 state courts and the District of Columbia had adopted some form of ADR program.²¹ The use of ADR by these court

¹⁵ *Id.* at 2994.

¹⁶ J. Bicke rman, Great Potential: The New Federal Law Provides Vehicle, if Local Courts Want to Move on ADR, DISP. RES. MAG. 3, 4 (Fall 1999).

¹⁷ *See generally* M. Galanter, The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts, 1 J. OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 459 (Nov. 2004).

¹⁸ *See generally* B. Ostrom, S. Strickland & P. Hannaford-Agor, Examining Trial Trends in State Courts: 1976-2002, 1 J. OF EMPIRICAL LEGAL STUDIES 755 (Nov. 2004).

¹⁹ Donna Steinstra, Address at Cardozo Law School, Vanishing Trial Symposium (Dec. 3, 2004).

²⁰ J. Filner *et al.*, Conflict Resolution Institute for Courts: Compendium of State Court Resource Materials, National Institute for Dispute Resolution 1-14 (1995)

²¹ *Id.* at 1-3

systems, however, does vary widely.²² Although virtually all states have ADR programs, very few states implement them in all of their courts. Some states, such as Texas, Utah, New Mexico and Virginia, have adopted legislation that encourages the use of ADR by their respective state agencies. Over 25 states have created a state office, task force, commission or governing entity specifically for promoting ADR programs in that state.²³

Growth in the Use of Arbitration

No discussion of alternative dispute resolution in the United States would be complete without reference to arbitration, particularly because the past 25 years has seen profound changes in arbitration and its use in the resolution of disputes. Arbitration has moved from a dispute resolution process largely limited to the collective bargaining setting, to one used more and more in commercial, employment and consumer disputes. Just as the cost of litigation has made mediation an attractive alternative to litigation, the high cost of litigation has made arbitration a cost-effective alternative, too.

The two main statutory schemes regulating arbitration are the Federal Arbitration Act (the "FAA") and the Uniform Arbitration Act (the "UAA"). The Uniform Arbitration Act was adopted originally in 1955, and with modifications, is the law in 49 jurisdictions. For the first time revisions to the UAA have been proposed to the states by the National Commission on Uniform State Laws--the Revised Uniform Arbitration Act—and which have been adopted in two states.

Decisions of the United States Supreme Court

The FAA has taken on great significance as the United States Supreme Court has continued to view it as creating substantive arbitration law. Indeed, the Supreme Court has interpreted the FAA to preempt state laws that interfere with arbitration agreements by subjecting them to standards and rules different than other contracts. Thus, states are not able to pass legislation that singles out arbitration agreements and applies rules to such agreements different than contracts in general. Moreover, the Supreme Court also has interpreted the breadth of the FAA to be coextensive with the commerce clause power given to Congress in the United States Constitution. Thus, most arbitration agreements are governed by the FAA rather than a state's own arbitration laws.

Another significant development in arbitration has been the approval given by the United States to the arbitration of federal statutory claims. Historically, American courts, including the Supreme Court have held that statutory claims, particularly civil rights statutes, were not subject to arbitration. That has changed, however, as the Supreme Court has greatly expanded the role of arbitration in our legal system, and promoted its use in ways that never could have been foreseen at the time of the Pound Conference.

²² For a discussion of current developments in state courts see T. Stipanowich, ADR and the "Vanishing Trial": The Growth and Impact of "Alternative Dispute Resolution," 1 J. EMPIRICAL LEGAL STUDIES 843, 858-66 (2004).

²³ A full list of statewide ADR offices may be found at the website of the Policy Consensus Initiative. <http://www.policyconsensus.org/directories/statelist.shtml>.

In collective bargaining, the Supreme Court established the primacy of arbitration 40 years ago in the cases known as the Steelworkers Trilogy.²⁴ In those cases, the Court set out the ground rules for the relationship between the judiciary and labor arbitrators. The Court held that contractual promises to arbitrate should be enforced and that courts should use a presumption of arbitrability in determining whether the parties agreed to arbitrate a type or class of disputes.

Twenty years later, the Court extended its preference for arbitration beyond the collective bargaining setting. In three decisions, the Court upheld agreements to arbitrate federal statutory claims in the areas of antitrust law,²⁵ RICO claims,²⁶ and securities law.²⁷ These cases set the stage for one of the Court's most important decisions in the field of arbitration—*Gilmer v. Interstate/Johnson Lane Corp.*²⁸ In that precedent-setting case, the Court held that an employee could be required to arbitrate a federal age discrimination claim because he agreed to be bound by stock exchange rules which required arbitration of all disputes arising out of his employment. Over the next ten years, federal statutory claims of all types were held to be subject to arbitration. The *Gilmer* decision has taken on great significance because of another trend in arbitration—the trend to enforce arbitration provisions in contracts of adhesion. Increasingly, businesses are placing arbitration agreements in employment and consumer contracts. So long as the arbitration provisions are fair, however, courts have been willing to enforce them despite employee and consumer resistance. Thus, for example, in the credit card industry, virtually all financial institutions have modified their agreements with cardholders to require arbitration of any claims made against them by consumers. And, because the Supreme Court has held that Federal Arbitration Act covers employment agreements, *Circuit City Stores, Inc. v. Adam*,²⁹ a growing number of American businesses are placing arbitration provisions in their employee handbooks and personnel manuals.

The Arbitrability of Disputes is Often Decided by Arbitrators

Another important development in arbitration has been the trend by courts to grant broader power to arbitrators to resolve issues of arbitrability, and the increased reluctance by courts to second guess arbitrator rulings. A threshold issue that often arises in arbitration “litigation” is whether the underlying dispute is arbitrable—is the dispute subject to arbitration. Although historically, at least outside of the realm of collective bargaining, the resolution of disputes over arbitrability was one largely for the courts to decide, in a series of decisions, the United States Supreme Court has expanded greatly the power of arbitrators to decide this important question.

Although courts have traditionally determined whether a dispute is arbitrable, in *First Options of Chicago, Inc. v. Kaplan*, however, the United States Supreme Court recognized that parties to an arbitration agreement can agree that an arbitrator may decide the issue of arbitrability so long as the agreement submit the issue of arbitrability to an arbitrator is shown by “clear and unmistakable evidence.”³⁰

²⁴ *United Steelworkers of America v. American Mfg. Co.*, 363 U.S. 564 (1960); *United Steelworkers of America v. Warrior & Gulf Navigation Co.*, 363 U.S. 574 (1960); *United Steelworkers of America v. Enterprise Wheel Car Corp.*, 363 U.S. 593 (1960).

²⁵ *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.*, 473 U.S. 614 (1985).

²⁶ *Shearson/American Express, Inc. v. McMahon*, 482 U.S. 220 (1987)

²⁷ *Rodriguez de Quijas v. Shearson /American Express, Inc.*, 490 U.S. 477 (1989)

²⁸ 500 U.S. 20 (1991).

²⁹ No. 99-1379 (U.S. Mar. 21, 2001).

³⁰ 514 U.S. 938, 947 (1995).

The Supreme Court continued to expand the power of an arbitrator to determine this threshold issue in *Howsam v. Dean Witter Reynolds, Inc.*³¹ In that case, the Court was called upon to determine whether an arbitrator or a judge should decide whether application of the NASD's time limit provision for initiating a claim in arbitration was to be considered by an arbitrator or a judge. The Court held that arbitrability has both substantive and procedural aspects and as to the procedural "gateway" questions, parties expect an arbitrator to decide them. According to the Supreme Court, procedural questions that "grow out of the dispute and bear on its final disposition" are presumptively not for a judge to decide, but are for an arbitrator to decide. In this category, the Court placed such issues as defenses to arbitration such as waiver, laches, delay. Lower courts, following *Howsam*, have applied these principles, permitting arbitrators to decide such questions as whether separate arbitration proceedings should be consolidated,³² or whether a party has followed the necessary procedural prerequisites to initiate a claim.³³

Most recently, the United States Supreme Court broadened further the power of arbitrators to decide issues of arbitrability. In *Green Tree Financial Corp. v. Bazzle*,³⁴ the Court was asked to review a decision of the South Carolina Supreme Court upholding a class arbitration award. The parties' agreement was silent on the question of whether class arbitration was permitted. The question before the Court was whether class arbitration was permissible under such circumstances.

The Court declined to answer that question, instead remanding the case so that the issue could be decided by the arbitrator. The Court reasoned that the arbitration agreement provided that the parties would submit "all" disputes "arising from or relating" to their contract to arbitration. Thus, the Court concluded that the "parties seem to have agreed that an arbitrator, not a judge, would answer the relevant question."³⁵ The relevant question, the Court said, "is what *kind of arbitration proceeding* the parties agreed to."³⁶ This, the Court said, is a question of contract interpretation and arbitration procedures, questions which arbitrators "are well situated to answer."³⁷

Judicial Review of Arbitration Awards is Quite Narrow

The power of an arbitrator also has been expanded by court decisions that have narrowed greatly the scope of judicial review of arbitrator decisions. It is well known that the statutory bases for review of arbitration awards are quite narrow.³⁸ Indeed, as one court explained, "[w]hen courts are called on to review an arbitrator's decision, the review is very narrow; one of the narrowest standards of judicial review in all of American jurisprudence."³⁹ One of these grounds permits

³¹ 537 U.S.79, 85 (2002).

³² *Shaw's Supermarkets, Inc. v. United Food & Commercial Workers Union*, 321 F.3d 251 (1st Cir. 2003).

³³ *International Ass'n of Bridge, Structural, Ornamental, & Reinforcing Ironworkers, Shopman's Local 493 v. Efcop Corp. & Constr. Products, Inc.*, 2004 WL 369036 (8th Cir. Mar. 1, 2004).

³⁴ 123 S. Ct. 2402 (2003).

³⁵ *Id.* at 2407.

³⁶ *Id.*

³⁷ *Id.*

³⁸ Under the FAA, judicial review of arbitration awards is limited to situations where (1) the award was "procured by corruption, fraud or other undue means," (2) there was "evident partiality by an arbitrator appointed as a neutral or corruption in any of the arbitrators or misconduct prejudicing the rights of any party," (3) the arbitrators "exceeded their powers," (4) the arbitrators refused to postpone the hearing "upon sufficient cause being shown" or refused to "hear evidence material to the controversy" or otherwise conducted the "hearing . . . as to prejudice substantially the rights of a party," or (5) where there was no arbitration agreement. 9 U.S.C. § 10.

³⁹ *Lattimer-Stevens Co. v. United Steelworkers*, 913 F.2d 1166, 1169 (6th Cir. 1990).

judicial review of arbitration awards where the arbitrators have “exceeded their powers.”⁴⁰ But, consistent with the narrow scope of review under the FAA and state arbitration acts, this basis of judicial review has been “consistently accorded the narrowest of readings” by the courts,⁴¹ and a reviewing court, examining whether an arbitrator has exceeded her powers, “must resolve all doubts in favor of arbitration.”⁴² Indeed, where an arbitration clause is broad, arbitrators have the discretion to order remedies they determine appropriate, so long as they do not exceed the power granted to them by the contract itself.⁴³

Manifest Disregard of the Law

The most common non-statutory basis for reviewing an arbitration award is the doctrine known as manifest disregard of the law. Although this basis for review of arbitration awards never has been defined precisely by the Supreme Court, the circuit courts of appeal have applied the doctrine sparingly. It is an “extremely narrow, judicially-created rule with limited applicability.”⁴⁴ Another court observed that “we will confirm the award if we are able to discern any colorable justification for the arbitrator’s judgment, even if that reasoning would be based on an error of fact or law.”⁴⁵

All of these developments in arbitration demonstrate the growing importance that arbitration plays in the American legal system, and the growing power that judicial decisions increasingly are giving to arbitrators.

Uniform Mediation Act

There has been extensive legislation throughout the states during the past 25 years promoting the use of mediation. In fact, there are over 2,500 state statutes dealing with mediation and each state has on average five statutes dealing with confidentiality of mediation.⁴⁶ Because of this plethora of legislation, the American Bar Association Section of Dispute Resolution and the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws have proposed a Uniform Mediation Act in an attempt to unify and simplify the laws of mediation by “fostering prompt, economical, and amicable resolution, integrity in the process, self-determination by the parties, candor in negotiations, societal needs for information, and uniformity of law.”⁴⁷

The Uniform Mediation Act would apply to mediations in which parties have agreed to mediate or are directed to mediate by a court or governmental entity.⁴⁸ Excluded from the Act are mediations conducted pursuant to a collective bargaining agreement, under auspices of schools, and those conducted by a judge who might make a ruling in the case.⁴⁹

⁴⁰ 9 U.S.C. § 10(a)(4).

⁴¹ *Westerbeke Corp. v. Daihatsu Motor Co., Ltd.*, 304 F.3d 200, 220 (2d Cir. 2002).

⁴² *Brook v. Peak Int’l, Ltd.*, 294 F.3d 668, 672 (5th Cir. 2002).

⁴³ *Banco de Seguros Del Estado v. Mutual Marine Office, Inc.*, 344 F.3d 255, 262 (2d Cir. 2003)(courts have “consistently” given the “narrowest of readings” to the FAA’s authority to vacate awards where it is alleged that the arbitrators have exceeded their powers).

⁴⁴ *Prestige Ford v. Ford Dealer Computer Services, Inc.*, 324 F.3d 391, 396 (5th Cir. 2003).

⁴⁵ *Westerbeke Corp. v. Daihatsu Motor Co.*, 304 F.3d 200, 212 n. 8 (2d Cir. 2002).

⁴⁶ UNIF. MEDIATION ACT, reporter’s prefatory note 1.

⁴⁷ *Id.* at reporter’s prefatory note 5.

⁴⁸ *Id.* at § 4(a).

⁴⁹ *Id.* at § 4(b).

The centerpiece of the Act concerns confidentiality. Many states have statutes that do not draw clear lines between what parts of the mediation will be held to be confidential and which may be used as evidence in future litigation.⁵⁰ The Act creates a mediation privilege, which is held by the parties, and the mediator, applies to all communications in the mediation. The mediation privilege is subject to waiver, preclusion and certain limited exceptions.⁵¹

The Act provides for an affirmative obligation of disclosure by the mediator of information that a "reasonable person would consider likely to affect the impartiality of the mediator."⁵² Four states have now adopted the Act: Nebraska, Illinois, New Jersey, and Ohio

Mediator Qualifications

As ADR moves into 21st century there remain a number of overriding issues. One issue concerns the qualifications of mediators. With the advent of court-annexed mediation programs, and with tens of thousands of individuals holding themselves as mediators, the question arises, what should a mediator's qualifications be, and who should determine those qualifications? The American Bar Association Section of Dispute Resolution established a Task Force on Credentialing and prepared a report on Mediator Credentialing and Quality Assurance. The Association for Conflict Resolution has created a Task Force on Mediator Certification which issued a report as well. These two organizations are now collaborating to examine this issue. The challenge that remains for the field is to determine criteria by which to measure competency, and to resolve the proper way of regulating mediation--should there be accreditation, certification or some other process. And the ultimate question, who should have the power to accredit or certify mediators? Because of the complexity of these issues, it will undoubtedly be some time before a consensus is reached on their resolution.

Ethical Standards

As the ADR profession has become more sophisticated there has been an increased focus on the ethical conduct of mediators and arbitrators. Although some states have adopted ethical rules for mediators who work with court-connected programs, for the most part, mediators practicing in the United States do not operate under a binding set of ethical rules.

An attempt to define broad standards of conduct has been made by the American Bar Association Section of Dispute Resolution, the American Arbitration Association and the Association for Conflict Resolution. In 1994 these organizations adopted mediation standards that covered issues such as self-determination of parties, impartiality, conflicts of interest, competency, confidentiality, the quality of the mediation process, advertising and solicitation and fees. The three organizations are in the process of revising those standards at this time. Although these standards are not binding, they offer mediators general guidelines to apply in regulating their activities. Other professional organizations have adopted similar guidelines.

Ethical issues pertain to arbitrators, as well as mediators. The American Arbitration Association and American Bar Association Code of Ethics for Commercial Arbitrators has been revised.⁵³ The principal change in the Code pertains to arbitrations involving party-appointed arbitrators. The Code has been changed to create a presumption that party-appointed arbitrators are neutral

⁵⁰ *Id.* at reporter's prefatory note 3.

⁵¹ *Id.* at § 6(a)(2,3).

⁵² *Id.* at § 9(a)(1).

⁵³ The revised code may be obtained from the website of the American Arbitration Association: www.adr.org.

arbitrators. This practice brings the Code more line with the practice in international arbitrations. The parties to an arbitration agreement may agree, of course, that their party-appointed arbitrators are to be non-neutral, but absent such specific understanding, party-appointed arbitrators are to be neutral.

In another development, for the first time, lawyer ethical rules in the United States make reference to mediation. The American Bar Association Model Rules of Professional Conduct now expressly contemplate the role of a lawyer as third-party neutral, when a lawyer “assists two or more persons who are not clients of the lawyer to reach a resolution of a dispute or other matter that has arisen between them.” And, significantly, a comment to ER 2.1 states that when a matter is likely to involve litigation, it may be necessary for a lawyer “to inform the client of forms of dispute resolution that might constitute reasonable alternatives to litigation.”

Conclusion

These developments illustrate that ADR has indeed become a mainstream form of dispute resolution in the United States. The issues are no longer how do we promote the greater use and acceptance of ADR, but how do ensure that the services delivered to the consumer will be of the highest quality. Neutrals in the United States look forward to working collaboratively with our colleagues in Mexico and throughout Central and South America to learn together on how best to meet the needs of parties in dispute.

To Learn More About ADR in the United States contact:

American Arbitration Association (AAA) – www.adr.org
335 Madison Avenue, Floor 10, New York, New York 10017-4605
Phone: 212-717-5800 – Fax: 212-716-5905
Customer Service: 800-778-7879

American Bar Association Section on Dispute Resolution –
<http://www.abanet.org/dispute/>
740 15th St. NW, Washington, DC 20005-1019
Phone (202) 662-1000 – Fax: (no fax listed)

Association for Conflict Resolution – <http://www.acrnet.org/>
1015 18th St. NW, Ste. 1150
Washington D.C. 20036
Phone (202) 464-9700 – Fax (202) 464-9720

CPR Institute for Dispute Resolution – www.cpradr.org
366 Madison Avenue, New York, NY 10017
Phone: (212)949-6490 – Fax: (212) 949-8859

Policy Consensus Initiative (PCI) www.policyconsensus.org
P.O. Box 1762
Portland, OR 97207
Phone: (503) 725-9079 – Fax: (503)725-9099

Panorama de la Mediación familiar en España

Dra Leticia García Villaluenga, España
Universidad Complutense de Madrid*

I.- Introducción

Se ha dicho, con mucha razón, que “en una sociedad cada vez más dinámica y diversa, abierta a la confrontación constante de intereses y valores, la capacidad de gestionar los necesarios conflictos que surgen cada día se convierte en instrumento esencial de manejo de la vida, de las instituciones, y del desarrollo humano en último término”². Estamos, por tanto, en el siglo XXI, ante el reto de dar respuestas a las crisis, disputas, conflictos..., con sistemas alternativos versus complementarios a los “clásicos” que la historia nos viene ofreciendo, de ahí la necesidad sentida de investigar figuras que se presentan como nuevas, pero que tienen su base en otras ancestrales³.

Partimos de la idea de que *resolver conflictos*, conciliar, mediar o, simplemente, ayudar a que las controversias puedan ser resueltas por las mismas partes implicadas, es una de las *actividades humanas implícitas en todas las formas sociales de relación*, por eso, todas las culturas y países disponen de formas tradicionales de gestionar, más o menos pacíficamente sus conflictos, pero es importante reflexionar sobre el hecho de que a estas formas tradicionales se van incorporando, cada día con mayor fuerza, otras relativamente nuevas⁴.

En Europa, en los últimos años, las denominadas A.D.R. (Alternative Dispute Resolution), también conocidas como M.A.R.C. (Methodes Alternatives de Resolution de Controversies), han

* Licenciada en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Obtuvo la Licenciatura de Grado y todos los créditos correspondientes a los Cursos de Doctorado (Tercer Ciclo) en las disciplinas de Derecho Civil y Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Obtuvo el Postgrado en el Curso de Especialización en Derecho Comunitario de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid. Directora del Curso de Postgrado “Experto en Mediación: ámbitos de actuación y técnicas aplicadas en la resolución de conflictos” de la Universidad Complutense de Madrid, desde 1999. Ponente, en dicho Postgrado, en temas relativos a Derecho de Familia y Mediación Familiar. Directora del “1º Seminario Internacional Complutense de Mediación: una mirada abierta a la resolución de conflictos”. Directora y Ponente en los cursos organizados por la Fundación General de la Universidad Complutense de Madrid en colaboración con el Vicerrectorado de Tercer Ciclo y Formación Continua, cofinanciados por el Fondo Social Europeo y la Comunidad Autónoma de Madrid, relacionados a temas de mediación y técnicas alternativas de resolución de conflicto. Directora del curso sobre mediación familiar e interculturalidad de la Escuela Complutense de Verano. Ponente en Congresos y jornadas Internacionales en temas de mediación y Derecho de familia. Autora de diversos libros y artículos jurídicos relativos a dichas materias. L.g.villaluenga@trs.ucm.es; www.expertoenmediacion-ucm.com.

² Vid. CASTELLS, M., citado en el libro de VINYAMATA, E.: *Conflictología.. Teoría y práctica en resolución de conflictos*, Ariel, Barcelona, 2001, pág. 9.

³ A este respecto vid. por todos, RIPOL-MILLET, A.: *Familias, trabajo social y mediación*, Piados, Barcelona, 2001, Págs. 33-36.

⁴ Vid. en este sentido VINYAMATA, E. *Manual de prevención y resolución de conflictos: conciliación, mediación negociación*, Ariel, Barcelona, 1999. Afirmamos que son “relativamente nuevas”, porque como bien afirman la mayoría de los autores, *la intervención de un tercero en un conflicto de dos o más personas, con la finalidad de ayudarles es tan antiguo como la humanidad*.

suscitado un notable interés, prueba de ello es *El Libro Verde sobre modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil*, presentado el 19 de abril del 2002 por la Comisión de las Comunidades Europeas a solicitud del Consejo, que tiene como finalidad *recapitular* en la Unión Europea la situación de las ADR, entre las que se encuentra la mediación, y *someter a consulta cuestiones esenciales* que les afectan para, posteriormente, “preparar medidas concretas que convenga adoptar”. Las razones de tal acción han de buscarse, como señala el citado Libro en que:

Se ha tomado conciencia de la nueva eclosión de las ADR en la práctica en beneficio de los ciudadanos, cuyo acceso a la justicia ha mejorado gracias a ello;

Las ADR son objeto de especial atención por parte de los Estados miembros, atención que en ocasiones desemboca en trabajos de carácter legislativo.

Las ADR representan una prioridad política-confirmada en varias ocasiones- para las instituciones de la Unión Europea a las que incumbe promover estas modalidades alternativas, procurar el mejor entorno posible para su desarrollo y esforzarse por garantizar su calidad”.

A este respecto hay que tener en cuenta que, tras la consulta efectuada el 21 de febrero de 2003, se celebró una audiencia pública sobre el tema y se publicó un sumario de las respuestas⁵ a las preguntas que dicho libro formulaba, pero la heterogeneidad de las mismas ha puesto de manifiesto la complejidad de la cuestión, por lo que en la actualidad el debate no se ha cerrado⁶.

Por su parte, España no ha sido ajena al proceso de desarrollo de las ADR, destacando entre ellas la mediación⁷. Consideramos que la mediación es una forma de entender las relaciones humanas, compartiendo el concepto que de ella da RIPOL-MILLET como “la intervención en un conflicto o en una negociación de dos o más partes, a partir de la demanda de las partes implicadas, de un mediador que se constituye en tercera parte y que debe tener las características siguientes: ser profesional, neutral, cualificado, imparcial, sin ningún poder de decisión, aceptable a las dos partes, que pueda garantizar la confidencialidad de lo tratado. La tarea del cual consiste en: ayudar a las partes a resolver sus conflictos para que ellos mismos lleguen a decisiones constructivas y a acuerdos que sean satisfactorios, viables, válidos y duraderos...⁸.

Durante muchos años, hablar de mediación en España ha sido hablar de mediación familiar. Aún hoy, sigue siendo “la estrella” de las mediaciones. Sin embargo, cada vez más, otros contextos están reivindicando esta forma de entender las relaciones humanas, que es la mediación, para abordar los conflictos. De este modo, esta institución se está consolidando en ellos, también, cada día con más fuerza.

⁵ Vid. http://europa.eu.int/comm/justice_home/ejn/adr/adr_ec_en.

⁶ Es previsible que antes de julio de 2004, pueda ver la luz una Directiva sobre las ADR, que obligaría a los Estados miembros a dictar una norma interna en ese sentido, aunque cada uno de ellos establecería la forma de su aplicación, según sus distintas legislaciones.

⁷ Otras ADR han incrementado también su desarrollo, como ocurre con el arbitraje, siendo el ámbito de consumo uno de los que más se han visto beneficiados con esta modalidad de resolución de conflictos.

⁸ Vid. RIPOL-MILLET, A. *Familias, Trabajo Social y mediación*, Ed. Piados. Trabajo social. N° 10, pág. 53.

Aunque en el presente trabajo nos centraremos en el análisis comparativo de algunos aspectos de las leyes de mediación familiar españolas, previamente, me referiré a esos otros ámbitos donde, como comentaba, está desarrollándose idóneamente la mediación.

II.-Referencia previa a otros contextos de Mediación

Las instituciones educativas han sido uno de los espacios que más se han visto beneficiados por la mediación. *La mediación escolar* trata de dar respuesta, fundamentalmente, a los conflictos que surgen dentro de las Comunidades escolares, ya sea entre alumnos⁹, o entre éstos y los profesores, o entre el personal docente... Compartimos con el profesor Ramón ALZATE¹⁰, de la Universidad del País Vasco, la idea de que “los programas de resolución de conflictos en el ámbito educativo han de entenderse como una acción global que abarca todas las estructuras y estamentos de la escuela”. Señala este profesor con gran acierto que “un Programa Escolar Global consta de tres tipos de acciones fundamentales: currículum de resolución de conflictos, programa de mediación entre compañeros y un plan disciplinario basado en los principios subyacentes a la filosofía de resolución de conflictos”. Estas interesantes ideas se están llevando a la práctica en numerosos centros escolares en el País Vasco e igualmente se están desarrollando, en términos similares, en Cataluña, Madrid y en otras Comunidades Autónomas¹¹. Se trata, en fin, de dotar a este ámbito educativo de una importante herramienta para la configuración y consolidación de la paz social, que puede, tal vez me atrevería a decir que debe, empezar desde abajo, desde la prevención, con un aprendizaje desde los primeros años de vida de las personas.

Otro de los contextos en los que la mediación está teniendo un desarrollo importante es el de la *mediación penal*¹², tanto en adultos, vinculada principalmente a hechos delictivos cometidos bajo la influencia de sustancias tóxicas o estupefacientes y en ciertas circunstancias y, fundamentalmente, en relación con menores infractores, con edades comprendidas entre los 14 y 18 años y jóvenes entre 18 y 21.

Ciertamente, el espíritu de la mediación se pone de manifiesto, también, en los programas de conciliación y reparación a la víctima en el ámbito penal, ya que se trata de un apoderamiento de las partes a las que se les reconoce el principal protagonismo para solucionar el conflicto en que están inmersas, en este caso, la infracción delictiva y sus consecuencias. Se trata, por tanto, de una forma muy interesante de entender la justicia restaurativa.

Asimismo, y sin perder de vista el importante papel que la víctima juega en el proceso, en el caso de que el infractor sea un menor, la resocialización cobra un papel trascendental y por tanto, es esencial que se adopten medidas reeducativas con ellos. Así, la Ley 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor pone de manifiesto, ya en su Preámbulo, el interés que estos temas suscitan: “...En aras del principio de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del

⁹En muchos casos los conflictos se resuelven utilizando métodos agresivos, a veces, incluso, violentos, por lo que es fundamental que los alumnos puedan adquirir en el Centro escolar, además de conocimientos técnicos: matemáticas, historia, informática... “métodos y técnicas para manejarse adecuadamente ante las situaciones conflictivas que cada día se les presentan”.

¹⁰ Vid. ALZATE SAEZ DE HEREDIA, R. *Resolución del conflicto. Programa para Bachillerato y Ed. Secundaria*. Tomo I. Ediciones Mensajero. Bilbao. 2000, págs 9 y 10.

¹¹ Vid. También Torrego Feijo, J.C. *Mediación de conflictos en instituciones educativas. Manual para la formación de mediadores*. Editorial Narcea, Madrid, 2000.

¹² Vid. a este respecto AAVV. *La mediación penal*. Colección Justicia y Sociedad nº 19. Ed. Departamento de Justicia de la Generalitat. Barcelona, 1999.

cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa. La conciliación tiene por objeto que la víctima reciba una satisfacción psicológica a cargo del menor infractor, quien ha de arrepentirse del daño causado y estar dispuesto a disculparse. La medida se aplicará cuando el menor efectivamente se arrepiente y se disculpe y la persona ofendida lo acepte y otorgue su perdón. En la reparación, el acuerdo no se alcanza únicamente mediante la vía de la satisfacción psicológica, sino que requiere algo más: el menor ejecuta el compromiso contraído con la víctima o perjudicado de reparar el daño causado, bien mediante trabajos en beneficio de la comunidad, bien mediante acciones adaptadas a las necesidades del sujeto, cuyo beneficiario sea la propia víctima o perjudicado”.

Hay que tener en cuenta que el desarrollo de los programas a que nos venimos refiriendo es competencia de las Comunidades Autónomas, y que hay experiencias muy interesantes a este respecto, como las que, desde los años noventa, se están llevando a cabo en el Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña¹³. Posteriormente, se han implantado en casi toda España (Murcia, Canarias, Valencia...); en Madrid, v.gr. dependen del Instituto Madrileño del Menor y la Familia, pudiendo afirmar que actualmente estas mediaciones tienen una amplia aceptación e implementación en todo el territorio español.

Junto a las anteriores mediaciones, la denominada “*social-intercultural*” está teniendo, igualmente, un importante auge, siendo una de las que están creciendo exponencialmente. Siguiendo a Giménez Romero¹⁴, puede definirse la mediación intercultural “o mediación social en contextos pluriétnicos o multiculturales, como una modalidad de intervención de terceras partes, en y sobre situaciones sociales de multiculturalidad significativa, orientada hacia la consecución del reconocimiento del Otro y el acercamiento de las partes, la comunicación y comprensión mutua, el aprendizaje y desarrollo de la convivencia, la regulación de los conflictos y la adecuación institucional, entre actores sociales o institucionales etnoculturalmente diferenciados”.

Entre las razones que se argumentan para entender la importancia de este tipo de mediación en España, destaca el incremento notable del fenómeno de la inmigración en los últimos años. La llegada de personas de distintas nacionalidades, con diferentes criterios, y costumbres tan diversas, no cabe duda que enriquece a cualquier pueblo, a cualquier sociedad, pero la complejidad del conflicto viene dada por la necesidad de aprender a vivir en la tolerancia y en el respeto mutuo. Hay que destacar a este respecto las interesantes experiencias que se están llevando a cabo en Andalucía, Cataluña y Madrid, desarrollándose en esta última un Servicio de Mediación Social Intercultural y una Escuela a tal fin, con magníficos resultados¹⁵

¹³ Es interesante la información recogida en la página de la Generalidad de Cataluña:
<http://www.gencat.net>.

¹⁴ VID. GIMÉNEZ ROMERO, C. “Modelos de mediación y su aplicación en mediación intercultural”.
Revista Migraciones, nº 10. Diciembre de 2001. Universidad Pontificia de Comillas.

¹⁵ El Servicio de Mediación social Intercultural es un programa de intervención, enmarcado en la Sección de Atención a la Inmigración e Interculturalidad del Área de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Madrid, y que se desarrolla a través de un Convenio suscrito entre el Área de Servicios Sociales de dicho Ayuntamiento y la Fundación General de la Universidad Autónoma de Madrid. Vid. AAVV *El Servicio de Mediación social Intercultural SEMSI 1997-2002*. AYUNTAMIENTO DE MADRID. ÁREA DE SERVICIOS SOCIALES. 2002.

La mediación vecinal es otro ámbito a tener en cuenta y que está despertando gran interés. Es lógico que sea así porque la comunidad de vecinos es un espacio muy próximo de convivencia y, en muchos casos, durante mucho tiempo. Ciertamente se gestan en él muchos conflictos, y el MAAN no puede ser vender el piso o mudarte a otro alquiler¹⁶. Es ésta, por tanto, una mediación francamente útil y rentable y, por eso, está teniendo gran aceptación en las reuniones de las juntas de propietarios para decidir temas que afectan a todos, donde todos han de ser oídos y respetados en sus intereses.

La *Mediación en salud*, en temas de mala praxis, o la *mediación laboral y la empresarial*, que se desarrolla desde las Cámaras de Comercio, con experiencias tan interesantes como la de Vitoria, o la que se está llevando a cabo en Andalucía, tienen, junto a la mediación comunitaria, y algunas otras, un presente importante y un futuro aún más prometedor en nuestro país, y por el fenómeno de la globalidad, también en otros muchos donde se están potenciando las ADR.

III.- La mediación familiar en España

¿Por qué la mediación familiar tiene una mayor implementación y cuenta con mas apoyos institucionales?. Hay que tener en cuenta que el desarrollo de la mediación familiar en España ha venido, fundamentalmente, de la mano de la ley 30/81 de 7 de julio, conocida como Ley del Divorcio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

Así, el Código Civil, al referirse a la separación matrimonial, en el art. 81 señala que:

“Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º.- A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. *Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador* de la separación conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”.

En este mismo sentido se expresa el Código en el art. 86 al referirse al divorcio, al señalar que:

“Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del otro, *deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta convenio regulador de sus efectos*, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”.

Por tanto, si se trata de separación o divorcio de mutuo acuerdo es imprescindible la presentación de propuesta de convenio regulador de los efectos de una u otro, siendo estos acuerdos de los cónyuges aprobados por el juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, y así lo dispone el art. 90 de dicho cuerpo legal:

¹⁶ Ciertamente, encontrarse al vecino con el que tienes un problema, todos los días a las 8 de la mañana, cuando sales de casa, no te anima, precisamente, a comenzar el día con alegría!; y tampoco lo concluirás bien si cuando vuelves por la noche se produce un “reencuentro”. Ruidos, animales que molestan todo el día porque están solos, ropa tendida, mala utilización de los garajes, y espacios comunes, impago de cuotas.... son algunos de los conflictos que se suscitan en dichas comunidades.

“Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. La denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada y, en este caso, los cónyuges deben someter a la consideración del Juez nueva propuesta para su aprobación, si procede. Desde la aprobación judicial, podrán hacerse efectivos por la vía de apremio.

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio”.

Es decir, se les faculta a las partes para que lleguen a acordar todos los aspectos que ha de contener el convenio regulador, sin perjuicio de que el juez, posteriormente, haya de homologarlo, dada la especial naturaleza del Derecho de familia y el carácter imperativo de un número importante de normas en este ámbito¹⁷.

¿Cuándo empieza a arraigar la mediación familiar?. No hay tiempo para referirme a las distintas y muy valiosas experiencias que a lo largo de los años 80 y, fundamentalmente, en los años 90, tuvieron lugar en España¹⁸, pero sí quería reseñar alguna que ha tenido gran trascendencia.

En el año 1983 se crearon en algunos juzgados de familia, los equipos “psico-sociales”, formados por psicólogos y trabajadores sociales que tienen una función pericial y de apoyo a la actuación judicial; y en el marco de actuación de dichos equipos, pero con funciones bien diferentes, algunos empezaron a desarrollar la mediación familiar. Experiencias en mediación intrajudicial, como las llevadas a cabo en Barcelona, Madrid, o Sevilla, y el buen hacer de sus profesionales, consiguieron que se fuera consolidando la praxis de la mediación familiar y se aplicara en otros Juzgados de España, por lo que su actuación ha sido determinante para que la cultura de la paz en los conflictos familiares, incluso en sede judicial, se haya extendido más en España¹⁹.

Junto a esta experiencia, hay que señalar que en el año 1988 empezaron a crearse servicios de mediación familiar en toda España, fundamentalmente en Madrid, Bilbao y Barcelona, con gran éxito y, en muchos casos, subvencionados por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. A este

¹⁷ Vid. el interesante artículo de ORTUÑO MUÑOZ, P. “La aprobación judicial de los acuerdos en la mediación familiar”. en *Monográfico sobre la mediación en España. Revista Apuntes de psicología* Colegio Oficial de Psicólogos (Andalucía Occidental) y Universidad de Sevilla. Sevilla, 2000, Vol 18, núm 2 y 3, pág. 287-302.

¹⁸ Vid. a este respecto la interesante ponencia sobre “la mediación familiar en España”, impartida por Aleix RIPOL-MILLET, en el Iº Congreso Internacional de Mediación que tuvo lugar en Canarias en marzo del 2003.

¹⁹ A este respecto quería comentarles la implementación que tuvo la mediación familiar intrajudicial en Cataluña, gracias a la ilusión y el esfuerzo de dos magníficos profesionales: un Magistrado, Don Pascual ORTUÑO, que conocía la institución de la mediación y confiaba en los valores que de ella se desprendían, y un psicólogo del Equipo Técnico, de su juzgado, D. Ignacio BOLAÑOS, que ahora por suerte trabaja en los Juzgados de Madrid y es miembro del equipo en el Experto en mediación que dirigió en la UCM. Detrás de los proyectos están las personas y su trabajo, y, ciertamente, la mediación tiene hoy un importante desarrollo, también, gracias a ellos.

respecto hay que tener en cuenta que España, después de la Constitución de 1978, es un Estado de Autonomías, con 17 Comunidades Autónomas, habiéndose transferido muchas competencias del Estado Central a dichas Comunidades, tras un proceso de descentralización del Estado.

Ciertamente, la protección de la familia y de los menores se realiza a través de las Consejerías correspondientes de las distintas Comunidades Autónomas, en algunas se trata de la Consejería de Justicia y en muchas de Servicios Sociales; a dicha protección viene ligada la mediación, por lo que algunas Comunidades, según veremos, han procedido a legislar en mediación familiar, con cierta heterogeneidad, y en muchas ocasiones con grandes dificultades.

El conflicto se plantea por la exigencia de “no invasión de competencias” que puede derivarse de la legislación por la Administración Central de materias que están transferidas a las Comunidades. A este respecto hay que tener presente la labor que viene desarrollando el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales desde hace ya 4 años, convocando a reuniones, en torno a la mediación familiar, a representantes de las distintas Comunidades Autónomas y a técnicos expertos en familia y en mediación familiar. Fue muy interesante el trabajo que se realizó consecuencia de dichos encuentros, ya que el Ministerio por un lado temía invadir competencias que ya estaban transferidas, pero, por otro, sentía la obligación, fundamentalmente, de dar una protección amplia a la familia en aquellas Comunidades que no se había legislado, contando con todos los actores posibles del mapa autonómico. En ésta medida, se fue elaborando un “borrador de trabajo”, una especie de “ley marco”, que contemplara, entre otras, diferentes cuestiones, como los principios esenciales que debían presidir la mediación, los ámbitos de aplicación de la misma, o la figura del mediador, destacando la necesidad de una formación específica en la materia y la libre circulación de trabajadores por el territorio nacional. Actualmente, y a la espera de la Directiva a la que anteriormente me referí, los trabajos del Ministerio no se han concluido y el citado borrador aún no ha visto la luz.

Centrándonos, ya, en la regulación de la mediación familiar por las Comunidades Autónomas, hay que señalar que actualmente son cuatro las que han dictado leyes de mediación familiar: Cataluña, Galicia, Valencia y Canarias. Igualmente, hay en curso muchos anteproyectos de leyes: Castilla-La Mancha, Castilla-León, Andalucía, Extremadura, Baleares, Madrid y País Vasco -que está trabajando con una ley general de mediación en vez de una de mediación familiar-, etc.

Dada la complejidad de la situación legislativa, y con la intención de facilitar en mayor medida el conocimiento de la normativa en vigor en mediación familiar en España, ofrecemos el siguiente cuadro comparativo, en la confianza de que resulte útil para que el lector. Los parámetros que se han utilizado son, fundamentalmente, los que vienen recogidos en las leyes, incluyendo, asimismo, otros que nos resultan de interés.

IV.- Cuadro comparativo de la legislación en mediación familiar en las distintas comunidades autónomas

<p>LEY 1/2001 DE 15 DE MARZO DE MEDIACIÓN FAMILIAR DE CATALUÑA Y DECRETO 139/2002, DE 14 DE MAYO, POR EL QUE SE APRUEBA EL REGLAMENTO.</p>	<p>LEY 4/2001 DE 31 DE MAYO, REGULADORA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN GALICIA Y DECRETO 159/2003, DE 31 DE ENERO.</p>	<p>LEY 7/2001 DE 26 DE NOVIEMBRE, REGULADORA DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN EL ÁMBITO DE LA COMUNIDAD VALENCIANA.</p>
<p>Antecedentes Legislativos</p>		
<p>Recomendaciones del Consejo de Europa: 1) R 12/1986: insta a los jueces a la búsqueda de un acuerdo amigable entre las partes, independientemente de la fase del proceso de ruptura en que se encuentren; 2) R 1/1998 (21 de enero de 1998) sobre la mediación familiar: insta a los gobiernos de los Estados miembros a instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente.</p> <p>- Ley 9/1998 (15 de julio de 1998) del Código de Familia de Cataluña: 1) Art. 79.2: la autoridad judicial puede remitir a las partes a una persona o entidad mediadora con la finalidad de que intenten resolver las diferencias y que presenten una propuesta de convenio regulador. 2) Disposición Final tercera: en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor del presente Código, el Gobierno de la Generalidad ha de presentar al Parlamento</p>	<p>- Recomendaciones del Consejo de Europa. - Ley 3/1997 (9 de junio de 1997) Gallega de la Familia, Infancia y Adolescencia. Parte de la competencia que en materia de asistencia social tiene asumida la CA para la protección de la familia, de los niños/as y de los principios en que la ley de familia se inspira.</p>	<p>- CE de 1978, art. 39. - Recomendaciones del Consejo de Europa. - Ley 30/ 1981 (7 de julio de 1981). - Ley 5/1982 (1º de julio de 1982) de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana. Contempla la competencia exclusiva para adoptar medidas destinadas a las familias requeridas de especial protección. - Ley 5/1997 (25 de junio de 1997) de la Generalitat Valenciana, reguladora del Sistema de Servicios Sociales. Incluye programas de mediación familiar entre los servicios sociales especializados. - Acuerdo de las Cortes Valencianas (6 de febrero de 2002). Encuentro adopción.</p>

<p>un proyecto de ley reguladora de la mediación familiar, sobre las siguientes bases:</p> <p>a) Confidencialidad absoluta del contenido de las sesiones de mediación.;</p> <p>b) Libertad de las partes para apartarse o desistir de la mediación en cualquier momento;</p> <p>c) Aprobación judicial de los acuerdos alcanzados en la mediación;</p> <p>d) Duración máxima del proceso de mediación limitada a tres meses, prorrogables por el mismo tiempo a petición del mediador o mediadora.</p> <p>- Ley 10/1998 (15 de julio de 1998) de Uniones Estables de Pareja.</p> <p>- Ley 30/ 1981 (7 de julio de 1981) por la que se modifica la regulación del matrimonio y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.</p>		
---	--	--

Objeto de la ley

<p>- Institucionalizar, potenciar y extender a toda Cataluña la mediación familiar (preámbulo).</p> <p>- Regular la mediación familiar como medida de apoyo a la familia y como método de resolución de conflictos para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance (art.1).</p>	<p>- Regular la institución de la mediación familiar en Galicia como método de intentar solucionar los conflictos que puedan surgir en supuestos de ruptura matrimonial o de pareja y podrá utilizarse tanto con carácter previo a la iniciación de procedimientos judiciales como para hallar salida a procedimientos judiciales en curso (art. 1).</p>	<p>- Cumplir el mandato constitucional de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida social, definiendo, clarificando la mediación familiar para dar respuesta adecuada a los conflictos tal como hoy se dan en el seno de las familias.</p> <p>- Regular la mediación familiar como un procedimiento extrajudicial, como recurso complementario o alternativo a la vida judicial para la solución de los conflictos producidos en</p>
--	--	---

		<p>las relaciones familiares (preámbulo).</p> <p>- Regular las actuaciones profesionales de mediación familiar que se desarrollen en el ámbito de la Comunidad Valenciana y la intervención de las personas mediadoras familiares y las entidades públicas o privadas que actúen profesionalmente en el ámbito de la mediación familiar (art.2)</p>
--	--	---

Objeto reconocido por la ley a la mediación

<p>- Solución de conflictos matrimoniales y de uniones estables de pareja (preámbulo).</p> <p>- Logro de acuerdos necesarios para la regulación de ruptura de pareja, como son los relativos al ejercicio de la potestad, la custodia de los hijos, el régimen de visitas, los alimentos, la atribución de la vivienda familiar, la pensión compensatoria.</p> <p>- Como medida de soporte a la familia y como método de resolución de conflictos (reglamento).</p>	<p>- Ser instrumento eficaz de solución de las discordias entre esposos o pareja y para solventar la problemática en las relaciones paterno-materno-filiales</p> <p>- Mecanismo de ayuda para la protección de la familia y de los intereses superiores de los niños y niñas y de su bienestar (preámbulo).</p> <p>- Asesoramiento, orientación y consecución de un acuerdo mutuo o la aproximación de las posiciones de las partes en ruptura o en conflictos de convivencia (art.3).</p>	<p>- Como instrumento en la búsqueda de soluciones y acuerdos en los conflictos familiares</p> <p>- Como recurso complementario o alternativo a la vía judicial. (preámbulo)</p> <p>- Art 3:</p> <p>a) La solución de aquellos conflictos contemplados en el art. 13 de esta ley, que surjan entre personas unidas por matrimonio o vínculo familiar, hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad;</p> <p>b) Recabar, en tanto el ordenamiento jurídico lo permita, la información referente a la filiación e identificación de la familia biológica y de los hijos adoptados mayores de edad, para posibilitar su encuentro, protegiendo siempre la confidencialidad de los datos identificativos de ambos;</p> <p>c) Facilitar el acuerdo en aquellas situaciones en las que, como consecuencia del ejercicio de la patria potestad, el interés superior de</p>
---	--	--

		los menores y personas con discapacidad pueda verse menoscabado.
Concepto		
<p>- Consiste en un método de resolución de conflictos que se caracteriza por la intervención de una tercera persona imparcial y experta, sea a iniciativa propia de las partes, sea a indicación de una autoridad judicial, que tiene por objeto ayudar a las partes y facilitarles la obtención por ellas mismas de un acuerdo satisfactorio (preámbulo).</p>	<p>- Intervención de un tercero ajeno a las partes en conflicto y experto en la materia para ofrecerles, en el mayor grado de imparcialidad, propuestas de solución a sus desavenencias (preámbulo).</p> <p>- Intervención de los profesionales especializados requeridos voluntariamente y aceptados en todo caso por las partes en condición de mediador, que actuarán para ofrecerles una solución pactada a su problemática matrimonial o de pareja (art. 2)</p>	<p>- Procedimiento voluntario que persigue la solución extrajudicial de los conflictos surgidos en su seno, en el cual uno o más profesionales cualificados, imparciales y sin capacidad para tomar decisiones por las partes asiste a los miembros de una familia en conflicto con la finalidad de posibilitar vías de diálogo y la búsqueda en común del acuerdo (art. 1).</p>
Principios		
<p>- Voluntariedad: Las partes son libres de acogerse o no a la mediación y también de desistir en cualquier momento del proceso. También el mediador puede darlo por finalizado si aprecia falta de colaboración de las partes (art.11).</p> <p>- Imparcialidad: El mediador no impone solución, ni toma parte (art. 12).</p> <p>- Confidencialidad: Las partes y el mediador se comprometen a mantener el deber de confidencialidad respecto de la información recibida durante el desarrollo del proceso. No actúan ni como testigos ni como peritos (art.13).</p> <p>- Carácter personalísimo: Las partes y el mediador</p>	<p>- Voluntariedad y rogación.</p> <p>- Antiformalismo, flexibilidad, inmediatez.</p> <p>- Confidencialidad y secreto.</p> <p>- Imparcialidad y neutralidad.</p> <p>- Respeto a los intereses superiores de los niños/as (art. 8).</p>	<p>- Voluntariedad (art. 4).</p> <p>- Imparcialidad (art. 8).</p> <p>- Confidencialidad (art. 8)</p> <p>- idem Cataluña.</p> <p>- Buena fe de las partes y del mediador (art. 5).</p> <p>- Lealtad del mediador (art. 8).</p>

<p>han de acudir personalmente a las reuniones, no valiendo representantes.</p>		
<p>Personas legitimadas para solicitarla</p>		
<ul style="list-style-type: none"> - Personas unidas por vínculo matrimonial o uniones estables de pareja y las que sin formar unión estable tengan hijos comunes. - Personas que tengan conflictos sobre el ejercicio de la potestad respecto de los hijos comunes. - Cualquier persona que tenga un conflicto por razón de alimentos entre parientes o instituciones tutelares (art. 5) 	<ul style="list-style-type: none"> - Personas unidas por vínculo matrimonio. - Uniones estables de pareja en crisis de convivencia. - Propuesta por la autoridad judicial en procesos de separación, divorcio o nulidad (art. 4) 	<ul style="list-style-type: none"> - Personas unidas por vínculo conyugal o familiar hasta el cuarto grado de consanguinidad o afinidad. - Personas adoptadas y su familia biológica cuando quieran ponerse en relación entre ellas (art. 14).
<p>Ámbitos</p>		
<ul style="list-style-type: none"> - Crisis de convivencia, antes del proceso judicial para canalizar y simplificar el conflicto por la vía judicial de común acuerdo (ya decidida la ruptura). - Elaboración de acuerdos nec para el convenio regulador en separación o divorcios contenciosos. - En cumplimiento de sentencias de separación y divorcios. - En la modificación de las medidas acordadas por la resolución judicial. - Conflictos en el ejercicio de la patria potestad respecto de los hijos comunes. - Conflictos de alimentos entre parientes o de instituciones tutelares (art. 5). 	<ul style="list-style-type: none"> - Conflictos que puedan surgir en supuestos de ruptura matrimonial o de pareja (art. 1). - Conflictos de convivencia (art. 3). - Previo a la iniciación de procedimientos judiciales como en curso (no hace mención expresa al respecto de la modificación de medidas). - Cuestiones derivadas de las relaciones personales o paterno-materno-filiales de cuya disposición puedan hacer las partes y sean susceptibles de ser cuestionadas judicialmente (art. 6). 	<ul style="list-style-type: none"> - Conflictos entre personas unidas por matrimonio o vínculo familiar (art. 1). - Conflictos entre uniones de hecho (Disp. Ad. 2ª). - Información sobre la filiación en adopción (art.3). - Crisis de convivencia: medidas de nulidad, elaboración de convenio regulador, ejecución sentencias, cambio medidas judiciales (art. 13). - Conflictos surgidos en el seno de la empresa familiar. - Cualquier otro conflicto surgido en la familia (art.13).
<p>Organización</p>		

<p>- Se crea el Centro de Mediación Familiar de Cataluña, adscrito al Departamento de Justicia, con el objeto de promover y administrar la mediación regulada por esta ley (sólo regula la mediación pública) y facilitar que se pueda acceder a ella (art. 2).</p> <p>- Funciones: fomentar, difundir, homologar estudios, gestionar el registro de mediadores y designarlos cuando se solicite, a instancias de la autoridad judicial, de los interesados (art. 2) o a propuesta de los servicios de mediación familiar de los colegios, cuando no lo hagan las partes (art. 3).</p> <p>- Se prevén importantes funciones a los colegios profesionales (vid).</p>	<p>- La consejería de Familia, juventud y voluntariado.</p> <p>- Funciones: promover técnicas y divulgar la mediación; relación con la jurisdicción; facilitar el acceso a familias; designar mediador, si las partes no lo hacen; apoyo a mediadores; evaluación procesos; homologar formación; coordinar registro de mediadores; elaborar informes y propuestas potenciación servicio (art. 17).</p>	<p>- Se crea el Centro de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana: registra y autoriza - pendiente de reglamento- (art. 12).</p> <p>- La mediación familiar podrá efectuarse a través de las entidades dedicadas a este fin, también por colegios profesionales, por personas mediadoras reconocidas en esta ley. El servicio de mediación familiar que presten se entenderá como servicio social especializado en el sector familia y se considerará asimilado, a todos los efectos, a los programas de mediación familiar (art. 6).</p>
---	--	---

Gratuidad

<p>- La mediación es gratuita para las personas beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita.</p> <p>- La gratuidad se atribuirá individualmente a cada parte, debiendo abonar la mitad del coste del servicio la parte que no goce de este derecho de gratuidad (art. 9).</p>	<p>- La prestación del servicio de mediación será gratuita para todas aquellas personas beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita.</p> <p>- Gratuidad individual (art. 9)</p>	<p>- Tendrán derecho al nombramiento de un mediador gratuito aquellas personas que sean beneficiarias de asistencia jurídica gratuita</p> <p>- El derecho a la gratuidad se atribuye individualmente según la capacidad económica de cada parte. La parte o partes que no disfruten de la gratuidad abonarán la proporción que les corresponda de su coste (art. 6).</p>
---	---	--

Proceso

<p>- Reunión inicial: explicación del proceso, planificación del desarrollo de las siguientes sesiones.</p>	<p>- Primera reunión: motivos de las partes de acudir al servicio; programa de actuación expuesto por</p>	<p>- Primera reunión: explicación del procedimiento y reglas de la mediación; planificación de</p>
---	---	--

<ul style="list-style-type: none"> - Firma del acta aceptando reglas de mediación. - Reuniones posteriores: trabajo sobre temas en conflicto? acuerdos. - Acta final: redacción del acuerdo. Firma de las partes. 	<p>el mediador.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Reuniones posteriores: trabajo de los temas en controversia. Acuerdos. De cada sesión se elabora un informe. - Redacción informe-acuerdo final. Firma de las partes. 	<p>las siguientes reuniones.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Firma del acta asumiendo reglas - Reuniones posteriores: trabajo sobre temas en conflicto? acuerdos - Acta final: redacción acuerdos. Firma de las partes.
--	---	---

Duración del proceso

<ul style="list-style-type: none"> - Máximo tres meses desde la reunión inicial. - Prórroga de tres meses más con petición motivada del mediador y las partes al Centro de Mediación Familiar de Cataluña. - El Reglamento señala un máximo de 6 sesiones de 90 minutos. 	<ul style="list-style-type: none"> - Idem Cataluña, tres meses más prórroga de otros tres meses. 	<ul style="list-style-type: none"> - Máximo tres meses desde la reunión inicial. - Prórroga de dos meses en situaciones que se aprecie la posibilidad de llegar a acuerdos y así se solicite por las partes.
---	---	--

Colegios profesionales

<ul style="list-style-type: none"> - Colegios profesionales de abogados, psicólogos, trabajadores sociales, pedagogos y educadores sociales (art. 2 del Reglamento) para: <ul style="list-style-type: none"> a) Crear servicios de mediación familiar; b) Realizar funciones de formación; c) Registro de colegiados mediadores; d) Función deontológica y disciplinaria; e) Fomento de la mediación; f) Seguimiento de las mediaciones realizadas por los colegiados; g) Remitir al Centro de Mediación Familiar de Cataluña una memoria anual de las actividades del colegio profesional en el ámbito de la mediación (art. 4). 	<ul style="list-style-type: none"> - No hay referencia a los colegios profesionales en la Ley, pero el Decreto alude a determinadas profesiones y a sus respectivos colegios. 	<ul style="list-style-type: none"> - Los colegios profesionales registrarán a sus colegiados que sean mediadores. Si no están obligados a la colegiación, se inscribirán en el registro del Centro de Mediación Familiar (art. 12). - Pueden prestar servicios de mediación familiar (art.6).
--	--	---

Designación		
<p>- El Centro de Mediación Familiar de Cataluña es el encargado de designar la persona mediadora en las mediaciones que se soliciten:</p> <p>a) a instancia de la autoridad judicial;</p> <p>b) de las personas interesadas (art. 2);</p> <p>c) a propuesta de los servicios de mediación familiar de los colegios profesionales cuando no lo hagan las partes y se hayan dirigido previamente a ellos (arts 3 y 4).</p>	<p>-Será designada de común acuerdo por las partes de entre las inscriptas en el Registro o tendrán que aceptar la persona habilitada y designada como mediadora por la Consejería competente en materia de familia para el desarrollo de estas funciones (art.12).</p>	<p>- A instancia de una de las partes.</p> <p>- Por la entidad mediadora a la que se le solicita la mediación.</p> <p>- A propuesta de la Consejería competente o del colegio profesional cuando exista solicitud del juez o de las partes (art. 14).</p>
Quienes pueden ser: formación		
<p>- Abogados, psicólogos, trabajadores sociales, educadores sociales y pedagogos, inscritos en el Registro.</p> <p>- Han de estar colegiados en su colegio respectivo.</p> <p>- Tres años de ejercicio profesional, de los últimos 5 (art. 11 del Reglamento).</p> <p>- Formación específica en mediación impartida por los colegios profesionales o por centros docentes universitarios homologadas por el Centro de Mediación Familiar, cursos de mínimo 200 horas y 80% asistencia (art.12 del Reglamento).</p>	<p>- Persona inscrita en el Registro de Mediadores.</p> <p>- En todo caso serán expertos en actuaciones psico-socio-familiares (art 5 de la Ley).</p> <p>- Para estar inscrito en el Registro de Mediadores Familiares de Galicia es necesario: A) Ser titulado en derecho, psicología, pedagogía, psicopedagogía, trabajo social o educación social. B) Haber desarrollado, al menos, durante los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de habilitación e inscripción actividades profesionales en el campo psico-socio-familiar. C) Estar en posesión de licencias o autorizaciones pertinentes para el ejercicio de su actividad profesional, y, en su caso, inscrito en su colegio profesional.(Arts. 2 y 3 del Decreto 159/2003, de 31 de enero).</p>	<p>- Se requiere formación universitaria en la disciplinas de Derecho, Psicología, Trabajo Social, Educación Social o Graduado Social.</p> <p>- Formación universitaria específica de postgrado (experto, especialista o master).</p> <p>- Podrán ejercer la mediación otros licenciados universitarios superiores, siempre que acrediten previamente una formación específica de postgrado mínima de especialista.</p>

Registro		
<ul style="list-style-type: none"> - El Centro de Mediación Familiar de Cataluña gestiona el Registro General de Personas Mediadoras, que hacen directamente los colegios profesionales (art. 3 del Reglamento) - Los colegios profesionales reciben las solicitudes de personas que desean ser declaradas mediadoras y resuelven la declaración de capacitación, procediendo a la inscripción en el caso de que sea estimatoria. (art. 4 del Reglamento). 	<ul style="list-style-type: none"> - Se crea el Registro de mediadores y se adscribe a la Consejería competente en materia de familia (art. 18 de la Ley y art. 10 del Decreto 159/2003, de 31 de enero). 	<ul style="list-style-type: none"> - La Consejería competente en materia de familia, a través del Centro de Mediación Familiar de la Comunidad Valenciana, dispondrá de un Registro de Mediadores. - Los colegios profesionales dispondrán también de su propio registro.

Infracción y sanciones		
<ul style="list-style-type: none"> - Imposición de sanciones administrativas conforme la legislación administrativa. - Sanciones deontológicas impuestas por los colegios profesionales 	<ul style="list-style-type: none"> - La imposición de sanciones se realizará de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (sanción administrativa). 	<ul style="list-style-type: none"> - Sanciones administrativas conforme la legislación pública. - Sanciones deontológicas de los colegios profesionales. - Sanciones supletorias señaladas en la ley en ausencia de sanciones deontológicas de los colegios.

LEY 15/2003, DE 8 DE ABRIL, DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR DE CANARIAS.

Antecedentes Legislativos		
<ul style="list-style-type: none"> - R 1/1998 (21 de enero de 1998) sobre la mediación familiar: insta a los gobiernos de los Estados miembros a instituir o promover la mediación familiar o, en su caso, reforzar la mediación familiar existente. 		

Objeto de la ley

- La adopción de la institución de la mediación familiar en la Comunidad Canaria. (Preámbulo).
- La regulación de la actividad de la mediación familiar, que se desarrolle total o parcialmente en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma Canaria, por personas físicas o jurídicas, acreditadas conforme al procedimiento que en la misma se regula (art.1).

Objeto reconocido por la ley a la mediación

- Resolver conflictos familiares, recomponiendo la propia familia desde dentro, en un clima de cooperación y respeto mutuo.
- Solución de conflictos familiares y método más efectivo para alcanzar la paz social. (Preámbulo).

Concepto

- La mediación familiar es un procedimiento extrajudicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a los familiares en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos. (Art. 2)

Principios

- 1. Voluntariedad y rogación de las partes** en conflicto, en el sentido de que el procedimiento sólo podrá iniciarse a instancia de todas las partes en conflicto, pudiendo éstas apartarse o desistir en cualquier fase del procedimiento ya iniciado, siempre que no hubieran suscrito acuerdo alguno sobre los conflictos objeto de la mediación.

2. **Flexibilidad y antiformalismo**, en el sentido de que la mediación familiar se ha de desarrollar sin sujeción a procedimiento reglado alguno, a excepción de los mínimos requisitos establecidos en la presente Ley.

3. **Inmediatez y carácter personalísimo**, en el sentido de que todos los participantes, incluido el mediador familiar, han de asistir personalmente a todas las sesiones, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios.

4. **Confidencialidad y secreto profesional**, en el sentido de que el mediador familiar actuante no podrá desvelar ningún dato, hecho o documento del que conozca relativo al objeto de la mediación, ni aun después, cuando finalice la misma.

5. **Imparcialidad y neutralidad del mediador familiar actuante**, en el sentido de que éste debe garantizar el respeto de los puntos de vista de las partes en conflicto, preservando su igualdad en la negociación, absteniéndose de promover actuaciones que comprometan su necesaria neutralidad o la vulneración de derechos o intereses superiores, principalmente relativos a los menores.

6. **Reserva de las partes**, en el sentido de que igualmente éstas se obligan a guardar reserva de los datos, hechos o documentos de los que hayan tenido conocimiento en el curso de la mediación.(Art. 4)

Personas legitimadas para solicitarla

Las partes en conflicto(art. 10)
 Cónyuges
 Parejas de hecho (estables o no)
 Padres-hijos.
 Personas adoptadas y sus familias biológicas o adoptivas.(art .3)

Ámbitos

- Se extiende a cualquier conflicto que pueda surgir entre cónyuges, parejas de hecho, entre padres e hijos o entre hijos, y, en general, entre familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad o aquellos que surjan entre personas adoptadas y sus familiares

biológicos o adoptivos. (Preámbulo)

- *Cualquier conflicto familiar* y que verse sobre *materias* respecto de las cuales el ordenamiento jurídico vigente en cada momento reconozca a los interesados la *libre disponibilidad*, o, en su caso, la posibilidad de ser *homologados* judicialmente.

Se entiende por conflicto familiar aquel que surja entre:

Cónyuges, parejas de hecho (estables o no)

Entre padres e hijos, entre hijos,

Los que surjan entre personas adoptadas y sus familias biológicas o adoptivas.

- Con **carácter preferencial** deberá estar dirigida a aquellos conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visita y relación de padres con menores y de éstos entre sí, los relativos a pensiones, al uso de domicilio familiar, a la disolución de bienes gananciales o en copropiedad, así como en general aquellos otros que se deriven o sean consecuencia de relaciones paterno filiales. (art. 3)

Organización

- *La Ley no crea, aunque tampoco excluye, el establecimiento de algún órgano público de mediación.* (Preámbulo)

- Se ha optado por *vincular esta institución al departamento que en esta Comunidad Autónoma* tenga en cada momento *las competencias relacionadas con la Administración de Justicia.* . (Preámbulo)

Gratuidad

La Ley contempla la posibilidad de que los ciudadanos con pocos recursos puedan acceder a estos servicios mediante el establecimiento de un mecanismo similar al establecido en nuestro país para acceder a la justicia gratuita o turno de oficio.(Preámbulo)

La prestación del servicio de mediación será gratuita para aquellas personas que reúnan la condición de beneficiarias del derecho de asistencia jurídica gratuita en cada momento vigente.

Cuando el beneficio de mediación familiar gratuita corresponda sólo a una de las partes en conflicto, la otra sólo tendrá que abonar la mitad del coste u honorarios de la mediación.

La consejería competente en materia de mediación familiar determinará reglamentariamente los requisitos y condiciones de dicha gratuidad, así como los plazos y cuantías de los honorarios que se satisfarán a los mediadores en dichos supuestos de gratuidad. (Art. 21)

Proceso

El proceso de mediación familiar se **iniciará** mediante solicitud escrita en tal sentido realizada por todas las partes en conflicto, o de cualquiera de ellas con el consentimiento de la otra. (art. 10).

El mediador familiar habrá de ser aceptado por las partes en conflicto(art. 11)

Una vez instada la mediación por las partes, haberse designado el mediador familiar y haber aceptado éste la mediación, el mediador familiar **deberá convocar a las partes en conflicto a la sesión inicial**, en la cual el mediador informará a las partes de sus derechos y deberes, así como de los derechos y deberes del mediador, de las características del procedimiento, su duración, de las personas que van a intervenir como consultores, en su caso, de la compensación económica u honorarios profesionales que la misma devengue, así como de los gastos en que se incurra, debiéndose fijar además, las cuestiones que van a ser objeto de la mediación y la planificación de las sesiones que vayan a ser necesarias. (Se levantará el acta de la sesión inicial firmado por todos) (art. 12)

El proceso de mediación familiar **terminará mediante sesión**, de la que **se levantará el acta final**, en la cual, o bien se expresarán con la debida separación y claridad los acuerdos aceptados por las partes o bien la imposibilidad de acuerdo alguno con sus motivos Se firma por todos.

Los acuerdos que consten en el acta final, serán válidos y obligarán a las partes que lo hayan suscrito, siempre que en ellos concurren los requisitos necesarios para la validez de los contratos.(Art. 14)

Duración del proceso

- La duración de la mediación familiar dependerá de la naturaleza y conflictividad de las cuestiones a tratar, **no pudiendo exceder de tres meses desde la fecha de la sesión inicial**, si bien se puede **prorrogar por otros tres meses**, cuando mediante escrito

debidamente motivado, se aprecie su necesidad a solicitud de las partes o del propio mediador. (Art. 13)

Colegios profesionales

Se exige que los mediadores estén inscritos en sus respectivos Colegios profesionales.(Art. 5).

Pueden designar al mediador, según los casos(art. 11).

No se hace referencia en la Ley a las sanciones disciplinarias por parte de los Colegios, ni a otras competencias de éstos.

Designación

Puede llevarse a cabo:

- Mediante *designación de las partes* en conflicto, o de una de ellas con el consentimiento de la otra.

- Mediante designación *por la entidad mediadora a la que se haya solicitado* la mediación.

- Mediante *designación del colegio profesional o del organismo público competente* en mediación familiar de entre los profesionales inscritos en sus respectivos colegios así como en el Registro de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma Canaria. (art. 11)

Quienes pueden ser: formación

Deberá tener *formación universitaria* en las carreras de:

Derecho

Psicología

Trabajo Social

y estar inscrito en sus respectivos colegios profesionales, así como inscritos en el *Registro Público de Mediadores Familiares de la Comunidad Autónoma Canaria* .

En el caso de los mediadores que carezcan de la titulación de Derecho, deberán *contar* en el ejercicio de sus funciones con el debido *asesoramiento legal*.

Registro	
<p>- La Consejería competente en materia de mediación familiar creará el Registro de Mediadores Familiares, en donde se inscribirán las personas físicas y jurídicas que reúnan los requisitos de capacidad y aptitud para el desempeño de esta función, en los términos expresados en la presente Ley.</p> <p>- Su organización y funcionamiento, deberán ser desarrollados reglamentariamente.(Art. 23)</p>	
Infracción y sanciones	
<p><i>El incumplimiento de los deberes</i> que incumbe a los mediadores familiares <i>según lo establecido en la presente Ley</i>, en cuanto supongan actuaciones u omisiones constitutivas de <i>infracción administrativa</i>, conllevarán las sanciones que correspondan en cada caso, previa la instrucción de un expediente administrativo contradictorio, llevado a cabo por la Consejería competente en materia de mediación familiar, y ello <i>sin perjuicio de las acciones civiles y penales</i> que contra los mismos se puedan iniciar por quien corresponda. (Art. 15)</p>	

IV.- Conclusiones

Como hemos podido observar, las cuatro leyes presentan ciertos caracteres comunes y otros en los que divergen. Así, mientras que los principios de la mediación familiar, v.gr. suelen coincidir: neutralidad, imparcialidad, confidencialidad..., y entre los ámbitos de la mediación familiar se citan en consonancia por todas las leyes las crisis matrimoniales o de pareja, sin embargo, no son unánimes los criterios que recogen las distintas normas a la hora de conceder mayor o menor protagonismo a los Colegios profesionales, o a la hora de vincular la mediación a la Administración de justicia o a los Servicios Sociales. Respecto a la figura del mediador y su formación, como puede observarse, hay, también, una importante disparidad de criterios en las respectivas leyes; así, mientras que en unas la formación específica en mediación familiar cobra un papel preponderante, incluso se exige que sea una formación universitaria de postgrado, en otras no se alude a dicha capacitación concreta²⁰; se están creando, por tanto, en estas y en otras

²⁰ A nuestro entender, el mediador familiar ha de ser un profesional que facilite la gestión y la resolución de conflictos en el complejo ámbito de la familia, y por ello es imprescindible que cuente con una preparación adecuada y necesariamente específica a tal fin. Para mayor abundamiento puede consultarse mi artículo "Formación y profesionalización del mediador familiar", publicado en el nº 1 de esta misma revista.

cuestiones diferencias notables, que entendemos pueden redundar en perjuicio de los destinatarios de la mediación, antes que favorecer las especificidades de cada territorio.

Como comentábamos al principio de este trabajo, el proceso legislativo no se ha cerrado, sino que, al contrario, son muchas las Comunidades Autónomas que están pergeñando sus respectivas normas sobre mediación familiar; a ello hay que unir, además, el hecho de que la posible Ley estatal cada día parece estar más cerca²¹. Sirvan por tanto estas líneas para que el lector pueda hacerse idea de la situación actual que la mediación familiar está viviendo en España, y ello le permita obtener sus propias conclusiones.

²¹ Algún partido lleva en el programa electoral la redacción de la Ley de mediación familiar.

¹ Jürgen Habermas. En "Facticidad y validez."

Solución de conflictos: diez tesis al respecto

Manuel Vidal Noguera M.A., Colombia

I.- Introducción

No se trata de dar fórmulas sobre cómo solucionar conflictos, a eso me negaría gustoso, no habría posibilidad real, y si la hubiera no tendríamos tiempo para desvelar los arcanos de la libertad... es que esa cosa llamada libertad nos deja, de nuevo, enfrentando a la fortuna cuando hablamos del pensamiento humano, y este escapa a fórmulas. Son tantos sus –nuestros- grados de libertad que, en la práctica, es infinita. No somos previsibles, y tanto tememos a la libertad, en especial de pensamiento, que *al libre* le llamamos loco, pues nos sentimos mejor menospreciando a quien no comprendemos que aceptando nuestra incapacidad de comprensión sin esfuerzo, y allí se concentra buena parte de la causación de conflictos: en el miedo y en el rechazo. El miedo incluye el miedo a la libertad, el miedo al amor, el miedo a reconocer el error, más que el miedo al error mismo, el miedo a la oscuridad y a la transparencia, a la luz, el miedo a la risa –como en Melk, en la novela de Eco- en fin, el miedo a ser humano. El rechazo se emparenta con el miedo, rechazamos lo ajeno, rechazamos al otro, rechazamos lo otro, lo que proviene de otro yo, o de otro que no sea yo, y así rechazamos al yo propio, pues este o es posible sin otro *de quien diferenciarse para construirse; también tememos a la autoconstrucción, y más aún a la construcción interactiva del yo*. En el mejor de los casos, -por vía de la dialéctica- nos hemos acostumbrado a abrirnos a la mitad de lo que el otro ofrece, siendo la aceptación de la mitad del otro el costo que pagamos por la inclusión de nuestra de mitad en lo que –usualmente- llamamos acuerdo, que en realidad, solamente es un *medioacuerdo*, o si se quiere un *semidesacuerdo* o un *mediodesacuerdo*, ese es el resultado de la dialéctica, la feliz solución del desacuerdo por vías de “**la lógica de la contradicción**”. Pero no es lo mejor para un conflicto que toca a los Mundos del Mundo de la Vida: el objetivo, el normativo/social y el subjetivo. Creo que la dialéctica, en el mejor de los casos, sirve para jugar juegos *lógicos* que no busquen más que pretensiones formales de validez, si se le permite pasar por encima de la facticidad afirmando *absolutos*. Para muestra hay botones en la fatalidad de la evolución al comunismo, trazada por Marx y Engels sobre la dialéctica hegeliana. El "arte dialéctico" (διδασκαλική τέχνη)? no sirve para crear por su linealidad, de hecho, en Atenas solamente se le usaba en el ágora para regular la forma de dialogar de forma racional. En todo diálogo existen al menos dos *λογοί* contrapuestos (de ambos interlocutores), y en la dialéctica se parte de que hay esos dos **λόγοι** -razones- y que existe un enfrentamiento entre ellos sin involucrar a las partes que los enuncian, (donde se presupone también que existe un acuerdo sobre el estar en desacuerdo, pues sin ello ni tendría sentido hablar para convencerse mutuamente), y esto sí que es rescatable, pero su linealidad de avance solamente permite seguir por un camino zigzagueante (dentro de límites de *ancho de banda*, también preestablecidos), *lógicamente* ya hecho antes de andararlo, cosa que impide explorar lo que ocurre o puede ocurrir a los lados del camino, por fuera de lo prescrito, y así pues nos deja en lo escrito por esta senda formal ya preestablecida. Es algo de lo que pasó con el Capital y el Manifiesto de Engels-Marx: cercenaron la libertad humana de un tajo con la inexorable fuerza de la ley de la dialéctica que rige a la economía y a la sociedad –en general- como la gravedad rige el curso de los astros, cosa que ocurrió de igual manera con el liberalismo cuando redujo las leyes sociales a leyes del mercado, tan inexorables como las leyes de la mecánica a los objetos físicos,

aclaro, sin ser dialéctico el último, ese fue más simplista aún, tomando la vía de la analogía apriorística.

II.- Objetivo

El objetivo de este texto es simple: levantarle al conflicto las calumnias de las que ha venido siendo víctima durante años, y una vez despejado el acceso a él, ver las posibilidades de desarrollo que le podamos dar, por las que podamos optar y sobre la escogida, levantar futuros.

El concepto de conflicto que utilizaré fue sintetizado por mi, hace unos diez años, tomando como base elementos de Bildung y de otros, no se trata de imponerlo sino de abreviar un paso dada la limitación de espacio que tenemos. Así pues, por conflicto entiendo:

un sistema social en la que participan al menos dos partes que pugnan por la obtención de unos recursos escasos o el logro de unos objetivos mutuamente incompatibles, o así percibidos, tendiendo a escalar por su condición de autopropelencia, siempre con la posibilidad de derivar en acuerdos.

De este concepto podemos extraer los siguientes elementos, que relacionados entre sí y cumpliendo cada cual su función nos dan el concepto sistémico recién enunciado:

1. sistema social, por oposición a sistema natural
2. con mínimo 2 actores
3. la relación entre ellos es de pugna
4. condición de escasez, bien objetiva o perceptiva
5. condición de autopropelencia
6. tendencia a escalar
7. tiene fin: bien en acuerdos, bien en violencias

III.- Las tesis

1ª Tesis: el conflicto no es fatal.

Está sujeto a las decisiones de sus actores. Ninguna situación social viene determinada a –priori, sus actores la configuran conforme actúan, y así estos la definen fácticamente a medida que la crean sobre la acción. De esta manera, en el conflicto, como en ninguna otra situación social hay fatalidad. No hay un destino que se cumple inexorablemente en el conflicto, en el cual los actores, más que actuantes, son eso, actores que interpretan papeles ya asignados de los cuales no pueden escapar, y solamente repiten líneas y las acompañan, *si acaso*, con el aporte de gestos, muecas, hipocresías –técnicamente hablando-...

Es posible que caigan, caigamos, en la tontería del nomotético que busca y busca –enunciar con su nombre- leyes universales que rijan lo social, o que asume como naturales las leyes positivas, y

en vez de interpretarlas de acuerdo con el caso, simplemente las aplica en forma universal siguiendo el axioma que reza que la justicia es ciega y trata por igual a todos. Pues no. La única forma en que se puede aplicar la justicia por igual a todos es reconociendo las diferencias entre sujetos y circunstancias, sin prescindir de los valores para no reducir la ética a una mera *costumbridad* sin precedentes (... y de nuevo apareció Hegel con otro infortunio!).

Queda una tarea al sistema en conflicto: leer los hechos, descubrir su lógica, su gramática y su simbología para entenderlo y tener con qué llegar a entendimientos sobre la emisión y comprensión de los símbolos en intercambio. Hay un lenguaje en el conflicto, en cada uno, y es dinámico, cambia, se mueve, cambian los significados y las intenciones de significar, y eso hay que traducirlo a palabras ya definidas convencionalmente.

2ª Tesis: Cada conflicto es irrepetible.

Aún si las partes de un conflicto anterior se repiten (aparentemente, pues las partes nunca se repiten, se repiten sus nombres, pero no las personas en tanto tales que obedecen a estos) en uno nuevo, y aún si este nuevo versa sobre temas asuntos similares, el conflicto no se desarrollará igual que el anterior porque los actores, siendo los mismos seres humanos, no son iguales hoy a lo que fueron anteriormente, especialmente en materia de conflicto porque ya tienen esta experiencia recíproca y no se conducirán de la misma manera (algo han debido aprender y recordar de la anterior experiencia y con eso reducir la iteración, sobre esto hay trabajos importantes en “Violence and its causes”, UNESCO, París, 1981). Con lo anterior en mente, asociado a la enorme cantidad de grados de libertad del pensamiento humano, resulta imposible pensar en una técnica de solución de conflictos, igualmente en fórmulas de *resolución* de conflictos. Escasamente podemos pensar en formas de aproximación al futuro llevadas por, al menos, dos partes, o por las partes (vivas del conflicto) involucradas en el conflicto.

3ª Tesis: los conflictos no tienen solución

Los conflictos tienen desarrollo o degeneración. Desarrollo a integración o degeneración a violencia. Solucionar es -traduciendo directamente del latín *solutio, solutionis*- resolver un asunto, hallar solución o término a un negocio, por efecto de la acción de disolver. Supongamos que acepto solamente una parte: hallar término a un negocio, erraría de nuevo porque no se puede hallar lo que se construye, eso se hace o no, pero no se encuentra porque si está por hacerse, a nadie se le ha perdido, y esto puede sonar a pura palabrería pero es mucho más, indica una actitud: ante el conflicto lo más que puedo hacer es buscar algo ya hecho, si la acepto. Si no, me corresponde a mi, y a los que hacemos parte del conflicto, crear una mejor condición de vida para todos, que esa es la cual vivimos ahora y que nos convoca a conflicto. El conflicto es un llamado a cambiar lo que hacemos y hemos venido haciendo por un hacer y producir resultados diferente.

Así define la solución el diccionario de la Real Academia:

1. f. Acción y efecto de disolver.
2. [f.]Acción y efecto de resolver una duda o dificultad.
3. [f.]Satisfacción que se da a una duda, o razón con que se disuelve o desata la dificultad de un argumento.

4. [f.]En el drama y poema épico, desenlace de la trama o asunto.
5. [f.]Paga, satisfacción.
6. [f.]Desenlace o término de un proceso, negocio, etc.
7. [f.]Mat. Cada una de las cantidades que satisfacen las condiciones de un problema o de una ecuación.
de continuidad.
 1. Interrupción o falta de continuidad.
de continuo.
 1. p. us. solución de continuidad.
sólida.
Fís. y Quím.
Fase, generalmente cristalina, de composición química variable.

Como el Diccionario nos habló de **resolver**, debemos, siguiendo el rigor, mirar al verbo resolver y el sustantivo resolución.

Resolvere; verbo latino que viene de *re-* y *solvere*, significa soltar, desatar, aquí ya hay un indicio, que nos lleva a la primera acepción del Diccionario de la Academia:

1. tr. Tomar determinación fija y decisiva.

Y puede que nos llegue a satisfacer, es posible que así sea, pero nos dejaría en lo decisivo, en la decisión fija, inamovible, estática, y decisiva o terminal, es decir, en la determinación final. No creo, viéndolo bien, que una decisión que se tome dentro de un sistema social, por esencia dinámico, revolvente, cambiante, versátil, autopoietico (se crea a sí mismo) y autorregulado (ver a Luhmann, Sociedad y sistema) sea, o pueda ser final, o peor, que a una decisión se la asuma como fija y decisiva, justamente en un mundo relacional y cambiante, en el cual las decisiones – relaciones- exigen cambios, aún aquellas fundamentales: las enmiendas constitucionales, las reformas y derogaciones de estatutos legales, por ejemplo, no menos válido el que nos señala la permanente revisión de las convenciones colectivas. No olvidemos, estamos en un mundo de relaciones, no de revelaciones. Se trata, al resolver un conflicto, ¿de soltar a las partes? No lo creo, aunque puede tratarse de acabar con una relación. De acuerdo, al acabar esa relación, ¿las partes siempre quedan desvinculadas? ¿es lo que se pretende como solución? O, por lo general, ¿se trata de establecer, de entablar una mejor relación entre esas partes?

2. [tr.]Resumir, epilogar, recapitular.
3. [tr.]Desatar una dificultad o dar solución a una duda.
Sí podemos hablar de desatar un entuerto, de acuerdo, pero ¿para qué?
4. [tr.]Hallar la solución de un problema.

Volveríamos a la primera discusión y quedaríamos en un ciclo vicioso, prohibido en el oficio de definir: definir con lo definido.

5. [tr.]Deshacer, destruir.

Deshacer destruir, supongo que sería el conflicto. O a las partes. (¿?)

6. [tr.]Deshacer un agente natural alguna cosa cuyas partes separa destruyendo su unión. Ú. t. c. prnl.

7. [tr.]Analizar, dividir física o mentalmente un compuesto en sus partes o elementos, para reconocerlos cada uno de por sí.

Sí es parte del evolucionar un conflicto, pero no lo es todo.

8. [tr.]Fís. y Med. Hacer que se disipe, desvanezca, exhale o evapore una cosa; dividir, atenuar. Ú. t. c. prnl.

9. [tr.]Mús. Llevar a efecto una resolución o paso de un acorde a otro.

10. prnl. Decidirse a decir o hacer una cosa.

11. [prnl.]Reducirse, venir a parar una cosa en otra de menor importancia en relación con lo que se creía o temía.

Sería grave que así fuera.

12. [prnl.]Med. Terminar las enfermedades, y con especialidad las inflamaciones, ya espontáneamente, ya en virtud de los medios médicos, quedando los órganos en el estado normal y sin formación de pus.

El sustantivo resolución, por supuesto está emparentado con el verbo **resolver**, este, como es de esperarse nos llega del latín *resolutio, -onis*, y su primera acepción es la acción y efecto de resolver o resolverse.

2. [f.]Ánimo, valor o arresto.

3. [f.]Actividad, prontitud, viveza.

4. [f.]Cosa que se decide.

5. [f.]Decreto, providencia, auto o fallo de autoridad gubernativa o judicial.

6. [f.]Mús. Paso de un acorde disonante a otro consonante, y también este último acorde con relación al anterior.

7. [f.]Pat. Terminación de una enfermedad, especialmente de un proceso inflamatorio.

en resolución.

1. loc. adv. que expresa el fin de un razonamiento.

Pero me queda un desacuerdo: ¿realmente a las partes nos interesa *desatar-nos, soltar-nos* recíprocamente? Depende. Si el interés va hacia eso, adquiere algún valor, especialmente dentro de una perspectiva individualista con miras al solipsismo; pero lo pierde si las partes se orientan a integrarse, a estrechar y fortalecer vínculos generando nuevos ciclos virtuosos de relación. En un mundo social, de relaciones, me aventuro a afirmar que lo que se ve en el horizonte de posibilidades es mirar hacia el mejoramiento de relaciones: entre partidos políticos, *clases sociales*, estamentos, Estados, grupos de interés, sexos, etnias, culturas, civilizaciones. Difícilmente le veo futuro a la *di-solución* de relaciones entre estas partes del mundo.

4ª Tesis: Un conflicto no es un problema.

De nuevo con el diccionario: del latín próblema, y este del griego Προβλημα.

Como primera acepción, se define problema como una cuestión que se trata de aclarar, y esto es un paso –a veces innecesario- pero no basta para evolucionar un conflicto (en esto me apoyo en Edward de Bono, refiriéndose a cuestiones sociales, no es tan necesario dar una explicación final a un problema, que satisfaga a todos la conexión que se da entre causas y efectos. En cambio sí es más productivo mirar hacia el futuro preguntándonos ¿qué queremos? ¿cómo queremos vivir, en lo que nos atañe a los del conflicto en cuestión? Obviamente considerando al lado de lo que se quiere lo que hay y lo que se necesita para conseguir lo que se quiere.

La segunda acepción se refiere a la proposición o dificultad de solución dudosa, y la tercera, es el Conjunto de hechos o circunstancias que dificultan la consecución de algún fin.

4. [m.]Disgusto, preocupación.

Ú. m. en pl. Mi hijo sólo da PROBLEMAS.

En este sentido el problema hace parte de los efectos del conflicto, y de los síntomas útiles a su identificación, la relación con alguien se percibe como problemática, es decir que causa disgustos o preocupaciones. Como el equivalente del dolor o la molestia para concluir que hay una disfunción o un trauma en un sistema vivo.

5. [m.]Mat. Proposición dirigida a averiguar el modo de obtener un resultado cuando ciertos datos son conocidos.

determinado.

1. Mat. Aquel que no puede tener sino una solución, o más de una en número fijo.

indeterminado.

1. Mat. Aquel que puede tener indefinido número de soluciones.

De las definiciones propias del campo de la matemática, la que más se ajusta –entre todas- a lo nuestro es la referente a problema indeterminado, pero con una acotación: tenemos que *trabajarle* una solución al problema que nos causa la palabra solución. Reto a de Bono (ver El Pensamiento lateral), en ocasiones no es necesario identificar “*las causas*” del conflicto para evolucionarlo, puede ser mejor diseñar un futuro nuevo, cambiar de futuro (lugar del resultado de las evoluciones) sin apegarse al pasado (lugar de las causas).

5ª Tesis: un conflicto es una oportunidad que se presenta como opción

Del lat. *opportunitas*, -atis. Y su única acepción es sazón, coyuntura, conveniencia de tiempo y de lugar.

De otra forma, es la posibilidad que se da en el acaecer de eventos que se ofrecen para ejecutar o conseguir una cosa. Aquí ya encuentro más acción, conseguir, es diferente de buscar, y una forma de conseguir es diseñar, especialmente en coyuntura –punto de unión de partes- de conveniencia, por conjunción, en el tiempo y en el espacio. Hay mucho más en la oportunidad que en el problema: hay conjunción, orientada a conseguir algo, y ese algo es mucho más que respuestas. Por ejemplo, a preguntas como ¿qué fue lo que pasó? Sería mejor plantearse preguntas como ¿qué queremos (aquí viene otro verbo como hacer, tener, vivir, conseguir, producir, etc.)?

Vuelvo al punto central, el conflicto es, en sí, una ocasión que se presenta a los involucrados para vivir mejor, si se quiere más confortablemente que en la actualidad, que en el momento en que aparece el conflicto, y aparece y se reconoce por las molestias causadas por los problemas que pone cada parte a la otra para obtener lo que le interesa. Los problemas aquí se entienden, como en todo el contexto del conflicto como las manifestaciones de pugna o acciones por las cuales se realiza la pugna, pero eso es diferente del conflicto en sí. En otras palabras, la fiebre no es la gripe. La ocasión está al alcance de las partes, estas deben ponerse en acción para efectuarla, reclama la dinámica de estas, conviniendo en que hay un desacuerdo de todos con la situación actual, en primer lugar; en segundo, que deben abrirle paso a otras, a convenir nuevas posibilidades de interacción; en tercer lugar, en que reconocen que pugnan por la obtención de unos recursos, intentando lograr y frustrar objetivos sucesiva y recíprocamente; y en cuarto lugar, en que pueden hacerlo y lo harán si lo convienen, esto es, renunciando a la pugna como forma de obtener lo que se quiere lograr, y convenir la cooperación. Si esto se conviene se tiene entre manos un conflicto con miras a progresar hacia una mejor forma –de vivir, hacer, obtener, conseguir, producir, distribuir, etc.- en lo que concierne a la interdependencia de las partes. Coyuntura es conjunción, el punto en que se juntan la partes para articularse, las coyunturas se dan en las articulaciones), el conflicto ofrece ocasión de articulación... todo esto es más simple de lo que parece: el conflicto es un llamado a reconocer la condición humana cada vez que marchamos en contra de lo que viene dado fácticamente.

Ahora bien, si el conflicto es *una* oportunidad, no *la* oportunidad, es porque hay otra, al menos. Es decir es una oportunidad que se presenta como opción. Palabra que viene del latín *optio*, *optionis*, que no es sino la libertad o facultad de elegir. La segunda acepción es la elección misma, la tercera, el derecho que se tiene a un oficio, dignidad, etc. Y la cuarta, la que más nos redondea el asunto, ya dentro del campo del derecho, el es el derecho a elegir entre dos o más cosas, fundado en precepto legal o en negocio jurídico. Y esto sí que nos ayuda a precisar la naturaleza del conflicto. Es una oportunidad que se presenta como opción, es decir, se la puede tomar, o no, se la puede interpretar con vocación de pacificación o de violentización de las relaciones que hay entre las partes del sistema en conflicto.

Ya me he metido con dos palabras que no son ajenas al conflicto: paz y violencia. Y debo abordarlas para incorporarlas a esto, pero antes debo ubicar a la libertad.

6ª Tesis: la libertad es condición de manejo del conflicto.

Cuando hablamos de libertad en manejo de conflictos, de negociación o de comunicación en general, nos referimos a la libertad comunicativa entendida como “la posibilidad (recíprocamente propuesta en la acción orientada a entenderse) de posicionarse ante las pretensiones de validez entabladas por el prójimo, las cuales se enderezan a un reconocimiento intersubjetivo”¹. De aquí podemos sacar varias conclusiones: a) en una negociación toda proposición está sujeta al examen de la validez de sus pretensiones de validez, dentro de su propio campo; b) si está sujeta a este examen, debe hacerse y hacerse con rigor, dentro de los límites que cada campo se establece (sea objetivo, buscando la verdad y el cumplimiento de las leyes objetivas pertinentes a la propuesta;

sea normativo, ofreciendo entonces la legitimidad de la propuesta y su consecuente aceptación social <<universal>> por su apego a los valores éticos reconocidos y aceptados como tales por los miembros de la comunidad que circunscribe a las partes, y; c) la autenticidad de las expresiones del yo –hablante o escuchante- al contrastárselas con sus emociones y sentimientos, en general mostrados en el intercambio.

Pero la libertad comunicativa no se refiere solamente a la libertad de *expresión* (entiéndase de enunciación, de demanda y expresión a la vez, para este caso) de las pretensiones de validez de enunciados, demostraciones, demandas y ofertas desde el punto de vista fáctico, en tanto a hechos cumplidos se refiere. Debe cumplirse también en el examen fáctico de posibilidades, para decirlo más sencillo, de posibilidades de realización de futuros que se piensen como nueva forma de ser, estar, hacer y tener en el Mundo de la Vida, y estas, dentro de lo razonable, mejores que el punto de partida; situaciones, dentro de las cuales las partes pugnan por la obtención de recursos escasos, y esa pugna comienza a causar malestar entre las partes, siendo el resultado de esta pugna como un equivalente al dolor que manifiesta que algo está pasando, o como el bombillo-testigo del tablero de los carros que indica que el combustible se acaba, y nada útil sacamos desconectándolo, si realmente está indicando que el carro se detendrá por falta de combustible.

Dentro de la primera lección debo anotar el apoyo fáctico por el cual enfatizo tanto en la libertad. “Con razón Penrose concluye categóricamente que: “Para decidir si un algoritmo *funcionará* o no, necesitamos *intuiciones*, y no sólo otro algoritmo.” Es decir, las pautas que a fuerza de repetición hemos creado en nuestro cerebro, y con ellas por virtud de la –de su- comunicación, la cultura, la tradición, la civilización, etc., no han aparecido espontáneamente, ni por determinación de la necesidad del principio antrópico sobre el universo y su evolución, sino simplemente por efecto de la libre escogencia de caminos, en uso de la conciencia, para resolver el problema de los brazos de Newton que se a menudo se presenta en nuestro proceso de acción, aquí, asociada a la conciencia, e íntimamente a la voluntad, es donde aparece la libertad, naturalmente. Ella es natural al hombre. ¡Es una paradoja fantásticamente racional! La libertad, en el hombre, es natural, pero una vez presente, no está sujeta a leyes naturales, -ni debe estarlo a condicionamientos culturales.

Allí ante la indecisión natural, animal, biológica, es requerida la presencia de la conciencia para que libremente se tome la decisión, esa, por compleja, desconocida o no pautada, por nueva que sea, hace existir a la libertad como consecuencia de la intervención de la conciencia, deliberadamente, y esa decisión era imprevista, y si se quiere, su ocurrencia, no el resultado de la intervención de la conciencia, era imprevisible, aún dentro de los rangos de probabilidad de ocurrencia de nuestro big-bang de $10^{10^{123}}$ o reducido al modesto $10^{10^{60}}$ si asumimos el principio antrópico para simplificar. Es más, si el determinismo es tan fuerte adicción al gusto de alguien –de los nomotéticos- me parece justo dejarle en libertad para examinar la cantidad de variables, y de valores que ellas pueden –deben- tomar para que una entre todas esas probabilidades ocurra, como para que ocurra, por ejemplo, un pensamiento como éste defendiendo la libertad, ¡desde dentro de sí!”³

Es obvio que establecer pautas de acción, aun en el trabajo para desarrollar conflictos es importante, si no fuese así pasaríamos gran cantidad de tiempo desechando lo inútil, una y otra vez, como si cada una fuese la primera y no aprendiéramos de los caminos que hacemos al andar.

² Roger Penrose. “La nueva mente del emperador”. Oxford, 1989. Grijalbo Mondadori, Colombia, 1999.. Pp. 334 y 440.

³ Manuel Vidal Noguera M. A. “La libertad como problema o la estupidez por siglos”. Universidad Sergio Arboleda, Bogotá, ver página usa.edu.co

Dicho simple, si cada vez que nos vestimos hacemos los ensayos posibles hasta dar con los métodos adecuados, y usásemos 11 prendas, pudiéramos cada vez hacer 11! (once factorial) intentos. Eso es mucho para no terminar vestido como Batman, ¡con los calzoncillos encima de los pantalones!

La segunda lección que podemos sacar de esta tesis se enuncia más sencillamente, y creo que es una de las pocas prescriptivas, no la única que emito: cuando alguna de las partes haga conciencia de que ocurre la pugna, llame a la contraparte a ello, construyan un acuerdo sobre la existencia de la pugna (si es posible en su devenir en cada uno de los campos, marcando bien los límites dentro de los cuales se da en cada campo enunciando las acciones que sintomatizan la pugna, y acuerden, en segundo término, iniciar un proceso de transformación de la pugna en otro tipo de relación que convenga más a la solución del conflicto, como la cooperación, por ejemplo; y una vez acordada la redefinición de términos de relación; en tercer lugar, pasar, más que a definir el conflicto, a definir el futuro en el que quisieran vivir en lo que compete a su intersubjetividad. El valor de la libertad es enorme: nadie está obligado, por nada, ni por nadie a proseguir con la pugna; nada ni nadie está obligado por nada ni por nadie a vivir en una situación que no le parece la óptima –la mejor dentro de lo posible- entonces, del ejercicio de la libertad comunicativa, aplicada al pensamiento como antecesor de la comunicación, dependerá la cantidad y la calidad de futuros que se diseñen como opción a escoger, por fuera de aquellos obligados por la inercia lineal del pensamiento regido, bien por la dialéctica o por la lógica del promedio, inherentes, ambas al regateo propio, a su vez, de las negociaciones tradicionales, o a las ofertas apoyadas, como casi todo contrato en cláusulas penales por incumplimiento, o anticipadas en las negociaciones aplicando la vendidísima lógica del MAAN de Harvard y seguidores. Aquí cabe la pregunta: ¿Manejamos el conflicto o este nos maneja a nosotros? Mejor, ¿qué preferimos?

La tercera conclusión que saco de la importancia de la libertad es que el tiempo escapa a los cronómetros. Usualmente, y con arrogante certidumbre, unificamos el patrón de tiempo para todos y para todos de acuerdo con la velocidad con que la Tierra gira sobre sí misma, de allí sacamos los días (de ellos las horas dividiendo por 24, los minutos dividiendo la hora por 60, los segundos dividiendo al minuto otra vez por 60 y sus fracciones, no ya sexagesimales sino decimales, dividiendo sucesivamente de diez en diez, ¡sorprendente creatividad!) y alrededor del Sol (una vuelta, un año, período durante el cual la Tierra ha girado sobre sí misma 365 y $\frac{1}{4}$ veces, manejando la cifra comercial y legalmente en 360, y por calendario en 365 días, y cada 4 años viene uno de 366, otras convenciones útiles, mas no universales). Pero los conflictos, su evolución no puede medirse ni tasarse por los períodos de las vueltas del segundero o de la Tierra. Cada conflicto tiene su tiempo propio.

Aquí se cuele Einstein para aclarar (sin embargo, tomo unas palabras suyas –tomadas de otro contexto- para responder por el tiempo: “si o hubiera sabido, hubiera sido relojero”). Para hacer una medición del «movimiento», no ya de la Tierra sino de un conflicto determinado se necesita también disponer de una “definición de tiempo” (en el sentido de fecha de un suceso) que nos sirva para registrar en calendarios su comienzo y su fin. Para ello, obviamente, se requiere contar de un reloj: la simultaneidad entre el dato de origen del suceso –comienzo o fin- y la identificación que nos brinde un reloj ubicado en el mismo lugar donde se dan los sucesos que, al ser constatada en el mismo lugar de los hechos, permitirá definir el tiempo de un suceso y, luego, el intervalo de tiempo que transcurre entre los dos sucesos; de este modo se puede contar con un «tiempo» bien definido y *mensurable* en un punto cualquiera. Es decir, tiempo es el intervalo que hay entre dos sucesos, pero hay que aclarar varias cositas antes de seguir: primero, entre los dos sucesos del conflicto, principio y fin, suceden eventos, hay acciones que procuran o impiden su *fin*⁴, no importa de qué manera, pero entre comienzo y fin en el Conflicto A ocurrieron X

⁴ Nótese el uso que hago de la palabra fin.

acciones, y en el B, Y acciones, siendo $Y > X$, pero A, con menor número de acciones comenzó antes y terminó después según el calendario, ¿cuál de los dos conflictos fue “más largo”, duró más? Depende si lo medimos en términos cronológicos o en los propios términos del conflicto, valga decir, de frecuencia de eventos ocurridos entre los sucesos. Creo que vale la pena recordar que suceso es un evento que interrumpe un proceso, y bien califica un conflicto, según lo hemos definido, como evento. Este ha sido el planteamiento para llegar a la lección: no medir los conflictos en días, horas, minutos o años; si se les va a medir que sea en eventos, y esto nos daría una medición no lineal sino bidimensional del conflicto, pues pudiéramos asociar a cada evento su intensidad, pero este tema se nos sale del tiempo que cronometrado para esta conferencia. Como no es posible dejar de caer en tentaciones, va otra sugerencia prescriptiva: no mida la efectividad, eficiencia o eficacia del manejo de los conflictos con unidades de tiempo cronológico, eso genera preocupaciones inútiles pues el ritmo del segundero no es igual al del conflicto. Si quiere acelerar el proceso de producción de un acuerdo (acuerdo es la definición de una situación con la que las partes pueden vivir, esta sería la tesis 6^ab, pero no, solo es parte de la 6^a), desarrolle un procedimiento tal que genere muchos eventos conducentes a la integración, dicho de otra forma, invite a las contrapartes a producir muchas opciones, recogerlas examinarlas, escoger, acordar lo que hay que hacer y evitar para que se cumplan y coordinarse para empezar a hacer lo acordado conforme se acordó. Ahora bien, para poder escoger es necesario tener un criterio. Este viene de la imaginación: imagine, con su contraparte, el futuro que quisiera vivir en cuanto atañe a la interdependencia entre partes, permítase libertades, por fuera de la sociedad que actualmente tienen, imaginen y lleguen a un acuerdo sobre ese futuro, si lo logran, ya el poema está hecho, solamente faltan los versos. Recuerde poesía, viene de Ποησις, crear.

La libertad, hay que recordarlo, no se realiza en soledad. Se ve realizada en comunicación, y ella se potencia, a tal punto que hizo temblar a dios en Senaar y confundió las lenguas y las palabras de los hombres para acabar con el proyecto de Babel, “pues –los hombres- ya tocan el cielo con las manos” (se le metieron a la casa), entonces ¿“quién podrá detenerlos” si se siguen comunicando así? (Génesis, cap. XI, 1-8).

7^a Tesis: el conflicto es un llamado a pacificar relaciones.

El conflicto en sí mismo no es violencia, es un escaqueo con la violencia. La violencia sucede cuando sucede el éxito de las acciones de pugna, es decir, cuando los intentos de logro de la parte A, que significan frustración para la parte B, se cumplen, y recíprocamente, de igual forma cuando los intentos de frustración de A a los intentos de logro de B, se cumplen, y viceversa, si esos intentos de logro –o de frustración del otro como defensa del logro propio- atañen a las potencialidades de cada parte en tanto ser humano. Me explico. Es violento todo ámbito en el que la potencia supera a la actualización –léase como realización en tanto tales, dejar de ser potencia para ser acto, potencia de humano, para ser-humano- de los seres humanos. Dicho coloquialmente, cuando los seres humanos de ese ámbito hubieran podido ser más de lo que fueron porque no contaron con los medios para serlo. En consecuencia, es violento todo acto que tenga como consecuencia dejar truncada la realización de las potencias de quien reciba dicho acto. En cambio, es pacífico todo medio en el que los seres humanos pueden realizar sus potencialidades libres de actos deliberados que los entorpezcan. Y es pacífico, o pacificante, todo acto que contribuya a la realización de las potencias de los seres humanos a los que afecta. Esto se lee claro en la premiación Nobel de Paz, en su mayoría, lo cual es la historia de la intención de paz del siglo XX, en suma. Retomo, esto es válido en conflictos de gran escala y en conflictos que no salen de ese universo que hay entre dos vecinos.

8^a Tesis: manejar un conflicto es diseñar nuevos futuros.

¿Cómo se diseña un futuro? Hay muchas fórmulas, casi ninguna útil; la mejor es la más simple. De Bono se ha caracterizado por su aplicación a simplificar, y en esto es particularmente interesante. Lo primero es acordar el futuro, exponiendo ideas, aportando información, relacionando la información de maneras tradicionales y novedosas, haciendo intentos, considerando todos los factores, considerando todas las secuelas que pueda traer consigo toda decisión tomada u omitida. ¿Es posible? Sí. Por supuesto: escuchando densamente, entre líneas, descubriendo en las palabras, propias y del otro, lo que se quiso decir, recuerde que la palabra tiene la propiedad paradójica de mostrar y ocultar a la vez. Pregunte. Clasifique la información para generar nueva información, concluya sin dar un absoluto valor fáctico a las deducciones formales, examine y contemple las paradojas, explórelas. Recuerde que está creando el acuerdo, si se quiere el consenso, entonces apártese de la dialéctica y céntrese en la *exléctica*, es decir, en sacar lo más que se pueda de cada aporte, no importando de dónde proviene, en vez de intentar destruirlo por no ser el suyo, pues un aporte, una vez en la mesa, es de la mesa, y usted es parte de ella al igual que su compañero. Examine todos los lados, desde todos los lados todos los aportes. Examine los niveles de acuerdo de cada idea si esta está en desacuerdo, acuerdo o es irrelevante estar de acuerdo o en desacuerdo. Mire bien si está, o alguna parte está metido en alguna burbuja lógica, el síntoma de esto es claro: hay algo que no cuadra bien. Dentro de las burbujas todo es coherente y necesario, ¿fuera de ellas también? ¿en espacios más abiertos, estos planteamientos conservan el valor que se les atribuyó dentro de la burbuja? Considere, e invite siempre a considerar las perspectivas de otras personas y las suyas incluidas, pero sobre todo, el lugar en que están que les brinda esa perspectiva. Así, acopie la información, elabore posibilidades, ordénelas, escoja y ejecute.

9ª Tesis: negociar es pacificar.

¿Cuál es la diferencia entre estos dos conceptos?

1º este:

El conflicto es un sistema social en el que participan al menos dos partes que *pugnan* por la obtención de unos recursos escasos o el logro de unos objetivos mutuamente incompatibles, o así percibidos, tendiendo a escalar por su condición de autopropelencia, siempre con la posibilidad de derivar en acuerdos.

2º este:

El conflicto es un sistema social en la que participan al menos dos partes que *cooperan* por la obtención de unos recursos escasos o el logro de unos objetivos mutuamente incompatibles, o así percibidos, tendiendo a escalar por su condición de autopropelencia, siempre con la posibilidad de derivar en acuerdos.

No saco la conclusión... está en sus manos. Perdón, a sus ojos. Solamente doy una pincelada. Si las partes que pugnan lo siguen haciendo, el conflicto puede degenerar fácilmente en violencia, de alguna forma.

Pero si las partes que pugnan, lo notan en las molestias que ésta causa y cambian esta conducta por la de cooperación, el conflicto evolucionará hacia la integración de ellas, conservando cada

una su identidad, quizás más afianzada por las funciones nuevas que tendrá para sí y respecto de la otra recíprocamente.

10ª Tesis: el trabajo sobre los conflictos es negocio.

Vivir en paz es más barato que vivir violentamente. El mal manejo de los conflictos y las aivatas son costosos, *caros*, para decirlo en lenguaje simple. Ese sería tema de otro texto. Pero la tesis aplica. Creo que una buena conclusión, al menos la mía después de esta reflexión, es la siguiente: es urgente realizar una tarea de construcción de acuerdos entre las empresas, el Estado y las comunidades marginadas –tanto ad-intra como ad-extra empresa-, impulsada por el gremio a sus miembros, y viceversa, para empezar a pacificar relaciones. No olviden que en Cartagena de Indias –por poner un ejemplo- entre el 70 y el 80% de su población vive con necesidades básicas insatisfechas, dicho en términos de conflicto, violencia y paz, más del 80% de las relaciones sociales que se dan en Cartagena de Indias, son violentas porque el 80% de las personas o llegarán a ser en acto lo que potencialmente son, y no estamos obligados, ni mucho menos permitidos a vivir así. Allí, aquí, con un poco de imaginación, y algo de voluntad, mucho podemos hacer. Esto en lo macro, en lo micro se ve posible, el buen negocio es productivo, el trabajo integrado reduce costos, es decir libera dinero para aumentar la inversión y crecer.

Prefiero dejar las conclusiones a los lectores, cada uno en su medio tiene más que decir que quien propone.

LEGISLACION

Ley 19971/2004 sobre Arbitraje

Chile

CAPÍTULO I: DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Ámbito de aplicación.

- 1) Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.
- 2) Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8, 9, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional.
- 3) Un arbitraje es internacional si:
 - a) Las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o
 - b) Uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:
 - i) El lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje;
 - ii) El lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o
 - c) Las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.
- 4) A los efectos del numeral 3) de este artículo:
 - a) Si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje.
 - b) Si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual.
- 5) Esta ley no afectará a ninguna otra ley en virtud de la cual determinadas controversias no sean susceptibles de arbitraje o se puedan someter a arbitraje únicamente de conformidad con disposiciones que no sean las de la presente ley.

Artículo 2.- Definiciones y reglas de interpretación.

A los efectos de esta ley:

- a) "arbitraje" significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo.
- b) "tribunal arbitral" significa tanto un solo árbitro como una pluralidad de árbitros.
- c) "tribunal" significa un órgano del sistema judicial de un país.
- d) Cuando una disposición de esta ley, excepto el artículo 28, deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad entraña la de autorizar a un tercero, incluida una institución, a que adopte esa decisión.
- e) Cuando una disposición de esta ley se refiera a un acuerdo que las partes hayan celebrado o que puedan celebrar o cuando, en cualquier otra forma, se refiera a un acuerdo entre las partes, se entenderán comprendidas en ese acuerdo todas las disposiciones del reglamento de arbitraje en él mencionado.

- f) Cuando una disposición de esta ley, excepto la letra a) del artículo 25 y la letra a) del numeral 2) del artículo 32, se refiera a una demanda, se aplicará también a una reconvencción, y cuando se refiera a una contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvencción.
- g) La expresión "comercial" debe interpretarse en un sentido amplio para que abarque todas las cuestiones que se plantean en las relaciones de esta índole, contractuales o no. Se comprenden dentro de éstas, por ejemplo, cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

Artículo 3.- Recepción de comunicaciones escritas.

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes:
 - a) Se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido entregada personalmente al destinatario o que haya sido entregada en su establecimiento, residencia habitual o domicilio postal; en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida toda comunicación escrita que haya sido enviada al último establecimiento, residencia habitual o domicilio postal conocido del destinatario por carta certificada o cualquier otro medio que deje constancia del intento de entrega.
 - b) La comunicación se considerará recibida el día en que se haya realizado tal entrega.
- 2) Las disposiciones de este artículo no se aplican a las comunicaciones habidas en un procedimiento ante un tribunal.

Artículo 4.- Renuncia al derecho de objetar.

Se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de esta ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar.

Artículo 5.- Alcance de la intervención del tribunal

En los asuntos que se rijan por la presente ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta ley así lo disponga.

Artículo 6.- Tribunal para el cumplimiento de determinadas funciones de asistencia y supervisión durante el arbitraje.

Las funciones a que se refieren los artículos 11 numerales 3) y 4), 13 numeral 3), 14 y 16 numeral 3) serán ejercidas por el Presidente de la Corte de Apelaciones del lugar donde debe seguirse o se sigue el arbitraje y la del artículo 34 numeral 2) será desempeñada por la respectiva Corte de Apelaciones.

CAPÍTULO II: ACUERDO DE ARBITRAJE

Artículo 7.- Definición y forma del acuerdo de arbitraje.

- 1) El "acuerdo de arbitraje" es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.

Artículo 8.- Acuerdo de arbitraje y demanda en cuanto al fondo ante un tribunal

- 1) El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje, remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.
- 2) Si se ha entablado la acción a que se refiere el numeral 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal.

Artículo 9.- Acuerdo de arbitraje y adopción de medidas provisionales por el tribunal

No será incompatible con un acuerdo de arbitraje que una parte, ya sea con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su transcurso, solicite de un tribunal la adopción de medidas cautelares provisionales ni que el tribunal conceda esas medidas.

CAPÍTULO III : COMPOSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 10.- Número de árbitros.

- 1) Las partes podrán determinar libremente el número de árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, los árbitros serán tres.

Artículo 11.- Nombramiento de los árbitros.

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en los numerales 4) y 5) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento para el nombramiento del árbitro o los árbitros.

- 3) A falta de tal acuerdo:
 - a) En el arbitraje con tres árbitros, cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero; si una parte no nombra al árbitro dentro de los treinta días del recibo de un requerimiento de la otra parte para que lo haga, o si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.
 - b) En el arbitraje con árbitro único, si las partes no consiguen ponerse de acuerdo sobre la designación del árbitro, éste será nombrado, a petición de cualquiera de las partes, por el Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje.
- 4) Cuando en un procedimiento de nombramiento convenido por las partes:
 - a) Una parte no actúe conforme a lo estipulado en dicho procedimiento, o
 - b) Las partes, o dos árbitros, no puedan llegar a acuerdo conforme al mencionado procedimiento, o
 - c) Un tercero, incluida una institución, no cumpla una función que se le confiera en dicho procedimiento, cualquiera de las partes podrá solicitar al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje que adopte la medida necesaria, a menos que en el acuerdo sobre el procedimiento de nombramiento se prevean otros medios para conseguirlo.
- 5) Toda decisión sobre las cuestiones encomendadas en los numerales 3) ó 4) del presente artículo al Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones será inapelable. Al nombrar un árbitro, el tribunal u otra autoridad tendrá debidamente en cuenta las condiciones requeridas para un árbitro por el acuerdo entre las partes y tomará las medidas necesarias para garantizar el nombramiento de un árbitro independiente e imparcial. En el caso de árbitro único o del tercer árbitro, tendrá en cuenta asimismo la conveniencia de nombrar un árbitro de nacionalidad distinta a la de las partes.

Artículo 12.- Motivos de recusación.

- 1) La persona a quien se comunique su posible nombramiento como árbitro deberá revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas acerca de su imparcialidad o independencia. El árbitro, desde el momento de su nombramiento y durante todas las actuaciones arbitrales, revelará sin demora tales circunstancias a las partes, a menos que ya les haya informado de ellas.
- 2) Un árbitro sólo podrá ser recusado si existen circunstancias que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de efectuada la designación.

Artículo 13.- Procedimiento de recusación.

- 1) Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral 3) del presente artículo, las partes podrán acordar libremente el procedimiento de recusación de los árbitros.
- 2) A falta de tal acuerdo, la parte que desee recusar a un árbitro enviará al tribunal arbitral, dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la constitución del tribunal arbitral o de cualquiera de las circunstancias mencionadas en el numeral 2) del artículo 12, un escrito en el que exponga los motivos para la recusación. A menos que el árbitro recusado

renuncie a su cargo o que la otra parte acepte la recusación, corresponderá al tribunal arbitral decidir sobre ésta.

- 3) Si no prosperase la recusación incoada con arreglo al procedimiento acordado por las partes o en los términos del numeral 2) del presente artículo, la parte recusante podrá pedir, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de la decisión por la que se rechaza la recusación, al Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje, que decida sobre la procedencia de la recusación, decisión que será inapelable; mientras esa petición esté pendiente, el tribunal arbitral, incluso el árbitro recusado, podrán proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo.

Artículo 14.- Falta o imposibilidad de ejercicio de las funciones.

- 1) Cuando un árbitro se vea impedido de jure o de facto en el ejercicio de sus funciones o por otros motivos no las ejerza dentro de un plazo razonable, cesará en su cargo si renuncia o si las partes acuerdan su remoción. De lo contrario, si subsiste un desacuerdo respecto a cualquiera de esos motivos, cualquiera de las partes podrá solicitar del Presidente de la Corte de Apelaciones correspondiente al lugar donde deba seguirse el arbitraje una decisión que declare la cesación del mandato, decisión que será inapelable.
- 2) Si, conforme a lo dispuesto en el presente artículo o en el numeral 2) del artículo 13, un árbitro renuncia a su cargo o una de las partes acepta la terminación del mandato de un árbitro, ello no se considerará como una aceptación de la procedencia de ninguno de los motivos mencionados en el presente artículo o en el numeral 2) del artículo 12.

Artículo 15.- Nombramiento de un árbitro sustituto.

Cuando un árbitro cese en su cargo en virtud de lo dispuesto en los artículos 13 ó 14, o en los casos de renuncia por cualquier otro motivo o de remoción por acuerdo de las partes o de expiración de su mandato por cualquier otra causa, se procederá al nombramiento de un sustituto conforme al mismo procedimiento por el que se designó al árbitro que se ha de sustituir.

CAPÍTULO IV: COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Artículo 16.- Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

- 1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.
- 2) La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

- 3) El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el numeral 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del Presidente de la respectiva Corte de Apelaciones que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo.

Artículo 17.- Facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral podrá, a petición de una de ellas, ordenar a cualquiera de las partes que adopte las medidas provisionales cautelares que el tribunal arbitral estime necesarias respecto del objeto del litigio. El tribunal arbitral podrá exigir de cualquiera de las partes una garantía apropiada en conexión con esas medidas.

CAPÍTULO V: SUSTANCIACIÓN DE LAS ACTUACIONES ARBITRALES

Artículo 18.- Trato equitativo de las partes.

Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos.

Artículo 19.- Determinación del procedimiento.

- 1) Con sujeción a las disposiciones de esta ley, las partes tendrán libertad para convenir el procedimiento a que se haya de ajustar el tribunal arbitral en sus actuaciones.
- 2) A falta de acuerdo, el tribunal arbitral podrá, con sujeción a lo dispuesto en esta ley, dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado. Esta facultad conferida al tribunal arbitral incluye la de determinar la admisibilidad, la pertinencia y el valor de las pruebas.

Artículo 20.- Lugar del arbitraje.

- 1) Las partes podrán determinar libremente el lugar del arbitraje. En caso de no haber acuerdo al respecto, el tribunal arbitral determinará el lugar del arbitraje, atendidas las circunstancias del caso, inclusive las conveniencias de las partes.
- 2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral precedente, el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír a los testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos.

Artículo 21.- Iniciación de las actuaciones arbitrales.

Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter esa controversia a arbitraje.

Artículo 22.- Idioma.

- 1) Las partes podrán acordar libremente el idioma o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. A falta de tal acuerdo, el tribunal arbitral determinará el idioma o los idiomas que hayan de emplearse en las actuaciones. Este acuerdo o esta determinación será aplicable, salvo que en ellos mismos se haya especificado otra cosa, a todos los escritos de las partes, a todas las audiencias, y a cualquier laudo, decisión o comunicación de otra índole que emita el tribunal arbitral.
- 2) El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral.

Artículo 23.- Demanda y contestación.

- 1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los planteamientos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar.
- 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

Artículo 24. Audiencias y actuaciones por escrito.

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral decidirá si han de celebrarse audiencias para la presentación de pruebas o para alegatos orales, o si las actuaciones se sustanciarán sobre la base de documentos y demás pruebas. No obstante, a menos que las partes hubiesen convenido que no se celebrarían audiencias, el tribunal arbitral celebrará dichas audiencias en la fase apropiada de las actuaciones, a petición de una de las partes.
- 2) Deberá notificarse a las partes con suficiente antelación la celebración de las audiencias y las reuniones del tribunal arbitral para examinar mercancías u otros bienes o documentos.
- 3) De todas las declaraciones, documentos o demás información que una de las partes suministre al tribunal arbitral se dará traslado a la otra parte. Asimismo deberán ponerse a disposición de ambas partes los peritajes o los documentos probatorios en los que el tribunal arbitral pueda basarse al adoptar su decisión.

Artículo 25.- Rebeldía de una de las partes.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando, sin invocar causa suficiente:

- a) El demandante no presente su demanda con arreglo al numeral 1) del artículo 23, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones.

- b) El demandado no presente su contestación con arreglo al numeral 1 del artículo 23, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que esa omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante.
- c) Una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente pruebas documentales, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que disponga.

Artículo 26.- Nombramiento de peritos por el tribunal arbitral

- 1) Salvo acuerdo en contrario de las partes, el tribunal arbitral:
 - a) Podrá nombrar uno o más peritos para que le informen sobre materias concretas que determinará el tribunal arbitral.
 - b) Podrá solicitar a cualquiera de las partes que suministre al perito toda la información pertinente o que le presente para su inspección todos los documentos, mercancías u otros bienes pertinentes, o le proporcione acceso a ellos.
- 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando una parte lo solicite o cuando el tribunal arbitral lo considere necesario, el perito, después de la presentación de su dictamen escrito u oral, deberá participar en una audiencia en la que las partes tendrán oportunidad de hacerle preguntas y de presentar peritos para que informen sobre los puntos controvertidos.

Artículo 27.- Asistencia de los tribunales para la práctica de pruebas.

El tribunal arbitral o cualquiera de las partes con la aprobación del tribunal arbitral podrá pedir la asistencia de un tribunal competente de Chile para la práctica de pruebas. El tribunal podrá atender dicha solicitud dentro del ámbito de su competencia y de conformidad con las normas que le sean aplicables sobre medios de prueba.

CAPÍTULO VI: PRONUNCIAMIENTO DEL LAUDO Y TERMINACION DE LAS ACTUACIONES

Artículo 28.- Normas aplicables al fondo del litigio.

- 1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.
- 2) Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables.
- 3) El tribunal arbitral decidirá ex aequo et bono o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así.
- 4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso.

Artículo 29.- Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro.

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

Artículo 30.- Transacción.

- 1) Si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes.
- 2) El laudo en los términos convenidos se dictará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 31 y se hará constar en él que se trata de un laudo. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Artículo 31.- Forma y contenido del laudo.

- 1) El laudo se dictará por escrito y será firmado por el árbitro o los árbitros. En actuaciones arbitrales con más de un árbitro bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del tribunal arbitral, siempre que se deje constancia de las razones de la falta de una o más firmas.
- 2) El laudo del tribunal arbitral deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido en otra cosa o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 30.
- 3) Constarán en el laudo la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje determinado de conformidad con el numeral 1) del artículo 20. El laudo se considerará dictado en ese lugar.
- 4) Después de dictado el laudo, el tribunal lo notificará a cada una de las partes mediante entrega de una copia firmada por los árbitros de conformidad con el numeral 1) del presente artículo.

Artículo 32.- Terminación de las actuaciones.

- 1) Las actuaciones arbitrales terminan con el laudo definitivo o por una orden del tribunal arbitral dictada de conformidad con el numeral 2) del presente artículo.
- 2) El tribunal arbitral ordenará la terminación de las actuaciones arbitrales cuando:
 - a) El demandante retire su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y el tribunal arbitral reconozca un legítimo interés de su parte en obtener una solución definitiva del litigio.
 - b) Las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
 - c) El tribunal arbitral compruebe que la prosecución de las actuaciones resultaría innecesaria o imposible.
- 3) El tribunal arbitral cesará en sus funciones al terminar las actuaciones arbitrales, salvo lo dispuesto en el artículo 33 y en el numeral 4) del artículo 34.

Artículo 33.- Corrección e interpretación del laudo y laudo adicional

- 1) Dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo:

- a) Cualquiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar.
- b) Si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo.
 - a. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud. La interpretación formará parte del laudo.
- 2) El tribunal arbitral podrá corregir cualquier error del tipo mencionado en la letra a) del numeral 1) del presente artículo por su propia iniciativa dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.
- 3) Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, dictará el laudo adicional dentro de sesenta días.
- 4) El tribunal arbitral podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional con arreglo a los numerales 1) ó 3) del presente artículo.
- 5) Lo dispuesto en el artículo 31 se aplicará a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales.

CAPÍTULO VII: IMPUGNACIÓN DEL LAUDO

Artículo 34.- La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral.

- 1) Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad conforme a los numerales 2) y 3) del presente artículo.
- 2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:
 - a) La parte que interpone la petición pruebe:
 - i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado; o
 - ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
 - iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas; o
 - iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley; o
 - b) El tribunal compruebe:
 - i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o

- ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile.
- 3) La petición de nulidad no podrá formularse después de transcurridos tres meses contados desde la fecha de la recepción del laudo o, si la petición se ha hecho con arreglo al artículo 33, desde la fecha en que esa petición haya sido resuelta por el tribunal arbitral.
- 4) El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad.
- 5) Las Cortes de Apelaciones colocarán las peticiones de nulidad de inmediato en tabla y gozarán de preferencia para su vista y fallo.

CAPÍTULO VIII: RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE LOS LAUDOS

Artículo 35.- Reconocimiento y ejecución.

- 1) Un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, será reconocido como vinculante y, tras la presentación de una petición por escrito al tribunal competente, será ejecutado en conformidad con las disposiciones de este artículo y del artículo 36.
- 2) La parte que invoque un laudo o pida su ejecución deberá presentar el original debidamente autenticado del laudo o copia debidamente certificada del mismo, y el original del acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° o copia debidamente certificada del mismo. Si el laudo o el acuerdo no estuviera redactado en un idioma oficial de Chile, la parte deberá presentar una traducción debidamente certificada a ese idioma de dichos documentos.

Artículo 36.- Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución.

- 1) Sólo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado:
 - a) A instancia de la parte contra la cual se invoca, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución:
 - i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo; o
 - ii) Que la parte contra la cual se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos; o
 - iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras; o
 - iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que no se han ajustado a la ley del país donde se efectuó el arbitraje; o
 - v) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por un tribunal del país en que, o conforme a cuyo derecho, ha sido dictado ese laudo; o
 - b) Cuando el tribunal compruebe:

- i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; o
 - ii) Que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de Chile.
- 2) Si se ha pedido a un tribunal de los previstos en el literal v) de la letra a) del numeral 1) del presente artículo la nulidad o la suspensión del laudo, el tribunal al que se pide el reconocimiento o la ejecución podrá, si lo considera procedente, aplazar su decisión y, a instancia de la parte que pida el reconocimiento o la ejecución del laudo, podrá también ordenar a la otra parte que dé garantías apropiadas."

DE LA JURISPRUDENCIA

Country Name vs Trademark: Mexico.com

WIPO - UDRP

Consejo de Promoción Turística de México, S.A. de C.V. v. Latin America Telecom Inc.

Case No. D2004-0242

1. The Parties

The Complainant is Consejo de Promoción Turística de México, S.A. de C.V., Colonia Anzures, Mexico, represented by Bello, Guzmán, Morales Y Tsuru, S.C., Mexico.

The Respondent is Latin America Telecom Inc., Pittsburgh, PA Pennsylvania, United States of America, represented by ESQwire.com Law Firm, United States of America.

2. The Domain Name and Registrar

The disputed domain name <mexico.com> is registered with Register.com.

3. Procedural History

The Complaint was filed in the Spanish language with the WIPO Arbitration and Mediation Center (the "Center") on March 30, 2004. On April 6, 2004, the Center transmitted by email to Register.com a request for registrar verification in connection with the disputed domain name. On April 6, 2004, Register.com transmitted by email to the Center its verification response confirming that the Respondent is listed as the registrant; providing the contact details for the administrative, billing, and technical contact and stating that the language used at the time of registration was English. The Center verified that the Complaint satisfied the formal requirements of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Policy"), the Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Rules"), and the WIPO Supplemental Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy (the "Supplemental Rules").

In accordance with the Rules, paragraphs 2(a) and 4(a), the Center formally notified the Respondent of the Complaint and the proceedings commenced on April 6, 2004. In response to objections from the Respondent regarding the language of the proceedings, the Center asked the Complainant to translate the Complaint into English. An English language Complaint was filed with the Center on April 30, 2004, and the Center extended the due date for the Response to May 20, 2004. The Response was filed in the English language with the Center on May 21, 2004.

The Center appointed Alan L. Limbury, Manuel Moreno-Torres and David E. Sorkin as panelists in this matter on June 21, 2004. The Panel finds that it was properly constituted.

Each member of the Panel has submitted the Statement of Acceptance and Declaration of Impartiality and Independence, as required by the Center to ensure compliance with the Rules, paragraph 7.

Language of the proceeding

The Panel has considered Complainant's submission that that this proceeding should be conducted in Spanish, based on its own character as a majority Government-owned company incorporated and domiciled in Mexico; upon connections between Respondent and Mexico; upon familiarity on the part of the CEO of Respondent, Mr. Rami Schwartz, with the Spanish language; upon considerations of expense and delay and upon a concern that the translation of its evidence into English might inequitably disadvantage Complainant.

Pursuant to the Rules, paragraph 11(a), the language of the administrative proceeding shall be the language of the registration agreement unless otherwise agreed by the parties, specified in the registration agreement or determined by the Panel. The parties have not made any such agreement. The registrar is a New York company, the language of the registration agreement is English and no other language is specified in that agreement. Respondent is a United States company incorporated in Delaware and having an address in Mexico. Mr. Schwartz does appear to be fluent in Spanish. Respondent is represented by an American attorney and the Response is in English.

The Complainant has complied with the Center's request to translate the Complaint into (well expressed) English. Some of the Exhibits remain in Spanish. Although there has already been delay in the proceeding and additional cost incurred by Complainant in translating the Complaint, there would be additional delay and cost incurred if Respondent were now required to translate its Response into Spanish. In all the circumstances the Panel is not disposed to determine that the language of the proceeding should be other than English.

Accordingly the language of the proceeding is English.

Extension of time for decision

On July 6, 2004, in accordance with the Rules paragraph 10(c), the date by which the Panel is required to forward its decision to the Center was extended to July 19, 2004. On July 19, 2004, the date was further extended by the Panel to July 24, 2004. In the event the further extension was not needed.

4. Factual Background (chronological)

The disputed domain name <mexico.com> was registered on November 14, 1997. The registrant was recorded as "Latin America Telecom Inc. Rami Schwartz". Mr. Schwartz is the CEO of Latin America Telecom Inc. and principal contact for domain name purposes. The Panel will refer to the registrant collectively as Respondent.

The website to which the disputed domain resolves contains information relating to Mexico and has a portion comprising advertisements for tourism services, such as hotels, transportation, restaurants and entertainment.

Complainant, the Mexico Tourism Board, commenced operations in October 1999. It is an incorporated company, majority owned by the Government of Mexico. Its main function is to plan and coordinate, in conjunction with the Tourism Ministry of Mexico, the policy and strategy for promoting, both nationally and internationally, the tourism of Mexico. Many of its activities had been conducted over the previous three decades by its predecessor, the Tourism Ministry. Complainant is authorized by the Ministry of Foreign Affairs to operate offices in many major cities of the world, including five in the United States of America.

On March 26, 2001, Complainant's representative submitted to the United States Patent and Trademark Office (about the Respondent's website) that:

“The website for MEXICO.COM is a general information site about Mexico, and includes information such as employment in Mexico, classified advertisements, horoscopes, current news events, financial and stock quotes, and product information and sale of a variety of items including books, cd's, computers, electronics and groceries.”

On June 19, 2001, Complainant became non-exclusive licensee from the Ministry of Tourism of Mexican registered trademark 604142, “MEXICO and design”, registered in class 35 on March 29, 1999, upon application made on November 19, 1998. The licence provides that Complainant is entitled to exercise legal actions to protect the trademark as if it were the holder. The dominant feature of this mark is the capitalized word MEXICO.

In late 2002 or early 2003, there was a meeting between the parties, as to which there is conflicting evidence before the Panel. It is convenient to set out here the parties' respective versions of what occurred, so that the meeting may be appreciated in its chronological setting.

Complainant relies on a notarized statement under oath by Mr. Gabriel Moctezuma Muñoz, Complainant's Assistant Managing Director and Legal Representative.

Mr. Muñoz says that at the end of 2002 (without recalling the exact date), he attended a meeting with Mr. Rami Schwartz and others at Complainant's offices, at which “the only subject discussed... was the sale offer made by... Mr. Schwartz regarding the domain name <mexico.com> to [Complainant] stating that he was the owner thereof and stating that its price was [US \$1.2 million], subject to negotiation and the prior agreement of his partners.”

Respondent relies on sworn affidavits of Mr. Schwartz and Mr. Fernando Roldán.

Mr. Roldán, who is currently employed by Astra Zeneca Laboratories in Mexico, says he acted as a consultant to Mexico.com in 2000, when he recommended to Mr. Schwartz that he use the advertising agency FCB Mexico. Mr. Schwartz followed this advice and his account executive there was Ms. Maria Elena Mancha, who became CEO of Complainant in January 2001, and remained so until about June 2003.

Mr. Roldán says he was a consultant to Complainant from September 2002, until March 2003. He noticed that Complainant's websites “www.mexico-travel.com”, “www.visitmexico.com” and “www.visitamexico.com” had no user traffic and were doing a poor job promoting Mexican tourism on the Internet. In late 2002/early 2003, he recommended to Ms. Mancha that she consider a meeting with Mr. Schwartz to see if it was

possible for Complainant to acquire *mexico.com* to use to promote Mexican tourism. Ms. Mancha advised Mr. Roldán to invite Mr. Schwartz to a meeting to discuss this possibility. The meeting took place in January 2003. Ms. Mancha had to cancel at the last minute but sent four representatives in her place, including Mr. Muñoz.

Mr. Roldán says that at the meeting, Mr. Muñoz asked if Mr. Schwartz would be willing to sell the domain name *<mexico.com>*. Mr. Schwartz replied that absolutely not, that *Mexico.com* was not simply a domain name but an entire web site business. Mr. Schwartz further advised that he did not have the authority to consider any sales proposal without unanimous board approval and that although there was no interest in selling *Mexico.com* in any circumstances whatsoever, he could not enter into any discussions related to any offers to purchase *Mexico.com* without a non-disclosure agreement (NDA). Notwithstanding, it was agreed Mr. Schwartz would draft an NDA and send it to Complainant.

Mr. Roldán says Mr. Muñoz asked Mr. Schwartz if he had any idea of the value of *Mexico.com*. Mr. Schwartz said it was difficult to put any price to *Mexico.com*, nor to its intellectual property rights. However, with the purpose of providing them with some courtesy, he provided Mr. Muñoz with a list of other high-profile domain names that had sold in the recent past, such as *<korea.com>*, *<business.com>*, *<wallstreet.com>* and *<chicago.com>*. Mr. Roldán did not recall whether Mr. Schwartz discussed a particular price for *Mexico.com*.

Mr. Schwartz' sworn evidence accords with that of Mr. Roldán. He says he never received a signed NDA and there were no further discussions regarding the sale of *Mexico.com*.

On April 24, 2003, on similar terms to the licence previously mentioned, Complainant became non-exclusive licensee from the Ministry of Tourism of Mexican registered trademark 698252, "MEXICO and design", registered in class 35 on May 8, 2001, upon application made on March 29, 2001. The mark comprises the capitalized word MEXICO with a castellated design superimposed in a band across the lower part of each letter. This mark is prominently displayed outside Complainant's offices and has been frequently used on its stationery in conjunction with part of Complainant's name, as follows:

**MEXICO
CONSEJO DE PROMOCIÓN TURISTICA**

Either alone or as part of a slogan, the mark has also been displayed in advertisements promoting tourism in Mexico, as in: "Discover the many moods of MEXICO".

In July 2003, Complainant sought assistance from the Mexican Government's Federal Executive Legal Consultancy in searching for trademarks owned by any other Government agency that could be used to support a claim for the disputed domain name. By letter dated August 28, 2003, the Legal Consultancy wrote to the Assistant Secretary, Legal and Human Rights Affairs, Secretariat of the Interior, referring to Complainant as having requested support "to analyze the likelihood to claim the domain name *<www.mexico.com>* and seeking, among other things, copies of trademark registration certificates and applications made by the Mexican Government "regarding marks made up solely of the word 'MEXICO' or of such word and other denominations or figures... Any registration obtained before 1997, would be considerably valuable". The letter also sought proof "that the name 'MEXICO' has been used as a trademark, i.e., as a distinguishing sign of products and services in the trade".

On March 5, 2004, on similar terms to the licences previously mentioned, Complainant became non-exclusive licensee from the Ministry of Tourism of the following Mexican registered trademarks:

EN EL CORAZON DE MEXICO [In the Heart of Mexico], No. 793376, registered in class 35 on May 28, 2003, upon application made on October 29, 2002, with a claimed first use on June 16, 1999;

TIANGUIS TURISTICO MEXICO (word mark) [Mexican Tourism Fair], No. 543888, registered in class 42 on February 28, 1997, upon application made on February 17, 1997, with a claimed first use on May 5, 1993;

TIANGUIS TURISTICO MEXICO (AND DESIGN), Nos. 544179 (class 39), 544180 (class 35), 544181 (class 25), 544182 (class 14), 544682 (class 16), 545584 (class 56), 555025 (class 25), 555026 (class 18), 556600 (class 42) and 561185 (class 8), registered on various dates between March 20, 1997, and October 27, 1997, upon applications filed on February 17, 1997, with a claimed first use on May 5, 1993. The mark comprises a design featuring two stylized human figures leaning towards each other with an apparent load on their backs and occupying about three quarters of the space, beneath which appear the words TIANGUIS TURISTICO, with the word MEXICO beneath them, in type about twice as large as those words.

On March 17, 2004, Complainant became registered as assignee from Banco Nacional De Comercio Exterior S.N.C, of Mexico, of Mexican registered trademark 478857 in respect of “International Commercial Fairs” in Class 42. This mark was registered on November 8, 1994, upon application made on August 23, 1993. The registration has been renewed for a term of ten years from August 23, 2003. The mark is a design in the form of a stylized square standing on one point, above the horizontal capitalized word MEXICO, beneath which is a row of downward pointing triangles, each about one third the height of the letters of the word above. The row is coextensive with the length of the word above.

The terms under which that mark was assigned to Complainant are recorded in a separate agreement between the bank and Complainant, which recites: “ That on February 19, 2004, they entered into a right assignment agreement regarding the trademark No. 478857, “WITH NO DENOMINATION” Class 42, with effective date August 23, 1993, and file date November 8, 1994, owing to the fact that [Complainant] is willing to own such mark in order to strengthen its position in the lawsuit to be filed against the person currently holding the domain site *www.mexico.com*”. Complainant undertook to transfer ownership of that mark to the assignor upon the final resolution of that lawsuit.

As mentioned, the Complaint was filed on March 30, 2004.

5. Parties’ Contentions

A. Complainant

Rights

The trademark MEXICO has been used since at least 1973, and has been intensely publicized both within and outside Mexico in multimillion dollar campaigns.

Identity/confusing similarity

The disputed domain name is identical or confusingly similar to trademark registrations 478857, 604142 and 698252 and is likely to cause confusion regarding the mark TIANGUIS TURISTICO MEXICO.

Legitimacy

Respondent has no rights or legitimate interests with respect to the disputed domain name. It is not commonly known by the disputed domain name. It is not authorized by Complainant or any other entity of the Government, such as the Ministry of Tourism, to use the trademark MEXICO or any variants thereof.

Respondent has an established practice of registering numerous domain names which incorporate in their entirety highly distinctive, famous and well-known trademarks, such as <guerradelagalaxias.com> (Star Wars); <elchavo.com> and <chavodelocho.com> (El Chavo being a popular Mexican TV character); <piolin.com> (the cartoon character Tweety); <agustinlara.com> (a world renowned Mexican composer); <supersonicos.com> (The Jetsons); <losprotagonistas.com> (a famous radio/TV sports show); <alcoholicosanonimos.com> (Alcoholics Anonymous); <mundoejecutivo.com> (a well known magazine in Mexico) and <chapulincolorado.com> (one of the most important heroes in Mexican television).

Respondent must have registered these domain names expecting to obtain important amounts of money for their transfer to their legitimate owners. Respondent must be taken to be in the business of selling domain names that incorporate trademarks to the owners of those marks.

In the case at hand, given the widespread use of the trademark MEXICO in connection with tourism goods and services, and the intensity with which this trademark has been publicized both inside and outside Mexican territory by multi-million dollar campaigns, Respondent must have selected the disputed domain name with the expectation of obtaining a significant amount of money in exchange for transferring this domain name to the rightful holder of the trademark reflected therein.

Respondent's use of the disputed domain name has been blatantly in bad faith, since for more than two years Mr. Rami Schwartz has been repeatedly attempting to sell it to Complainant for \$US1.2 million. This cannot be use in connection with a bona fide offering of goods or services.

Respondent's domains are blocked and banned in several Spam Lists. The disputed domain name is listed on Rhyollite.com's Unwelcome Domain Name site and Mr. Schwartz appears to have been sued for spam-related matters. In such circumstances any claimed hosting or e-mail services cannot constitute a bona fide offering of goods or services.

The website to which the disputed domain resolves has no disclaimer of any association with Complainant and may confuse and divert consumers seeking the information and services covered by Complainant's trademark MEXICO. They would be misled into believing that the

tourism services advertised are those selected and monitored for quality by Complainant or those associated with the trademark MEXICO in Complainant's publicity campaigns.

Bad faith

The disputed domain name was registered and is being used in bad faith. Respondent has registered hundreds of domain names including at least a dozen which incorporate, in their entirety, widely-known, famous or notorious trademarks. One such trademark is the trademark MEXICO, used by Complainant or its predecessor for more than 30 years. Mr. Schwartz has his residence in Mexico and both he and Respondent have been exposed to the publicity enjoyed by the trademark MEXICO in that country and in the United States. Respondent therefore knew or should have known of the existence of the mark. This is corroborated by the fact that Mr. Schwartz identified and targeted Complainant as licensee and principal user of the mark and offered to sell the disputed domain name to Complainant.

The amount sought (US \$1.2 million) demonstrates bad faith registration and use.

Respondent acquired the disputed domain name, as it did with other domain names, with intent to contact the trademark owner and offer the domain name for sale for a large amount of money. That is Respondent's business.

Respondent registered the disputed domain name to prevent Complainant from reflecting the trademark MEXICO in a corresponding domain name, because Respondent knew of Complainant's mark MEXICO. Respondent has engaged in a pattern of registering approximately a dozen famous or well-known trademarks as domain names.

Respondent has intentionally attempted to attract, for commercial gain, Internet users to its website, by creating a likelihood of confusion with Complainant's highly publicized trademark MEXICO as to the source, sponsorship, affiliation or endorsement of Complainant [sic].

B. Respondent

Rights

Complainant does not have rights to a trademark identical or confusingly similar to <mexico.com>. After the registration date of the disputed domain name, all the marks on which Complainant relies were either licensed non-exclusively to it or, in the case of No. 478857, "loaned" to it for the purposes of this proceeding. None are truly owned by Complainant.

Marks 604142, 698252 and 793376 were all registered after the disputed domain name was registered. There is no evidence Complainant has used the design mark 478857, which it borrowed from the Banco Nacional. Only that mark and the 'Tianguis Turistico Mexico and design' marks were registered prior to the domain name registration. The borrowed mark should be disregarded since Complainant does not truly have rights to this mark. The 'Tianguis Turistico Mexico and design' marks are mere phrases incorporating Mexico, so they provide no trademark rights to the word Mexico.

The letter dated August 28, 2003, from the Legal Consultancy to the Secretariat of the

Interior proves that Complainant did not itself believe it had trademark rights to the term MEXICO because it had to ask the Federal Government for assistance to find trademarks; the Government itself was unsure whether it had trademark rights in that word since it had to request from its agencies evidence of trademark use; and both Complainant and the Government understood a trademark was needed that was made up “solely of the word MEXICO” and was “obtained before 1997” to support this action.

The conclusion should be drawn that Complainant has had no trademark rights for the word MEXICO at any time and that Complainant knew it before filing the Complaint.

Complainant apparently alleges common law rights based on its use of the mark “Mexico” in prominent and visible places. Complainant’s use of MEXICO is in a mere descriptive sense, i.e. for the promotion of tourism to Mexico. Complainant has not and cannot establish the necessary secondary meaning, i.e. that consumers associate the word “MEXICO” only with Complainant, because numerous third parties use MEXICO in the same descriptive sense.

Identity/confusing similarity

None of the marks on which Complainant relies are identical or confusingly similar to the disputed domain name. They are merely design marks, text with design or marks incorporating the word Mexico in descriptive phrases. Complainant needs to have a trademark for MEXICO standing alone to bring this proceeding: *Puerto Rico Tourism Co. v. Virtual Countries, Inc.*, WIPO Case No. D2002-1129; *Empresa Municipal Promoción Madrid S.A. v. Easylink Services Corporation*, WIPO Case No. D2002-1110; *Chambre de Commerce et d’Industrie de Rouen v. Marcel Stenzel*, WIPO Case No. D2001-0348 and *Brisbane City Council v. Warren Bolton Consulting Pty Ltd.*, WIPO Case No. D2001-0047.

Legitimacy

Respondent has a legitimate interest in the disputed domain name because it is using it in connection with a bona fide offering of services at its “www.mexico.com” website. Complainant’s own officials have previously acknowledged this. Complainant’s former director, Ms. Mancha, was previously the executive at Respondent’s advertising agency responsible for Respondent’s account under a \$27,000 per month advertising contract. Complainant’s current Assistant Director, Mr. Muñoz, submitted an affidavit to the USPTO which described mexico.com as a site offering many services different from those offered by Complainant.

Respondent’s “www.mexico.com” website is a classic example of bona fide use under the Policy. See e.g. *Pocatello Idaho Auditorium District v. CES Marketing Group Inc.*, NAF Case No. FA103186; *Kur- und Verkehrsverein St. Moritz v. StMoritz.com*, WIPO Case No. D2000-0617; *Brisbane City Council v. Warren Bolton Consulting Pty Ltd.*, WIPO Case No. D2001-0047; *Port of Helsinki v. Paragon International Projects Ltd.*, WIPO Case No. D2001-0002; *City of Hamina v. Paragon International Projects Ltd.*, WIPO Case No. D2001-0001 and *Newport News v. VCV Internet*, eResolution Case No. AF0238.

Complainant tries to avoid this substantial body of precedent by misrepresenting the nature of Respondent’s website and attempting to mislead the Panel into believing that Respondent’s intent all along was simply to profit from a sale of the domain name. Complainant also argues that Respondent’s goods and services cannot be bona fide because Respondent has been

banned on several spam lists. Complainant points to a person who sued Respondent for spam-related matters. In fact Respondent has never transmitted any spam. Because Respondent owns many domain names for its email service, it is particularly vulnerable to a problem known as spoofing whereby a spammer, desiring to hide its true identity, uses a forged return address at a domain name owned by an innocent third party, making it appear that the third party (in this case Respondent) transmitted the spam. Such was the case with the lawsuit against Respondent. Respondent requested a copy of the original email so it could be investigated, but this was never provided.

Respondent also has a legitimate interest under the Policy based on being known by the domain name. Respondent operates Mexico.com, Inc., and Mexico.com LLC, both wholly owned subsidiaries of Latin America Telecom. Respondent also owns registered trademarks in the U.S. and Mexico for Mexico.com.

Bad faith

The disputed domain name was not registered and is not being used in bad faith. Respondent's legitimate operation of the "www.mexico.com" website since 1997, contradicts bad faith.

Contrary to its argument that <mexico.com> is likely to create confusion with its licensed and borrowed marks, Complainant told the USPTO something different in 2001, when it was seeking to prevent its application to register <visitmexico.com> from being suspended due to [Respondent's] prior filed application to register <mexico.com>. There is no evidence of intent to cause confusion on the part of Respondent.

Complainant cannot prove that Respondent registered the disputed domain name with Complainant in mind. There is no evidence that Complainant possessed any trademark in November 1997, when the domain name was registered, and the earliest date that Complainant licensed any of the marks on which it relies is June 30, 2000 (mark 604142) almost three years later.

It is well established that a Complainant cannot meet its burden of proving bad faith registration of a domain name that is registered prior to the date of existence of Complainant's trademark, because Respondent could not have had knowledge of the mark: *Mytech Partners, Inc. v. Jeb's Corp.*, NAF Case No. FA135645. In *John Ode d/ba ODE and ODE – Optimum Digital Enterprises v. Intership Limited*, WIPO Case No. D2001-0074, the Panel explained:

“There are ample authorities supporting the view that a trademark that did not exist at the time the disputed domain name was registered cannot serve as the basis for a claim under the ICANN Policy, since it is impossible for the domain name to have been registered in bad faith”.

Here Complainant itself knew, even as late as July 2003, six years after the registration of the disputed domain name, that it had no such trademark rights, since it sought from the Government of Mexico assistance in seeking such trademarks to bring this case. Respondent's knowledge at the time of registration of the disputed domain name can hardly have been superior to that of Complainant. Respondent cannot be accused of registering a domain name with intent to profit from a trademark that Complainant did not possess, and

knew that it did not possess, at the time the domain name was registered.

The alleged sale discussions do not establish bad faith registration or use. Even if the Panel accepts Complainant's version of events, Respondent certainly would have been entitled to enter into negotiations to sell the disputed domain name upon Complainant's invitation: *Pocatello Idaho Auditorium District v. CES Marketing Group Inc.*, NAF Case No. FA103186. It would not constitute bad faith if, as Complainant alleges, Respondent registered the disputed domain name with intent to sell it, since the Policy requires registration with intent to sell it to "complainant who is the owner of the trademark". Here Complainant did not own any trademark incorporating MEXICO when the domain name was registered.

Complainant has also pointed to other domain names Respondent has registered which Complainant alleges contain famous marks. Respondent has registered many domain names that contain Spanish words and others that are reflective of Mexican culture to potentially use to offer as email addresses for its email service, of which 100 are currently so used. There are 600,000 users signed up for email service at Mexico.com. Most of the domain names are common words and terms, registered to give users a choice of email addresses that reflect diverse categories of interests. Respondent has never offered to sell any of these domains as Complainant alleges.

Reverse domain name hijacking

The facts and precedent clearly demonstrate the absence of any validity to the Complaint under each element of the Policy. Complainant has misrepresented every element. Complainant borrowed a design trademark for Mexico in February of this year under an agreement that states the loan of the mark is solely to "strengthen its position" in this proceeding – a mark which it must return after the proceeding is completed. Complainant claims Respondent does not operate a genuine web site when Complainant's former director had previously served as Respondent's advertising account executive, and its current assistant director was well aware of the services offered at Mexico.com three years ago based on Complainant's letter to the PTO. Complainant invited Mr. Schwartz to a meeting only to set him up for a trap intended to portray him as a cybersquatter, and it then misrepresented what occurred at the meeting. Notwithstanding the cost and effort Respondent has had to put in defending this baseless Complaint, Complainant has caused serious damage to Respondent's reputation and the "www.mexico.com" web site. If the facts of this case do not constitute reverse domain name hijacking, it is hard to imagine what would.

6. Discussion and Findings

Paragraph 15(a) of the Rules requires the Panel to decide a Complaint on the basis of the statements and documents submitted in accordance with the Policy, these rules and any rules and principles of law that it deems applicable.

Under paragraph 4(a) of the Policy, a Complainant bears the burden of showing:

- (i) that the domain name registered by the Respondent is identical or confusingly similar to a trademark or service mark in which the Complainant has rights; and

- (ii) that the Respondent has no rights or legitimate interests in respect of the domain name; and
- (iii) that the domain name has been registered and is being used by the Respondent in bad faith.

A. Rights in a trademark

The name Mexico is a geographical indication. While geographical indications are not protected as such under the Policy, they may nevertheless qualify for protection under the Policy as trademarks if registered as such or if shown by evidence of their use to have become distinctive of the goods or services of a particular trader. In this respect they may be protected as trademarks in the same way as descriptive (generic) words shown to have become distinctive: *Brisbane City Council v. Warren Bolton Consulting Pty Ltd*, WIPO Case No. D2001-0047; *City of Hamina v. Paragon International Projects Ltd.*, WIPO Case No. D2001-0001; *Port of Helsinki v. Paragon International Projects Ltd.*, WIPO Case No. D2001-0002; *Wembley National Stadium v. Tim Gordon*, WIPO Case No. D2000-1218; *Skipton Building Society v. Peter Colman*, WIPO Case No. D2000-1217; *City of Salinas v. Brian Baughn*, NAF Case FA104000097076; *Empresa Municipal Promoción Madrid v. Planners Planners*, WIPO Case No. D2002-1112; *HER MAJESTY THE QUEEN, in right of her Government in New Zealand et. al. v. Virtual Countries, Inc.*, WIPO Case No. D2002-0754; *Kur- und Verkehrsverein St. Moritz v. StMoritz.com*, WIPO Case No. D2000-0617; *Kur- und Verkehrsverein St. Moritz v. Domain Finance Ltd*, WIPO Case No. D2004-0158 (June 14, 2004) and the discussion at paragraphs 276 –286 of the Interim Report of the Second WIPO Internet Domain Name Process of April 12, 2001.

Complainant has not established that at the time of registration of the disputed domain name in 1997, it had any rights in any of the marks upon which it relies. It did not commence operations until 1999. Nor has Complainant shown, either prior to the registration of the disputed domain name or prior to the filing of the Complaint, use of any mark having as its dominant feature the name Mexico in such a manner as to have acquired secondary meaning denoting a sole source of goods or services.

However, Complainant has established that when it filed the Complaint, it was the registered proprietor of Mexican trademark 478857, which it had acquired by assignment from Banco Nacional under the terms of the “loan” agreement. Complainant has also established that when it filed the Complaint, it was the non-exclusive licensee, with the right to exercise legal actions to protect the trademark as if it were the holder, of Mexican registered trademarks Nos. 604142, 698252, 793376, 543888, 544179, 544180, 544181, 544182, 544682, 545584, 555025, 555026, 556600 and 561185.

A licensee of a mark, even a non-exclusive licensee, has sufficient rights for the purposes of paragraph 4(a)(i) of the Policy: *Grupo Televisa, S.A., Televisa, S.A. de C.V., Estrategia Televisa, S.A. de C.V., Videoserpel, Ltd. v. Party Night Inc., a/k/a Peter Carrington*, WIPO Case No. D2003-0796; *Telcel, C.A. v. jerm and Jhonattan Ramirez*, WIPO Case No. D2002-0309; *Ingram Micro Inc. v. RJ, Inc. and Rick Juarez*, WIPO Case No. D2001-0948 and *Brown Thomas & Company Limited v. Domain Reservation*, WIPO Case No. D2001-0592.

Panels have expressed divergent views on the important question whether the relevant time at which a complainant must show that it has rights in a trademark is the time of registration of the domain name or the time of the filing of the Complaint. See *Abt Electronics, Inc. v. Motherboards.com*, NAF Case No. FA0312000221239; *Travant Solutions, Inc. v. Cole*, NAF Case No. FA 203177; *Phoenix Mortgage Corp. v. Toggas*, WIPO Case No. D2001-0101; *Razorbox, Inc. v. Skjodt*, NAF Case NO. FA 150795; *Iogen Corp. v. IOGEN*, WIPO Case No. D2003-0544; *Chiappetta v. Morales*, WIPO Case No. D2002-1103; *Ode v. Intership Ltd.*, WIPO Case No. D2001-0074; *Digital Vision, Ltd. v. Advanced Chemill Sys.*, WIPO Case No. D2001-0827; *Firstgate Internet A.G. v. Soung*, WIPO Case No. D2000-1311; *eGalaxy Multimedia Inc v. T1*, NAF Case No. FA 101823; *Roberta Chiappetta dba Discount Hydroponics v. C. J. Morales*, WIPO Case No. D2002-1103.

The rationale for the divergent views was explained in *Joe Cole v. Dave Skipper*, WIPO Case No. D2003-0843, as follows:

“There are a large number of decisions in which a complaint that relied upon a trade mark that post-dated registration of the relevant domain name has failed. These include *Mr. Severiano Ballesteros Sota, Fairway, S.A. and Amen Corner S.A. v. Patrick Waldron*, WIPO Case No. D2001-0351. Where in the Policy is the rationale for this approach to be found? One possibility is that the words “at the time of registration” are to be implied at the end of paragraph 4(a)(i); i.e. to say that the relevant trade mark rights must exist at the time that the domain name is registered. Another approach is to accept that there is no such time restraint in paragraph 4(a)(i), but to say that the fact that a trade mark did not exist at the time of the domain name’s registration is a factor to be taken into account on the issue of bad faith. The latter approach is one that has been followed in a number of UDRP cases including, for example, the recent decision of *MADRID 2012, S.A v Scott Martin -MadridMan Websites*, WIPO Case No. D2003-0598”.

Many of the cases favouring the former approach appear to proceed on the assumption that bad faith is impossible unless the mark preceded the domain name. This Panel prefers the view expressed by the learned panelist in *ExecuJet Holdings Ltd. v. Air Alpha America, Inc.*, WIPO Case No. D2002-0669 (October 7, 2002):

“For the purposes of the Policy, a domain name registration can have been undertaken in bad faith even if the trade marks rights at which such bad faith was directed arose after the registration of the domain name. This might be the case where a registrant speculated on an impending merger between companies that would create a new name combining in whole or in part the names of the merger partners. Another example concerns the situation where a registrant based its registration of the domain name on its insider knowledge of the intentions of a (former) business partner or employer in relation to the latter’s development of a new trademark. From the intent of the Policy, it is clearly irrelevant whether a registrant intended to abuse an existing trademark right or one which that registrant specifically knew would arise”.

This Panel takes the view that if a Complainant has registered a trademark or otherwise established trademark rights prior to the filing of the Complaint, and the domain name is

found to be identical or confusingly similar to the mark, then the relatively low threshold requirements of paragraph 4 (a)(i) of the Policy are met. The mark may be a geographical indication but if it is a registered or common law trademark, there are trademark rights for the purpose of paragraph 4 (a)(i) of the Policy.

Accordingly the Panel finds that Complainant has rights in the marks of which it was assignee or licensee at the time it filed the Complaint.

B. Identical or Confusingly Similar

Many cases have established that “essential” or “virtual” identity is sufficient for the purposes of the Policy: *The Stanley Works and Stanley Logistics Inc. v. Camp Creek Co., Inc.*, WIPO Case No. D2000-0113, *Nokia Corporation v. Nokiagirls.com a.k.a IBCC*, WIPO Case No. D2000-0102; *America Online, Inc. v. Anson Chan*, WIPO Case No. D2001-0004; *Disney Enterprises, Inc. v. John Zuccarini, Cupcake City and Cupcake Patrol*, WIPO Case No. D2001-0489; *Komatsu Ltd. and Komatsu America International Company v. RKWeb Ltd.*, WIPO Case No. D2000-0995; *America Online, Inc. v. Andy Hind*, WIPO Case No. D2001-0642 and *The Toronto-Dominion Bank v. Boris Karpachev*, WIPO Case No. D2000-1571.

The “borrowed” mark “MEXICO and square design”, No. 478857 and the marks “MEXICO and design”, Nos. 604142 and 698252 all have as their dominant feature the capitalized word MEXICO. The Panel finds the disputed domain name to be virtually identical to these marks. The Complainant has established this element of its case with respect to these marks.

As to the marks EN EL CORAZON DE MEXICO and the various word and design marks TIANGUIS TURISTICO MEXICO, the Panel finds that the word MEXICO is not their dominant feature and the disputed domain name is not identical to any of them. The similarity evaluation is made purely on a comparison between the trademark and the alphanumeric string which makes up the domain name: *KeyCorp v. BruceBolton.com*, WIPO Case No. D2004-0234, applying earlier cases. For the same reason, the Panel finds the disputed domain name is not confusingly similar to any of those marks. Complainant has not established this element of its case with respect to those marks.

C. Rights or Legitimate Interests

On the material before the Panel, the Panel finds that Respondent registered <mexico.com> based upon the sense of MEXICO as a geographic name, not upon any trademark sense. Respondent has used the disputed domain name to operate a web site providing a portal to access a global information network featuring topics relating to Mexico, as Complainant admitted to the USPTO in 2001. Accordingly, the Panel finds that Respondent is and since 1997, has been making a fair and bona fide use of the domain name and thus has a legitimate interest in it.

Complainant has failed to establish this element of its case.

D. Registered and Used in Bad Faith

Even assuming that the word MEXICO was being used as a trademark by Complainant’s

predecessor, the Tourism Ministry of Mexico, it is inconceivable to the Panel that Respondent selected the domain name <mexico.com> because of any trademark sense of the word MEXICO, rather than because of its sense as the name of a country. That precludes a finding of bad faith registration. Furthermore, there is no indication that Respondent has used the disputed domain name in a manner related to its trademark sense rather than its geographic sense. Even if Respondent did offer it for sale to Complainant as alleged in the Complaint (five years after registration), the context of that offer makes clear that the value of the domain name derived from its geographic rather than its trademark sense.

Accordingly the Panel is not satisfied that the domain name was registered primarily for the purpose of selling, renting or otherwise transferring the registration to Complainant or to a competitor of Complainant; to prevent Complainant from reflecting a mark in a corresponding domain name nor primarily for the purpose of disrupting the business of a competitor.

Nor is the Panel satisfied that Respondent, by using the disputed domain name, has intentionally attempted to attract, for commercial gain, Internet users to its website or other on-line location, by creating a likelihood of confusion with Complainant's mark as to the source, sponsorship, affiliation or endorsement of Respondent's web site or location or of a product or service on its web site or location. In this regard, Complainant has not persuaded the Panel that Internet users, typing the word MEXICO into their browsers, expect to find the goods or services of Complainant, as distinct from goods, services or information about the country Mexico.

Nor is the Panel satisfied that there are any other circumstances evidencing bad faith registration or use on the part of Respondent.

Complainant has failed to establish this element of its case.

E. Reverse Domain Name Hijacking

The Complaint having failed, the Panel has regard to the Rules, paragraph 15(e):

“If after considering the submissions the Panel finds that the Complaint was brought in bad faith, for example in an attempt at reverse domain name hijacking or was brought primarily to harass the domain name holder, the Panel shall declare in its Decision that the Complaint was brought in bad faith and constitutes and abuse of the Administrative Proceeding.”

Reverse Domain Name Hijacking is defined in the Rules, paragraph 1 as “using the Policy in bad faith to attempt to deprive a registered domain name holder of a domain name.” To prevail on such a claim, a respondent must show either that the complainant knew of the respondent's unassailable right or legitimate interest in the disputed domain name or the clear lack of bad faith registration and use, and nevertheless brought the Complaint in bad faith: *Sydney Opera House Trust v. Trilynx Pty. Ltd.*, WIPO Case No. D2000-1224 and *Goldline International, Inc. v. Gold Line*, WIPO Case No. D2000-1151 or that the Complaint was brought in knowing disregard of the likelihood that the respondent possessed legitimate interests: *Smart Design LLC v. Hughes*, WIPO Case No. D2000-0993; or that the complainant knew it had no rights in the trademark or service mark upon which it relied and nevertheless

brought the Complaint in bad faith: *Dan Zuckerman v. Vincent Peeris*, WIPO Case No. DBIZ2002-00245; *HER MAJESTY THE QUEEN, in right of her Government in New Zealand, as Trustee for the Citizens, Organisations and State of New Zealand, acting by and through the Honourable Jim Sutton, the Associate Minister of Foreign Affairs and Trade v. Virtual Countries, Inc.*, WIPO Case No. D2002-0754.

Here there are two grounds for a finding of Reverse Domain Name Hijacking. First, the Panel considers that Complainant's submission in 2001 to the USPTO constitutes an acknowledgement both of Respondent's legitimate interest in the disputed domain name and that the disputed domain name was not registered and is not being used in bad faith.

Second, by majority, with Mr. Moreno-Torres dissenting, the Panel finds that Complainant acted in bad faith by relying on a mark borrowed for the purpose of improving its position in these proceedings.

Accordingly the Panel finds this to be a case of Reverse Domain Name Hijacking.

7. Decision

For all the foregoing reasons, the Complaint is denied and the Panel declares that the Complaint was brought in bad faith and constitutes an abuse of the Administrative Proceeding.

Alan L. Limbury
Presiding Panelist

Manuel Moreno-Torres
Panelist

David E. Sorkin
Panelist

Dated: July 19, 2004

Mediation Documents in Judicial Proceedings: In re Paternity of Emily C.B.

Court of Appeals, District II, Wisconsin

APPEAL from an order of the circuit court for Waukesha County: KATHRYN W. FOSTER, Judge. *Affirmed.*

Before Anderson, P.J., Brown and Snyder, JJ.

1. PER CURIAM. David B. appeals from an order transferring primary placement of his daughter, Emily C.B., to her mother, Stephanie C.S. He argues that there was insufficient change of circumstances to support the modification of primary placement and that the circuit court erroneously admitted evidence from a mediation session and records from David's treating therapist. We conclude there was sufficient evidence to support the circuit court's determination and that there was no error in the admission of evidence. We affirm the order.

2. Emily was born January 2, 1997. On January 30, 1997, Emily was left in her father's care. A stipulated judgment of paternity was entered May 6, 1998, providing for joint legal custody, primary placement with David, and periods of alternate physical placement with Stephanie conditioned on the completion of an AODA program, counseling, and the nonconsumption of drugs or alcohol during periods of placement.

3. On December 16, 1998, Stephanie filed a motion to modify placement and reopen the paternity judgment. As grounds, she asserted that she was not previously represented by counsel, did not understand the provision in the stipulation extending the application of Wis. Stat. §767.325(1)(a) (2001-02)¹ from two to eight years, and that the long travel distance made short periods of placement impractical. Litigation of this and other motions continued over the next few years. Although the stipulation's extension of the two-year period mandated by §767.325(1)(a) was declared void as a violation of public policy, Stephanie's motion was never fully resolved by order of the court.

4. On April 20, 2001, Stephanie moved to transfer primary physical placement to her under Wis. Stat. §767.325(1)(b). After resolution of disputes regarding psychological exams, the matter was tried over ten different days in February and March 2002. The circuit court found that David was antagonistic and unbending towards Stephanie and would not support a healthy relationship between daughter and mother. It found that relationship to be crucial and necessary to the child's best interest and that placement with Stephanie would foster a healthy relationship with both parents and provide predictability and stability for the child. The court ordered primary placement transferred to Stephanie on a gradual schedule but completed in full by the beginning of the 2002 school year.

5. David's opening salvo is that Stephanie's December 1998 motion did not plead a basis for reopening the judgment under Wis. Stat. §806.07 or for modification of placement within the first two years under Wis. Stat. §767.325(1)(a). This argument has no place in this appeal because in the circuit court the parties agreed that the posture of the case was to review placement after the passage of more than two years. We need only be concerned with the application of §767.325(1)(b) with respect to Stephanie's April 2001 motion for a change of primary placement.

6. To modify primary placement under Wis. Stat. §767.325(1)(b), two conditions must exist: modification is in the best interest of the child and a substantial change in circumstances has

occurred. *Licary v. Licary*, 168 Wis. 2d 686, 694, 484 N.W.2d 371 (Ct. App. 1992). Whether modification is in the best interest of the child is a discretionary determination by the circuit court that will not be disturbed unless the circuit court erroneously exercises that discretion. *Andrew J.N. v. Wendy L.D.*, 174 Wis. 2d 745, 764, 498 N.W.2d 235 (1993). It remains a truism that custody modifications are "peculiarly within the jurisdiction of the trial court, who has seen the parties, had an opportunity to observe their conduct, and is in much better position to determine where the best interests of the child lie than is an appellate court." *Id.* at 765 (citation omitted).

7. David first argues that the passage of time alone does not constitute a substantial change of circumstances.³ He implies that the passage of time here merely reflects Stephanie's continued sobriety and a change in her marital status. He equates those changes as merely changes in economic circumstances and marital status, which Wis. Stat. §767.325(1)(b)3 specifically lists as insufficient to meet the standards for modification. David ignores that the passage of time here also demonstrates the real effect of the placement arrangement on the child's ability to establish a meaningful relationship with her mother. The circuit court noted that while David adhered to the letter of the stipulated placement arrangement, he was not able to support the spirit of the agreement-to foster a relationship with the child's mother. Indeed David's own conduct in failing to properly explain to the child who her mother was, and his refusal to refer to Stephanie as the child's mother, created confusion for the child. Expert testimony supports the finding that the child was affected by David's unwillingness to acknowledge Stephanie as her mother. The finding that a substantial change of circumstances had occurred was not based solely on changes in Stephanie's economic circumstances or marital status.

8. Next, David contends that the circuit court did not properly link what qualified as a substantial change in circumstances and how a transfer of primary placement would be in the best interest of the child. We could not disagree more with David's assessment of the circuit court's decision. The court made specific findings relative to the need to place the child in a home where her relationship with her mother could be enhanced. It further found that placement with Stephanie would also serve to foster the child's relationship with both parents since Stephanie, unlike David, recognized the child's need to have an ongoing relationship with both parents. These findings overcome the presumption in Wis. Stat. §767.325(1)(b)2.b that continued placement with the parent with whom the child resides for the greater period of time is in the best interest of the child. David's contention that the circuit court failed to analyze the fifteen factors in Wis. Stat. §767.24(5),⁴ is without merit. In the bench decision, the circuit court touched upon each of those factors and explained why or why not the factor had an impact on the decision. The record demonstrates a proper exercise of discretion in modifying primary physical placement.

9. At trial, a tape of a mediation session from civil litigation between David and his older daughter was admitted into evidence.⁵ David contends this evidence was inadmissible under Wis. Stat. §904.085(3), which renders oral or written communications relating to a dispute in mediation inadmissible. Evidentiary rulings, particularly relevancy determinations, are left to the discretion of the circuit court and will not be upset on appeal unless the court erroneously exercises its discretion. *Shawn B.N. v. State*, 173 Wis. 2d 343, 366-67, 497 N.W.2d 141 (Ct. App. 1992). We will affirm the circuit court's discretionary ruling if it is supported by a logical rationale, is based on facts of record and involves no error of law. *Id.* at 367.

10. Wisconsin Stat. §904.085(4)(e) provides: "In an action or proceeding distinct from the dispute whose settlement is attempted through mediation, the court may admit evidence otherwise barred by this section if necessary to prevent a manifest injustice of sufficient magnitude to outweigh the importance of protecting the principle of confidentiality in mediation proceedings generally." The

tape was admissible under this section. A manifest injustice could be found to exist because the mental stability of both parties was the principal issue in dispute and the tape shed light on David's mental functioning as being quick to anger. Also, David had supplied the tape to the court-appointed psychologist and should not be permitted to selectively disclose its contents. We conclude it was not error to admit the tape.

11. David's final issue is that the circuit court improperly admitted session notes from his treating therapist because those notes were confidential under Wis. Stat. §905.04. The circuit court found that David had waived the privilege because he called his therapist, who had also treated his daughter Emily, as a witness. We agree that David should not be allowed to call the therapist with respect to Emily's treatment and selectively invoke the privilege. Although the treatment periods did not overlap, the therapist's knowledge and treatment of David could not be fully separated from treatment of Emily. Naturally, the therapist would use information learned during treatment of David in her dealings with Emily. Confidentiality required by §905.04(1)(b) was lacking. Additionally, David's mental condition was at issue in this case. Section 905.04(4)(c) provides that there is no privilege when the patient relies upon his or her mental or emotional condition as an element of the claim or defense. This exception additionally supports the circuit court's admission of the therapist's notes.⁶

By the Court.-Order affirmed.

This opinion will not be published. *See* Wis. Stat. Rule 809.23(1)(b)5.

1 Wisconsin Stat. §767.325(1)(a) establishes a cooling off period by preventing modification of placement within two years of the original determination unless there is substantial evidence that modification is necessary because the current custodial conditions are physically or emotionally harmful to the best interest of the child. *See Andrew J.N. v. Wendy L.D.*, 174 Wis. 2d 745, 764, 498 N.W.2d 235 (1993). After the two-year period, modification may be made when the court finds that it is in the best interest of the child and there has been a substantial change of circumstances. Sec. 767.325(1)(b).

All references to the Wisconsin Statutes are to the 2001-02 version unless otherwise noted.

2 On January 19, 1999, David filed a motion to quash the order for a custody and physical placement investigation. Although in July 1999, the parties reached an agreement increasing weekend placement with Stephanie, on September 22, 1999, the circuit court entered an order again referring the case to family court counseling for a custody investigation. In October 1999, Stephanie moved for a temporary order increasing placement and setting up a holiday schedule. The guardian ad litem moved for an order requiring both parties to submit to a psychological examination. Awaiting the psychological report, trial dates were set and adjourned.

3 To the extent that David contends that Stephanie's April 2001 motion and supporting affidavit itself were inadequate to even put forth an issue for trial, we reject it. David did not raise that issue in the circuit court.

4 Wisconsin Stat. §767.325(5m) provides that in all actions to modify physical placement orders, the court shall consider the factors under Wis. Stat. §767.24(5).

5 The civil litigation involved a dispute over a car. The existence of the tape was brought up during testimony of David's older daughter about her relationship with her father and whether the tape would reflect that the daughter was afraid to tell her father about her marriage.

⁶ We may affirm on grounds different than those relied on by the circuit court. *Vanstone v. Town of Delafield*, 191 Wis. 2d 586, 595, 530 N.W.2d 16 (Ct. App. 1995).

Mexico: UNCITRAL Model Law Related Case Law

Leonel Perezniato Castro & James A. Graham, Board of Editors

2004 was a good if not an excellent year for the Mexican Arbitration Community. Two main decisions had been handed out, rejecting fallacious arguments, and confirming that arbitration is an autonomous institution that does not obey to the general rules applicable to judicial proceedings. In the same way, as Mexico adopted the UNCITRAL Model Law on Arbitration, the following commented decisions might be considered by other States that also adopted the same international instrument.

Article 18 UNCITRAL

The sole fact of an existing friendship between an arbitrator and a party's lawyer cannot constitute per se a bias

In a case judged August 9, 2004, in first instance¹, party X claimed that the arbitration agreement contained in the contract should be nullified because the legal representative Y of the counterpart Z is also the director of the arbitration center that had been chosen in the mentioned agreement – and that this fact had never been disclosed to party X. Thus there would be a violation of the equality principle between parties, as Y could influence the choice of arbitrators and eventually their final decision on the merits. Furthermore, according to the claimant, the previewed arbitrators had friendship relations with Y. However, the judge considered first of all that there is no judicial competence in presence of an arbitration clause, and, second, the chosen arbitration center's rules establish proceedings to challenge the appointment of arbitrators which independence or neutrality could be compromised. As the first Circuit already ruled², the sole fact of an existing friendship between an arbitrator and a party's lawyer cannot constitute *per se* a bias. In 2004, the Supreme Court of the Federal District of Mexico confirmed the first ruling underlying that it had no jurisdiction to nullify the arbitral agreement at this stage and that it belongs to the arbitrators to rule on this point³.

On August 11, 2004, the Second District for Civil Matters for the Federal District of Mexico⁴ canceled the decision of the Supreme Court of the Federal District of Mexico, because Article 1424 of the Commerce Code, that corresponds to Article 8 of the UNCITRAL Model Law, establishes *expressis verbis* the State tribunals' competence for nullifying arbitration agreements, even if during the time of judicial proceedings the arbitration may go on.

² Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primero Circuito, 3782/2002, 3/5/2002.

³ Tercera Sala Civil del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, 692/2004.

⁴ Juez Segundo de Distrito en Materia Civil en el Distrito Federal, 556/2004-I.

Article 19 UNCITRAL

Only the dispositions of the Arbitration Law, and not national proceedings rules, apply to the organization of an arbitration.

The First Chamber of the Mexican Supreme Court of Justice ruled on June 2004 that the second paragraph of Article 1435 of the Commerce Code is constitutional. The mentioned Article corresponds to Article 19.2 of the UNCITRAL Model Law, and its second paragraph reads as:

"If no stipulation was made, the Arbitral Tribunal may, subject to the provisions of this Title [Title Four of Book Five of the Commerce Code], direct the arbitration in the manner it considers appropriate. This power conferred to the Arbitral Tribunal includes that of determining the admissibility, relevance and value of the evidence".

In a legal system such as that of Mexico that adheres to an extreme procedural formalism, the large cited powers of the arbitrator have been considered by a certain doctrine, which obviously is unfamiliar to arbitration, as an "excessive authority" that should be meant unconstitutional - not understanding that what the parties are looking for is exactly to avoid detailed formalities – the latter being one of the causes of the dysfunction of the judicial system.

In the dispute set forth, the Claimant invoked the Federal Code of Proceedings to allege that according to Mexican procedural rules, the judge [or the arbitrator] must adhere to the text of the law and only has those powers that such law establishes. Therefore to give an arbitral tribunal total discretionary powers regarding the evaluation of evidence has to be declared unconstitutional. In response, the Supreme Court ruled that an arbitral tribunal does not have an absolute discretion since its actions are governed by Title Four of the Fifth Book of the Commerce Code. There is thus a defined legal frame that obliges the arbitral tribunal to conduct arbitrations according to clear rules and in which fundamental procedural rights are granted to the parties, such as equal treatment of the parties and the right to a hearing (Article 1434 of the Commerce Code; Article 18 of the UNCITRAL Model Law). Another significant aspect of this decision is having rejected the argument developed by certain authors (and by the claimant) that Title IV must be completed by supplemental rules like the Federal Code of Proceedings.

In Breve: Party Appointed Arbitrator and Disclosure

9th Circuit, Fidelity Federal Bank

In *Fidelity Federal Bank* (2004) the Ninth Circuit found that party selection of arbitrators must put the parties on notice that the party appointed arbitrator is likely to have some personal or professional connection to the appointing party or its attorneys. If no party requires disclosure

statements from the arbitrators prior to the hearing then they do waive their right to seek vacation of the award based on evident partiality.

JAG

DE LA PRACTICA

Conflicto Familiar y Contexto Legal. La mediación como una alternativa. – II. Hacia una caracterización del conflicto familiar*.

Macarena Vargas Pavez, Chile

Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales

I - Introducción

El presente trabajo tiene por objeto abordar la relación existente entre la problemática familiar y el sistema de administración de justicia, con el fin de analizar, por una parte, la pertinencia y adecuación de la respuesta estatal actualmente viables y, por otra, las potencialidades de la mediación para el tratamiento de estos conflictos.

Para ello, en una primera parte se presenta una breve caracterización de la situación de la familia en nuestro país; en segundo término se describe la relación de la conflictiva familiar y el contexto legal en que ésta se inserta de acuerdo a la legislación vigente; para terminar en tercer y último lugar con una descripción de los principios y características que hacen de la mediación una opción alternativa – pero complementaria – a la jurisdiccional para la resolución de estos conflictos.

Como seres humanos en la medida que somos interdependientes el conflicto es siempre una posibilidad presente.

En los distintos ámbitos en que nos desenvolvemos en donde existe interacción entre dos o más personas cabe la posibilidad de que existan intereses opuestos o contradictorios.

El conflicto es inherente a la naturaleza humana y en general se le ha dado una connotación negativa que pone énfasis casi exclusivamente en las tensiones y enfrentamientos que acarrea. Sin embargo, desde un tiempo a esta parte desde distintas orientaciones conceptuales se le atribuye al conflicto un potencial de cambio en las relaciones, que moviliza y cuestiona, y que permite el desarrollo y crecimiento de los involucrados.

La familia como entendida como aquel conjunto de relaciones entre personas unidas por lazos afectivos y emocionales, y en donde se satisfacen - como en ninguna otra estructura social - las necesidades de desarrollo personal no puede estar exenta de conflictos (Kaluf y Maurás, 1997).

Si fuera posible categorizar las principales fuentes de conflictos o amenazas a que está expuesta la familia en general, podríamos distinguir las siguientes tres grandes áreas:

* La primera parte del artículo puede ser consultado en: *RLMA*, 2004.6.

- Ciclo vital familiar:

Este concepto teórico es especialmente útil a la hora de trabajar con familias⁵. Tal como el individuo, la familia atraviesa por una serie de etapas dentro de su desarrollo, etapas que se encuentran interconectadas unas con otras. Se trata de una travesía compleja que ha variado a lo largo de las últimas décadas, tanto por los cambios que ha experimentado la estructura de la familia, como por los cambios en el contexto externo.

Se han descrito como etapas del ciclo vital familia típicamente las siguientes etapas: formación de la pareja y comienzo de la familia, etapa de crianza inicial de los hijos, familias con hijos en edad preescolar, familias con hijos en edad escolar, familias con hijos adolescentes, familias con hijos en proceso de emancipación, familias con el nido vacío y parejas retiradas (Florenzano, 1995).

- Desafíos del mundo actual:

Además de los cambios propios del ciclo de vida familiar se suman los desafíos que el mundo actual ha ido imponiendo a la familia, como la incorporación de la mujer al trabajo, las exigencias económicas para la integración por medio del consumo, entre otras.

Tal como lo señala el informe sobre Desarrollo Humano en Chile, la debilidad actual de la familia chilena radica “en las dificultades para gestionar sin desintegrarse los desafíos” que el mundo actual le plantea (PNUD, 1998).

Tal vez uno de los factores de mayor incidencia ha sido el cambio del rol social de la mujer al incorporarse a la fuerza laboral, lo que ha llevado a rápidos cambios en los estilos de vida familiares, en donde ahora padre y madre trabajan y los roles de crianza, sustento y apoyo emocional, tienden a compartirse.

Otros desafíos lo constituyen los cambios socio- culturales en general, como por ejemplo la globalización de la cultura, la secularización progresiva de la sociedad, la mayor sobrevivencia de los miembros de la familia, la mayor movilidad geográfica, etc.

- Cambios estructurales de la familia:

También es importante consignar los cambios profundos en la constitución de la familia que han venido operando en la estructura familiar, como por ejemplo, significativos cambios en materia de uniones conyugales y en el perfil parental, entre otros.

Hoy existe un importante porcentaje de hogares con jefe de hogar femenino, generalmente en familias extendidas; se ha reducido el número de hijos por familia, hay una tendencia al retardo de la edad del matrimonio, ha aumentado el porcentaje de rupturas de pareja dando origen a las familias reconstituidas o reensambladas; ha aumentado el número de hijos nacidos fuera del matrimonio, entre otros profundos cambios experimentados en las últimas décadas.

A juicio de los expertos, esto explica que la expresión “la familia *está* en crisis” sea tan correcta como decir que la familia *‘siempre ha estado* en crisis”, pues siempre ha estado expuesta a

⁵ Las etapas que se describen dentro del ciclo vital corresponden a las vividas por muchas familias de clase media profesional en Estados Unidos, Europa y otras partes del mundo.

diferentes dificultades. De ahí que se prefiera hablar de “estres familiar” y reconocer que la familia está hoy día más expuesta que antes (Florenzano, 1995).

En este escenario es donde se desenvuelve hoy día la familia en Chile y tal como se señala el informe del PNUD 1998, la debilidad familiar radica en la incapacidad de hacer frente a estos estresores y desafíos sin desintegrarse, llegando a decir que la familia constituye una “fuente de seguridad amenazada”, en donde mantener un “nosotros” cohesionado internamente y dotarlo de fuertes vínculos es uno de los aspectos donde las familias experimentan sus crisis más agudas y secuelas profundas. Esta incapacidad de cohesión y estabilidad desestructuran a la familia y la exponen a rupturas internas y amenazas externas. (PNUD, 1998).⁶

La Encuesta de la Comisión Nacional de la Familia indica que si bien no existe información confiable acerca de las rupturas conyugales, existen diversos estudios que dan pistas sobre este punto. En general las cifras fluctúan entre un 12% y un 20% de separación entre parejas con hijos (Encuesta Nacional de la Familia, 1993).

Los datos censales de 1952 nos indican que el porcentaje de separados en esos años era en los hombres de un 0.8% y un 1.8% en las mujeres, mientras que en 1992 el porcentaje había aumentado a un 2.4% en los hombres y un 4.04% en las mujeres (Florenzano, 1995).

Un elemento que sirve para este análisis es el cruce de datos entre los matrimonios realizados y el número de nulidades falladas por sentencia por año. Los datos que entrega la Encuesta de la Comisión Nacional de la Familia señalan que en 1970 el porcentaje de nulidades correspondía al 2.1%, mientras que en 1990 este porcentaje asciende al 5.0%.⁷

Es innegable que la separación de una pareja es un hecho doloroso y que afecta tremendamente a los miembros de la familia: padres e hijos se ven envueltos en una situación difícil. En los padres genera habitualmente sentimientos de fracaso, unidos a sentimientos de dolor, inseguridad, soledad, pérdida, frustración, rencor, celos, rechazo, culpa y aún odio.

Los hombres, por lo general, deben dejar el hogar común, buscar donde vivir y alejarse de sus hijos. Las mujeres suelen quedarse con la responsabilidad de sacar adelante la familia, asumiendo todas las funciones que antes se compartían (Encuesta Comisión Nacional de la Familia, 1993).

Psicológicamente está demostrado que luego de la muerte de la muerte del cónyuge, la separación es una de las situaciones que genera un mayor nivel de angustia y estres al interior de una familia. Sin embargo, Florence Kaslow al comparar ambos acontecimientos señala que ésta última conlleva una mayor intensidad emocional, ya que la pareja se adapta mejor ante la pérdida definitiva de la pareja que ante la ruptura. Argumenta señalando que luego de la separación los ex cónyuges o ex convivientes no dejan de estar en contacto, lo que reaviva, por una parte, el resentimiento y el dolor, y por otra, las fantasías de volver a estar juntos. Comparativamente el período de duelo ante la muerte del cónyuge es de 1 año, mientras que esta etapa ante la ruptura, lleva entre 2 a 4 años (Bernal, 1998).

⁶ Este mismo estudio indica que de 26 familias entrevistadas, 8 presentan rupturas de su proyecto familiar o los motivos antes señalados, lo que equivale al 32% de los casos.

⁷ El número de nulidades es relativamente bajo, pues las cifras reflejan el número de personas que tienen los medios económicos para acceder a la justicia a través de una demanda de nulidad de matrimonio.

A lo anterior se suman aspectos económicos y sociales, no menos importantes. En general, luego de la separación disminuye el patrimonio de los miembros de la pareja en razón del reparto y distribución de bienes que deben realizarse. Desde una perspectiva social, hay una pérdida de status y se genera un grave conflicto de lealtades entre los familiares y los amigos, los que se inclinan hacia uno u otro miembro de la ex pareja.

Por su parte, la reacción de los hijos y su respuesta emocional frente a la ruptura y a la nueva organización familiar es otro factor a sopesar. Los hijos se ven enfrentados a cambios importantes en su vida cotidiana y en su desarrollo.

Los estudios indican que niños de igual edad reaccionan de formas similares. En general, los más pequeños (3 a 6 años) presentan alteraciones en los hábitos ya adquiridos, conductas agresivas y sentimientos de culpabilidad; mientras que los más grandes (13 a 18 años) – en plena adolescencia – se ven desconcertados por la ruptura, poseen sentimientos ambivalentes de suficiencia y de dependencia y buscan la opinión de los pares.

Sin embargo, independientemente de la edad de los hijos, ellos responden ante la separación – en todas sus etapas: antes, durante y después - de acuerdo a la forma en que sus padres resuelven sus diferencias.

Y es aquí donde reside una de las principales dificultades de los padres al momento de hacer frente a la separación. Por lo general, los padres inmersos en la tensión y el dolor de la ruptura involucran inapropiadamente a sus hijos. En ocasiones los transforman en objeto de disputa y negociación para la obtención de sus propios intereses, en otras los hacen partícipes – y protagonistas - de las decisiones familiares y, en otras, los hijos se convierten en verdaderos “chivos expiatorios” de sus padres.

Esto ocurre por la dificultad de la pareja de distinguir adecuadamente dos dimensiones de su vida familiar: por una parte, la conyugalidad (relación de pareja propiamente tal) y por otra, la co-parentalidad (relación padre-hijo). Si bien, ellos han dejado de ser pareja - quiéranlo o no - les une “de por vida” la relación de padres de sus hijos.

Los estudios indican que las consecuencias negativas de la separación suelen atenuarse cuando ésta se da en “buena forma”, y especialmente, cuando se les explica a los niños lo que está ocurriendo, asegurándoles que no es culpa de ellos. (Encuesta Comisión Nacional de la Familia, 1993).

Conforme a los resultados de un estudio que consultó a padres separados acerca de los efectos de la ruptura en ellos y en sus hijos, sólo un tercio (31.0%) de los entrevistados informan que llegaron a un acuerdo “conversado” con su pareja para resolver aspectos relativos a gastos de los hijos. Otro tanto logró un acuerdo a través de un juicio de alimentos (21.7%) y un porcentaje menor consiguió un acuerdo a través de abogados (6.1%). La gran mayoría de los entrevistados señaló que no había habido acuerdos entre ellos (41.1%). A medida que se desciende en la escala social, es más frecuente la ausencia de acuerdos y el logro de éstos a través de juicios de alimentos (Reyes y Muñoz, UC).

A continuación se extrae un cuadro con los resultados señalados.

Acuerdo conversado	31.0%
--------------------	-------

Acuerdo a través de juicio de alimentos	21.7%
Acuerdo a través de abogados	6.1%
Sin acuerdo	41.1%

Como resultado de una separación surgen nuevas organizaciones familiares. La familia – cualquiera hubiese sido su constitución y estructura anterior – se verá ahora enfrentada a reorganizarse física y emocionalmente, y se verá obligada a tomar decisiones que repercutirán en su vida futura.

En este proceso de re-organización y adaptación las familias pueden seguir distintos caminos.

Uno de ellos es la constitución de una familia nuclear monoparental, la que se define como aquellas familias formadas por uno de los padres con hijos menores dependientes o hogares formados por madres solteras y viudas.

Según datos de 1990 este tipo de hogares constituye el 9.2% del total de hogares del país y de éstos un 41.3% tiene a una mujer como jefa de hogar (Encuesta Comisión Nacional de la Familia, 1993).

Otra organización que surge como estrategia frente a la separación de pareja es la constitución de familias extendidas, es decir aquellas formadas por la pareja, con o sin hijos, más otros parientes.

Al año 1990 este tipo de hogares constituía el segundo tipo de familia más difundido (23.6%). Se concentran principalmente en las etapas más avanzadas del ciclo vital familiar, mayoritariamente en familias formadas por personas sobre los 60 años y de hijos mayores de 19 años, los que participan activamente en el aporte de ingresos económicos (Encuesta Comisión Nacional de la Familia, 1993).

Finalmente, una tercera estrategia como resultado de la separación consiste en formar nuevas uniones conyugales, dando origen a las llamadas familias reconstituidas o reemsabladas, en las que uno o ambos miembros tienen hijos de relaciones anteriores, los que se unen a los hijos propios de esta nueva relación.

Según los estudios, un porcentaje no menor de los padres separados forman nuevas parejas, dando origen a nuevas organizaciones familiares, las que como es posible suponer, presentan características propias.

Existen varios tipos de familias reconstituidas, según los hijos vivan con el padre o la madre; según sean separados, viudos o solteros; según si ambos tengan o no hijos de uniones anteriores, entre otros factores.

Según los datos de la Encuesta de la Comisión Nacional de la Familia las familias reconstituidas fluctúan entre un 9.2% y 14%, los que aumenta a partir de los 35 años de edad.

Familia nuclear monoparental	9.2%
Familia extendida	23.6%
Familia reconstituidas o reensambladas	9.2% a 14%

* Datos extraídos de la Encuesta Nacional de la Familia, 1993.

II – Conflicto familiar y contexto legal

La legislación chilena aborda la temática familiar en forma dispersa e inorgánica. Existen diversas leyes que regulan los conflictos familiares desde distintas áreas y perspectivas: violencia intrafamiliar, adopción, maltrato infantil, leyes sustantivas del Código Civil, matrimonio civil, entre otras muchas que dan cuenta de una “superabundancia normativa” en la materia.

Esta situación ha derivado en que distintos tribunales sean competentes para conocer distintos aspectos de un mismo conflicto familiar que afecta a las mismas personas. Un ejemplo paradigmático lo constituye la situación que se plantea cuando una mujer afectada por una situación de violencia intrafamiliar que ha desencadenado la ruptura de la relación conyugal se ve enfrentada, por una parte, a presentar una demanda de alimentos para sus hijos en un juzgado de menores, y por otra, una denuncia por actos de violencia intrafamiliar ante un juzgado civil. Ahora bien, si a consecuencia del maltrato se constatan lesiones, entonces será competente para conocer el asunto, un juez del crimen.

Esta situación lamentablemente no es infrecuente en nuestro sistema de administración de justicia. Ello ha llevado a los jueces, abogados y expertos a recomendar la creación de un tribunal que concentre el conocimiento de todos los asuntos civiles que conciernen a una familia en crisis en una misma sede jurisdiccional.⁸

Dado el amplio espectro de legislación familiar existente, en este punto nos abocaremos solamente al estudio de aquellas materias que por sus características constituyen – a nuestro juicio – consecuencias de la ruptura de una pareja y de la necesidad de reorganización familiar señalada anteriormente.

Las principales normas legales que regulan este aspecto del conflicto familiar se encuentran contenidas en el Código Civil (Libro I, Título IX, “De los derechos y obligaciones de los padres y los hijos”), normas que fueron recientemente modificadas por la denominada “Ley de Filiación”.⁹

Vale la pena transcribir algunas de las nuevas normas vigentes de modo de conocer el espíritu que inspiró al legislador en estas materias. Algunos de los artículos de este párrafo son:¹⁰

⁸ En noviembre de 1997 el Ministerio de Justicia envió al Congreso Nacional el “Proyecto de ley que crea los Tribunales de Familia”, el cual hasta esta fecha se encuentra en proceso de tramitación parlamentaria

⁹ Ley 19.585 que modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación publicada en el Diario Oficial el 26 de Octubre de 1999.

¹⁰ El énfasis es mío.

Artículo 222: “Los hijos deben respeto y obediencia a sus padres. La preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”.

Artículo 224: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos. El cuidado personal del hijo no concebido ni nacido durante el matrimonio, reconocido por uno de los padres, corresponde al padre o madre que lo haya reconocido. Si no ha sido reconocido por ninguno de los padres, la persona que tendrá su cuidado será determinada por el juez”.

Artículo 225: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos. No obstante, mediante escritura pública, o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre. Este acuerdo podrá revocarse, cumpliendo las mismas solemnidades.

En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de los padres. Pero no podrá confiar el cuidado personal al padre o madre que no hubiere contribuido a la mantención del hijo mientras estuvo al cuidado del otro padre, pudiendo hacerlo.

Mientras una subinscripción relativa al cuidado personal no sea cancelada por otra posterior, todo nuevo acuerdo o resolución, será oponible a terceros.”

Artículo 227: “En las materias a que se refieren los artículos precedentes, el juez conocerá y resolverá breve y sumariamente oyendo a los hijos y a los parientes. Las resoluciones que se dicten, una vez ejecutoriadas, se subinscribirán en la forma y plazo que establece el artículo 225”.

Artículo 229: “El padre o madre que no tenga el cuidado personal de un hijo no será privado del derecho ni quedará exento del deber, que consiste en mantener con él una relación directa y regular, la que ejercerá con la frecuencia y libertad otorgada con quien lo tiene a su cargo, o, en su defecto, con las que el juez estimare conveniente para el hijo.

Se suspenderá o restringirá el ejercicio de este derecho cuando manifiestamente perjudique el bienestar del hijo, lo que declarara el tribunal fundadamente”

Artículo 230: “Los gastos de educación, crianza y establecimiento de los hijos son de cargo de la sociedad conyugal, según las reglas que tratando de ellas se dirán. Si no la hubiere, los padres contribuirán en proporción a sus respectivas facultades económicas.

En caso de fallecimiento del padre o madre, dichos gastos corresponden al sobreviviente”.

Artículo 233: “En caso de desacuerdo entre los obligados a la contribución de los gastos de crianza, educación y establecimiento del hijo, ésta será determinada por de acuerdo a sus facultades económicas por el juez, el que podrá de tiempo en tiempo modificarla, según las circunstancias que sobrevengan”.

Estas normas del Código Civil se vinculan luego con las contenidas en las leyes especiales. En primer lugar se relacionan directamente con la ley de menores 16.618, que regula la judicatura de menores, sus atribuciones y competencias, como así mismo el procedimiento correspondiente.

Esta ley según se establece en su artículo primero se aplica a los menores de edad, sin perjuicio de disposiciones especiales. Asimismo se señala que el conocimiento de los asuntos de que trata esta ley y la facultad de hacer cumplir las resoluciones que recaigan en ellos corresponderá a los Juzgados de Letras de Menores (art. 18).

De acuerdo a la ley – y a lo que a este trabajo respecta - los jueces de letras de menores conocen de las siguientes materias (art. 26):

“Corresponderá a los jueces de letras de menores¹¹:

1. Determinar a quién corresponde la *tuición* de los menores, declarar su suspensión o pérdida de la patria potestad y autorizar la emancipación;
2. Conocer las demandas de *alimentos* deducidas por menores, o por el cónyuge del alimentante, esté o no divorciado, cuando solicitare alimentos conjuntamente con sus hijos menores;
3. Ordenar la *entrega a la madre de los hijos menores*, o a la persona que los tenga a su cargo, *de hasta el 50% del sueldo, salario, pensión o cualquiera otra retribución de dinero que perciba el padre de esos menores* en razón de su trabajo u oficio, en el caso de que hubiese sido declarado vicioso por el juez de letras de menores.

Para los efectos del inciso anterior, se presumirá de derecho que el padre es vicioso cuando hubiere sido condenado por ebriedad más de una vez en el año.

*El juez ordenará, igualmente la entrega del mismo porcentaje en dinero a la madre de hijos menores que se encontraren en los casos de los incisos anteriores.*¹²

4. Resolver sobre la *vida futura del menor* en el caso del inciso segundo del art. 233 del Código Civil, y cuando éste se encontrare en peligro material o moral”.

En relación con la fijación de un régimen de visitas, el artículo 48 de la misma ley señala que cada vez que se confiare un menor a alguno de sus padres o a un tercero, deberá establecer en la resolución respectiva la *obligación de admitir que sea visitado* por quien carece de tuición, determinándose la forma en que se ejercitará este derecho.

Las normas del Código Civil modificados por la nueva ley de filiación se vinculan también con la ley n° 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias que regula el procedimiento de los juicios de alimentos.

¹¹ El énfasis que a continuación se aprecia en estos artículos es mío.

¹² Se refiere a los numerales 1 y 2 del mismo artículo.

Esta ley establece que los juicios sobre alimentos se tramitarán de acuerdo al procedimiento ordinario, pero sin los trámites de réplica y duplica y alegatos de buena prueba (art. 1°). Corresponde conocer de ellos – cuando se deban a menores o al cónyuge del alimentante y éste los solicitare conjuntamente con sus hijos menores – al juez de letras de menores (art. 3°).

De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE), a través de su Anuario de Justicia, durante los años 1981-1995, las materia de mayor demanda en los tribunales de menores son las causas de pensiones alimenticias con un 52.4%, seguidas por un 15.82% correspondiente a causas de tuición y un 11.05% a causas de régimen de visitas y el resto corresponde a otras materias.

Materias	Porcentaje de ingreso
Pensiones alimenticias	52.4%
Tuición	15.82%
Visitas	11.5%

Como se aprecia, el 79.72% - de las materias que conocen los tribunales de menores de nuestro país corresponden a demandas por pensiones de alimentos, de régimen de visitas y de tuición, las que generalmente se ven asociadas a las rupturas conyugales o de parejas.

Sometidos estos asuntos a conocimiento de un tribunal y luego de seguir el procedimiento correspondiente, el juez dictará una sentencia la que – sin dudarle - vendrá a constituir el eje o la base sobre la cual esa familia ha de reorganizar su vida.

¿Con quién vivirán los hijos?

¿Qué tipo de contacto tendrán con el padre que no vive con ellos?

¿Cómo se definirán las pautas de crianza?

¿Dónde vivirán físicamente cada uno de los padres?

¿Cómo se distribuirán los bienes adquiridos durante el matrimonio o convivencia?

¿Cuál será el aporte económico del padre que se va de la casa a la mantención de los hijos?

¿Qué aspectos cubrirá esta mantención económica?

Todos estos temas y muchos otros – que son propios de la separación de una pareja – son objeto de un proceso judicial ante tribunales de menores cuando se ventilan juicios de alimentos, tuición y visitas. De acuerdo a las normas propias de cada tipo de procedimiento, el juez conocerá los hechos, ponderará las pruebas y resolverá a través de la adjudicación de derechos a una de las partes.

Dada la lógica adversarial que prima en los procesos judiciales, las partes se miran como contrarios, se defienden, se atacan, en escaladas que en ocasiones son bastante violentas. En este

escenario el juez está llamado a zanjar la disputa a través de la dictación de una sentencia judicial, la que necesariamente se pronunciará acogiendo o rechazando las pretensiones de las partes, con lo cual no hace sino señalar un vencedor y un vencido en esta batalla judicial.

En ocasiones, la decisión del tribunal constituye la única vía posible o recomendable para resolver el caso. Se necesita que un tercero imparcial decida y señale los derechos de cada parte, pues las posiciones, actitudes y necesidades de los involucrados no permiten otras posibilidades.

Sin embargo, hay otras situaciones en que la intervención judicial – por su naturaleza – ahonda el conflicto y somete a los miembros de la familia a un costo y desgaste emocional tremendamente alto.

Uno de los efectos más serios que este tipo de resolución produce en la familia es que deja a los padres en desventaja en su rol parental, en el ejercicio cotidiano de ser padres. Una de las funciones más importantes y difíciles de los padres dice relación con el cuidado normativo de los hijos – límites, disciplina, premios, castigos – pues a través de este cuidado se van inculcando valores, principios y pautas de convivencia para el futuro. Una decisión de este tipo – víctima/victimario o vencedor/vencido - genera un desequilibrio que viene a romper la posible cooperación entre ellos, tan necesaria para ejercer las funciones normativas con los hijos.

Otro efecto dice relación con la salud mental de los niños que se ven involucrados en estas situaciones. Un estudio realizado por tesis de la Universidad Santo Tomás acerca de la sintomatología que presentan niños de padres separados que disputan judicialmente el régimen de visitas nos aporta nuevos datos. Habiendo aplicado cuestionarios de mediación de sintomatología depresiva y ansiedad infantil a tres grupos de niños entre 9 y 12 años de la Región Metropolitana, se obtuvieron los siguientes resultados¹³:

Grupos de niños	Sintomatología depresiva	Sintomatología ansiosa
Niños cuyos padres se encuentran separados y reclaman judicialmente el ejercicio del derecho de visitas	62.5%	68.7%
Niños cuyos padres se encuentran separados y han logrado un acuerdo extrajudicial acerca del ejercicio del derecho de visitas	31.3%	18.7%
Niños pertenecientes a un grupo familiar unido entre sí por vínculos de consanguinidad, filiación y alianza (incluyendo las uniones de hechos cuando son estables).	0.0%	0.0%

A la luz de estas y otras consecuencias - que por razones de extensión no se abordarán en este trabajo – es cuando cabe preguntarse acerca de la viabilidad de otras fórmulas de resolución de conflicto índole familiar.

Cuando la decisión judicial no parece apropiada para la situación familiar particular, ¿qué otras vías ofrece el sistema de administración de justicia para resolver estos conflictos?

¹³ Silva, Claudia y Vicencio, Luis Alberto: “Sintomatología depresiva y ansiosa en hijos de padres separados que disputan judicialmente el régimen de visitas”. Tesis para optar al título de psicólogo, Escuela de Psicología, Universidad Santo Tomás, Santiago, enero de 1999.

III - La mediación como alternativa

La mediación ha sido definida como aquel mecanismo de resolución de conflictos en el cual un tercero imparcial – llamado mediador ayuda a las partes a buscar una solución que satisfaga los intereses y necesidades de cada uno de los participantes.

Se sustenta sobre los principios de la autodeterminación de las personas – control sobre su propia vida; la participación colaborativa, la imparcialidad o equidistancia del mediador y la confidencialidad.

La definición antes expresada entrega los elementos más importantes que hacen de la mediación un sistema especialmente apropiado para la resolución de aquellos conflictos que se producen entre personas que, como en el caso de la familia, están llamadas a convivir por largo tiempo por estar unidas en relaciones de carácter permanente.

Frente a esta situación, los conflictos de familia requieren de un tratamiento integral, que permita a esas familias en crisis volver a estructurar y estabilizar el equilibrio perdido.

Y en el ámbito de la justicia, la mediación ofrece un espacio hacia la búsqueda de soluciones participativas, no confrontacionales y al logro de consensos satisfactorios para todos sus miembros: padres e hijos.

En materia de conflictos de familia, constituye en una herramienta muy eficaz que permite resolver los conflictos que se producen entre sus miembros de una manera no rupturista, sino tendiente a la recreación de vínculos y al asentamiento de bases para una convivencia respetuosa. En los casos de la separación de pareja, la mediación apunta a que esta ruptura no se traduzca en un rompimiento de la familia, sino sea ella misma la que genere una nueva organización familiar sobre la base del respeto y el entendimiento.

Esto último constituye una de las principales potencialidades de la mediación, pues permite trazar una línea divisoria entre la definición de aspectos relativos a la relación de pareja – conyugalidad - y la definición de aspectos concernientes a la relación entre padres e hijos – parentalidad, de la que se ha venido hablando.

En ese contexto, los principios de la mediación cobrando especial relevancia.

- ***Audeterminación:*** El mediador incentiva a las partes para que ellas mismas creen la alternativa que mejor se adapte a su situación. Son los propios afectados, los que según sus intereses y necesidades, deciden los caminos a seguir. Así, la solución nace de un acuerdo negociado, en el que se establecen reglas de conducta para la vida cotidiana futura, emanadas de la equidad y de la experiencia.
- ***Participación colaborativa:*** La mediación persigue “asociar” a las partes en la búsqueda de una solución mutuamente satisfactoria al conflicto. No se trata de decidir cuál de las partes tiene razón y cual no, sino de reestablecer la comunicación entre ellas y encontrar una solución que tome en cuenta los intereses de ambas, construyendo así un nuevo equilibrio entre las partes.

- **Confidencialidad:** La confidencialidad permite que las personas se comuniquen e interactúen libremente en un ambiente protegido, en donde la posibilidad de expresar las emociones y sentimientos, se releva y se estimula. La confidencialidad que debe mantener el mediador sobre los relatos de las partes permite que expresen sin temores sus necesidades y las confronten con las del otro. Este secreto o confidencialidad de la mediación allana el camino para evitar sospechas y hace más transparente los procesos de comunicación.
- **Imparcialidad del mediador:** La figura de un tercero que facilita la comunicación y el entendimiento entre las personas y las ayuda en la búsqueda de acuerdos, se realiza por su carácter imparcial. El mediador conduce el proceso, equilibra los tiempos y releva la necesidad del respeto mutuo, lo que produce en las personas un efecto de confianza y credibilidad.

Por otra parte, se atribuye a la mediación un efecto secundario denominado deuteroprendizaje. En muchos casos, la participación en un proceso de mediación, permite a esa familia vivenciar que es posible “acordar” con el otro, a pesar que las relaciones personales se hayan roto definitivamente. La mediación tiene en sí un valor pedagógico que es susceptible de extrapolar a otras esferas de interacción del individuo.

Otros beneficios adicionales de la mediación - de gran importancia en la tarea de modernizar la justicia - se refieren a la rapidez de la gestión; al descongestionamiento de tribunales; a los niveles de cumplimiento voluntario de los acuerdos.

La experiencia de otros países que ya utilizan desde hace años este mecanismo - Estados Unidos, Canadá, Francia, Colombia y Argentina - demuestra que el tiempo de duración de la mediación es breve que el de los procedimientos judiciales para materias equivalentes.

En Estados Unidos una de las principales expresiones de la aplicación de la mediación y otros mecanismos alternativos en programas anexos a los tribunales, la constituyen las denominadas “Multi-doors courthouse” – programas de resolución alternativa de conflictos anexos a los tribunales - implementadas en Estados Unidos desde 1984.

Una investigación acerca de los resultados de estos programas en los estados de Washington, New Jersey y Massachusetts arrojó interesantes conclusiones sobre su aplicación de éstos y resultados (Documento National Center for State Courts, 1994).

Preguntados los usuarios del servicio por el proceso y su percepción respecto de él un 90% dijo haber quedado completa o parcialmente satisfecho con el servicio de mediación y que un 92% señaló que volvería usarlo de nuevo en caso de requerirlo.

En cuanto al nivel de acuerdos alcanzados, en el caso del programa de Washington D.C., del total de casos mediados un 87% terminó con un acuerdo; en el programa de New Jersey un 55% de los casos finalizó con acuerdo y en Massachusetts, un 63% concluyó de esta forma.

Otra significativa experiencia la constituye el Proyecto Piloto de Mediación de Argentina llevado a cabo por el Ministerio de Justicia durante los años 1994 y 1995. Esta experiencia comenzó con 10 tribunales - 3 juzgados de familia y 7 juzgados patrimoniales – los que luego fueron ampliados a 20 (Ministerio de Justicia, Argentina, 1997).

Una evaluación posterior de la experiencia indicó que del total de causas mediadas en materia familiar el nivel de acuerdos alcanzó a un 52.34%. Por su parte, en materia patrimonial el porcentaje de acuerdos alcanzó la cifra de 42.79%.

En España se desarrolla desde 1991 un Programa de Mediación del Ministerio de Asuntos Sociales dirigido a parejas que hayan decidido romper su convivencia. Una evaluación del trabajo realizado indicó que del total de personas atendidas (2.859 personas) cerca del 70% de las parejas que iniciaban un proceso de mediación alcanzaban un mutuo acuerdo. A ello se suma una labor de información y derivación telefónica y personal en un número superior a 400 usuarios (Bernal, 1998).

En nuestro país, la mediación constituye – todavía - un concepto desconocido para la gran mayoría de las personas que llegan a los tribunales solicitando la resolución de un conflicto de familia.

En sectores de bajos ingresos, los recursos sociales y económicos son menores de modo tal que las alternativas de solución son restringidas y se concentran casi exclusivamente en la decisión jurisdiccional. En sectores medios y altos en donde en el nivel educacional es superior, las personas poseen mayores recursos sociales y económicos para hacer frente a una situación conflictiva, pudiendo solicitar apoyo profesional a terapeutas, abogados, asistentes sociales, entre otros.

Sin embargo - e independientemente del nivel socio-económico y cultural de las personas - la posibilidad de participar en un proceso de mediación no figura dentro de las alternativas a evaluar al momento de buscar vías de solución.

Desde un tiempo a esta parte – aproximadamente desde 1996 en adelante – se han venido desarrollando en nuestro país un conjunto de iniciativas tendientes a dar a conocer, sensibilizar y posesionar a la mediación como un mecanismo adecuado para la resolución de conflictos de familia.

El Ministerio de Justicia se despachó al Congreso Nacional el Proyecto de Ley que crea los Tribunales de Familia, el cual incorpora una instancia de mediación, a raíz de lo cual desde 1997 se desarrolla un programa piloto destinado a conocer y evaluar la aplicación de la mediación en el contexto de los tribunales de Justicia.

Este programa denominado **“Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales – Mediación Familiar”** y que cuenta con la colaboración con el Poder Judicial, opera sobre la base de ofrecer a los usuarios del sistema de administración de justicia la alternativa de la mediación familiar para resolver el problema que los ha llevado al tribunal.

Para ello se han implementado dos centros de mediación - en Santiago y en Valparaíso – que cuentan con equipos profesionales interdisciplinarios formados por abogados, asistentes sociales y psicólogos, además de personal administrativo.

Hasta la fecha, la experiencia ha sido evaluada positivamente tanto por jueces, funcionarios, mediadores y personas que han solicitado mediación. Del total de casos mediados un porcentaje cercano al 60% ha finalizado con un acuerdo, lo que alienta la promoción e impulso de estos mecanismos alternativos en el área familiar como en otros ámbitos de acción: conflictos comunitarios o vecinales, conflictos laborales, conflictos medioambientales, entre otros.

El paso de una cultura confrontacional a una “cultura del diálogo” es tal vez uno de los desafíos más grande que nos plantea la mediación como mecanismo de resolución de conflictos. Implica dar un salto cualitativo a nivel personal como colectivo en el modo de enfocar y manejar nuestros conflictos, nos invita a desarrollar nuevas habilidades sociales basadas en la tolerancia y respeto mutuo y a buscar caminos para el desarrollo de una convivencia social pacífica.

Se trata de una verdadera revolución cultural que como tal no está exenta de dificultades y vallas que atravesar, la que comienza con un proceso de conocimiento, difusión y legitimación, tanto respecto de los operadores del sistema de administración de justicia – jueces, funcionarios, abogados, asistentes sociales, profesionales vinculados, etc - como respecto de aquellas familias que necesitan o puedan necesitar mecanismos más cercanos, más amigables y más participativos para la resolución de sus conflictos.

BIBLIOGRAFIA

1. Falicov, C. "Transiciones de la Familia", Amorroutu Ediciones, Buenos Aires, 1991.
2. Varios autores, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo – PNUD, Desarrollo Humano en Chile, "Las paradojas de la modernización", Editorial Trineo, 1998.
3. Florenzano, Ramón, "Familia y salud de los jóvenes", Ediciones Universidad Católica de Chile, Ediciones Salesianos, 1994.
4. Kaluf, Cecilia y Maurás, Marta, "Regreso a casa. Familia y Políticas Públicas", Colección Cuadernos de Debate, Editorial Santillana y UNICEF, Colombia, 1997.
5. Ministerio de Justicia de la Nación, Secretaría de Justicia, "Mediación, Proyecto Piloto, Implementación, desarrollo y evaluación", Buenos Aires, 1997.
6. Silva, Claudia y Vicencio, Luis Alberto: "Síntomatología depresiva y ansiosa en hijos de padres separados que disputan judicialmente el régimen de visitas". Tesis para optar al título de psicólogo, Escuela de Psicología, Universidad Santo Tomás, Santiago, enero de 1999.
7. Bernal, Trinidad. "La mediación: Una solución a los conflictos de ruptura de pareja", Editorial Colex, Madrid, 1998.
8. Anuario de Justicia, Instituto Nacional de Estadísticas, años 1981 a 1995.
9. Comisión Nacional de la Familia, Informe de la Comisión Nacional de la Familia, Sernam, 1994.
10. Reyes, Carmen y Muñoz, Mónica, "Padres separados: Formas de separarse y percepción de los efectos de su ruptura conyugal en su vida y la de sus hijos", Proyecto n° 1960537-6, Escuela de Psicología, Universidad Católica de Chile, Santiago.
11. National Center for State Courts y State Justice Institute, "National Symposium on Court-Connected Dispute Resolution

Social Skills and Mediation in the School Curricula

Ana Prawda & Patricia Lacovone, Argentina

Deep changes that affect the different spheres of economic, social, political and cultural life are a sign of the times. Just to mention a few: the productive processes, the volume of information handled, the organization of the economies, the ways of communicating, social dynamics, the society and its institutions, the systems of government and the distribution of wealth, at global, national and local level.

The present shifts in paradigms also have an impact in education, its institutions and the objectives traced for the education of students who will be part of a world in permanent and vertiginous mutation.

The new paradigms force us to adopt innovative actions to help students acquire the required skills to be able to participate in a complex context, in an immediate future (Iacovone, 2003). Consequently, education at all levels is facing challenges that need deep changes that go beyond the formal educational systems. It is important to place education within the framework of a society which is permanently in need to learn how to learn and to adapt throughout life.

Everyday preschoolers, primary and secondary students, trainees of different disciplines (called tertiary training colleges in Argentina) and university students will interact with people of different origins, sex, age, social background and educational level. When interacting, students construct ways of thinking, feeling, acting and teaming up; as misunderstandings and mix ups arise at work, also the search for solutions to problems.

So students need social skills to be able to listen effectively and to have empathy with others, to transmit ideas clearly, to negotiate or to mediate agreements when conflicts take place. And more importantly, to be able to center their actions on tolerance, solidarity, nondiscrimination and respect for diversity.

School is the ideal scenario where to learn these social skills. Learning and training in mediation techniques and strategies facilitate the construction of those skills and cognitive development.

Social Skills

Family, institutional and social environments influence the different actors of the school. It is necessary to analyze the conflicts taking into account the complexity of norms, beliefs, values and customs of the people involved, their personal, family and school history.

Furthermore, the environment has an effect on those who try to help them. Their choices of intervention, orientation and their answers and attitudes are related to their personal history, value judgments and their social circumstances.

The ability to respond accurately to situations similar to the ones mentioned above requires of developing social skills. By social skills we mean flexible and adaptive behaviour, being able to face the most varied demands in an effective way, without stereotypes or rigidity. We understand that who possess those abilities will have the chance to adapt and interact effectively. These skills are conceived of as the subject's behavioural repertoire and as a new step in learning, in case their previous experiences of instruction have been inadequate (Perez and Garanto, 2001).

School Conflicts

Our analysis on school conflicts led us to question the values implied in the transgression, the status of the word in arguments, the eulogy of the apology, the “exceptional” regarded as a permanent state, the different tones of gravity, the disinterest, real or fictitious on the consequences of each situation, as well as the meaning given to the norm. Norms help institutions fulfill their specific function. They delimit the individual’s behavior, regulate the common ones and make behaviors predictable within the boundaries of what is or is not allowed. At school, norms regulate the interaction of the different actors and establish the limits between the public and the private issues. Norms, as a content of learning, require processing cognitive, psychic and social aspects. At school, norms are directly tied to discipline. Discipline facilitates the learning process, generates an atmosphere of respect and care and simultaneously maintains a common and singular contract, within which everyone fulfills a specific function.

The norm becomes a content area to be constructed within the complex and specific dynamics of each institution. In addition, it demands putting into practice some of the social abilities already mentioned (Iacovone and Szewach, 1997). The school appears to be a privileged stage where to rehearse and test diverse behaviors and experiences that include, in this line of thought, mediation strategies and techniques.

Origins of Ethics and the Moral Thought

The process of learning that starts at home is accompanied and continued at school. It becomes crucial to relate teachers for the transmission of ethics. We refer to programs and projects that allow the construction of citizenship to sustain solidarity, defense of democracy and respect for diversity. From a cognitive-evolutionary approach, each subject must undergo a path to the construction of high moral principles. Piaget investigated the relation between the practice and the moral conscience of the rules, the moral norms, and the development of the notion of justice when doing research on solidarity, collective responsibility, sanction, authority and the conflict in case of denunciations and equality, among other subjects. He concluded that the moral criterion arises as the result of a cognitive development and requires of the interaction with adults and peers to lead the way in which autonomy supplants heteronomy (Puig Rovira, 1996).

Ethic education, the construction of the identity and the learning of basic social behaviors, as aspects shared by the family and the school, require the redefinition of the processes of primary and secondary socialization.

On the one hand, a weakening of the socializing capacity of the family is observed, as the family model has changed. Parents share little time with their children and they lack security to delineate a "family model". On the other hand, the socializing capacity of the school is redefined on the basis of the revision of cultural homogeneity concepts and citizenship education, as well as the fulfillment of functions traditionally in the hands of the family. Juan Carlos Tedesco states (1995, p. 36): "...we are living a period in which the traditional institutions, specially the family and the school, are losing capacity to effectively transmit values and cultural guidelines of social cohesion".

In Need of Learning

In order to interact effectively, students need to learn how to listen and understand the interlocutor, to clearly communicate their ideas and to negotiate agreements when conflicts may arise. A responsible and committed citizenship is constructed, among other ways, by solving

calmly the differences, by active participation in social changes and by defending world peace. In this order of ideas, it may be helpful to teach students the theoretical-practical contents of the alternative models of resolution of conflicts, mainly mediation. Through mediation, students construct a communicational model that allows them to express their feelings, interests and opinions without confronting others. At the same time, mediation techniques encourage them to have empathy with the feelings, opinions and interests of others. The practical theoretical axis of mediation is to promote communication. The techniques and strategies favor the learning of social skills (Prawda, 2003).

Social Abilities and School Curricular Contents

It is vital to include those contents in the school curricula, as they will allow students to construct indispensable social skills. Most of the social skills present at school are not included in the planning as contents to be taught. They are generally part of the “hidden” curricula; i.e., they are just “observed” in the classroom and in every day situations. Teachers recognize that social skills should be an essential matter in the educational experience of the students, but they are also conscious that what is being done is insufficient (Prawda, 2003). Training teachers in social skills is top priority. If they are not qualified to take part in conflicts, they cannot be ready to teach these contents to their students nor to diminish the tense climate that conflicts generate in the classroom. Consequently, no other content can be taught. Teachers ask for didactic resources that may serve as tools in their daily activity (Prawda, 2001). For that reason, we also press to include contents in the curricula of the training colleges.

Benefits for Students and Teachers

We emphasize the need to plan a training program that aims at the development of competences that would allow teachers to adapt to the changes of the present and immediate future (Iacovone and Prawda, 2003). We suggest training teachers to design actions that would help students to develop knowledge as regards:

- Developing cognitive processes that would favor symbolic representation of ideas, images and concepts.
- Building schemes of knowledge to use two social abilities par excellence: assertiveness and empathy; as well as putting into practice strategies and techniques of negotiation and mediation.
- Taking decisions and put them into practice in an organized way, projecting them accordingly to prevent conflicts.
- Interacting with others to obtain agreement which would allow constructing knowledge to give an answer to the group and individual needs and interests (Prawda, 2003).

Synthesis

Our experience shows that if we facilitate the contents of a training program in “the management of alternative resolutions to conflicts and mediation”, a new dialogue arena will emerge, being it central at the time of learning. "It allows putting ideas into words, organizing the story to communicate and to make it comprehensible, to gather arguments, to listen to those of others and

to understand their point of view and to hope" (Goldberg, 2002). All this knowledge contributes to the cognitive development of social skills.

The insertion of this program in the students' curricula demands teachers training and the conviction on the part of the administration of the school. This way, the daily activity ameliorates. It is oriented, implicitly and explicitly, to improve the interpersonal relations among all the actors of the institution and, consequently, to improve the institutional climate.

References

- Díaz, M.J., *La interacción entre compañeros. Un modelo de intervención psicoeducativa*. Madrid: CIDE, 1998
- García, J.A., *Competencia social y currículo*. Madrid: Alhambra-Longman, 1994
- Goldberg, M., Sólo se trata de convivir, la mediación llegó al aula. *Revista Tres Puntos*, 273. pp. 58 a 61. 19 de setiembre del 2002. Buenos Aires: Capital Intelectual S.A.
- Iacovone, P., *Hágalo usted mismo. Emprendimientos: educación y competencias del emprendedor, empleo y desarrollo económico*. Buenos Aires: Universidad Torcuato Di Tella, 2003
- Iacovone, P. y Szewach, C., *Con las mejores intenciones. Efectos de la sanción en la escuela media*, Terceras Jornadas de Actualización y Capacitación, Revista Ensayos y Experiencias, Buenos Aires, 1997
- Kelly, J. A., *Entrenamiento de habilidades sociales*. Bilbao: DDB., 1987
- Monjas, I., *Programa de entrenamiento en habilidades de interacción social*. Salamanca: PEHI, 1993
- Panchón, C., *Manual de pedagogía de la inadaptación social*. Barcelona: DULAC, 1998
- Pérez, P. y Garanto, J., *Comprender las habilidades sociales en la educación*. Buenos Aires, FUNDEC, 2001
- Puig, J., *La construcción de la personalidad moral*, Buenos Aires, Paidós, 1996
- Prawda, A., *Resolviendo conflictos en la escuela. Aportes de la mediación*. México, Instituto de Ciencias Sociales y Jurídicas de México/Universidad de Sonora, 2002
- Prawda, A., *Habilidades sociales y resolución alternativa de conflictos*. En el II Congreso de Mediación. México, 2002
- Prawda, A y P. Iacovone, *Didáctica de los modelos de resolución de conflictos*. En el III Congreso de Mediación "Hacia una cultura de la Paz". Monterrey, 2003.
- Puiggrós, A., *Sujetos, disciplina y currículum en los orígenes del sistema educativo argentino*. Buenos Aires, Galerna, 1990
- Tedesco, J. C., *El Nuevo Pacto Educativo: Educación, competitividad y ciudadanía en la sociedad moderna*. Madrid, Anaya, 1995

Breves

Nuevo Secretario para el CAM. Carolina Castellanos López, egresada de la Facultad de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM), y miembro de la Secretaría General del Centro de Arbitraje de México desde hace algunos años, fue nombrada como Secretario General del Centro, en lugar de Sofia Gomez que se retiro después muchos años de éxito para consagrarse a su maternidad. Le deseamos todo lo mejor en su nueva “carrera” de madre.

Reports to read:

- ✚ Jernej Sekolec & Nils Eliasson, **The Swedish Arbitration Act, 1999, Five years On: A Critical review of Strengths and Weaknesses**, www.sccinstitute.com;
- ✚ ICSID, **Possible Improvements of the Framework for ICSID Arbitration**, dealing with the problem of the publication of awards and access of Third parties and the disclosure requirements for arbitrators. The report also comments the mediation practice and training. And finally concludes with a proposal on an ICSID Appeals Facility, inviting to submit comments on the topic: www.worldbank.org/icsid.
- ✚ European Commission, **Proposal for a Directive on Mediation**, COM(2004) 718 final 2004/0251 (COD), www.europe.eu.org.

BIT Arbitration. Beneath the already “traditional” ICSID case law, its worth to mention two arbitration centers’ awards on the topic: SCC case No. 49/2002 (www.sccinstitute.com) and an LCIA administered UNCITRAL case No. 3467 (www.lcia.org).

Böckstigel new ILA’s Chairman. At the 71st Conference of the International Law Association in Berlin, Prof. Karl-Heinz Böckstiegel, former non-English President of the LCIA, was elected as new Chairman.

Eventos

- ✦ ICC International Arbitration Court
Singapore International Arbitration Center
Institutional Arbitration in Asia
18 – 19 February 2005
Grand Ballroom, Grand Plaza Parkroyal Hotel
Singapore

- ✦ March 4-5, 2005
AAA Neutrals Conference
American Arbitration Association
Rancho Mirage, California
<http://www.adr.org/index2.1.jsp?JSPssid=15753&JSPaid=41003>

Journée d'hommage et d'études à la mémoire de Philippe Fouchard

organisée par les Universités de Paris II et de Dijon,
la Cour de cassation et le Comité français de l'arbitrage

Vendredi 11 mars 2005
Grand 'chambre de la Cour de cassation
Palais de Justice

INSCRIPTIONS ET RENSEIGNEMENTS
COMITÉ FRANÇAIS DE L'ARBITRAGE
24,rue de Prony –75017 PARIS
Tél.:01.44.29.33.53 –Fax.:01.44.29.33.15
Langue des travaux :français
Accès rue de Harley (Place Dauphine)
(Pièce d'identité exigée)

Avec la participation, entre autres, des prof. Dévolvé, Gaillard, Kahn, Lalive, Mayer, etc...

-
- ✦ April 14-16, 2005 ~ Seventh Annual Section of Dispute Resolution Conference, *The Golden State of ADR* <http://www.abanet.org/dispute/laconference05.html> Millennium Biltmore Hotel (800) 245-8673, Los Angeles, CA

REVISTA LATINOAMERICANA DE MEDIACION Y ARBITRJE

Formato de Publicación

- Lenguaje: Inglés, Francés, Español
- Fondo: Times New Roman 11
- Espacios: Espacio sencillo
- Notas a pie de página no notas finales
- No se usa el Bloq. Mayus
- Formato: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- Todos los manuscritos serán recibidos por el Comité Editorial.

correo a: graham@med-arb.net

Publication Format Guidelines

- Language: English, French, Spanish
- Font: Times New Roman 11
- Spacing: Single lined
- Footnotes and no endnotes
- No caps lock
- File format: .doc, .wpd, .sdw, .rtf
- All the manuscripts will be reviewed by the Editorial Board.

Contributions have to be sent to: graham@med-arb.net

www.med-arb.net