

# LA MEDIACIÓN, JUSTICIA ALTERNATIVA

NICÉFORO GUERRERO ESPINOSA\*

## I. La racionalidad del derecho

Ante los sucesos que como sociedad estamos viviendo: la violencia, el consumismo, el abuso de alcohol y drogas, la desigualdad entre las clases sociales, las rupturas familiares, los nuevos modelos de familia; podría decirse entre otras cosas, que el valor cívico ha quedado de lado, frente a una colectividad carente de solidaridad social. Por lo que se tendría que cuestionar, si el derecho como instrumento de orden, está respondiendo a las necesidades que la sociedad le demanda.

Por ello, la tarea del constructor del ordenamiento jurídico radica en hacer visibles los ideales de justicia y los valores de la comunidad, que por medio del proceso legislativo quedarán plasmados en el ordenamiento normativo.

Las personas a través de la razón son las que dan vida al derecho, ellas crean la realidad jurídica y es la norma jurídica quien determina la manera como el hombre debe de comportarse en sociedad.

Así, el Doctor Miguel Villoro, define al derecho como: "Un sistema racional de normas sociales de conducta declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica".<sup>1</sup>

Sin duda, el Derecho es algo construido y es la razón humana quién lo formula, para ello se basa en los datos reales que se conocen por la experiencia, de tal manera que es a través de los silogismos jurídicos como se crean las normas y éstas plantean un orden para vivir en comunidad.

Como lo señala el jurista R. M. Dworkin: "El derecho es algo más rico que un sistema rígido de normas jurídicas".<sup>2</sup> Es importante dejar señalado

---

\* Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (México).

<sup>1</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, México, Porrúa, 1974, p. 127.

<sup>2</sup> R. M. Dworkin, *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 83.

que; uno es el ordenamiento jurídico construido para ser aplicado en un tiempo y en un espacio determinado mediante la ley y otro es el derecho, este es la “relación”, el *vínculo dado entre las personas que esperan entre sí*, es decir la respuesta de la conducta adecuada; sea en el ámbito público o privado.

De este modo, el derecho positivo se convierte así en la herramienta idónea para ello. Pero es adecuado remarcar que es tan sólo eso, un instrumento, quien lo hace y el que lo utiliza es el hombre. De ahí que citando al Jurista García de Entería “El derecho no se agota en la ley”.<sup>3</sup> Así, el derecho parte de la observación de la realidad, específicamente en el contexto de los actos humanos y de las relaciones sociales motivadas por el intercambio de bienes y servicios.

Se puede decir, que el derecho positivo, es el producto creado por los legisladores en el Congreso de la Unión, a ellos les corresponde tanto valorar la conducta, como la manera de organizar la vida colectiva y así, poder lograr una sana convivencia.

Por otro lado, lo que se aprecia en los juzgados, es la aplicación de una “*técnica legal*” y no necesariamente el “*sentido de justicia*”, por lo cual es frecuente que los ciudadanos cuestionen dónde queda el ámbito de justicia. De esta manera, lo que el juzgador interpreta será “*el argumento*” esbozado por los litigantes en el juicio para su resolución, con lo cual las partes en conflicto no siempre quedan satisfechas con la sentencia dictada, ya que pueden considerar que la solución no ha sido justa.

Entonces, los *Métodos Alternos de Solución de Controversias*, permiten que las partes se encuentren primero entre sí, al restablecer la comunicación como una nueva forma de percibir el conflicto, en *un nuevo contexto*, de esta manera no se requiere de una sentencia para tener lo que en justicia les corresponde.

El jurista español Javier Hervada refiere:

El derecho es objeto de la justicia, que es la virtud de dar a cada uno lo suyo en las cosas exteriores, las propias de la vida social terrena. Pues bien, mientras las demás virtudes perfeccionan al hombre solamente en aquellas cosas que le conciernen en sí mismo, de modo que no se califica a algo de recto sino en atención a cómo el agente lo hace, la justicia ordena al hombre en las cosas relativas a otro, de modo que su objeto es la cosa debida al otro (por ejemplo la remuneración por un servicio prestado); en consecuencia, lo justo es lo medido por la deuda, aún sin tener en cuenta cómo (con qué ánimo) obra el agente.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Martín Mateo, Ramón, *Bioética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987, p. 10.

<sup>4</sup> Javier Hervada, *Síntesis de Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2006, p. 29.

De este modo, el derecho es una ciencia que permite atribuir lo suyo a cada persona en relaciones y situaciones concretas. En este sentido la justicia como aspiración del derecho, permite que las partes sean las que logren el objetivo de dar lo suyo de cada uno a cada quién. Así, el pensador Höffe sostiene: “La justicia como característica de la personalidad no significa sólo que se hace lo que se es justo, si no que se hace con una cierta convicción: se hace porque es justo y no por el temor a una sanción jurídica o la reprobación social”.<sup>5</sup>

De esta manera, la mediación surge como *estrategia de sentido moral*, en donde importa mantener una relación con el otro, al evitar que sea un tercero quién imponga mediante la resolución judicial la manera como se dará salida al conflicto; pero muchas veces, esto afecta a la parte que no le fue favorable la sentencia, dejando ciertamente, enojo y frustración en ella, haciendo que el conflicto no se resuelva de fondo sino sólo de forma.

Resulta interesante que en otras culturas como la China, desde tiempos remotos se preocuparon por mantener la armonía social, y eso se logró por el manejo de herramientas en donde las partes *antes* de acudir al juez, eran asistidos por mediadores o pacificadores. En este sentido, el maestro Jean Francois Six refiere:

Los primeros antecedentes se remontan a la antigua China, donde el filósofo y pensador Confucio abogara más por la defensa de este método resolutorio de contiendas, como una forma de preservar el orden natural en las relaciones de vecindad y regular la convivencia en que los hombres se encuentran interesados, y que, según opinaba, no debía encontrar fracturas a fin de no desembocarse en la instalación de un cultura litigiosa, ajena a los principios de espiritualidad y sociabilidad imperantes por entonces.<sup>6</sup>

Así, en la antigua China, Confucio hablaba de un orden natural que no debía interrumpirse para no romper el equilibrio, este notable pensador ya vislumbraba lo que nosotros hoy en día llamamos la paz social.

Sin duda la mediación ha existido desde hace muchos años, los sistemas judiciales actuales están en crisis, no hay credibilidad en ellos y los ciudadanos se cuestionan si no será mejor un mal arreglo que un buen pleito, por ello el surgimiento éstos nuevos esquemas de justicia permiten que las partes resuelvan sus disputas de manera armónica.

Por otro lado, el derecho para el Dr. Villoro se percibe como: “El instrumento de la Justicia que debe ser renovado incesantemente, no sólo

---

<sup>5</sup> Höffe, Otfried, *Diccionario de Ética*, Barcelona, España, Crítica. Traducción Castellana de Jorge Vigil, p. 173.

<sup>6</sup> Francois, Six, Jean, *Dinámica de la Mediación*, 4a. edición, Buenos Aires, Paidós, 2002, p. 6.

porque aparecen nuevas situaciones en la realidad, sino también porque la realidad nos va enseñando como mejorar el instrumento”.<sup>7</sup> De ahí que, la figura de la mediación busque destacar la interacción entre las personas, en donde ellas expresen su sentir para alcanzar acuerdos, de esta manera dicha postura involucra al otro y así se alcanza sin duda el equilibrio deseado.

Paralelamente, el citado autor afirma: “El Derecho es el mínimo de amor exigido en sociedad”.<sup>8</sup> Esta frase, nos permite reflexionar que: cuando nos importa el otro, deseamos lo mejor para él. Así, al buscar el bien para el semejante, estaríamos en presencia de lo razonable en un esquema de derecho *vivo*.

De esta manera sería imperioso que los legisladores, juzgadores y litigantes le den la importancia al uso de la mediación como alternativa de solución de controversias, a fin de que las leyes puedan contener las herramientas adecuadas que permitan determinar el sentido del “justo medio” para equilibrar la postura de los “*contrarios*” y que cada uno logren alcanzar “*lo suyo de cada quien*”.

Los conflictos interpersonales van siempre acompañados de una carga afectiva que en ocasiones, constituye la causa principal del problema. Toda enseñanza de resolución de conflictos, debe ir acompañada de un aprendizaje que ayude a conocer en lo personal, la diversa gama de emociones, sensaciones y pasiones que se entretujan en la personalidad humana.

En este sentido, el mediador Francisco Diez señala que:

La mediación es el procedimiento al que se recurre cuando las partes no han podido entenderse por sí solas o ni a través de sus abogados o representantes. La magia de la mediación consiste en ayudar a la gente a cambiar sus “percepciones” acerca del problema que les aflige. Y modificar la percepción del problema significa poder mirarlo desde otro lugar.<sup>9</sup>

Entonces, el cambio de postura facilita el generar nuevas maneras de solución del problema, por ello la mediación permite dar lo suyo de cada quien, pues son las partes a través del diálogo quienes encuentran su propia salida al conflicto.

Bajo estas ideas, la maestra Marta Oyhanarte sostiene: “La mediación es una herramienta nueva, un sendero espiritual, una necesidad política,

---

<sup>7</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1973, p. 481.

<sup>8</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *ob. cit.*, México, Porrúa, 1973, p. 481.

<sup>9</sup> Diez, Francisco, *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós, p. 23.

un desafío ético”.<sup>10</sup> Por ello se insiste que este recurso, es idóneo para que las personas logren acuerdos por medio de la comunicación, y así no se requiere la intervención del juez para que sea él quien dicte una sentencia en donde una parte será favorecida y la otra no.

En este sentido el Dr. Villoro refiere:

El individuo podrá buscar cómo ordenar su vida y sus relaciones con los demás, a partir del amor o del poder. Estas dos fuerzas son antitéticas pero directamente relacionadas una con otra, pues es imposible desarrollarse en ambas direcciones al mismo tiempo. En la medida que desarrollaremos nuestra capacidad de poder, debilitaremos nuestra capacidad de amar: y, a la inversa, en la medida en que aumenta nuestra capacidad de amar, aumentará nuestra incapacidad para el éxito en la competencia por el poder.<sup>11</sup>

De esta manera, la mediación pretende promover un cambio en las posiciones de los mediados, a fin de recomponer por medio de la comunicación los vínculos entre ellos, logrando con sus acuerdos la solución de controversias por medio de vías extrajudiciales.

La mediación al establecer nexos afectivos entre las partes, permite que ellas a través de un buen diálogo alcancen sus pretensiones equitativas en donde ambas ganen al dar a cada uno lo suyo. En este punto el Biólogo Maturana, sostiene: “No hay acción humana sin una *emoción* que la funde como tal y la haga posible como acto. Tal *emoción es el amor*. El amor es la emoción que constituye el dominio de las acciones en que nuestras interacciones recurrentes con otro, hacen al otro un legítimo otro en la convivencia”.<sup>12</sup>

De este modo, sería importante fortalecer este campo o área de estudio, en donde se vea el mundo normativo a través del factor humano en todas sus partes, pues como señala el Jurista Miguel Villoro, la justicia debe de ser vista como una ‘vivencia’ y cuando ésta se realiza, entonces se cumple con la justicia como fin del derecho. Por ejemplo, en las ciencias exactas podemos afirmar que la luz que proyecta un foco, es el paso de electrones que encienden la bombilla y aunque no los vemos, estas partículas están en ese movimiento, de esta manera: “Análogamente podemos decir que no vemos al derecho ni a la justicia, pero sí situaciones que exigen su presencia u otras situaciones donde comprobamos sus efectos.

---

<sup>10</sup> Oyhanarte, A., *Los nuevos paradigmas y la mediación*. In: Gottheil, J., Sciffrin, A: Mediación una transformación en la cultura, Buenos Aires, Paidós, 1996, p. 35.

<sup>11</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *La Justicia como Vivencia*, primera edición, México, Porrúa, 2004, p. 95. Cita, a Samson, R.V. “Igualdad y poder” (trad. de Mónica Hanson). México, Fondo de Cultura Económica, 1975, p. 7 y sig.

<sup>12</sup> Maturana Romesín, Humberto, *Emociones y Lenguaje en Educación y Política*, 9a. edición, J.C. Sáez. Editorial Santiago de Chile 1997, pp. 23 y 24, cursivas propias.

Por eso podemos estudiar al derecho y a la justicia, y contra todos los prejuicios positivistas debemos defender la existencia de una ciencia del derecho y de la justicia”.<sup>13</sup> Así, habría que hacer una distinción en lo que son las normas, como un producto, como el “texto construido” y expresado mediante las leyes; y el “contenido” de la mismas, dado que éste se origina en el conjunto de *aspiraciones* que como ideal el grupo social tiene y además, como *meta* desea lograr.

Siendo entonces que, la enseñanza del derecho implicaría que los alumnos conocieran nuevos paradigmas para acceder a la justicia, y uno de éstos es la mediación; éste método alternativo de solución de controversias, permite que el mediador, como facilitador busque que las partes encuentren sus propias soluciones “justas” a su *problemática* manteniendo con ello la armonía entre los contrarios.

Por lo tanto, al enseñar en las aulas a nuestros alumnos la aplicación de la ciencia jurídica, no hay que confundir el “instrumento” para aplicar al derecho con su fundamento: la justicia. Así, en palabras del jurista Miguel Villoro Toranzo el Derecho: “realiza la función de estabilidad normativa, no sólo en cuanto derecho vivo, derecho aplicado, sino como derecho como ideal de justicia”.<sup>14</sup> Sin olvidar que en toda relación humana suelen darse conflictos, pero bajo esta visión, ante dicha situación se pretende equilibrar las pretensiones de las partes. Así, se estaría siempre en la fórmula del “*ganar-ganar*”, en donde las partes haciéndose concesiones recíprocas logran alcanzar una solución en donde ambas se sientan bien.

De ahí que como precisa el Filósofo del Derecho Helmut Coing: “La justicia impone el respeto al otro; la justicia es un *valor moral* que tiene por objeto la relación del hombre con los demás hombres. También cuando nos exhorta a dar a cada uno lo suyo lo hace por el reconocer el valor propio de cada hombre. En la obligación de la justicia se expresa el hecho del valor propio del prójimo”.<sup>15</sup>

Cuando se habla prójimo se está reconociendo el valor recíproco, lo que constituye un principio de justicia, de este modo, Tomás de Aquino afirma que lo primero de la justicia, es ordenar a las partes en relación. Su propio nombre lo manifiesta así: Las partes se *ajustan*, entendiendo que este *ajustar* es un arte o un artificio para igualar.<sup>16</sup> En la mediación son las partes quienes ajustando sus necesidades llegan a resolver el problema.

---

<sup>13</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Teoría General del Derecho*, México, Porrúa, 1989, p. 137.

<sup>14</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *La Justicia como vivencia*, México, Porrúa, 2004, p. 136.

<sup>15</sup> Coing, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*, traducción Castellana. Juan Manuel Mauri. España, Ariel, 1976, p. 143.

<sup>16</sup> Dr. Hernández Franco, Juan Abelardo, *Dialéctica y Racionalidad Jurídica*, México, Porrúa, 2006, p. 34.

De ahí que, lo justo, en su verdadera esencia, se identifica con lo *igual*; o sea, con aquella medida que representa el medio o la equidistancia entre lo mucho y lo poco. En este orden de ideas, Santo Tomás sostiene: “Lo justo es un obrar adecuado a otro, conforme a cierto modo de igualdad”.<sup>17</sup> De ahí que señale que el Derecho sea el objeto de la justicia —lo justo— la cosa justa,<sup>18</sup> entendida como lo suyo de cada quién.

Bajo esta postura, el maestro Rafael Preciado Hernández afirma: “La justicia es el criterio ético que nos obliga a dar al prójimo lo que se le debe conforme a las exigencias ontológicas de su naturaleza, en orden a su subsistencia y perfeccionamiento individual y social”.<sup>19</sup>

Por otro lado, desde el punto de vista del filósofo escocés del sentido común Thomas Reid respecto al derecho y a la justicia los describe como:

Justo es el ser humano que no lastima de ninguna manera a sus semejantes y les concede cuanto les corresponde. Por la justicia nos abstenemos de cometer agravios contra nuestros semejantes, pero también por humanidad es que buscamos hacerles todo el bien que nos sea posible o que esté a nuestro alcance hacerles.<sup>20</sup>

Entonces concordando con Reid, el filósofo Henkel<sup>21</sup> señala el derecho tiene su existencia en el espíritu; más concretamente: en el espíritu común de la agrupación humana devenida como comunidad jurídica. El derecho, como fenómeno espiritual, acompaña exclusivamente a las sociedades humanas. Con ello coinciden las ideas del filósofo escocés respecto al derecho que por naturaleza tienen los hombres y que Thomas Reid señala que el espíritu público, es el afecto a un grupo de colegas o a un claustro, a un clan o una profesión, a un partido político o a una nación. Es decir el afecto a las comunidades a las que se pertenece.<sup>22</sup>

De esta manera, conforme a Thomas Reid: “La analogía entre los tribunales de justicia y el tribunal interno de la mente es, pues, demasiado obvia como para que pasara inadvertida en todo hombre que haya comparecido ante un juez. Asimismo, es probablemente que la palabra juicio

---

<sup>17</sup> Tomás de Aquino, *Summa Theologica*, II-II, q.57, 2, Resp. *Ius sive iustum est aliquod opus adaequatum alteri secundum aliquem aequalitatis modum.*

<sup>18</sup> Hervada Javier, *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, 3a. edición, España, Editorial Universidad de Navarra, 2000, pp. 501 y 502.

<sup>19</sup> Preciado Hernández, Rafael, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 2008, p. 187.

<sup>20</sup> Hernández Prado, José, Thomas Reid, Biblioteca Básica Universidad Autónoma Metropolitana. México 2009. Apuntes de Clase Doctorado en Filosofía del Derecho Universidad Anáhuac el Sur, *op. cit.*, p. 71.

<sup>21</sup> Henkel, Heinrich, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1968, pp. 32-33.

<sup>22</sup> Hernández Prado, José, *op. cit.*, p. 61.

de igual manera que muchas otras utilizadas al referirnos a esa operación mental —esté fundada sobre esa analogía”.<sup>23</sup>

En este sentido el Filósofo del Derecho Miguel Villoro Toranzo refiere: “La vivencia de justicia es un aspecto de la dimensión moral del ser humano, según el cual éste percibe que el desarrollo y perfección de la propia personalidad están condicionados al desarrollo y perfección de otros seres humanos”.<sup>24</sup> De esta manera, en un proceso de mediación cuando se permite que el otro exprese sus necesidades y éstas se asumen en un ámbito de equidad, ambas partes se benefician y se alcanza lo justo para ellas.

Cuando se emplea la mediación, se puede lograr que las partes de manera ética manifiesten congruencia al experimentar el fruto de haber logrado un acuerdo que les beneficia a ambas, por ello el uso de una justicia alternativa, podría facilitar la concordia entre las partes en disputa para así alcanzar lo que el Estagirita diría el *mesotes* o justo medio entre dos extremos, que donde se aprecia mejor es en una mediación.

En este sentido Aristóteles señala en su ética a Nicómaco lo siguiente:

Esta clase de justicia es la virtud cabal, pero con relación a otra persona y no absolutamente hablando. A causa de esto, muchas veces, la justicia parece la más excelente de las virtudes y que “ni el atardecer ni la aurora son tan maravillosos”, y, para emplear un proverbio, “en la justicia están incluidas todas las virtudes”. Es la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no solo consigo mismo. En efecto, muchos son capaces de usar la virtud en lo propio y no capaces en lo que respecta a otros; por esta razón, el dicho de Bías parece verdadero, cuando dice “el poder mostrará al hombre”; pues el gobernante está en relación con otros y forma parte de la comunidad. Por la misma razón, la justicia es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hace lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero.<sup>25</sup>

Por ello, Aristóteles, en su *Ética a Nicómaco*, define la virtud como: un “modo de ser selectivo”, siendo un *mesotes* (*mediedad*, “término medio”), es decir un término medio entre el exceso y el defecto, pero un término medio relativo a nosotros.

Desde otra postura y ante la falta de credibilidad en los sistemas de justicia, la mediación pretende dar certeza a los arreglos que las partes

---

<sup>23</sup> Hernández Prado, José, *op. cit.*, p. 30.

<sup>24</sup> Villoro Toranzo, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 5a. edición, México, Porrúa, 2003, p. 474.

<sup>25</sup> Aris. EN., V-1,1129 b -1130<sup>a</sup>, 5.

logran en un proceso de mediación, al permitir equilibrar posturas, cuando logran “el justo medio” entre sus pretensiones.

En este sentido y siguiendo la teoría planteada por John Rawls, todo hombre goza de derechos fundamentales que son inviolables y tienen su fundamento en la justicia, además es conforme a ella, como se deben arreglar los conflictos de intereses que surgen en toda sociedad. Desde esta postura; la justicia como equidad inicia en la justicia doméstica, y permite la conformación de una estructura básica, misma que la define como: “El modo en que las principales instituciones políticas y sociales de la sociedad encajan en un sistema de cooperación social, y el modo en que se asignan derechos y deberes básicos y regulan la división de las ventanillas que surgen de la cooperación social a lo largo del tiempo”.<sup>26</sup>

De esta manera, se requiere de la cooperación social para garantizar el cumplimiento de los acuerdos mínimos entre sus integrantes y de esta forma, mantener el orden de la estructura básica que el pensador establece en los principios cardinales de su teoría.

Así, Rawls asienta que es importante forjar un equilibrio reflexivo que permita que las partes en un conflicto logren formar acuerdos para generar una justicia equitativa.

El tema de justicia como equidad planteado por Rawls fue una teoría ideal, puramente procedimental, en donde no se toma como sustento las cuestiones metafísicas, sino se pretende llegar a consensos entre ciudadanos cooperadores en democracia con igualdad de oportunidades para equilibrar posturas y así vivir en equidad.

Por otro lado, Adela Cortina refiere que el derecho es la expresión de intereses de clase, pero la conciencia individual, ajena a contaminaciones ideológicas, es el lugar de la verdad, dado que es la única legitimada para obligar incondicionalmente.<sup>27</sup>

Ella sostiene: “Tal vez pueda decirse que la ética discursiva no es sino una ‘democratización’ y una ‘pragmatización’ del derecho racional moderno”.<sup>28</sup>

Según ella, es a través del diálogo entre los actores cuando emerge una *ética mínima*, al manifestarse la tolerancia, el respeto a la dignidad de la persona, a sus derechos humanos, invitando a construir permanentemente acuerdos que sustenten éticamente la vida en comunidad, y una de

---

<sup>26</sup> Rawls, John, *La justicia como equidad*, edición a cargo de Erin Kelly, Buenos Aires, Paidós, 2000, p. 33.

<sup>27</sup> Cortina, Adela, *Ética mínima*, 14a. edición, Madrid, Tecnos, 2009, p. 234.

<sup>28</sup> Cortina, Adela, *Ética sin moral*, 8a. edición, Madrid, Tecnos, 2008, p. 224.

las formas de alcanzar este diálogo es a través de la mediación, pues las partes en disputa buscan con el auxilio de un mediador, dirimir sus diferencias y encontrar los acuerdos que ellos consideran justos.

Entonces, la mediación, puede ser un *recurso racional idóneo, para resolver problemas*; en los tribunales vemos como este método de solución de controversias está resurgiendo en el ámbito de los sistemas judiciales.

Así, cabría preguntarse: si la mediación, no sería una buena opción para remediar disputas y que sean los propios interesados quienes se “autoapliquen” el sentido de lo “justo”, buscando equilibrar sus pretensiones y de esta manera, sentirse que se están cumpliendo sus expectativas, al lograr la *justicia reparadora* que Aristóteles señala.

De esta manera la carga excesiva de asuntos que los jueces resuelven a diario, podría disminuirse a través de la mediación. En donde las partes pueden durante el proceso expresar su emotividad, lo que en un juicio tradicional los jueces no pueden apreciar durante la audiencia, de ahí la necesidad de un cambio de aplicación en el manejo de los conflictos.

## II. Manejo emocional en la mediación

En una mediación, las partes pueden manifestar las emociones que surgen a lo largo del conflicto, el mediador al facilitar el diálogo, puede brindar las condiciones para que pongan de acuerdo y logren suscribir un convenio. Entonces, las partes sentirán que el arreglo fue ‘justo’. Con lo cual ellas logran crear un *nuevo contexto flexible* en donde sus necesidades son respetadas y el conflicto por lo general se resuelve.

De esta forma, el maestro Robert C. Solomon señala: “Nuestras emociones son racionales en la medida que fomentan nuestro bienestar colectivo y personal, e irracionales, si lo disminuyen o degradan”.<sup>29</sup>

Cabe señalar que las emociones no se hablan, se muestran, por eso en estos procesos es importante tomar en cuenta que ellas se manifiestan de manera analógica.

Paul Watzlawick, investigador en el área de Comunicación, precisa: “La comunicación es una acción de influencias mutuas, en donde en realidad todo comunica, en una interacción entre dos personas es imposible el no comunicar, la postura corporal, los gestos o incluso la mirada comunica,

---

<sup>29</sup> Solomon, Robert C, *Ética Emocional. Una Teoría de los sentimientos*, Barcelona, Paidós, 2007, p. 252.

no sólo comunicamos con palabras la comunicación no verbal comunica más que las palabras”.<sup>30</sup>

Uno de los principales axiomas manejados por Watzlawick es: “la imposibilidad de no comunicar”. Dado que todo comunica: los gestos, posturas y actitudes reflejan nuestra forma de ser, de este modo, el lenguaje no verbal pesa más que miles de palabras.

En este sentido, Investigadores como Jonh Grinder y Richard Bandler creadores de la Programación Neurolingüística, basándose en las ideas del antropólogo Gregory Bateson y de los investigadores de Palo Alto California, a través de sus estudios sobre el aprendizaje de los seres vivos, proponen algunas ideas sobre la comunicación y la teoría general de sistemas. Ellos sostienen que durante el proceso de comunicación nuestro ser, percibe el mundo exterior a través de los sentidos, con éstos exploramos nuestro entorno y lo delimitamos.

Por otro lado, la parte que percibimos es a su vez filtrada por nuestra cultura, por nuestras creencias, por nuestros valores, por nuestros intereses y por nuestras suposiciones; de ahí que la manera como conocemos siempre será diferente entre cada uno de nosotros.

Korzybski y los semánticos que forman la escuela de Chicago, acuñan esta premisa: “El mapa no es el territorio”,<sup>31</sup> esto representa que cada quien percibe “una realidad” de lo que simboliza la manera como conocen y el significado de las cosas. De manera similar, en el proceso de mediación, están presentes todos estos elementos, por eso se vuelve indispensable que el mediador se prepare y desarrolle las habilidades requeridas para que el proceso de comunicación entre las partes fluya de forma nítida, al tener presente que nuestras pretensiones se manifiestan, primordialmente, de manera no verbal, en donde las palabras ocupan una situación muy reducida en el contenido del conflicto.

De esta manera, el lenguaje constituye la forma de extraer sentido de la experiencia, parte de los problemas cotidianos surgen del modo como usamos el lenguaje verbal y no verbal para categorizar, codificar y representar en nuestra mente, nuestra experiencia.

Así, la percepción del otro está filtrada a través de preferencias y prejuicios propios, recordemos que nuestra manera de ver la realidad es distinta como la ven las personas, por ello es necesario ser flexibles y comprender que los demás se manifiestan de manera distinta, es importante sintonizarnos al código que usa el prójimo para poder percibir la realidad a

---

<sup>30</sup> Watzlawick, Paul, *Teoría de la comunicación humana*, 9a. edición, Barcelona, Herder, 1993, Paráfrasis, pp. 50-52.

<sup>31</sup> Wilber, Ken, *La conciencia sin fronteras*, 10a. edición, Barcelona, Kairós, 2001. p. 47.

través de los ojos del que comunica, de lo contrario no podremos entrar a facilitar procesos de conductuales de cambio.

Entonces la tarea del mediador es permitir que conversando, las partes desde un nuevo contexto, expresen sus posibilidades de arreglo y eso sólo es por medio de la comunicación integral, es decir la lógica y la analógica.

Por ello, en un proceso de mediación, se toca la parte emocional y de esta forma, los conflictos pueden solucionarse pues al expresar los sentimientos puede generarse la empatía, con lo cual emerge la capacidad de restablecer acuerdos alcanzando la paz.

Desde la perspectiva de los biólogos Humberto Maturana y Francisco Varela, dentro de las bases biológicas del entendimiento humano: "La conducta se comprende como los cambios de postura o posición de un ser vivo, en donde el observador describe como movimientos o acciones en relación con un ambiente determinado".<sup>32</sup>

En este sentido, Peter Young<sup>33</sup> afirma que al comunicarnos, influimos sobre los demás de forma significativa, de modo que deben de existir algunos puntos de encuentro que la humanidad comparte, pues creamos necesidades, cuestionamos el comportamiento de los demás, basándonos en percepciones emocionales propias y en muchas ocasiones entramos en conflicto.

En un proceso de mediación las partes deben encontrar sus posturas y es mediante el diálogo cuando éstas pueden cambiar de posición, alcanzando con ello los acuerdos necesarios y de esta manera, las personas en conflicto, sienten que lograron alcanzar sus expectativas durante la sesión de mediación y así, la disputa comienza a resolverse.

De esta manera, el maestro Joseph Redorta señala:

La expresión de las emociones es muy importante; particularmente, la cara es muy expresiva y refleja muy bien las principales emociones si son suficientemente intensas. Debemos conocer y saber leer la comunicación no verbal y prestar atención a los riesgos de engaño deliberado.<sup>34</sup> Cabe decir que la conducta emocional se aprende como cualquier otro tipo de comportamiento, por lo cual podemos actuar de forma distinta y con esto, conseguir que los demás modifiquen su respuesta.

---

<sup>32</sup> Maturana, Humberto y Francisco Varela, *El árbol del Conocimiento*, Buenos Aires, Universitaria Lumen, 2003, p. 92.

<sup>33</sup> Young Peter, *El nuevo paradigma de la PNL*, Barcelona, Urano, 2002, paráfrasis.

<sup>34</sup> Redorta, Joseph, *Emoción y Conflicto*, España, Paidós, 2006, p. 140.

En este rubro, el filósofo Emil Brunner señala: En todo hombre *vive un sentimiento de lo justo y de lo injusto*. [...] El sentido de lo justo y de lo injusto pertenece al reino del espíritu, pues este sentimiento es una especie de conocimiento- aunque pueda resultar no claro de un orden, de algo a lo que debe obedecer que debe ser, de un orden, de un orden que no se debe violar. Este conocimiento emocional de lo justo y de lo injusto existe por doquier, existe dondequiera que los hombres han despertado a una existencia humana y personal, es decir con conciencia de su propia persona.<sup>35</sup>

De ahí que sea tan importante apreciar a la mediación como la justicia de valor, ya que cuando las partes por la comunicación asertiva logran con la razón expresar sus emociones de manera adecuada, entonces ellas restablecen espacios de relación interpersonales que logran cambios importantes en la percepción de los conflictos, pues ambas comprenden la necesidad del otro y ven un arreglo justo cuando a cada uno se le da lo que en verdad corresponde.

El jurista y mediador Joseph Redorta, en este punto es claro al plantear:

La razón y la emoción parecen muy mezcladas, pero es seguro que valoramos, interpretamos, evaluamos, etiquetamos y establecemos expectativas; es decir, de alguna manera no cuentan “los hechos”, sino el *significado* que tienen para nosotros. Consideramos si la situación es irrelevante, positiva, negativa o incierta y actuamos en consecuencia. Generalmente, se desea tener el control de la situación; en esta estimación intervienen el contexto, nuestras habilidades, creencias, la percepción de la información percibida.<sup>36</sup>

Entonces en un proceso de mediación para las partes, lo justo, en su verdadera esencia, se identifica con lo *igual*; o sea, con aquella medida que representa el medio o la equidistancia entre lo mucho y lo poco.

Conforme al Dr. Beuchot, también se puede apreciar que es a través del contenido de la ley como se alcanza la paz entre las personas, cabría destacar que la interpretación que se hace al texto de la ley por jueces y abogados, suele ocasionar diferencias que a su vez causan mayores conflictos. Esto se debe a que generalmente la hermenéutica usada es: o unívoca, o equívoca. De ahí que, él proponga como una óptima vía a la hermenéutica analógica; con lo cual puede alcanzarse el “justo medio” entre las partes.<sup>37</sup> Y esta vía es la mediación como forma de hacer que las

---

<sup>35</sup> Brunner, Emil, *La Justicia. Doctrina de las Leyes Fundamentales del Orden Social*. Traducción de Luis Recaséns Siches. Filosofía Contemporánea. Centros de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México, 1961, p. 10.

<sup>36</sup> Redorta Joseph, *ob. cit.*, p. 141.

<sup>37</sup> Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica Analógica y Símbolo*, México, Herder, 2004, pp. 25-27, paráfrasis.

partes dialoguen para llegar a acuerdos, este método alternativo de solución de controversias permite que un mediador facilite la comunicación entre las partes y éstas encuentren soluciones justas a su problemática.

Esta corriente está ya operando hay que iniciar a los nuevos abogados que si se quiere una sociedad de paz, debe de instruirse que no es el litigio la única vía de aplicar derecho, sino hay que cambiar el paradigma hacia una cultura de paz.

La mediación se exhibe como la alternativa para tomar las decisiones más adecuadas sin que esto implique ser vencido o vencedor, en un marco de equidad dada entre las partes.

El mediador se limita a facilitar el diálogo, mediante el uso de su percepción, la práctica y el entrenamiento adquirido, con lo que permite que las partes en conflicto toquen emociones y se desahoguen entre sí, así, se *estimula* a las partes para encontrar una solución creativa y mutuamente compartida, y así no se requiere judicializar el conflicto.

### **III. El cambio de paradigma en los asuntos judiciales**

Sin embargo, parece haber un consenso generalizado (de la población), acerca de la ineficacia de los sistemas de impartición de justicia: la opinión común es que no cumplen con los objetivos ni con las tareas que tienen encomendados, de tal forma que se podría hacer propia la cita de la especialista en mediación Beatriz Martínez:

[...] al día de hoy, ningún país puede prescindir de un sistema de justicia eficiente y que vele por el cumplimiento efectivo de la ley. Menos aún, en países en proceso de consolidación democrática, como los latinoamericanos, en los cuales persisten graves problemas de pobreza, injusticia y desigualdad ante la ley. Hace tiempo que se diseñan reformas, se amplían los presupuestos, pero los graves problemas persisten. A duras penas logran cumplir los tribunales con su función primordial de tutelar eficazmente los derechos de los gobernados. Existe una insatisfacción indudable y generalizada con el desempeño de los sistemas de administración y procuración de justicia. La ineficiencia, la lentitud de los procesos por saturación de los tribunales, así como el costo altísimo de un litigio, han convertido la justicia en un asunto caro para muchos, inasequible por su costo y sumamente desgastante. Además de que la gran mayoría de las personas que tienen algún litigio en los tribunales de justicia no comprende en absoluto en qué consiste el proceso o de qué depende su resultado: la jerga y los procedimientos judiciales resultan tan incomprensibles que mucha gente

no tiene ninguna participación en el desarrollo de su propio caso, y debe confiar en que el abogado que eligió o que le fue asignado sea honrado y conduzca bien el proceso. La relación entre la causa judicial y los involucrados termina por ser muy distante; éstos pierden el control sobre aquél, y el resultado es una enorme desconfianza hacia todo el sistema.

Ni siquiera las personas que logran ganar un juicio se sienten satisfechas con el proceso: los gastos, el tiempo que tuvieron que emplear en vigilar o atender el proceso judicial y el enfrentamiento que necesariamente supone con la otra parte son motivos más que razonables para que muchos consideren, en caso de ganar, que es sólo una victoria a medias. Además la corrupción dentro del aparato de justicia, que en algunos países es un problema de suma gravedad...<sup>38</sup>

Se hace propia la afirmación anterior dado que es incuestionable que la percepción de la población frente a la administración de justicia no es buena, se tiene la creencia que es muy costosa y es ineficaz. A los abogados se les considera en muchas ocasiones que se venden al mejor postor, que no son éticos en la defensa de sus asuntos, de ahí que se requiera enseñar una cultura de la paz, tanto a la población en general, como en las escuelas de derecho, donde las nuevas formas de administrar justicia surjan como posibilidad de cambio.

Lo importante radica en aprender a aprender nuevas formas de ver nuestra vida, Epicteto decía: "A los seres humanos no les turban las cosas en sí, sino cómo las ven".<sup>39</sup> Entonces esta nueva forma de administrar justicia, da la oportunidad de estar frente a otra persona y poder ayudarla a encontrar en el conflicto una manera distinta de ver su vida, nos permite sensibilizarnos y comprender que a través de nuestra interacción podemos mejorar la forma de comunicarnos con los que nos rodean.

Por otro lado se tiene que considerar que los juzgadores a su vez, al interpretar el texto de la ley, tienen frente a sí el asunto presentado por las partes en litigio, que conlleva un cierto contenido emocional, pues las pretensiones buscadas muestran sentidos opuestos.

De esta manera, como lo señala el Dr. Beuchot:

También se puede apreciar que es a través del contenido de la ley como se alcanza la paz entre las personas, cabría destacar que la interpretación que se hace al texto de la ley por jueces y abogados, suele ocasionar diferencias que a su vez causan mayores conflictos. Esto se debe a que generalmente la hermenéutica usada es: o uní-

---

<sup>38</sup> Martínez de Murguía, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía Introductoria*, México, Paidós, 1999, pp. 35-38.

<sup>39</sup> Marshall B. Rosenberg, *Comunicación no violenta*, 2a. edición, Barcelona, Urano, 2000, p. 65.

voca, o equívoca. De ahí que, él proponga como una óptima vía a la hermenéutica analógica; con lo cual puede alcanzarse el “justo medio” entre las partes.<sup>40</sup>

Por ello cuando las partes encuentran acuerdos en una mediación están ante un *diálogo analógico*, pues las posturas cambian cuando comunicándose sus necesidades encuentran soluciones espontáneas a los problemas que en un inicio se presentaban.

En este sentido el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala:

Artículo 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

El Congreso de la Unión expedirá las leyes que regulen las acciones colectivas. Tales leyes determinarán las materias de aplicación, los procedimientos judiciales y los mecanismos de reparación del daño. Los jueces federales conocerán de forma exclusiva sobre estos procedimientos y mecanismos. Las leyes preverán mecanismos alternativos de solución de controversias. En la materia penal regularán su aplicación, asegurarán la reparación del daño y establecerán los casos en los que se requerirá supervisión judicial.

Las sentencias que pongan fin a los procedimientos orales deberán ser explicadas en audiencia pública previa citación de las partes.

Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.

La Federación, los Estados y el Distrito Federal garantizarán la existencia de un servicio de defensoría pública de calidad para la población y asegurarán las condiciones para un servicio profesional de carrera para los defensores. Las percepciones de los defensores no podrán ser inferiores a las que correspondan a los agentes del ministerio público.

Nadie puede ser apisionado por deudas de carácter puramente civil.<sup>41</sup>

---

<sup>40</sup> Beuchot, Mauricio, *Hermenéutica Analógica y Símbolo*, México, Herder, 2004, pp. 25-27, párrafrasis.

<sup>41</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Consultada en: <http://www.ordenjuri-dico.gob.mx/> Consulta: 20 de noviembre del 2011.

Como seres que pensamos y también sentimos, podemos cumplir los compromisos que hemos de asumir con amor, por ello esta nueva manera de ver al derecho vivo a través de los métodos alternos de solución de controversia se pueden lograr resultados en los cuales las partes queden satisfechas consigo mismas y en cordialidad con el otro.

Al actuar respetuosamente, en los acuerdos tomados durante la mediación, se puede decir que emerge en el individuo la consciencia de sí mismo reflejado en su semejante al lograr por el diálogo el convenio.

De esta manera novedosa, no se necesita de un gendarme para cumplir con las reglas que imperan en la sociedad.

Podemos ser *excelentes técnicos* en derecho. Pero sin reflexión: ¿En dónde quedamos como seres humanos?

## IV. Conclusiones

1. A través de la mediación los conflictos familiares, mercantiles y algunos en materia penal, están resolviéndose por esta vía de arreglo, en donde las partes al cumplir ciertas pretensiones recíprocas, consideran que la demanda de sus intereses ha quedado satisfecha. Lo que no sucede cuando el juez al dictar su sentencia, que es favorable tan solo a una de ellas, genera que la otra se sienta automáticamente *perjudicada*, con lo que el conflicto en la mayoría de las veces no se resuelve de fondo, de esta manera uno de los contendientes no sentirá que se le otorgó justicia.
2. Esta corriente está ya operando en el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, por lo que hay que enseñar a los nuevos abogados que sí se quiere una sociedad en paz, se ha de instruir que no es el litigio la única vía de aplicar derecho y menos en el ámbito del Derecho Familiar.
3. Las partes al momento de someterse a un proceso de mediación, buscan que sus peticiones sean cumplidas por la contraparte, así se evita que un tercero resuelva la disputa y dicte a través de una sentencia o un laudo, la conducta que 'deba' seguir por "orden" de un juez para dar cumplimiento a la demanda planteada ante el enjuiciador.
4. Para hablar de justicia se requiere que aflore la verdad de las cosas, pues basándonos en el concepto de dar a cada quien lo suyo, tendríamos que cuestionarnos: ¿Qué es lo suyo de cada quién? Y de esta forma sólo por medio de la verdad conoceríamos

lo que le corresponde a cada una de las partes, entonces se hablaría de justicia como virtud.

5. La vivencia de justicia está basada en el amor, y para poder ser justos con los demás es necesario primero amarse a uno mismo, de esta manera, al exigir tanto a los individuos, como al grupo el mínimo de amor para vivir en sociedad, se podría lograr el perfeccionamiento tanto de unos como de otros.
6. Entonces, cabría preguntarnos: si la aplicación de la mediación, no sería una buena opción para remediar disputas y que sean los propios interesados quienes se “autoapliquen” el sentido de lo “justo”, buscando equilibrar sus pretensiones y de esta manera, sentirse que están cumpliendo sus expectativas, al lograr la *justicia reparadora* que permita dar a cada uno lo suyo.
7. De esta manera la carga excesiva de asuntos que los jueces resuelven a diario podría disminuirse a través de la mediación, y las partes en conflicto queden satisfechas con los acuerdos logrados entre ellas.
8. Entonces podríamos hacer propia la cita de Goethe: “Todas las leyes morales y reglas de conducta pueden reducirse a una sola: la verdad”. En una buena mediación las partes al hablar manifiestan su verdad y así se llega a un acuerdo.

## IV. Bibliografía

ARIS. EN., V-1,1129 b -1130<sup>a</sup>, 5. Gredos.

BEUCHOT, Mauricio, *Hermenéutica Analógica y Símbolo*, México, Herder, 2004,

BLÁZQUEZ CARMONA, F y A. DEVESA DEL PRADO, *Diccionario de Términos Éticos*, 2a. edición, Navarra, Verbo Divino, 2002.

BRUNNER, Emil, *La Justicia Doctrina de las Leyes Fundamentales del Orden Social*. Traducción de Luis Recaséns Siches. Filosofía Contemporánea. Centros de Estudios Filosóficos. Universidad Nacional Autónoma de México, 1961.

CORTINA, Adela, *Ética mínima*, 14a. edición, Madrid, Tecnos, 2009.

\_\_\_\_\_, *Ética sin moral*, 8a. edición, Madrid, Tecnos, 2008.

COING, Helmut, *Fundamentos de Filosofía del Derecho*. Traducción Castellana. Juan Manuel Mauri, España, Ariel, 1976.

R. M. Dworkin, *La filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1980.

DIEZ, Francisco, *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós.

FRANCOIS SIX, Jean, *Dinámica de la Mediación*, 4a. edición, Buenos Aires, Paidós, 2002.

HENKEL, Heinrich, *Introducción a la filosofía del Derecho*, Madrid, Taurus, 1968.

HERNÁNDEZ FRANCO, Juan Abelardo Dr., *Curso de Filosofía del Derecho*, México, Oxford, enero 2009.

HERNÁNDEZ PRADO, José, Thomas Reid, Biblioteca Básica Universidad Autónoma Metropolitana. México 2009. Apuntes de Clase Doctorado en Filosofía del Derecho Universidad Anáhuac el Sur.

HÖFFE, Otfried, *Diccionario de Ética*, Barcelona, Crítica. traducción Castellana de Jorge Vigil.

HERVADA, Javier, *Síntesis de Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, Universidad de Navarra, 2006.

MARTÍNEZ DE MURGUÍA, Beatriz, *Mediación y resolución de conflictos. Una guía Introductoria*, México, Paidós, 1999.

MARTÍN MATEO, Ramón, *Bioética y Derecho*, Barcelona, Ariel, 1987.

MARSHALL B. Rosenberg, *Comunicación no violenta*, 2a. edición, Barcelona, Urano, 2000.

MATURANA, Humberto y Francisco VARELA, *El árbol del Conocimiento*, Buenos Aires, Universitaria Lumen, 2003.

OYHANARTE, A., *Los nuevos paradigmas y la mediación*. In: Gottheil, J., Sciffrin, A: *Mediación una transformación en la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996.

PIEPER, Joseph, *Las virtudes fundamentales*, 2a. edición, Madrid, RIALP, 1980.

RAWLS, John, *La justicia como equidad*, edición a cargo de Erin Kelly. Buenos Aires, Paidós, 2000.

REDORTA, Joseph, *Emoción y Conflicto*, España, Paidós, 2006.

SOLOMON, Robert C., *Ética Emocional. Una Teoría de los sentimientos*, Barcelona, Paidós, 2007.

VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1973.

\_\_\_\_\_, *La Justicia como Vivencia*, 1a. edición, México, Porrúa, 2004, México, Fondo de Cultura Económica, 1975.

\_\_\_\_\_, *Teoría General del Derecho*, México, Porrúa, 1989.

WATZLAWICK, Paul, *Teoría de la comunicación humana*, 9a. edición, Barcelona, Herder, 1993. Paráfrasis.

WILBER, Ken, *La conciencia sin fronteras*, 10a. edición, Barcelona, Kairós, 2001.

YOUNG Peter, *El nuevo paradigma de la PNL*, Barcelona, Urano, 2002.