

COLECCIÓN



CIUDADES
DE PAZ

Estudios de mediación, conflictos y paz: historia y presente en un mundo convulso

LIBRO II

Coordinadores

Enrique Pozo Cabrera - Manuel Torres Aguilar



Universidad
Católica
de Cuenca

COLECCIÓN



CIUDADES
DE PAZ

Estudios de mediación, conflictos y paz: historia y presente en un mundo convulso

LIBRO II

Coordinadores

Enrique Pozo Cabrera - Manuel Torres Aguilar



EDUNICA
EDITORIAL UNIVERSITARIA

COLECCIÓN CIUDADES DE PAZ LIBRO II

Estudios de mediación, conflictos y paz: historia y presente en un mundo convulso

© Autores:

Carmen Elizabeth Arévalo Vásquez, Nube Catalina Calle Masache, Francisco Xavier Ávila Cárdenas, Mónica Patricia Piedra Sarmiento, Cristian Hernán Pulla Castillo, Luis Santiago Calle López, Ana Fabiola Zamora Vázquez, María Caridad Rojas Valdivieso, Daniel Santiago Bravo Vintimilla, Xavier Stalin Humala Andrade, Isaac Cabrera Esquivel

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

Angelo Anzalone, Bartolomé Torralbo Muñoz, Irene Blázquez Rodríguez, Diego Medina Morales, Miguel Pino Abad, José J. Albert Márquez, Adolfo, Sánchez Hidalgo, Rafael Casado Raigón, Ignacio Alcalde Sánchez

Universidad de Córdoba, España

Verónica López Yagties

Universidad de Alicante, España

Nuria Belloso Martín

Universidad de Burgos, España

Francisco Gorjón Gómez, Karla Sáenz, José Guadalupe Steele Garza, Elizabeth García Azuara

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

José Guillermo García Murillo, Raúl Martínez Camacho

Universidad de Guadalajara, México

Guillermo Raúl Zepeda Lecuona

El Colegio de Jalisco, México

PhD (c) Jaime Arturo Moreno Martínez

Compilador

© Universidad Católica de Cuenca

© Editorial Universitaria Católica de Cuenca

Primera edición: abril de 2025

ISBN: 978-9942-27-315-4

e-ISBN: 978-9942-27-316-1

Editora: Dra. Nube Rodas Ochoa

Edición y corrección: PhD (c) Paúl Miño Armijos, Mgs. Pablo Salazar Luna

Diseño y diagramación: Dis. Alexander Campoverde Jaramillo

Diseño de portada: Dis. Alexander Campoverde Jaramillo

Impreso por Editorial Universitaria Católica (EDUNICA)

Dirección: Tomás Ordóñez 6-41 y Presidente Córdova

Teléfono: 2830135

E-mail: edunica@ucacue.edu.ec

Libro de homenaje al doctor
Manuel Torres Aguilar.

Contenido

13

Prólogo

María Diana Maldonado Cabrera

17

Presentación

Enrique Pozo Cabrera
Manuel Torres Aguilar

21

Introducción

Jaime Arturo Moreno Martínez

29

Capítulo 1

El conflicto en el derecho, entre necesidad y transformación

Angelo Anzalone

47

Capítulo 2

Aristotelismo y platonismo en la resolución de conflictos

Diego Medina Morales

73

Capítulo 3

Genética humana del conflicto: la mediación como método de racionalización de los conflictos

Isaac Cabrera Esquivel

91

Capítulo 4

La reparación del daño y la resolución de conflictos familiares desde la justicia restaurativa

Carmen Elizabeth Arévalo Vásquez
Nube Catalina Calle Masache

121

Capítulo 5

Eficacia de la mediación familiar en la solución de conflictos

Ana Fabiola Zamora Vázquez
María Caridad Rojas Valdivieso

141

Capítulo 6

Mediación en el trabajo: cómo la mediación puede mejorar el clima laboral y resolver conflictos entre empleados y empleadores de manera efectiva

Cristian Hernán Pulla Castillo
Luis Santiago Calle López

163

Capítulo 7

De la conformidad a la mediación en el ámbito penal

Bartolomé Torralbo Muñoz

179

Capítulo 8

Mediación intercultural e instituciones familiares: su engranaje a través del derecho internacional privado

Irene Blázquez Rodríguez

203

Capítulo 9

Hacia una educación transformadora: la mediación escolar, un pilar en la cultura de paz y la ciudadanía mundial

José Guadalupe Steele Garza
Elizabeth García Azuara

225

Capítulo 10

La mediación en el contexto de la industria tequilera

José Guillermo García Murillo
Raúl Martínez Camacho

247

Capítulo 11

La mediación como política pública: el caso de Jalisco, México

Guillermo Raúl Zepeda Lecuona

273

Capítulo 12

La paz como categoría de análisis: aportes desde la perspectiva antropológica

Ignacio Alcalde Sánchez

293

Capítulo 13

La paz neutra como alternativa a la violencia cultural

Karla Sáenz

307

Capítulo 14

La mediación como vía para la paz y su articulación desde el rito litigioso

Francisco Gorjón Gómez

317

Capítulo 15

La implantación, desarrollo y fomento de la mediación como claves del fortalecimiento del sistema de justicia

Verónica López Yagües

343

Capítulo 16

Diálogo en lugar de litigio: cómo la mediación fomenta la comunicación y el entendimiento entre las partes para construir soluciones conjuntas 343

Mónica Patricia Piedra Sarmiento

361

Capítulo 17

Mecanismos alternativos de solución de conflictos constitucionales: ¿un método viable?

Daniel Santiago Bravo Vintimilla

Xavier Stalin Humala Andrade

381

Capítulo 18

El impacto de la digitalización en la mediación y el arbitraje: oportunidades, desafíos y futuro de la resolución de disputas en línea

Francisco Xavier Ávila Cárdenas

411

Capítulo 19

Derecho a la guerra y solución de conflictos en la segunda escolástica: su proyección en la doctrina social de la Iglesia

José J. Albert Márquez

437

Capítulo 20
**Génesis de los campos de trabajo
durante la Guerra Civil Española**

Miguel Pino Abad

459

Capítulo 21
**La controversia de Valladolid del
año 1550: ¿debate o preludio de
una mediación?**

Nuria Bellosó Martín

483

Capítulo 22
**Introducción a la teoría comunicacional
del derecho**

Adolfo Sánchez Hidalgo

513

Capítulo 23
**Los poderes de la Asamblea General de
las Naciones Unidas en el mantenimiento
de la paz y la seguridad internacionales**

Rafael Casado Raigón

Prólogo

María Diana Maldonado Cabrera

Decana de la Carrera de Criminología y Ciencias Forenses
Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

Este segundo libro de la Colección Ciudades de Paz, titulado “Estudio de mediación, conflictos y paz: historia y presente en un mundo convulso”, que impulsa la Unidad Académica de Criminología y Ciencias Forenses, de la Universidad Católica de Cuenca, es de aquellos que engloban las investigaciones sobre sociedades en búsqueda de la paz. Es parte de una colección que contiene propuestas y reflexiones sobre cómo hacer posible una vida más armónica, un llevarnos más amigablemente no solo entre seres humanos, sino también con todos los demás seres vivos que forman parte de lo que llamamos naturaleza.

En el mundo griego los conflictos públicos y privados se solucionaban en mancomunidad, en diálogos en el ágora. Esto da muestra que previo a cualquier resolución por parte de un tercero, todos los inconvenientes se resolvían a través del diálogo. Es por ello que los filósofos griegos, de manera reiterada, enseñaban retórica y lógica para que las personas puedan expresarse de manera adecuada y con argumentos.

Todo partía de premisas como las señaladas por Aristóteles y llegaban a conclusiones partiendo de razonamientos inductivos o deductivos, pero

que tenían un objetivo más allá de la razón, que era encontrar la verdad a través del diálogo social, evitando así el conflicto y que la solución llegue mediante la mano de la imposición del que gobierna, dejando siempre a una de las partes inconforme con la resolución que ese tercero ha dictado.

El poder como fuerza, la dominación apoyada por la denominada “justicia de un tercero imparcial”, trasladaron el mundo del diálogo hacia el mundo la coerción y convirtieron a este en la fuente principal de la solución de los conflictos. Iniciaron los grandes procesos, los engorrosos procedimientos, los formalismos y ritualismos que se adueñaron de las relaciones intersubjetivas que conllevaban a alguna suerte de conflicto; todo eso se trasladó a lo que se denomina la “justicia judicial”, olvidándonos de los diálogos y de los acuerdos.

Hoy, la denominada “carga judicial” ha hecho que retornemos los ojos hacia la racionalidad, es decir hacia el diálogo, a los acuerdos para solucionar los conflictos; al denominado o mal denominado “solución alternativa de conflictos”, haciendo aparentar que, lo ordinario es la judicialización y lo extraordinario o alternativo es la solución pacífica de los conflictos a través de los acuerdos de mediación. Lo ordinario es el diálogo y lo alternativo debería ser la judicialización; en consecuencia, debemos emprender una gran lucha para posesionar el diálogo por la paz y la armonía en este mundo tan convulso y conflictivo para construir caminos de paz.

En este sentido se hace imperiosa una profunda desjudicialización para lograr, a través del diálogo, los acuerdos, el “ganar-ganar”, la tan decantada reparación integral en los conflictos y asumir las responsabilidades de las acciones u omisiones que en las relaciones sociales uno pueda tener.

Así, la criminología, partiendo del humanismo, va más allá de la simple búsqueda de las motivaciones delictivas, la criminología es prevención para la construcción de sociedades armónicas y de paz. La criminología como ciencia busca datos, propone a través de ellos políticas que nos permitan un convivir eliminando el mayor número de incidencias del conflicto, encontrando planteamientos de solución desde los desacuerdos familiares

hasta aquellos que se producen en la sociedad. Involucrándose en patrones culturales que se han normalizado y que no hacen otra cosa sino provocar desacuerdos. De ahí la importancia de la criminología en la construcción de ciudades de paz.

Así, este segundo libro de la Colección tiene como objetivo buscar a través de la medicación y el diálogo, la eliminación del conflicto para encontrar los caminos de paz más adecuados. Esperamos que nuestros lectores vean materializado dicho objetivo a través de estas páginas.

Presentación

Enrique Pozo Cabrera

Rector de la Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

Manuel Torres Aguilar

Director de la Cátedra UNESCO de Resolución de Conflictos de la Universidad de Córdoba, España

Nos ha tocado vivir unos tiempos en los que todo está pasando y todo está por pasar. La inseguridad de lo que terminó, frente a la incertidumbre de lo que ha de venir. Tiempos de cambio en un mundo que ya no es el que se diseñó al final de la Segunda Guerra Mundial y que se abre a algo que todavía no sabemos cómo será. En todo caso, un mundo convulso en construcción. Hablar de momentos decisivos en la historia antes de que acontezcan en su plenitud, conlleva el riesgo de que tiempo después la previsión que se hizo sea destrozada por otras derivadas que no supieron adivinarse. De todos modos, al historiador que analiza el mundo actual se le pide no solo que cuente lo que fue, sino que trate de apuntar las claves de lo que podrá ser. La inflexión que están provocando los acontecimientos que a velocidad de vértigo vemos en estas semanas, cambiará completamente el curso de una historia, que ya vio con el fin de la Guerra Fría el inicio de una nueva era. El futuro ya está aquí. Ya no es el tiempo del claroscuro donde iban a nacer los monstruos de Gramsci, en tanto llegaba

el tiempo nuevo y terminaba de morir el viejo mundo. Esos monstruos ya han llegado para colonizar el mundo nuevo.

Sin embargo, el compromiso del universitario con su tiempo no nos permite bajar los brazos y entregarnos con resignación a aceptar como inevitable la construcción de un mundo en el que el ser humano sea despojado de la cualidad de ser dueño de su futuro con libertad. Asistimos a una profunda transformación en todos los órdenes de nuestra vida. El derecho no es ajeno a ello. La excesiva normativización de las relaciones entre particulares, la judicialización hasta extremos insospechados de cualquier acto jurídico o no, la proliferación de procedimientos, tecnologías, sistemas fríos de comunicación y de la denominada inteligencia artificial, están logrando colocar al ciudadano al margen de su capacidad para regular sus conflictos. Delegamos demasiado y hemos perdido el sentido de la justicia transaccional, hemos abandonado la interacción entre las partes para abordar lo más elemental de la disputa sobre legítimos intereses jurídicos.

Devolver a las personas su capacidad de comunicar, de buscar vías adecuadas para la solución de sus conflictos, sin necesidad de someterse a complejos procesos que judicializan en exceso lo que en muchas ocasiones solo requiere del buen oficio del mediador o de las buenas artes del diálogo, debieran convertirse en la práctica ordinaria, en tanto que el procedimiento judicial debiera ser la excepción. Situar de nuevo al ser humano en el objeto y en el sujeto del derecho. La mediación, los métodos adecuados para entender y resolver nuestras desavenencias en los negocios, en nuestras relaciones con la Administración, en la interacción con otros agentes sociales, en la vida en todos sus aspectos, suponen una resignificación del derecho como instrumento de paz y bienestar.

En las páginas de este libro, autores y autoras de diversos países ofrecen un elenco de reflexiones desde su compromiso con la cultura de paz y con un derecho menos formalista y más humano. En tiempos convulsos, los testimonios científicos que aquí se contienen suponen el esfuerzo por contribuir a construir un mundo nuevo más humano, a pesar de todo, porque

el derecho fue en su origen un instrumento en manos de los hombres y las mujeres para resolver sus conflictos. No fue, ni puede ser un fin en sí mismo. Es el más noble invento humano para dar el poder a los ciudadanos en la configuración de su vida en sociedad. Volver a una cultura jurídica de la mediación, del diálogo, de la solución pacífica de las desavenencias es ofrecer un modelo más justo y más equilibrado de justicia. La forma es fundamental en derecho, pero la forma no puede hacernos perder de vista que el destinatario último del derecho es la persona y a ella debemos devolver la capacidad de ser protagonista de la solución de sus conflictos.

La paz es un bien en crisis, pero no basta con decirlo y resignarnos a un destino incierto. Cada uno, desde su ámbito, tiene la responsabilidad de aportar la defensa de la humanidad. Cada uno de nosotros es humanidad y lo que pase a cada uno de nosotros pasa al conjunto. Por ello, comprometernos con la difusión de la cultura de paz es una misión en la que debemos empeñar nuestro esfuerzo intelectual en estos días. Estas páginas que siguen son la muestra de cómo profesionales de diversos campos del saber, apuestan por ofrecer pequeñas fórmulas para en nuestra vida diaria hacer de la paz en las relaciones humanas el centro de nuestra sociedad. Desde lo más cercano se construyen las grandes estructuras societarias. Si el ejemplo surge desde lo pequeño, su reiteración lo hará grande. Cuando nada de lo humano me es ajeno, todo lo que hago, pienso, escribo o difundo tiene el único fin de hacer más felices a los demás.

Sirvan estas páginas, escritas como homenaje intelectual, desde diversos lugares de nuestro mundo y ensambladas en la Universidad Católica de Cuenca, para aportar algo de serenidad y luz desde el pensamiento jurídico y el compromiso social.

Cuenca, abril de 2025

Introducción

Jaime Arturo Moreno Martínez

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador

La dignidad humana no es una dádiva de algún tipo de ordenamiento jurídico o político, es sin duda la fuente de donde emerge nuestra existencia y realidad. Nos integra por el hecho de ser miembros de la especie humana desde nuestra concepción hasta nuestra muerte natural. Es ella, ontológicamente, la que nos abraza y que con el ejercicio de nuestra libertad crea un propósito que se materializa y que para la vida en sociedad requiere herramientas tales como la filosofía, el derecho, la medicina, las tecnologías, la economía, entre otras. Todas ellas dispuestas a cumplir con el rol para el cual se han creado y desarrollado.

La dignidad humana es más que un conjunto de derechos de los cuales emanan obligaciones, es el primer principio y último fin. Es el valor intrínseco. Por ello, como humanidad, desplegamos a través del tiempo distintos intentos de duración disímil para resolver controversias, en aras de que nuestra existencia sea armoniosa y permita la coexistencia.

Con este espíritu presente, nuestra obra: *Estudios de mediación, conflictos y paz: historia y presente en un mundo convulso* (el segundo volumen de la Colección Ciudades de Paz), recopila una amplia gama de artículos que, desde distintas perspectivas, abordan las nociones de *conflicto*, *medios*

alternativos de solución de conflictos (MASC) y *mediación*. Aquí, la libertad se manifiesta de manera generosa en la aceptación de un diálogo conjunto entre las partes en conflicto y un tercero neutral (mediador), quienes bajo la fórmula ganar-ganar desean, honestamente, poder zanjar definitivamente sus divergencias.

Esta obra nos invita a construir una cultura de paz, tolerancia y diálogo, pues a través de los MASC, que constituyen una herramienta práctica al servicio de la ciudadanía, para poder devolverle la dignidad a la idea de *justicia*. Es decir, técnicas como la mediación permiten a las personas involucradas en un conflicto ejercer su derecho de opción y dejar de lado la justicia ordinaria con sus costes (económicos, psicológicos y de tiempo) y secuelas.

Así, el libro que hoy ponemos a consideración del público lector encuentra su pertinencia en varias aristas, por ejemplo, los resultados positivos que la mediación ha obtenido en el mundo. La seguridad de la mediación se encuentra en la existencia cierta y concreta de principios no negociables y de técnicas múltiples, orientadas a la gestión de los conflictos de manera positiva y constructiva. Los MASC permiten resolver las disputas manteniendo o recuperando las relaciones humanas, ya que abordan diversas áreas: familiares, mercantiles, sanitarias, laborales, ambientales, vecinales, comunitarias, tecnológicas, con el sector público, propiedad intelectual, etc. Y por si lo anotado fuese poco, además, ayudan a reducir la carga, muchas veces insostenible, de la justicia ordinaria.

Cabe resaltar que el principal valor de esta compilación es su perspectiva internacional, pues aquí se encuentran reunidos aportes de profesionales del derecho de Europa y América Latina (México, España y Ecuador). Así, a lo largo de sus páginas, este libro nos presenta los beneficios de los MASC en general y la mediación en particular, a partir de diferentes enfoques jurídicos y realidades socioeconómicas y culturales diversas. En este sentido, debemos señalar que —sin importar su procedencia— todos los 23

trabajos que forman parte de esta compilación, coinciden en la necesidad de promocionar y fortalecer los MASC, especialmente, la mediación.

Los capítulos que componen *Estudios de mediación, conflictos y paz* pueden ser clasificados según su naturaleza: reflexiones filosóficas (caps. 1-3), aplicaciones a campos específicos (caps. 4-11), aplicaciones a una cultura de paz (caps. 12-14), debates teóricos (caps. 15-19) y debates históricos (caps. 20-23). Sin embargo, para no extender demasiado esta introducción, en consideración a las ya abundantes páginas de esta obra, mencionaremos algunos de los más remarcables.

El capítulo “El conflicto en el derecho, entre necesidad y transformación”, pone énfasis en la mediación y el diálogo, para alcanzar soluciones permanentes, sin dejar de analizar con agudo entendimiento los desafíos éticos de la digitalización y del uso de los ODR (Online Dispute Resolution) dejando clara una alerta que es el peligro de la deshumanización, y que es una subcategoría especializada de los ADR (Alterenative Dispute Resolution).

“Aristotelismo y platonismo en la resolución de conflictos”, analiza de manera exquisita el impacto en nuestros sistemas jurídicos de occidente del saber platónico y aristotélico, sentando en el aporte del primer filósofo la tesis de normas abstractas y con jerarquía, a la vez que reconocer en el segundo el ajuste a casos concretos. Dicotomía que se evidencia entre las familias del derecho romano (codificado) y el anglosajón, basado en decisiones judiciales previas (precedente), analizando con base en lo anotado la tensión entre las mismas para la resolución de conflictos.

El capítulo “Genética humana del conflicto: la mediación como método de racionalización de los conflictos” indaga en el conflicto como ingénito, es decir connatural a nosotros, los seres humanos. Realidad que se promueve por múltiples factores, como son los genéticos, históricos, los interrelacionados como la moral y el cultural. Proponen el empleo de los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), para reemplazar la litigiosidad adversarial por una mentalidad colaborativa.

“Eficacia de la mediación familiar en la solución de conflictos”, al analizar los conflictos familiares, anotan que la medición en esta materia es útil, por lo que se ha consolidado y normalizado por lo que su empleo es frecuente ya que al promover la corresponsabilidad y el diálogo constituye una alternativa eficaz. Ejemplifican que disputas en materia sucesoria y en divorcios a través de la mediación permiten mantener los vínculos familiares. Sin embargo, dada su flexibilidad es menester mantener controles para garantizar la satisfacción de las partes y el equilibrio entre ellos.

“Mediación en el trabajo: como la mediación puede mejorar el clima laboral y resolver conflictos entre empleados y empleadores de manera efectiva”, analiza en el entorno de trabajo la aplicación de la mediación laboral, ya que está posee una visión colaborativa, señalando entre las bondades la de mantener y mejorar el clima organizacional al alcanzar acuerdos mutuos. La mediación es la herramienta que ha dado frutos y que es poderosa al impulsar un ambiente saludable y que mitiga tensiones. Previenen de los desafíos que suponen la falta de equilibrio ante la desigualdad de poder.

El capítulo “La paz como categoría de análisis: aportes desde la perspectiva antropológica”, propone estudiar la paz desde una perspectiva antropológica, acentuando que la misma no es la ausencia de violencia, sino que debe ser leída como un constructo social activo y diverso. Señala que la paz es una construcción social, con escenarios específicos que cohabitan entre tensiones y soluciones pacíficas.

“La paz neutra como alternativa a la violencia cultural”, analiza cómo la violencia cultural (Galtung) y simbólica (Bourdieu) normalizan y justifican comportamientos violentos en la sociedad, perpetuando desigualdades y exclusiones. Estudia diversos tipos de violencia, los mismos que se encuentran arraigados en el lenguaje, ideologías y sistemas educativos. Con claridad nos recuerda que las tensiones acumuladas pueden escalar a conflictos e ilustra como se daña el tejido social trascendiendo a la ausencia de violencia física. Trata con solidez la paz neutra y los desafíos que esta enfrenta, acentuando retos como la interseccionalidad, como raza, género

y otras categorías que se encuentran interrelacionadas a las que se suma la violencia en redes sociales y en los sistemas educativos. La autora analiza con pragmatismo y con la aspiración y propuestas para alcanzar la una paz más profunda y duradera.

“La mediación como vía para la paz y su articulación desde el rito litigioso” destaca que la mediación y los MASC permiten abordar la paz de manera proactiva, gestionando los diversos niveles de violencia. Destaca que la mediación permite la coexistencia sin colisiones. Indica que la mediación es un mecanismo que permite transitar desde el sistema de la justicia ordinaria que es disfuncional al de entornos alternativos, que son pacíficos y permiten la felicidad. Reconoce y propone que la gestión proactiva de los conflictos debe convertirse en un estilo de vida y con ello fortalecer la calidad de vida y la cohesión social.

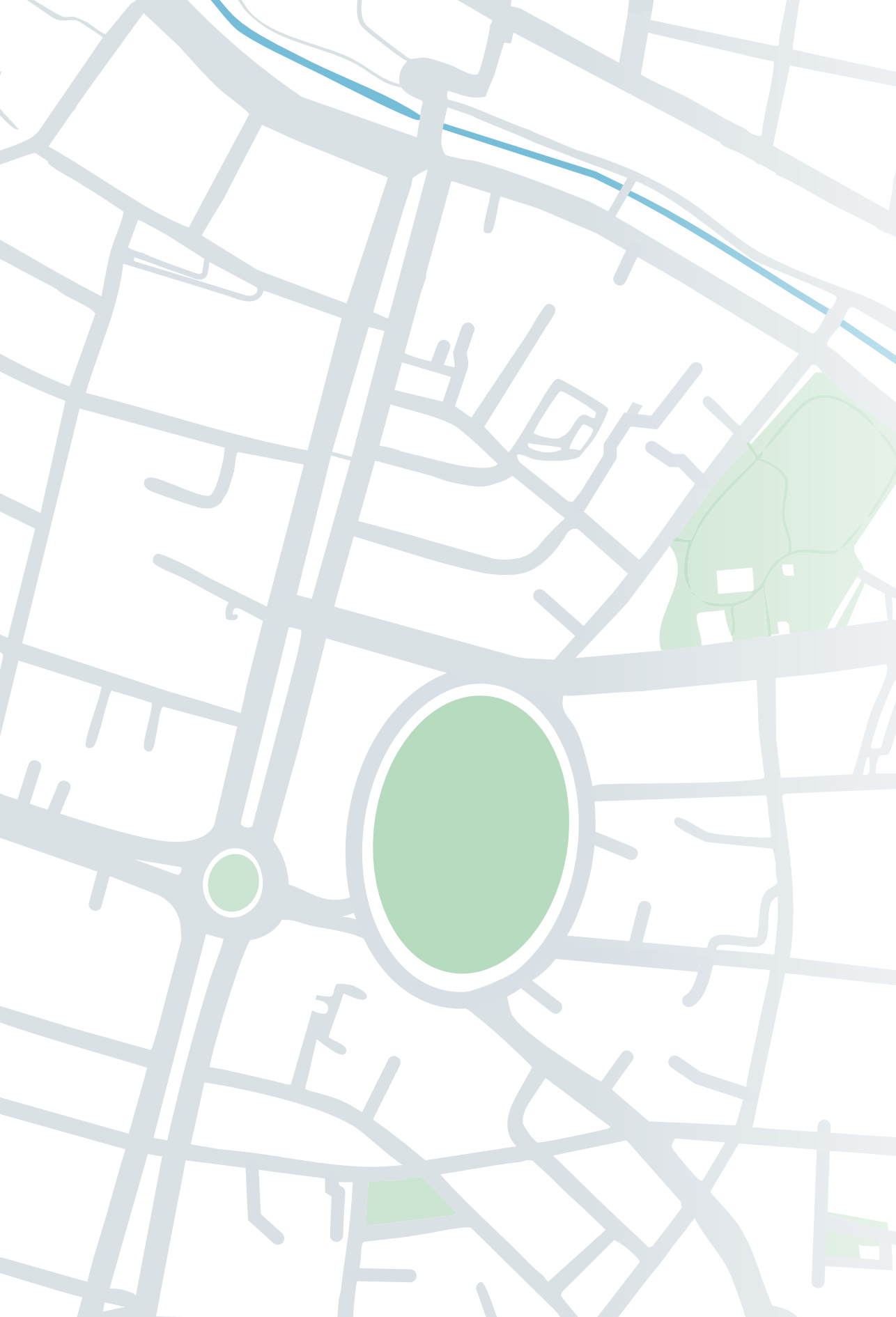
Mecanismos alternativos de solución de conflictos constitucionales: ¿un método viable?” analiza los mecanismos alternativos de solución de conflictos constitucionales, y se concentran en la solución amistosa dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y su aplicación en Ecuador. Destacan que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) actúa como mediadora en casos de vulneración de derechos, facilitando acuerdos entre los Estados y las víctimas llegando a la conclusión de que es una herramienta válida y que es posible mediar sobre derecho.

“El impacto de la digitalización en la mediación y el arbitraje: oportunidades, desafíos y futuro de la resolución de disputas en línea”, analiza el impacto de la digitalización en la mediación y el arbitraje ya sea en derecho o en equidad, destacando cómo las tecnologías han revolucionado estos métodos. Presenta al lector que la resolución de Disputas en Línea (ODR) ha ganado relevancia, especialmente durante la pandemia causada por el COVID-19, al permitir procesos ágiles. Explica acerca de los avances en inteligencia artificial, *blockchain* y plataformas al servicio de los usuarios, sin embargo, reflexiona acerca de los desafíos en seguridad y privacidad.

“Derecho a la guerra y solución de conflictos en la segunda escolástica: su proyección en la doctrina social de la Iglesia” examina con solvencia los amplios y profundos campos de los conflictos armados centrándose en la teoría de la “guerra justa” cuya fuente es la teología y la filosofía jurídica cristiana, cuyos antecedentes los encontramos en San Agustín y Santo Tomás de Aquino, quienes sentaron las bases de la misma al definir la guerra justa como un recurso excepcional para restaurar la paz. Presenta los requisitos exigidos para la misma que son: autoridad legítima, causa justa y recta intención.

Finalmente, “Los poderes de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales”, analiza con basto conocimiento la Carta de las Naciones Unidas que otorga al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacional, aunque no exclusiva. Recuerda que la Asamblea General también tiene competencias en este ámbito, no obstante, con limitaciones. Registra el retroceso de las Naciones Unidas y tristemente el de su órgano principal en materia de seguridad, que con sus últimas conductas han permitido que el mundo presencie su ausencia, lo cual no es conveniente para la preservación de la paz.

Así, invitamos a todos los públicos lectores a buscar en las páginas de este libro un aliciente para explorar nuevas formas de resolver conflictos y convivir en paz, a pesar de nuestras diferencias.



Capítulo 1

El conflicto en el derecho, entre necesidad y transformación

Angelo Anzalone

Universidad de Córdoba, España
ji2anana@uco.es

Se vogliamo che tutto rimanga come è, bisogna che tutto cambi.
Il Gattopardo, Giuseppe Tomasi di Lampedusa

El conflicto y su necesidad: breves notas introductorias

La cita elegida para abrir y presentar este trabajo hace referencia al valor del cambio, en una frase casi sin tiempos y con unas palabras que suenan increíblemente actuales: “Si queremos que todo siga como está, es necesario que todo cambie”. La adaptación más difundida con la que se cita este célebre pasaje de *Il*

Gattopardo insiste sobre este paradójico concepto, propio del *gattopardismo*, en virtud del cual hace falta que algo cambie para que todo siga igual.

Se trata, sin duda alguna, de un elegante y refinado estímulo para reflexionar sobre el presente y las condiciones actuales como resultado de elaboraciones pasadas; una frase, en suma, que trasciende las fronteras de la literatura e invita a pensar sobre la capacidad de adaptarse —en numerosos contextos— y transformarse, con el objetivo de mantener o incluso mejorar la situación en la que nos encontramos. Con este concepto se pretende enseñar el valor del cambio para mantener y mejorar la existencia, algo definitivamente indispensable para una sociedad que viaja a velocidades incontrolables y en la que los contenidos propios de las ideas —lo válido y valioso— se exponen a serios riesgos, en el sentido de que lo que resulta ser valioso hoy, puede que deje de serlo mañana.

Un importante ámbito de estudio que reserva un profundo tratamiento a la idea de “cambio social” es el ámbito de la teoría del conflicto. Aunque no sea esta la sede adecuada para adentrarse en los meandros de esta materia, merece la pena recordar la relevancia que tiene el conflicto para impulsar el cambio. El conflicto, en este sentido, asume máximo protagonismo en cuanto fenómeno natural de la vida social y dinámica necesaria para impulsar cambios sociales. De hecho, ni las contiendas ni los cambios representan, *a priori*, elementos negativos para el devenir histórico, sino que constituyen una expresión normal de la vida en sociedad. Evidentemente, numerosos acontecimientos derivados de los conflictos pueden recibir una calificación negativa, según las coordenadas temporales y espaciales, así como de los criterios —a veces subjetivos— que se utilizan para calificarlos (Silva García, 2008).

En cualquier caso —y más allá de los distintos enfoques políticos que pueden poseer las principales vertientes que están presentes en el ámbito de la teoría del conflicto— resulta difícilmente discutible la idea general en virtud de la cual el cambio es fruto de la contienda y la contienda es una necesidad para el cambio. El progreso social implica diatriba, pues de

otro modo, se miraría a la vida en común desde una perspectiva demasiado estática. En este sentido —y acotando nuestro ámbito de estudio— creemos firmemente que para la evolución de lo jurídico es necesario que existan los conflictos, pues de otro modo la juridicidad acabaría siendo una sombría y estancada representación de la sociedad.

En el conjunto de las relaciones intersubjetivas, el conflicto aparece como el resultado de la disputa entre competencias, pretensiones e intereses entre diversas partes. Es una situación en la que las partes luchan para conservar con exclusividad una misma cosa para sí, con exclusión del otro, estableciéndose de este modo un tejido de tendencias incompatibles que pueden adquirir niveles más o menos graves y que son capaces de perdurar en el tiempo, hasta que las partes consideren adecuadamente protegido el señorío de sus voluntades. Es así como el conflicto asume el aspecto de un fenómeno comunicacional y evolutivo, ya que, mediante la celebración de sus distintos momentos, se establece una comunicación y se avanza en el despliegue de las distintas pretensiones en juego (Medina Morales, 2023b).

Según la definición de la Real Academia Española, el conflicto es, ciertamente, lucha, combate, enfrentamiento y problema, pero también y principalmente es —a nuestro juicio— materia de discusión. El conflicto implica discutir, es decir, conversar, comunicar y conectar. Su antónimo, por tanto, es “concordia”, algo que se impone como fin esencial en la búsqueda de la resolución de la controversia jurídica, donde precisamente se intenta concordar la norma que debe mediar en la materia de discusión. La concordia, por tanto, contiene lo tratado y convenido entre las partes en conflicto; es conformidad, deja de ser desunión y pasa a ser unión, reciprocidad y ajuste. Para convenir una norma que sea capaz de establecer una comunicación armoniosa entre más partes es necesario apelar al conjunto de instrumentos jurídicos de resolución de las controversias que, en los últimos tiempos, se caracterizan por ser instrumentos consensuales de solución: un conjunto de alternativas que van más allá de lo que clásicamente

se conoce como juicio, es decir, que consiguen superar la época del derecho judicial y avanzar hacia nuevas fronteras.

El conflicto se ha transformado y se buscan vías distintas para tratarlo y resolverlo, esto es una realidad ya consolidada. Sin embargo, también cabe señalar que el conflicto está transformando el quehacer cotidiano de las principales sedes de la creación jurídica. En el derecho contemporáneo es fácilmente observable la convivencia de dos fenómenos: por una parte, la tarea jurisdiccional parece que debe cargar con funciones que hasta hace muy poco se consideraban propias del ámbito legislativo —pues la positivación del derecho está cada vez más en contacto con la vía de creación o de impulso jurisprudencial— y por otra parte, como se mencionó previamente, a la vía jurisdiccional de resolución de la controversia se ha emparejado un conjunto de instrumentos alternativos a las tradicionales sendas, entre los cuales cobran creciente relevancia aquellos institutos que fundamentan la solución del litigio en el *consensus inter partes* (Reggio, 2017).

El conflicto y su transformación: algunas consideraciones sobre diálogo y comunicación en el derecho

El derecho presenta una vocación práctica que se concreta, a la hora de resolver conflictos, en el despliegue de herramientas útiles para la subjetividad interconectada. Para ello, se sirve de especialistas —a quienes se conoce como juristas— que hacen posible esa realidad práctica y dialógica. En este sentido, se afirma que el derecho sirve para comunicarse y evitar —o resolver— posibles conflictos; se trata, por tanto, de un sistema de comunicación llevado a cabo por especialistas capacitados para ejercerlo. Es un arte y habilidad que se estudia y se perfecciona cotidianamente, donde la destreza de sus actores asume una importancia fundamental (Medina Morales, 2023b).

Con razón se sostiene que, en el mundo jurídico, todo se genera a golpe de decisiones, premisa que asume cierto protagonismo en el marco de la teoría de las decisiones jurídicas, eje central de la teoría comunicacional

del derecho. Es una cuestión directamente relacionada con el bienhacer de los juristas, tanto teóricos como prácticos, y las habilidades dialógicas antes mencionadas. De hecho, es en el marco de la teoría comunicacional donde se distingue: en primer lugar, las decisiones jurídicas ordinamentales generadoras de textos potencialmente normativos (decisiones que producen material textual bruto, el texto ordinamental); en segundo lugar, las decisiones jurídicas de los sistemas doctrinales didáctico-expositivos que, perteneciendo a la dogmática jurídica, pueden llegar a ser generadoras de propuestas normativas (en textos como tratados, manuales, monografías, tesis, etc.). En tercer lugar, las decisiones jurídicas sistémicas en su sentido más estricto, es decir generadoras de textos normativos (normas jurídicas) que pertenecen al sistema jurídico (más próximo a lo que se conoce como derecho judicial); y, en cuarto y último lugar, casi a modo de cajón de sastre, se encuentran el resto de decisiones jurídicas que, a pesar de no formar parte ni del texto ordinamental ni del sistema, son llamadas “ambientales” (pertenecientes al ámbito jurídico) debido a que, en cualquier caso, gozan de un pleno sentido jurídico, como un acta notarial, entre muchas otras posibilidades (Robles, 2021).

En este último sentido, probablemente se debería prestar mayor atención al conjunto de decisiones tomadas para resolver controversias jurídicas, basadas en el *consensus inter-partes*, tal y como suele ocurrir en los métodos alternativos de resolución de conflictos que, como sabemos, están en auge en los últimos tiempos. Con estos recursos alternativos (conciliación, transacción, mediación) se obtiene una norma concreta para un caso específico, que reúne todos los requisitos para sustituir, total o parcialmente, a la decisión judicial. No obstante, resulta llamativo que su contenido específico no llegue a constituir una especie de precedente judicial al cual apelar para solucionar casos análogos. En otros términos, existe un conjunto de decisiones concordadas —que sirven para resolver o encauzar conflictos jurídicos— y que por sus peculiaridades, casi alcanzan la categoría —si es que tal categoría existe— de “jurisprudencia consensual

o consensuada”, un peculiar tipo de decisiones que probablemente deberían incluirse en ese cajón de sastre “ambital” al que se aludía anteriormente y al cual debería atribuirse mucha más importancia de la que solo aparentemente tiene (Reggio, 2012).

La sociedad necesita, en definitiva, del auxilio de un mecanismo de resolución de conflictos, un sistema que, aunque atraviesa una profunda transformación, continúa reflejando la función dialógica esencial de lo jurídico, para las conexiones intersubjetivas. Volviendo a esa idea de posible norma concordada como vía alternativa de resolución de un litigio, es difícil no pensar en las habilidades requeridas, por ejemplo, la figura del mediador y su capacidad de escuchar activamente a las partes; de regular la interconectividad para que ambas sepan escuchar y comunicar; así como de persuadir, no tanto para mover el consenso hacia un lado o el otro, sino para convencer a las partes de instaurar un clima de escucha y diálogo. La literatura de los últimos años insiste mucho en las peculiaridades de los instrumentos que buscan el consenso y la conciliación de la controversia, señalando —entre otras cuestiones— que dichas instancias innovadoras parecen estar destinadas a ampliarse cada vez más en el contexto jurídico actual.

Se destaca, por ejemplo, que la potencialidad regulativa de estos instrumentos, si se lee desde un punto de vista de transformación del conflicto, puede ir más allá de una mera solución de la controversia y encauzar un nuevo equilibrio normativo y de relaciones, algo garantizado por el derecho y dotado de una capacidad regulativa que mira al futuro. Una perspectiva de este tipo, evidentemente, para ser operativa, requiere mirar al conflicto de un modo peculiar y distinto al enfoque tradicional. El conflicto se sometería así a un proceso de conversión, con el objetivo de emparejarlo a la constante búsqueda de soluciones sostenibles mediante instrumentos que invocan la centralidad de la persona y de las relaciones, además que, se ajustan en la complejidad dimensional de la cuestión objeto

de la controversia y están orientados al futuro, con miras a cumplir una función pacificadora de la lite intersubjetiva (Reggio, 2017).

En este escenario, se entiende que el diálogo asume una importancia vital. Para que las partes establezcan una correcta interacción, no es suficiente una comunicación superficial, sino una conexión dialógicamente activa y participativa en la búsqueda común de la llamada norma concordada; algo que, lógicamente, se presenta como una tarea ardua y complicada. Por esta razón, correctamente se señala que las virtudes tradicionalmente requeridas al jurista, a saber, *prudentia*, *sapientia*, *aequistas*, encuentran nueva linfa y grandes cuotas de actualidad, cruzándose con saberes y técnicas contemporáneas que también han entrado a formar parte del bagaje cultural del jurista. Es así como el diálogo no constituye una alternativa al derecho, sino una categoría que entra a formar parte de su estructura, estableciéndose entre diálogo y derecho un fuerte vínculo que garantiza la reciproca intersubjetividad que ha sido afectada por el posible conflicto. El desafío que presentan los instrumentos alternativos de resolución del conflicto, por tanto, consiste en presentarse principalmente como un complemento para que el jurista pueda tenerlos en consideración a la hora de analizar y buscar la vía más apropiada para resolver la controversia. Esta búsqueda trasciende los límites de lo meramente técnico y alcanza una perspectiva dialógica sin precedentes; ese derecho dialógico, por tanto, se traduce en una concepción dinámica y flexible del instrumento jurídico, que solo subsidiariamente se presenta como heterónimo y coercitivo lo que, en todo caso, nunca equivaldría a negar estos dos fundamentales y fundantes momentos de la juridicidad. Por todas estas razones, los instrumentos alternativos de resolución del conflicto no son sencillas técnicas que vienen a (o pretenden) sustituir las vías clásicas de resolución de la controversia; por el contrario, estos instrumentos proyectan al jurista en una dimensión que le permite comprender la noble función del derecho en el ámbito de la conflictividad intersubjetiva e intercomunitaria, algo que, para ser

reconducido en los mejores términos, requiere de diálogo activo, dinámico, constructivo y normativamente concordado (Reggio, 2017).

Búsqueda de modelos alternativos en tiempos actuales

Las consideraciones realizadas hasta este punto permiten afirmar que, mediante las técnicas o herramienta alternativas citadas, se obtiene una norma concreta e individual. Es decir, una norma para un caso específico que producirá efectos para los protagonistas de la controversia; una norma que, en suma, presenta una buena cantidad de requisitos para que, con ella, se consiga sustituir, total o parcialmente, la clásica decisión judicial.¹ La intrínseca litigiosidad de lo jurídico ha buscado y parece haber encontrado vías de resolución más eficientes y menos costosas, en el sentido de validas alternativas a la idea clásica de procedimiento judicial, el cual, mediante sus secuencias y decisiones, no siempre logra una solución rápida ni económica de las controversias. Además de las ventajas de economía y rapidez se ven acompañadas por otra meta de suma relevancia, mediante las técnicas alternativas de resolución de los conflictos se fomenta una cultura de paz, alejándose del paradigma judicial clásico de enfrentamiento entre vencedores y perdedores. Se trata de métodos que, cada uno con y desde sus peculiaridades, se presentan, por una parte, como menos formales y más ligeros en cuanto a rituales judiciales, y por otra, como vías que ofrecen mayores posibilidades para que las partes puedan participar activamente en la composición de la vía resolutoria al conflicto.²

1 Es de justicia reconocer que, del conjunto de problemáticas tratadas a partir de este punto y que incluimos concretamente en los puntos tres y cuatro del presente trabajo, ya se ha profundizado más ampliamente en una obra dedicada precisamente a los modelos alternativos de resolución de las controversias a la luz de las nuevas herramientas tecnológicas, cuyas consideraciones se extrapolan y se reproducen parcialmente en esta ocasión. Estamos hablando de: *Administrar y resolver conflictos entre lo jurídico y lo parajurídico: la experiencia de las odr* (Anzalone, 2023).

2 En este sentido, la profesora Nuria Belloso (2004) con razón ha afirmado que “tal vez el éxito de las ADR haya que buscarlo en que las partes en conflicto pueden adoptar el papel de juez, de tal forma que, desde los vecinos enfrentados a los directores de empresas, todos

Llamando en causa la fascinante vaguedad de lo alternativo, en doctrina se señala de qué modo la categoría ADR (Alternative Dispute Resolution) incluye un gran número de institutos e instrumentos jurídicos que, efectivamente, representan una tipología “alternativa” a los procesos “tradicionales”. Esto, evidentemente implica que deba analizarse y evaluarse con cierta prudencia el concepto de “alternatividad”, en cuanto que, por un lado, es indiscutible que dicho concepto acomuna los instrumentos ADR, pero, por el otro, constituye —probablemente— su principal factor de atracción. Es decir, puede que la misma idea de “alternatividad” esté a la base del auge de tales herramientas, algo que podría explicarse en virtud de la vaguedad del mismo concepto de “alternativo”. En este sentido, se nos advierte sobre los posibles peligros que puede esconder una vaguedad conceptual, ya que la ambición de transformarse en la “otra vía” con respecto al sistema tradicional puede conllevar —si no adecuadamente medida y valorada— una pérdida de especificidad, rigor y funcionalidad de las mismas herramientas alternativas; recordemos que el aludido sistema tradicional es un sistema de tutela jurisdiccional de los derechos, una estructura consolidada y con la que estos instrumentos, en lugar de entrar en una relación de alternatividad-excluyente, deberían poder contactar en sanas dinámicas de búsqueda de recíprocas ventajas (Reggio, 2017).

El objetivo debe consistir siempre en la búsqueda del interés de las partes, la adecuada garantía de los bienes jurídicos en disputa y la disminución de los costes procedimentales y humanos. Así, resulta interesante recordar como los instrumentos alternativos de resolución de la controversia pueden ser clasificados en instrumentos autónomos y heterónomos. Es decir, con independencia de los márgenes de flexibilidad y bilateralidad presentes en cada uno de los diversos instrumentos (negociación, transacción, mediación, arbitraje) es oportuno especificar que la estructura heterónoma o autónoma se debe en razón a la voluntad que define la controversia, y no

se sienten satisfechos al desempeñar un papel activo en la solución de sus propios conflictos o en los de otros”.

necesariamente en virtud de la forma o del origen negocial del instituto. Aquellos instrumentos de ADR cuya decisión final descansa en el consentimiento entre las partes pueden ser definidos autónomos; por el contrario, aquellos que prevén la definición de una voluntad decisional de un tercero son definidos heterónomos. En el primer caso, se encuentran, entre otros, la negociación asistida o la mediación, donde la dinámica conciliadora y la lógica del consenso asume protagonismo, aunque con tonos y niveles distintos según el instrumento concreto; en el segundo, es evidente que el ejemplo más característico es el arbitraje, donde el rol del sujeto tercero a las partes es constitutivo del elemento decisional último.

Ahora bien, el estudio de los diversos métodos alternativos de resolución de los conflictos ofrece la posibilidad de comprobar cómo la sociedad de la información y el uso de las nuevas tecnologías ha impuesto un cambio de paradigma interno a esas mismas vías alternativas. La superación de los límites territoriales, así como de las barreras sociales y culturales, es ciertamente la respuesta más eficiente que puede darse a las demandas de solución de conflictos planteados en perfiles cada vez más versátiles y exigentes. La digitalización de la sociedad contemporánea, en suma, no podía no manifestarse también en el seno de la resolución de las controversias, algo que en el ámbito de las ADR ha comportado la aparición de las conocidas ODR (Online Dispute Resolution). Estos “nuevos” recursos, como podemos imaginar, se sirven de los medios informáticos y tecnológicos con el objetivo de gestionar y resolver la controversia jurídica.

Desde el punto de vista de la aproximación tecnológica a la resolución del conflicto, la doctrina nos señala que debemos distinguir entre *online* ADR, es decir ODR *human-based* en las que la tecnología digital constituye un “mero” soporte de la actividad resolutoria, y *cyber* ADR, o sea ODR *machine-based* en las que la inteligencia humana se encuentra “apoyada” por los sistemas de inteligencia artificial. En el marco de esta evolución, merece ser mencionada también la llegada de las *smart* ODR, instrumentos ODR de última generación que se sirven de la tecnología *blockchain*, así

como los *smarts contracts*, en los que se proporciona la garantía de ejecución automática de las prestaciones asumidas como obligación. Parece ser, por tanto, que con las ODR continúa expandiéndose la (fascinante) vaguedad conceptual de lo alternativo. Esta vez, se trata de instrumentos que dan prueba definitiva de la transformación radical a la que la misma idea de “tarea jurídica” se está sometiendo en la era digital. Con razón, se señala que se trata de una mutación transversal a todas las ramas del derecho, por lo menos en aquellas que se ven obligadas a interactuar con el ciberespacio. Como es posible intuir, si las ODR de primera generación (*human-based*) ya presentan una radical diversidad con respecto a las ADR, es evidente que las ODR de segunda generación (*machine-based*) anuncian una metamorfosis definitiva de lo y en lo jurídico, no exenta de criticidades y complejidades (Mingardo, 2020).

A modo de conclusión: el giro algorítmico y el inevitable salto parajurídico

En este escenario, reconociendo que el derecho se enfrenta hoy a la constitución de nuevas sociedades y a la creación de procedimientos alternativos, donde los nuevos juristas deben admitir los éxitos culturales que van encajando con el avance tecnológico y donde van dudando, cada vez menos, de las ventajas ofrecidas por la realidad virtual, hay quien propone hablar de “iper-positividad jurídica”. Al referirse a las nuevas “reglas virtuales”, dicha iper-positividad sirve para indicar aquel fenómeno que requiere un “esfuerzo de reconfiguración de los lugares de dialogo jurídico interdisciplinario que incluya las nuevas comunidades [jurídicas] de técnicos”, un espacio que podría “exorcizar el espectro libre de la voluntad individual” y evitar un peligroso laberinto conceptual, el cual constituye el histórico prejuicio para la sana prudencia y consciencia jurídica (Sarra, 2018).

Las ODR son ejemplo de instrumento útil, aunque, presentan criticidades que merecen atención. Lo cierto es, que quien decida (para resolver) en un conflicto concreto debe orientar su actividad resolutoria mediante

un mínimo de principios, usando ciertos instrumentos con “suficiente destreza”. Ese acto, mediante el cual los juristas dirimen los conflictos sociales y determinan el *quod iustum est*, ha sido normalmente identificado con el término “juicio” (Medina Morales, 2023a). Se trata, por tanto, de comprobar si es posible armonizar la clásica idea de juicio —como acto propio de un procedimiento racional mediante el cual las partes, el juzgador y los instrumentos disponibles intervienen para concretar lo que debe hacerse y respetarse en cada caso— con las vías alternativas, tecnológicas y algorítmicas que han llegado, para quedarse y seguir avanzando en la sociedad actual.

Hace ya mucho tiempo que Vittorio Frosini (1998), al referirse al aspecto jurídico de la “sociedad de la información”, advertía sobre los múltiples efectos que la sociedad tecnológica produciría en el ámbito del Derecho. Concretamente, el sector de la información es el que más interés y privilegio ofrece al jurista, quien participa plenamente de esa nueva hiper-realidad de la información automatizada, encontrándose comprometido en su administración social y en su regulación jurídica. El poder informático, obviamente, además de presentarse con su abanico de ventajas y oportunidades, puede llegar a representar una amenaza para la persona humana, ya que se trata de un poder con evidentes tentáculos sociopolíticos, económicos y jurídicos. Más recientemente, y aludiendo esta vez a la naturaleza y el alcance de la “ética de la información”, es decir, a las ulteriores consecuencias que la sociedad de la información está teniendo también en el plano normativo de corte ético. Luciano Floridi (2006) considera preciso recordar que la llamada ética de la información —si es correcta y prudentemente concebida— puede llegar a jugar un papel fundamental en el delicado equilibrio existente entre deberes éticos y derechos legalmente exigibles. Es por lo que, a su parecer, la ética de la información puede ser vista y considerada como un recurso, un producto y un objetivo.

Como puede observarse, las dimensiones informacionales son múltiples y variadas, ya sea en su plano estrictamente ético —siguiendo a

Floridi—, como en sus implicaciones sociales, económicas y jurídicas —tal como advertía Frosini—. La reflexión filosófica sobre la tecnología (y todos sus derivados) es una reflexión sobre inquietudes, conceptos, posibilidades, intereses, peligros, poderes, etc.; se trata, en definitiva, de una aproximación de sumo interés que permite interrogarse sobre el alcance y los límites del dominio tecnológico. Con especial referencia al ámbito jurídico, y con particular atención a los instrumentos alternativos de resolución de controversias dotados de una marcada connotación algorítmica, se abre camino la idea de una justicia (jurídica) digital que se mueve (casi) en un ámbito para-jurídico. Es decir, los instrumentos ODR de última generación pueden representar una paradoja, ya que, partiendo de la premisa según la cual hay que esforzarse y aprovechar los avances tecnológicos para acercar lo jurídico a la problematización humana concreta, acabaría por desvirtuar lo humano del derecho (deshumanizando gran parte de sus dimensiones).

Debemos estar atentos, en suma, a esta búsqueda de lo extra-institucional y de lo para-jurídico en materia de resolución de los problemas concretos (de relevancia jurídica, evidentemente). El salto de las ADR a las ODR puede incluso ser una amenaza para la ya mencionada vaguedad conceptual de lo alternativo, en el sentido que la digitalización y la tecnología informática pueden acabar por burocratizar y estandarizar la disputa, deshumanizando o despersonalizando la justicia. Por todo ello, y con el objetivo de remediar posibles escenarios de este tipo, la doctrina advierte sobre la oportunidad de un debate internacional sobre una posible ética de las ODR, es decir, una derivación más de la ya avanzada *cyber ethics*. Tal y como observa Letizia Mingardo (2020), en la experiencia de las ODR de última generación existe un protagonista indiscutible que aspira a ser el “sujeto tercero” e “imparcial” capacitado para resolver la controversia, refiriéndose al algoritmo, ya que en él se llega a confiar para el desempeño de funciones igualmente necesarias en la ejecución forzosa de los acuerdos y de las decisiones finales, un proceso que en algunos casos, llega a ser automatizado. Este protagonismo obliga a una reflexión de corte ético-jurídico,

dado que el uso de los algoritmos debe estar a la altura de los principios de transparencia, neutralidad y objetividad, en un mundo —el decisional alternativo y automatizado— que presume de inmediatez y eficiencia. La autora hace referencia a operaciones que solo en apariencia son inmediatas, neutrales y objetivas, tales como la selección de datos útiles, la construcción de relaciones y conexiones entre informaciones obtenidas y predicciones de hechos o comportamientos; la configuración de probables escenarios futuros, entre otras. La cuestión central es que, cuando los algoritmos ejecutan estas actividades, emitiendo incluso juicios, son considerados fiables y neutrales por el simple hecho de emplear métodos que descansan en sistemas matemáticos, algo que, según Mingardo, se fundamenta en la difusa y falaz convicción de la absoluta objetividad del saber y del dato científico. Dado que la inteligencia artificial está adquiriendo cada vez más presencia en la vida social —y a pesar de la mayor atención que los expertos, las instituciones y la opinión pública están prestando a una temática tan delicada—, se considera de suma importancia un adecuado y exhaustivo control de las decisiones totalmente automatizadas, es decir, aquellas decisiones que influyen en la esfera personal del individuo y que se encuentran fundamentadas en un mero tratamiento automatizado de datos.³

La aludida aparición y confección de herramientas tecnológicamente avanzadas, evidentemente, llega empujada por el ánimo de aportar con un abanico de mayores y más eficientes soluciones que permitan administrar y resolver conflictos, alcanzando niveles cualitativos más elevados. Es decir, el objetivo consiste en aumentar y, al mismo tiempo, facilitar los instrumentos de garantía en beneficio de los contrapuestos intereses en disputa. En este sentido, es necesario alertar sobre la importancia de una oportuna reflexión especulativa y un indispensable análisis crítico, todo ello centrado en las

3 La autora se refiere, por ejemplo, a un *software* que decide sobre la concesión de un préstamo hipotecario, sobre la admisión de las partes en la estipulación de un contrato de seguro, sobre la admisión de un trabajador en prácticas y, obviamente, sobre los perfiles finales de composición de la controversia.

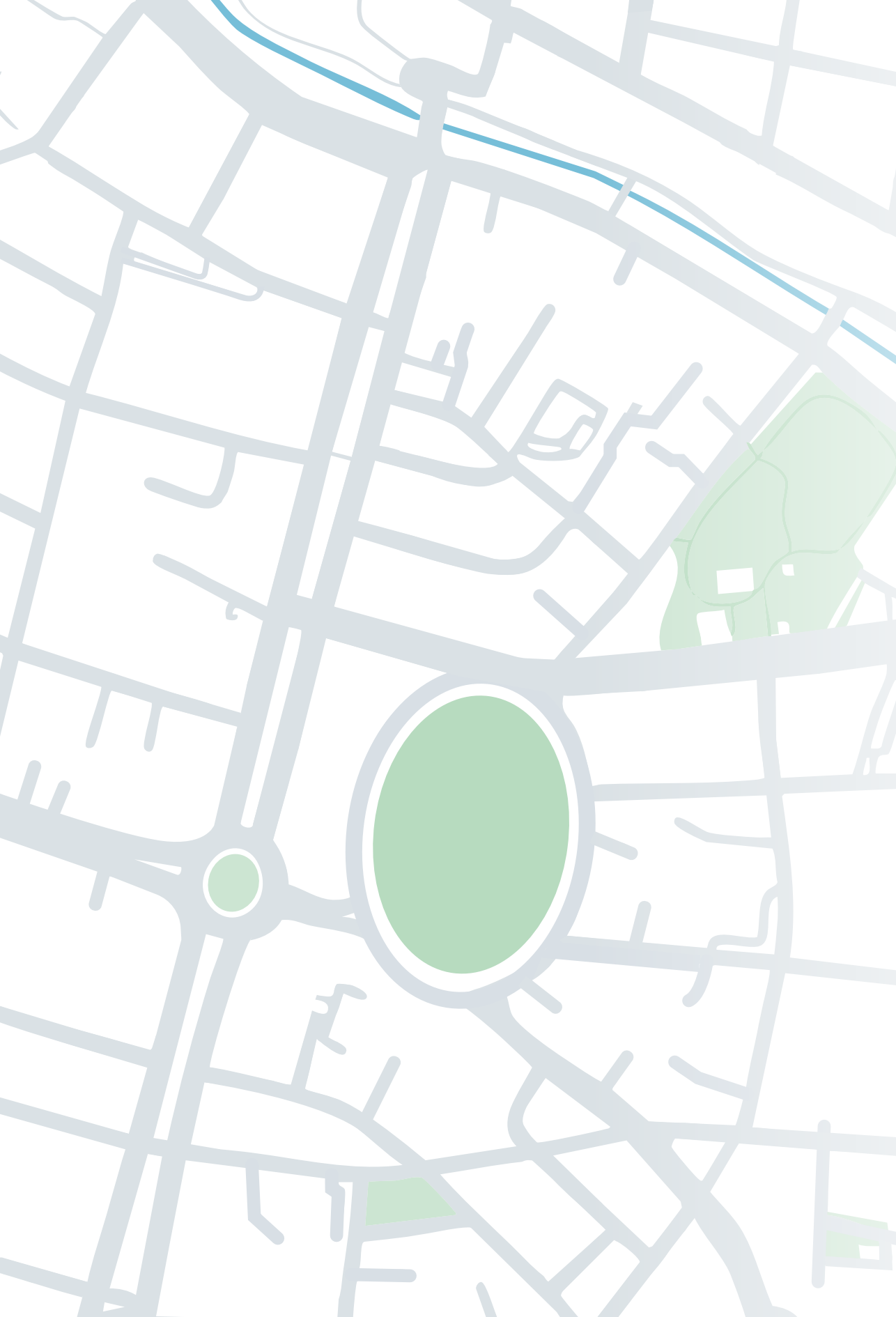
múltiples dimensiones técnico-informáticas del hombre contemporáneo y, consecuentemente, también del hombre jurídico.

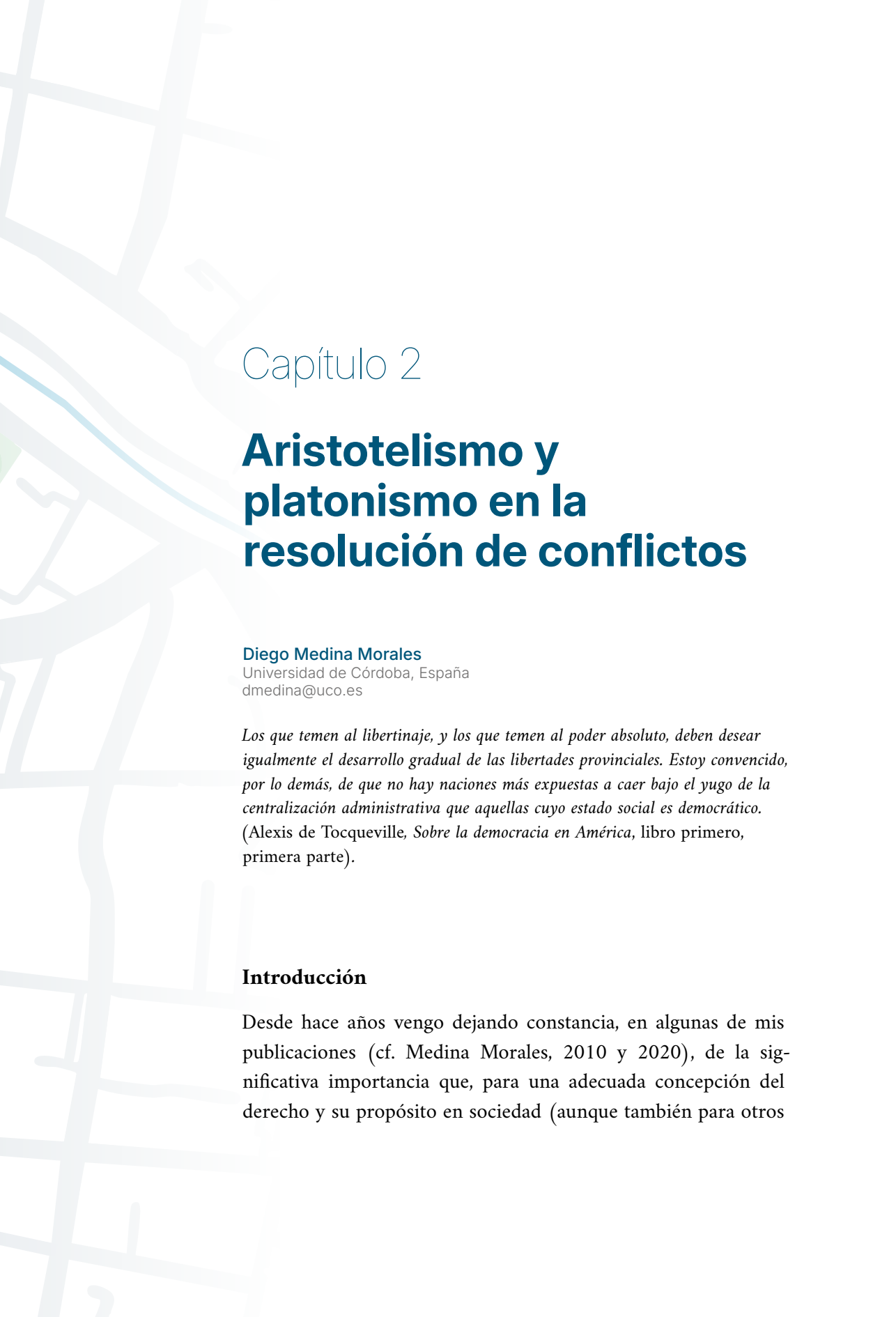
En conclusión, se reafirma lo dicho al inicio, aunque con ligeros matices: si se desea que lo esencial permanezca inalterado, si se pretende que el núcleo bondadoso y duro de la juridicidad se conserve en sus parámetros objetivos, es probable que todo tenga que cambiar. Consideramos, no obstante, que debemos estar atentos y hacer un adecuado llamamiento para que la comunidad de los juristas sepa vigilar cuidadosamente estos procesos de cambio. Que todo cambie, pero que todo quede como está, es este el auspicio.

Referencias bibliográficas

- Anzalone, A. (2023). Administrar y resolver conflictos entre lo jurídico y lo parajurídico: la experiencia de las odr. En E. Álvarez Cora y M. Torres Aguilar (eds.), *Conflicto, política y derecho en la España contemporánea: prevención, eclosión y resolución*. Aranzadi.
- Belloso, N. (2004). Formas alternativas de resolución de conflictos: experiencias en Latinoamérica. *Revista Seqüência*, (48), 173-204. <https://bit.ly/42F3fm0>
- Floridi, L. (2006). Ética de la información: su naturaleza y alcance. *Isegoría*, (34), 19-46. <https://bit.ly/3YFOGNA>
- Frosini, V. (1998). El jurista en la sociedad tecnológica. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (16), 239-252. <https://bit.ly/3GeVRWG>
- Medina Morales, D. (2023a). La labor del jurista en la resolución del conflicto social: el derecho como sistema de comunicación y de entendimiento social. *Millars*, 54(1), 95-113. <https://bit.ly/3GtfPwV>
- Medina Morales, D. (2023b). La búsqueda de lo justo en concreto y la responsabilidad de los juristas. En D. Medina Morales, E. Fernández Ruiz Gálvez, A. P. Garibo Peyró y L. Aparicio Chofré (eds.), *Profesiones jurídicas y dinamismo del derecho*. Tirant Lo Blanch.

- Mingardo, L. (2020). *Giustizia digitale 'alternativa'. Scenari e riflessioni critiche sulle Online Dispute Resolution*. Primiceri Editori.
- Reggio, F. (2012). 'Norma del caso' e soluzioni concordate della controversia in ambito civile. Alcune riflessioni su una 'zona limite' della positività giuridica. En P. Moro y C. Sarra (eds.), *Positività e Giurisprudenza. Teoria e prassi nella formazione giudiziale del diritto*, Franco Angeli.
- Reggio, F. (2017). *Concordare la norma. Gli strumenti consensuali di soluzione della controversia in ambito civile: Una prospettiva filosofico-metodologica*. Cleup.
- Robles, G. (2021). *Teoría del derecho, fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (vol. III). Thomson Reuters-Civitas.
- Sarra, C. (2018). "Iper-positività": la riduzione del giuridicamente lecito al tecnicamente possibile nella società dell'informazione. En C. Sarra y M. I. Garrido Gómez (eds.), *Positività giuridica. Studi ed attualizzazioni di un concetto complesso*. Padova University Press. <https://bit.ly/4jnVnwm>
- Silva García, G. (2008). *La teoría del conflicto: un marco teórico necesario*. Prolegómenos.





Capítulo 2

Aristotelismo y platonismo en la resolución de conflictos

Diego Medina Morales

Universidad de Córdoba, España
dmedina@uco.es

Los que temen al libertinaje, y los que temen al poder absoluto, deben desear igualmente el desarrollo gradual de las libertades provinciales. Estoy convencido, por lo demás, de que no hay naciones más expuestas a caer bajo el yugo de la centralización administrativa que aquellas cuyo estado social es democrático. (Alexis de Tocqueville, *Sobre la democracia en América*, libro primero, primera parte).

Introducción

Desde hace años vengo dejando constancia, en algunas de mis publicaciones (cf. Medina Morales, 2010 y 2020), de la significativa importancia que, para una adecuada concepción del derecho y su propósito en sociedad (aunque también para otros

aspectos culturales de nuestra civilización), tiene el posicionamiento gnoseológico que se adopte por parte de quien lo estudie. Parece evidente que para exponer qué es el derecho podemos acercarnos a este (como también a otros ámbitos del conocer y actuar humano) como mínimo, bajo una perspectiva realista aristotélica (también tomista) o, por el contrario, conforme a una perspectiva idealista platónica (también agustina). Este distinto posicionamiento epistemológico y ontológico, a la hora de conocer y describir la naturaleza de las cosas (*rerum natura*) nos ha acompañado durante siglos a quienes, en distintas épocas, hemos pertenecido a la cultura griega,¹ influyendo notablemente en muchas de las facetas cotidianas de nuestra cultura. Este hecho también ha permitido, a lo largo de la historia occidental, imaginar numerosas representaciones socioinstitucionales (estructuras de vida social) correspondiéndose con estas dos formas diversas de concebir ciertos concretos aspectos de la vida social y política. Así, en este trabajo —con el que pretendemos rendir homenaje a quien fue un aventajado alumno y también, desde muy pronta fecha, compañero de claustro en la Universidad de Córdoba, Manuel Torres Aguilar— nos referimos a los modos en que nuestro derecho (el occidental actual) ha encontrado acomodo para hacerse sistema (sistematizarse) en medio de esa tensión idea-realidad a la que nos hemos referido.

Como sabemos, Platón en la *República* sustentó la conveniencia del gobierno de los sabios (los viejos), confiriendo a su experiencia (adquirida a través del transcurso de la vida) una habilidad especial para conseguir vislumbrar el “mundo de las ideas” y, en consecuencia, la primordial idea del “bien”, hecho este que, según Platón, les legitimaba para gobernar. La

1 “Cuando Husserl habla propiamente de cultura europea entendemos que se refiere a una ‘categoría espiritual’ que denota un modo distintivo de observar el mundo, y cuyo origen el filósofo lo sitúa en Grecia. Como ya he dejado dicho en alguna otra ocasión, la cultura europea, en Husserl, es la única que de la mano de la filosofía ha constituido un modo de pensar que trasciende todo aquello que es *Zeitgebunde*, es decir, todo aquello que está ligado a un tiempo o a mundos ‘particulares’; es, ante todo, un modo de pensar y de actuar abierto que tiende a universalizarse” (Medina Morales, 2007, p. 155).

gerontocracia queda, de esta manera, justificada en la doctrina del viejo maestro griego debido a esa habilidad que permite a los ancianos percibir (tener acceso directo) el mundo ideal (perfecto y perenne) e interpretarlo gracias a la luz procedente de la “idea del bien”, que es la que ilumina y da sentido al resto de las ideas.² Así pues, la doctrina platónica, como puede constatar, principalmente se fundamenta en una fuerte convicción, o en una “fe ciega”, respecto a la racional capacidad humana, considerándola universal y capacitada para descubrir, a su vez, valores perennes y universales;³ por otra parte, tal capacidad, fuente de sabiduría, se sustenta en el “dominio de sí”, un dominio que subyuga las pasiones y que deja que la parte racional del alma oriente el buen hacer de los que “han de mandar”. En todo caso, eso sí, tal actividad de gobierno de la *polis* quedará en Platón siempre condicionada por su necesaria orientación hacia el bien común.⁴ Ciertamente es que Aristóteles, con un distinto posicionamiento (realismo aristotélico) respecto de su maestro, contempla igualmente la idea del “bien común” como orientadora de las tareas de gobierno, pero se distancia de Platón a la hora de concebir los “referentes” que, para formar “su juicio” (respecto de ese bien), los hombres necesitan tener en cuenta, pues no los concibe ya como meras ideas formales y permanentes situadas en un

2 “Gustav Kafka en su libro *Sokrates, Platon und der sokratische Kreis*, sitúa, creo que acertadamente, lo esencial del pensamiento de Platón en esta reducción de las ideas a los números-ideas. Porque un dialéctico, empeñado en la búsqueda racional del absoluto no podía obrar de dispar guisa que encerrando al Absoluto en la dimensión racional de las matemáticas; de unas matemáticas especiales, la de los números-ideas, pero matemáticas al fin y al cabo. De otra suerte las ideas no podrían jamás aunarse en la contemplación del Absoluto a través de las relaciones armónicas que las enlazan entre sí. Pues es cierto el decir de Constantin Ritter de que el dialéctico es aquel hombre que debe dar cuenta a sí mismo y a los demás de la esencia de todas las cosas; y, sin matemáticas, sin armonía, ¿cómo es dable proporcionar una visión conjuntada del universo?” (Elías de Tejada, 1974, p. 60).

3 Esta cuestión, por ejemplo, ha alimentado un interesante debate entre defensores de la universalidad de los derechos humanos y sus detractores (cf. González Amuchastegui, 1998, pp. 49-78).

4 El bien común de la *polis* supone la idea de que la fundación de una ciudad sea realizada no “con vistas a la felicidad de una sola clase sino para que lo sean todos los ciudadanos sin distinción alguna” (Platón, 1979, IV, I).

mundo superior donde supuestamente habiten aquellas. Aristóteles, más cerca de las tesis heraclitanas, se manifestó más partidario de una “razón práctica” fundada en el obrar empírico y en la capacidad que tal razón —o juicio práctico— puede aportar para corregir y perfeccionar a la “razón teórica”, pensamiento este que posteriormente habría de llegar, como bien sabemos, hasta Tomas de Aquino y que marcará la ética tomista en general.

Motivos para la acción

Como puede comprobarse, desde ambos posicionamientos (platónico y aristotélico) se contrasta la necesidad de que el “bien común” inspire la vida en sociedad, de modo que cualquier conflicto que en ella pueda producirse se solucione bajo el imperio de ese importante concepto. Ahora bien, el método para justificar esa necesidad de respeto al “bien común”, difiere según el posicionamiento doctrinal de cada filósofo, para el platonismo, las “ideas” (para el derecho, podríamos decir, las normas ideales que constituyen cualquier ordenamiento) establecen “razones para la acción”, es decir, deben ser respetadas en todas nuestras acciones, de modo que el distanciamiento (la contravención) del comportamiento respecto a la norma (norma, hoy día establecida por el Estado) supondrá por sí misma un quebrantamiento del bien común; mientras tanto, para el aristotelismo las razones para la acción nunca resultarán ser abstractas o generales, sino concretas y casuísticas (atendiendo a la naturaleza de las cosas y a la finalidad de cada situación concreta) y, aunque ambas construcciones (acerca del obrar humano en relación a la pretensión de garantizar el bien común) están encaminadas a salvar el conflicto social —y nos permiten aclarar, cada una a su modo, cuando una acción humana (libre) se acomoda correctamente al “deber” y debe ser juzgada, por ello, como aceptable (buena, honesta, justa) — sin embargo para la primera “el deber” surge de la norma (idea) que regula de modo abstracto el comportamiento, mientras que para la segunda “el deber” surge de la realidad

cotidiana, de la vida misma, de las “cosas” y sus fines, lo que exige una regulación casuística y concreta relacionada con cada una de ellas.

Para las corrientes que denomino “parmenidianas” o platónicas la motivación del comportamiento, a la sazón, debe ir unida a un “deber ser” (coerción) que proviene de normas abstractas y, por lo general, permanentes, normas que la “razón” es capaz de establecer e individualizar, es decir, la motivación del comportamiento está sujeto a lo que Platón llama “mundo de las ideas”.⁵ Mientras que para las tesis que llamo “heraclitanas” o aristotélicas, como vemos, la motivación del comportamiento debe ir unida a la adecuación —según el juicio práctico del juzgador (oportunidad)— que demuestre una regla concreta para resolver un asunto (caso) también concreto.⁶ Es decir, mientras que las tesis parmenidianas apuestan por el establecimiento de un “orden” quieto y permanente, de lo ordenado o preestablecido, originando así un ordenamiento ideal, las tesis heraclitanas, por el contrario, apuestan por ajustar la regla al caso, innovando en todo momento y generando repertorios dinámicos y cambiantes de reglas

5 Y que solo alcanzar a vislumbrar los sabios, pues saber del bien es función de los filósofos, con él que culmina, toda la formación intelectual de los gobernantes. “Luego, una vez llegados a los cincuenta, a los que hayan superado todos los obstáculos y descollado extraordinariamente tanto en la ciencia como en la práctica, habrá que inclinarlos a que dirijan la mirada de su alma al ser que proporciona la luz a todos, pues así, viendo el bien mismo, se servirán del él como modelo cuando, en el resto de su vida, les llegue el turno de atender a la ciudad, a los particulares o a sí mismos. Es cierto que dispondrán del mayor tiempo posible para el estudio de la filosofía; pero a la vez, y llegada la ocasión, tomarán con más celo los asuntos políticos y se dispondrán a gobernar a la ciudad, no ya poseídos de que es un bien el que hacen, sino una imperiosa necesidad” (Platón, 1979).

6 “La sabiduría, por la que tenemos conocimiento del bien supremo, es la norma última de la prudencia, y la prudencia lo es de la virtud ética. Dado que el término medio es determinado en cada caso por las circunstancias singulares y contingentes en que siempre actúa cada uno, donde la rectitud y la verdad exige tener en cuenta las condiciones del agente y las aquel o aquellos con los que interactúa, así como el tiempo oportuno [*kairós*], el modo y el fin de la acción, y sus consecuencias, etc., huelga decir que ninguna norma abstracta y general podría satisfacer el requisito de guiar y determinar la acción moral. La norma y medida es el hombre singular que tiene sabiduría práctica. El hombre prudente se constituye en el plexo de una armonía de pensamiento y acción, inteligencia y deseo, verdad y rectitud, alma y cuerpo. Es la figura concreta de la excelencia a la que estamos llamados en cuanto hombres, y el propósito fundamental de una genuina educación” (Araos San Martín, 2003, p. 36).

o resoluciones que sirven para orientar, a su vez, a sucesivas y posteriores decisiones resolutivas de conflictos. Muy resumidamente, podemos referir ambas tendencias (que se han ido eternizando a lo largo de la historia en otras múltiples recreaciones filosóficas) con el “todo permanece, nada cambia” de Parménides y con el “todo fluye, nada permanece” de Heráclito.

Como es obvio, según las tesis platónicas la motivación para acatar y respetar “el orden” (evitar el conflicto) se hace coincidir con la coerción (el dominio de sí y el consecuente dominio sobre los “otros”, incapacitados por “sí mismos” para alcanzar a vislumbrar “el mundo de las ideas”), es decir, con la legitimidad que poseen los sabios para someter —como el conductor del carro alado⁷— al resto de miembros de la sociedad, mediante una relación de dominio (si fuere necesario con la amenaza de la fuerza) para hacer que su comportamiento se acomode ciegamente al “mundo de las ideas”, es decir, al “orden”. Esta manera de evitar el conflicto social, propia de gobiernos autoritarios (muy amigos del famoso adagio *dura lex sed lex* y de apoyar y reforzar todos sus actos de gobierno mediante leyes) no coincide con la que suelen justificar otras corrientes más sociológicas —corrientes que confieren mayor importancia al obrar práctico— que, como hemos dicho, ubican la motivación del comportamiento en la conciencia individual y en la oportuna adecuación prudencial de la regla al caso (solucionando de otro modo el conflicto social y solo cuando este se manifiesta), como lo propuso en su momento el aristotélico-tomismo. De hecho, la consecuencia de esa acción juzgada en conciencia —y no por la mera y objetiva sujeción a normas generales y universales— es lo que ha permitido, por ejemplo, que surjan las teorías que a lo largo de la historia han sostenido como algo legítimo la “desobediencia civil”, pues esta difícilmente puede encontrar desarrollo en el pensamiento parmenidiano, puesto que este cierra la justificación de las acciones a lo preordenado e invariable.

7 La alegoría del carro alado de la que se sirve Platón para explicar su perspectiva del alma humana y la necesidad de que los impulsos irascibles y concupiscibles del hombre queden sometidos a la razón y la verdad.

Leyes o reglas

¿Qué significado, pues, tiene para el derecho y para cualquier otro sistema de resolución de conflictos esta dicotomía? Con el objeto de dar respuesta a esta idea deberemos regresar a los orígenes de la cultura occidental, pues, precisamente el origen de esta tradición (como de algunas otras muchas pertenecientes a nuestra cultura) se encuentra en una forma ancestral de comprender el mundo (ya presente en Grecia) que ha preconicionado nuestra particular forma de ser en los aspectos más esenciales de nuestra convivencia.

El profesor *Ciro Sbailò*, especialista en derecho público comparado y presidente del Máster en Investigación, Criminalidad y Seguridad Internacional de la Universidad de Estudios Internacionales de Roma, con quien tuve la oportunidad de coincidir durante mi estancia como profesor en la *Università degli Studi di Enna Kore*, ha sostenido, en este sentido, que: “La característica esencial de la mentalidad occidental está en el ‘dominio del futuro’” (*Andò y Sbailò*, 2006, p. 153). Esto significa que, en buena parte, todo el pensamiento occidental⁸ se ha desarrollado en la tensión entre el monismo y el dualismo (las dos caras de la filosofía) que representan, en la antigua Grecia, fundamentalmente estos dos filósofos: Parménides y Heráclito.

Acercarse al pensamiento de ambos significa, como ha sostenido *Sandro Palazzo* (2015), aproximarse al origen de la filosofía, acercarse a aquellos que hablaron del lenguaje, hace unos veinticinco siglos. Platón (1979), en su *Parménides*, nos enseña que el dualismo y el monismo son dos caras de la misma moneda. ¿Por qué las cosas son a un tiempo semejantes y desemejantes?, Platón da una respuesta a este dilema preservando

8 Considere el lector la importancia que adquiere esta idea de “dominio del futuro” en el hilemorfismo y la teleología aristotélica. Todo el movimiento y sus causas están preconicionadas por esa idea que ha impregnado desde siempre al pensamiento occidental (cf. *Andò y Sbailò*, 2006).

su convicción de que todo encuentra su razón en la unidad (de las ideas eternas y permanente):

Nada me dice Zenón, que parezca extraordinario, el presentar afectado de una y otra forma lo que ciertamente participa de una y de otra; como tampoco el afirmar que es uno el conjunto de los seres que participan de la Unidad y múltiple esa misma conjunción por participar de la multiplicidad. Lo que verdaderamente causaría mi asombro es que la esencia de lo uno fuese presentada como múltiple y la de lo múltiple como uno. (p. 129b)

Por su parte, todo el discurso de *Parménides*, complicado y lleno de aporías, encuentra su justificación en la necesidad de descubrir todas las consecuencias posibles de la acreditada tesis parmenídea: “Si lo Uno es y si lo Uno no es”. Tanto si lo uno es como si no es, la conclusión es idéntica: o bien acepta todos los predicados y, por tanto, es intrínsecamente contradictorio, o bien, no acepta ningún predicado y está más allá del conocimiento:

Lo que es participa del Uno y del ser: “ser” significa “estar en la unidad del todo”. Pero estar en la unidad del todo es ser-uno, es decir diferente: “Por tanto en consecuencia no existe jamás el Uno porque se desdobra sin parar”. El uno no existe nunca estáticamente, es el límite. (Andò y Sbailò, 2006, p. 153)

El *Parménides*, redactado en torno al 368 a. C., corresponde al período crítico del pensamiento platónico junto a otros diálogos como *Teeteto*, *Sofista* y *Político*. El *Parménides* se fracciona en ocho grupos de deducciones encaminadas a poner en claro “lo uno” y “lo no uno”. La primera, la cuarta, la sexta y la octava simbolizan la “explicación parmenídea”, que piensa “un uno” que “no es un todo” ni tiene partes. Las demás conjeturas ofrecen la “versión platónica”, en la que “el uno” sí es “un todo” (ideas) y sí, consecuentemente, tiene partes. Esta tensión entre lo uno y lo diverso y la posibilidad de su recíproca coexistencia aparece en los textos de un Platón desilusionado por los desastrosos resultados de su segunda expedición a Siracusa; esta etapa se identifica por cuestionar de un modo severo todo lo que en su primera etapa (en la *República*, *Fedón* o *Fedro*) Platón había asegurado. Sobre las objeciones que expone Platón en este diálogo se sostendrá, en

parte, el futuro Aristóteles para criticar a su maestro. La tensión entre lo uno y lo diverso estaba servida. ¿Pueden conciliarse la idea de unidad y de diversidad en un mismo modo de concebir el mundo?, ¿Pueden conciliarse ambas en un mismo modo de resolver los conflictos sociales? O, en términos más sucintos: ¿el conflicto social se resuelve haciendo normas generalistas (unificadoras de conductas y poco favorecedoras del pluralismo) o, por el contrario, mediante soluciones casuísticas que contemplen, en su pluralidad y diversidad, cada caso concreto?⁹

Como sabemos, Aristóteles, discípulo de Platón, se separó de los postulados de este último, de modo que:

El punto de partida para la teoría aristotélica de la ciencia estuvo en aquellos problemas del *Parménides* platónico en que se discutía las conexiones del uno con los muchos, por el Platón seguidor de Sócrates orientado hacia el desenlace de la dialéctica de lo verdadero, por Aristóteles centrado en la consideración del ser en cuanto ser. O sea, sustituyendo el planteamiento dialéctico por el planteamiento metafísico, con la consecuencia de colocar en el Logos lo que Platón situaba en el número y producir un conocimiento de enlace fundado en la Lógica allá donde Platón había hecho uso de la matemática. (Elías de Tejada, 1974, p. 63)

El sistema de Aristóteles trata de orientar el conocimiento hacia el saber universal que se ofrece desde dentro del “ser”, sin necesidad de descubrir en la verdad de los “seres” el destello de ninguna idea (superior), mientras que para Platón la ciencia es conocimiento de las ideas como verdades seguras y permanentes, que se encontraban por encima de las cosas y sus cambios; quiere ello decir que para Platón el conocimiento no partía de las cosas particulares (de la cotidianidad), de un mundo físico (este mundo físico era por el contrario el resultado de su adecuación al mundo

9 Esta cuestión de si la misma cosa puede a su vez ser buena o mala, saludable o insana en relación con sujetos diversos a los que afecte, viene tratada por Heráclito (2020) en los fragmentos 61, 9, 13 y 37, respectivamente: “El mar es agua (a la vez) purísima e impurísima: para los peces es potable y salubre, para los hombres, impotable y deletérea”, “Los asnos prefieren la paja al oro”, “Los cerdos se deleitan más con lodo que con agua pura” y “Los cerdos se bañan en el cieno, las aves de corral en el polvo y la ceniza”.

ideal, al orden perfecto), mientras que para Aristóteles (que niega la existencia de cualquier mundo superior al que vivimos) no es posible separar la materia física de la forma ideal, dado que los seres poseen “materia” y “forma” (hilemorfismo) en su esencia misma, por lo que el conocimiento seguro se produce mediante la observación (realismo) de las cosas y de sus esencias hasta conocer sus “sustancia”.

En 2010 reflexioné sobre esta interesante dicotomía que, desde Grecia, ha presentado en continuidad nuestra cultura occidental, consistente en considerar si “lo uno” excluye a “lo múltiple” o si, por el contrario, “lo múltiple” no niega la posibilidad de “la unidad”; a la hora de considerar ontológicamente el “ser” y muy particularmente el “ser” del derecho (Medina Morales, 2010). Dicotomía que se manifiesta, como hemos dicho, de una parte, en el posicionamiento de un idealismo platónico que a lo largo de la historia influyó notablemente en ciertas corrientes de pensamiento (desde la patrística de san Agustín hasta el integrismo protestante y los positivismos legalistas de nuestro tiempo) y, de otra parte, en la postura realista aristotélica, que también encontró continuidad en la patrística de santo Tomás de Aquino y en las corrientes católicas y tradicionalistas que perduraron hasta la llegada del liberalismo. Allí aludía a esa especie de desavenencia en la forma de concebir o pensar el mundo que, no resultando indiferente a la filosofía, ha constituido una constante tensión en nuestra historia del pensamiento (Medina Morales, 2010), originando con ello una serie de consecuencias prácticas en los modos de materializar la moral, la política, la religión, el derecho o el arte. Y para ejemplificar la actualidad que aún presenta esta dicotomía, me apoyaba en el mundo jurídico, en el positivismo (legalismo jurídico) que representa la *teoría pura kelseniana*. Tal vez, a cualquier docto lector, le resulte extraña la afirmación de que la obra y el pensamiento de Kelsen puedan ser adjetivados como parmenidianos o platónicos, pero a lo largo de aquellas páginas pretendí explicar cuáles eran las características de la teoría kelseniana que permitían ponerla en íntima relación con un sistema jurídico parmenidiano sujetado a un “un mundo

de las ideas” (ordenamiento jurídico concreto estatal) al que los sabios del derecho (juristas) debía necesariamente dirigir su atención. Por supuesto, la doctrina de Kelsen marida perfectamente con el sistema continental de derecho, puesto que este último resulta ser la consecuencia del triunfo del pensamiento racionalista moderno (platónico, a fin de cuentas), mientras que no se lleva tan bien con el sistema anglosajón, que tiene mucho más de aristotélico.

Los sistemas jurídicos y la resolución de conflictos

Cuando a la teoría de Kelsen calificamos como “parmenidiana”, hablamos de que el entero pensamiento filosófico occidental —particularmente el referente al derecho en cuanto orden— ha quedado condicionado por las categorías más elementales —y a su vez, más fundamentales— sobre las que se asienta el pensamiento y la epistemología de aquel tiempo, y muy particularmente por las directrices que, acerca del orden, establecieron Parménides y Heráclito. Directrices que más adelante reproducirían y desarrollarían, respectivamente, Platón y Aristóteles, san Agustín y santo Tomás, Rousseau y Locke, entre otros. Estas directrices permiten concebir a las instituciones mediante las que se sostiene la sociedad —no solo a las jurídicas— como un algo “estático o permanente” o, por el contrario, como un algo “dinámico y en continuo cambio”. Estas directrices nos conducirán a defender la unidad o la uniformidad y la universalidad de las razones o fundamentos del “vivir” o a defender la pluralidad, diversidad y singularidad de las mismas. Posturas contrarias que para el mundo ético y particularmente para el derecho, tienen unas consecuencias nada indiferentes, puesto que desde un posicionamiento parmenidiano deberemos aceptar que solo existe “un” único y acertado *modus vivendi*; mientras que desde el posicionamiento de Heráclito podemos admitir que las formas de vida pueden ser múltiples y que lo adecuado es que cada una de ellas se acomode lo mejor posible —dada su contingencia— a su propia realidad,

a su *lebenswelt* (en el sentido que este término adquiere en Husserl y Habermas) (cf. Velasco, 2014, p. 47).

Así, por ejemplo, tenemos que Platón (parmenidiano) se nos manifiesta como un uniformista, pues hace depender lo contingente (todo el “mundo de las sombras”) y su enjuiciamiento, de un solo mundo perfecto, que él llama “mundo de las ideas”, a donde deberemos dirigir nuestra mirada para conocer o reconocer si nuestra vida cotidiana es adecuada o no al “bien”. Mientras Aristóteles (heracliteo) postula una constitución “en movimiento”, es decir, evolutiva e histórica, que favorece la diversidad y el cambio del *lebenswelt*, la realidad cotidiana que por estar constituida por una pluralidad de concretos contextos no permanece jamás estática; por ello su concepto de “ley” viene vinculado a ideas flexibles que en cada momento se concretaran según la exigencia o necesidad de la coyuntura histórica y de la particularidad de las “cosas”.

Esta singular forma de concebir el “ser” (uno o múltiple) y sus consecuencias,¹⁰ como ya hemos indicado, ha sostenido, durante siglos de pensamiento, una tensión de la que no ha podido escapar el racionalismo moderno que, en su mayor parte, se ha manifestado con un fuerte carácter parmenidiano. Esta aseveración viene reforzada, además, en el ámbito del pensamiento jurídico, pues la Modernidad y los racionalistas (Ilustración) que la representaron, abogaron todos, mientras que aún fueron iusnaturalistas, por la defensa de un derecho natural eterno e inmutable:

La modernidad jurídica se propuso construir un nuevo orden jurídico que sustituyera al Derecho Romano —como Derecho práctico— y al viejo Derecho Natural desarrollado por filósofos y teólogos. Tal construcción tenía que buscar un principio, unas bases sobre las que asentar y construir todo el nuevo orden. El fundamento inicial exigió la elaboración de una nueva teoría

10 Que, aunque categórica, no pretendemos resulte cardinal ni necesariamente excluyente de otras muchas posibles, solo nos permite hacer entender más fácilmente, las diferentes perspectivas que, entre otras, han condicionado la historia y la evolución del pensamiento jurídico en Occidente y, además, contribuyen a facilitar la comprensión del hilo de continuidad que este pensamiento ha presentado a lo largo de su historia.

sistemática sobre el Derecho Natural que diera razón y sustituyera tanto a las tesis iusnaturalistas, como a la jurisprudencia romanista. La filosofía anterior había mantenido que la política derivaba de una cierta concepción del hombre que suponía un orden moral objetivo, una ley natural previa, una organización social basada en las exigencias de la naturaleza humana. Los autores modernos rechazaron estas ideas, y en su lugar expusieron, desarrollaron y defendieron una concepción individualista del hombre y una moral subjetiva. La escuela moderna de Derecho Natural se esforzó por construir un nuevo sistema jurídico basado en la proclamación, más o menos difusa, de un hombre, o mejor dicho, individuo aislado, libre e independiente que construye, para sí mismo y para otros, una sociedad con el único fin de defender la libertad que ya poseía, esa sociedad, llamada en el siglo XVIII *societas assecutoria*, tenía como fin garantizar y, en su caso, restaurar los derechos naturales que los mismos individuos se habían reconocido. (Rus Rufino, 2001, p. 232)

Sin duda alguna, estos autores pusieron los cimientos perfectos para la posterior codificación, que significó llevar el derecho permanente, perfecto y, por ello, inmutable —al menos, así lo creyeron los exégetas— a texto escrito, pues la codificación y su resultado constituyó un denodado intento de uniformización y generalización de un modelo de derecho permanente a lo largo de todo el mundo occidental:

Lo mismo que se pensó que todo el derecho podía hacerse de igual manera, se creyó luego que todo el derecho estaba ya hecho. Y esto solo es posible con arreglo a la concepción puramente formal que se tenía de la norma; no ven en ella sino el resultado de un mecanismo legislativo, a la sazón tan nuevo y tan en boga, que había de ajustarse además a las exigencias de la división de poderes. El problema del concepto del derecho es resuelto así de la manera más cómoda; sin buscarle: es lo dado; pero lo dado reducido a su expresión mínima y formal: la ley. No cabe un positivismo mayor, ni un racionalismo más exacerbado que prescinde, para el derecho, de toda consideración sociológica, espiritual, moral o económica, desenvolviéndose en la esfera de las puras nociones. (Hernández Gil, 1971, pp. 84-85)

Como menciona Delgado Rojas (2021): “Iusnaturalismo y racionalismo, idea de Estado como unificación del poder político, monopolio del imperio de la ley, liberalismo y economía mercantil encuentran su perfecta

alianza en la empresa codificadora” (p. 208). La codificación, pues, es el resultado de un esfuerzo de racionalización y sistematización de un derecho hasta entonces tradicional, para conducirlo a un modelo ideal, permanente e inmutable, y pretendidamente perfecto —para así subirlo a los anaqueles del “mundo de las ideas” jurídicas a las que, a partir de entonces, deberán obligatoriamente recurrir los juristas para informarse de sus contenidos—. Esta operación ineludiblemente condujo a todos los concretos ordenamientos que la adoptaron a seguir el modelo cartesiano francés (código napoleónico) y a abandonar sus particulares y plurales sistemas jurídicos (cf. Julios Campuzano, 2002, p. 125). La codificación, sin duda, contribuyó a acabar con la diversidad jurídica histórica, por el sentido universalista que significó este proceso, pues con él se produjo en toda Europa un general desarraigo “sutil pero conscientemente, [de] las viejas ordenaciones locales y particulares, que eran reflejo de un ciclo histórico pasado y que podían resultar un obstáculo para superar la anquilosada estructura del *Ancien Régime*” (Delgado Rojas, 2021, p. 208), estableciendo a cambio un sistema uniforme y único cuya base u origen está en un concepto tan ideal y abstracto como la “ley”. Una ley y un derecho supuestamente perfectos, que ya solo por ello no necesitaba más que del silogismo para su directa aplicación:

Es en la euforia codificadora cuando la concepción del sistema jurídico se ha visto más ampliamente sometida a los dominios de la razón: creación y aplicación del derecho aparecen entonces como perfectas operaciones racionales, pues si el código constituye un monumento de la geometría social y jurídica, la interpretación por su parte deja de ser un catálogo de casos, tópicos y argumentos para construirse a imitación del propio código, esto es, como un silogismo perfecto. (Prieto Sanchís, 2013, p. 179)

Frente a este sistema, las culturas jurídicas que se negaron a participar de ese proceso (cf. Harris, 1999, p. 12), es decir, los sistemas anglosajones —desoyendo las recomendaciones de Bentham (cf. Elías de Tejada, 1977, p. 618)— hicieron posible la continuidad de un sistema de

producción normativo plural y casuístico. Frente al sistema codificador, siguieron creyendo que el origen del derecho no estaba ligado a un concepto de ley abstracto, sino en la concreta decisión judicial. Es decir, en el bien “saber hacer” de los tribunales y en el inveterado uso de las normas consuetudinarias. Esta resistencia del derecho inglés fue la causa de la continuidad de un sistema de derecho casuístico, que seguía en las manos de un verdadero poder judicial —no de una mera jurisdicción, como ha sido convertido el poder judicial en los sistemas continentales—. Este sistema se sostuvo debido al muy desarrollado sistema de justicia que existía ya en los pueblos británicos, donde la judicatura en la Constitución inglesa constituía un verdadero poder limitador del imperio estatal y garantista de las defensas de las libertades individuales que, como sostiene Elías de Tejada, “desde la edad media ha sido el fin primordial de las instituciones británicas” (p. 98).

Efectivamente, el sistema de derecho anglosajón responde todavía, con rasgos muy significativos, al paradigma doctrinal aristotélico, puesto que se fundamenta en la defensa de la libertad¹¹ y no a la obediencia al orden (“mundo de las ideas”). La libertad, como fundamento del sistema de derecho anglosajón, se garantiza mediante la judicatura y difiere del sistema continental (fundamentado en derechos abstractos e ideales), porque los ingleses practican las libertades concretas y reales. Libertades concretas que se materializan en casos judiciales concretos, sin necesidad de que tales libertades tengan que estar reconocidas en leyes generales (ideales),

11 “Es que la ley fundamental del sistema político inglés no está escrita, ni siquiera en dispersos textos, ya que es sabido no existe ningún documento constitucional supremo. Es un modo de ser, un alma y un espíritu: el de la visión de la libertad como fin último del ordenamiento social, en cuya realidad encuentra el hombre anglosajón la máxima expresión de la justicia. Justicia y libertad forman una sola pieza para meta suprema del buen gobierno. Lo cual no es apreciación subjetiva particular, ni lugar común más o menos literario. Historiador tan avisado como J. W. Gough en el libro *Fundamental Law in English constitutional history*, *La ley fundamental en la historia constitucional inglesa*, ha llegado a esa conclusión tras el moroso repaso de todos los documentos legales del pasado de Inglaterra” (p. 100).

sino porque estas se demuestran consuetudinariamente reconocidas en la práctica jurídica y amparadas en los precedentes judiciales.

Como ha escrito A. K. R. Kirafly en su Derecho inglés la continuidad de] derecho de propiedad es básicamente medieval todavía; el derecho contractual es el mismo de la época de los Tudor , e incluso más restringido en algunos aspectos, como en la ligazón que sigue a las promesas; persigüense los mismos delitos, bajo idénticos nombres a los utilizados en la edad media, por más que enfocados de otro modo; al paso que Michael Zander en *Cases and materials on the English Legal system*, Casos y materiales sobre el sistema legal inglés, ha revelado lo ilógico de una situación que, sin embargo, vale para los ingleses, aunque los continentales nos resistamos a entenderla. (p. 101)

Continuando con nuestra referencia a Elías de Tejada (1977), nos damos cuenta como de distanciados se encuentra el sistema anglosajón de nuestro derecho continental, este último más ocupado en imponernos “modos de vida” (ideales) constriñéndonos, para ello, si fuere necesario mediante la fuerza, mientras que el anglosajón se ocupa de garantizar las libertades de sus ciudadanos.

Porque las dos maneras centrales del derecho inglés, el “common law” y la “equity”, han aparecido sucesivamente como actividades para corregir defectos en la administración efectiva de la justicia; el “common law” hacia el siglo XIII para traer a los tribunales reales casos que hasta entonces venían juzgándose por los jueces señoriales; el derecho de equidad a medida que, sobre todo en el siglo XVI, crece el número de peticiones a la Corona para resolver según criterios de equitativa conciencia situaciones que se prestaban a abusos si eran resueltas con arreglo al derecho estricto. La dualidad de ambas jurisdicciones es patente desde el siglo XV, pero queda precisada en las luchas del Parlamento contra Jaime I, cuando se llega al compromiso de referir con exclusividad al “common law” los delitos, con la consiguiente supresión de las “Star Chamber” o Cámara estrellada, al par que los tribunales de la equidad en la cancillería regia pasan desde sentenciar por “rules of equity” a basar sus decisiones en normas jurídicas o en los equivalentes precedentes. De donde se puede colegir como el derecho inglés ha sido obra de esas dos especies de tribunales, así como que la fijación de los precedentes en el “case law” es mucho más antigua en el “common law” que en las jurisdicciones según la equidad. (p. 101)

¿Ideas o realidad?

Si nos detenemos a considerar la importancia conceptual y constitutiva que para el sistema continental presenta la kelseniana diferencia entre el “mundo del ser” (las sombras) y el mundo del “deber ser” (las ideas), podremos apreciar la identidad conceptual que presenta, como venimos sosteniendo, el sistema de derecho continental con la doctrina platónica (Medina Morales, 2010, p. 86). Efectivamente, esta diferencia entre mundo del “ser” y mundo del “deber ser” no es muy distinta de la clásica diferencia epistemológica que entre los mundos del conocimiento racional y sensible también estableció Platón. Platón, en lo esencial, igualmente es un monista pues reduce la realidad ética al “mundo de las ideas” de modo que para conocer “el bien”, “la justicia” y el resto de las realidades éticas, considera que es necesario mirar hacia ese “mundo de las ideas” sin dejarse contaminar del “mundo de las sombras”, puesto que es un mundo subjetivo y contaminado por las pasiones. Si nos paramos a analizar esta última distinción descubriremos que lo que mueve a Platón a establecer esta diferencia es un impulso gnoseológico o epistemológico. Lo que pretende Platón —contra el relativismo sofístico, que condicionaba el conocimiento objetivo de lo normativo (cf. Vernant, 2003, p. 83) a los intereses políticos de las distintas facciones que aspiraban al Gobierno— es dotar de cierta objetividad a ese conocimiento, es decir, trata de crear un método de tal pureza metodológica que esté en grado de explicar que es el derecho, la moral o la política por encima de los intereses subjetivos y de las meras creencias o supersticiones de las distintas facciones doctrinales que entre los sofistas habían proliferado. Para esto Platón divide los mundos que el hombre puede percibir entre el mundo sensitivo (lo “sociológicamente captable”, las apariencias) y el racional (el “juicio racional”, lo auténtico o verdadero). Platón concibe de este modo, al igual que en nuestra época lo hace Kelsen, “un mundo hipotético *a priori*” perfecto y permanente, donde las ideas racionales forman parte de un orden eterno e inmutable

que puede ser objeto de conocimiento objetivo (una capacidad que viene atribuida a los sabios, una clase social) por encima de lo que se pueda discutir en el subjetivo “mundo de las sombras”. En pocas palabras, Platón concibe que existe un catálogo de ideas y valores absolutos que pueden ser referenciales para juzgar los actos y las situaciones de los hombres.

Como podemos observar, existe una importante semejanza entre esta vieja teoría y la que mantiene el positivismo jurídico moderno (representado por Kelsen) que opera de forma análoga a la teoría de Platón en lo que respecta a sus mundos del “ser” y “deber ser”,¹² pues este último es un mundo construido a base de normas jurídicas, es decir de “juicios hipotéticos *a priori*” (cf. Kelsen, 1987, pp. 183 ss.), que le permiten construir un centro común de imputación (un conjunto de normas escritas, es decir, un concreto orden¹³) que habrá de servir como referente (a los jueces) para determinar si el comportamiento de los ciudadanos es legal o no. Ese “orden” llamado Estado de derecho es lo que para Kelsen constituye su mundo objetivo (y verdadero contenedor jurídico de ideas), su mundo del “deber ser” (su particular “mundo de las ideas”) ajeno a lo que pueda estar aconteciendo (incluso, independiente de lo que se pueda estar demandando) en el mundo del “ser” (su particular “mundo de las sombras”) que está ya contaminado por los valores (políticos, morales, etc.) propios de un mundo sensitivo (psíquico). El paralelismo, como puede observarse, resulta más que patente.

Sobre tal coincidencia no vamos a insistir más. De lo que hasta ahora llevamos dicho puede claramente concluirse que, de los dos sistemas de derecho predominantes en Occidente, el primero, el continental, se manifiesta claramente emparentado con la quietud y permanencia que

12 Acerca de la existencia de la doctrina de los dos mundos en Kelsen y de su consideración doctrinal es conveniente ver el trabajo de Paulson (cf. 2003, pp. 547 ss.).

13 En este sentido puede verse a Kelsen (1987, pp. 49 ss.), para quien la imputación tendría un carácter acausal, ateleológico y avoluntarista, dado que se asienta única y exclusivamente en el “deber ser”, es decir, en la norma.

exige, según Parménides, la existencia de un orden ideal de las cosas y la subsecuente exigencia de obedecer al citado orden, como dispone san Agustín (s. f., XXII, 27). Mientras que el segundo, el anglosajón, considera que el derecho es ante todo un mecanismo de resolución de conflictos, que consiste en la actividad propia de los jueces, que han de presidir y orientar sus resoluciones en respeto de las libertades de los ciudadanos conforme a los principios inspiradores de la convivencia de la comunidad y de acuerdo a las directrices que en el pasado se hayan manifestado efectivas para la correspondiente resolución del conflicto¹⁴ (*rules and principles*), dando solución singular y particular a cada caso, acorde con las tesis de Heráclito.

El sistema continental platónico exige que los jueces y los juristas dirijan su mirada a los anaqueles donde se sustenta la Ley (mundo de las ideas legales), producto del poder legislativo; mientras que en el sistema anglosajón aristotélico los jueces y juristas deben dirigir su mirada a la realidad, la cotidianidad, los tribunales... buscando en ellos los precedentes, las experiencias vividas y las resoluciones anteriores de casos similares que les informen sobre cuál debe ser la resolución de cada caso concreto. El primer sistema conlleva la necesidad de establecer un orden ideal a imponer a la sociedad y el segundo, por el contrario, supone la necesidad de observar cada realidad social concreta, sus reglas y principios, para resolver sus problemas conforme esta se exterioriza.

Conclusión

Llegados a este punto, consideramos oportuno replantearnos una importante cuestión de la que ya me he ocupado antes (cf. Medina Morales, 2023, pp. 147 ss.), sobre todo porque considero que tal cuestión es radical y arroja luz a los planteamientos que venimos exponiendo: ¿cuál es la misión del derecho?, ¿qué objeto tiene la existencia de un mecanismo

14 Como Tomás de Aquino (s. f.) enseñó también acerca de la “ley eterna”: “La Razón de la sabiduría divina en cuanto principio directivo de todo acto y todo movimiento” (I-IIae-93).

de resolución de conflictos en las sociedades?, es misión del derecho ¿ordenar la sociedad e imponer una forma de vida, supuestamente perfecta, a los pueblos?, es decir, ¿hacer “ingeniería social”?, o por el contrario el derecho (el oficio de los juristas) ¿debe ser solo un mecanismo de “comunicación” social (de conformación tradicional como lo son todos los mecanismos de comunicación en sociedad) a cuyo través solucionemos las posibles, plurales y diferentes complicaciones que, dada la complejidad que presenta cualquier sociedad, pueden exteriorizarse en la vida cotidiana?; entendemos que conviene, a modo de conclusión, interesarse sobre un tema tan esencial e importante para el jurista (y para el ciudadano en general) como lo es la finalidad que debe presidir y orientar la existencia del derecho en sociedad, en consecuencia, para resumir todas las cuestiones anteriores: ¿debe ser el derecho un mecanismo mediante el cual quien gobierne en una sociedad (habitualmente cobrando por ello), con mayor o menor legitimidad, pueda “imponer” a aquella sociedad (es decir, a los ciudadanos o, mejor dicho, a los súbditos¹⁵) el “*modus vivendi*” (las instituciones diseñadas mediante “ingeniería jurídica”) al que deben forzosamente acomodarse? O por el contrario: ¿es el derecho (o “debería serlo”) un mecanismo mediante el cual unos profesionales (los juristas), responsables y conscientes de su función, traten de resolver los conflictos que —en el día a día de una sociedad “naturalmente” constituida— se generen, actuando conforme a principios dispuestos por “la razón práctica” (es decir, extraídos de la experiencia a través de su reiterado uso y constante demostrada efectividad), esto es, principios que capaciten y faculten

15 Como sabemos, la diferencia entre los conceptos “ciudadano” y “súbdito” es fundamental en la teoría política. Un ciudadano es señor de su destino individual, tiene voz y exige responsabilidades. Un súbdito, sin embargo, se somete al poder sin cuestionar, acepta el orden establecido sin exigir explicaciones y asiste impasible a la actividad política de su “señor”: “El pueblo del populismo no se siente, en efecto, representado, sino sometido a una ‘ciudadanía’ que ni siquiera es solo una parte, por mínima que sea, de la propia nación, sino a la que es constitutiva un carácter trasnacional, global: el verdadero soberano del mundo no lo son, ni siquiera en cada uno de sus países, los pueblos, sino el capitalismo financiero, al cual rendirían pleitesía los ‘gobernantes’-‘ciudadanos’. De ahí la íntima conexión entre el cumplimiento de la agenda del neoliberalismo y el resurgir de los populismos” (Navarrete Alonso, 2017, p. 236).

a tales juristas, contribuyendo así a que enjuicien con imparcialidad y criterio objetivo, para decidir conforme a derecho?

Teniendo en cuenta que, como hemos podido comprobar, la sistematización (racional) del derecho tradicional en los territorios continentales ha supuesto una “platonización” del derecho —favoreciendo así que en tales espacios predomine un sistema de derecho supuestamente completo y perfecto— parece lógico pensar que tal sistema —tendente a justificar, desde ese postulado ideal (normativo), que hay pautas de comportamiento sociales, que la razón demanda y que, por ello, se “deben considerar” obligatorias y, en consecuencia, que resulta “legítimo” el que un “poder” las imponga a los individuos— exige que quien detente el “poder” pueda requerir al pueblo que acepte como obligatoria la “forma de vida” a la que “debe acomodarse” por ser resultado esta de la “supuesta” deliberación racional de quienes “los representan”,¹⁶ es decir, los que detentan el “poder”. Esto necesariamente nos conduce a un sistema de legitimación legal o normativo que, como ha sostenido Weber (1979, pp. 172-173), descansa en la “creencia” en la racionalidad de las ordenaciones y en el derecho de mando de los llamados por esas ordenaciones a ejercer la autoridad. Consecuentemente, en virtud de ese “acto de fe” (creer en la racionalidad de las ordenaciones) deberemos admitir, de modo sumiso, que es necesario, para la paz general, un mecanismo de dominación social (de clases, “los que cobran por mandar” sobre “los que pagan por obedecer”) que permita a quienes legislan en cada sociedad (a “los que cobran por mandar”) que impongan sus voluntades a los pueblos (que les pagan sus contribuciones y tributos), tarea que en estas condiciones resulta bastante fácil y más aún si la división de poderes en el

16 Una concepción del derecho sometido a leyes (producto de una voluntad de los supuestamente representantes del pueblo) y no un derecho inspirado en “sustancias”, “merecimientos”, “bienes”, “méritos”, “justicias”, en definitiva, en “derechos y libertades concretas”, será el que finalmente triunfe y prospere hasta nuestros días: “La concepción moderna del derecho convirtió a este en un sistema de normas organizadas jerárquicamente terminándose por identificar el derecho a la ley, siendo esta expresión de la voluntad estatal, en resumen, el derecho se codifica, se estatiza, el Estado termina siendo la fuente del derecho” (Ordóñez, 2008, p. 248).

Estado es débil o inexistente. Por el contrario, los sistemas de derecho que, fieles a sus prácticas, han seguido apegados a la tradición (legitimando así la “dominación” mediante un sistema consuetudinario, autoridad tradicional maxweberiana) parece que no participan, del todo, en esa idea de que el derecho deba imponer conductas (ideales) y atienden, sin embargo, más a la necesidad de que el derecho sea, en todo caso, un verdadero mecanismo de resolución de conflictos y de control del “poderoso”.

Estamos seguros de que, de algún modo, esta persistente diferencia entre sistemas jurídicos ha contribuido considerablemente a que en aquellos países sometidos al sistema de derecho continental proliferen más fácilmente los despotismos bajo la apariencia de democracias, como desenmascaró en su tiempo Tocqueville (s. f.), democracias donde, en nuestros días, las libertades políticas y civiles se están viendo gravemente comprometidas:

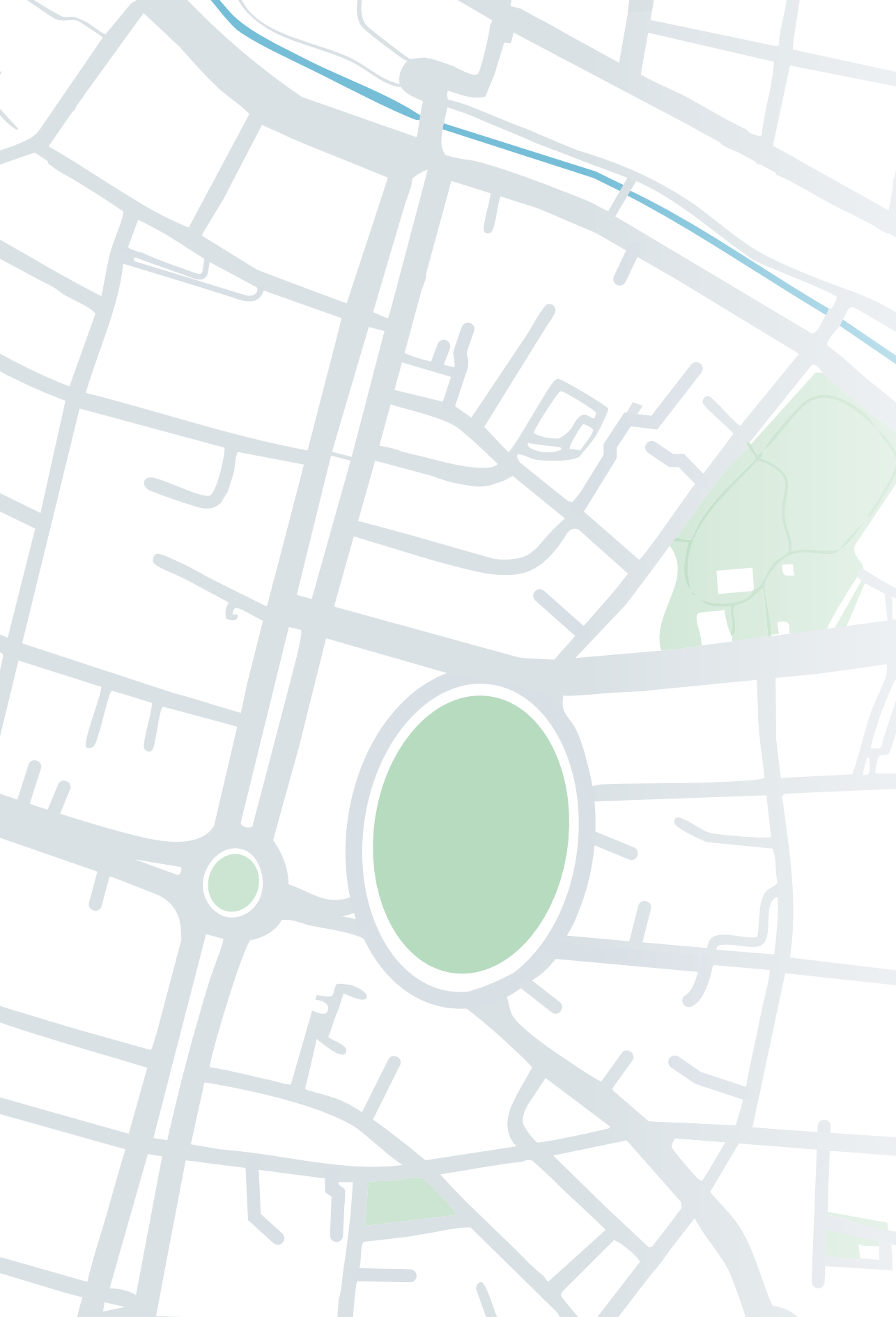
Pues la referencia genérica “obediencia al derecho” no se preocupa en precisar que remite al “derecho” concreto “la referencia abstracta, remite, no tiene otro remedio, al ‘hecho’ concreto del derecho concreto”, al “derecho” (imp)-positus “es decir a ‘las leyes’, en todas partes las hay”, al derecho artificial del Estado con cuyos imperantes concretos concuerda ó simpatiza, con motivo sin duda, el virtuoso exhortador a la “obediencia del derecho” al derecho “del” Estado insisto, “el derecho” que ha fabricado e impuesto el Estado, vale decir imperantes y séquito y de cuya obediencia tal vez ha obtenido, o espera obtener, cualquier mejora concreta el virtuoso. (Fernández Escalante, 1991, p. 31)

Referencias bibliográficas

- ¡Agustín de Hipona. (s. f.). *Contra Fausto*.
- Andò, S., y Sbailò, C. (2006). *Detrás de la tolerancia*. SFD.
- Araos San Martín, J. (2003). La ética de Aristóteles y su relación con la ciencia y la técnica. *Revista Electrónica Diálogos Educativos*, 3(6), 13-38. <https://bit.ly/3G6ueiz>
- Delgado Rojas, J. I. (2021). El iusnaturalismo racionalista de los siglos XVII y XVIII y el primer movimiento codificador europeo. *Persona y Derecho*, (85), 203-247. <https://doi.org/10.15581/011.85.007>

- Elías de Tejada, F. (1974). *Tratado de filosofía del derecho* (tomo I). Universidad de Sevilla.
- Elías de Tejada, F. (1977). *Tratado de filosofía del derecho* (tomo II). Universidad de Sevilla.
- Fernández Escalante, M. (1991). *Los imperantes (y su séquito) y el imperio de la “su” ley*. Adhara.
- González Amuchastegui, J. (1998). ¿Son los derechos humanos universales? *Anuario de Filosofía del Derecho*, 15, 49-78. <https://bit.ly/3G00zaW>
- Harris, J. (1999). Los escritos de codificación de Jeremy Bentham y su recepción en el primer liberalismo español. *Têlos, Revista Iberoamericana de Estudios Utilitaristas*, 8(1), 9-29. <https://bit.ly/3EiJl6>
- Heráclito. (2020). *Fragmentos*. Archivo Digital de Humanidades Ervin Said. <https://bit.ly/3GgYwz4>
- Hernández Gil, A. (1971). *Metodología de la ciencia del derecho* (2ª ed., vol. I). Espasa-Calpe.
- Julios Campuzano, A. (2002). Las transformaciones del derecho moderno. *Revista de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, 5(2), 125-148. <https://bit.ly/4iejRGT>
- Kelsen, H. (1987). *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado*. Porrúa.
- Medina Morales, D. (2007). Cultura y ciudadanía europea. En *Ciudadanía y persona en la era de la globalización* (pp. 139-162). Comares.
- Medina Morales, D. (2010). El derecho como idea de orden permanente en H. Kelsen: la dinamicidad jurídica como simple consecuencia de la sujeción al orden. *Persona y Derecho*, 62, 81-99. <https://bit.ly/3XWmtlp>
- Medina Morales, D. (2020). La imagería católica como forma de pluralismo en la unidad: “El Abuelo de Jaén”. En *Las cofradías y hermandades de Jesús Nazareno y Nosso Senhor dos passos. Historia, arte y devoción* (pp. 179-190). Asociación Hispánica de Estudios Franciscanos.
- Medina Morales, D. (2023). *El oficio del derecho: el pueblo, su participación en el derecho y la actividad legislativa*. Dykinson.

- Navarrete Alonso, R. (2017). De ciudadanos y súbditos: nuevos populismos. *Revista Internacional de Pensamiento Político*, (12), 227-244. <https://bit.ly/44t32EG>
- Ordóñez, A. (2008). La ideología neoconstitucionalista y las transformaciones del derecho. *Verbo*, (463-464), 247-254. <https://bit.ly/3Rglc4W>
- Palazzo, S. (2015). *Eraclito e Parménides. Essere e divenire*. Hachette.
- Paulson, S. L. (2003). La distinción entre hecho y valor: La doctrina de los dos mundos y el sentido inmanente. Hans Kelsen como neokantiano. *Doxa*, (26), 547-582. <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.23>
- Platón. (1979). *Obras completas*. Aguilar.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Trotta.
- Rus Rufino, S. (2001). Evolución de la noción de derecho natural en la Ilustración española. *Cuadernos Dieciochistas*, 2, 229-259. <https://bit.ly/3XYuma6>
- Tocqueville, A. (s. f.). *Sobre la democracia en América*. <https://bit.ly/42azqdS>
- Tomás de Aquino. (s. f.). *Suma Teológica*.
- Velasco, J. (2014). *Para leer a Habermas*. Alianza.
- Vernant, J. P. (2003). *Mito y sociedad en la Grecia antigua*. Siglo XXI.
- Weber, M. (1979). *Economía y sociedad*. FCE.



Capítulo 3

Genética humana del conflicto: la mediación como método de racionalización de los conflictos

Isaac Cabrera Esquivel

Universidad Católica de Cuenca, sede Azogues, Ecuador
isaac.cabrera@ucacue.edu.ec

Génesis del conflicto humano

Para comprender el conflicto como un componente intrínseco de la condición humana, es imperativo remitirse a los orígenes de la civilización y examinar las manifestaciones primigenias del comportamiento humano en su interacción con el entorno. Estas modalidades conductuales y cognitivas ancestrales se transmitieron entre generaciones a través de la herencia genética, constituyendo la base de las capacidades y predisposiciones individuales.

En este sentido, Michael Emin Salla (2000) propone una comprensión del conflicto en dos dimensiones esenciales:

Primero, la necesidad de analizar cómo la información genética influye en las dinámicas conflictivas a nivel individual y colectivo, integrando la interacción entre pensamientos, emociones y la información genética subyacente; segundo, la exploración de metodologías para transformar este acervo genético informativo hacia patrones de comportamiento más armónicos y cooperativos, mediante la intervención en las bases fundamentales de la conducta humana: cognición y afectividad.

En el devenir histórico y con el desarrollo de las primeras agrupaciones humanas, se establecieron estrategias primarias de supervivencia, derivadas de la experiencia y el aprendizaje del error, particularmente en la gestión de los desafíos impuestos por el entorno natural y la incipiente vida comunitaria. Si bien la herencia genética moldea ciertas predisposiciones, cada individuo desarrolla una personalidad singular que lo diferencia de sus congéneres. Esta diferenciación en la personalidad y el pensamiento constituye la génesis del conflicto, pues la divergencia conceptual sobre temas específicos entre los miembros de clanes o grupos primitivos condujo a desacuerdos y, por ende, al surgimiento de conflictos. En este contexto, se sostiene que la condición inherente del ser humano como ser social impulsó el desarrollo de la asociación como la primera estrategia para la resolución de conflictos, una forma de cooperación comunal esencial para superar los desafíos de la época y asegurar la supervivencia tanto individual como colectiva.

Inicialmente, los desafíos primordiales para la humanidad no radicaron en la interacción social, sino en la confrontación con el entorno natural: la coexistencia con la fauna, las inclemencias climáticas, la obtención de sustento a través de la caza y la recolección de frutos. Solo tras el desarrollo de estrategias efectivas para la adaptación al entorno, emergieron las problemáticas inherentes a la vida en sociedad. Desde entonces, se fundamentaron las luchas y las guerras como consecuencia de la ausencia de

consensos entre individuos con visiones divergentes sobre asuntos sociales e incluso políticos.

Es axiomático que el devenir humano no se circunscribe únicamente a la evolución biológica, sino que se moldea significativamente por la evolución cultural. Las modalidades del pensamiento —que comprenden el conocimiento, la creatividad, la inventiva, el comportamiento, la conducta, las emociones, los sentimientos y la percepción— definen la trayectoria individual y colectiva, así como la interacción con los procesos naturales (Nava Escudero, 2013). El fenómeno del conflicto, o más precisamente, la cultura del conflicto, ha persistido históricamente en la mayoría de las sociedades. La falta de énfasis en el desarrollo de estrategias alternativas para resolver conflictos en épocas precedentes ha perpetuado el litigio como la opción predominante para la resolución de controversias.

En la actualidad, si bien el desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) cuenta con una trayectoria de varias décadas, la cultura del conflicto aún prevalece de manera preocupante en la gestión de las diferencias. En consecuencia, resulta imperativo optimizar las formas tradicionales de resolución de controversias, reconociendo la inherente propensión humana al conflicto. Comprender las implicaciones negativas del recurso al conflicto es fundamental para fomentar una conciencia que impulse la elección de la alternabilidad en detrimento del litigio.

Los conflictos humanos

Toda agrupación humana constituye una fuente potencial e inagotable de conflictos. Dada la condición inherente del ser humano al razonamiento subjetivo, su individualidad moldea una personalidad única que —de manera natural y a través de intrincados procesos causales— colisiona con los ideales opuestos de diferentes individuos o grupos, generando una amplia gama de problemáticas de índole social. No obstante, esta conflictividad no debe interpretarse necesariamente como un problema en sí mismo, sino como un catalizador para el desarrollo humano y social. De

hecho, los conflictos actúan como un motor que impulsa en el ser humano la necesidad de trascender hacia modelos de organización social más racionales. Los desacuerdos emergen de la divergencia de perspectivas entre dos o más individuos respecto a un tema específico. Si bien todo criterio merece respeto no todo criterio resulta igualmente eficaz para la resolución de conflictos.

Se postula que parte de la información almacenada a nivel celular y transmitida genéticamente influye en la respuesta individual y colectiva ante el conflicto. Esto exige una comprensión profunda de la interacción entre los procesos cognitivos y emocionales individuales con la información genética, configurando las bases del comportamiento en situaciones conflictivas. La resolución de conflictos, por tanto, debe explorar metodologías para transformar este acervo genético informativo hacia patrones de interacción más armónicos y cooperativos, interviniendo en los fundamentos del comportamiento humano: pensamientos y emociones.

La investigación del ADN del conflicto implica la identificación de la información esencial que define su naturaleza intrínseca. Este conocimiento resulta crucial para comprender tanto su dinámica interna como su estructura subyacente. Complementariamente, se puede afirmar que los conflictos son procesos interactivos entre dos o más individuos, caracterizados por el antagonismo en sus comportamientos, pensamientos o emociones (Battistotti, 2008).

Clases de conflictos

La tipología de los conflictos es extensa y variada, en función del objeto que los origina. Siendo un elemento esencial del conflicto la existencia de una contraparte con la que se manifiesta un desacuerdo, se reconoce que estos procesos son cocreados por las partes involucradas y requieren una interacción recíproca. Según Joseph Redorta (2007):

Los patrones básicos del conflicto comprenden:

Recursos escasos: disputamos por algo que no existe en cantidad suficiente para todos.

Poder: disputamos porque alguno de nosotros quiere mandar, dirigir o controlar más a los demás.

Protección de autoestima: disputamos porque mi orgullo personal se siente herido.

Valores: disputo porque están en juego mis valores o creencias fundamentales.

Estructural: disputamos por un problema cuya solución requiere largo tiempo, gran esfuerzo de muchos o medios que exceden nuestras posibilidades.

Identidad: disputamos porque el problema afecta a mi manera de ser.

Normativo: disputamos porque se incumple una norma social o legal.

Expectativas: disputamos porque el otro nos defraudó.

Inadaptación: disputamos porque cambiar cosas nos produce tensión.

Información: disputamos por algo que se dijo, se omitió o se entendió de forma distinta.

Intereses: disputamos porque mis deseos o intereses son contrarios a los del otro.

Atributivo: disputamos porque el otro no asume su responsabilidad o su culpa en la situación planteada.

Incompatibilidad personal persistente: disputamos porque generalmente no nos entendemos.

Inhibición: disputamos porque seguramente le corresponde al otro solucionar el asunto.

Legitimación: disputamos porque el otro no está autorizado para actuar como lo hace, lo ha hecho o pretende hacerlo.

Inequidad: disputamos porque la acción o conducta del otro o de los otros la consideramos enormemente injusta.

Estos componentes son fundamentales para comprender las dinámicas inherentes a los conflictos humanos, ya que cada uno refleja distintas motivaciones y áreas de contienda que, al ser identificadas y analizadas, pueden facilitar la resolución de los mismos a través de estrategias alternativas al litigio.

Génesis de la alternabilidad en la resolución de conflictos

Los MASC comparten una génesis intrínseca a la condición humana y a la formación de grupos sociales. Los orígenes de las primeras soluciones alternativas a los conflictos se evidencian en la vida comunitaria. Se han preservado referencias literarias de filósofos presocráticos como Heráclito y Aristóteles, quienes ya en sus respectivas épocas definían el conflicto como “un motor del cambio y, a su vez, como una consecuencia de este” (Heredia, 1998), señalando la dualidad inherente al conflicto, que requiere al menos dos partes en interacción.

Los MASC poseen raíces históricas y culturales diversas. En contextos asiáticos, por ejemplo, líderes comunitarios y tribunales prebélicos promovían la conciliación como una vía para evitar la escalada del conflicto. En África, las asambleas vecinales, lideradas por figuras de autoridad, desempeñaban un rol crucial en la resolución de conflictos interpersonales. Los círculos familiares también funcionaban como mecanismos informales de resolución de disputas, con los líderes familiares actuando como mediadores. De esta manera, se impulsó la formalización de estos mecanismos. Instituciones religiosas y grupos etnoculturales han practicado históricamente la mediación, adaptándola a sus tradiciones específicas.

Desarrollo de los MASC

Cuando las dinámicas de convivencia cotidiana, familiar o comunitaria se ven afectadas de manera persistente e intencional, generando consecuencias negativas a nivel emocional, social, físico o legal para los individuos, emergen como una opción valiosa los MASC. Estas vías se caracterizan por ser mecanismos no formales y basados en la solidaridad, que introducen un elemento crucial de humanización en la gestión de las disputas. Un rasgo distintivo es la participación de una tercera persona neutral, con formación especializada en la resolución o prevención de conflictos, que actúa como facilitador del diálogo y la búsqueda de soluciones.

A diferencia de los procesos judiciales tradicionales, las formas alternativas de resolución empoderan a los individuos involucrados, permitiéndoles convertirse en agentes activos de cambio. A través de la negociación asistida, la mediación u otros enfoques similares, las partes tienen la oportunidad de construir soluciones pro activas y positivas que promuevan el bienestar mutuo, la satisfacción de sus necesidades y el beneficio de todos los actores implicados.

En esencia, estas alternativas reconocen la complejidad de los conflictos humanos y buscan abordarlos desde una perspectiva más colaborativa y centrada en las personas, fomentando la comunicación, la comprensión y la construcción de acuerdos consensuados en lugar de la imposición de una decisión por una autoridad externa.

Implementación de los MASC en los Estados constitucionales

Los MASC comprenden un espectro diverso de mecanismos y procesos, que no aspira a la sustitución de la justicia ordinario, pues su propósito fundamental es su complementación. Los MASC ofrecen la oportunidad de abordar las controversias de manera creativa y eficiente, permitiendo la selección del procedimiento que se adecúe de forma óptima a las particularidades de cada disputa.

A nivel mundial, la situación de crisis de la Administración de Justicia ha conducido a la búsqueda de medios alternativos a la intervención jurisdiccional en la solución de los conflictos entre los particulares. En la búsqueda de un mejor acceso a la justicia, se ha insistido en la necesidad de impulsar estas alternativas como soporte a los mecanismos jurisdiccionales, a los fines disminuir el número de los litigios a los que se enfrentan nuestras instituciones encargadas de administrar justicia. (Morales, 2020, p. 2)

En la sociedad contemporánea, la mera satisfacción de la seguridad y certidumbre jurídicas por parte del Estado a través de sus instituciones se ha manifestado como un paradigma insuficiente. Se requiere, en la actualidad, la instauración de estructuras sociales participativas en la edificación de una cultura de paz, que trascienda la concepción del conflicto como

un fenómeno inexorablemente inherente a las relaciones humanas. Ello implica la exigencia de transformaciones sustanciales en el sistema judicial. Consecuentemente, el esfuerzo que se viene desarrollando busca la introducción y consolidación de novedosos mecanismos de resolución de controversias de naturaleza no jurisdiccional, capaces de dirimir ciertas disputas derivadas de la convivencia social. Adicionalmente, se persigue mitigar la problemática de la saturación del sistema de administración de justicia, mediante la derivación de un volumen significativo de casos susceptibles de resolución a través de vías alternativas.

De forma particular, en el caso ecuatoriano, el modelo alternativo se concibió en consonancia con las disposiciones constitucionales y legales vigentes en la República del Ecuador. Los MASC se encuentran reconocidos en la Constitución del Ecuador desde 1998, añadiéndose a la Constitución de 2008 que estos métodos deben aplicarse en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. Dentro de los MASC se tiene a los llamados métodos autocompositivos, los cuales se caracterizan porque las partes son las que encuentran y adoptan la solución. La Constitución (2008, art. 191) establece el reconocimiento del arbitraje, la mediación y otros MASC con sujeción a la Ley (Borja Coronel, 2019).

Según la Ley de Arbitraje y Mediación (2018, art. 46-c), la mediación podrá proceder: “Cuando el juez ordinario disponga, en cualquier estado de la causa, de oficio o a petición de parte, la realización de una audiencia de mediación ante un centro especializado, siempre que exista aquiescencia por parte de los litigantes”. En el supuesto de que, dentro del plazo de quince días contados a partir de la recepción por el centro de la notificación judicial, no se presente el acta contentiva del acuerdo alcanzado, se reanudará la tramitación del proceso judicial, a menos que las partes comuniquen fehacientemente al juez su decisión de prorrogar dicho término.

Fundamentado en este conciso y significativo precepto legal, se diseñó un plan piloto en cuya implementación los jueces que voluntariamente se

registraron para participar han desempeñado un rol protagónico (Cardona, 2016). Empero de lo expuesto, aún falta mucho por hacer.

La mediación como método de racionalización de los conflictos

La mediación se erige como un método paradigmático de racionalización de los conflictos humanos, trascendiendo la mera resolución de disputas para adentrarse en la esfera de la gestión reflexiva y constructiva de las diferencias inherentes a la interacción social. Su capacidad para racionalizar los conflictos se fundamenta en una serie de atributos intrínsecos que contrastan con los enfoques “adversarial” y “confrontacional”, promoviendo una comprensión más profunda de las dinámicas subyacentes y facilitando la construcción de soluciones mutuamente aceptables.

En primer lugar, la mediación introduce un proceso estructurado y facilitado donde las partes en conflicto son invitadas a participar activamente en la búsqueda de una solución. A diferencia de los procesos adjudicativos, donde un tercero imparte una decisión vinculante, la mediación empodera a los contendientes, otorgándoles la agencia para definir los términos de su propio acuerdo. Esta participación activa fomenta una reflexión consciente sobre sus intereses, necesidades y las perspectivas de la otra parte, desplazando la atención de las posiciones rígidas hacia la exploración de motivaciones subyacentes. El mediador, como un tercero neutral y capacitado, guía la conversación, promoviendo la comunicación efectiva y la desescalada emocional, elementos esenciales para un análisis racional de la situación conflictiva.

En segundo lugar, la mediación promueve la identificación y el reconocimiento de los intereses comunes y divergentes entre las partes. A través de la facilitación del mediador, los contendientes son alentados a articular sus necesidades más allá de sus demandas iniciales. Este proceso de clarificación de intereses permite desvelar puntos de convergencia que, a menudo, permanecen ocultos en un contexto adversarial. Al comprender

las motivaciones subyacentes de cada parte, se facilita una evaluación más objetiva de las posibles soluciones, priorizando aquellos acuerdos que satisfacen de manera más integral los intereses de todos los involucrados. Esta focalización en los intereses, en contraposición a la mera defensa de posiciones, constituye un ejercicio de racionalidad estratégica, donde las partes buscan maximizar sus beneficios a través de la cooperación y el entendimiento mutuo.

En tercer lugar, la mediación fomenta una perspectiva sistémica del conflicto, alentando a las partes a considerar el impacto de sus acciones y decisiones en el contexto más amplio de su relación. A través de la exploración de las dinámicas interpersonales y las interdependencias existentes, la mediación facilita una comprensión más holística de la génesis y la perpetuación del conflicto. Esta conciencia contextual promueve una evaluación más ponderada de las posibles consecuencias de las diferentes opciones de resolución, incentivando la búsqueda de soluciones sostenibles y a largo plazo que prevengan la recurrencia de la disputa. La mediación, por ende, se convierte en un ejercicio de racionalidad relacional, donde se prioriza la preservación o el restablecimiento de vínculos constructivos entre las partes.

Finalmente, la mediación se caracteriza por su flexibilidad y adaptabilidad a las particularidades de cada conflicto. A diferencia de los procedimientos judiciales, regidos por normas estrictas y preestablecidas, la mediación permite a las partes, con la guía del mediador, diseñar un proceso que se ajuste a sus necesidades específicas y a la naturaleza de la controversia. Esta autonomía procedimental fomenta una mayor apropiación del proceso y del resultado por parte de los contendientes, incrementando la probabilidad de alcanzar acuerdos que sean percibidos como justos y equitativos. Esta capacidad de adaptación y la centralidad de la voluntad de las partes reflejan una racionalidad pragmática, donde la eficacia y la eficiencia en la resolución del conflicto se priorizan sobre la aplicación formalista de normas preexistentes (Armas Hernández, 2003).

En conclusión, la mediación representa un método intrínsecamente racionalizador de los conflictos humanos al estructurar el diálogo, facilitar la identificación de intereses, promover una comprensión sistémica de la disputa y ofrecer un marco flexible y adaptable para la búsqueda de soluciones. Al empoderar a las partes, fomentar la comunicación efectiva y desplazar el enfoque de la confrontación hacia la colaboración, la mediación contribuye a una gestión más reflexiva, estratégica y, en última instancia, más humana de las diferencias inherentes a la compleja trama de las relaciones sociales.

Retos para la transición hacia una cultura de paz

Erradicar la arraigada cultura del conflicto en las sociedades contemporáneas constituye un desafío de envergadura considerable, que trasciende la mera implementación de mecanismos alternativos de resolución de disputas. Implica una transformación profunda de las mentalidades, las prácticas sociales y las estructuras institucionales que históricamente han perpetuado la confrontación como modo predominante de interacción ante la divergencia de intereses o la percepción de agravio. La consecución de este objetivo demanda una comprensión exhaustiva de los factores que subyacen a la persistencia de esta cultura y la implementación de estrategias multifacéticas y sostenidas en el tiempo (López, 2020).

Uno de los desafíos fundamentales radica en la arraigada tradición adversarial presente en muchos sistemas jurídicos y en la mentalidad colectiva. Históricamente, la resolución de conflictos se ha concebido primordialmente a través de un modelo de confrontación, donde una parte prevalece sobre la otra mediante la aplicación de normas y la intervención de una autoridad externa. Esta concepción adversarial se infiltra en las prácticas cotidianas, fomentando una visión de las relaciones interpersonales y sociales como un juego de suma cero, donde la ganancia de uno implica necesariamente la pérdida del otro. Superar esta mentalidad requiere un cambio paradigmático que promueva la colaboración, el diálogo y la búsqueda de soluciones mutuamente beneficiosas como alternativas más deseables y efectivas.

Por otra parte, la insuficiente educación y sensibilización sobre los beneficios de la resolución pacífica de conflictos y las habilidades necesarias para ello constituyen un obstáculo significativo. Muchas personas carecen del conocimiento y las herramientas para abordar las diferencias de manera constructiva, recurriendo instintivamente a la agresión verbal o física, a la evitación o a la escalada del conflicto. La integración de la educación para la paz y la resolución de conflictos en los currículos escolares y en los programas de formación continua para diversos sectores de la sociedad es esencial para cultivar una cultura de la no violencia y fomentar el desarrollo de habilidades como la escucha activa, la empatía, la negociación y la mediación.

Otro desafío se relaciona con la persistencia de desigualdades estructurales y la injusticia social. Las sociedades marcadas por la disparidad económica, la discriminación sistémica y la falta de acceso a oportunidades son un caldo de cultivo para la frustración, el resentimiento y la conflictividad social. En estos contextos, el conflicto puede percibirse como un medio legítimo para expresar agravios y luchar por el reconocimiento de derechos. Erradicar la cultura del conflicto requiere abordar las causas profundas de la injusticia social, implementando políticas inclusivas que promuevan la equidad, la participación y el respeto por la dignidad humana.

Adicionalmente, el papel de los medios de comunicación y la cultura popular en la representación y la glorificación de la violencia y la confrontación no puede ser subestimado. La exposición constante a narrativas que idealizan la agresión como medio para resolver problemas o alcanzar objetivos puede influir negativamente en las actitudes y los comportamientos, normalizando la conflictividad y dificultando la adopción de enfoques pacíficos. Promover una representación más equilibrada y constructiva de los conflictos y de las estrategias de resolución pacífica en los medios y en la producción cultural es crucial para fomentar un cambio en las normas sociales y los valores culturales.

La falta de inversión y apoyo institucional a las iniciativas de promoción de la cultura de paz y la resolución pacífica de conflictos constituye un desafío considerable. La implementación de programas de mediación comunitaria, la capacitación de facilitadores de diálogo, el apoyo a organizaciones de la sociedad civil que trabajan en la prevención de la violencia y la promoción de la convivencia pacífica requieren recursos financieros, infraestructura y un compromiso político sostenido. La integración de la cultura de paz como un eje transversal en las políticas públicas y la asignación de recursos adecuados son fundamentales para lograr un impacto significativo y duradero.

En fin, la erradicación de la cultura del conflicto en las sociedades contemporáneas es un proceso complejo y multifacético que exige un abordaje integral y a largo plazo. Superar la tradición adversarial, fortalecer la educación para la paz, abordar las desigualdades estructurales, promover una representación mediática responsable y garantizar el apoyo institucional son elementos esenciales para fomentar un cambio cultural profundo que privilegie el diálogo, la colaboración y la resolución pacífica como pilares de la convivencia social. La transformación hacia una cultura de paz no es una utopía inalcanzable, sino un objetivo prioritario que requiere un compromiso colectivo y una acción concertada a todos los niveles de la sociedad.

Conclusiones

Luego de un análisis profundo se obtiene que, la mediación revela su significativa trascendencia como instrumento promotor de una novedosa cultura de alternabilidad al litigio en las sociedades contemporáneas. Más allá de su mera función como procedimiento para la resolución de disputas, la mediación constituye un cambio paradigmático en la concepción y la gestión del conflicto, al impulsar valores, competencias y actitudes que subvierten la preeminencia histórica del litigio como modalidad principal para abordar las divergencias.

Como primera medida, la mediación reconceptualiza la esencia del conflicto, desplazando la perspectiva antagónica de vencedores y vencidos hacia un entendimiento cooperativo donde la satisfacción recíproca de las necesidades e intereses se erige como el objetivo cardinal. Al facultar a las partes para que asuman un rol central en la elaboración de sus propios acuerdos, la mediación cultiva una responsabilidad mancomunada en la resolución, en contraste con la delegación de la decisión a una instancia externa. Este proceso de implicación activa fomenta una disposición hacia la colaboración y la negociación, habilidades esenciales para la gestión pacífica de las diferencias en los diversos dominios de la vida social.

En segundo término, la mediación estimula la comunicación eficaz y la comprensión recíproca, elementos cruciales para la mitigación de la tensión y la superación de las barreras que dificultan el diálogo constructivo. El papel facilitador del mediador, al establecer un espacio seguro y neutral para la expresión de las perspectivas y las emociones, permite a las partes humanizar la contienda y reconocer la legitimidad de las necesidades ajenas, incluso ante desacuerdos sustanciales. Este proceso de empatía y escucha activa contribuye a la transformación de la percepción del oponente en un interlocutor con quien resulta viable construir soluciones conjuntas, estableciendo las bases para relaciones futuras más resilientes y constructivas.

Además, la mediación democratiza el acceso a la justicia, ofreciendo una vía más asequible, económica y célere para la resolución de conflictos en comparación con los procesos judiciales tradicionales. Al aliviar la carga de los sistemas judiciales y proponer soluciones adaptadas a las necesidades específicas de las partes, la mediación se consolida como un mecanismo inclusivo y equitativo que faculta a los ciudadanos para gestionar sus propias controversias. Esta accesibilidad y eficiencia contribuyen a robustecer la confianza en los mecanismos alternativos y a desmitificar la noción del litigio como la única o la más apropiada estrategia para la resolución de conflictos.

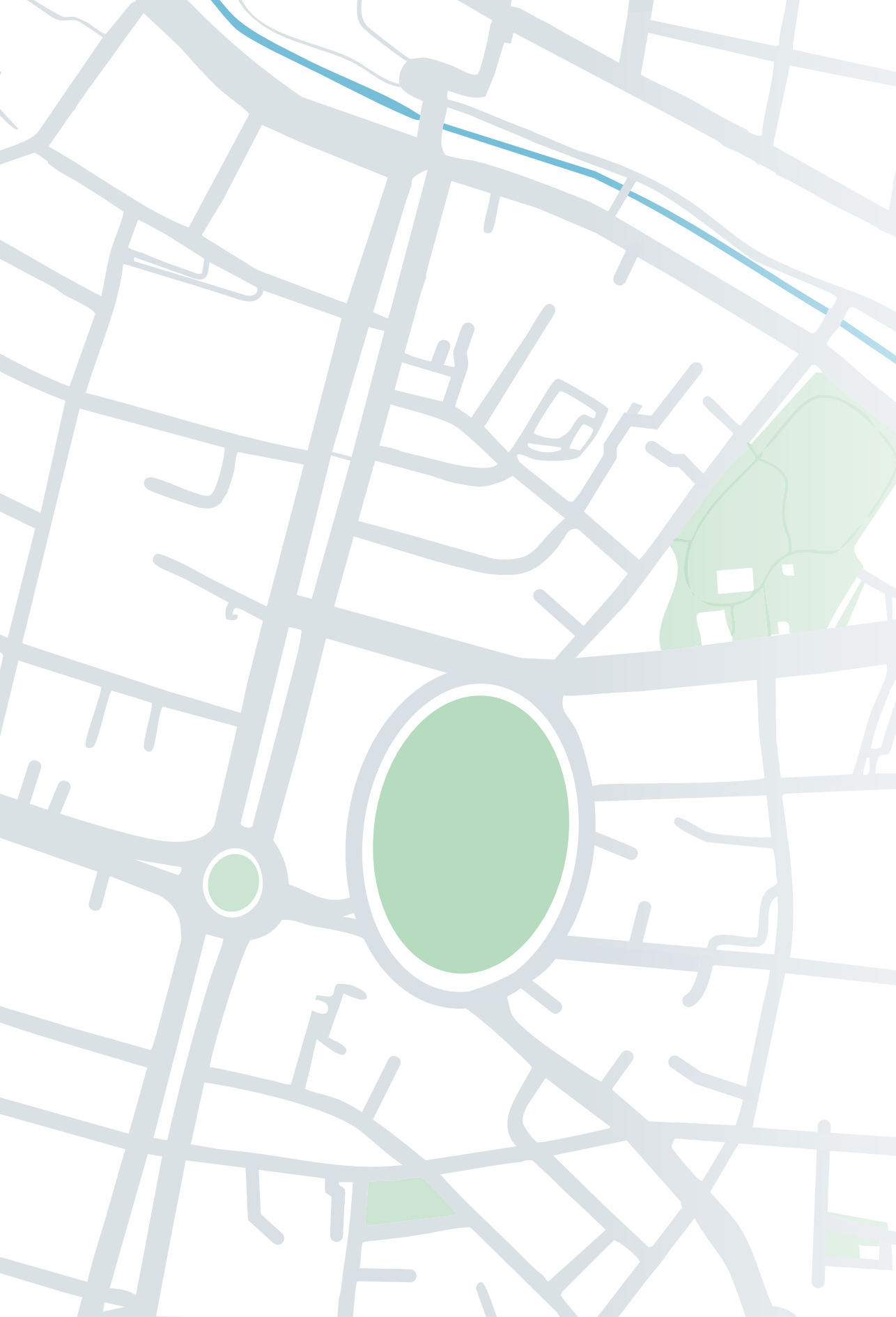
La diseminación y la consolidación de la mediación en múltiples esferas —familiar, vecinal, laboral, mercantil, comunitaria— contribuyen a la internalización de una cultura de alternabilidad. A medida que un número creciente de individuos experimenta los beneficios de la mediación, se genera un efecto de propagación, promoviendo la adopción de enfoques colaborativos como la norma en la gestión de las divergencias. La incorporación de la enseñanza de los principios y las competencias de la mediación en la educación formal e informal coadyuva a la formación de ciudadanos más competentes para resolver sus conflictos de manera pacífica y autónoma, fortaleciendo el entramado social y fomentando una cultura de paz perdurable.

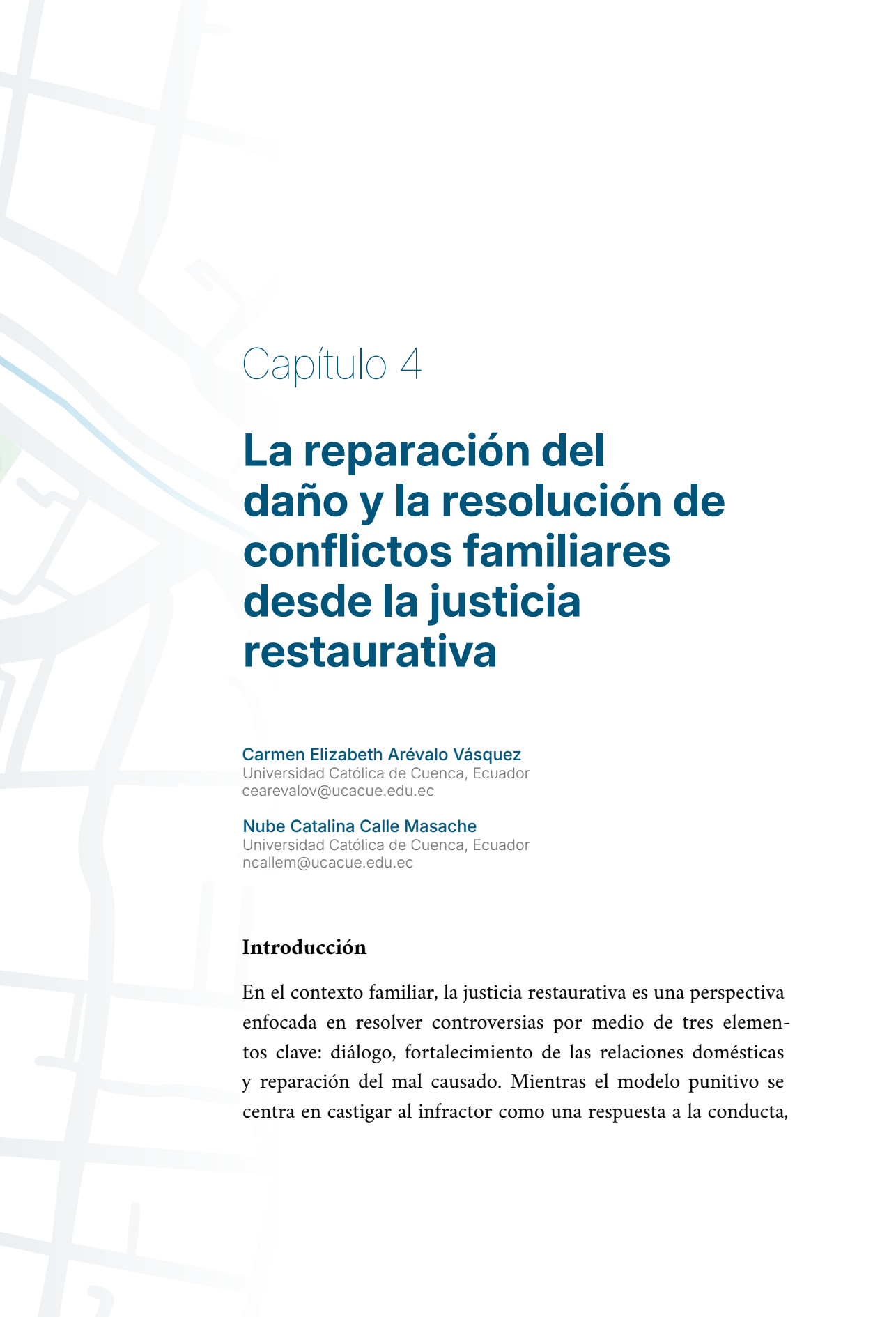
Finalmente, la mediación trasciende su operatividad como herramienta de resolución de conflictos para erigirse como un catalizador fundamental en la promoción de una nueva cultura de alternabilidad al litigio. Su énfasis en la participación activa, la comunicación eficaz, la comprensión recíproca y la accesibilidad la convierten en un instrumento potente para transformar las mentalidades, fomentar habilidades de gestión pacífica de conflictos y robustecer la confianza en los mecanismos no adversariales. La promoción y la expansión de la mediación en todas las esferas de la sociedad representan una inversión estratégica en la construcción de comunidades más resilientes, justas y pacíficas, donde la colaboración y el diálogo prevalezcan sobre la confrontación y la litigiosidad.

Referencias bibliográficas

- Armas Hernández, M. (2003). La mediación en la resolución de conflictos. *Educar*, (32), 125-136. <https://bit.ly/4ltR4kj>
- Battistotti, M. C. (2008, 10 de octubre). *ADN del conflicto argentino*. UCE-MA. <https://bit.ly/4jeHsbW>
- Borja Coronel, X. (2019). *La mediación como método alternativo de solución de conflictos en la contratación pública*. Procuraduría General del Estado del Ecuador. <https://bit.ly/4cpPPhW>

- Cardona, Á. G. (2016). Origen y desarrollo de la solución alternativa de conflictos en Ecuador. *Iuris Dictio*, 2(4). <https://doi.org/10.18272/iu.v2i4.561>
- Constitución Política del Ecuador*. (2008). Registro Oficial nro. 449.
- Heredia, R. A. (1998). *Análisis y resolución de conflictos: una perspectiva psicológica*. Universidad del País Vasco.
- Ley de Arbitraje y Mediación*. (2018). Registro Oficial nro. 417 de 14 de diciembre de 2006, última modificación el 21 de agosto de 2018.
- López, M. E. (2020). Conflicto y cooperación: dos caras de la misma moneda. *Revista Caribeña de Ciencias Sociales*, 9(5). <https://bit.ly/3G707rq>
- Morales, C. M. (2020). *Rango constitucional de los medios alternativos de solución de controversias*. Universidad de Carabobo. <https://bit.ly/4iYZiiO>
- Nava Escudero, C. (2013). El *homo sapiens sapiens* y la crisis ambiental. En Autor, *Ciencia, ambiente y derecho* (pp. 59-97). UNAM. <https://bit.ly/3G5xOto>
- Redorta, J. (2007). *Entender el conflicto: la forma como herramienta*. Paidós.
- Salla, M. E. (2000, 10 de septiembre). Resolución de conflictos, genética y alquimia: la evolución de la transmutación de conflictos. *Online Journal for Peace and Conflict Resolution*. <https://bit.ly/4loJSpP>



A faint, light gray background map of Cuenca, Ecuador, showing the city's grid-like street pattern and a winding river. The map is positioned on the left side of the page, with the text overlaid on it.

Capítulo 4

La reparación del daño y la resolución de conflictos familiares desde la justicia restaurativa

Carmen Elizabeth Arévalo Vásquez

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
cearevalov@ucacue.edu.ec

Nube Catalina Calle Masache

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
ncallem@ucacue.edu.ec

Introducción

En el contexto familiar, la justicia restaurativa es una perspectiva enfocada en resolver controversias por medio de tres elementos clave: diálogo, fortalecimiento de las relaciones domésticas y reparación del mal causado. Mientras el modelo punitivo se centra en castigar al infractor como una respuesta a la conducta,

la justicia restaurativa tiene particular énfasis en que las partes trabajen juntas y encuentren soluciones para sanar las relaciones afectadas. En tal sentido, la familia como centro principal de la sociedad, tiene un rol indispensable en la formación de valores, el desarrollo de habilidades emocionales y la prevención de conductas violentas. Por ello, es necesario disponer de herramientas como la *justicia restaurativa*, que facilita una gestión productiva y participativa de los conflictos, y contribuye a prevenir el deterioro o la ruptura de los vínculos familiares.

La justicia restaurativa: aspectos conceptuales

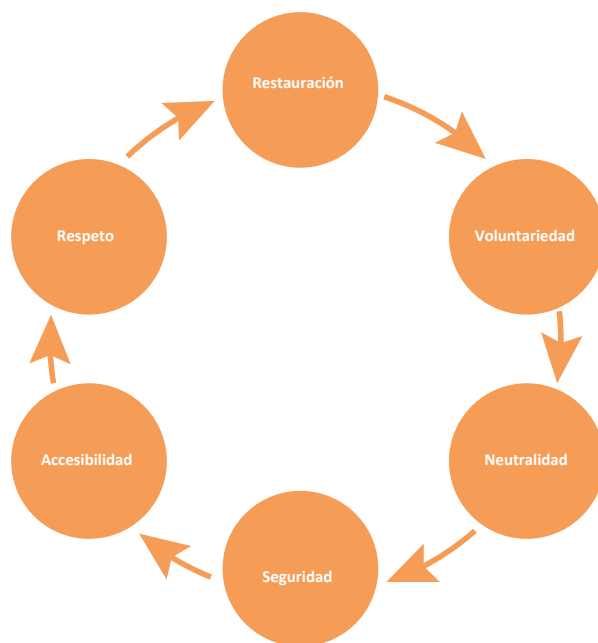
La justicia restaurativa promueve la resolución alternativa de conflictos por medio de un enfoque integrador y participativo, que involucra a todas las personas perjudicadas por una conducta dañosa con el propósito de fortalecer las relaciones sociales. Emerge como una respuesta para prevenir y reparar los daños ocasionados por los conflictos, con el objetivo de ir más allá de simples soluciones superficiales, tratando las causas estructurales. En esta línea de análisis, a criterio de Zehr (2023), la justicia restaurativa:

Es un proceso dirigido a involucrar, dentro de lo posible, a todos los que tengan un interés en una ofensa particular, e identificar y atender colectivamente los daños, necesidades y obligaciones derivados de dicha ofensa, con el propósito de sanar y enmendar los daños de la mejor manera posible. (p. 45)

Las prácticas restaurativas se centran en reparar los daños ocasionados por las acciones de las personas, entendiendo el daño como una transgresión que afecta tanto a los individuos como a sus relaciones interpersonales. Esta afectación crea obligaciones de enmendar o restablecer el equilibrio, involucrando a todas las partes involucradas, ya que son quienes mejor pueden analizar lo ocurrido, aportar perspectivas significativas y proponer acciones concretas para promover la restauración y prevenir futuros conflictos. Dentro de los principios de justicia restaurativa están:

Figura 1

Conceptos fundamentales de justicia restaurativa



Nota. Tomado de Restorative Justice Council (2015).

De conformidad con el Consejo de Justicia Restaurativa de Reino Unido (2015), los principios de la práctica restaurativa son seis: la restauración, que busca reconocer el daño causado y promover su reparación; la voluntariedad, que garantiza que la participación sea libre e informada; la neutralidad, que asegura la imparcialidad y el trato equitativo para todas las personas involucradas; la seguridad, que crea un espacio seguro para expresar emociones y puntos de vista sobre el daño; la accesibilidad, que exige que estos procesos sean inclusivos y sin discriminación; y el respeto, que promueve la dignidad de todas las personas participantes y de quienes han sido afectados por el daño causado.

Con este breve preámbulo, y centrándonos en el contexto específico de este estudio, a criterio de Villavicencio (2019):

La familia no solo es el núcleo social primario de cualquier comunidad, también es el más importante, es ahí donde se forman los primeros vínculos sociales de cualquier ser humano, donde el sentido de pertenencia, el afecto y el reconocimiento cobran verdadero valor y un significado determinante en la vida de las personas. (p. 2)

Dado que constituye el eje de toda comunidad, la familia debe ocupar un lugar protagónico en la formulación de políticas públicas orientadas al bienestar social. De acuerdo con el “Modelo de Impartición de Justicia desde la Restauración Familiar” de Claudia Villavicencio (2022), la paz se construye desde y con las familias, por lo que se vuelve necesario ofrecer una respuesta evolucionada a la conflictividad que afecta sus relaciones, reconociendo que los conflictos familiares generan ofensas y daños que deben ser abordados de manera integral.

Las familias deben tener acceso a formas de justicia que no solo resuelvan el conflicto jurídico, sino que además lleguen a la raíz de los daños y sus orígenes, permitiendo enmendarlos de la mejor manera posible. En el entorno familiar, la justicia restaurativa es esencial, pues permite reconocer y reparar daños profundos que —por su origen— son más difíciles de sanar. Cuando esos daños provienen de seres queridos, dejan huellas que pueden transformar a las víctimas de hoy en los ofensores de mañana. Por ello, la justicia restaurativa no solo busca reparar, sino también prevenir, recordando que, detrás de cada acto de violencia, puede ocultarse el dolor de una víctima no escuchada. En este contexto, Montaña Delgado menciona (2022):

La justicia restaurativa familiar son los procesos dirigidos a involucrar a quienes une algún vínculo familiar y tienen un interés en una o varias afectaciones cometidas en detrimento de los derechos y obligaciones familiares, para identificar y atender colectivamente las necesidades derivadas de dichas afectaciones de la mejor manera, con el propósito de sanar y restaurar integralmente a la

familia en observancia preeminente del interés superior del menor y de las personas vulnerables. (p. 15)

Los programas de justicia restaurativa se sustentan en la premisa de que las personas involucradas en el conflicto deben participar activamente en su resolución y en la mitigación de sus consecuencias. Sobre esto, Trendle agrega (2021):

La justicia restaurativa ofrece una alternativa prometedora a los medios más tradicionales de resolver los problemas de derecho de familia. Su proceso y la participación de las partes interesadas permiten que las familias resuelvan los problemas juntas, con las personas más importantes para ellas, en lugar de utilizar los procesos judiciales adversariales. (p. 12)

Las prácticas restaurativas se enfocan en la reparación del daño, la apertura de espacios de diálogo y la reconstrucción de relaciones saludables que —idealmente— perduren incluso después de alcanzarse un acuerdo o una solución. Una vez dictada la resolución judicial, es la familia la que debe asumir la gestión del conflicto y enfrentar, de manera conjunta, las consecuencias de la controversia. En este contexto, las prácticas de restauración ofrecen a las familias los recursos esenciales para iniciar el proceso de reconstrucción de sus vidas. Ahora bien, a criterio de Harris (2017):

En el ámbito familiar la justicia restaurativa tiene como objetivo construir relaciones, resolver conflictos, reconciliar diferencias, y crear comunidades donde pueda tener lugar el aprendizaje social y el desarrollo personal. Estas prácticas abarcan cualidades como el pensamiento abierto, la amabilidad, la compasión, la empatía, la perseverancia, la comprensión del impacto de las propias acciones en los demás, la inclusión, el bienestar de todos y la sensibilidad cultural. (p. 14)

El insertar prácticas restaurativas permite la construcción relaciones saludables, la prevención de conflictos y el fortalecimiento de la comunicación dentro del hogar; más aún cuando este tipo de prácticas tienen como fundamento, la comprensión mutua, la escucha activa y la búsqueda de soluciones de manera conjunta, prevaleciendo las relaciones por encima

del sistema represivo. Por medio de preguntas restaurativas, la familia puede identificar la génesis de las controversias, abordar las necesidades de cada miembro y avanzar de manera conjunta en la reparación del daño (Wailling et al. 2021). La justicia restaurativa en el núcleo familiar genera confianza, permite el desarrollo de habilidades sociales y emocionales de sus miembros, promoviendo el respeto mutuo a fin de evitar prácticas perjudiciales como la culpa o la vergüenza.

Los conflictos familiares y la justicia restaurativa

En las disputas del hogar, la justicia restaurativa se presenta como una valiosa opción frente a los litigios judiciales, dado que estos pueden tornarse complejos y tener un impacto negativo en las relaciones y el bienestar de las personas involucradas. Tal como lo afirma Pelayo Arreola (2021):

La justicia restaurativa pone a la propia sociedad en un escenario de enseñanza-aprendizaje, que reproduzca nuevos patrones de conductas orientados a crear escenarios de convivencia plural, democrática y participativa. En el caso de la familia parte desde un enfoque micro con percepciones macro. Es decir, la familia como ente micro de la sociedad en donde mantiene integrantes de la sociedad civil, que posteriormente mantienen diversas relaciones en otros ámbitos. (p. 69)

En efecto, los conflictos familiares pueden surgir por diversas razones tales como diferencias de valores, malentendidos, agresiones emocionales o incluso violencia, para los cuales en la justicia tradicional se atienden con la sanción de la conducta inapropiada según sea el caso; sin embargo, en el entorno familiar esta no resultaría la solución más efectiva, y es precisamente aquí en donde opera la justicia restaurativa. Como acota Gonzáles Ramírez (2013):

Históricamente se entiende que los conflictos familiares pertenecen prioritariamente al género femenino, como principal usuaria del sistema, sino también porque los operadores son en su mayoría mujeres, tanto a nivel de judicatura como de profesionales litigantes. Es por ello que desde el mundo del Derecho se ha sostenido que los conflictos familiares son “temas femeninos” y, por ende,

privados, lo que explica que se consideren de segunda categoría en la cultura legal y judicial. (p. 228)

Por lo que, según este criterio, los conflictos familiares han sido tratados como cuestiones de segunda categoría dentro de la cultura legal y judicial, lo cual refleja una jerarquización de los problemas legales, relegando a los conflictos de esta naturaleza a un estatus inferior en comparación con otros tipos de problemas más públicos o de mayor peso. Sin embargo, en un conflicto familiar las emociones pueden estar a flor de piel, los miembros de la familia involucrados pueden tener miedo de expresar sus sentimientos o pueden sentirse incomprendidos. Como lo hacen notar Pesqueira Leal y Ortiz Aub (2010):

La violencia en las relaciones familiares produce conflictos que, a su vez, se gestionan a través de patrones de conducta violentos, lo que se convierte en un círculo vicioso que lanza por la borda la función social de la familia y la convierte en agente donde se fraguan conductas que contribuyen a la descomposición social. (p. 402)

En efecto la violencia, dentro de la familia, genera aprietos, los cuales, en lugar de resolverse de manera saludable, se pueden manejar con más violencia. Esto crea un círculo vicioso, en el que los patrones agresivos se repiten constantemente. Lo peor del caso es que esta situación afecta la función social de la familia, ya que, en lugar de ser un espacio de apoyo, se convierte en un entorno donde se pueden estar reforzando conductas violentas, lo cual contribuye a la descomposición social, porque las personas que crecen en este tipo de ambiente pueden reproducir esas mismas actitudes en otros ámbitos de la sociedad.

Con el objetivo de reparar el daño causado por la violencia y los conflictos, la justicia restaurativa busca generar un espacio seguro en el que cada parte pueda expresar abiertamente cómo se ha sentido y de qué manera el conflicto ha impactado su vida. Este proceso permite que la familia recupere su función social positiva, dejando de ser un entorno que refuerza la intimidación. En ese marco, los facilitadores de justicia restaurativa cumplen

un rol clave al conducir el diálogo de forma estructurada y respetuosa, lo que posibilita que cada persona exprese sus emociones de manera auténtica. Como mencionan Gorjón Gómez y Saldaña Ramírez (2022):

Hay un valor básico que es de suprema importancia, que es el respeto, mismo que nos invita a balancear nuestros intereses con los de los demás. Si la justicia es concebida como respeto, entonces se estará aplicando de manera restaurativa, pues dicho valor es la base de los principios de esta ideología. (p. 9)

Efectivamente, no se limita a resolver el problema de una manera puntual, sino más bien en recuperar la concordia y la confianza entre los miembros del hogar, por medio del diálogo, la solidaridad y el compromiso con el cambio, viéndolo como una posibilidad de crecimiento y sanación. De modo que, la justicia restaurativa se fundamenta en el respeto mutuo como valor esencial, que no solo busca equilibrar los intereses propios con los de los demás, sino que también proporciona un marco para resolver los problemas de una manera constructiva, priorizando la restauración en lugar de las avenencias o la sanción.

Además, en el contexto familiar, los lazos entre las partes suelen ser más estrechos y perdurables, lo que permite que una solución restaurativa y basada en el diálogo tenga un mayor efecto en la prevención de conflictos futuros, evitando así la perpetuación del ciclo de violencia.

Partes que intervienen en procesos restaurativos familiares

Los procesos restaurativos familiares involucran a diversas partes en la reparación del daño y la reconstrucción de las relaciones afectadas por el conflicto.

Víctima

Es la persona afectada por el conflicto o daño. Participa activamente en el proceso, expresa sus necesidades y contribuye a definir la reparación. Al respecto, Gorjón Gómez y Rodríguez Rodríguez (2016) agregan:

Este nuevo paradigma, como lo es la Justicia Restaurativa, sigue teniendo impacto importante, lo que significa ser la respuesta a muchas víctimas que pretenden una impartición de justicia pronta, justa y eficaz, además de poder sentirse escuchados y participar en el proceso que va más allá de la sanción, al instaurar la sanción, tanto de la víctima como del ofensor y de la comunidad. (p. 48)

Se puede decir que, al ser un enfoque alternativo al sistema tradicional de justicia penal, tiene un impacto significativo porque responde a las necesidades de muchas víctimas que buscan una justicia celer y eficiente. Se tiene que insistir, que, a diferencia del modelo punitivo tradicional, la justicia restaurativa permite que las víctimas no solo sean escuchadas, sino que también participen activamente del proceso.

Lo mismo ocurre con muchas familias cuando surgen problemas, en donde al adoptarse un enfoque punitivo, se busca castigar o culpar a una de las partes, sin embargo, este método no siempre resuelve el problema de fondo y puede generar más resentimiento y distanciamiento, es por ello que este enfoque restaurativo permitirá que las partes tengan una participación más activa y se trabaje en la reparación del daño y la reconstrucción de los lazos familiares.

Agresor

Es la persona que infringe daño, quién debe asumir su responsabilidad en el conflicto y colabora en la reparación del mal causado. Puede ser un padre, madre, pareja u otro miembro de la familia. En ese sentido González Torres (2019) afirma: “Si bien es cierto se trata de una justicia focalizada en las necesidades de las víctimas, sin embargo, también considera las de la parte ofensora, ya que sigue siendo integrante de la sociedad” (p. 95). Por ello, aunque la justicia restaurativa se centra en atender las necesidades de las víctimas, también toma en cuenta las necesidades del agresor. Esto se debe a que, a pesar de haber cometido una falta, el ofensor sigue siendo parte de la sociedad, y se le debe ofrecer la oportunidad de asumir su responsabilidad, reflexionar sobre sus actos y reintegrarse a la comunidad de manera positiva. La justicia restaurativa trata de generar cambios

que benefician a todos los involucrados. Algo similar ocurre en los conflictos dentro de la familia, en donde es común que haya quien se sienta afectado o perjudicado y una parte ofensora que es quien ha causado el daño. Sin embargo, para resolver verdaderamente el conflicto, es importante considerar las necesidades de ambos.

Familiares y comunidad de apoyo

La familia se refiere al círculo más cercano a las partes involucradas, lo que incluye padres, hijos, hermanos y otros parientes directos. Ofrece apoyo emocional y logístico esencial en el proceso de justicia restaurativa, ayudando a las víctimas y ofensores a transitar el camino hacia la reconciliación y la reintegración social.

Por otra parte, la comunidad abarca un grupo más amplio de personas que no necesariamente tienen un vínculo sanguíneo con las partes, podrían ser vecinos, amigos, compañeros de trabajo y líderes comunitarios. La comunidad es clave para proporcionar respaldo social, prevenir el aislamiento y fomentar la responsabilidad colectiva en la resolución de conflictos y la reconstrucción de relaciones.

Ambas nociones están interconectadas dentro del apoyo social, su ausencia puede generar consecuencias negativas como el aislamiento. Por el contrario, su fortalecimiento mejora la convivencia y el bienestar general.

El facilitador en procesos de justicia restaurativa familiar

De manera coloquial y popular se asocia al facilitador con aquella persona que es amante de la paz y la justicia, que desarrolla empatía con las personas, una persona muy razonable, con capacidad de relacionarse y que tiene un fuerte sentido común, cualidades que le permiten no solamente involucrarse en los conflictos de las demás personas, sino influir de manera positiva en la comunicación entre las partes y tener efectos restaurativos (Champo Sánchez, 2024).

En el contexto de la justicia restaurativa, el facilitador actúa como un puente humano entre las personas involucradas en conflictos familiares; es alguien con un profundo sentido de justicia, empatía y la capacidad de ponerse en el lugar del otro. Su papel no es solo escuchar, sino también ayudar a que las partes se comuniquen de una manera efectiva y que encuentren los caminos para sanar. El facilitador puede estar acompañado de psicólogos, trabajadores sociales o asesores legales que ofrecen apoyo emocional, legal y social a fin de que el proceso sea justo para todos los involucrados. En esa línea de pensamiento, Rodríguez Rodríguez (2016) plantea:

Existen distintos procesos restaurativos o modelos, que de acuerdo a las particularidades del caso dependiendo del delito y del perfil, tanto de la víctima como del ofensor, el facilitador valorará la estrategia de intervención, para posteriormente informar a aquellos cuáles son los procedimientos que se ofrecen en la etapa previa al encuentro restaurativo para su caso concreto, las características de éstos, su finalidad, así como cuáles son las salvaguardas para prevenir la revictimización del pasivo del delito o del daño. (p. 202)

Dicho de otra manera, en la justicia restaurativa existen diferentes modelos que se adaptan a cada caso en particular, la elección de un modelo específico depende de varios factores tales como el perfil de la víctima, el perfil del ofensor y las circunstancias del caso. Según Bardales Lazcano (2022):

El papel más importante para un buen medio alternativo lo tiene las partes, claro, pero también el facilitador, ya que de él dependerá llevar la reunión a buenos términos; por ello, se debe tener en cuenta que los conflictos a los cuales se entrena el facilitador son multifactoriales, es decir, comprenden una serie de aspectos como el emocional, el legal y el técnico. (p. 201)

Al respecto conviene decir, que los facilitadores en la justicia restaurativa ya sean mediadores o terapeutas especializados, desempeñan un papel fundamental en la resolución de conflictos familiares, su labor va más allá de simplemente intervenir en las disputas; son guías que crean un espacio seguro y respetuoso donde todas las partes puedan expresar sus sentimientos, preocupaciones y necesidades. En definitiva, su propósito principal

es promover la empatía y el entendimiento, apoyando a los implicados a reconocer el impacto emocional y psicológico de sus comportamientos.

Prácticas restaurativas utilizadas para resolver conflictos familiares

Cuando la justicia restaurativa, se aplica dentro del entorno familiar, se constituye en una herramienta clave en el restablecimiento de vínculos y la sanación de heridas que, por su naturaleza, pueden ser más complejas y profundas. A criterio de Williams y Segrott (2018), las prácticas de justicia restaurativa permiten comprender que el impacto de los problemas familiares va más allá de las víctimas directas, afectando también al entorno cercano, cuyos miembros suelen convertirse en víctimas indirectas o secundarias. En cuanto a las prácticas restaurativa aplicadas en el entorno familiar se destacan:

El *círculo restaurativo* es una herramienta valiosa que permite la comunicación familiar utilizando principios como diálogo abierto, escucha activa y equidad, dentro de esta práctica todos los integrantes familiares tienen la oportunidad de expresarse y ser escuchados, generando de esta manera conexión emocional y fomentando el respeto. Es importante señalar que dentro de esta práctica se incorporan elementos como el uso del objeto de la palabra, que circula entre los participantes con el propósito de garantizar la participación igualitaria de los miembros; así como las rondas de conversación organizadas en torno a temas puntuales que favorecen el abordaje de los conflictos, fortalecen los lazos familiares; y permiten la construcción conjunta de decisiones (Harris, 2017).

La *conferencia restaurativa* dentro del ámbito familiar es un proceso voluntario diseñado para abordar las controversias, que se centra en la comunicación, la responsabilidad y la reparación de relaciones; este tipo de practica reúne a las partes afectadas, con el propósito de dialogar entre todos los integrantes sobre el conflicto y el impacto en la familia. El objetivo es

diseñar un plan de cambio que fortalezca las relaciones, así como también promover un ambiente de respeto y comprensión mutua.

En la práctica, este tipo de mecanismo se desarrolla en tres fases. La primera consiste en reuniones individuales con el coordinador o facilitador, cuyo propósito es reflexionar sobre lo sucedido y preparar a cada participante para el proceso. La segunda es la reunión restaurativa, en la que todas las partes tienen la oportunidad de expresar sus puntos de vista y vivencias, con el fin de explorar soluciones y elaborar conjuntamente un plan de acción. Finalmente, en la etapa de revisión y seguimiento, el facilitador evalúa el progreso del plan implementado y puede realizar los ajustes que considere pertinentes según las necesidades de cada caso. (Swindon Hub for Education, 2025).

Las *reuniones restaurativas* son espacios creados, que buscan la reparación del daño y restablecer relaciones familiares, mediante la escucha activa, la empatía; y, la responsabilidad. Dentro de este tipo de prácticas o encuentros se ahonda en el impacto emocional de daño, generando un diálogo transformador que permite a las personas comprenderse mutuamente y avanzar hacia la reconciliación. El proceso de preparación previa es un elemento clave, pues asegura que los participantes entiendan la dinámica de restauración y estén emocionalmente preparados para involucrarse. Durante el desarrollo de la sesión, el facilitador mantiene una actitud imparcial, garantizando un ambiente seguro que proteja a la persona afectada de una posible revictimización. Al finalizar la reunión, puede elaborar un plan de acción, tanto unilateral o bilateral, dependiendo del tipo de conflicto y la disposición de los involucrados. En esencia, las reuniones de restauración no solo aspiran a solucionar las controversias, sino también modificar las relaciones, curar las heridas emocionales y provocar un cambio significativo en los participantes (Christine Plews, 2024).

Aunque algunas, de estas técnicas incluyen sesiones tanto individuales como conjuntas, el secreto del éxito reside en la adaptación personalizada del proceso. Cada familia es singular, así que las acciones deben adaptarse

a su dinámica particular, asegurando que el proceso de restauración sea eficaz y duradero en el tiempo. Un enfoque a medida facilita: marcar las necesidades específicas de cada miembro antes de la sesión conjunta.

La justicia restaurativa en el ámbito familiar: análisis legal y normativo

En el contexto familiar, la justicia restaurativa se basa en principios de reconciliación, reparación del perjuicio y fortalecimiento de los vínculos familiares, buscando soluciones pacíficas a las disputas que impactan a los integrantes de una familia. Según cada país, su marco jurídico y normativo puede variar, pero usualmente está amparado por regulaciones de derechos humanos, protección de infancia y la familia, además de legislaciones específicas en temas de justicia restaurativa y resolución alternativa de conflictos.

En el ámbito internacional, varios instrumentos jurídicos apoyan la implementación de la justicia restaurativa en el contexto familiar. Entre los que sobresalen: la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fomenta el derecho de los menores a ser oídos en los procedimientos que les impactan. Asimismo, sugiere la aplicación de medidas alternativas al proceso legal, tales como el cuidado, la supervisión, la orientación, la libertad vigilada y otras tácticas que prioricen el bienestar y el desarrollo personal del menor (Naciones Unidas, 1989).

Por su parte, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores, conocidas como las Reglas de Beijing (1985), fomentan el uso de mecanismos alternativos para la resolución de disputas, en consonancia con los principios de la justicia restaurativa. Estas directrices promueven el uso de mecanismos alternos para la solución de disputas.

En iguales términos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), defienden principios vinculados

a la justicia restaurativa. Estos instrumentos abogan por la protección de los derechos de las mujeres y niñas en contextos de violencia intrafamiliar y discriminación, e insta a los Estados a adoptar medidas legislativas y otras acciones que aseguren la igualdad de derechos dentro del ámbito la familiar (Naciones Unidas, 1979).

Como resultado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha conocido diversos casos de violencia doméstica y conflictos familiares, desarrollando una jurisprudencia que incorpora enfoques restaurativos orientados a la reparación del daño y a la protección de las víctimas. Entre los casos más relevantes se encuentra el Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México (2009), en el que se ordenaron medidas para prevenir la violencia de género; el Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile (2012), que sentó precedentes contra la discriminación por orientación sexual en el ámbito familiar; y el Caso Brisa de Angulo Losada vs. Bolivia (2023), que abordó la revictimización de una menor en el sistema judicial. En cada uno de estos casos, la CIDH ha impulsado medidas de reparación integral, acceso a la justicia y el desarrollo de políticas orientadas a salvaguardar los derechos de las víctimas. Esto se encuentra en consonancia con principios de justicia restaurativa, que buscan no solo resolver los conflictos de índole familiar, sino prevenir futuras violaciones de derechos humanos.

En ámbito familiar, la justicia restaurativa ha sido incorporada en varios países, dentro de los que se encuentra Canadá, Nueva Zelanda, Australia; y, el Reino Unido, que promueve la resolución de controversias a través del diálogo y la reparación del daño. Nueva Zelanda se destaca como pionera con la Ley de Niños, Jóvenes y Familias (Parliamentary Counsel Office, 1989) que introdujo las reuniones restaurativas del *grupo familiar*, un enfoque que ha sido replicado en otras naciones. Por su parte, Australia ha implementado *conferencias restaurativas*, aplicadas en el contexto de la justicia juvenil y en disputas familiares, como establece la Ley de Delincentes Juveniles de 1993 (Madera et al., 2021). En el Reino Unido, la justicia restaurativa se integra en el sistema penal y familiar a través de

programas de mediación, demostrado ser efectivos para fortalecer los lazos familiares y prevenir la violencia, al fomentar soluciones colaborativas y humanizadas (Moran, 2017).

En el Ecuador, aunque la Constitución hace referencia explícita a la justicia restaurativa, no obstante, incluye principios que respaldan, tales como compensación del perjuicio (art. 78), la protección de grupos en situación de vulnerabilidad (art. 35 y 66), y la justicia especializada para adolescentes infractores (art. 175). En el contexto familiar y penal, existen alternativas de resolución de conflictos, como la mediación y la conciliación (art. 190), aunque en situaciones de violencia intrafamiliar su uso es limitado, restringiéndose a la etapa de ejecución de la sentencia (Constitución del Ecuador, 2008). Estos procedimientos persiguen la solución pacífica de conflictos, la reinserción social del trasgresor y la reparación integral de la víctima, en concordancia con los principios de justicia restaurativa.

El Código Orgánico Integral Penal, en su artículo 651.6, fija reglas para la implementación en estos casos, permitiendo su aplicación únicamente durante la fase de ejecución de la sentencia. El propósito fundamental es proporcionar a la víctima la posibilidad de manifestar el impacto de la infracción en su vida, mientras que el infractor puede admitir su culpabilidad y comprometerse a reparar el perjuicio.

El Código de la Niñez y Adolescencia contempla un sistema de justicia especializado para adolescentes en conflicto con la ley penal, enfocado a su rehabilitación y reinserción social, que se alinea con los principios de la justicia restaurativa, pretende reparar el daño causado por el delito y promover la responsabilidad del menor infractor. Adicionalmente, el Consejo de la Judicatura, en cooperación con entidades internacionales, ha elaborado directrices para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil. Estas guías tienen como objetivos orientar a los agentes de justicia en la puesta en marcha de prácticas que fomenten la reparación del perjuicio, la responsabilidad del adolescente y su reincorporación a la sociedad (Consejo de la Judicatura, 2018).

A escala nacional e internacional, se respalda la implementación de la justicia restaurativa en el contexto familiar mediante de normativas orientadas a la protección de derechos humanos, la justicia juvenil y resolución alternativa de conflictos, que da prioridad a la reparación del daño y la reintegración social de las personas involucradas.

Justicia restaurativa en casos de violencia de género en el entorno familiar

La violencia de género dentro de la familia es un problema estructural que afecta principalmente a mujeres y niñas. Según datos de ONU Mujeres, la violencia doméstica es una de las formas más extendidas de violencia de género y en muchos casos, la justicia tradicional no proporciona una solución efectiva para las víctimas:

Se calcula que, en todo el mundo, 736 millones de mujeres —casi una de cada tres— han sido víctimas de violencia física o sexual por parte de su pareja; de violencia sexual fuera de la pareja o de ambas al menos una vez en su vida (el 30 por ciento de las mujeres de 15 años o más). Estos datos no incluyen el acoso sexual. Las tasas de depresión, trastornos de ansiedad, embarazos no deseados, infecciones de transmisión sexual y VIH son más elevadas entre mujeres que han experimentado violencia que entre las que no la han sufrido, al igual que ocurre con muchos otros problemas de salud que pueden perdurar una vez que ha cesado la violencia. (ONU Mujeres, 2024)

Sin embargo, la aplicación de la justicia restaurativa en casos de violencia de género en el entorno intrafamiliar es un tema complejo y controversial. Algunos autores afirman que es una alternativa efectiva para reparar el daño y empoderar a las víctimas, otras advierten que podría reforzar la impunidad si no se aplica con los debidos cuidados. Pese a lo dicho, debe verse como una opción complementaria que —en ciertos casos— puede permitir a la víctima sanar emocionalmente y al agresor asumir una verdadera responsabilidad.

En ese orden de ideas, es necesario advertir que la transversalización de la igualdad de género en la justicia restaurativa es un proceso clave para garantizar que tanto mujeres como hombres tengan las mismas oportunidades y se consideren sus experiencias en el desarrollo de políticas y programas. La ONU y la Unión Europea fomentan la integración de la igualdad de género dentro de las estrategias de justicia restaurativa con el fin de evitar las desigualdades. Como señala García Barrera (2016):

La transversalización de la igualdad de género es una tarea pendiente en justicia restaurativa como medios de socialización, ya que es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. (p. 120)

Lo que significa que, en situaciones de violencia doméstica, el enfoque de género permite identificar las dinámicas de poder y control que afectan a las mujeres, garantizando que su voz sea escuchada. Al mismo tiempo, también se debe tener en cuenta el contexto de los hombres y sus propias experiencias, especialmente cuando existen factores como la paternidad, las expectativas sociales o las presiones económicas que pueden influir en su comportamiento.

En último término la justicia restaurativa, al incluir esta orientación, busca crear un espacio donde tanto víctimas como ofensores, independientemente de su género, puedan asumir sus obligaciones, participar activamente y contribuir a reparar el mal causado dentro del entorno familiar.

Técnicas y herramientas de justicia restaurativa familiar

El uso de las técnicas y herramientas por parte del facilitador en la justicia restaurativa familiar resulta indispensable para abordar los conflictos en estudio de manera constructiva. Se trata de métodos que tienen como fin lograr la resolución pacífica de conflictos basándose en la combinación de

diálogo, empatía, narración de historias y acuerdos, lo cual proporciona un espacio seguro en el cual las familias pueden sanar juntas y encontrar soluciones duraderas. A continuación, se asocian las estrategias y herramientas restaurativas utilizadas en el contexto familiar.

Tabla 1

Técnicas de justicia restaurativa familiar

Estrategia	Objetivos de la negociación	Objetivos de la mediación
Escucha activa	Descubrir cuáles son los intereses de la otra parte y cuáles sus puntos débiles para precisar mejor los términos del negocio.	Comprender mejor el punto de vista y los sentimientos del otro para entender la carga vivencial de la situación. Pensamiento creativo.
Pensamiento creativo	Incrementar la productividad de la transacción (aumentar el pastel).	Abrir el conflicto y disponer de diferentes posibilidades de acción. Cooperación.
Cooperación	Unir fuerzas estratégicamente.	Corresponsabilizarse y mostrarse respeto mutuo. Consenso.
Empatía	Separar la persona de sus sentimientos.	Incluir el repertorio emotivo como partes de la situación. Libre toma de decisiones.
Libre toma de decisiones	Equilibrar el poder.	Otorgar el liderazgo a los protagonistas del conflicto.

Nota. Tomado de Champo Sánchez (2024).

La escucha activa es fundamental para el facilitador en los procesos restaurativos, puesto que permite a los involucrados expresar sus sentimientos y perspectivas, lo cual ayuda a desactivar tensiones y crear un

ambiente de respeto, que es un componente clave de la justicia restaurativa. El pensamiento creativo abre el conflicto a nuevas soluciones, en lugar de centrarse en la confrontación, se alienta a las partes a considerar diferentes formas de reparar el mal causado, a fin de fortalecer el vínculo familiar por medio de acuerdos cooperativos y constructivos.

Para terminar, es necesario decir, que el facilitador promueve la cooperación, lo cual es fundamental, ya que busca que todas las partes trabajen en conjunto para encontrar una respuesta a su problema. Además, apoya a los involucrados para que validen sus sentimientos y expresen sus emociones, lo cual es indispensable en las relaciones familiares, donde las emociones como el dolor, la ira o la tristeza influyen significativamente en la dinámica del conflicto.

La justicia restaurativa familiar experiencias y buenas prácticas

La justicia restaurativa familiar ha obtenido reconocimiento a nivel global como una alternativa eficaz para tratar los conflictos familiares, teniendo como prioridad la reparación del daño y el fortalecimiento de las relaciones. Este método centrado en escucha activa, la empatía y la cooperación (Costello et al., 2010) se ha puesto en práctica en varias naciones con la finalidad de optimizar la dinámica familiar y disminuir la reincidencia de conflictos. Mediante herramientas como la mediación, los círculos restaurativos y la participación comunitaria, se han obtenido resultados beneficios en la prevención y resolución de conflictos familiares.

Reino Unido

Este país ha incorporado dentro de su legislación a la justicia restaurativa especialmente a través servicios familiares y de protección infantil, lo que ha permitido promover la participación familiar y la resolución colaborativa de controversias (Finnis, 2016). Su implementación en programas como el “equipo alrededor de la familia” —en inglés Team Around the

Family— ha permitido a las familias ser agentes activos en la resolución de sus propios problemas, en lugar de depender exclusivamente de la intervención profesional (Williams, 2019). Sus mayores beneficios incluyen la comunicación, el fortalecimiento de los lazos familiares y la disminución de conflictos en el hogar. Además, este enfoque promueve la práctica basada en relaciones y fortalezas de los participantes, lo que promueve la autonomía y la toma de decisiones informadas. Sin embargo, enfrenta desafíos como la falta de capacitación profesional y la integración en sistemas tradicionales de protección infantil (Scott, 2013). No obstante de aquello, la evidencia sugiere que la justicia restaurativa causa cambios sostenibles, disminuyendo la reincidencia en conflictos y la necesidad de intervenciones invasivas.

Estados Unidos (Chicago, Illinois)

En 2008, la jueza Martha Mills introdujo un innovador programa de justicia restaurativa en el Tribunal de Paternidad y Manutención Infantil del Condado de Cook, Illinois, este programa utilizó el proceso circular como herramienta para abordar y resolver conflictos familiares. Gracias a este enfoque se fomentó la participación activa de los padres, familiares y miembros de la comunidad en la toma de decisiones relacionadas con la crianza y manutención de los hijos, promoviendo así una comunicación más efectiva y reduciendo el litigio. Como resultado, un gran número de controversias se solucionaron fuera del ámbito judicial, lo que permitió disminuir tanto los costos como los tiempos de espera en los procedimientos. Además, esta metodología contribuyó a fortalecer las relaciones familiares y promover la coparentalidad de los responsables, demostrando que la justicia restaurativa tiene potencial de transformar el derecho de familia, ofreciendo alternativas viables a los procesos adversariales tradicionales (Swaim Daicoff, 2015).

Canadá

En esta nación, la justicia restaurativa se ha consolidado como un enfoque normativo en el ámbito del derecho de familia, lo que implica su aceptación y profunda integración en el sistema jurídico del país. En algunos casos, los círculos familiares y las conferencias de justicia restaurativa han sustituido los procedimientos judiciales tradicionales, facilitando así la participación activa de toda la familia y otros miembros de la comunidad en la resolución de conflictos. En contraste con los Estados Unidos, donde estos métodos todavía se encuentran en desarrollo, Canadá ha institucionalizado estos procedimientos, demostrando su eficacia en la disminución de conflictos y en la mejora de la toma de decisiones en el contexto familiar. Como resultado se han logrado acuerdos más sostenibles y una colaboración más estrecha entre los padres, evitando que los niños se conviertan en instrumentos en las disputas familiares (Kohn, 2012). La adopción de estos enfoques ha reforzado la idea de que la justicia restaurativa no solo es viable en el ámbito del derecho de familia, sino que puede representar la mejor solución en numerosos escenarios.

Sudáfrica

En Sudáfrica, la justicia restaurativa en el derecho familiar tiene como fundamento el principio de Ubuntu, que pone de relieve la interconexión entre las personas, la dignidad humana y la reconciliación. La justicia restauradora en el país se manifiesta en prácticas como las mediaciones tradicionales africanas, en la que los conflictos familiares no son decididos por jueces o abogados, sino por integrantes respetados de la sociedad, concretamente ancianos con experiencia y autoridad moral. En discrepancia del modelo occidental, en la que un tercero neutral facilita la mediación, en el país en estudio, los mediadores comunitarios tienen un papel activo en las disputas y en la elaboración de soluciones. Es importante señalar también que en Sudáfrica se da prioridad al bienestar colectivo, por encima de los derechos individuales, fomentando así la armonía

social y promoviendo acuerdos que reflejen valores y necesidades de la generalidad (Boniface, 2012).

Comunidades nativas de América del Norte

Las comunidades nativas de América del Norte han ejercido la justicia restaurativa durante siglos, dando prioridad a la restauración y sanación de relaciones por encima del castigo. Su método denominado *resolución original de conflictos*, persigue el beneficio de la comunidad mediante del diálogo y la reconciliación. Dentro del estado de Arizona, el ministro de justicia Hualapai Joseph Flies-Away, empleo un modelo de jurisprudencia terapéutica que incorporaba elementos emocionales, espirituales y sociales en la justicia tradicional. Dentro de estos juzgados se fomenta la participación de la comunidad en la solución de litigios familiares (Flies-Away y Garrow, 2013).

Experiencias internacionales sobre implementación de programas de justicia restaurativa familiar

La puesta en marcha de programas de justicia restaurativa en el entorno familiar necesita de un marco regulatorio definido que apoye su implementación en disputas del hogar. Estados como Canadá y Reino Unido han instaurado la justicia restaurativa en sus sistemas familiares, facilitando la resolución de conflictos a través de círculos de comunicación y conferencias restaurativas, en vez de procedimientos judiciales de carácter adversarial. Para alcanzar este objetivo es esencial la formación de jueces, abogados, mediadores trabajadores, asegurando que sean capaces de aplicar estos métodos de forma eficaz en la solución de conflictos familiares.

El establecimiento de centros de justicia restaurativa en la comunidad permite que las familias tengan acceso a instrumentos de mediación antes de presentarse a entidades judiciales. Las experiencias exitosas en Chicago, Sudáfrica y comunidades indígenas de América del Norte han evidenciado que la participación de la comunidad, mediante de modelos como Ubuntu

y la resolución original de conflictos, potencia la coexistencia y robustece los vínculos familiares. Asimismo, la incorporación de estos procedimientos en sistemas de protección, como en países de Reino Unido y Nueva Zelanda, ha contribuido a promover la autonomía de las familias en la toma de decisiones y a la prevención de conflictos (Madera et al., 2021).

Otro factor esencial es la implementación de prácticas de restauración tanto en el hogar y en el sistema educativo, promoviendo la comunicación y el respeto recíproco entre los integrantes del núcleo familiar. El uso de círculos familiares y mediación educativa contribuye a que los niños y adolescentes desarrollen capacidades de empatía, responsabilidad y resolución pacífica de conflictos. De este modo, se previene la normalización de violencia y se robustece la dinámica familiar; en este escenario la justicia restaurativa no solo debe restringirse a ser un medio para resolver conflictos, sino también un recurso educativo y preventivo que pueda modificar la forma en que las familias manejan sus dificultades familiares (Swaim Daicoff, 2015).

Para el éxito de estas prácticas, los países mencionados incorporan en sus legislaciones sistemas de monitoreo y evaluación que tienen por objeto medir el impacto de los programas en la disminución de conflictos y en la mejora de la calidad de relaciones familiares. En esta línea de análisis, resulta también fundamental la concientización de la comunidad y la participación de líderes sociales con el propósito de que estas iniciativas sean aceptadas dentro de la sociedad.

Referencias bibliográficas

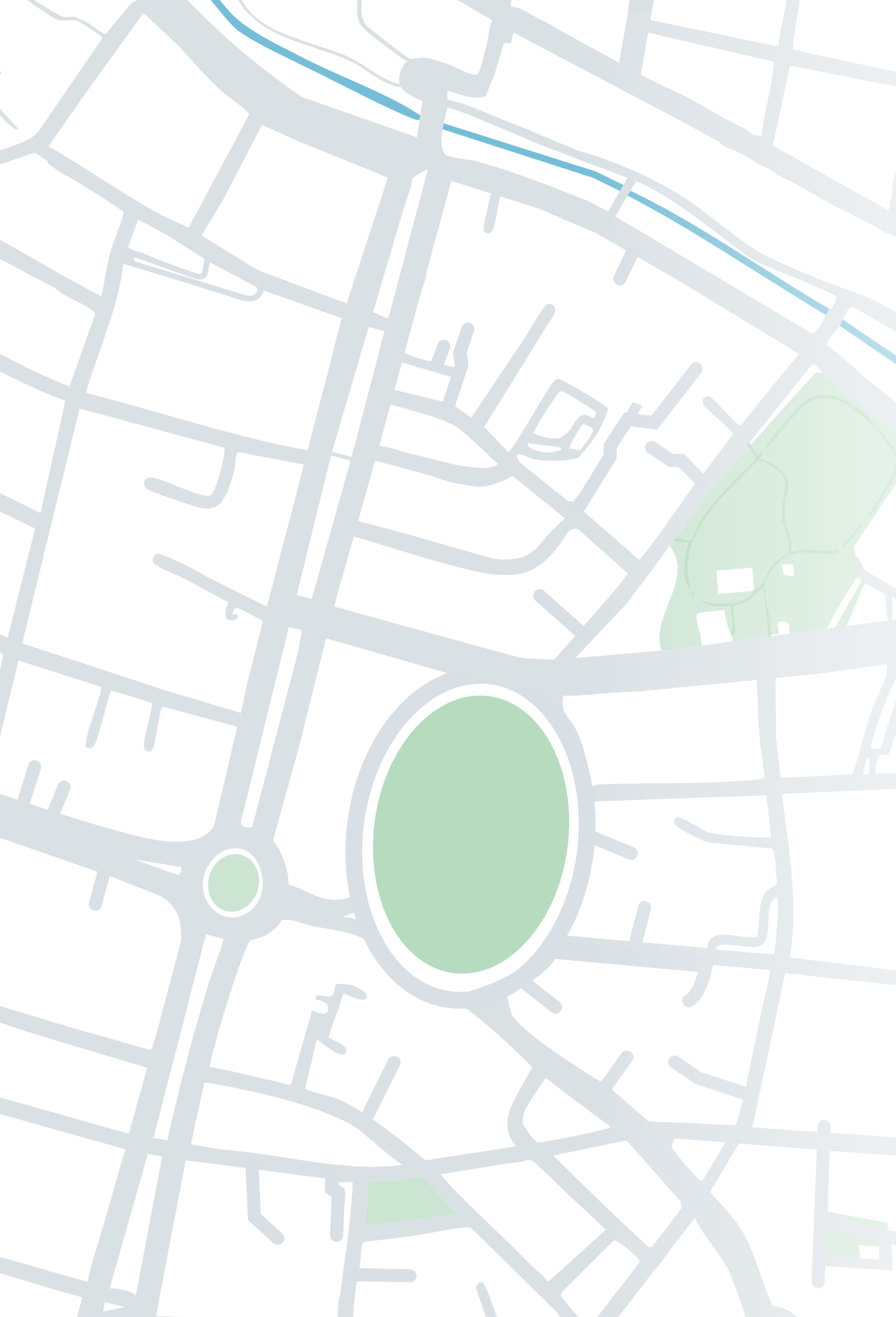
- Bardales Lazcano, E. (2022). *Medios alternos de solución de conflictos y justicia restaurativa*. Editorial Flores.
- Boniface, A. (2012). *African-Style Mediation and Western-Style Divorce and Family Mediation: Reflections for the South African Context*. <https://bit.ly/43XAjbb>

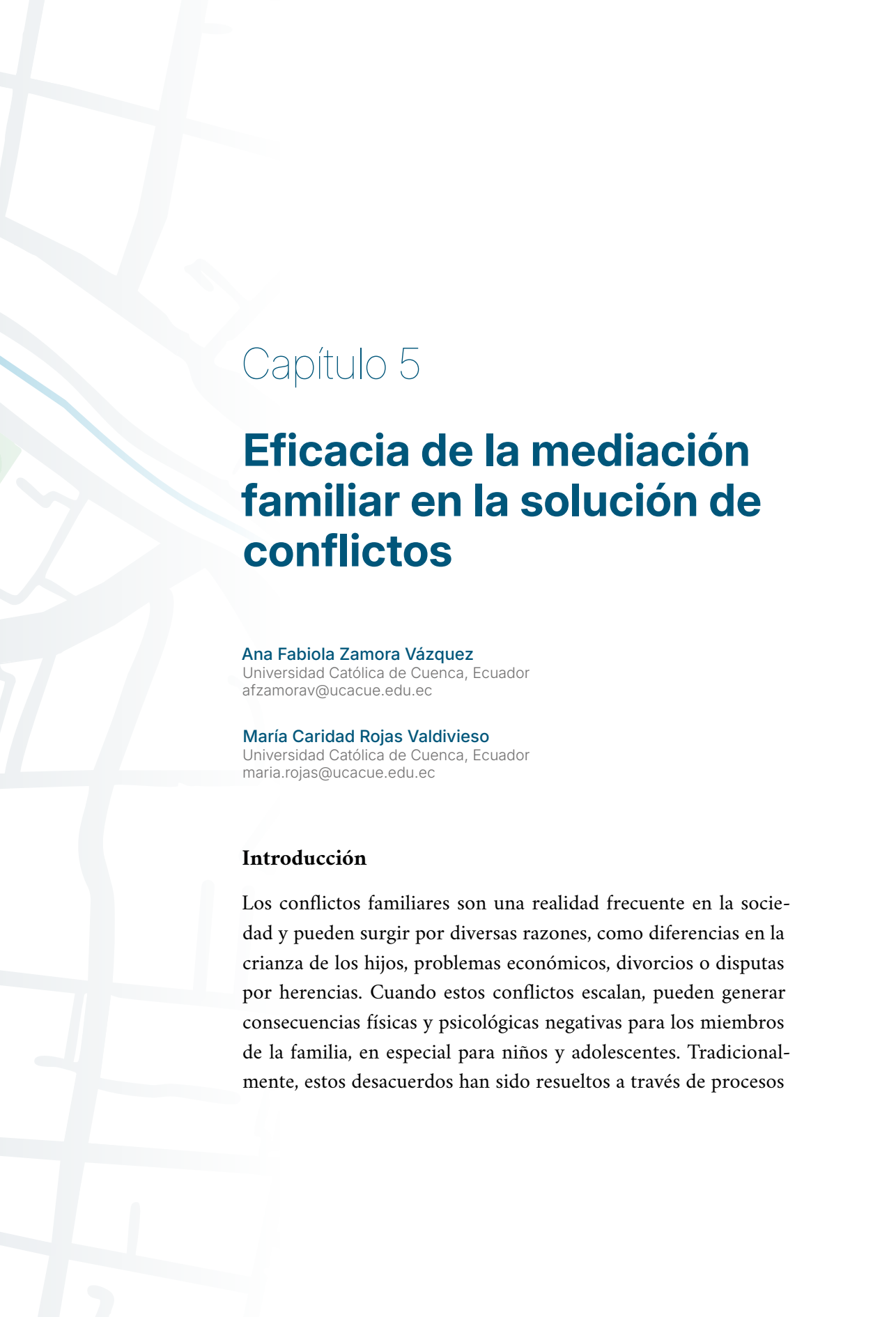
- Champo Sánchez, N. M. (2024). El facilitador de justicia restaurativa. *Criminalia-Academia Mexicana de Ciencias Penales*, 737-748. <https://bit.ly/3YvBQ4t>
- Código de la Niñez y Adolescencia. 3 de enero de 2003. R.O. No. 737 (Ecuador).
- Código Orgánico Integral Penal. 10 de febrero de 2014. R.O. Suplemento No. 180 (Ecuador).
- Consejo de la Judicatura. (2018). *Guía para la aplicación del enfoque restaurativo en la justicia juvenil*.
- Constitución de la República del Ecuador. 20 de octubre de 2008 (Ecuador).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). *Caso González y otras (Campo Algodonero) vs. México. Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. <https://bit.ly/43SwdAX>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile. Sentencia de 24 de febrero de 2012 (Fondo, Reparaciones y Costas)*. <https://bit.ly/4gHUn3O>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2023). *Caso Brisa De Angulo Losada vs. Bolivia (2023). Sentencia de 18 de noviembre de 2022 (Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones)*. Serie C No. 475.
- Costello, B., Wachtel, J., y Wachtel, T. (2010). *Restorative Circles in Schools: Building Community and Enhancing Learning*.
- Finnis, M. (2016). *Towards a restorative city, county, authority or community, restorative justice council*. Restorative Justice Council.
- Flies-Away, J. T. y Garrow, C. (2013). *Healing to Wellness Courts: Therapeutic Jurisprudence*.
- García Barrera, M. E. (2016). Justicia restaurativa y la igualdad de género. En G. J. Gorjón Gómez, *Tratado de Justicia Restaurativa* (p. 273). Tirant lo Blanch.
- Gonzáles Ramírez, I. X. (2013). Justicia restaurativa en violencia intrafamiliar y de género. *Revista de Derecho Valdivia*, 26(2), 219-243. <https://bit.ly/42oNKOQ>

- González Torres, M. (2019). Justicia Restaurativa: una mirada a las necesidades de la víctima, la parte ofensora y la comunicad. *Ciencia Jurídica*, 8(15), 93-108. <https://bit.ly/4i8hpBz>
- Gorjón Gómez, F. J. (2022). *Mediación, su valor intengible y efectos operativos. Una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos*. Tirant lo Blanch.
- Gorjón Gómez, F., y Rodríguez Rodríguez, M. E. (2016). La justicia restaurativa como vía de pacificación social. En G. J. Gorjón Gómez (ed.), *Tratado de justicia restaurativa*. Tirant lo Blanch. <https://bit.ly/44m41qk>
- Gorjón Gómez, G. J. y Saldaña Ramírez, H. S. (2022). La reparación del daño como elemento de la justicia restaurativa en la violencia de pareja dentro del contexto familiar, desde la perspectiva de la Ley General de Víctimas: Caso Nuevo León, México. *Revista de la Facultad de Derecho*, 3-27. <https://bit.ly/43Rv4cR>
- Gorjón, F. (2023). *El poder de la mediación*. Porrúa.
- Harris, C. (2017, 3 de noviembre). *The Power of A Family Circle. Raising World Children*. <https://bit.ly/44rXZV9>
- Kohn, L. (2012). What's so Funny About Peace, Love, and Understanding? Restorative Justice as a New Paradigm for Domestic Violence Intervention. *Legal Studies Research*.
- Madera, W. R., Suzuki, M., Hayes, H., y Bolitho, J. (2021). Roadblocks and Diverging Paths for Restorative Justice in Australia and Aotearoa/ New Zealand. *Comparative Restorative Justice*. <https://bit.ly/4igpJj0>
- Montaño Delgado, M. A. (2022, 29 de junio). Justicia Restaurativa Familiar. *Justicia Restaurativa Familiar*. Calcaterra Conflictología. <https://bit.ly/42Dh4Bs>
- Moran, K. (2017). Restorative Justice: A Look at Victim Offender Mediation. *21st Century Social Justice*. <https://bit.ly/43MNOu7>

- Murillo, P. K., Banchón Cabrera, J. K., y Vilela Pincay, W. E. (2020). El principio de interés superior del Niño en el marco jurídico ecuatoriano. *Universidad y Sociedad*, 385-392. <https://bit.ly/43SKgGO>
- Naciones Unidas. (1979). *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW)*. Resolución 34/180 de la Asamblea General, 18 de diciembre de 1979. <https://bit.ly/3XwInMv>
- Naciones Unidas. (1985). *Las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing, 1985)*. Resolución 40/33 de la Asamblea General, 29 de noviembre de 1985. <https://bit.ly/3RNeUKd>
- Naciones Unidas. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. <https://bit.ly/3G8Kpfq>
- ONU Mujeres. (2024, 25 de noviembre). *ONU Mujeres para todas las mujeres y niñas*. <https://bit.ly/42twJTH>
- Parliamentary Counsel Office. (1989). *Children, Young Persons, and Their Families Act*. Parliamentary Counsel Office.
- Pelayo Arreola, T. Y. (2021). Justicia Restaurativa como factor de integración familiar. *Revista de Investigaciones Universidad del Quindío*, 33(2), 66-70. <https://bit.ly/4jb3f4a>
- Pesqueira Leal, J., y Ortíz Aub, A. (2010). *Mediación Asociativa y cambio social. El arte de lo posible*. Editorial Unison. <https://bit.ly/4jrpxyR>
- Plews, C. (2024, 30 de julio). Differences between restorative justice and family mediation. *The Mint House*. <https://bit.ly/3Rg4B17>
- Restorative Justice Council. (2015). *Principles of restorative practice*. <https://bit.ly/3Eo9MJv>
- Rodríguez Rodríguez, E. (2016). La justicia restaurativa en el marco de los procesos restaurativo: encuentros víctima ofensor. En G. J. Gorrón Gómez (ed.), *Tratado de justicia restaurativa*. Tirant lo Blanch. <https://bit.ly/44m41qk>
- Scott, D. (2013). Working within and between organisations. En F. Arney y D. Scott, *Working with vulnerable families: A partnership approach*. Cambridge University Press.

- Swaim Daicoff, S. (2015). Families in Circle Process: Restorative Justice in Family Law. *Family Court Review*, 427-438. <https://bit.ly/3GmsHF2>
- Swindon Hub for Education. (2025, 1 de marzo). *Restorative Conference Service*. <https://bit.ly/3YqqOxq>
- Trendle, A. (2021). La importancia de las prácticas restaurativas en el derecho de familia. *UIC Law Review*.
- University of Wisconsin-Madison. (2025, 25 de febrero). *About restorative justice*. <https://bit.ly/42t96dL>
- Villavicencio, C. (2022). Modelo de impartición de justicia desde la restauración familiar. *Revista Judicial, Poder Judicial de Costa Rica*, 211-224. <https://bit.ly/4jdlupy>
- Villavicencio, C. (2019, 29 de junio). *La justicia restaurativa aplicada a los conflictos familiares*. IIDEJURE. <https://bit.ly/4jqPbD7>
- Wailling, J., Kooijman, A. y O'Hara, J. (2021). Humanizing harm: Using a restorative approach to heal and. Wiley, 1192-1199. <https://doi.org/10.1111/hex.13478>
- Williams, A. (2019). *Family support services delivered using a restorative approach: A framework for relationship and strengths-based whole-family practice*. Wiley. <https://doi.org/10.1111/cfs.12636>
- Williams, A. y Segrott, J. (2018). Development of a Conceptual Model for Restorative Approach. *Social Policy y Society*, 563-578. <https://doi.org/10.1017/S1474746417000318>
- Zehr, H. (2006). *Pequeño libro de justicia restaurativa*. Good Books.
- Zehr, H. (2023). Entrevista con Howard Zehr, referente de la justicia restaurativa (S. Martínez Domingo y E. Riera Casals, Entrevistadores). En S. Martínez Domingo (coord.), *La cultura del castigo: una mirada crítica* (nro. 41). Instituto Catalán Internacional para la Paz. <https://bit.ly/4lAmk1o>



A faint, light blue background map of Cuenca, Ecuador, showing the city's layout with streets and a river. The map is positioned on the left side of the page, with the title and author information overlaid on it.

Capítulo 5

Eficacia de la mediación familiar en la solución de conflictos

Ana Fabiola Zamora Vázquez

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
afzamorav@ucacue.edu.ec

María Caridad Rojas Valdivieso

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
maria.rojas@ucacue.edu.ec

Introducción

Los conflictos familiares son una realidad frecuente en la sociedad y pueden surgir por diversas razones, como diferencias en la crianza de los hijos, problemas económicos, divorcios o disputas por herencias. Cuando estos conflictos escalan, pueden generar consecuencias físicas y psicológicas negativas para los miembros de la familia, en especial para niños y adolescentes. Tradicionalmente, estos desacuerdos han sido resueltos a través de procesos

judiciales, los cuales, además de ser costosos y prolongados, tienden a profundizar la confrontación entre las partes.

La mediación familiar ha surgido como una alternativa efectiva para asistir a las familias cuando, pese a sus propios recursos y capacidades, no han logrado resolver los conflictos dentro de su dinámica. Su enfoque se centra en fortalecer las relaciones en el presente con una visión a futuro, promoviendo la cooperación para encontrar soluciones satisfactorias para todos los involucrados. Además, busca reemplazar la mentalidad de confrontación basada en el esquema de ganancia y pérdida por un modelo en el que ambas partes resultan ganadoras (Palandri y Luchino, 2023).

El uso de la mediación en el ámbito familiar contribuye a la construcción de relaciones más sanas y armoniosas, permitiendo que los involucrados expresen sus puntos de vista en un espacio seguro y controlado. Además, fomenta el empoderamiento de las partes, quienes participan activamente en la búsqueda de soluciones, en lugar de depender de la imposición de un juez. Desde una perspectiva jurídica y social, la mediación también representa una herramienta valiosa para descongestionar los tribunales, reducir los costos asociados a los litigios y agilizar la solución de disputas. A nivel emocional, permite preservar los vínculos familiares, disminuyendo el impacto negativo que un proceso judicial puede generar en los hijos y demás miembros de la familia.

En este contexto, nuestra interrogante de investigación es ¿en qué medida la mediación familiar constituye una alternativa efectiva y viable para la solución de conflictos, en comparación con el litigio tradicional?, para lo cual vamos a analizar la mediación familiar como un mecanismo alternativo para la solución de conflictos (MASC), evaluando su efectividad, ventajas y desafíos en comparación con el proceso judicial.

En su primera parte, este trabajo de investigación fundamenta el marco teórico y jurídico de la mediación familiar, identificando los principios que la rigen y su aplicación en diferentes contextos. Asimismo, se analizan datos obtenidos a través del Consejo de la Judicatura sobre los

casos presentados en materia de familia, en general, para consecuentemente proponer estrategias para fortalecer el uso de la mediación en la solución de conflictos familiares, promoviendo su eficacia y aceptación en la sociedad.

Generalidades de la mediación como MASC

En la normativa ecuatoriana, la Constitución del Ecuador (2008) contempla: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (art. 190, nro. 1). Así se promueve el uso de la mediación y el arbitraje como medios efectivos de solución siempre que sea legalmente viable.

Por su lado, la Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador (2018) define a la mediación como “un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto” (art. 43). En este sentido, la mediación es un método efectivo y flexible, que promueve acuerdos voluntarios, equitativos y sostenibles en el tiempo. Su éxito radica en la disposición de las partes para dialogar y en la habilidad del mediador para facilitar la negociación, asegurando que el acuerdo final beneficie a ambas partes sin necesidad de recurrir al litigio.

A nivel internacional, la Unión Europea (UE, 2008) propone el siguiente concepto de mediación:

Un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la solución de su litigio con la ayuda de un mediador. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro. (art. 3-a)

La palabra “mediación” procede del latín *medius* o *medium*, que significa “en el medio” (Palandri y Luchino, 2023). La mediación es un proceso

de solución de conflictos basado en la cooperación, donde dos o más partes en disputa reciben el apoyo de un tercero imparcial que facilita el diálogo y ayuda a encontrar, por sí mismos, una solución aceptable para ambas partes. A diferencia de los procesos judiciales, donde un juez impone una decisión, la mediación fomenta la colaboración y el entendimiento mutuo, permitiendo que las partes trabajen juntas en la construcción de acuerdos sostenibles.

El mediador no toma partido ni impone resoluciones, sino que genera un espacio de confianza en el que ambas partes pueden expresarse libremente y explorar alternativas de solución. Este enfoque otorga autonomía a las partes en la toma de decisiones, fortaleciendo su sentido de responsabilidad y compromiso con el acuerdo alcanzado. Además, la mediación ayuda a reducir la tensión emocional, mejorar las relaciones a futuro y evitar largos y costosos procesos judiciales. Su éxito radica en la disposición de las partes para comunicarse y en la habilidad del mediador para guiarlas en la búsqueda de soluciones justas y equilibradas (Parkinson, 2005).

Tipos de conflictos familiares abordados en mediación

La mediación familiar tiene su origen en los Estados Unidos y Canadá, surgió para ayudar a las parejas que se divorciaban y pronto se descubrió su utilidad y eficacia en el tratamiento de muchos otros conflictos familiares y comunitarios (Millet Ripol, 2011). En el ámbito de la mediación familiar, la mayoría de los acuerdos están relacionados con temas como el cuidado de los hijos, el régimen de comunicación, la prestación alimentaria, la atribución del hogar conyugal y la división de bienes. Sin embargo, el recurso a la mediación no se limita únicamente a situaciones de crisis derivadas de un divorcio o separación.

Los conflictos familiares o interpersonales deben comprenderse como procesos dinámicos y acumulativos, en los que una serie de acontecimientos, a menudo distantes en el tiempo y aparentemente superados, pueden resurgir y dar lugar a una disputa abierta. Detrás de cada conflicto existe una

historia que explica su evolución, y rara vez se origina en un único evento aislado. Si bien es cierto que en muchas ocasiones una situación concreta actúa como el detonante inmediato, un análisis más profundo revela que el conflicto es el resultado de múltiples factores acumulativos, que en conjunto conducen al momento crítico en el que la disputa se hace evidente.

Los conflictos familiares presentan características particulares que los hacen especialmente complejos. Entre ellas, el profundo conocimiento que tienen las partes sobre las vulnerabilidades del otro, lo que puede intensificar la confrontación; la divergencia en las percepciones y en la interpretación de una misma realidad; la distancia emocional y la falta de empatía generada por trayectorias vitales distintas; así como la frustración derivada de expectativas no cumplidas y proyectos personales que no se materializaron. En muchos casos, estas expectativas poco realistas reflejan un desconocimiento tanto de sí mismo como del otro, lo que agrava aún más la disputa.

Desde una perspectiva jurídica es fundamental abordar estas disputas con una visión integral, que no solo se limite al hecho desencadenante, sino que analice los factores subyacentes que han alimentado el conflicto con el tiempo. La mediación familiar, en este contexto, se presenta como un mecanismo idóneo para facilitar el diálogo, restaurar la comunicación y permitir que las partes encuentren soluciones consensuadas, reduciendo la carga emocional y evitando la prolongación del litigio en instancias judiciales (Álvarez Torres et al., 2013).

En Ecuador, el acta de mediación posee un carácter vinculante similar al de una sentencia judicial, ya que goza de los efectos de cosa juzgada y de sentencia ejecutoriada en última instancia. Esto significa que, una vez que un asunto ha sido sometido a mediación y resuelto mediante un acuerdo, no puede volver a ser tratado por la vía judicial (Ponce Albuquerque, 2017). En caso de que una de las partes intente presentar una demanda sobre un tema previamente resuelto en mediación y exista identidad objetiva, subjetiva y causal, el juez deberá considerar la existencia del acuerdo

como una excepción previa, de acuerdo con la normativa procesal ecuatoriana, que establece: “Excepciones previas. Solo se podrán plantear como excepciones previas las siguientes: Existencia de convenio, compromiso arbitral o convenio de mediación” (COGEP, 2018, art. 153, nro. 10). Sin embargo, en el ámbito del derecho de familia, este principio presenta una importante excepción. Los acuerdos alcanzados mediante mediación en casos de tenencia, régimen de visitas, pensión alimenticia y patria potestad no pueden considerarse definitivos ni inmutables, dado que la realidad familiar es dinámica y cambiante. Por esta razón, los jueces pueden revisar y modificar estos acuerdos cuando las circunstancias lo ameriten amparados en “el interés superior del niño”.

Si bien esta flexibilidad responde a la naturaleza particular de los conflictos familiares, también genera un riesgo de abuso de este mecanismo. En algunos casos, las partes utilizan estratégicamente la mediación para alcanzar acuerdos favorables en un determinado momento, solo para acudir posteriormente a la vía judicial con el fin de modificar lo convenido en busca de mejores condiciones. Estas situaciones desnaturalizan la mediación, afectando su seguridad jurídica y estabilidad como MASC (Ponce Alburquerque, 2017). Por esta razón, es necesario que los jueces examinen con rigurosidad la excepción previa de existencia de un convenio de mediación, asegurando que cualquier modificación posterior de los acuerdos obedezca a cambios sustanciales en las circunstancias familiares y no a un uso oportunista del sistema. El equilibrio entre la flexibilidad del derecho de familia y la seguridad jurídica de la mediación es esencial para garantizar que este mecanismo siga siendo una vía eficaz y confiable para la solución de conflictos.

Respecto a los divorcios, antes de tomar la decisión definitiva de separarse, es fundamental que la pareja haga una pausa en su conflicto, analice su situación y evalúe si la disolución del vínculo es realmente la mejor y única salida. La mediación familiar, cuando se solicita antes de iniciar un proceso judicial, brinda a los cónyuges la oportunidad de reflexionar

sobre todas las posibilidades y consecuencias de su decisión, permitiéndoles considerar alternativas antes de reorganizar su estructura familiar. No se puede descartar que, a través de un análisis profundo y un reajuste en los roles y dinámicas dentro de la relación, sea posible la continuidad del vínculo matrimonial (García, 2013).

Este enfoque no solo favorece una toma de decisiones más consciente, también evita que la pareja traslade automáticamente su conflicto al ámbito judicial, donde la relación familiar puede reducirse a un simple expediente legal. La mediación permite que los cónyuges asuman la responsabilidad sobre su futuro, en lugar de delegarla completamente en un tribunal, humanizando el proceso y evitando que el drama familiar se transforme en un conjunto de documentos despersonalizados (San Juan Armas y Sánchez Durán, 1995).

Además, en las disputas familiares, no solo están en juego los derechos e intereses de las partes involucradas, sino también un interés público, ya que el bienestar de la familia impacta directamente en la estructura y estabilidad de la sociedad. El Estado tiene un papel activo en la protección de la familia, al ser esta la base fundamental de la comunidad. Por ello, la mediación no solo actúa como un MASC, sino también como una herramienta de prevención, permitiendo soluciones más equilibradas y sostenibles en el tiempo, que trascienden el ámbito individual y contribuyen al fortalecimiento del tejido social.

Los beneficios de la mediación familiar en la dinámica parental

Diversas investigaciones han evidenciado los múltiples beneficios de la mediación familiar, tanto para los padres como para los hijos (Mejías Gómez, 2002). Este mecanismo favorece la reducción del nivel de conflicto, fomenta la cooperación y mejora la comunicación entre las partes involucradas. Como resultado, se logra un alto porcentaje de acuerdos satisfactorios y se preserva la relación entre los progenitores, así como el

vínculo afectivo entre estos y sus hijos, lo que resulta fundamental para el bienestar emocional de los menores.

Uno de los aspectos más relevantes de la mediación es que promueve la corresponsabilidad parental, permitiendo que ambos progenitores continúen ejerciendo un rol activo en la vida de sus hijos. Al proporcionar un espacio de diálogo estructurado y guiado por un mediador imparcial, se facilita la construcción de acuerdos equitativos que garantizan el derecho de los niños a mantener una relación cercana y afectuosa con ambos padres, incluso después de la separación o el divorcio (Matheson, 1995).

Desde una perspectiva jurídica y social, la mediación no solo actúa como una alternativa eficaz al litigio en conflictos familiares, sino que también previene disputas futuras, disminuye la carga emocional del proceso y contribuye al fortalecimiento de la convivencia post separación. Su enfoque colaborativo permite que las partes asuman un rol más activo en la toma de decisiones, evitando la judicialización innecesaria de cuestiones que pueden resolverse mediante el diálogo y el entendimiento mutuo.

El rol de los hijos en la mediación familiar: escuchar sin responsabilizar

Mastropaolo (2001) subraya la importancia de involucrar a los hijos en la primera sesión de mediación familiar, junto con sus progenitores, con el objetivo de liberarlos de la carga emocional que supone encontrarse en medio del conflicto. Esta participación tiene varias finalidades clave: en primer lugar, permite evaluar el impacto que la separación de los padres está teniendo sobre ellos, brindando un espacio donde puedan expresar sus emociones y preocupaciones. En segundo lugar, genera un efecto de resonancia en los padres, ayudándolos a tomar conciencia de cómo la situación afecta a sus hijos y promoviendo una mayor sensibilidad y responsabilidad en la toma de decisiones.

Además, incluir a los hijos en este proceso ofrece una visión más completa del contexto familiar, lo que facilita la identificación de factores

que pueden influir en la adaptación al proceso de separación. Asimismo, informar a los menores sobre la mediación como una vía alternativa y pacífica a la confrontación judicial les transmite un mensaje positivo, demostrando que sus padres han optado por un método basado en el respeto y el diálogo en lugar de un litigio desgastante.

No obstante, es fundamental que la participación de los hijos en la mediación se realice bajo un principio claro: su derecho a ser escuchados no debe traducirse en una carga de responsabilidad sobre las decisiones que tomen sus padres. Los mediadores deben asegurarse de que los menores comprendan que su opinión es valiosa, pero que el rumbo del proceso sigue siendo una responsabilidad exclusiva de los adultos. De esta manera, se evita que los hijos se sientan obligados a tomar partido o a cargar con el peso de la separación, protegiendo su bienestar emocional en un momento crucial de sus vidas.

Análisis de la mediación familiar en el Ecuador

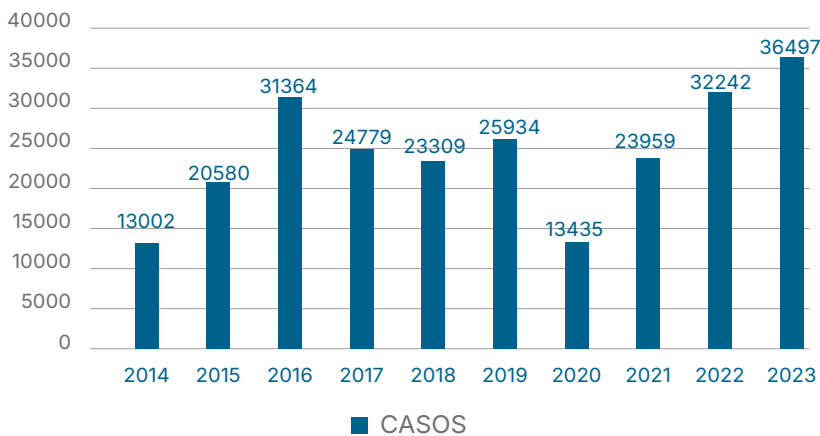
Nuestro estudio adopta un enfoque mixto, combinando el análisis cualitativo y cuantitativo para ofrecer una visión integral sobre la mediación familiar en Ecuador. La investigación cualitativa se fundamenta en el teórico y doctrinal del derecho de familia y los MASC, mientras que la parte cuantitativa se basa en los datos obtenidos del Consejo de la Judicatura. El nivel de profundidad de este trabajo es descriptivo, pues busca caracterizar la mediación familiar como un mecanismo eficaz de solución de conflictos, identificando sus ventajas, desafíos y el impacto que ha tenido en la dinámica familiar y en el sistema de justicia.

En lo procedimental, empleamos el método dogmático jurídico, que se orienta a la explicación y sistematización del derecho positivo relacionado con la mediación familiar, analizando las normativas aplicables, su interpretación y su alcance en la práctica jurídica (Pereznieto Castro, 2019). Este método permite una aproximación normativista, sin dejar de lado la importancia de la mediación en el marco del derecho de familia

y su aplicación dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano. También usamos el método exegético, que permite interpretar y aplicar las normas e instituciones jurídicas vinculadas con la mediación familiar, tanto en su dimensión sustantiva como procesal. A través de este método se examina el actuar de los organismos judiciales y de los operadores jurídicos en la implementación de la mediación como MASC (Martínez Montenegro, 2023). Finalmente, recurrimos al método analítico-sintético para descomponer y estudiar los diferentes elementos que conforman la mediación familiar y, posteriormente, integrarlos en un enfoque holístico, para comprender la interrelación entre la normativa, la práctica judicial y los datos estadísticos recopilados. Este método permite contextualizar la mediación dentro del sistema de justicia y evaluar su impacto en la reducción de la litigiosidad en conflictos familiares (Martínez Montenegro, 2023).

Figura 1

Casos de mediación en materia familiar en Ecuador



Nota. Elaborado a partir de los datos del Consejo de la Judicatura.

La evolución del número de casos en materia de familia en Ecuador entre 2014 y 2023 muestra una tendencia fluctuante, influenciada por diversos factores sociales, económicos y jurídicos. En los primeros años

analizados, se observa un incremento sostenido en los casos, pasando de 13 002 en 2014 a 31 364 en 2016, lo que representa un aumento de más del 140 %. Este crecimiento puede deberse a una mayor judicialización de los conflictos familiares, impulsada por el crecimiento poblacional, el aumento de disputas por tenencia, alimentos, régimen de visitas y patria potestad, y una mayor accesibilidad a la justicia. Sin embargo, entre 2017 y 2019, los casos comenzaron a disminuir, situándose en 24 779 en 2017, 23 309 en 2018 y 25 934 en 2019, lo que quizás podría explicarse por la aplicación de políticas públicas de prevención, aunque podrían existir otros factores más influyentes.

En 2020 se registró una caída drástica relacionada con la pandemia por COVID-19, que limitó el acceso a los tribunales, retrasó los procedimientos y priorizó asuntos urgentes. Sin embargo, a partir de 2021, se observa un aumento significativo con un máximo histórico de 36 497 casos en 2023. Este aumento responde a la acumulación de conflictos no gestionados durante la pandemia, a la reactivación de procesos judiciales y a la mayor concienciación sobre los derechos de familia.

Desde una perspectiva jurídica y sociológica, el incremento en la conflictividad puede explicarse por factores como la crisis económica, el desempleo y los cambios en la dinámica familiar, que aumentan las disputas por pensiones alimenticias y distribución de bienes. Además, la modernización de los procesos judiciales y el uso de herramientas digitales facilita la presentación de demandas. Asimismo, es relevante el impacto de la pandemia, que exacerbó las tensiones familiares, aumentando las separaciones y disputas posconfinamiento.

Este crecimiento plantea desafíos para el sistema judicial ecuatoriano, ya que un aumento en la litigiosidad puede derivar en sobrecarga de los juzgados, retrasando la solución de los conflictos y afectando el acceso a la justicia. Frente a esta realidad, se vuelve imprescindible fortalecer los MASC, especialmente la mediación familiar, como un recurso eficiente para evitar la judicialización innecesaria. La mediación permite agilizar la solución de

controversias, minimizar el impacto emocional en los hijos, reducir costos procesales y garantizar acuerdos personalizados y sostenibles adaptados a la realidad de cada familia.

El análisis de estos datos evidencia la complejidad y la importancia de gestionar los conflictos de manera eficiente y humana. Si bien el aumento en la litigiosidad puede reflejar un mayor acceso a la justicia, también pone en evidencia la necesidad de consolidar políticas públicas que fomenten la mediación y la conciliación familiar como mecanismos efectivos para resolver disputas. La modernización del sistema judicial y la promoción de una cultura de diálogo son fundamentales para garantizar soluciones justas, ágiles y sostenibles en beneficio de las familias ecuatorianas.

Oportunidades y desafíos de la mediación familiar en el Ecuador

La mediación familiar ha sido ampliamente reconocida como un mecanismo efectivo para la solución pacífica de disputas, en especial aquellas relacionadas con la dinámica de la familia tras un divorcio o separación. Como señala García (2013), la mediación no solo busca un acuerdo entre las partes, también fomenta el diálogo, la corresponsabilidad parental y la preservación de los vínculos afectivos, en especial cuando hay hijos en común. A lo largo de la última década, en Ecuador se ha observado un incremento en los conflictos familiares, lo que plantea la necesidad de reforzar los MASC para evitar la sobrecarga del sistema judicial y garantizar soluciones más humanas y sostenibles.

Desde la perspectiva doctrinal, Palandri y Luchino (2023) sostienen que la mediación familiar no solo reduce el nivel de conflictividad entre las partes, sino que permite que los involucrados asuman un rol activo en la construcción de acuerdos, en lugar de delegar la solución del conflicto a un juez. A diferencia del proceso judicial, que muchas veces agrava las tensiones entre las partes, la mediación se centra en la búsqueda de soluciones basadas en la cooperación y el entendimiento mutuo.

La teoría del enfoque ganar-ganar de Fisher y Ury (1981) es clave en este aspecto, ya que propone que, en un conflicto, es posible alcanzar acuerdos equitativos sin que una de las partes deba salir perjudicada. Sin embargo, aunque la mediación se presenta como una solución efectiva, existen desafíos que no pueden ser ignorados. En el Ecuador, el principio de “cosa juzgada” se aplica a los acuerdos de mediación, dotándolos de fuerza ejecutoria similar a la de una sentencia judicial. No obstante, en asuntos de familia, esta regla tiene excepciones, especialmente en temas de tenencia, visitas, alimentos y patria potestad. Así, la flexibilidad de la mediación en estos casos, aunque necesaria, puede ser utilizada por una de las partes para modificar acuerdos previamente alcanzados, generando un riesgo de abuso del sistema (García Bacete et al., 2010).

Uno de los aspectos más relevantes de la mediación es su impacto en los hijos. Según García (2013), este mecanismo evita que los menores sean utilizados como instrumentos de disputa entre sus progenitores, permitiéndoles percibir a sus padres como aliados en la toma de decisiones sobre su futuro. La mediación les ofrece estabilidad emocional al reducir la incertidumbre sobre su futuro familiar, ayudándolos a entender la separación como una reconfiguración de su núcleo familiar y no como una pérdida absoluta de uno de sus progenitores.

Además, García Bacete et al. (2010) defienden la importancia de incluir a los hijos en la mediación desde la primera sesión, con el fin de evaluar su bienestar y evitar que sean ubicados en el centro del conflicto. No obstante, advierten que su participación debe darse bajo un principio fundamental: los niños tienen derecho a ser escuchados, pero no deben ser responsables de las decisiones que tomen sus padres. En este sentido, el interés superior del niño, consagrado en los tratados internacionales y en la Constitución ecuatoriana, debe prevalecer en cualquier proceso de mediación familiar.

Desde una perspectiva institucional, la mediación familiar representa una ventaja significativa para la Administración de Justicia, ya que reduce la

carga de trabajo en los tribunales y optimiza los recursos estatales. Como argumentan García Bacete et al. (2010), este mecanismo permite una gestión más eficiente de los conflictos, disminuyendo el número de denuncias y procesos contenciosos. Además, al fomentar la autocomposición del conflicto, los acuerdos alcanzados tienden a ser más duraderos, reduciendo la necesidad de futuras intervenciones judiciales.

Otro aspecto relevante es que la mediación contribuye a mejorar la percepción de la ciudadanía respecto del sistema judicial. En muchas ocasiones, los litigios prolongados generan una sensación de desgaste y desconfianza en la justicia, mientras que la mediación, al ofrecer soluciones rápidas y efectivas, refuerza la confianza en el sistema judicial. En este sentido, Palandri y Luchino (2023) afirman que la mediación es clave para fortalecer el tejido social, ya que promueve una cultura de paz y diálogo, en contraposición a la confrontación judicial.

A pesar de sus múltiples beneficios, la mediación familiar enfrenta desafíos que deben ser abordados para garantizar su eficacia. En primer lugar, es fundamental fortalecer la formación y capacitación de los mediadores, asegurando que cuenten con herramientas adecuadas para gestionar disputas de alta complejidad. En segundo lugar, es necesario ampliar la difusión de la mediación como una alternativa viable a la judicialización, ya que muchas personas aún desconocen su existencia o desconfían de su efectividad.

Asimismo, es importante que la mediación no sea utilizada como un mecanismo dilatorio o manipulativo por alguna de las partes, sino como un verdadero espacio de diálogo y construcción de acuerdos equitativos. En este sentido, el sistema judicial debe establecer criterios claros para determinar cuándo un acuerdo de mediación puede ser revisado, garantizando que cualquier modificación posterior responda a cambios sustanciales en las circunstancias familiares y no a estrategias procesales oportunistas.

La mediación familiar ha demostrado ser un mecanismo esencial para la solución pacífica de conflictos, con beneficios significativos para los

progenitores, los hijos y el sistema judicial. Su enfoque basado en el diálogo y la cooperación permite alcanzar acuerdos más sostenibles, preservando la estabilidad emocional de la familia y reduciendo la carga sobre los tribunales. Sin embargo, su aplicación requiere una supervisión adecuada y una regulación clara para evitar su uso abusivo o estratégico.

Fortalecer la mediación a través de políticas públicas y estrategias de concienciación social es la base para consolidar una cultura de solución pacífica de disputas, en la que las familias puedan encontrar soluciones justas y duraderas sin recurrir al litigio adversarial. Como afirman Palandri y Luchino (2023), la mediación no solo resuelve conflictos, sino que transforma la manera en que las personas enfrentan y gestionan sus diferencias, promoviendo una convivencia más armoniosa y equilibrada en la sociedad.

En Ecuador, los conflictos familiares constituyen una de las problemáticas más recurrentes dentro del sistema judicial, lo que evidencia la necesidad de reforzar y promover la mediación como una alternativa efectiva a la judicialización. La mediación familiar no solo ofrece una vía más rápida y menos confrontativa para la solución de conflictos, sino que también garantiza el bienestar de los hijos y la estabilidad emocional de las familias.

Uno de los principales beneficios de la mediación es su capacidad para fortalecer la “corresponsabilidad parental” (Constitución, 2008, art. 83 nro. 16). Donoso Díaz y Llona Rodríguez (2013) recalcan que este mecanismo permite a los progenitores diferenciar el problema de la persona, reduciendo el nivel de involucramiento emocional que muchas veces interfiere en la toma de decisiones. En este sentido, la mediación funciona como un espacio de reestructuración del vínculo parental, donde los padres pueden construir una historia consensuada para sus hijos, evitando la victimización y culpabilización mutua. Además, permite que niños y adolescentes no queden atrapados en el conflicto de sus progenitores, protegiéndolos de la triangulación emocional y garantizando su derecho a mantener relaciones equilibradas con ambos padres.

Para fortalecer la mediación en Ecuador es fundamental que el Estado implemente medidas concretas, tales como la institucionalización obligatoria de la mediación previa a los litigios familiares, la formación y capacitación de mediadores con enfoque en conflictos familiares y el desarrollo de campañas de sensibilización para la población sobre los beneficios de este mecanismo. Como sugieren Donoso Díaz y Llona Rodríguez (2013), el mediador debe desempeñar un rol activo en la facilitación del diálogo, guiando a las partes hacia acuerdos equitativos y realistas que reflejen las verdaderas necesidades del grupo familiar.

Conclusiones

La mediación familiar se ha consolidado como una herramienta fundamental para la solución de conflictos, promoviendo el diálogo, la corresponsabilidad y la construcción de acuerdos sostenibles sin necesidad de recurrir a la vía judicial. Su aplicación ha demostrado ser altamente beneficiosa, tanto para los progenitores como para los hijos, permitiendo reducir el nivel de confrontación y favorecer una reorganización familiar menos traumática tras una separación o divorcio. A diferencia del proceso contencioso, la mediación evita la imposición de soluciones externas, permitiendo que las partes sean protagonistas de la toma de decisiones sobre su propio futuro.

Desde la perspectiva de los hijos, la mediación juega un rol esencial al garantizar su derecho a mantener una relación sana y estable con ambos progenitores. Al evitar que los niños sean utilizados como herramientas en la disputa, se minimizan los efectos negativos que los conflictos familiares pueden generar en su desarrollo emocional y psicológico. Además, el proceso de mediación les permite recibir información clara y progresiva sobre los cambios en la estructura familiar, reduciendo la incertidumbre y el estrés asociados a la separación de sus padres.

Para el sistema de justicia, la mediación representa una estrategia efectiva para la optimización de recursos y la reducción de la carga procesal

en los juzgados. Su implementación ha permitido disminuir la judicialización innecesaria de disputas familiares, reservando la vía contenciosa únicamente para aquellos casos donde la mediación no es viable o no se logra un acuerdo satisfactorio. Sin embargo, el sistema judicial debe garantizar que los acuerdos alcanzados mediante mediación sean respetados y evitar su uso estratégico por alguna de las partes para obtener ventajas procesales.

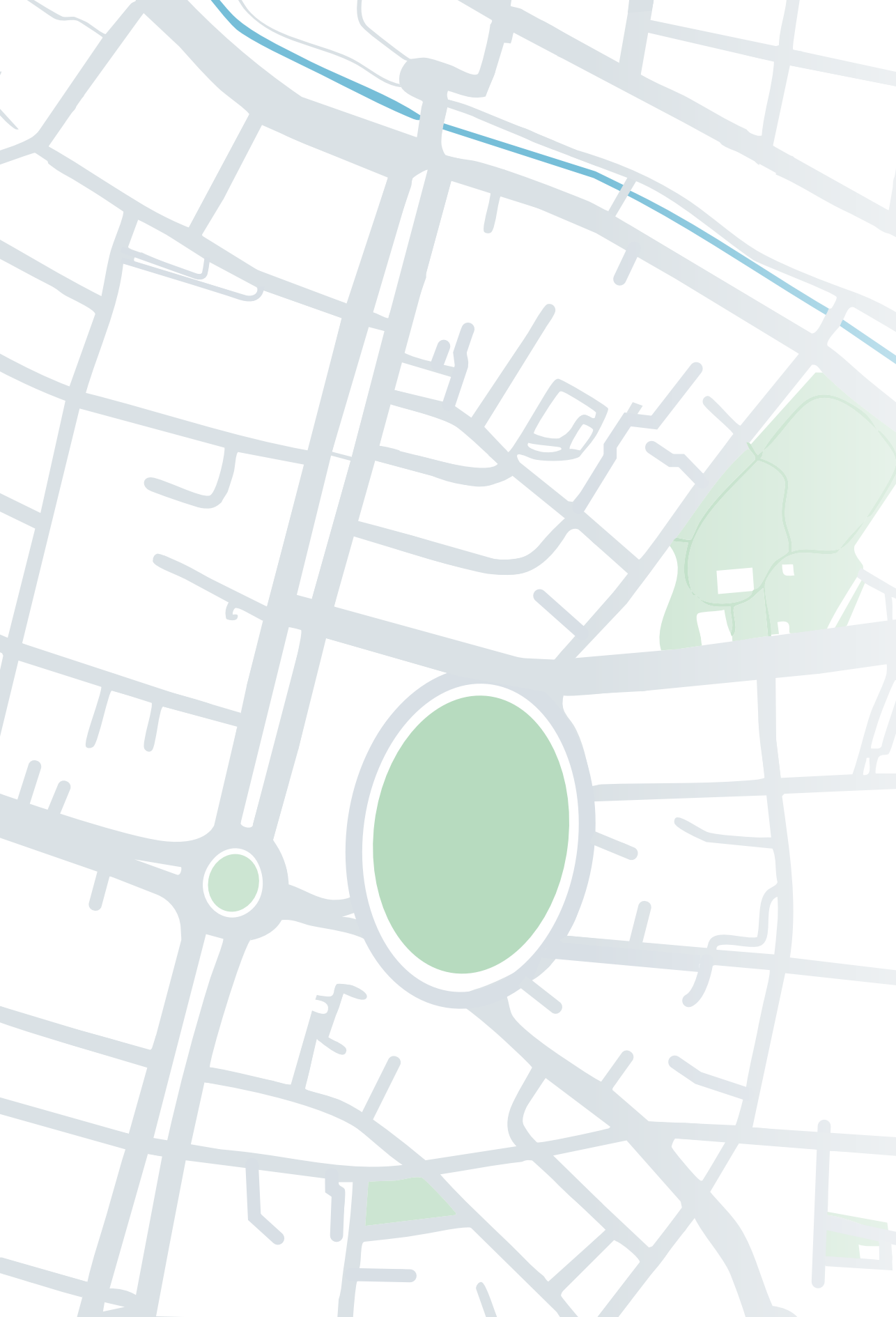
A pesar de sus múltiples beneficios, la mediación enfrenta desafíos que deben ser atendidos para fortalecer su eficacia. Es fundamental ampliar la formación de los mediadores, difundir la mediación como un recurso accesible y confiable para la ciudadanía, y establecer regulaciones claras que garanticen su correcto uso. Además, es necesario equilibrar la flexibilidad del derecho de familia con la seguridad jurídica de los acuerdos alcanzados, evitando su modificación arbitraria sin una causa justificada.

En conclusión, la mediación familiar no solo representa un MASC, sino también una oportunidad para transformar la forma en que las familias gestionan sus diferencias. Su éxito radica en la capacidad de generar acuerdos justos y equitativos, priorizando el bienestar de los menores (Pereznieto Castro, 2019) y fomentando una cultura de diálogo y cooperación. Para su consolidación, es imprescindible el compromiso tanto del Estado como de la sociedad en su promoción y fortalecimiento, asegurando que las familias encuentren en este mecanismo una vía efectiva para resolver sus conflictos de manera pacífica, justa y sostenible.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Torres, M., Duplá Marín, T., y Marí Puget, E. (2013). *Mediación familiar: aspectos teóricos, jurídicos y psicosociales*. Dykinson.
- COGEP. (2018). *Código Orgánico General de Procesos*. Registro Oficial nro. 506 del 22 de mayo de 2015, última modificación el 21 de agosto de 2018.
- Constitución Política del Ecuador*. (2008). Registro Oficial nro. 449.

- Donoso Díaz, M., y Llona Rodríguez, S. (2013). *Mediación familiar: conflictos severos posdivorcio: relatos de casos*. Espacio Editorial.
- García Bacete, F. J., Gomis Bru, C., y Vaquer Chiva, A. V. (2010). *Intervención y mediación familiar*. Universitat Jaume I.
- García, L. (2013). *Mediación familiar: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*. Dykinson.
- Ley de Arbitraje y Mediación*. (2018). Registro Oficial nro. 417 de 14 de diciembre de 2006, última modificación el 21 de agosto de 2018.
- Martínez Montenegro, I. (2023). Sobre los métodos de la investigación jurídica. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 14(1). <http://dx.doi.org/10.7770/rchdcp-v14n1-art312>
- Mastropaolo, L. (2001). *Formació, habilitat i ètica del mediador, La Mediació familiar, Justícia i societat-23*. Centre d'Estudis Jurídics.
- Matheson, S. (1995). *Family Mediation in Scotland*. Iuris.
- Mejías Gómez, J. (2002). *Mediación familiar: sistema complementario y alternativo a la vía judicial*. Deliberación, Asociación Profesional de la Magistratura.
- Millet Ripol, A. (2011). *Estrategias de mediación en asuntos familiares*. Reus.
- Palandri, E., y Luchino, G. (2023). *Mediación familiar*. Alveroni Ediciones.
- Parkinson, L. (2005). *Mediación familiar*. Gedisa.
- Pereznieto Castro, L. (2019). La dogmática jurídica, con especial referencia al derecho internacional privado. *Revista Derecho Privado*, 6(16), 131-167. <https://bit.ly/3XWnudo>
- Ponce Alburquerque, J. (2017). *Familia, conflictos familiares y mediación*. Reus.
- San Juan Armas, M., y Sánchez Durán, A. (1995). *Aspectos jurídicos de la mediación familiar*. AIEEF.
- UE. (2008, 21 de mayo). Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Diario Oficial de la Unión Europea*, 3-8. <https://bit.ly/43QheaM>



Capítulo 6

Mediación en el trabajo: cómo la mediación puede mejorar el clima laboral y resolver conflictos entre empleados y empleadores de manera efectiva

Cristian Hernán Pulla Castillo

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
cpullac@ucacue.edu.ec

Luis Santiago Calle López

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
lcallel@ucacue.edu.ec

Introducción

En el entorno laboral contemporáneo, las organizaciones se enfrentan a una amplia gama de desafíos que surgen de la interacción entre empleados y empleadores, la gestión de equipos diversos y

la administración de relaciones laborales en constante evolución. A medida que las empresas se adaptan a nuevas realidades, como los cambios tecnológicos, la globalización y la creciente importancia de la diversidad en el lugar de trabajo, los conflictos laborales se han vuelto inevitables en muchos casos. Estas disputas, si no se gestionan adecuadamente, pueden tener un impacto negativo en la moral de los empleados, la productividad de la organización y, en última instancia, en la rentabilidad y sostenibilidad de la empresa.

En este contexto, la mediación ha emergido como una herramienta clave para la resolución de conflictos y la mejora del clima organizacional. La mediación laboral se presenta como una alternativa eficaz a los enfoques más tradicionales de resolución de conflictos, como el arbitraje o el litigio. A diferencia de estos métodos, que tienden a ser adversariales y pueden generar divisiones profundas entre las partes involucradas; la mediación es un proceso colaborativo y constructivo que se basa en la comunicación, el entendimiento mutuo y la búsqueda conjunta de soluciones.

Esta metodología promueve un enfoque centrado en el diálogo, lo que permite que las partes en conflicto lleguen a acuerdos que benefician a todos, evitando que la disputa se convierta en una barrera para el desarrollo organizacional y el bienestar de los empleados.

El presente texto busca explorar cómo la mediación puede ser implementada de manera eficaz en el lugar de trabajo, brindando un espacio donde empleados y empleadores pueden expresar sus inquietudes, comprender mejor las perspectivas del otro y encontrar soluciones mutuamente satisfactorias.

En primer lugar, se abordarán los principios fundamentales de la mediación y cómo estos pueden ser aplicados dentro de las organizaciones para mejorar las relaciones laborales. A continuación, se analizarán los beneficios que la mediación ofrece tanto a los empleados como a los empleadores, destacando como su implementación puede transformar un ambiente de trabajo tenso en uno más armónico, eficiente y productivo.

Además, se discutirá cómo la mediación puede contribuir a la construcción de una cultura organizacional más inclusiva, donde se promueva la equidad, confianza y colaboración. En un entorno laboral donde las expectativas y demandas están en constante cambio, la mediación no solo resuelve conflictos, sino que también fomenta un ambiente de trabajo más saludable y resiliente. Los estudios de caso y ejemplos prácticos ayudarán a ilustrar como la mediación ha sido exitosa en diversas organizaciones, demostrando su efectividad no solo en la resolución de conflictos, sino también en la mejora de la satisfacción y el compromiso de los empleados. Finalmente, se discutirán algunos de los desafíos que pueden surgir en el proceso de mediación y como las organizaciones pueden superarlos para garantizar una implementación exitosa. Al comprender los beneficios, principios y desafíos de la mediación, las empresas estarán mejor equipadas para utilizar esta herramienta como un recurso valioso en la gestión de sus equipos, contribuyendo a un entorno laboral más productivo, colaborativo y respetuoso.

Definición de la mediación en el ámbito laboral

La mediación es un proceso estructurado de resolución de conflictos en el que un tercero imparcial, conocido como el mediador, facilita la comunicación y el entendimiento entre las partes en disputa, con el objetivo de que lleguen a una solución que sea mutuamente aceptable. En este proceso, el mediador actúa como un facilitador neutral, sin tomar partido ni influir en la decisión final, sino orientando a las partes para que puedan expresar sus puntos de vista y explorar opciones de resolución que beneficien a ambas partes involucradas. A diferencia de otros métodos de resolución de conflictos, como el arbitraje o la litigación, donde un tercero impone una decisión final, la mediación permite que las partes mantengan el control sobre el resultado, lo cual aumenta la probabilidad de una resolución duradera y satisfactoria (Moore, 2014).

Para poder entender la posición de cada una de las partes, la imparcialidad para evitar brindar ventajas a alguna de las partes y confidencialidad para mantener una relación de confianza entre las partes y poder realizar un trabajo óptimo, generando y escuchando alternativas que permitan resolver el conflicto. (Díaz, 2022)

En el contexto laboral, la mediación es relevante por la diversidad de conflictos que pueden surgir en las relaciones entre empleados y empleadores, así como entre los propios empleados. Estos conflictos pueden abordar una amplia gama de cuestiones, tales como desacuerdos sobre condiciones laborales, disputas por horarios, problemas relacionados con el salario, conflictos derivados de diferencias de expectativas, tensiones vinculadas a la jerarquía organizacional, e incluso dificultades en la comunicación interpersonal dentro de los equipos de trabajo.

“En Estados Unidos de América el término utilizado en su traducción al español son RAC, Resolución Alternativa de Conflictos” (Hernández Sarti et al., 2023). Las diferencias entre las partes, en ocasiones, pueden escalar hasta convertirse en problemas significativos que afectan no solo la relación entre los individuos, sino también el ambiente de trabajo en su conjunto.

Una de las características más importantes del proceso de mediación en el ámbito laboral es que es completamente voluntario. Ninguna de las partes está obligada a participar, y, en el caso de que decidan hacerlo, tienen la libertad de retirarse en cualquier momento si consideran que el proceso no está avanzando de manera adecuada o si no desean llegar a un acuerdo. “La mediación provoca que las y los que están en conflicto al interior de su organización puedan construir acuerdos en beneficio de ellos mismos y de su desempeño y vida en la organización” (Hernández Sarti et al., 2023).

Esta voluntariedad ayuda a crear un ambiente de respeto y disposición desde las partes involucradas, ya que saben que el proceso se basa en el consenso y el deseo mutuo de resolver el conflicto. Además, la confidencialidad es otro aspecto fundamental que distingue a la mediación de otros métodos de resolución de conflictos. Todo lo que se discute durante la mediación permanece confidencial, lo que garantiza que las partes puedan

expresarse libremente, sin temor a que sus comentarios o propuestas sean utilizados en su contra en el futuro. Esto crea un espacio seguro para que las partes puedan explorar diversas opciones y soluciones sin el riesgo de que sus opiniones se divulguen fuera del proceso.

El proceso de mediación debe necesariamente basarse en la buena fe, y se sostiene principalmente porque hay voluntad de las partes de intervenir y trabajar seriamente para tratar de resolver el conflicto que las mantiene enfrentadas y lograr un acuerdo viable. (García Villalengua, 2024)

El mediador, por su parte, no impone ninguna solución ni se involucra en la toma de decisiones. Su rol es puramente facilitador: guía el diálogo, fomenta la empatía entre las partes y les ayuda a comprender mejor las necesidades y preocupaciones de la otra parte. A través de técnicas como la escucha activa y la reformulación de puntos de vista, el mediador ayuda a que las partes en conflicto desarrollen una mayor comprensión mutua y, en última instancia, lleguen a una solución que sea aceptable para todos los involucrados. Este enfoque no solo promueve la resolución efectiva de los conflictos, sino que también fortalece las relaciones laborales al permitir que las partes se sientan escuchadas y valoradas.

Este proceso, al estar orientado a la colaboración y a la resolución pacífica de conflictos, ofrece múltiples beneficios para empleados y empleadores. Por un lado, ayuda a reducir la tensión y el estrés que conlleva el conflicto laboral, promoviendo un ambiente de trabajo más armónico y productivo. Por otro lado, al permitir que las partes resuelvan sus diferencias de manera directa, sin la intervención de instancias legales o procedimientos formales, la mediación contribuye a ahorrar tiempo y recursos, además de evitar los costos emocionales y financieros asociados con los conflictos laborales prolongados: “Mediante la facilitación de una comunicación constructiva, los mediadores ayudan a las partes a comprender mejor las perspectivas de la otra, a encontrar puntos en común y a trabajar para alcanzar soluciones mutuamente aceptables” (Mohammed, 2023).

En resumen, la mediación laboral es un proceso que no solo se centra en resolver conflictos, sino en fortalecer la cultura organizacional, promover el entendimiento mutuo y mejorar la calidad de las relaciones en el lugar de trabajo. Con un enfoque voluntario, confidencial y guiado por un mediador imparcial, este proceso permite que las partes involucradas encuentren soluciones que sean equitativas y sostenibles, favoreciendo un clima laboral más positivo y una mayor colaboración entre todos los miembros de la organización.

La mediación como herramienta para mejorar el clima laboral

Un buen clima laboral no solo es fundamental para la armonía dentro de una organización, sino también para la productividad y la retención del talento. La relación entre el ambiente de trabajo y los resultados organizacionales es directa y significativa. Un entorno laboral positivo, en el que los empleados se sientan cómodos, escuchados y respetados, se traduce en una mayor motivación, mejor desempeño y menores tasas de rotación de personal. Por el contrario, cuando los conflictos no se resuelven adecuadamente, estos pueden generar tensiones que deterioran el bienestar de los empleados y, como consecuencia, afectan la productividad y el ambiente de trabajo.

La falta de resolución efectiva de los conflictos laborales puede resultar en un ambiente tenso, donde los empleados se sienten desmotivados, frustrados o incluso inseguros, lo cual afecta negativamente su rendimiento. Esta situación se traduce en una disminución en la productividad y un aumento en el ausentismo y en la posible fuga de talento, dado que los empleados pueden sentirse obligados a abandonar la empresa para evitar situaciones incómodas o estresantes (Gorjón Gómez, 2013). Un ambiente de trabajo negativo, cargado de conflictos no resueltos, también puede generar una cultura organizacional tóxica, que dificulta la colaboración y el trabajo en equipo.

La mediación, en este contexto, se presenta como una herramienta efectiva y estructurada para la resolución pacífica de los conflictos. El proceso de mediación facilita un espacio donde las partes en conflicto —ya sean empleados o entre empleados y empleadores— pueden expresar sus preocupaciones de manera abierta y encontrar soluciones consensuadas que favorezcan a ambas partes. Al fomentar la comunicación y el entendimiento mutuo, la mediación contribuye a crear un clima organizacional más saludable, donde los empleados se sienten valorados y escuchados. Esta sensación de equidad y justicia favorece una mayor disposición a colaborar, a compartir ideas y a comprometerse con los objetivos de la empresa.

Según Francisco Gorjón Gómez (2013), la resolución de conflictos mediante la mediación tiene un impacto directo en la mejora de la productividad, pues cuando los empleados experimentan un entorno laboral justo y armonioso, su rendimiento aumenta. Gorjón señala que la mediación no solo mejora las relaciones interpersonales, sino que también optimiza los procesos dentro de las organizaciones, ya que reduce las barreras emocionales que afectan la interacción y colaboración entre los equipos de trabajo.

“Los enfoques innovadores, la voluntad política y el compromiso sostenido son clave para abordar las complejidades de los conflictos y trabajar hacia soluciones pacíficas que aborden las causas profundas y promuevan la estabilidad a largo plazo” (Mohammed, 2023). Además, al promover una cultura de resolución pacífica de conflictos, la mediación fortalece la cohesión y el trabajo en equipo, aspectos clave para mantener una alta productividad en cualquier organización.

Como expone Gorjón (2013), los empleados que sienten que sus problemas y desacuerdos son tratados de manera justa y eficiente, son más propensos a mantener una actitud positiva hacia la empresa, lo que se traduce en un mayor compromiso y, en consecuencia, en una mejor productividad. La mediación permite que los conflictos se aborden de forma constructiva, evitando que escalen o se conviertan en situaciones que afecten el desempeño laboral. De esta manera, las organizaciones que implementan

la mediación de manera efectiva no solo logran resolver disputas, sino que también crean un entorno de confianza y respeto mutuo, propiciando un clima laboral favorable para el crecimiento y el éxito.

Beneficios de la mediación para los empleados

La mediación laboral, al ofrecer un espacio seguro y confidencial, permite que los empleados expresen sus inquietudes, preocupaciones y sentimientos sin el temor a represalias o sanciones por parte de la organización. Este aspecto es fundamental, ya que, en muchos contextos laborales, los empleados pueden sentirse intimidados o vulnerables al expresar sus descontentos directamente con sus superiores o compañeros, lo que puede generar un ambiente de desconfianza y ansiedad. La mediación, al proporcionar un contexto neutral, garantiza que las partes puedan hablar libremente, sabiendo que sus voces serán escuchadas sin prejuicios ni consecuencias negativas.

En el proceso de mediación, los empleados tienen la oportunidad de presentar sus puntos de vista y emociones de manera abierta, lo que les permite sentir que sus problemas son tomados en serio. Esta sensación de ser escuchado y comprendido es esencial para restaurar la confianza y fomentar un sentido de equidad. La participación de los trabajadores en la resolución del conflicto no solo les otorga un sentido de control sobre la situación, también incrementa su compromiso con las soluciones alcanzadas. Así, la mediación fomenta la equidad y la participación de ambas partes, lo cual tiene un impacto positivo en la resolución de conflictos, ya que ambas partes tienen la oportunidad de contribuir al acuerdo final.

El impacto emocional y la prevención del desgaste

Uno de los aspectos clave de la mediación es su capacidad para reducir la carga emocional que puede resultar de situaciones de conflicto laboral prolongadas o de confrontaciones directas. Los conflictos no resueltos

suelen generar tensión emocional, estrés y ansiedad en los involucrados, lo que puede afectar negativamente no solo el bienestar de los empleados, sino también su desempeño laboral. En este sentido, la mediación actúa como un mecanismo preventivo, ya que permite que las partes involucradas encuentren soluciones amigables antes de que el conflicto escale y se convierta en un problema mayor.

Como lo destaca Guevara (2018), la mediación laboral es un instrumento que, al permitir que los empleados y empleadores lleguen a acuerdos de manera consensuada y sin confrontación directa, ayuda a evitar el desgaste emocional y la posible escalada del conflicto. Guevara añade que el proceso mediador contribuye a la restauración de la armonía en el ambiente laboral, permitiendo a los empleados mantener su bienestar emocional mientras encuentran soluciones a sus problemas.

En síntesis, el proceso de mediación también puede prevenir la intervención de instancias legales o judiciales, lo que muchas veces genera un ambiente aún más tenso y adversarial. En lugar de recurrir a litigios, los empleados pueden resolver sus conflictos de manera pacífica, lo que no solo reduce el estrés asociado con el proceso legal, sino que también protege la relación laboral entre las partes. La mediación, por tanto, ofrece una vía más rápida, menos costosa y emocionalmente menos perjudicial que otros métodos tradicionales de resolución de disputas.

La mediación en el contexto ecuatoriano

En Ecuador, la mediación en el ámbito laboral ha ganado importancia en los últimos años como una herramienta eficaz para mejorar las relaciones laborales y resolver conflictos de manera pacífica. Las empresas ecuatorianas que implementan sistemas de mediación interna reportan una reducción significativa en los conflictos laborales y una mejora en la satisfacción de los empleados. Estos autores señalan que la mediación contribuye a crear un entorno de confianza, en el que los empleados se sienten más

seguros al expresar sus preocupaciones y, como resultado, se incrementa el compromiso con los objetivos organizacionales.

En el contexto ecuatoriano, la mediación también se presenta como una alternativa viable frente a los largos y complejos procesos judiciales que pueden surgir en caso de conflictos laborales no resueltos. La mediación permite a las partes involucradas llegar a acuerdos de forma más expedita, evitando los costos y los retrasos que pueden generar los tribunales. Esto también permite que los conflictos se resuelvan de manera más equilibrada, dado que el mediador actúa como un facilitador imparcial que guía el diálogo y promueve soluciones equitativas.

Beneficios para los empleadores

Para los empleadores, la mediación no solo resuelve conflictos, sino que también previene futuros problemas dentro de la organización. La resolución rápida de disputas a través de la mediación contribuye a reducir la rotación de personal, mejora la moral de los empleados y protege la reputación de la empresa. Según un estudio de la Universidad de Harvard (Harvard Negotiation Project, 2012), las organizaciones que promueven la mediación en el trabajo experimentan una menor cantidad de litigios laborales, lo que reduce significativamente los costos legales y mejora la relación entre los empleados y la administración. Así, la mediación ofrece a los empleadores la posibilidad de resolver los conflictos de manera flexible y personalizada, en lugar de recurrir a soluciones rígidas o impuestas que podrían ser contraproducentes. Al permitir que los empleados participen en el proceso de resolución, los empleadores demuestran un compromiso con la justicia y el respeto hacia su equipo de trabajo.

El proceso de mediación: etapas y técnicas utilizadas

La mediación en el ámbito laboral suele realizarse en varias etapas, cada una de las cuales tiene como objetivo facilitar una resolución justa y

duradera para las partes involucradas. A continuación, se detallan las principales etapas y técnicas utilizadas en la mediación laboral.

Preparación

La fase de preparación es crucial para establecer un marco adecuado para la mediación. En esta etapa, el mediador tiene la responsabilidad de explicar las reglas básicas y asegurarse de que todas las partes estén dispuestas a participar de manera constructiva. Es fundamental que el mediador aclare el propósito de la mediación, que no es imponer una solución, sino facilitar el diálogo para que las partes lleguen a un acuerdo por sí mismas. Además, se deben definir las expectativas de las partes involucradas, dejando claro que el proceso se basa en la voluntad de colaborar y llegar a un consenso.

Una de las técnicas más utilizadas en esta fase es la *premeditación individual*. Antes de la mediación en grupo, el mediador puede mantener conversaciones confidenciales con cada parte para obtener información sobre el conflicto y las expectativas de cada uno. Esto ayuda a preparar el terreno para la mediación, identificando posibles obstáculos y reduciendo tensiones previas al encuentro.

Exposición de los problemas

Una vez que todas las partes se han preparado, se pasa a la fase de exposición de los problemas. En este momento, cada parte tiene la oportunidad de expresar su punto de vista de manera clara y sin interrupciones. El mediador, como facilitador, asegura que cada persona tenga el tiempo y el espacio necesario para compartir sus preocupaciones, sentimientos y expectativas. Este paso es vital para que ambas partes comprendan mejor la naturaleza del conflicto y puedan empezar a ver las cosas desde la perspectiva del otro.

Durante esta etapa se emplea la técnica de *escucha activa*, en la cual el mediador no solo escucha lo que se dice, sino que también presta atención

a las emociones y los intereses subyacentes de las partes: “Todos los tipos y niveles de conflicto entre diferentes culturas o dentro de la misma cultura pueden resolverse” (Radwan, 2024).

Escuchar activamente implica hacer un esfuerzo consciente por escuchar y comprender a la otra persona. Al escuchar activamente, demostramos interés, limitamos las interrupciones y hacemos preguntas abiertas. Dedicamos toda nuestra atención a la persona que habla y establecemos un ambiente de confianza y una interacción sin prejuicios (Mellon University, 2024). El mediador puede parafrasear lo que se dice, lo que permite a las partes sentirse comprendidas y garantiza que el mensaje se haya recibido correctamente.

Generación de opciones

Una vez que ambas partes han expuesto sus puntos de vista, el mediador facilita la generación de opciones para resolver el conflicto. En esta fase el objetivo es que las partes colaboren para explorar diversas alternativas que puedan llevar a una solución satisfactoria para ambos. Es una etapa de creatividad y apertura, donde las partes deben estar dispuestas a considerar distintas posibilidades y ser flexibles en su enfoque.

Aquí el mediador utiliza la técnica de lluvia de ideas o *brainstorming*, un método que permite a las partes generar propuestas sin juzgar ni descartar ninguna opción de inmediato. Este enfoque fomenta la colaboración, promueve la apertura y permite a las partes pensar más allá de sus posiciones iniciales. Además, el mediador puede alentar a las partes a pensar en soluciones innovadoras que beneficien a los dos lados, buscando opciones *win-win* (ganar-ganar) que ayuden a restaurar la relación laboral de manera positiva.

Negociación y acuerdo

En esta etapa, las partes comienzan a negociar las opciones propuestas para llegar a un acuerdo. El mediador juega un papel clave al guiar la

conversación y asegurarse de que todas las soluciones sean viables y equitativas. El proceso de negociación en la mediación laboral implica un análisis detallado de las soluciones y una evaluación de su viabilidad, teniendo en cuenta los intereses y las necesidades de ambas partes.

El mediador puede utilizar la técnica del *intercambio de concesiones*, donde las partes se dan cuenta de que pueden ceder en ciertos puntos para obtener lo que más valoran. En este proceso, es importante que el mediador ayude a las partes a entender que, al llegar a un acuerdo, ambas ganan y se benefician de una resolución colaborativa.

Una vez que se llega a un acuerdo, este debe ser claro, específico y realista. El mediador puede ayudar a las partes a escribir el acuerdo de manera que todas las partes lo entiendan y estén de acuerdo con las condiciones establecidas. En ocasiones, este acuerdo puede ser formalizado por escrito y firmado por ambas partes.

Implementación y seguimiento

La última etapa del proceso de mediación consiste en la implementación y el seguimiento del acuerdo alcanzado. Es fundamental que las soluciones acordadas se lleven a cabo de manera efectiva, ya que solo así se garantizará que el conflicto no resurja en el futuro. El mediador, en algunos casos, puede intervenir en la fase de implementación para garantizar que el acuerdo se cumpla y que las partes continúen comprometidas con la resolución del conflicto.

Para facilitar la implementación, el mediador puede establecer *mecanismos de seguimiento*, que incluyan reuniones periódicas o sesiones de revisión para evaluar el cumplimiento del acuerdo. Estos mecanismos permiten detectar posibles desviaciones o malentendidos antes de que se conviertan en nuevos conflictos. Además, los mecanismos de seguimiento ayudan a las partes a mantener una relación continua de comunicación, lo que minimiza la posibilidad de futuros desacuerdos.

El seguimiento también incluye la evaluación del impacto de la solución implementada y la identificación de posibles ajustes que podrían ser necesarios para mejorar la relación laboral a largo plazo.

La mediación preventiva: evitar conflictos antes de que surjan

Una de las grandes ventajas de la mediación es su capacidad para prevenir conflictos antes de que escalen. Las empresas que adoptan la mediación como una herramienta preventiva fomentan un entorno donde las diferencias pueden resolverse rápidamente antes de que se conviertan en problemas significativos. Esto incluye la formación de líderes y gerentes en técnicas de mediación y la creación de políticas internas que promuevan la resolución pacífica de conflictos (Dugan, 2010).

La mediación preventiva también incluye la promoción de una comunicación abierta y transparente dentro de la organización. Fomentar espacios en los que los empleados puedan expresar sus preocupaciones sin miedo a represalias puede evitar malentendidos y tensiones innecesarias.

Desafíos de la mediación en el trabajo

Aunque la mediación es una herramienta poderosa para resolver conflictos en el ámbito laboral, su implementación y efectividad no están exentas de desafíos. Estos obstáculos pueden dificultar la capacidad del proceso para alcanzar una resolución satisfactoria para todas las partes involucradas. Es importante identificar y comprender estos desafíos para poder abordarlos de manera efectiva y garantizar que la mediación cumpla su propósito de mejorar el clima laboral y resolver los conflictos de manera justa y constructiva.

La disposición de las partes involucradas

Uno de los mayores desafíos en el proceso de mediación es la disposición de las partes involucradas. Para que la mediación sea efectiva, todas las

personas que participan deben estar dispuestas a comprometerse activamente con el proceso. Si una de las partes no está dispuesta a colaborar, escuchar o buscar una solución, el proceso no tendrá el impacto deseado. Esto puede suceder cuando los participantes no confían en el mediador, no creen en la utilidad del proceso o sienten que sus intereses no se verán representados de manera justa.

En ocasiones, especialmente cuando las disputas son intensas o de larga duración, puede haber una resistencia a la mediación por parte de los empleados o empleadores. La falta de disposición puede generar un ambiente de desconfianza y animosidad, lo que dificulta que las partes lleguen a un acuerdo. En este sentido, es fundamental que el mediador logre generar un espacio en el que todas las partes se sientan seguras y motivadas para participar, promoviendo la apertura y la disposición al diálogo.

Desigualdad de poder entre las partes

Otro desafío importante en la mediación laboral es la posible desigualdad de poder entre las partes involucradas, especialmente en las relaciones laborales donde puede existir una diferencia significativa de poder entre empleadores y empleados. Por ejemplo, cuando un empleado está en una posición vulnerable, como en el caso de una relación jerárquica estricta o de subordinación, el proceso de mediación puede verse afectado si no se gestionan adecuadamente las dinámicas de poder. En estos casos, el empleado puede sentirse intimidado o presionado para aceptar una solución que favorezca al empleador, aunque no sea la más justa o beneficiosa para él.

Así, la mediación es más efectiva cuando las partes involucradas se sienten en igualdad de condiciones, lo que les permite negociar y tomar decisiones de manera equitativa. Si uno de los participantes percibe que su voz no tiene el mismo peso o que no puede influir en el proceso de toma de decisiones, la mediación puede no ser suficiente para resolver el conflicto de manera satisfactoria. Para abordar este desafío, los mediadores deben ser especialmente cuidadosos al identificar y mitigar cualquier desequilibrio

de poder, asegurándose de que todas las partes tengan la oportunidad de expresar sus puntos de vista de manera justa y equitativa.

Falta de formación adecuada en mediación

La falta de formación adecuada en mediación por parte de los gerentes y los propios mediadores es otro desafío significativo en su implementación en el entorno laboral. Si bien la mediación es un proceso estructurado que requiere habilidades específicas, no todas las organizaciones cuentan con mediadores profesionales capacitados, lo que puede llevar a una aplicación incorrecta del proceso. Los gerentes, en particular, pueden no estar preparados para actuar como mediadores imparciales, ya que suelen estar demasiado involucrados en las dinámicas organizacionales o tener sesgos que afectan su capacidad para facilitar el diálogo de manera neutral.

Un mediador sin la formación adecuada podría tomar decisiones precipitadas o influir en el proceso de manera que favorezca a una de las partes, lo que puede empeorar el conflicto o hacer que las partes se sientan aún más insatisfechas. La mediación, cuando es realizada por profesionales capacitados, tiene la capacidad de manejar las emociones y los intereses de las partes, pero cuando no se gestiona correctamente, puede ser contraproducente. Por ello, es esencial que tanto los mediadores internos como los externos cuenten con una formación sólida en técnicas de mediación, resolución de conflictos y manejo de emociones.

Resistencia al cambio y cultura organizacional

En muchas organizaciones —especialmente en aquellas con una larga historia o estructuras jerárquicas rígidas— puede existir una fuerte resistencia a la mediación. Esta resistencia a menudo proviene de una cultura organizacional que no valora el diálogo abierto o la resolución pacífica de conflictos. Las empresas que tienen un enfoque tradicional de manejo de conflictos, como la resolución a través de sanciones o despidos, pueden ver la mediación como un proceso innecesario o incluso contraproducente.

Además, algunos empleados o empleadores pueden no comprender completamente los beneficios de la mediación o pueden dudar de su efectividad. En estos casos, el proceso de mediación puede verse como una pérdida de tiempo, lo que reduce su eficacia. Para superar esta resistencia, es importante educar a las partes involucradas sobre los beneficios de la mediación y cómo puede contribuir a un ambiente de trabajo más saludable y productivo.

Confidencialidad y confianza en el proceso

La confidencialidad es uno de los principios fundamentales de la mediación, ya que permite que las partes se expresen libremente sin temor a que sus palabras sean utilizadas en su contra en el futuro. Sin embargo, en algunos casos, puede ser difícil garantizar una confidencialidad total, especialmente en organizaciones grandes o cuando el conflicto involucra temas sensibles. Si las partes involucradas no confían en que sus discusiones no serán reveladas fuera del proceso de mediación, esto puede generar desconfianza en el proceso y disminuir la disposición para participar.

Es esencial que tanto los mediadores como los empleados y empleadores comprendan que la confidencialidad es clave para el éxito de la mediación. Sin esta confianza, las partes pueden ser reacias a compartir sus preocupaciones más profundas o a participar de manera abierta en el proceso.

Estudio de caso: un ejemplo de mediación laboral exitosa

La mediación se ha consolidado como una herramienta eficaz para la resolución de conflictos dentro de las organizaciones, y numerosos estudios de caso destacan su impacto positivo en diversas industrias y contextos. Estos ejemplos demuestran que la implementación de programas de mediación no solo contribuye a la resolución de disputas, sino que también mejora el ambiente laboral, fortalece las relaciones interpersonales y, en muchos casos, incrementa la productividad y la satisfacción de los empleados.

Uno de los ejemplos más destacados se encuentra en una empresa de tecnología en España, que implementó un programa de mediación interna con el objetivo de gestionar los conflictos laborales que surgían de manera recurrente entre sus empleados y equipos de trabajo. En los primeros dos años de implementación del programa, la empresa logró resolver más del 80 % de los conflictos laborales a través de la mediación. Esta tasa de resolución exitosa refleja no solo la efectividad del proceso de mediación, sino también la disposición de los empleados a participar de manera activa y constructiva en la resolución de sus diferencias.

Los resultados de esta intervención fueron significativos. En primer lugar, la adopción de la mediación no solo permitió solucionar los conflictos, sino que también contribuyó a la mejora de las relaciones interpersonales dentro de la organización. Los empleados comenzaron a sentir que sus inquietudes y problemas eran tratados de manera equitativa y respetuosa, lo que fortaleció la confianza entre compañeros y con la dirección. Este cambio en la dinámica de las relaciones laborales generó un ambiente de trabajo más armonioso, donde la cooperación y el trabajo en equipo se vieron enormemente favorecidos.

Asimismo, el impacto de la mediación se extendió más allá de las relaciones interpersonales. La empresa experimentó un aumento considerable en la productividad de los empleados, quienes se sintieron más motivados y comprometidos con sus tareas después de resolver los conflictos. Al reducirse la tensión y el estrés asociados con los desacuerdos no resueltos, los empleados pudieron concentrarse mejor en sus responsabilidades y en la consecución de los objetivos organizacionales. Esta mejora en la productividad estuvo acompañada de un notable incremento en la satisfacción general de los trabajadores, quienes valoraron positivamente la oportunidad de participar en un proceso que les permitió resolver sus problemas de manera justa y sin confrontaciones directas.

Este caso demuestra que la mediación puede tener un impacto transformador en una organización no solo desde el punto de vista de

la resolución de conflictos, sino también en términos de la creación de un ambiente de trabajo más positivo y productivo. Al permitir que los empleados resuelvan sus diferencias de manera abierta y colaborativa, la mediación no solo mejora las relaciones laborales, sino que también tiene el potencial de contribuir al éxito a largo plazo de la organización.

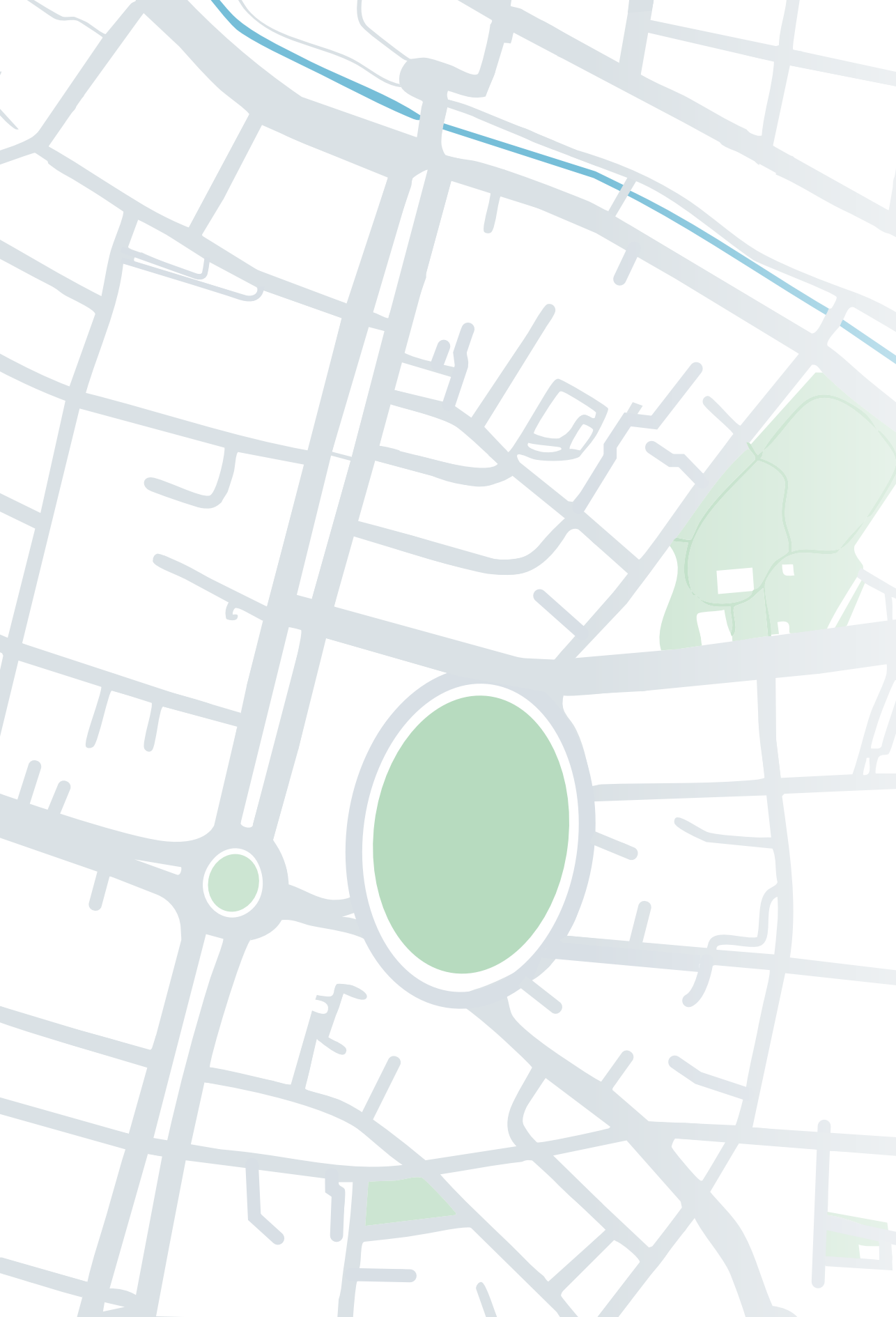
Conclusión

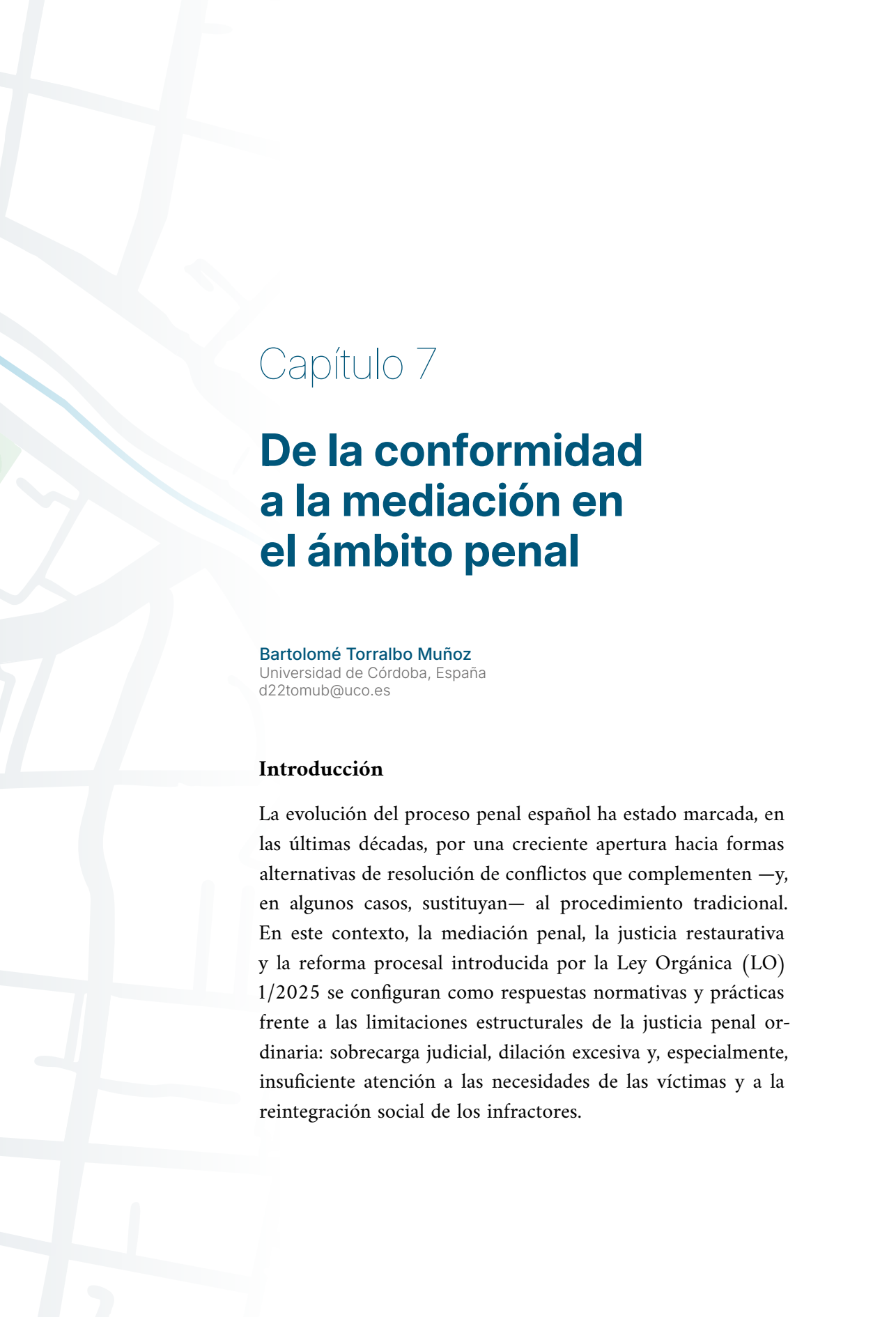
La mediación es una herramienta poderosa para la resolución de conflictos en el ámbito laboral, pues impulsa un ambiente de trabajo saludable y armonioso mediante el fomento de un diálogo abierto y sincero. Al favorecer la expresión de inquietudes y la búsqueda de soluciones colaborativas, este proceso permite que tanto empleados como empleadores encuentren espacios de participación voluntaria y confidencial, en los que la empatía y el entendimiento mutuo se convierten en ejes fundamentales de un acuerdo sostenible. De esta manera, la mediación no solo mitiga tensiones y reduce el estrés inherente a los conflictos, sino que además fortalece las relaciones interpersonales y la cohesión interna, elementos esenciales para lograr una mayor productividad y compromiso en la organización.

Asimismo, la implementación de la mediación como metodología centrada en el diálogo se traduce en beneficios sustanciales para la cultura organizacional, ya que permite transformar diferencias y discrepancias en oportunidades para el crecimiento y la innovación. Mediante el uso de técnicas basadas en la escucha activa y la generación de opciones consensuadas, este proceso estructurado posibilita la construcción de acuerdos equitativos que responden a las necesidades de las partes involucradas. En consecuencia, las organizaciones que adoptan la mediación logran no solo un entorno laboral más justo y resiliente, sino también una mejora en la eficiencia operativa y en la satisfacción de sus colaboradores. El fortalecimiento de la comunicación y el respeto mutuo se convierten en pilares que aseguran la sostenibilidad y la estabilidad, contribuyendo a la consolidación de un clima laboral propicio para el éxito colectivo.

Referencias bibliográficas

- Díaz, A. M. (2022). *Gestión e importancia de la mediación en los conflictos laborales* [Tesis de grado]. Universidad Militar Nueva Granada. <https://bit.ly/4cvbGEF>
- Dugan, M. (2010). *Conflict resolution in the workplace*. Institute for Conflict Resolution.
- García Villalengua, L. (2024). La mediación a través de sus principios: reflexiones a la luz del anteproyecto de ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, (4), 717-756. <https://bit.ly/42yG2lr>
- Gorjón Gómez, F. (2013). *La resolución de conflictos en las organizaciones: teoría y práctica de la mediación laboral*. Editorial Universitaria.
- Guevara, F. (2018). *La mediación en el ámbito laboral: un enfoque para la resolución de conflictos en Ecuador*. Editorial Jurídica.
- Harvard Negotiation Project. (2012). *The Dynamics of Conflict Resolution*. Harvard University Press.
- Hernández Sarti, M. J., Mendoza González, L. A., y Gutiérrez Pallares, E. (2023). La mediación en las organizaciones: un factor para promover el entorno organizacional favorable. *Revista de Investigación Latinoamericana en Competitividad Organizacional*, 5(18), 77-86. <https://doi.org/10.51896/rilco.v5i17.132>
- Mellon University. (2024). *What is Active Listening*. University of Michigan. <https://bit.ly/4jsEQGT>
- Mohammed, S. (2023). Peace Studies: Conflict Resolution and Mediation Strategies. *Science For All Publications*, 1(1), 1-18. <http://dx.doi.org/10.5281/zenodo.10839480>
- Moore, C. W. (2014). *The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict*. Jossey-Bass.
- Radwan, Y. Z. (2024). Approaches and Tools of Peace and Conflict Management between Two Perspectives. *Future Journal of Social Science*, 3(1), 21-45. <https://bit.ly/43QKqhL>





Capítulo 7

De la conformidad a la mediación en el ámbito penal

Bartolomé Torralbo Muñoz
Universidad de Córdoba, España
d22tomub@uco.es

Introducción

La evolución del proceso penal español ha estado marcada, en las últimas décadas, por una creciente apertura hacia formas alternativas de resolución de conflictos que complementen —y, en algunos casos, sustituyan— al procedimiento tradicional. En este contexto, la mediación penal, la justicia restaurativa y la reforma procesal introducida por la Ley Orgánica (LO) 1/2025 se configuran como respuestas normativas y prácticas frente a las limitaciones estructurales de la justicia penal ordinaria: sobrecarga judicial, dilación excesiva y, especialmente, insuficiente atención a las necesidades de las víctimas y a la reintegración social de los infractores.

Los epígrafes que siguen abordan esta transformación desde diferentes perspectivas. En primer lugar, se analiza la figura de la conformidad, que podría ser considerada una suerte de mediación dentro del proceso. Posteriormente, se expone el marco conceptual y normativo de la mediación penal, su evolución en España y su proyección práctica, tanto a nivel interno como comparado. Más adelante, se aborda la noción de justicia restaurativa, profundizando en su naturaleza, principios rectores y mecanismos de implementación. Especial atención merece la reciente incorporación de esta figura al ordenamiento jurídico español a través de la Disposición adicional novena de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, introducida por la LO 1/2025, que institucionaliza la justicia restaurativa como un cauce autónomo y complementario dentro del proceso penal.

Este conjunto de reformas no solo responde a exigencias internas de eficiencia judicial, sino que se inserta también en un marco supranacional de armonización normativa y promoción de derechos, derivado de instrumentos europeos e internacionales. La apuesta por la mediación y la justicia restaurativa no debe interpretarse, por tanto, como una simple técnica de descongestión judicial, sino como un cambio de paradigma hacia una justicia más centrada en la reparación del daño, la participación de la víctima y la responsabilización del infractor. A continuación, se desarrollan los principales elementos que configuran este nuevo modelo.

La conformidad como mediación dentro del proceso

La conformidad penal es un mecanismo procesal que permite al acusado aceptar los hechos, la calificación jurídica y la pena solicitada por la acusación, evitando así la celebración del juicio oral (Yagües, 2020). Se trata de una institución con un fuerte componente de oportunidad, que flexibiliza el principio de legalidad, favoreciendo la rapidez en la resolución de los procedimientos penales. Desde su configuración inicial en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim), ha evolucionado para convertirse en una pieza clave en la estrategia de descongestión del sistema judicial,

especialmente a partir de la reforma introducida por la LO 7/1988 y, posteriormente, por la LO 8/2002 y 38/2002, que incorporaron la posibilidad de negociar la pena con la acusación, lo que ha derivado en una práctica similar al *plea-bargaining* del sistema anglosajón (Crespo, 2018).

A pesar de su utilidad, esta transformación ha generado debates sobre la necesidad de reforzar su regulación, con el objetivo de garantizar la justicia material y la protección de los derechos fundamentales, ya que se produce una ruptura clara del principio de legalidad en favor del principio de oportunidad.

La regulación de la conformidad penal en España se encuentra principalmente en los artículos 784.3 y 787.1¹ LECrim, que establecen la posibilidad de que la acusación y la defensa presenten un escrito conjunto con un acuerdo sobre la pena y la responsabilidad civil. Esta regulación también se complementa con el artículo 801 de la LECrim, que introduce la figura de la “conformidad premiada”, otorgando al acusado una reducción automática de un tercio de la pena en los juicios rápidos, lo que incentiva su utilización.

El papel del Tribunal en este proceso es crucial, ya que debe verificar la validez de la conformidad, asegurándose de que el acusado la presta libremente, con pleno conocimiento de sus consecuencias, y que el acuerdo alcanzado se ajusta a los límites legales. Sin embargo, en la práctica, el control judicial suele ser más formal que sustancial, lo cual ha llevado a cuestionar si realmente se protege el derecho de defensa y el principio de igualdad en la aplicación de la ley penal (Yagües, 2020).

La conformidad puede clasificarse según distintos criterios. Por el número de acusados, puede ser total, si todos los implicados aceptan los términos; o parcial, si solo algunos lo hacen, lo que implica la continuación del juicio para los demás. También puede ser plena, si abarca tanto la responsabilidad penal como la civil; o limitada, si solo afecta a la primera.

1 A partir del 3 de abril de 2025 se sustituye el artículo 787.1 por el 787 ter que pasa a regular la conformidad en virtud del art. 20.14 de la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero.

Con relación al momento procesal en que se presta, puede darse en los escritos de defensa, en el acto del juicio oral o en la fase de juicio rápido. Además, existe el *reconocimiento de hechos* regulado en el artículo 779.1. 5º de la LECrim, que no es exactamente una conformidad pero puede derivar en un juicio oral mediante enjuiciamiento rápido. En esta vía, la conformidad solo atañe a los hechos, por lo que la calificación jurídica y la pena quedan en manos del juez.

El ámbito de aplicación de la conformidad penal está restringido por el artículo 787 de la LECrim, que establece que solo puede concederse cuando la pena solicitada no supere los 6 años de prisión. No obstante, esta limitación ha sido eliminada por la reciente reforma, por lo que, a partir del 3 de abril del presente año, podrá aplicarse a cualquier delito (Rodríguez Arias, 2025). En estos casos, el juez queda vinculado al acuerdo alcanzado entre las partes, salvo que detecte ilegalidades o considere que la calificación jurídica no es correcta. Sin embargo, el control judicial de la conformidad en España ha sido objeto de críticas, ya que, en muchos casos, se limita a una mera formalidad sin un análisis profundo de la legalidad del acuerdo alcanzado. Esto ha generado situaciones en las que las penas impuestas pueden diferir significativamente en función de la estrategia negociadora de la defensa y la flexibilidad de la acusación. No es infrecuente observar atenuantes u otras circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en casos donde el cumplimiento de sus requisitos no resulta del todo claro, sentando así precedentes judiciales de dudosa reproducibilidad.

Los efectos de la conformidad son inmediatos, ya que la sentencia resultante adquiere firmeza y produce efectos de cosa juzgada. En los casos de conformidad premiada, regulada por el artículo 801 de la LECrim, la sentencia se dicta de manera oral y puede ganar firmeza en el mismo acto, si las partes renuncian a recurrir. Además, en este contexto, el condenado puede solicitar la suspensión de la pena, conforme a los artículos 81 y 87 del Código Penal, lo que representa un incentivo adicional para acogerse a esta figura procesal. No obstante, esta práctica ha generado preocupaciones

en torno a la desigualdad en su aplicación, ya que no existe un criterio uniforme sobre los beneficios que se pueden obtener a través de la negociación, lo que puede derivar en diferencias significativas entre casos similares (Yagües, 2020).

Uno de los aspectos más criticados de la conformidad penal, tal y como está regulada hasta el momento, es la escasa participación de la víctima en el proceso. Aunque la Ley 4/2015 del Estatuto de la Víctima del Delito reconoce su derecho a ser escuchada y a recibir información sobre el procedimiento. En la práctica, la víctima suele ser excluida de la negociación y no se le garantiza una reparación efectiva.

En este sentido, la Directiva 2012/29/UE establece la necesidad de implementar mecanismos de justicia restaurativa para mejorar la protección de los derechos de las víctimas, sin embargo, su aplicación en España sigue siendo limitada. Esto se traduce en que, incluso cuando se dicta una sentencia condenatoria por conformidad, la víctima puede no recibir una compensación adecuada, lo que pone en entredicho la efectividad de este mecanismo desde una perspectiva de equidad y justicia material.

Esta problemática se ha intentado solventar con la reciente reforma, al introducir en la audiencia preliminar (art. 785 LECrim) y al inicio del juicio oral (art. 787 ter LECrim), la obligación del fiscal de escuchar a la víctima o perjudicado, aunque no estén personados como parte en el proceso, siempre que sea posible y necesario, para valorar la conformidad, especialmente en casos de gravedad o vulnerabilidad. Esta reforma busca evitar que las víctimas queden al margen, ajustando el sistema a lo requerido por la directiva europea. Anteriormente, muchas víctimas solo conocían el acuerdo en el último momento, tras largas esperas y sin explicaciones claras, mientras el acusado recibía asesoramiento detallado. Aunque no infringe, formalmente, el art. 5 del Estatuto de la Víctima, esta práctica contradice su espíritu, por lo que se impone la obligación de informarles sobre la conformidad y sus efectos (Rodríguez Arias, 2025).

En conclusión, la conformidad penal ha demostrado ser un instrumento útil para agilizar la justicia y reducir la sobrecarga del sistema penal; sin embargo, su aplicación actual presenta importantes deficiencias. Entre ellas, la falta de control judicial efectivo, la desigualdad en la negociación de penas y la escasa protección de los derechos de las víctimas son problemas que deben abordarse y que, en parte, ya han sido tratados en la última reforma del sistema. Si bien se han atendido algunas de las falencias señaladas a nivel formal, está por verse cómo se implementarán en la práctica de los juzgados y tribunales. Al igual que el control de la legalidad ha terminado siendo una formalidad que no cumple debidamente con su objetivo de preservar la legalidad material de los acuerdos, las medidas introducidas también pueden acabar siendo ineficaces, por lo que su valoración se debe realizar en los próximos años.

La mediación penal

La crisis estructural que afecta al sistema de justicia penal español ha evidenciado múltiples deficiencias en su funcionamiento, lo que ha motivado una serie de reformas legislativas orientadas a mejorar la eficiencia procesal y garantizar una tutela judicial efectiva. Sin embargo, muchas de estas reformas han sido criticadas por su falta de coherencia, la insuficiencia de recursos y su escaso impacto en la agilización de los procedimientos (Rodríguez Carda, 2017). En este contexto, han cobrado relevancia las alternativas al proceso tradicional, como la mediación, el arbitraje y la conciliación, cuya finalidad es reducir la sobrecarga judicial y proporcionar soluciones más rápidas y satisfactorias para las partes involucradas.

Desde hace más de dos décadas, documentos como la *Carta de derechos de los ciudadanos ante la justicia* (2000) y el *Libro blanco de la justicia* han evidenciado la insatisfacción ciudadana respecto al funcionamiento de los tribunales, instando a la adopción de modelos procesales más eficientes (Cortes y de la Cruz, 2005). Dichos informes han resaltado la necesidad de implementar fórmulas que eviten la rigidez y dilación de los procedimientos

judiciales, permitiendo la resolución extrajudicial de conflictos, en los que —resulte posible y que no implique— el menoscabo de las garantías constitucionales. En este sentido, la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, eliminó gran parte de las faltas, reclasificándolas como delitos leves, lo que ha supuesto un cambio significativo en la concepción del principio de intervención mínima y en la aplicación del principio de oportunidad, actualmente regulado en los artículos 962 a 977 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Paralelamente, el debate en torno a la reforma del proceso penal ha adquirido una especial relevancia, reflejándose en proyectos legislativos como el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011 y el Borrador de Código de Proceso Penal de 2013, hasta llegar a la reforma que ahora se analizará. Estos textos han propuesto un cambio de paradigma hacia un sistema de corte acusatorio, en el que el Ministerio Fiscal desempeñe un papel central en la fase de instrucción, y el juicio oral adquiera un protagonismo decisivo en la resolución de los litigios penales (Ostos, 2013). Sin embargo, la falta de consenso político ha impedido la consolidación de dichas reformas, dejando en suspenso una modernización necesaria para mejorar la eficacia de la justicia penal en España.

Desde una perspectiva normativa, la Ley 4/2015, del Estatuto de la Víctima del Delito, ha introducido medidas para fortalecer la posición de la víctima en el proceso penal, reconociendo expresamente la posibilidad de recurrir a la mediación como vía alternativa para la solución de conflictos en determinadas circunstancias. De acuerdo con el artículo 15, la mediación penal es viable cuando el infractor reconoce los hechos, la víctima presta su consentimiento de manera libre e informada y el procedimiento no representa un riesgo para la seguridad de la víctima (Tamarit Sumalla, 2015). No obstante, en casos de delitos de violencia de género, la mediación se encuentra expresamente prohibida en virtud de los artículos 87 apartado 5 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial y 44.5 de la Ley Orgánica 1/2004 de Protección Integral contra la Violencia de Género.

La regulación de la mediación penal en España es aún incipiente y fragmentaria. Si bien la Ley Orgánica 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores, contempla la mediación como un mecanismo válido para la resolución de conflictos en casos de delitos menos graves o leves, en la justicia penal de adultos su aplicación no contaba con un marco penal uniforme. Sin embargo, diversas comunidades autónomas han impulsado proyectos piloto en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial y la Fiscalía General del Estado, lo que ha permitido evaluar su viabilidad y eficacia en la práctica.

A nivel supranacional, organismos como Naciones Unidas, el Consejo de Europa y la Unión Europea han promovido activamente la mediación penal como parte de una estrategia de justicia restaurativa. La Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo de la Unión Europea instó a los Estados miembros a fomentar esta práctica y a garantizar que los acuerdos alcanzados en este ámbito puedan ser considerados en el proceso penal. Posteriormente, la Directiva 2012/29/UE reforzó esta línea de actuación, estableciendo estándares mínimos sobre los derechos de las víctimas, el acceso a la justicia restaurativa y la protección contra la victimización secundaria.

En el derecho comparado, la mediación penal ha sido implementada en numerosos países europeos y latinoamericanos mediante modelos diversos (Rodríguez Carda, 2017). En Alemania, Francia, Italia y Portugal, la mediación forma parte de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos en el ámbito penal. Por su parte, Colombia, Chile y México han desarrollado programas específicos de justicia restaurativa con resultados positivos en términos de reducción de la reincidencia y satisfacción de las víctimas.

Desde una perspectiva conceptual, la mediación penal se define como un procedimiento en el que la víctima y el infractor participan de manera activa en la resolución del conflicto, con la asistencia de un tercero imparcial. Su objetivo es promover la reparación del daño causado, facilitar la reintegración social del infractor y evitar los efectos adversos de un proceso penal

prolongado. Dependiendo de la fase en la que se lleve a cabo, la mediación puede ser preprocesal (antes del inicio del procedimiento judicial), procesal (durante el desarrollo del proceso) o penitenciaria (en la fase de ejecución de la pena). Cada una de estas modalidades persigue fines específicos, tales como la reducción de la carga judicial, la solución consensuada del conflicto y la humanización de la respuesta penal (Morales, 2011).

Los principios rectores de la mediación penal incluyen la voluntariedad, la bilateralidad, la imparcialidad del mediador, la igualdad de las partes y la confidencialidad del procedimiento (Torres Lana, 2014). La voluntariedad es un principio esencial que implica que ninguna de las partes puede ser obligada a participar en la mediación, ni se le puede imponer sanción alguna por negarse a ello. La bilateralidad garantiza que ambas partes tengan la oportunidad de exponer sus posiciones en igualdad de condiciones, mientras que la imparcialidad del mediador asegura que el procedimiento se desarrolle sin sesgos ni influencias externas. La confidencialidad, por su parte, protege la privacidad de las conversaciones y evita que la información compartida en la mediación pueda ser utilizada en el proceso penal.

En conclusión, la mediación penal representa una herramienta complementaria al proceso judicial, orientada a la pacificación de los conflictos y a la reparación del daño sufrido por las víctimas. Si bien la legislación española ha avanzado en la incorporación de mecanismos de justicia restaurativa, aún existen desafíos normativos y estructurales para su consolidación. La experiencia comparada demuestra que su implementación efectiva requiere un marco regulador claro, la formación especializada de los mediadores y el respaldo de los operadores jurídicos, a fin de garantizar su eficacia dentro del sistema penal.

Justicia restaurativa en la LO 1/2025

La incorporación de la justicia restaurativa en el ámbito penal, mediante la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia

del Servicio Público de Justicia, constituye un hito significativo en el proceso de humanización y racionalización del sistema penal español. La regulación se lleva a cabo a través de la introducción de la Disposición adicional novena en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece tanto los principios rectores como el procedimiento aplicable en materia de justicia restaurativa.

El apartado primero de la Disposición adicional novena establece que “la justicia restaurativa se sujetará a los principios de voluntariedad, gratuidad, oficialidad y confidencialidad” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2025). Estos principios no solo definen la naturaleza del procedimiento, sino que lo integran plenamente en el sistema procesal penal como una opción institucionalizada y accesible.

La voluntariedad se configura como pilar esencial: “La justicia restaurativa es voluntaria. Ninguna parte podrá ser obligada a someterse a un procedimiento de justicia restaurativa, pudiendo, en cualquier momento, revocar el consentimiento y apartarse del mismo” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2025). Esta revocabilidad garantiza que el consentimiento sea no solo libre, sino también persistente.

En relación con la información previa, se establece que “las partes [...] serán informadas de sus derechos, de la naturaleza de este y de las consecuencias posibles de la decisión de someterse al mismo” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2025), asegura el respeto al principio de autonomía y la protección de las partes más vulnerables.

El principio de confidencialidad también adquiere una posición central: “Las informaciones vertidas en el marco del procedimiento restaurativo no podrán utilizarse posteriormente, salvo que expresamente lo acuerden las partes”. Además, “El juez o el Tribunal no tendrán conocimiento del desarrollo del procedimiento de justicia restaurativa hasta que este haya finalizado” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2025) garantizando la presunción de inocencia.

El procedimiento restaurativo se articula en torno a dos momentos fundamentales: la remisión al mismo y sus efectos procesales. La iniciativa para empezar un procedimiento restaurativo puede partir tanto del juez o tribunal como de las partes, tal y como establece el apartado quinto: “El juez o el Tribunal, valorando las circunstancias del hecho, de la persona investigada, acusada o condenada y de la víctima, podrá, de oficio o a instancia de parte, remitir a las partes a un procedimiento restaurativo” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2025).

No obstante, el apartado séptimo supedita dicha remisión al consentimiento de las partes: “De no consentir las partes [...], los servicios restaurativos pondrán inmediatamente esta circunstancia en conocimiento del órgano judicial, que continuará la tramitación del procedimiento penal” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2025). El consentimiento, por tanto, opera como presupuesto ineludible.

El plazo de duración del procedimiento también queda regulado: “no podrá exceder de tres meses prorrogables por un plazo igual”. Este límite temporal impone celeridad y seguridad jurídica al proceso. Finalizado el procedimiento, los servicios restaurativos emitirán un informe sobre su resultado “acompañando, en caso positivo, el acta de reparación con los acuerdos a los que las partes hayan llegado, que estará firmado por las partes personalmente y por sus letrados, si los hubiera” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2025).

Se impone, además, una estricta reserva sobre el contenido del proceso: “el informe [...] no debe revelar el contenido de las comunicaciones mantenidas entre las partes ni expresar opinión, valoración o juicio sobre el comportamiento de las mismas” (Ley de Enjuiciamiento Criminal, 2025). En caso de acuerdo, el órgano judicial puede adoptar diversas decisiones, en función del tipo de delito y la fase procesal:

- Si se tratase de un delito leve, decretar el archivo.
- Si la causa se siguiera por un delito privado [...] acordar el sobreseimiento del procedimiento y su archivo.

Si la causa estuviera en el órgano de instrucción, acordará la conclusión de la misma y la remisión de la causa al órgano competente para la celebración del juicio de conformidad”.

Si la causa estuviese en el órgano de enjuiciamiento, se seguirá por los trámites del juicio de conformidad.

Resolver sobre la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad [...]; o, en su caso, sobre el contenido de los trabajos en beneficio de la comunidad. (Iberley, 2025)

Estas consecuencias evidencian la capacidad de la justicia restaurativa no solo como herramienta reparadora, sino también como mecanismo eficaz de terminación anticipada del proceso penal. La Disposición adicional novena entrará en vigor el 3 de abril de 2025. Aunque no se establece un plazo concreto para la constitución de los servicios de justicia restaurativa, resulta imprescindible que estos se encuentren operativos en dicha fecha, a fin de garantizar la efectividad de la norma y el acceso real a este nuevo cauce procesal. Se está —por tanto— ante una transformación sustancial del modelo de justicia penal, que reclama no solo adaptaciones normativas, sino también estructurales y formativas para su adecuada implementación.

Conclusiones

La evolución del sistema penal español evidencia una progresiva apertura hacia modelos de resolución anticipada del conflicto, que conjugan eficiencia procesal y atención a las necesidades de las víctimas. En este contexto, la conformidad penal, la mediación y la justicia restaurativa no son figuras aisladas, sino expresiones complementarias de una transformación más profunda del paradigma penal.

La conformidad penal, en su modalidad tradicional o “premiada”, ha contribuido a reducir la carga de trabajo de los tribunales y a agilizar la tramitación de causas (Yagües, 2020). Sin embargo, su aplicación práctica ha generado preocupaciones sobre la debilidad del control judicial, la desigualdad en las condiciones de negociación y la exclusión sistemática de las víctimas (Rodríguez Arias, 2025). La reciente reforma introducida

por la Ley Orgánica 1/2025 ha intentado corregir algunos de estos déficits, especialmente en lo relativo a la participación de la víctima y la ampliación del ámbito de aplicación; no obstante, su eficacia dependerá de su implementación efectiva.

La mediación penal, aunque aún incipiente en su regulación en el ámbito de adultos, se presenta como una alternativa viable al proceso penal tradicional. Diversas experiencias autonómicas y modelos internacionales han demostrado su potencial para reparar el daño, responsabilizar al infractor y evitar la revictimización (Rodríguez Carda, 2017; Morales, 2011). Sin embargo, su consolidación en España exige la superación de barreras normativas, institucionales y culturales, así como el fortalecimiento de programas piloto y servicios especializados.

En esta línea, la justicia restaurativa, ahora reconocida de forma explícita en la Ley de Enjuiciamiento Criminal mediante la Disposición adicional novena introducida por la LO 1/2025, constituye un avance sustancial hacia una justicia más centrada en las personas. Los principios de voluntariedad, confidencialidad y participación garantizan un procedimiento respetuoso con los derechos fundamentales, al tiempo que permiten explorar formas más efectivas de resolución y reparación (Tamarit Sumalla, Villacampa Estiarte y Serrano Masip, 2015).

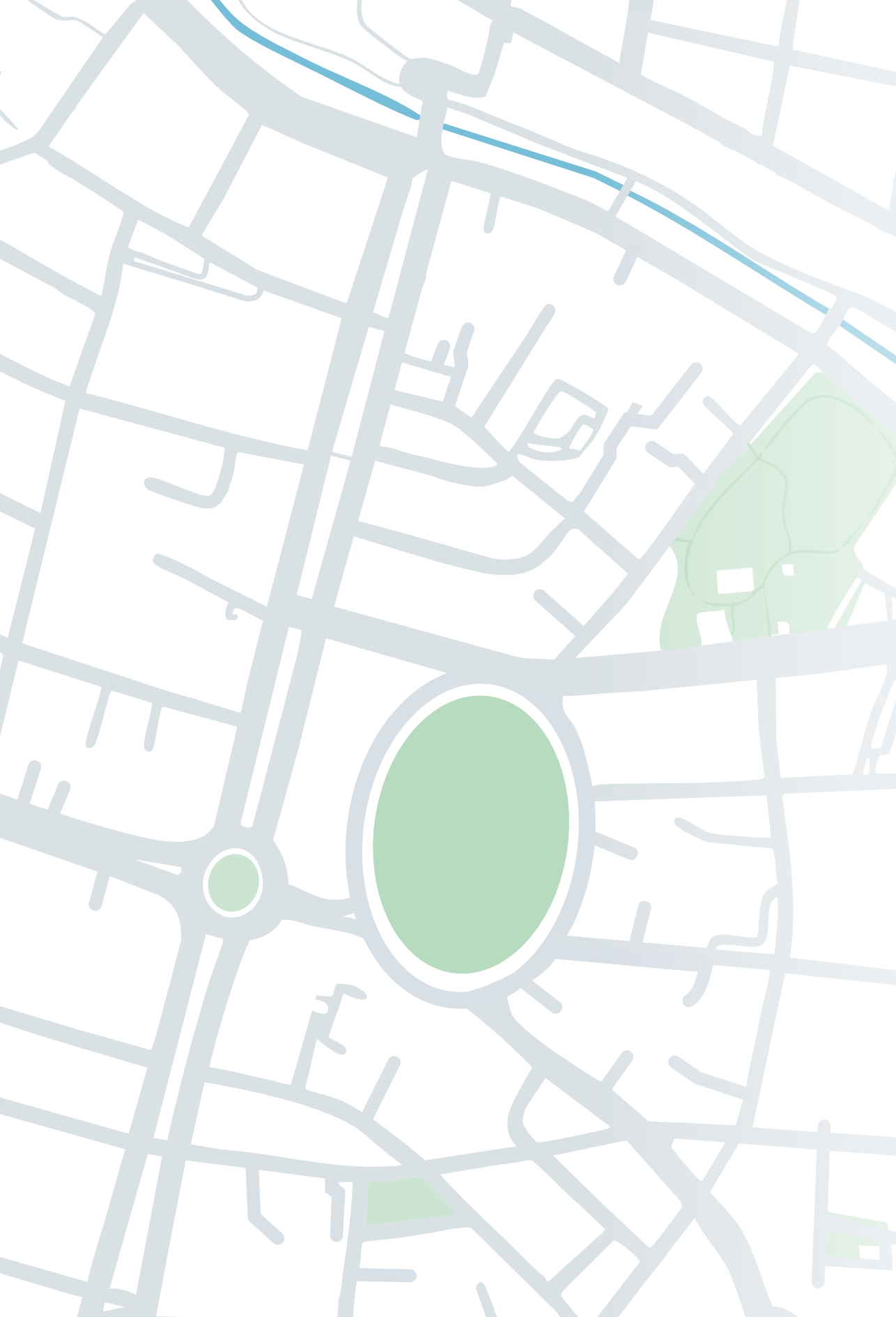
En definitiva, la integración de estos mecanismos responde no solo a una lógica de eficiencia, sino también a una demanda de justicia material y socialmente significativa. Su correcta articulación exige una reforma no únicamente normativa, sino también formativa y estructural, que garantice su operatividad y coherencia con los valores constitucionales y supranacionales que informan el proceso penal contemporáneo.

Referencias bibliográficas

- Cortés, J. J. T. y De la Cruz, J. J. G. (2005). *La Justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*. Consejo general del Poder Judicial.
- Crespo, A. M. (2018). The hidden law of plea bargaining. *Columbia Law Review*, 118(5), 1303-1424. <https://bit.ly/4czwBqv>
- Iberley. (2025). *Disposición adicional novena. Ley de Enjuiciamiento Criminal*. <https://bit.ly/4jb7Ymq>
- Ley de Enjuiciamiento Criminal. (2025, 13 de abril). *Real Decreto de 14 de septiembre por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal*. Boletín Oficial del Estado. <https://bit.ly/3E7uRrJ>
- Morales, M. A. (2011). La mediación penal: ¿Quimera o realidad? *Revista Electrónica de Derecho*, 9, 127-146. <https://bit.ly/42w5ic0>
- Ostos, J. M. (2013). Reflexiones sobre la justicia penal en España. En Pérez-Cruz Martín, A. y Mateo Bujosa Vadell, L. (coords.) *Proceso, eficacia y garantías en la sociedad global: Liber Amicorum II* (pp. 43-70). Atelier.
- Rodríguez Arias, A. M. (2025). La Ley Orgánica de eficiencia del servicio público de justicia: novedades introducidas en la conformidad penal. *Diario La Ley*, (10654). <https://bit.ly/42J7iPd>
- Rodríguez Carda, N. (2017). Presente y futuro de la mediación penal. En A. M. Rodríguez (coord.), *Cuestiones actuales de derecho procesal: reformas procesales. Mediación y arbitraje* (pp. 269-310). Tirant lo Blanch.
- Tamarit Sumalla, J. M. (2015). Los derechos de las víctimas. En J. M. Tamarit Sumalla, C. Villacampa Estiarte y M. Serrano Masip (coords.), *El estatuto de las víctimas de delitos: comentarios a la Ley 4/2015* (pp. 15-68). Tirant lo Blanch.
- Torres Lana, J. Á. (2014). Principios rectores de la mediación. En F. López y F. Garau (coords.), *Mediación en materia civil y mercantil: análisis de la normativa de la UE y española (Directiva 2008/52 CE*,

Ley 5/2012 y RD 980/2013) (pp. 122-160). Tirant lo Blanch. <https://bit.ly/42yocih>

Yagües, V. L. (2020). Dinamización de la Justicia Penal: conformidad, mediación y reparación. En *Justicia, reparación y reinserción* (pp. 139-162). Editorial Universitaria Ramón Areces.



Capítulo 8

Mediación intercultural e instituciones familiares: su engranaje a través del derecho internacional privado

Irene Blázquez Rodríguez
Universidad de Córdoba, España
iblazquez@uco.es

Mediación intercultural: una visión de derecho internacional privado

La mediación puede entenderse como una intervención de un tercero imparcial que busca facilitar la resolución de un conflicto entre dos partes mediante el diálogo y el entendimiento mutuo. En el caso de la mediación intercultural, se enfatiza su aplicación en contextos de diversidad cultural significativa, con el propósito de promover el reconocimiento del otro, el acercamiento entre las partes, una comunicación efectiva y una comprensión

recíproca (Giménez Romero, 1997, p. 142). De este enfoque se desprende que el eje central de la mediación es la interacción adecuada entre partes que, debido a sus diferencias, enfrentan situaciones de desacuerdo. El objetivo fundamental de la mediación es propiciar un acercamiento que permita el reconocimiento y la aceptación mutua, con miras a la resolución del conflicto.

Es bien sabido que la diversidad es un rasgo distintivo de las sociedades contemporáneas, resultado de múltiples factores, entre ellos la llegada de colectivos con distintos orígenes culturales, religiosos y jurídicos. Si bien en muchos aspectos la diversidad enriquece significativamente a la sociedad de acogida, en otros puede dar lugar a conflictos cuya resolución no siempre es sencilla. El derecho se refiere clásicamente al llamado “conflicto de civilizaciones” (Mercier, 1972; Déprez, 1988, Huntington, 1993). Cuando las personas proceden de países no religiosos, este choque de culturas no es transcendental en el plano jurídico. Cuando los inmigrantes han superado las primeras etapas caracterizadas por la regularización de su situación administrativa, se inicia la una segunda fase donde aspiran a integrarse en sus nuevos espacios de convivencia. Asimismo, la población autóctona tiene una mayor interconexión con los nuevos ciudadanos y se inician canales para una incorporación de carácter más permanente en la sociedad. En esta travesía surgen los mayores retos de naturaleza jurídica —ya no administrativa— cuando estas personas aspiran a que sean reconocidas determinadas instituciones familiares cristalizadas bajo otros sistemas jurídicos; en el derecho los mayores retos emergen “cuando estos son de carácter confesional y donde en muchos casos la norma que rige sus relaciones personales y familiares se guía por principios religiosos” (Blázquez Rodríguez, 2005, 2023).

En este engranaje, el derecho internacional privado tiene un rol clave en la mediación intercultural entendida *in extenso* y cuyo fin último es la convivencia pacífica (Mora Castro, 2018), ya que es la rama del derecho llamada a tender puentes entre los distintos ordenamientos jurídicos en

presencia. Todo ello deriva de su función fundamental en el ordenamiento jurídico nacional, que es evitar “situaciones claudicantes” —es decir, cuando determinadas realidades individuales o familiares no son reconocidas en el país de residencia— y su fin último en las sociedades multiculturales es garantizar una integración exitosa en la sociedad de acogida y lograr una convivencia pacífica (Gannagé, 1979)

Si nos fijamos en un aspecto de la mediación intercultural que a veces se olvida, como es la familia en su dimensión jurídica, vemos que hay varias realidades familiares sobre las que se puede actuar en esta sociedad globalizada y posmoderna. En primer lugar, *las parejas mixtas*: cuyos componentes provienen de diferentes orígenes culturales. En segundo lugar, la experiencia de *la adopción internacional*: el conflicto que surge de las diferentes realidades entre el país de origen del niño adoptado y el país de origen de la familia adoptiva. En tercer lugar, consecuencias *de la inmigración*, en aquellos sistemas jurídicos —como el español— en los que el derecho del país de origen regula determinadas instituciones y realidades que surgen al amparo de su ordenamiento jurídico y que aspiran a ser reconocidas por el país de acogida. En todos estos casos, nos encontramos no solo con diferencias culturales (incluidas las religiosas), sino también jurídicas, en las que se regulan las instituciones familiares básicas (como el matrimonio, las relaciones paterno-filiales o la herencia), de forma diferente, incluso contradictoria; y que alcanza principalmente a los roles de cada una de las partes conformadoras de la unidad familiar. El caso más notorio en este sentido es el del estatus de la mujer en las sociedades musulmanas (Adam Muñoz, 2001, 2005; Ruiz Sutil y Rueda Valdivia, 2008).

Las reflexiones de este estudio parten de dos premisas básicas. Por un lado, la existencia de sociedades multiculturales no solo es evidente en las sociedades españolas y europeas, sino que es una realidad en esta era de la globalización presente en la gran mayoría de los Estados que conforman la comunidad internacional. En las sociedades posmodernas actuales coexisten poblaciones cada vez más diversas con sus culturas, lenguas,

costumbres y religiones. A esta diversidad hay que añadir su derecho propio, una dimensión menos conocida cuando se trasvasa el ámbito académico. A partir de esta afirmación, nuestra segunda premisa está servida. En estas sociedades pluralistas asistimos a la interrelación entre derecho e identidad cultural, que se manifiesta especialmente en la institución de la familia, y que requiere una respuesta adecuada e integrada por parte del derecho.

La existencia de estas dos premisas permite considerar la función integradora del derecho internacional privado en un contexto intercultural, que trasciende el mero multiculturalismo y propicia una interacción entre el derecho del país de origen y el del país de residencia del migrante. En efecto, no debe olvidarse que el derecho acompaña a la persona —y trasciende las fronteras nacionales— especialmente cuando se trata de materias estrechamente vinculadas a la identidad personal y a la organización de sus relaciones familiares. Como señala Rodríguez Moya (2009) en su análisis sobre la mediación intercultural y las migraciones, solo cuando intensifiquemos “los esfuerzos desde distintos ámbitos podremos comprender realmente los problemas relacionados con las migraciones, que es el primer paso para la integración de los extranjeros en nuestra sociedad”. Entre esos ámbitos, resulta inevitable incluir al derecho, especialmente en lo relativo a la regulación de materias estrechamente vinculadas al individuo y a su identidad. En particular, destaca la regulación del denominado “estatuto personal”, que abarca aquellas cuestiones referidas a la persona y a sus relaciones familiares.

Antes de profundizar en nuestra línea de estudio, me gustaría destacar que la respuesta a la diversidad social y las estrategias que la acompañan requieren también de una acción comprometida desde las distintas administraciones públicas que se ocupan de las migraciones —a nivel nacional, y principalmente a nivel regional, ya que las comunidades autónomas son las responsables de la integración— (Blázquez Rodríguez, 2008). Entre las muchas instituciones, hay que elogiar a la figura del Ombudsman o Defensor del Pueblo como interlocutor en esa mediación intercultural en favor de la plena integración de la sociedad (Jiménez Salcedo, 2023).

Sociedad multicultural, familia y derecho

Como consecuencia de los movimientos de población y de la progresiva sedentarización de los inmigrantes, España —al igual que otros países— se ha convertido en una sociedad multicultural. Según Kymlicka (2000) el multiculturalismo se basa en las diferencias nacionales y étnicas: “utilizado cultura como sinónimo de nación o pueblo; como una comunidad intergeneracional más o menos completa institucionalmente, que ocupa un territorio o una patria determinada y comparte una lengua y una historia específica” (p. 36). Esta multiculturalidad, entendida como el fenómeno de la unión de diferentes culturas en un mismo territorio, es una constante en la historia de la humanidad y hunde sus raíces en el carácter cosmopolita del individuo, que tiende a trascender sus propias fronteras y cultura, y a relacionarse con otros social y jurídicamente diferentes (Carrillo Salcedo, 1983, p. 22). La explosión demográfica procedente de otras latitudes es un fenómeno relativamente reciente si nos ceñimos a la realidad española; de hecho, hasta finales del siglo XX, España era un país que podía calificarse de emigrantes —al menos en su historia reciente— y una sociedad relativamente homogénea en cuanto a su origen. No es el momento de reflexionar sobre las razones de la transformación copernicana del Reino de España hacia un país de inmigración; la realidad es que, a finales de 2023, la población extranjera residente en nuestro país alcanzó los 6,5 millones, cifra que representa el 13,4 por ciento de la población total. Desde el punto de vista geográfico, su diversidad también es indiscutible, ya que, además de los grandes flujos migratorios procedentes de la Unión Europea, existe una importante población procedente del continente africano (principalmente de Marruecos) y de países latinoamericanos. Hemos de aclarar que esa diversidad étnica es superior al 13,4% antes mencionado; en efecto, hay un gran número de extranjeros de origen que, tras adquirir la nacionalidad española —en la mayoría de los casos por residencia— ya no son considerados extranjeros —ni estadísticamente hablando ni en cuanto a su estatuto jurídico— aunque por su puesto siguen contribuyendo al carácter multicultural de nuestra sociedad.

Tabla 1
Población extranjera en España

	España por nacionalidad: evolución	
	2022	2001
Rumanía	1 099 000	31 000
Marruecos	835 000	233 400
Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte	410 000	110 000
Italia	394 000	35 300
China	233 000	27 000
Ucrania	218 000	24 000
Bulgaria	203 000	16 500
Francia	190 000	45 000
Alemania	188 000	100 000
Portugal	184 000	82 000

Nota. Adaptado del Observatorio de Extranjería (2023).

Esta sociedad plural y diversa plantea numerosos desafíos que requieren soluciones precisas bien cohesionadas. Desde el plano jurídico, las minorías reclaman la salvaguardia de su identidad tanto cultural como religiosa, incluido el reconocimiento de sus sistemas familiares, que en determinados casos —así los migrantes magrebíes o subsaharianos— están fuertemente determinados por un derecho confesional. Recordemos que en la realidad demográfica española —así como en el conjunto de la UE— la mayor población extranjera es la de origen marroquí. Una vez superada la primera fase del proceso migratorio —centrada principalmente

en la regularización de la situación a través del derecho de extranjería y la obtención de los permisos de residencia y trabajo— se inicia una nueva etapa orientada a la reorganización de la vida familiar y a la convivencia en una sociedad distinta, con costumbres, valores y leyes diferentes a los del país de origen.

En el fenómeno migratorio, la identidad cultural y el derecho están doblemente vinculados. Por supuesto, la ley no puede definirse simplemente como un sistema normativo que otorga un concreto estatuto —conformado por prerrogativas al tiempo que obligaciones— sino que más allá de esta concepción estricta debe entenderse ante todo como una forma —admitida y consensuada— de establecer un orden entre las personas, desarrollando sus personalidades sin comprometer sus respectivas libertades (De Cossío, 1988, p. 25). Por un lado, los inmigrantes exigen que la ley respete su identidad cultural y, por otro, algunas de las normas del ordenamiento jurídico de su lugar de origen se convierten en una manifestación más de su idiosincrasia, que también debe ser objeto de protección.

El derecho como garante de la identidad cultural de los inmigrantes

La era posmoderna ha potenciado el rol del individuo en su desarrollo según sus propios valores, creencias y costumbres; por su parte, el Estado asume una actuación comprometida para su libre desenvolvimiento siempre con absoluto respeto de los derechos humanos. Este punto de vista se reconoce en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión,¹ que prohíbe toda discriminación por motivos de etnia, ascendencia nacional, lengua o pertenencia a una minoría (artículo 21) y compele a la Unión a salvaguardar la diversidad en sus distintas manifestaciones, ya sea cultural, religiosa o lingüística (artículo 22). Asimismo, como este respeto no se limita a la esfera de la ciudadanía de la UE, y a las minorías étnicas nacionales, sino que también alcanza a las colectividades conformadas

1 DOUE C nro. 202, de 7 de junio de 2016.

por inmigrantes de terceros Estados. Así, en el ámbito de la UE se intenta superar uno de los principales escollos del Convenio para la Protección de las Minorías de la Comisión Europea,² que, como su título indica, se limita a obligar a los países partes a salvaguardar la identidad cultural de un grupo heterogéneo de personas que tienen la nacionalidad del país de acogida (Espinar Vicente, 2009, p. 187).

En el ámbito interno, el respeto en materia de diversidad cultural de las minorías extranjeras se refleja de manera específica en nuestra carta magna. El artículo 13.1, que establece que “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”, otorga a todos los extranjeros las libertades enumeradas en el título I de la Constitución, por su condición de seres humanos. El DIPr se convertirá en una rama del ordenamiento jurídico encargada de dar una respuesta adecuada a lo que se denominada en la jerga ius privatista “conflicto de civilizaciones” (Esteban de la Rosa, 2007). En efecto, evitar cualquier colisión entre la salvaguardia de esta identidad cultural con los valores y principios que son el basamento de la sociedad de acogida —y que se consagran en sus textos constitucionales— fricciones cuyo aumento es exponencial a la diversidad existente, sobre todo cuando quienes se incorporan a la sociedad del país de acogida pertenezcan a un sistema que se enraíza o cuyas fuentes son también de carácter religiosas, como acontece con frecuencia en los países islámicos.

Los preceptos normativos como parte de la identidad cultural

En palabras del jurista alemán E. Jayme (1995):

El respeto de la diversidad sociocultural va más allá de las manifestaciones externas, como pueden ser el idioma, la vestimenta o la alimentación, incluyendo también ciertas normas y tradiciones de la comunidad origen que guían el comportamiento de los individuos en las relaciones sociales y jurídicas. (p. 167)

2 BOE de 23 de enero de 1998.

De hecho, estas normas de comportamiento propias de cada pueblo, incluidas ciertas normas jurídicas arraigadas en creencias religiosas constituyen en muchas ocasiones el basamento del derecho de familia. El derecho como expresión cultural de una determinada población es un dato incontestable en los países de tipo islámico, donde las disposiciones legales se mezclan con preceptos provenientes de la religión, así recordemos que el islam se considera en determinados aspectos “guía” para los legisladores o sus interpretaciones. Entre las distintas ramas que conforman la ciencia jurídica, los ámbitos relativos al derecho de familia y al estatuto personal son los más influenciados por el islam. Precisamente, estos son los aspectos que las personas migrantes suelen mostrar mayor interés en preservar, al considerarlos elementos fundamentales de su identidad cultural. Como podemos imaginar, este reconocimiento por parte de las sociedades de acogida no siempre está exento de dificultades, a *sensu contrario* provoca desacuerdos y fricciones, lo que en términos jurídicos, hemos denominado “conflicto de civilizaciones”. En efecto, ciertos modos de organizar la vida familiar, tales como la poligamia o el repudio (*talaq*), si bien no se duda que son expresiones jurídicas propias de una cultura basada en la *sharía* o ley islámica, entran en clara discrepancia con principios universales indisponibles para los sistemas jurídicos occidentales.

El sistema jurídico español, frente a los problemas que plantea esta confluencia entre pueblos con una procedencia culturalmente diversa, tiene una actuación que pivota entre “por un lado, el respeto a la diversidad cultural de los colectivos inmigrantes y, por otra, la inserción de los migrantes en su actual espacio de convivencia, es decir, la sociedad de acogida” (Calvo Caravaca y Iriarte Ángel, 2000, p. 28). Ante este dilema, el derecho, especialmente el derecho internacional privado, tiene dos opciones. En primer lugar, está la opción de una acogida casi sin fisuras de la herencia cultural de las nuevas minorías, regulando las materias que conforman el estatuto personal mediante la pervivencia de las leyes del país de origen. Si bien esta opción es la más adecuada para la integración de la diversidad,

no podemos ignorar que esta elección tropezará con conflictos insalvables, ya que el reconocimiento de determinadas instituciones del país de origen provocará conflictos directos con los valores y principios constitucionales. La segunda alternativa a la diversidad consiste en imponer a los inmigrantes las leyes del país de acogida. Esta alternativa no está exenta de riesgos, ya que, por un lado, dificulta que determinadas instituciones desplieguen efectos jurídicos en el país de origen y, por otro, socava las manifestaciones básicas de su propia identidad cultural, entre las que se consideran determinadas normas jurídicas.

Dado que la sumisión a las leyes del país receptor y el mantenimiento de sus leyes nacionales son dificultades insuperables para el éxito de la integración en la sociedad receptora, el único camino admisible ha de pivotar en una “integración flexible”. Como destaca Abarca Junco (2000):

Una integración en los valores de la civilización (comunidad universal de derechos e intereses de todos los seres humanos que está por encima y relativiza la pertenencia a una cultura), es decir, derechos humanos y diversidad en los valores culturales, cuestiones accesorias que no afecten a esos derechos humanos. (p. 167)

En el mismo sentido, Espinar Vicente (2009) defiende el papel central de la Constitución en el establecimiento de límites máximos y mínimos a las diferencias de trato jurídico, de modo que “el límite máximo radica en la completa asimilación de los extranjeros al ordenamiento civil, mientras que el límite mínimo se sitúa en el núcleo de los derechos fundamentales o libertades públicas constitucionalmente consagradas” (p. 203).

Derecho internacional privado: hacia un instrumento intercultural

El derecho, como instrumento de convivencia pacífica entre los individuos, debe responder a las características de cada sociedad en un momento histórico determinado. En este sentido, la diversidad cultural crea una

doble necesidad en el ámbito jurídico: por un lado, proteger determinadas instituciones de otros orígenes normativos como expresión de la cultura del individuo y, por otro, articular una respuesta a los conflictos inherentes a esta naciente pluralidad legislativa.

El derecho internacional privado, a través de determinadas herramientas, que van desde las técnicas normativas que permiten la aplicación del derecho extranjero, hasta la adaptación de su derecho interno para regular situaciones con elementos foráneos, o el refuerzo de las fuentes internacionales mediante acuerdos bilaterales con el país de origen, facilita el diálogo entre los distintos ordenamientos jurídicos y, con ello, pone en marcha un mecanismo clave para hacer frente a la interculturalidad. Sin embargo, este reconocimiento mutuo, que en la mayoría de los casos es fluido, tiene sus limitaciones cuando los principios fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico se ven amenazados, y como válvula de escape de nuestro sistema ante la diversidad abierta dará lugar a la “excepción de orden público internacional” (Blázquez Rodríguez, 2023).

Herramientas jurídicas de apertura a la diversidad

El ordenamiento jurídico europeo ofrece medidas concretas para la convivencia pacífica y respetuosa de comunidades de diferentes orígenes culturales; especialmente cuando se trata de reconocer las relaciones jurídicas en el ámbito de la familia, que nacieron al amparo de ordenamientos jurídicos diferentes. Además, dado que España atraviesa las primeras etapas de la inmigración, nos encontramos en un momento idóneo para la reflexión, ya que los problemas aún afloran tímidamente y los conflictos sociales no presionan a los actores jurídicos para que respondan con precipitación. Entre los mecanismos para promover este diálogo intercultural, que fomenta también el respeto mutuo entre los sistemas jurídicos existentes (el del país de origen y el del país de acogida) destacamos los instrumentos que, a continuación, exponemos de modo somero.

La nacionalidad como ley personal

En España, según el artículo 9.1:

La ley personal es la ley determinada por la nacionalidad, que regulará las cuestiones inherentes a las personas físicas, como su capacidad de obrar, su estado civil, los derechos y deberes de la familia y la sucesión por causa de muerte. (Código Civil, 1889)

Dado que el legislador español optó por el vínculo de nacionalidad, a los migrantes que se encuentren en España se les aplicará la ley del país de origen, que regulará todas las materias conformadoras del “estatuto personal”. Se utilizó y mantuvo una norma conflictual, originariamente para los inmigrantes españoles —de modo que, aunque residieran en el extranjero, la ley española era la rectora de su estatuto— y que ahora se aplica a los inmigrantes, aceptando así que la ley de su país regule la mayoría de las materias contenidas en su estatuto personal. Así pues, debido a la existencia de una inmigración cuantitativamente relevante procedente de países islámicos, en el Reino de España, al igual que en gran parte de los países que conforman la actual UE, coexisten dos sistemas jurídicos de dos civilizaciones, uno musulmán y otro laico de raíces cristianas (Déprez, 1998, p. 19).

Firma de acuerdos bilaterales o multilaterales

A través de estos acuerdos entre el país receptor y el país de origen, se establecen canales de cooperación internacional con el objetivo de facilitar la vida de los inmigrantes en sus nuevas sociedades, proporcionando cauces de diálogo entre las partes presentes sobre la base del respeto mutuo. Como señala Borrás Rodríguez (1998), con la firma de estos acuerdos, “los países de origen pretenden asegurar el respeto de su identidad cultural, esencialmente religiosa, mientras que los Estados de recepción buscan una mayor apertura de los pueblos musulmanes” (p. 177). Frente a las fricciones consecuencia de la pervivencia de las identidades individuales musulmanas en Europa, la firma de acuerdos bilaterales ha sido uno de los

recursos más utilizados en los países de nuestro entorno (Carrier, 2000, pp. 34-35). En concreto, el 30 de mayo de 1997, España firmó el “Convenio sobre cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa”³ y el “Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de tutela, acceso a la justicia y repatriación de menores”.⁴ Estos convenios permiten a los jueces españoles dar reconocimiento a las sentencias marroquíes en materia de familia, arbitrando así una forma de englobar el respeto a la institución familiar, nacida en otro tiempo y cultura, preservando la identidad personal del migrante en el país receptor (artículo 23 del Convenio de Cooperación Judicial en Materia Civil España-Marruecos). Sin embargo, este reconocimiento será sometido a un exhaustivo examen por parte de los tribunales españoles, que deberán comprobar que cualquier decisión que se adopte en un país musulmán no sea contraria a los valores de nuestra carta magna en los que se basa nuestro ordenamiento jurídico. En concreto, la oposición a este reconocimiento ha sido mayor en aquellos casos en los que se han vulnerado o menoscabado principios constitucionales como la igualdad con independencia del género, la tutela absoluta del interés superior del menor o la falta en cuanto a garantías procesales mínimas.

Adaptación de su reglamentación interna

Ante las nuevas exigencias de una sociedad multicultural, los ordenamientos jurídicos de los países de acogida han esbozado diferentes respuestas desde su normativa interna. Entre otras, cabe destacar las siguientes:

- En primer lugar, algunos países han promulgado una legislación específica en relación con determinados sistemas familiares especialmente sensibles. Es el caso de la *Polygamous Marriages Act* (1972) del Reino

3 BOE nro. 151, de 25 de junio de 1997. Este Convenio se aplica de forma definitiva desde el 1 de julio de 1999 (BOE nro. 151, de 25 de junio de 1999).

4 BOE nro. 150, de 24 de junio de 1997. Este Convenio se aplica de forma definitiva desde el 1 de julio de 1999 (BOE nro. 151, de 25 de junio de 1999).

Unido, que pretende regular algunos de los efectos de la existencia de este tipo de uniones poligámicas en su territorio, y de la *Dissolution and Separation of Marriages and Recognition of Marriages Act* (1981) de los Países Bajos, que acoge algunos de los efectos del repudio de los matrimonios islámicos.

- En segundo lugar, se ha reclamado un *código del estatuto personal musulmán* a escala europea para abordar los problemas más frecuentes de ciertas instituciones familiares musulmanas. En concreto, Riad (1999, p. 379) sugiere que ese sistema jurídico se basaría en *la sharia* o ley islámica, si bien expresada de una forma más acorde con los valores europeos.
- En tercer lugar, existe una tendencia al desarrollo de normativas internas abiertas a la diversidad religiosa de las minorías. Un ejemplo de ello son los respectivos acuerdos suscritos entre el Gobierno español y las confesiones evangélica, israelita e islámica.⁵ Estos acuerdos del año 1992, a través de su art. 7, acogen la celebración de matrimonios válidos según los ritos propios de las iglesias evangélicas o las confesiones judías o musulmanas, con la salvaguardia de una serie de requisitos establecidos en dicho artículo —considerado como un mínimo común a la celebración matrimonial en España, con ciertas excepciones cuando se trata de la forma canónica (Blázquez Rodríguez, 2005, p. 396)—. Con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria, ha habido una extensión de esta posibilidad para otras confesiones religiosas con arraigo en España, como son la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (coloquialmente

5 Mediante la Ley 24/1992, 25/1992 y 26/1992, de 10 de noviembre de 1992, se aprobaron respectivamente el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), el Acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCIE) y el Acuerdo con la Comisión Islámica de España (CIE). Todos ellos se publicaron en el *BOE*, nro. 272, de 12 de noviembre de 1992, entrando en vigor desde el día siguiente al de su publicación.

conocidos como mormones), los Testigos de Jehová, la comunidad budista o la Iglesia ortodoxa.⁶

- En cuarto lugar, además de las soluciones esbozadas en el derecho sustantivo, otras soluciones se articulan a través del tipo de norma básica del DIPr que es la llamada “norma de conflicto”, y en particular, a través de un mayor protagonismo de la autonomía voluntaria. En este sentido, en determinados aspectos relativos a las relaciones familiares se permite al inmigrante elegir entre la ley de su propio país y la ley del lugar donde reside habitualmente como norma reguladora ampliándose así el abanico de opciones (Carlier, 1992, p. 425; 2000, pp. 34-35). Así pues, la elección entre una u otra ley dependerá del grado de integración de los inmigrantes en la sociedad de acogida y de la compatibilidad de las leyes del país de origen con los valores constitucionales. Sin embargo, algunos autores como Quiñones Escámez (2012), señalan que esta solución a favor de la ley de residencia habitual no está exenta de dificultades en la práctica “ya que, para un musulmán, renunciar a la ley personal puede, en muchos aspectos, equivaler a renunciar abiertamente a su religión” (p. 93). Un ejemplo de este tipo de disposiciones lo encontramos en la reforma del artículo 107 del Código Civil por la “LO 11/2003, de 29 de septiembre, sobre medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros”.⁷ Así gracias a la referida modificación se permite que, junto con la norma anterior (que permite la aplicación de la ley del país común de los cónyuges) en los supuestos de separación y divorcio, se permite la aplicación de la ley española siempre que estemos en uno de los siguientes supuestos:

6 BOE, nro. 158, de 3 de julio de 2015, entró en vigor el 23 de julio de 2015

7 Ley nro. 234 del Banco de Inglaterra, de 30 de septiembre de 2003, en vigor desde el día siguiente a su publicación.

a) que no resultara aplicable ninguna de las leyes mencionadas en el párrafo primero; b) cuando la demanda se presentara ante tribunales españoles siempre que se hubiese solicitado por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro; y c) si las leyes aplicables en virtud del párrafo primero no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público. (Ley Orgánica 11/2003)

Aplicación judicial flexible y respetuosa de la diversidad

Además de los legisladores nacionales, los tribunales tienen un importante papel que desempeñar para garantizar que la respuesta jurídica aporte las soluciones que requiere la creciente diversidad cultural y étnica de sus sociedades. Se han sugerido varias posibilidades a este respecto. En primer lugar, el nuevo pluralismo exige que la jurisprudencia *responda a las circunstancias particulares de los casos individuales* de forma tolerante con la diferencia, sin ignorar riesgos como la inseguridad jurídica. En segundo lugar, para reconocer ciertos efectos del sistema del Estado de origen contrarios a los valores constitucionales, se aboga por una *flexibilización de la excepción de orden público internacional*. Así, aunque los tribunales no puedan reconocer instituciones del derecho musulmán, como la poligamia o el repudio, que se consideran contrarias a los principios de igualdad de los cónyuges o de dignidad de la mujer, a través de esta flexibilización se reconocerán determinados efectos, dependiendo de la parte que inicie el procedimiento —el hombre o la mujer— y, por tanto, incluso a través del reconocimiento de aspectos que no vulneran los valores constitucionales antes mencionados (Déprez, p. 157; Aguilar Benítez de Lugo, 2000). Finalmente, frente a este encuentro de culturas, los tribunales han abogado por una plasticidad *en cuanto al reconocimiento de sentencias extranjeras* conforme a nuestro ordenamiento jurídico en situaciones jurídicas que se plantean al amparo de otro ordenamiento jurídico. En este contexto, el juez del *exequátur* debe valorar las circunstancias particulares, especialmente los resultados sustantivos producidos en un caso concreto, para

evitar una desprotección, que incluso puede tener consecuencias negativas para la parte más débil, a saber, la mujer o el menor.

*La respuesta del derecho internacional privado:
¿hacia qué modelo de cohesión social?*

Como sabemos, la coexistencia de diferentes culturas genera fricciones debido a la relación entre el modo de entender los aspectos básicos concernientes a la persona entre la sociedad de acogida y la de origen de las minorías migrantes. Para lograr una coexistencia pacífica es necesario aplicar estrategias de asentamiento y coexistencia, es decir, de integración. Como ha destacado Troyano Pérez (2002) “en las sociedades multiculturales, estas estrategias de integración y diálogo entre nacionales e inmigrantes giran en torno a tres modelos: el modelo asimilacionista, el integracionista y el multicultural” (p. 167). Según Martín Muñoz (2003), aprendemos que la integración debe plantearse desde una perspectiva global y que su aplicación práctica debe ser “la igualdad de derechos, condiciones, obligaciones y oportunidades con la población autóctona, así como el principio de la igualdad de culturas y el derecho a la propia identidad” (p. 24).

Ante los problemas que plantea la convivencia multicultural, el derecho pivota entre dos opciones: por un lado, la que acoge la diversidad cultural de las colectividades inmigrantes, y la otra, aquella vía que integra a las minorías en el actual espacio de convivencia (Espinar Vicente 2009, p. 183). A partir de aquí, debemos reflexionar sobre las herramientas del derecho internacional privado y su potencial para uno u otro modo de integración, así como las dificultades existentes —e inherentes— en una u otra dirección.

En primer lugar, la acogida del bagaje cultural de la población inmigrantes, la regulación de aspectos como las relaciones personales o familiares a través de la pervivencia de las leyes de su país de origen es un importante medio de reconocimiento de la diversidad. El principal ejemplo de ello en el DIPr español se encuentra en el artículo 9.1 del Código Civil.

Sin embargo, el reconocimiento de ciertas instituciones propias del país de origen conlleva importantes aspectos de divergencia difíciles de resolver en relación con los valores y principios constitucionales laicos y de inspiración cristiana del sistema europeo. En efecto, un número relevante de extranjeros en Europa procede del mundo musulmán, es decir, de sociedades y sistemas jurídicos cuyos principios rectores son contrarios en algunos aspectos clave a los valores occidentales. Por ejemplo, sus estatutos permiten instituciones familiares arraigadas en ciertos preceptos coránicos (o en la interpretación que de ellos hace una determinada escuela coránica) prácticas contrarias a nuestro orden público. De ahí la poligamia, el rechazo de las normas de herencia existentes, tales como la imposibilidad de que los “infeles” (no musulmanes) hereden, o el *tafadul*, que establece que una mujer que tenga el mismo parentesco con respecto al causante tiene derecho a la mitad de los bienes del haber hereditario que el varón (Blázquez Rodríguez, 2009, p. 448).

En segundo lugar, la opción de imponer a los inmigrantes las leyes del país de acogida para regular las cuestiones relativas al estatuto personal es también arriesgada por dos razones principales. Por un lado, dada la dificultad de reconocer tales instituciones en el país de origen, como es el caso de los matrimonios civiles contraídos por ciudadanos marroquíes o argelinos en países laicistas como Francia o Suiza; así el ordenamiento jurídico del país de origen se opone rotundamente al reconocimiento y el despliegue de efectos jurídicos de cualquier unión matrimonial que no haya sido orquestada por un rito coránico.

Por otra parte, al regular estas instituciones familiares en la forma prescrita por las leyes del país en el que las personas se encuentran, corremos el riesgo de privar a los extranjeros de su propia identidad cultural, una de cuyas manifestaciones más apreciadas es la interrelación entre derecho—fundamentalmente en el marco de las relaciones familiares— y religión. De hecho, esta última opción tampoco es viable para cualquier sociedad multicultural que aspire al diálogo intercultural entre comunidades. Como

lo define Touraine (1995) “el multiculturalismo solo tiene sentido si se define como la combinación, en un territorio dado, de una unidad social y de una pluralidad cultural mediante intercambios y comunicaciones entre actores que utilizan diferentes categorías de expresión, análisis e interpretación” (p. 16).

Reflexión final: una integración respetuosa con la diversidad cultural y los derechos humanos

Es un hecho indiscutible que las sociedades contemporáneas son multiculturales debido a la diversidad aportada por sus miembros. Es cierto que el multiculturalismo no es exclusivo de las sociedades posmodernas, pero presenta características propias como consecuencia de la globalización. Así pues, en la sociedad contemporánea asistimos a dos fenómenos de signo diferente. Por un lado, está la tendencia a la homogeneización, que promueve la integración económica. Por otro lado, está la diversidad racial que hemos mencionado como resultado de la inmigración. Como señala Jayme (1995), esto significa que las fuerzas ideológicas —y podemos añadir legislativas— actuales se componen de ideas bastante diferentes: por un lado, el deseo de integración económica y, por otro, la toma en consideración de la identidad cultural del individuo.

En esta encrucijada, debemos partir de la premisa de que este respeto por la identidad cultural no solo se expresa en elementos como una lengua, una religión o una forma de alimentarse, sino que también se extiende al derecho. Las ramas del derecho más influidas por la cultura —es decir, por la religión— son las que se refieren a la persona y a la familia. Las normas jurídicas se inspiran en preceptos religiosos cuando el sistema legal de origen es predominantemente islámico. Estos datos, unidos al hecho de que la población musulmana constituye una amplia mayoría en España y en la Unión Europea, nos plantean el reto de crear cauces propios para hacer posible la interculturalidad, como acción clave para garantizar la convivencia pacífica y la cohesión social en las sociedades plurales actuales.

En este diálogo intercultural, que debe producirse entre los ordenamientos jurídicos del país de origen del inmigrante y de la sociedad receptora, el derecho internacional privado desempeña un papel fundamental (Blázquez Rodríguez, 2023). Hemos de destacar una amplitud en cuanto a las herramientas que se han puesto en marcha de apertura hacia la diversidad jurídica. Estas van, desde la firma de acuerdos bilaterales de reconocimiento en materia civil entre los países de origen y destino de los inmigrantes, o la adaptación de las normas internas a la diversidad con el fin de dar solución a instituciones claves como el matrimonio o el divorcio, hasta la regla general de la aplicación del derecho nacional para regular las materias comprendidas en el estatuto personal (*ad exemplum*, el artículo 9.1 del Código Civil).

En la respuesta jurídica a la diversidad cultural de su nueva población, existe un debate abierto sobre la forma idónea de integrarlos, por un lado, sometiéndose a las leyes del país receptor, y por otro preservando la identidad cultural. Teniendo en cuenta los riesgos potenciales y nada desdeñables de una u otra opción, creemos que la única vía aceptable es la “integración flexible”, es decir, como propugna Abarca Junco (2000, p. 167) en la que no se ponen en riesgo los derechos inherentes al individuo —además de la pertenencia y manifestaciones culturales específicas, incluidas las religiones— y que incluyen necesariamente el respeto absoluto de derechos humanos como la dignidad y la igualdad, que se extienden a la institución familiar y a cada una de las personas que la componen.

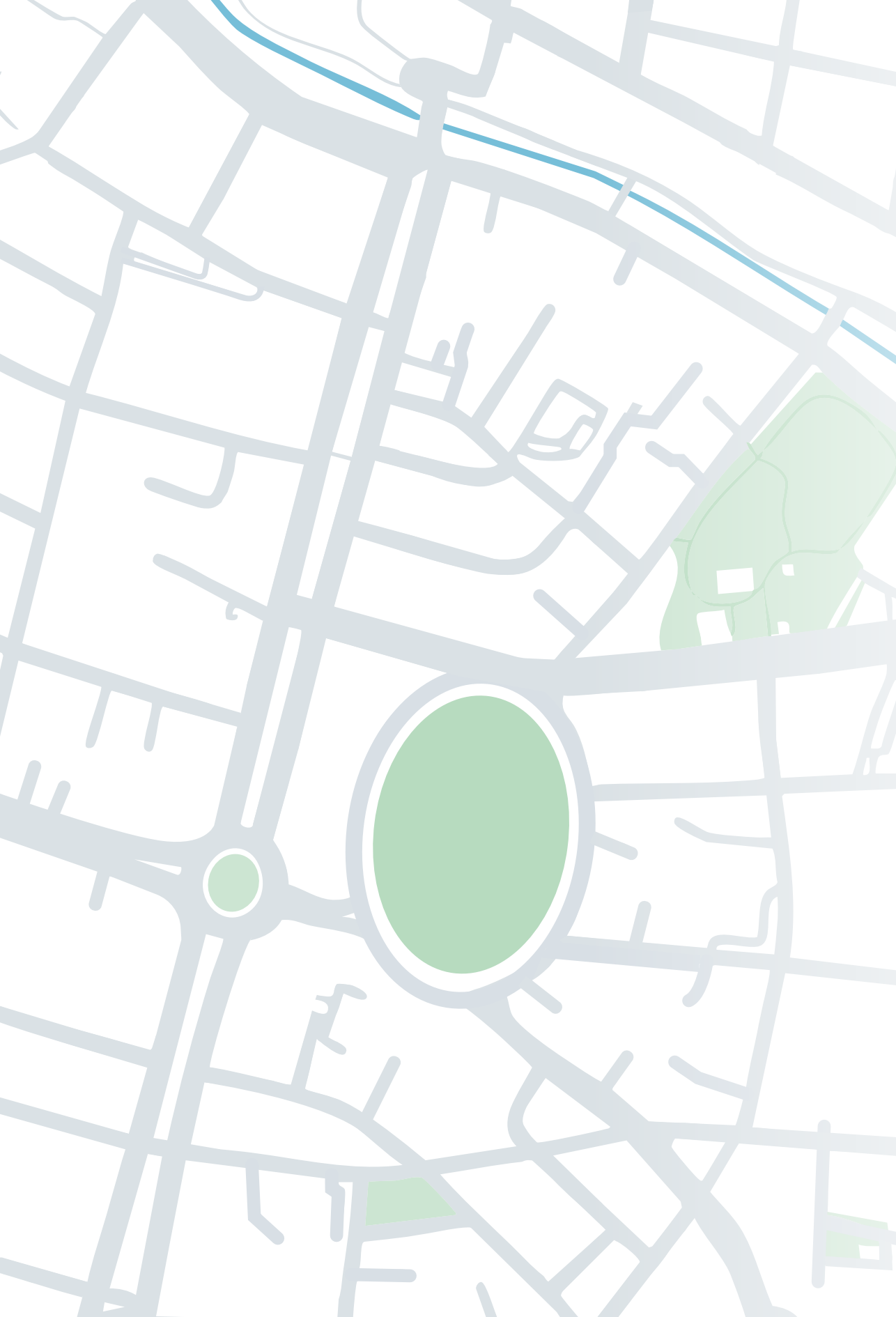
Referencias bibliográficas

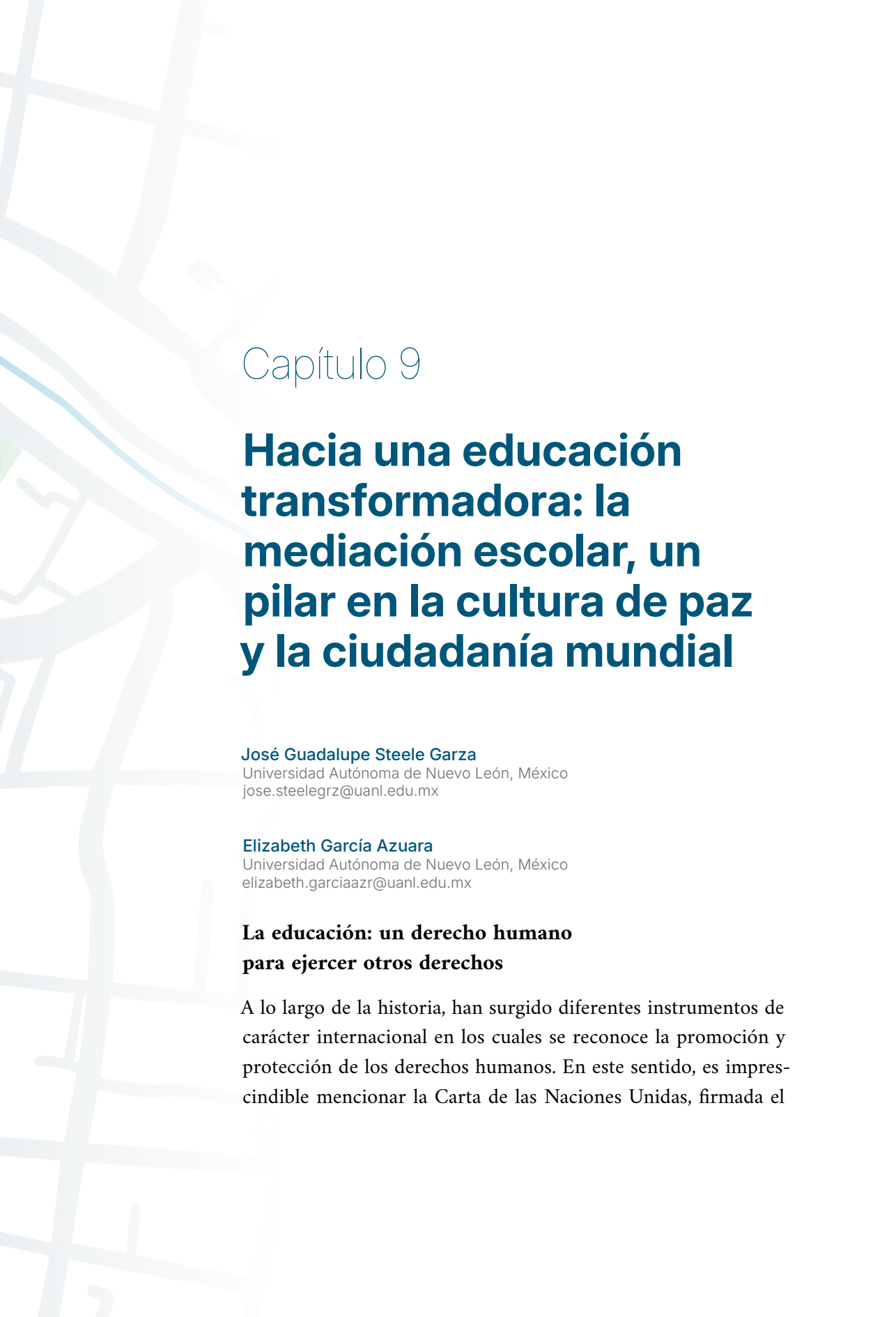
- Abarca Junco, P. (2000). Las normas de una sociedad multicultural. En A. L. Calvo y J. L. Iriarte (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia* (pp. 163-179). Colex.
- Adam Muñoz, M. D. (2021). El derecho internacional privado como mecanismo para la prevención y erradicación de situaciones

- discriminatorias por motivos de género. En A. Cárdenas Cordón y O. Salazar Benítez (eds.), *La interpretación y aplicación del derecho en clave de igualdad de género* (pp. 209-258). Tirant lo Blanch.
- Adam Muñoz, M. D. (2005). La mujer musulmana y el derecho de familia. En I. Blázquez Rodríguez (dir.), *Inmigración magrebí y derecho de familia* (pp. 161-187). Junta de Andalucía. <https://bit.ly/4jg3A5I>
- Aguilar Benítez de Lugo, M. (2000). *Ius nubendi y orden público matrimonial*. *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 425-447. <https://bit.ly/42x6pIs>
- Blázquez Rodríguez, I. (2008). *Regiones, Unión Europea e integración de inmigrantes*. Atelier.
- Blázquez Rodríguez, I. (2009). El derecho sucesorio islámico: Principios informadores y excepción de orden público internacional. *Revista Española de Derecho Internacional*, 61(2), 441-453. <https://bit.ly/42vtDyC>
- Blázquez Rodríguez, I. (2023). El papel del derecho internacional privado en las migraciones magrebíes y subsaharianas: Entre el respeto a la identidad cultural y el orden público internacional. En G. Esteban de la Rosa (ed.), *Gobernanza multinivel de los movimientos migratorios: retos y perspectivas desde el derecho* (pp. 33-56). Dykinson.
- Blázquez Rodríguez, I., y Adam Muñoz, M. D. (2005). *Inmigración magrebí y Derecho de familia*. Junta de Andalucía.
- Borrás Rodríguez, A. (1998). La sociedad europea multicultural: La integración del mundo islámico. En A. Borrás y S. Mernissi (eds.), *El islám jurídico y Europa: Derecho, religión y política* (pp. 170-196). Icaria.
- Calvo Caravaca, A. L., y Iriarte Ángel, J. L. (2000). La regulación de una sociedad multicultural. En *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Colex.
- Carlier, J. Y. (1992). *Autonomie de la volonté et statut personal*. Bruylant. <https://bit.ly/4cvpXS5>

- Carlier, J. Y. (2000). Estatuto personal y sociedad multicultural: El papel de la autonomía de la voluntad. En A. L. Calvo Caravaca y J. L. Iriarte Ángel (eds.), *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*. Colex. <https://bit.ly/4cubvJP>
- Código Civil. (1889). *Real Decreto de 24 de julio por el que se publica el Código Civil*. Boletín Oficial del Estado. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>
- De Cossío Corral, A. (1988). *Instituciones del derecho civil, parte general*. Civitas.
- Déprez, J. (1988). *Droit international privé et conflits de civilisations*. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 211, 9-372. Martinus Nijhoff Publishers.
- Espinar Vicente, J. M. (2009). Sociedad multicultural y derecho internacional privado. En I. García Rodríguez (ed.), *Las ciudades de soberanía española: respuestas para una sociedad multicultural* (pp. 181-204). Ediciones Universidad de Alcalá.
- Esteban de la Rosa, G. (2007). La multiculturalidad (de la inmigración) relevante para el Derecho internacional privado español. *Dereito*, 16(2), 5-26. <https://bit.ly/4ilBHRb>
- Gannagé, P. (1979). La coexistence des droits confessionnels et des droits laïcisés dans les relations privées internationales. In *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 194, 347-423. Martinus Nijhoff Publishers.
- Giménez Romero, C. (1997). La naturaleza de la mediación intercultural. *Migraciones: Publicación del Instituto Universitario de Estudios sobre Migraciones*, (2), 125-159. <https://bit.ly/42A8iEc>
- Huntington, S. P. (1993). The clash of civilizations? *Foreign Affairs*, 72(3), 22-49. <https://bit.ly/3EiiRDM>
- Jayme, E. (1995). Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 251, 9-268. Martinus Nijhoff Publishers.

- Jiménez Salcedo, C. (2023). El defensor del pueblo: institución imprescindible en el futuro del Estado social y democrático de derecho: una perspectiva histórico-romanista. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (30), 103-126. <https://bit.ly/3EmHijh>
- Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros. (2003). *Boletín Oficial del Estado*. <https://bit.ly/3E8AuWF>
- Martín Muñoz, G. (2003). *Los marroquíes en España. Un estudio sobre su integración*. Fundación Repsol YPF.
- Mercier, P. (1972). *Conflicts de civilisations et Droit International Privé. polygamia y repudio*. Droz.
- Mora Castro, A. (2018). *Mediación intercultural y gestión de la diversidad. Herramientas para promover la convivencia pacífica*. Tirant lo Blanch.
- Quiñones Escámez, A. (2012). *Inmigración e integración en la UE: Dos retos para el siglo XXI*. Consejo Vasco del Movimiento Europeo. <https://bit.ly/3XYPyWE>
- Riad, F. (1999). Pour un code européen de droit musulman. En J. Y. Carlier y M. Werwilghen (eds.), *Le statut personnel des musulmans. Droit comparé et droit international privé* (pp. 379-382). Bruylant. <https://bit.ly/4j8IMwG>
- Rodríguez Moya, A. (coord.). (2009). *Inmigración y resolución de conflictos: la mediación intercultural*. Dykinson.
- Ruiz Sutil, C. y Rueda Valdivia, R. (2008). *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*. Junta de Andalucía.
- Touraine, A. (1995). ¿Qué es una sociedad multicultural? El problema de la falsedad y la verdad. *Claves de la razón práctica*, (56), 3-43. <https://bit.ly/4jsCuZf>
- Troyano Pérez, J. F. (2002). Identidad inmigrante, solidaridad e integración social. En *II Seminario de investigación sobre inmigración extranjera en Andalucía* (pp. 167-172). Junta de Andalucía.



A faint, light gray map of Mexico is visible in the background, showing the outline of the country and some internal regional boundaries.

Capítulo 9

Hacia una educación transformadora: la mediación escolar, un pilar en la cultura de paz y la ciudadanía mundial

José Guadalupe Steele Garza

Universidad Autónoma de Nuevo León, México
jose.steelegrz@uanl.edu.mx

Elizabeth García Azuara

Universidad Autónoma de Nuevo León, México
elizabeth.garciaazr@uanl.edu.mx

La educación: un derecho humano para ejercer otros derechos

A lo largo de la historia, han surgido diferentes instrumentos de carácter internacional en los cuales se reconoce la promoción y protección de los derechos humanos. En este sentido, es imprescindible mencionar la Carta de las Naciones Unidas, firmada el

26 de junio de 1945, que surge como respuesta a la devastación y sufrimiento derivado de la Segunda Guerra Mundial y reafirma los derechos fundamentales del hombre, la dignidad humana y la igualdad. Es un llamado a mantener la paz y la cooperación internacional que dispone:

1. Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz;
2. Fomentar entre las naciones relaciones de amistad basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, y tomar otras medidas adecuadas para fortalecer la paz universal;
3. Realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión; y
4. Servir de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar estos propósitos comunes. (ONU, 1945, art. 1)

De acuerdo con lo citado, los derechos humanos son universales, inalienables e imprescriptibles, inherentes al ser humano, aplican a todas las personas sin distinción alguna, independientemente de su condición política, jurídica o internacional del país donde resida. Aunque la Carta de las Naciones Unidas (ONU, 1945) no menciona explícitamente el derecho a la educación, reconoce que la Asamblea General de la ONU promoverá estudios y realizará recomendaciones respecto a “fomentar la cooperación internacional en materias de carácter económico, social, cultural, educativo y sanitario y ayudar a hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión” (art. 13).

Por su parte, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es el primer documento oficial que protege, desde el ámbito internacional, el derecho a la educación:

1. Toda persona tiene derecho a la educación. La educación debe ser gratuita, al menos en lo concerniente a la instrucción elemental y fundamental. La instrucción elemental será obligatoria. La instrucción técnica y profesional habrá de ser generalizada; el acceso a los estudios superiores será igual para todos, en función de los méritos respectivos.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos, y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz.
3. Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos. (ONU, 1948, art. 26)

Desde su preámbulo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce la educación como intrínseca para todos y le atribuye una finalidad: el pleno desarrollo de la personalidad humana. Es decir, la educación se orienta al desarrollo armónico de las facultades cognitivas, valorales y procedimentales del ser humano, necesarias para enfrentar las demandas de la sociedad en una amplia variedad de contextos.

De acuerdo con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la educación forma parte de los derechos denominados de “segunda generación”, porque garantiza condiciones de vida dignas para todos los seres humanos. El Pacto reconoce el derecho a la educación en los términos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, orientada al desarrollo de la personalidad humana y promoción de la paz, y con el objeto de garantizar su cumplimiento determina la implantación progresiva de la enseñanza gratuita en educación secundaria y superior, un sistema adecuado de becas y la mejora continua de las condiciones materiales del cuerpo docente (ONU, 1976).

En este mismo sentido, la Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación relativa a los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, define:

- a. la palabra a “educación” designa el proceso global de la sociedad, a través de los cuales las personas y los grupos sociales aprenden a desarrollar conscientemente en el interior de la comunidad nacional e internacional y en beneficio de ellas, la totalidad de sus capacidades, actitudes, aptitudes y conocimientos. Este proceso está limitado a una actividad determinada.
- b. los términos “comprensión”, “cooperación” y “paz internacional” deben considerarse como un todo indivisible, fundado en el principio de las relaciones amistosas entre los pueblos y los Estados que tienen sistemas sociales y políticos diferentes, así como en el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En el texto de la presente Recomendación, las diversas connotaciones de esos términos se sintetizan a veces en una expresión sucinta: “educación para la comprensión internacional”.
- c. los “derechos humanos” y las “libertades fundamentales” son los definidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos. (ONU, 1974, pp. 1-2)

Este documento refrenda el compromiso adquirido desde la Carta de las Naciones Unidas (ONU, 1945) y articula la educación y la paz desde una dimensión internacional y perspectiva global para todos en sus diferentes niveles y formas.

De igual manera, la Convención sobre los Derechos del Niño estipula el derecho del niño a la educación en condiciones de igualdad, con un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad y solidaridad. Reconoce la importancia de la familia, los valores, la identidad cultural, el respeto a los derechos humanos, al desarrollo de la personalidad en todas sus dimensiones y destaca la importancia de preparar al niño para asumir una vida responsable de una sociedad libre y con respeto del medio ambiente natural (ONU, 1989).

Aunado a ello, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en Materia de Derechos Humanos reafirma los propósitos

y principios originales de la ONU (1945), para fortalecer mediante la educación el respeto de los derechos humanos y favorecer el desarrollo de la persona como miembro de una sociedad libre, pacífica, pluralista e incluyente (ONU, 2011).

Finalmente, la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, una hoja de ruta que enuncia los objetivos de desarrollo sostenibles (ODS) para hacer frente a los desafíos globales, habla de una “educación de calidad” (ODS 4) y menciona que esta tiene como propósito: “Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad, y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos” (ONU, 2015). Además, la Agenda 2030 establece la vinculación del ODS 4 con otros como: ODS 1-Fin de la pobreza, ODS 3-Salud y bienestar, ODS 5-Igualdad de género, ODS 8-Trabajo decente y crecimiento económico, ODS 10-Reducción de las desigualdades, ODS 16-Paz, justicia social e instituciones sólidas y ODS 17-Alianzas para lograr los objetivos.

La educación es una respuesta para hacer frente a los retos del futuro y se convierte en una herramienta clave para el ejercicio de otros derechos. Desarrolla conocimientos y competencias para mejorar la vida de las personas, aumenta las oportunidades de empleabilidad y el crecimiento económico, reduce las desigualdades y empodera a las personas en la construcción de sociedades pacíficas, inclusivas y sostenibles dentro de un régimen de protección de los derechos humanos.

Política educativa y cultura de paz: un compromiso internacional

En relación a los marcos normativos internacionales previamente expuestos y desde el enfoque de las políticas públicas, es esencial considerar las recomendaciones realizadas en materia educativa y cultura de paz por organismos internacionales como la UNESCO (2024). Entiéndase por recomendaciones “los documentos jurídicos internacionales no vinculantes que enuncian principios y normas para regular a escala internacional toda

cuestión particular que pueda ser de interés para los países” (p. 5). Las recomendaciones se convierten en un compromiso internacional y una guía para la toma de decisiones, en consecuencia, los países incorporan en su derecho interno los principios y normas formuladas desde un contexto internacional, pero adaptadas a sus necesidades. De esta manera, los países a través de la política educativa establecen estrategias y acciones para promover la cultura de paz desde la educación. Es aquí donde adquiere relevancia el binomio educación-cultura de paz para la política educativa.

Es oportuno destacar la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena, la cual declara:

78. La Conferencia Mundial de los Derechos Humanos considera que la educación, la capacitación y la información pública en materia de derechos humanos son indispensables para establecer y promover relaciones estables y armoniosas entre las comunidades y para fomentar la comprensión mutua, la tolerancia y la paz.
79. Los Estados deben tratar de eliminar el analfabetismo y deben orientar la educación hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos, el derecho humanitario, la democracia y el imperio de la ley como temas de los programas de estudio de todas las instituciones de enseñanza académica y no académica.
80. La educación en materia de derechos humanos debe abarcar la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social, tal como se enuncian esos principios en los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos, a fin de lograr la comprensión y sensibilización de todos acerca de los derechos humanos y de fortalecer el compromiso en favor de esos derechos. (ONU, 1993, p. 46)

Reconoce la educación como un medio para la construcción de sociedades pacíficas, hace un llamamiento a incorporar en los programas de estudio temas de derechos humanos, derecho humanitario, democracia y Estado de derecho. Además, destaca que el estudio de los derechos humanos debe comprender la paz, la democracia, el desarrollo y la justicia social.

En este contexto, la Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz proporciona la definición de “cultura de paz” como “un

conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida” (ONU, 1999, p. 2). Esta declaración establece estrategias, acciones y los agentes principales para instar a los Estados miembros a promover la paz en el ámbito nacional, regional e internacional. En educación, establece las siguientes medidas para promover una cultura de paz:

- a) Revitalizar las actividades nacionales y la cooperación internacional destinadas a promover los objetivos de la educación para todos con miras a lograr el desarrollo humano, social y económico y promover una cultura de paz;
- b) Velar por que los niños, desde la primera infancia, reciban instrucción sobre valores, actitudes, comportamientos y estilos de vida que les permitan resolver conflictos por medios pacíficos y en un espíritu de respeto por la dignidad humana y de tolerancia y no discriminación;
- c) Hacer que los niños participen en actividades en que se les inculquen los valores y los objetivos de una cultura de paz;
- d) Velar por que haya igualdad de acceso de las mujeres, especialmente de las niñas, a la educación;
- e) Promover la revisión de los planes de estudio, incluidos los libros de texto, teniendo en cuenta la Declaración y el Plan de Acción Integrado sobre la Educación para la Paz, los Derechos Humanos y la Democracia³ de 1995, para lo cual la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura prestaría cooperación técnica si así se le solicitara;
- f) Promover y reforzar las actividades de los agentes que se indican en la Declaración, en particular la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, destinadas a desarrollar valores y aptitudes que favorezcan una cultura de paz, incluidas la educación y la capacitación en la promoción del diálogo y el consenso;
- g) Reforzar las actividades en marcha de las entidades pertinentes del sistema de las Naciones Unidas destinadas a impartir capacitación y educación, cuando corresponda, en las esferas de la prevención de los conflictos y la gestión de las crisis, el arreglo pacífico de las controversias y la consolidación de la paz después de los conflictos;
- h) Ampliar las iniciativas en favor de una cultura de paz emprendidas por instituciones de enseñanza superior de diversas partes del mundo, incluidas la Universidad de las Naciones Unidas, la Universidad para la Paz y el proyecto relativo al Programa de universidades gemelas y de Cátedras

de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura. (p. 6)

Asimismo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en Materia de Derechos Humanos, estipula:

1. Los Estados deben formular o promover la formulación, al nivel adecuado, de estrategias y políticas y, según corresponda, de programas y planes de acción, para impartir educación y formación en materia de derechos humanos, por ejemplo integrándolas en los planes de estudios de las escuelas y en los programas de formación. A ese respecto, deben tener en cuenta el Programa Mundial para la educación en derechos humanos y las necesidades y prioridades nacionales y locales específicas. (ONU, 2011, art. 8)

Así, podemos ver cómo las resoluciones aprobadas por la ONU se complementan con la Agenda 2030 y con otros instrumentos internacionales que orientan las políticas educativas de los países respecto a la incorporación de la cultura de paz en educación, con la finalidad de prevenir la violencia, resolver conflictos pacíficamente y mantener la paz duradera; reafirmando el compromiso colectivo en aras de cumplir los ideales de la Carta de las Naciones Unidas (ONU, 1945).

Mediación y cultura de paz: un vínculo indisoluble con la educación

En el campo de la educación, la construcción de las políticas educativas ha sido impulsada desde el ámbito internacional y para enfrentar los desafíos del contexto global. Se integra la función de la educación en el fomento de la paz, un compromiso con la no violencia enfatizando el respeto a la vida, la dignidad humana, los derechos humanos y basada en los principios de libertad, justicia, solidaridad y tolerancia. En este sentido, es pertinente retomar tres definiciones de educación vinculadas entre sí:

- a) la “educación” es un derecho humano inalienable, un proceso que dura toda la vida y tiene lugar en toda la sociedad, mediante el cual todas las personas aprenden y desarrollan al máximo su potencial, el conjunto de su personalidad,

su sentido de la dignidad, sus talentos y sus capacidades mentales y físicas, dentro de las comunidades y los ecosistemas locales, nacionales, regionales y mundiales y en beneficio de estos. (UNESCO, 2023, pp. 39-40)

Una cultura de paz es un conjunto de valores, actitudes, tradiciones, comportamientos y estilos de vida basados en: a) El respeto a la vida, el fin de la violencia y la promoción y la práctica de la no violencia por medio de la educación, el diálogo y la cooperación. (ONU, 1999, p. 2)

La mediación es una herramienta pero dentro del proceso de resolución de conflictos y para aquellos casos en los que las partes han agotado ya las posibilidades de resolverlos por sí mismos, o en los que la situación de violencia o de incomunicación impiden que puedan hacerlo. En esos casos pueden pedir la intervención de una tercera persona o personas que les ayuden a construir un proceso justo, restableciendo la comunicación y creando el espacio y clima adecuados para que puedan hacerle frente y resolverlo. Esta es la persona que llamaremos mediadora. La decisión final siempre será de las partes, no del mediador o mediadora. (Cascón Soriano, s. f., p. 24)

Por su parte, podemos definir la mediación como el método de solución de controversias en que dos o más partes en conflicto solicitan la intervención de un tercero neutral, para que sean guiadas para lograr la solución al conflicto. Entre sus características principales podemos mencionar las siguientes:

1. Los participantes son guiados por un tercero y solucionan el conflicto.
2. Los participantes tienen una intervención conjunta con el tercero.
3. El tercero debe ser un experto en la materia.
4. Satisface intereses particulares y públicos.
5. Tiene etapas procedimentales para su desarrollo.
6. El procedimiento termina en el momento que los dispongan las partes.
7. Ambos participantes ganan y pierden, se logra el equilibrio.
8. Los participantes designan el lugar, la fecha, la hora y el idioma del procedimiento.
9. Es un método rápido y económico.
10. El cumplimiento de los acuerdos es voluntario. (Gorjón Gómez y Steele Garza, 2020, p. 18)

Ahora bien, educación, mediación y cultura de paz constituyen el engranaje perfecto para el desarrollo de actitudes, comportamientos y estilos de vida que coadyuven en la construcción de sociedades justas, pacíficas e inclusivas. Trasladándose así, la mediación al sector educativo cuando hay voluntad de las partes. Razón por la cual la educación es el motor que empodera a las personas y comunidades en la consecución de la paz y se vale de mecanismos como la mediación para enfrentar los conflictos que se suscitan en la sociedad.

La mediación como estrategia de paz y oportunidad de aprendizaje

En el marco internacional del derecho a la educación se integran las bases para una convivencia pacífica, los Estados adquieren la obligación de crear condiciones de aprendizaje inclusivas y libres de toda forma de violencia que permitan a la comunidad educativa participar de manera significativa y efectiva. Sin embargo, en la sociedad los conflictos están presentes en diversos contextos y el educativo no es la excepción, se evidencia a nivel micro y forman parte de las relaciones sociales establecidas entre los miembros de la comunidad educativa.

El conflicto se define como el “choque de posiciones, ideas, intereses, pensamientos, sentimientos entre dos o más personas físicas o jurídicas que intentan tener la razón. También es conocido como problema” (OEI, 2020, p. 8).

El conflicto es inherente a las relaciones humanas, complejo y dinámico. El análisis del conflicto se centra en la exploración de tres elementos fundamentales:

Personas, grupos y organizaciones: es importante señalar a las personas o grupos inmersos directa o indirectamente en el conflicto y que tienen la capacidad legítima para involucrarse en la forma positiva en la solución de este.

Procesos: es trascendental la forma de abordar el conflicto, así como la administración de dicho proceso con el objeto de clarificarlo para generar un abanico de

posibilidades en la solución de la controversia, privilegiando de forma efectiva el proceso de comunicación.

Problemas: el conflicto es la dinámica y la estructura del problema, debiendo distinguir entre conflictos genuinos y conflictos imaginarios, con el objeto de separar las áreas de incompatibilidad, discrepancia, así como sus pretensiones, necesidades e intereses para concluir de forma satisfactoria y contundente la disputa. (Lederach, 1989 citado en Gorjón Gómez y Steele Garza, 2020, p. 52)

En la convivencia escolar surgen conflictos de diversas tipologías, pueden manifestarse de forma consciente o inconsciente y regularmente generan tensión entre los miembros de la comunidad educativa. De aquí la importancia de manejar el conflicto con la lógica de “ganar-ganar”, generar las condiciones necesarias para el diálogo e implementar mecanismos que eviten su escalada.

Desde esta perspectiva surge el término de mediación escolar, “cuando la mediación implementada para prevenir, gestionar o resolver positivamente los conflictos en el ámbito escolar”. (OEI, 2020, p. 8) Es considerado uno de los principales mecanismos para abordar de manera pacífica los conflictos que surgen en el ámbito educativo, mediante la intervención de un mediador que no es parte del conflicto, pero facilita el diálogo (cuando las partes tienen voluntad de participar en la mediación), el análisis de propuestas y el establecimiento de acuerdos. En la mediación escolar deben garantizarse en todo momento los principios de voluntariedad, cooperación, autocomposición, imparcialidad y confidencialidad.

Así, la mediación escolar se define como:

Un método de solución de controversias en la que interviene un facilitador/mediador a instancia de los participantes en el que se utiliza en los conflictos escolares entre el personal docente, administrativo, alumnos, padres de familia y todas aquellas personas que conforman el núcleo escolar. La mediación escolar genera una cultura de la paz y cordialidad en el entorno educativo. (Steele Garza y Sánchez García, 2024, p. 55)

La mediación escolar se vincula con otro concepto, “provención”, término utilizado por Burton como el “proceso de intervención antes de

la crisis que nos lleve a: Una explicación adecuada del conflicto, incluyendo su dimensión humana. Un conocimiento de los cambios estructurales necesarios para eliminar sus causas” (citado en Cascón Soriano, s. f.). Se trata de una promoción de condiciones que creen un clima adecuado y favorezcan unas relaciones cooperativas que disminuyan el riesgo de nuevos estallidos, aprendiendo a tratar y solucionar las contradicciones antes de que lleguen a convertirse en antagonismos.

En este sentido, la provención a nivel educativo va a significar intervenir en el conflicto cuando está en sus primeros estadios, sin esperar a que llegue la fase de crisis. Se trata de favorecer y proveer de una serie de habilidades y estrategias que nos permitan enfrentar mejor los conflictos. Se trata en definitiva de poner en marcha un proceso que cree las bases para enfrentar cualquier disputa o divergencia en el momento en que se produzca. (Cascón Soriano, s. f., p. 14)

Por consiguiente, la mediación representa la oportunidad para pasar del conflicto al aprendizaje, debido a que en el proceso de resolución pacífica se ponen en práctica valores, se regulan las emociones, se favorece el diálogo y la comunicación. En otras palabras, se desarrollan competencias a lo largo de la vida que están presentes en la convivencia social, se restauran los vínculos entre los miembros de la comunidad educativa y se promueve una cultura de paz para la construcción de sociedades justas, democráticas y sostenibles.

Mediación: un enfoque holístico de la educación transformadora

El pilar en la cultura de paz y formación de competencias para la ciudadanía mundial

En congruencia con lo expuesto, se ha enfatizado la vinculación indisoluble entre educación y cultura de paz, donde la mediación asume un papel esencial como mecanismo de resolución pacífica de conflictos y una

estrategia para pasar del conflicto al aprendizaje desarrollando competencias a lo largo de la vida.

En este contexto convergen dos términos. El primero hace referencia a “ciudadanía mundial”, un enfoque que responde al mundo dinámico e interdependiente del siglo XXI. Implica un cambio de paradigma en torno a la evolución de la enseñanza y el aprendizaje con miras a lograr una paz duradera mediante el desarrollo de conocimientos, competencias, valores y actitudes que los estudiantes necesitan para garantizar un mundo más justo, pacífico, tolerante, inclusivo, sostenible y seguro. La educación para la ciudadanía mundial se compone de diversos elementos, entre los cuales incluye fomentar en los alumnos:

Una actitud sustentada en una comprensión de los múltiples niveles de identidad, y la posibilidad de una “identidad colectiva”, que trasciende las diferencias culturales, religiosas, étnicas u otras diferencias;

Un profundo conocimiento de los problemas mundiales y de valores universales como la justicia, la igualdad, la dignidad y el respeto;

Competencias cognoscitivas para pensar de forma crítica, creativa y sistemática, incluida la adopción de un enfoque de múltiples perspectivas que reconozca las diferentes dimensiones, perspectivas y ángulos de los problemas;

Competencias no cognoscitivas, que comprenden aptitudes sociales como la empatía y la solución de conflictos, competencias de comunicación y aptitudes para el trabajo en red y la interacción con personas con diferentes historias, orígenes, culturas y perspectivas; y

Capacidades conductuales de para actuar en forma conjunta y responsable a fin de encontrar soluciones globales a los problemas mundiales, y para luchar por el bien colectivo. (UNESCO, 2016, p. 10)

El segundo término se refiere a la necesidad de una “educación transformadora”:

La “educación transformadora” supone una enseñanza y un aprendizaje creados conjuntamente, que reconozcan y valoren la dignidad y diversidad de los alumnos y las alumnas en los entornos educativos, eliminen todas las barreras a su aprendizaje y los motiven y capaciten para reflexionar de manera crítica y llegar a ser agentes de cambio y protagonistas de su propio futuro, posibilitando la adopción de decisiones fundamentadas y la acción a nivel individual,

comunitario, local, nacional, regional y mundial, en particular mediante enfoques como la educación para la ciudadanía mundial, la educación para el desarrollo sostenible y la educación en derechos humanos, entre otros, en favor de la construcción de sociedades pacíficas, justas, inclusivas, igualitarias, equitativas, saludables y sostenibles. (UNESCO, 2023, p. 40)

Así, la educación para la ciudadanía mundial se enfoca en el desarrollo de competencias para todos a lo largo de la vida, señala un marco de acción que permite hacer frente a desafíos transversales desde una concepción humanista —sin dejar a nadie atrás— y respalda el compromiso de consolidación de la paz como un proceso permanente que requiere agentes de cambio para la transformación de la sociedad.

En línea con lo anterior y para garantizar que las experiencias de aprendizaje sean realmente transformadoras, se integran 14 principios rectores en todas las dimensiones de la educación:

1. Basada en los derechos humanos.
2. Accesible y de buena calidad.
3. No discriminatoria.
4. Que inculque una ética del cuidado, la compasión y la solidaridad.
5. Que promueva la igualdad de género.
6. Equitativa, inclusiva y respetuosa de la diversidad.
7. Que garantice la seguridad, la salud y el bienestar de todo el alumnado, el cuerpo docente y el personal de la educación.
8. Permanente, continua y transformadora.
9. Que fomente la creación conjunta del conocimiento.
10. Que defienda la libertad de pensamiento, de creencias, de religión y de expresión, y prohíba la apología de todas las formas de odio.
11. Participativa, principalmente mediante el uso ético y responsable de las tecnologías.
12. Que se enmarque en una perspectiva internacional y mundial, subrayando las interconexiones entre lo local y lo mundial.
13. Que promueva el diálogo intercultural e intergeneracional.
14. Que cultive una ética de ciudadanía mundial y de responsabilidad compartida para la paz, los derechos humanos y el desarrollo sostenible en beneficio de todos. (UNESCO, 2024, p. 9)

Desde esta perspectiva, los enfoques holísticos articulan la educación y la consecución de la paz, los derechos humanos y libertades fundamentales, la comprensión internacional, la cooperación, la democracia, el Estado de derecho, la ciudadanía mundial y el desarrollo sostenible, todos como ejes transversales para la transformación social.

Bajo esta premisa, la mediación se perfila como un pilar para la prevención, promoción y mantenimiento de la paz, sustentada en la construcción del aprendizaje a partir del conflicto. El estudiante desarrolla —desde la perspectiva positiva del conflicto— habilidades cognitivas, socioemocionales y procedimentales. Dentro de estas se incluyen habilidades de comunicación (escucha activa, asertividad), pensamiento crítico (análisis del conflicto, evaluación de alternativas y toma de decisiones), trabajo en equipo (cooperación, liderazgo) y socioemocionales (autoconocimiento, autocontrol, empatía), necesarias en el empoderamiento de niñas, niños, jóvenes y personas adultas para hacer frente a los desafíos mundiales y mediante la participación activa contribuyan a la transformación de la sociedad.

Mediación: un modelo holístico de la educación transformadora

Desde una visión holística, la mediación es una estrategia clave para la construcción del aprendizaje, concibe al estudiante de manera integral, destaca la articulación entre educación, mediación y cultura de paz. Esto constituye el engranaje perfecto para dotar a niñas, niños, adolescentes y adultos de conocimientos, competencias, valores, actitudes y comportamientos que se conviertan en estilos de vida, formando así agentes de cambio. Además, sigue el planteamiento del modelo transformativo:

La respuesta ideal a un conflicto no consiste en resolver “el problema” sino en ayudar a transformar a los individuos comprometidos, en ambas dimensiones del crecimiento moral. Responder productivamente a los conflictos significa utilizar las oportunidades que ellos representan de cambiar y transformar a las partes como seres humanos. Significa alentar y ayudar a los adversarios a utilizar el conflicto para comprender y realizar sus cualidades intrínsecas, tanto por lo que se refiere a la fuerza del yo como a la relación con los demás. Significa

destacar la bondad intrínseca de las personas enfrentadas. Si se procede así, la respuesta al conflicto mismo contribuye a transformar los individuos, que pasan de la condición de seres temerosos, defensivos y egoístas, a la de confiados, sensibles y considerados, con lo cual en definitiva se transforma también a la sociedad. (Baruch Bush y Folger, 2006, p. 131)

En este sentido, la mediación no solo es un mecanismo para la resolución del conflicto, plantea una experiencia de crecimiento para las partes, mediante el reconocimiento y la revalorización enfocada en la transformación de las personas y por ende de la sociedad. Asimismo, está orientada por el concepto “provención” de Cascón Soriano (s. f.), que “se trata de favorecer y proveer de una serie de habilidades y estrategias que nos permitan enfrentar mejor los conflictos” (p. 14).

A nivel educativo, se trata de abordar el conflicto desde su origen, es decir, con anticipación, antes de su escalada y representa la oportunidad para el desarrollo de habilidades. De aquí la importancia de la “Escalera de la provención” como guía para pasar del conflicto al aprendizaje y desarrollo de competencias de manera progresiva:

Figura 1
Escalera de la provención y resultados



Nota. Tomado de Barrientos y Caireta (citado en Barbeito et al. 2021, p. 8).

Por tanto, la mediación es también una estrategia para cumplir con el objetivo de la educación transformadora al desarrollar las siguientes competencias:

- a. El pensamiento analítico y crítico;
- b. Las competencias de anticipación;
- c. El respeto a la diversidad;
- d. La autoconciencia;
- e. El sentimiento de conexión y pertenencia a una humanidad común y diversa y al planeta Tierra;
- f. El empoderamiento, la capacidad de acción y la resiliencia;
- g. Las competencias para tomar decisiones;
- h. Las competencias de colaboración;
- i. Las competencias de adaptación y creatividad;
- j. Las competencias de ciudadanía;
- k. Las competencias de solución y transformación pacíficas de conflictos;
- l. La alfabetización mediática e informacional y las competencias digitales y de comunicación. (ONU, 2023, p. 41)

Conclusiones

A la luz de lo señalado y considerando los desafíos del contexto global, el dinamismo de la educación, los ideales de la ONU (1945) y la UNESCO (2024) respecto al compromiso de integrar la educación en el fomento de la paz, resulta pertinente trasladar la mediación al ámbito educativo como un pilar para la prevención, promoción y mantenimiento de la paz duradera. La mediación —desde una visión holística— se erige como un mecanismo y una estrategia educativa para convertir el conflicto en aprendizaje, integrar todas las dimensiones del ser humano y desarrollar en todas las personas conocimientos, competencias (incluidas las socioemocionales), valores, actitudes y comportamientos. La mediación es una opción válida y merece que los profesionales que se dedican a ejercerla, la pregonen, toquen puertas, sensibilicen, exhorten, persuadan, gestionen... en suma, preponderar como inherente que el discrepar conlleve el resolver y eso a solucionar, inspirándonos en una cultura de paz.

También se ha demostrado que existe un marco legal abundante y doctrinario respecto a la mediación escolar y la cultura de paz, decretado por organismos nacionales e internacionales como un derecho humano para la armonización en las relaciones sociales educativas, por lo que es

prioridad del Estado mexicano y la sociedad en su conjunto proceder a ejercer una política pública para que estos derechos sean una realidad en los diversos entornos en el mundo.

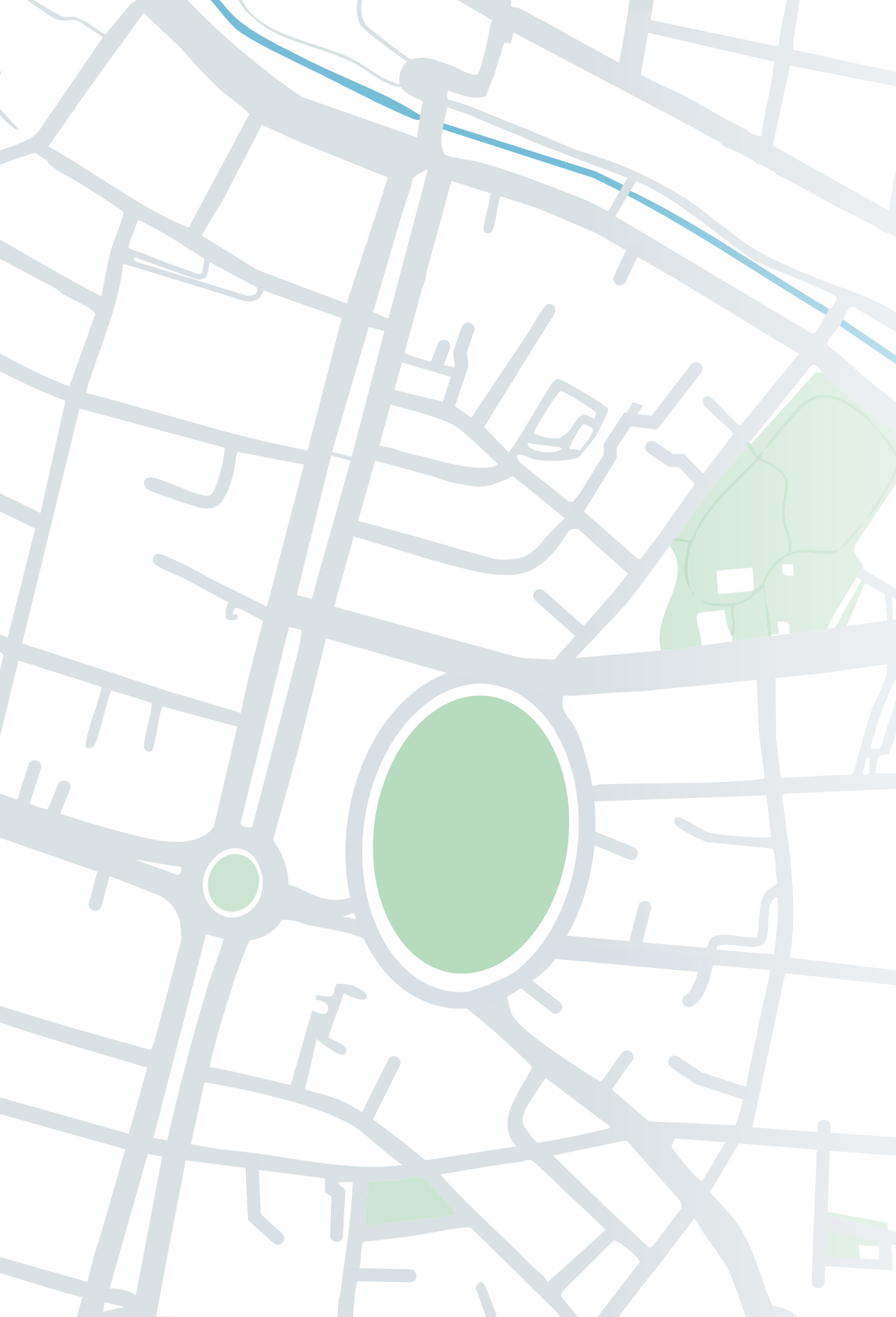
A partir del marco normativo internacional, los Estados han incorporado —desde las políticas públicas— la cultura de paz en la educación, con la finalidad de prevenir la violencia, resolver conflictos pacíficamente y mantener la paz duradera, reafirmando el compromiso colectivo en aras de cumplir los ideales de la ONU (1945) y reconociendo el derecho a la educación como la llave para hacer valer otros derechos.

Desde una visión holística, la mediación es una estrategia clave para la construcción del aprendizaje. Concibe al estudiante de manera integral, destaca la articulación entre educación, mediación y cultura de paz que constituyen el engranaje perfecto para dotar a niñas, niños, adolescentes y adultos de conocimientos, competencias, valores, actitudes y comportamientos que se conviertan en estilos de vida formando así, agentes de cambio. Es así, como la mediación se convierte en una oportunidad de aprendizaje que desarrolla habilidades durante toda la vida y a su vez en una estrategia para la construcción y mantenimiento de la paz. Bajo esta premisa, la mediación se perfila como un pilar para la prevención, promoción y mantenimiento de la paz, sustentada en la construcción del aprendizaje a partir del conflicto. Además, el estudiante desarrolla —desde la perspectiva positiva del conflicto— habilidades cognitivas, socioemocionales y procedimentales para hacer frente a los desafíos mundiales y mediante la participación activa contribuir a la transformación de la sociedad, empoderando a las personas en la construcción de sociedades pacíficas, inclusivas y sostenibles dentro de un régimen de protección de los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

- Baruch Bush, R. A. y Folger, J. P. (2006). *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*. Granica.
- Cascón Soriano, P. (s. f.). *Educación en y para el conflicto*. <https://bit.ly/4lyRE0o>
- Gorjón Gómez, F. y Steele Garza, J. (2020). *Métodos alternativos de solución de conflictos*. Oxford.
- OEI. (2021). *Manual de mediación escolar*. <https://bit.ly/3Eh850w>
- ONU. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. <https://bit.ly/3G8Iibl>
- ONU. (1948). *Declaración Universal de los Derechos Humanos*. <https://bit.ly/3Upmop2>
- ONU. (1974). *Recomendación sobre la Educación para la Comprensión, la Cooperación y la Paz Internacionales y la Educación relativa a los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales*. <https://bit.ly/4lviOVE>
- ONU. (1976). *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://bit.ly/4j0RRro>
- ONU. (1989). *Convención sobre los Derechos del Niño*. <https://bit.ly/3G8Kpfq>
- ONU. (1993). *Informe de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*. <https://bit.ly/42be2VR>
- ONU. (1999). *Declaración y Programa de Acción sobre una Cultura de Paz*. <https://bit.ly/3Yv65bE>
- ONU. (2011). *Declaración de las Naciones Unidas sobre Educación y Formación en Materia de Derechos Humanos*. <https://bit.ly/4czCDr1>
- ONU. (2015). *La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*. <https://bit.ly/42rKvWP>
- Steele Garza, J. y Sánchez García, A. (2024). *La administración de justicia a través de los mecanismos de solución de controversias*. Tirant lo Blanch.

- UNESCO. (2016). *Educación para la ciudadanía mundial: preparar a los educandos para los retos del siglo XXI*. <https://bit.ly/3RTnc3b>
- UNESCO. (2023). *Recomendación sobre la Educación para la Paz y los Derechos Humanos, la Comprensión Internacional, la Cooperación, las Libertades Fundamentales, la Ciudadanía Mundial y el Desarrollo Sostenible*. <https://bit.ly/3EwyN5c>
- UNESCO. (2024). *Recomendación sobre la Educación para la Paz, los Derechos Humanos y el Desarrollo Sostenible: nota explicativa*. <https://bit.ly/3Ga88vO>



Capítulo 10

La mediación en el contexto de la industria tequilera

José Guillermo García Murillo

Universidad de Guadalajara, México
garmurg@hotmail.com

Raúl Martínez Camacho

Universidad de Guadalajara, México
raulmtzcamacho@gmail.com

Introducción

La bebida prehispánica conocida como “tequila” fue, en sus orígenes, una bebida espirituosa consagrada exclusivamente a la clase guerrera-sacerdotal de los mexicas. Con la llegada de los colonizadores españoles y el conocimiento que estos aportaron en el ámbito de la destilación, dicha bebida comenzó a perfilarse, desde los tiempos del virreinato, como aguardiente de agave.

Esto ocurrió debido a que, por disposición de la corona española en el Nuevo Mundo, estaba prohibido utilizar la palabra

vino para otras bebidas distintas a las provenientes de la uva. En consecuencia, no se permitía su uso en la comercialización del denominado “vino mezcal”, término que solo empezó a utilizarse de forma más abierta en la época posterior a la Independencia, en el siglo XIX. Fue entonces cuando algunos fabricantes de Jalisco comenzaron a referirse al producto como “vino mezcal del Valle de Amatitán” (región donde se encuentra la actual localidad de Tequila), en alusión a un aguardiente elaborado a partir del maguey azul.

Tradicionalmente, este aguardiente se obtiene mediante la cosecha y *jima* del agave. Jimar es el acto de cortar las pencas de la planta de maguey utilizando una herramienta agrícola conocida como *coa*. Esta herramienta, utilizada por los pueblos originarios de México y Centroamérica, consiste en un palo largo con una hoja metálica o de piedra en la punta, similar a un machete, que servía para cavar, sembrar y cortar las plantas de agave.

Una vez retiradas las pencas, queda expuesta la piña del agave, que puede pesar entre 40 y 60 kilogramos. Esta piña se cuece tradicionalmente en hornos de mampostería o mediante procesos de hidrólisis, lo cual permite que los almidones se transformen en azúcares. Posteriormente, los jugos fermentan y se convierten en mostos, que finalmente son destilados para obtener el tequila.

La industria tequilera ha reconocido históricamente que la mediación entre los diferentes actores de la cadena productiva ha sido un factor clave para su éxito. Fabricantes, agricultores, envasadores, comercializadores y consumidores —todos con intereses diversos— han logrado, mediante el diálogo, la tolerancia y el entendimiento, superar retos y desafíos a lo largo del tiempo. Esta industria ha enfrentado múltiples crisis: escasez de agave, falta de planificación, invasión de marcas, adulteraciones, falsificaciones y alteraciones del producto. Sin embargo, la unidad dentro de la cadena productiva, gracias a la articulación del Consejo Regulador del Tequila, ha permitido sobreponerse a dichas adversidades.

Asimismo, la Cámara Nacional de la Industria Tequilera, que agrupa a algunos de los principales productores, se ha sujetado tanto a las Normas Oficiales Mexicanas como a la Ley de Cámaras Empresariales y sus Confederaciones, la cual establece que los conflictos entre socios deben resolverse preferentemente mediante mediación o arbitraje, a fin de no dañar el prestigio de la industria.

En esta área, los conflictos solían detonarse por la gran complejidad de las redes familiares de los involucrados. Antiguamente, casi todos los tequileros estaban unidos por lazos de parentesco, lo cual generaba que los desacuerdos surgieran a partir del ego, la ambición, las interpretaciones, las percepciones, las opiniones y las diferencias personales, llegando incluso a la pérdida de grandes fortunas durante el siglo pasado. Afortunadamente, estas dinámicas competitivas —donde el objetivo era imponerse sobre los demás, resaltando la victoria de unos y la derrota de otros— fueron quedando atrás cuando se dio un salto cualitativo: la incorporación de profesionales de la mediación, quienes comenzaron a promover soluciones de forma creativa y adecuada para cada conflicto.

Como es bien sabido, el conflicto no es un fenómeno estático, ya que surge de la interacción humana y constituye un proceso que puede reducirse mediante la comunicación, la confianza y la cooperación entre las partes. En un mundo globalizado, donde la competencia no solo es interna sino también externa, estos valores resultan fundamentales para fomentar la unidad y el entendimiento.

La industria tequilera y el Estado mexicano se han integrado de manera exógena a organismos internacionales como la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) y la Organización Mundial de Comercio (OMC), con el propósito de dirimir conflictos relacionados con falsificaciones y agravios a la denominación de origen (DO) “tequila”. En algunos casos, se han logrado acuerdos de entendimiento y cooperación con países como Japón, Corea, Sudáfrica, Estados Unidos y Canadá. Sin embargo, al incursionar en mercados internacionales —lo que podría denominarse

una forma de exogamia comercial— la identidad de un producto con DO enfrenta actos de competencia desleal que atentan contra su autenticidad, tanto en términos supratemporales como supraespaciales. Por ello, corresponde al Estado mexicano y a toda la cadena productiva asumir los retos necesarios para preservar la originalidad, la confianza y el interés en este producto, que constituye una de las principales insignias de nuestro país en el ámbito internacional.

Aspectos históricos y filosóficos

En la época prehispánica se creía que, al consumir vino mezcal, una persona podía ser poseída por uno de los cuatrocientos conejos, hijos de la diosa Mayáhuel, lo que provocaba un cambio en su personalidad al entrar en contacto con el elixir divino. Mayáhuel está vinculada a Quetzalcóatl-Ehécatl, de quien se narra que ascendió al cielo para convencerla de que lo acompañara a la Tierra. Este acto provocó la ira de la abuela de Mayáhuel, la diosa Tzitzímitl.

Al intentar escapar de ella, Quetzalcóatl y Mayáhuel se fundieron amorosamente en un árbol. Sin embargo, fueron descubiertos, y Tzitzímitl arrancó la parte del árbol correspondiente a su nieta. Tras recuperar su forma humana, Quetzalcóatl enterró los restos de Mayáhuel, de los cuales brotó la planta del maguey. A su vez, Mayáhuel está emparentada con la diosa Tonantzin, figura fundamental en la cosmovisión mesoamericana.

De acuerdo con la leyenda, Mayáhuel tuvo por hijos a cuatrocientos conejos, a quienes alimentaba con cuatrocientos pechos. Cada uno de sus hijos era responsable del estado anímico que produce la bebida fermentada del vino mezcal. Debido a ello, quienes lo bebían, se comportaban de formas diversas, pues eran poseídos por uno de estos seres. En algunos podía aparecer la melancolía, la alegría o la seducción.

A los cuatrocientos conejos se le honra con una fiesta cada 260 días. Durante la fiesta, conocida como Ometochtli, toda la población podía consumir vino mezcal, pero había que tener cuidado fuera de las festividades

porque estaba prohibido. Sin embargo, durante la fiesta también estaba prohibido insultar a la gente en estado de ebriedad, ya que se consideraba que estaban poseídos por uno de los cuatrocientos conejos y que podían llegar a ofender al dios. Fuera de la fiesta, la embriaguez podía ser sancionada con pena de muerte. Otros momentos en los que se permitía el consumo de vino mezcal era antes del sacrificio, ya fuese en guerra o ritual; durante las fiestas de las cosechas y en la fiesta del dios del vino.

Durante la época prehispánica, tanto el mezcal como los conejos estuvieron fuertemente vinculados a la sexualidad. Los pueblos originarios eran conscientes de que, para producir mezcal, era necesario sacrificar la planta del maguey, la cual, al cortarle las hojas, *jimaba* con tal intensidad que su lamento podía escucharse al amanecer por todo el campo. Por ello, la bebida fermentada se asociaba simbólicamente con la leche materna y la sangre, elementos esenciales de la vida.

Por su parte, los conejos eran considerados símbolos de fertilidad y de sexualidad desenfrenada, una conducta que también se atribuía a los estados de embriaguez. Dentro de su cosmogonía, las tribus indígenas relataban que, ya cansadas de peregrinar en busca de la tierra prometida, descubrieron en Chimalhuacán una planta de agave a la que cayó un rayo, prendiéndole fuego en medio del campo. Este fenómeno hizo que el agave comenzara a cocerse, desprendiendo un aroma agradable que impregnó todo el valle. Impulsados por la curiosidad, observaron cómo la cabeza del agave cambiaba de color —de verde a café— a causa de la cocción. Al probarla y disfrutar de su sabor dulce, comenzaron a recolectarla y a repetir el proceso, dando así los primeros pasos en el uso primitivo del fuego.

Los mexicas, tras deleitarse con el dulce que desprendían las piñas de agave al fundirse con el calor, mezclaron ese extracto con agua. Debido a los cambios climáticos de aquella época, dicha mezcla generó condiciones ideales para el desarrollo de una levadura natural, provocando la fermentación del jugo diluido y dando origen a una bebida alcohólica que denominaron mezcal. Los chimalhuacanos fueron los que descubrieron la

miel del agave y al ser menos religiosos que los pobladores de Tenochtitlán abrigaron la bebida como casera, para la celebración de fiestas.

Con la Conquista, la producción del vino mezcal continuó de manera muy incipiente, aun en contra de las prohibiciones generales impuestas a las bebidas embriagantes. Con el tiempo, logró convencer a las autoridades españolas para que se permitiera la continuidad en la siembra del agave mezcalero y en su fabricación. De este modo, no solo se conservó la tradición, sino que se perfeccionó con la llegada del alambique, lo que permitió su expansión hasta convertirse en lo que es actualmente: una bebida no solo reconocida a nivel internacional, sino también emblema nacional, con dos denominaciones de origen: tequila y mezcal.

Por otra parte, los pueblos mesoamericanos cultivaban las artes, las ciencias, la orfebrería y, por supuesto, el culto a sus deidades mediante fiestas en las que se recreaban y convivían. Estas celebraciones no se realizaban de forma arbitraria o desorganizada, sino que, como toda sociedad, establecían normas de conducta y respeto.

Mayáhuel fue, entre otras deidades, una de las más importantes, pues representaba a la diosa del agave y del vino mezcal. No debe confundirse con el maguey, término que los españoles emplearon de manera genérica para referirse a cualquier especie de agave o cactácea. Esta diosa alimentó a los pueblos prehispánicos de Mesoamérica con su savia, la cual, al provocar embriaguez, fue pronto considerada un elixir sagrado o bebida espirituosa, ya que se creía que permitía al individuo entrar en contacto con lo divino.

El derecho prehispánico, como en todas las sociedades civilizadas, se encontraba organizado mediante sistemas jurídicos que expresaban derechos, obligaciones, prohibiciones y sanciones para los habitantes que, al incumplir diversas normas, se hacían acreedores a castigos o sanciones de gran severidad y crueldad. Incluso, algunas de esas penas no encuentran fundamento ni razón de ser desde la idiosincrasia del derecho actual.

El derecho es un fenómeno social, resultado de los complejos factores que actúan en el desenvolvimiento de los grupos humanos constituidos.

Por lo tanto, es importante ocuparnos del derecho observado entre los pueblos indígenas antes de la Conquista, para comprender la evolución de ciertas figuras jurídicas y su impacto hasta nuestros días. Esto nos conduce a entrelazar de manera sistemática —y como lo hemos comentado, con una visión panóptica— el sentido de la religión, la filosofía, la moral, la economía, la literatura, la política y el derecho, con un efecto unificador en la diversidad cultural.

El derecho prehispánico tiene su propia axiología, su sentido del bien, su moralidad y su ética, pues ninguna persona carente de autoridad podía emitir norma alguna, solo de quien posee autoridad puede emanar una norma que obligue y dirija la conducta de los demás. De esta manera, únicamente la clase guerrero-sacerdotal tenía la facultad de emitir normas, y su obediencia era un elemento indispensable para la convivencia social. Así, el *tlatoani* era reconocido como uno de sus insignes gobernantes, quien procuraba resolver los conflictos mediante la negociación antes de imponer castigos. En algunos casos, permitía que las partes llegaran a un acuerdo a través de un mediador para solucionar la controversia.

La importancia del imperio azteca para su pueblo —y para todos aquellos que estaban sujetos a su poder— radicaba en la trascendencia de su dominio militar, el cual se impuso sobre la mayor parte de los pueblos de la altiplanicie y así, su influencia se desbordó hacia las comunidades sometidas. Desde la perspectiva del concepto de estado-nación, los aztecas eran un pueblo profundamente religioso, al grado de que el poder coactivo era de carácter divino y lo ostentaba el gran *tlatoani* sacerdotal, considerado representante de Dios en la Tierra. Cuando las partes se involucraban en asuntos religiosos o sociales, los sacerdotes actuaban como mediadores, buscando soluciones basadas en la tradición funcionalista de la voluntad de los dioses (Secretaría de Educación Pública, 2025).

Como fuente de derecho primigenia, la costumbre —un derecho predominantemente consuetudinario— se identificaba por una gran tradición oral; sin embargo, el derecho penal era escrito y se encontraba estipulado

mediante penas representadas con escenas dibujadas. En algunos casos, a través de la mediación, se lograba la reparación del daño mediante tributos o servicios; era una forma aceptada de resolver conflictos sin recurrir a la violencia o a castigos físicos. Si bien es cierto que la mediación existía, la traición o los delitos contra la autoridad no admitían ningún tipo de conciliación ni de perdón, y se aplicaban penas severas, como la esclavitud, el destierro o la pena de muerte.

Era un derecho severo, en correspondencia con su carácter predominante; pero, al fin y al cabo, un derecho real que controlaba un vasto territorio, en el cual se regulaba la convivencia y el desarrollo de una civilización. La mediación en la sociedad azteca se distinguía por la autoridad del consejo de ancianos, quienes eran líderes de los *calpullis* (barrios o clanes). Estos intervenían para mediar en conflictos menores —como disputas familiares o comerciales— y mantenían la paz mediante los acuerdos establecidos con ellos; a la par que, quienes desobedecían dichos acuerdos, eran castigados.

Realismo económico

La propiedad intelectual actualmente ha cobrado una gran importancia en el desarrollo económico de los países toda vez que sirve para estimular y ordenar la competencia en el ámbito de los bienes intangibles. Si estos derechos no se otorgaran por parte del Estado, no existiría una competencia leal sobre bienes inmateriales, o estaría muy limitada, porque nadie se interesaría en invertir y hacer innovaciones que podrían ser copiadas, falsificadas, alteradas, adulteradas por los competidores. Así resulta que las normas de protección de la libre competencia y la lucha contra la competencia desleal son una permanente adecuación de las disposiciones legales de la propiedad intelectual para impulsar y fortalecer el desarrollo económico.

En la actualidad, el derecho económico se ubica dentro de la clasificación del orden jurídico general. Sin embargo, algunos tratadistas aún sostienen la tesis de que debe ser considerado parte del derecho público,

toda vez que es este el que regula la acción del Estado sobre la economía y le permite imponerse sobre la antigua relación privada de producción, sin dejar de reconocer, no obstante, las necesidades y los intereses del empresario, a quien incluso protege y estimula. Existe una corriente de juristas que sostiene que el Estado conserva —y debe conservar— el control sobre aquellos aspectos considerados estratégicos para la economía nacional. No obstante, esta responsabilidad no recae únicamente en el gobierno, sino también en los demás sectores que conforman el Estado, en particular los sectores público, social y privado.

La DO es un signo distintivo cuyo propósito estriba en la aplicación y uso con respecto de un producto, indica la procedencia de este en un lugar geográfico determinado. La protección legal consiste en establecer medidas normativas con una doble función, la primera garantizar y proteger los derechos de la cadena productiva de la DO y la segunda, impedir y sancionar el uso de DO para productos que no sean originarios de la zona de producción.

La DO, como signo distintivo de la propiedad intelectual, garantiza a quien registra sus productos el reconocimiento, del lugar de fabricación o cosecha, la estabilidad de las personas, en el aprovisionamiento de las materias primas en los lugares de fabricación, que condujeron a los empresarios a componer sus marcas con el nombre geográfico del lugar.

Además, la DO vincula al producto con una zona geográfica cuya calidad y procedencia deben ser indiscutibles, ya que representa también el orgullo cultural de los pueblos interesados en promover los diversos aspectos que impulsan el desarrollo de la cadena productiva y resaltan su naturaleza cultural. Esta dimensión cultural se manifiesta a través del factor humano, que modifica o enriquece las características naturales del producto, convirtiéndolo en una expresión identitaria. En torno a esta actividad humana se articulan prácticas deportivas, religiosas, turísticas, ecológicas, artísticas, gastronómicas y espirituales, así como factores económicos, todos ellos integrados en el ecosistema simbólico que rodea al producto.

Las denominaciones de origen concentran conocimientos ancestrales cuya propiedad común se fundamenta en la tradición y la historia, funcionando como un auténtico contenedor cultural de bienes y servicios que son inherentes a la idiosincrasia de cada región. Por ello, la promoción del producto se vincula directamente con la construcción cultural y turística de los pueblos que lo producen. La DO tiene antecedentes muy remotos, la primera reglamentación surgió con el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial en 1883, posteriormente el arreglo de Madrid para las indicaciones de procedencia de 1891 y en el siglo pasado el arreglo de Lisboa para la Protección de las Denominaciones de Origen en 1958.

De acuerdo con el Convenio de París, los países miembros se comprometen a embargar, en el momento de su importación, todas las marcas que utilicen, de forma directa o indirecta, una indicación falsa de procedencia. Nuestra legislación reafirma la defensa contra la competencia desleal y la protección de productores y consumidores, conforme a la Ley de la Propiedad Industrial vigente.

La DO, si bien es cierto que constituye una herramienta útil para la diferenciación de nuestros productos, aún no ha logrado consolidarse y debe recorrer un largo camino para su desarrollo. Esto se debe, en parte, a que el desarrollo local es inexistente o incipiente, y no existe una tradición que la sustente. Es necesaria una mayor divulgación de su cultura y beneficios, así como una vinculación más estrecha entre las DO, las universidades, el Estado y la sociedad. Todo ello con el fin de evitar que productos con potencial para ser registrados como denominaciones de origen caigan en el ámbito genérico, bajo leyendas inadmisibles como: *tipo, estilo, similar, clase o imitación*.

Cabe señalar que, aunque el Convenio de París garantiza que los países miembros otorguen protección a las DO, como se ha mencionado, este tratado no establece ningún sistema de mediación que permita resolver disputas mediante los sistemas legales nacionales o a través de acuerdos conciliatorios. En este ámbito, es la OMPI, como administradora de los

convenios, la que ofrece servicios de mediación y arbitraje para resolver conflictos relacionados con la propiedad industrial, incluyendo en ellos a las denominaciones de origen.

La Revolución Industrial detonó el desarrollo y la competencia económica entre los pueblos, impulsando un comercio intenso y una creciente demanda de productos prestigiosos originarios de ciertas regiones, que se multiplicó en el gusto de los consumidores. Como resultado, artesanos, campesinos, productores, envasadores y empresarios comenzaron a luchar por conservar sus derechos de prioridad —o derechos adquiridos— sobre la producción de aquellos productos originales que dependían de condiciones climáticas particulares, del tipo de suelo y de las formas tradicionales de cultivo o fabricación. Es así como defendieron estos derechos frente a invasores o usurpadores que intentaban obtener un provecho ilegítimo mediante la falsificación de la DO.

Los signos idénticos o semejantes en grado de confusión con una zona geográfica que puedan inducir al error sobre su verdadera procedencia no son registrables, incluso si se acompañan de expresiones como: *género, tipo, manera, imitación, producido en, con fabricación en*, u otras similares que puedan engañar al consumidor e implicar una forma de competencia desleal. Así lo establece el artículo 173, fracción XI, de la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, el cual señala:

Los signos idénticos o semejantes en grado de confusión a las denominaciones de origen, indicaciones geográficas, o a las denominaciones o signos de lugares que se caractericen por la fabricación, producción o comercialización de determinados productos o servicios, cuando los productos o servicios solicitados sean idénticos o similares a éstos o a los protegidos por las denominaciones de origen o indicaciones geográficas. (Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial, 2020)

La más antigua DO en el mundo se concedió en 1887 al Sindicato de los Grandes Marqueses de Champagne, al recibir del Estado francés el reconocimiento legal de la propiedad exclusiva del nombre de Champagne (o champán) para los vinos espumosos que se producen en la región

de ese nombre. Dos décadas después, los vinateros franceses, juntamente con los campesinos que poseían viñas, hicieron una revuelta cuyo fin era proteger la autenticidad de sus productos de quienes pretendían imitar de modo fraudulento la elaboración de éstos y venderlos bajo el nombre de Champagne. A partir de entonces, la especificidad de la práctica histórica de los vinateros de esta zona, así como el carácter de la región de la que habían provenido las uvas para la elaboración de este tipo de vino a través de los siglos, fueron aglutinadas por Le Comité Interprofessionnel du Vin de Champagne (organización constituida por productores de uva así como por los procesadores de esa región) con el fin de obtener y mantener la protección jurídica de la DO por medio del Institut National des Appellations d'Origine (INAO) (Rodríguez Gómez, 2002, p. 32).

En el caso mexicano, el tequila enfrenta problemas de adulteración y falsificación de manera internacional, por ejemplo: en el año 2018, las autoridades portuguesas decomisaron 1,750 litros y 28,750 etiquetas de la marca Mequila Mariachi debido a que su presentación podía confundir a los consumidores, haciéndoles pensar que contenía tequila auténtico. Posteriormente, en noviembre de 2020, el Tribunal de Propiedad Intelectual (TPI) de Portugal anuló el registro de la marca Mequila Mariachi por no respetar la DO del tequila y por el riesgo de confusión entre los consumidores.

AGAVA es una marca sudafricana que produce un destilado de agave premium en Ciudad del Cabo, aunque este destilado se elabora a partir de plantas de agave cultivadas en la región del Cabo Oriental, no puede denominarse “tequila”, ya que la DO del tequila está reservada exclusivamente para las bebidas producidas en ciertas regiones de México, principalmente en el estado de Jalisco, y elaboradas a partir de agave azul (*agave tequilana*). En Sudáfrica, algunas empresas han comenzado a destilar bebidas similares al tequila utilizando plantas de agave locales. Sin embargo, debido a las restricciones de la DO, estos productos no pueden comercializarse legalmente con la etiqueta “tequila”.

Por lo tanto, aunque AGAVA ofrece una experiencia de sabor parecida al tequila, técnicamente es un destilado de agave producido en Sudáfrica y no un tequila auténtico. En virtud de lo anterior, el Estado mexicano ha puesto denuncias ante la OMC y el OMPI, recordando que las posibles controversias puedan resolverse mediante mediación y arbitraje, a fin de evitar competencia desleal que dañe a los consumidores en el ámbito internacional y a la industria que con muchos esfuerzos se ha posicionado en los mercados.

Implicaciones jurídicas para la resolución de conflictos y la mediación en el contexto de la industria tequilera

Una vez analizado lo anterior, es necesario precisar dos aspectos fundamentales que, para el comercio de productos de consumo a nivel nacional y mundial revisten de vital importancia, pues tanto para productores como consumidores, es necesaria la rectoría del estado. Primero, la protección de los derechos de ambas partes y que dichas estrategias logren la defensa del producto por su DO, así como los sus destinatarios: los consumidores. Segundo, más allá de los derechos humanos que se encuentran implícitos tanto en productores como consumidores, se encuentra en ello inmerso también el derecho económico. La protección de los derechos de los productores e inversionistas constituye un bastión clave para el desarrollo económico del país, al igual que el derecho a la salud de los consumidores. Es fundamental que el producto llegue a su destino de manera legal, cumpla con las normas oficiales de producción y con los estándares establecidos en sus fórmulas y contenidos, de modo que se garantice un consumo saludable, así como un comercio —nacional e internacional— que genere beneficios económicos para quienes lo producen. A su vez, ello permite al Estado fomentar una economía formal, respaldada por la debida protección jurídica y económica.

Así, tenemos en la actualidad dos vías jurídicas para la resolución de controversias en materia comercial: la vía judicial, es decir aquella que se

rige bajo las normas del derecho común, sea civil o mercantil, ante tribunales jurisdiccionales debidamente facultados por el Estado y, por el otro lado, la vía externa, también conocida como extrajudicial o alterna, una vía opcional en la que las partes inmersas en el conflicto constituyen —con ayuda de un tercero facilitador de la negociación— una solución al conflicto que les atañe. Se trata de un procedimiento convencional y voluntario que permite prevenir y resolver disputas, otorgando a las partes el protagonismo en la construcción de acuerdos, sin necesidad de intervención de los órganos jurisdiccionales, salvo en caso de requerirse su cumplimiento forzoso.

En México, el sistema de justicia alternativa y su respectivo marco legal responden a las reformas federales aprobadas por el Congreso de la Unión en 2008. Así, puede decirse que el sistema de medios alternativos de solución de controversias —entre los cuales se encuentran la mediación, la conciliación, la negociación y el arbitraje— ha permitido extrajudicializar una gran cantidad de asuntos que anteriormente se turnaban a los tribunales.

Uno de los principales métodos alternativos de resolución de controversias es la *mediación*, un procedimiento donde uno o más mediadores intervienen únicamente para facilitar la comunicación entre las partes involucradas en un conflicto, con el fin de que estas lleguen a un acuerdo por sí mismas. Los mediadores deben abstenerse de proponer soluciones o emitir recomendaciones. El aspecto fundamental de este método consiste en que las propias partes generen propuestas orientadas a resolver el conflicto, mientras que el facilitador —un tercero imparcial— guía y encauza dichas propuestas hasta alcanzar un acuerdo o convenio.

Ahora bien, en la mayoría de las entidades federativas se ha construido una infraestructura gubernamental que radica en institutos, dependencias o centros de mediación estatales especializados en la promoción, aplicación y validación de dichos métodos de solución de controversias que derivan en convenios. Estos se elevan a categoría de cosa juzgada y posteriormente, ante un indebido cumplimiento, existe la posibilidad de ejecutarlos de manera forzosa mediante el sistema coercitivo judicial.

Para tales efectos, las entidades federativas han dotado a estas instituciones de facultades formales para la celebración de convenios. Una vez que dichos convenios son concluidos, reconocidos y consentidos por las partes, y validada su legalidad por estos órganos especializados en métodos alternativos, surten efectos de cosa juzgada. Es decir, el método alternativo se eleva a la categoría de sentencia y puede ser ejecutado de manera forzosa por un órgano jurisdiccional, hasta lograr el cumplimiento de las obligaciones asumidas por las partes.

Por ejemplo, ante un reclamo de una indemnización por el uso indebido de la DO de un tequila por una productora que intento producir y distribuir la bebida sin el permiso de la empresa productora que ha registrado su marca, la opción judicial podría ser la más viable. Elegir este proceso implicaría que la productora demandara en la vía ordinaria mercantil una acción de indemnización por el uso de su marca, exigiendo en sus prestaciones el pago de una cantidad determinada.

Esto implicaría que el procedimiento se llevara a cabo por la vía mercantil ordinaria oral, conforme a lo dispuesto en el artículo 1390 del Código de Comercio, en virtud de que en dicha vía se tramitan todas las contiendas mercantiles sin limitación de cuantía. Además, esta acción no cuenta con un trámite especial, lo que implica que la parte afectada deberá demostrar los elementos de su acción mediante el ofrecimiento y desahogo oportuno de sus pruebas, la formulación de alegatos y la espera de una sentencia favorable. Una vez dictada y firme dicha resolución, y en caso de que no se cumpla de manera voluntaria, se podrá solicitar la ejecución forzosa de la sentencia.

Para la parte demandada, implica desde luego, justificar sus excepciones y defensas, demostrando las mismas mediante las pruebas correspondientes, cuidando su desahogo, realizando sus conclusiones a manera de alegatos y esperar desde luego, una sentencia favorable para que una vez dictada y firme, lo libere del cumplimiento de ciertas obligaciones.

En ambos casos, el juicio puede durar de meses o años, se desahoga mediante un sistema mixto (escrito y oral) que a pesar de tener ciertas características que le permiten concluir en sentencia de manera más rápida (no existen recursos en contra de las resoluciones dictadas en dicho juicio que retrasen la sentencia) lo cierto es que el solo llevar el juicio es un calvario para los justiciables, que en su mayoría son comerciantes, y en el caso hipotético aquí planteado, son comerciantes de la industria del tequila (Código de Comercio, 2018).

Por el contrario, la vía alterna al proceso judicial —es decir, el método de mediación para la resolución del conflicto— implicaría, desde luego, una negociación entre ambas partes, con la intervención de un tercero facilitador. En este proceso, las partes discutirían y presentarían sus propuestas, una a una, respecto de diversos aspectos como, por ejemplo: la aceptación del uso indebido de la marca; la fijación de una cantidad específica por concepto de indemnización; la obligación de cesar el uso indebido de la marca y su distribución; la forma de pago de dicha indemnización; la cuenta en la que deberá hacerse el depósito; las fechas de pago; e incluso, la aplicación de intereses en caso de mora.

Una vez alcanzados los acuerdos en estos puntos, ambas partes materializan dichas propuestas en un documento escrito, el cual firman manifestando su consentimiento. Este documento pasa entonces a una etapa de validación por parte de la institución correspondiente, la cual, una vez verificada su legalidad, emite un anexo que acredita que el convenio ha sido validado. Dicho documento validado servirá como base fundatoria de la acción de ejecución, será elevado a la categoría de cosa juzgada y podrá presentarse ante un órgano jurisdiccional competente para su ejecución forzosa.

Ahora bien, ¿no cabría aquí la interrogante de si es necesario un órgano jurisdiccional para la ejecución forzosa del convenio? ¿Para qué, entonces, recurrir a un método alternativo si, al final del camino, tendremos que tocar la puerta de la jurisdicción del Estado? La respuesta radica principalmente en dos aspectos fundamentales: en el convenio, prevalece la

voluntad de las partes no la voluntad del juez de la causa (civil o mercantil), además, el tiempo del proceso de mediación es 4 veces más fácil, rápido y más económico que el proceso judicial; lo que implica por un lado una despresurización de los órganos jurisdiccionales y por otro, un acceso a la justicia más pronto y expedito. Es importante destacar que el uso de los métodos alternativos de resolución de controversias —cualquiera que sea el método empleado— no implica la renuncia a la jurisdicción del Estado. Por el contrario, los justiciables conservan en todo momento su derecho a acudir a los tribunales, ya sea en caso de no alcanzarse un convenio o, en su defecto, cuando resulte necesaria la intervención coercitiva del Estado para asegurar su cumplimiento.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado, y fue el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito quien precisó que, de conformidad con el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe respetarse la voluntad de las partes de acudir a los medios alternativos de solución de controversias previstos en dicho precepto. Sin embargo, ello no implica una renuncia a la jurisdicción del Estado, ya que las partes conservan expedito su derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia, para acudir ante los tribunales competentes a fin de dirimir las controversias que estimen pertinentes. Esto considerando que:

El derecho fundamental de acceso efectivo a la justicia previsto en el citado artículo conlleva tanto el acceso efectivo a la justicia formal, como a los mecanismos alternativos de solución de controversias, por lo que debe interpretarse en el sentido de que cuando se inicia algún mecanismo alternativo de solución de conflictos, al ser voluntario, no puede obligarse a las partes a que lo concluyan, si ya no es su voluntad continuar en él. De manera que, en esos casos, puede acudirse a la jurisdicción del Estado, porque el derecho mencionado es irrenunciable. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2023)

Además de lo anterior, cabe mencionar que los convenios de mediación debidamente validados por los institutos o centros de mediación acreditados, al ser elevados a la categoría de cosa juzgada, son susceptibles de

ejecución forzosa ante los tribunales de primera instancia civil o mercantil, según corresponda a la entidad federativa. Incluso pueden ser presentados ante tribunales federales en materia mercantil, en virtud de la existencia de jurisdicción concurrente, ya que ambos órganos jurisdiccionales están facultados —y por tanto, obligados— a conocer y ejecutar dichos convenios. En materia civil, la ejecución se tramita por la vía de apremio, conforme a lo dispuesto en el Título Octavo del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Jalisco; mientras que en materia mercantil, procede conforme a lo establecido en el Título Tercero del Código de Comercio, siendo estos juzgados los competentes para conocer de la ejecución de tales convenios.

Al respecto, podría decirse que en la actualidad, aún existen órganos jurisdiccionales que se niegan a conocer de dichos convenios, argumentando en diversos criterios que, al no haber conocido de la *litis* —ya que esta se sustanció por vía alternativa en los centros de mediación— carecen de competencia para resolver el asunto. Este argumento, en cierta medida, puede considerarse válido, ya que, como es sabido en el ámbito jurídico, las sentencias deben basarse en el estudio de las acciones y sus pruebas, así como en las excepciones y defensas debidamente acreditadas. En ese sentido, llegar a una conclusión sin contar con dichos elementos puede generar incertidumbre y, eventualmente, una sentencia que carezca de la información suficiente para resolver de manera adecuada el conflicto.

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha establecido un criterio específico para estos supuestos, señalando que corresponde a los órganos jurisdiccionales la ejecución de los convenios celebrados en el ámbito de la justicia alternativa, siempre que estos se relacionen con asuntos, juicios, controversias o contiendas que son de su competencia. Esto se debe a que, de no haber optado las partes por la vía de la justicia alternativa, los órganos jurisdiccionales habrían tenido la obligación de conocer del asunto, ya fuera en materia civil o mercantil, y, en su caso, también les habría correspondido llevar a cabo la ejecución del convenio celebrado dentro del proceso respectivo.

En consecuencia, al haber sido auxiliada su jurisdicción mediante un mecanismo alternativo —como la mediación— les compete ejecutar el convenio celebrado en esa instancia. De este modo, se distribuye el conocimiento de la ejecución, en la vía de apremio, conforme a la competencia asignada a los órganos jurisdiccionales para conocer de los asuntos civiles o mercantiles, según corresponda. En la inteligencia de que, si el órgano jurisdiccional al que se turne la solicitud de ejecución del convenio se considera legalmente incompetente, conforme a lo ya expuesto, no debe desecharla de plano. En atención al artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como al principio de expedites que rige en la justicia alternativa, el juzgador deberá remitir el asunto al juez competente, a fin de que este provea sobre la demanda y continúe con el trámite correspondiente.

Conclusiones

En México tenemos un marco jurídico que otorga las herramientas necesarias para la protección de los derechos comerciales tanto de productores y consumidores, al menos en el marco legal actual como ya lo analizamos previamente, lo que nos permite tener certeza jurídica ante una eventual controversia que se suscite entre la industria del tequila, tanto de los productores que desarrollan el comercio regularmente, los intermediarios, así como los consumidores finales.

Las vías jurisdiccionales y alternativas que se han venido fomentando a lo largo de estos casi veinte años, nos permiten tener la certeza de que ya sea por la vía jurisdiccional o por la vía de la justicia alternativa, en cualquier entidad federativa del país, podemos lograr un pleno acceso a la justicia, talvez no pronta ni expedita por el cúmulo de asuntos que se llevan en los tribunales, el número tan reducido de juzgados así como el poco personal que labora en ellos comparado con la alta demandada existente en estos rubros. Sin embargo, podría decirse que hay en este momento una infraestructura mínima aceptable que, en comparación con años anteriores,

es mucho más eficaz y le permite al Estado mexicano ir sentando las bases para una mejora de acceso a la justicia en este rubro.

Por último, la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en este tenor ha permitido consolidar las bases jurídicas y homologar los criterios en cada una de las entidades federativas, con el fin de reducir los obstáculos que anteriormente se oponían a los medios alternativos de resolución de controversias. Sin duda alguna, estos criterios emitidos por el máximo órgano de jurisdicción del país sientan un precedente para el fortalecimiento de los mecanismos de solución de conflictos y dotan a los justiciables de herramientas efectivas para evitar la evasión de la justicia por parte de quienes incumplen sus obligaciones. Todo ello contribuye a hacer del sistema jurídico mexicano una institución cada vez más eficiente, accesible y moderna en el tratamiento de estos procedimientos.

Referencias bibliográficas

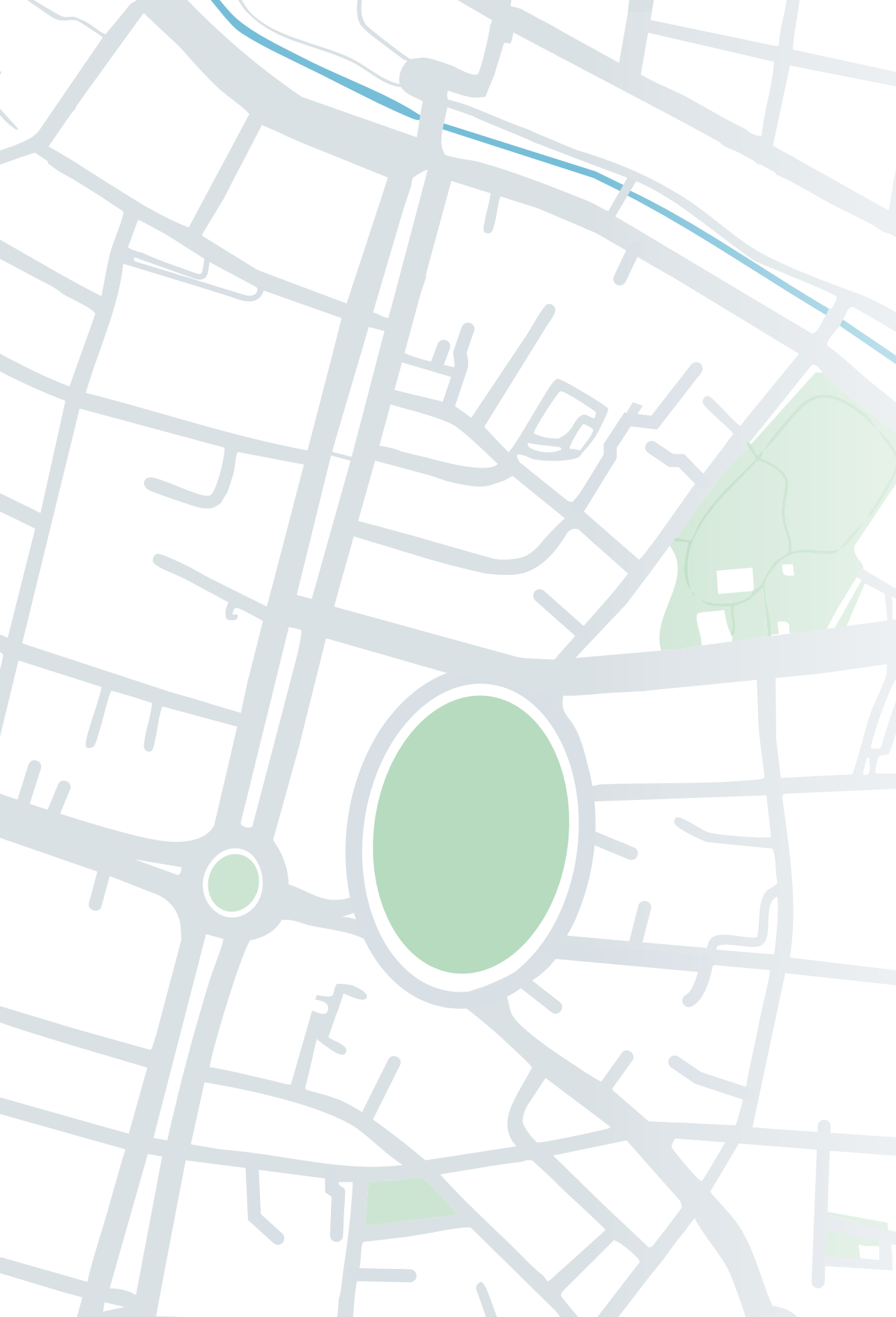
- Código de Comercio*. (2018). Diario Oficial de la Federación del 7 de octubre al 13 de diciembre de 1889. Última reforma publicada DOF 28-03-2018. México.
- Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial*. (2020). <https://bit.ly/4cCYpKn>
- Rodríguez Gómez, G. (2002). *La denominación de origen y el mercado de la distinción*. CIESAS; SAGARPA.
- Secretaría de Educación Pública. (2025). *La organización social y política de México Antiguo*. <https://bit.ly/42sUCut>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2023). *Medios alternativos de solución de controversias. Conforme al artículo 17 de la Constitución General, debe privilegiarse la voluntad de las partes de acudir a ellos, sin que esto implique renuncia a la jurisdicción del Estado*. <https://bit.ly/43Q3lt8>

Agradecimiento

El catedrático de la Universidad de Córdoba, España, Manuel Torres —excelente amigo del Cuerpo Académico Desafíos de la Propiedad Intelectual, de la Universidad de Guadalajara (CA-UDG-1115) y del Instituto de Altos Estudios Jurídicos de Jalisco— ha compartido con nosotros, durante varios años, su pasión por la cultura de paz, la negociación y la mediación como formas autocompositivas de solución de conflictos, bajo la fórmula del diálogo y la compensación. Estas herramientas, concebidas para fortalecer las relaciones de amistad y entendimiento en un marco de beneficios recíprocos (ganar-ganar), han sido eje de múltiples reflexiones conjuntas. Con la misma pasión, hemos dialogado también sobre los retos y oportunidades que enfrentan las denominaciones de origen tanto en España como en México, siendo un caso emblemático el de la bebida espirituosa conocida como tequila, cuyo éxito ha crecido notablemente desde su protección en Europa.

Este artículo nace bajo el impulso de la generosidad y el compromiso intelectual que Manuel Torres ha compartido con nosotros. Lo escribimos como un merecido homenaje a quien nos ha demostrado, con hechos y palabras, que la transferencia del conocimiento no debe ni puede tener fronteras. Su frase: “Camina, y conforme vayas caminando, vas a ir resolviendo o tratando de resolver las cuestiones y desafíos que se plantean”, nos inspira a mantener siempre una perspectiva histórica, que nos permita movernos con criterio en el presente y proyectar el futuro que nos define.

No podemos concluir sin expresar nuestro agradecimiento a nuestro querido amigo, coordinador de la Cátedra UNESCO, por su permanente disposición para fortalecer la vida académica y fomentar la vinculación interuniversitaria entre México y España.



Capítulo 11

La mediación como política pública: el caso de Jalisco, México

Guillermo Raúl Zepeda Lecuona

El Colegio de Jalisco, México

guillermo.zepeda@elcolegiodejalisco.edu.mx

La difusión de la cultura de paz y los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) como un proceso de política pública

Algunos autores como Juan Enrique Vargas (2001) piensan que los procesos de reforma legal o judicial deben considerarse como experiencias de política pública. Las políticas públicas son decisiones para abordar asuntos de interés general o resolver problemas de naturaleza pública, que se articulan a través del diseño de acciones y programas con fundamento y validez legal, apoyo político, viabilidad administrativa y racionalidad económica (Aguilar, 2007). Textualmente, la política pública es un:

Conjunto (secuencia, sistema, ciclo, espiral) de acciones intencionales y causales. Son acciones intencionales porque se orientan a realizar objetivos considerados de valor para la sociedad o a resolver problemas cuya solución se considera de interés o beneficio público, y son acciones causales porque son consideradas idóneas y eficaces para realizar el objetivo o resolver el problema.” (p. 29)

Es decir, es una acción articulada, basada en un diagnóstico y orientada a un resultado u objetivo específico en favor de la sociedad. Este objetivo debe ser verificable a través de indicadores debidamente contruidos y validados (cf. Zepeda y Jiménez, 2016, p. 18), para los que, preferentemente, exista un referente o línea de base previos a la implementación de la política pública.

Durante dos décadas he trabajado en el análisis, diagnóstico y diseño de políticas públicas para organizaciones del sistema de justicia. A partir de 2006, algunos estados de la República Mexicana, como Oaxaca y Chihuahua, comenzaron a adoptar codificaciones procesales penales de corte acusatorio, que sustituían al modelo procesal inquisitivo o mixto y, posteriormente con la reforma constitucional publicada el 18 de junio de 2008, —que estableció el modelo procesal penal acusatorio a nivel nacional— se iniciaron diversos estudios que documentaban, describían y evaluaban los procesos de implementación del entonces denominado “nuevo sistema de justicia penal” (Zepeda, 2012). Esta reforma también adicionó el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) para establecer que “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” (CPEUM, 2025, art. 17).

Para lograr el mayor aprovechamiento de los estudios comparados se recurrió a la metodología de documentar buenas prácticas en los diversos ámbitos de los sistemas penales reformados. De inmediato se detectó que una de las áreas de mayor potencial del sistema acusatorio era la aplicación

de los mecanismos alternativos de solución de controversias¹ (MASC) para darle eficacia al principio de mínima intervención penal, con la cauda de beneficios sociales y procesales (Zepeda, 2014).

Entre 2016 y 2018 documentamos y validamos buenas prácticas en el ámbito de los organismos especializados en la aplicación de mecanismos alternativos de solución de controversias (OEMASC), de las fiscalías en materia penal y se desarrollaron propuestas de modelos de gestión para los centros de mediación. Asimismo, se brindó acompañamiento a las autoridades para implementar y consolidar el modelo homologado de gestión de los MASC, lo que incluyó la realización de muestreos de expedientes, encuestas de primer contacto y de satisfacción de usuarios, así como un seguimiento trimestral en seis estados mexicanos durante un periodo de 18 meses. Este proceso permitió dejar capacidades instaladas al interior de las fiscalías, con el fin de que pudieran continuar con el seguimiento y la recolección de información valiosa para la toma de decisiones y la evaluación institucional. Este trabajo fue sistematizado en un manual de implementación de buenas prácticas (Pacheco, 2021).

En septiembre de 2017 se realizó una nueva reforma constitucional en favor de los MASC al incorporar en el propio artículo 17 —sobre el derecho de acceso a la justicia— un tercer párrafo con la siguiente disposición: “Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales” (CPEUM, 2025, artículo 17). Esa reforma también otorgó una facultad al Congreso de la Unión “para expedir la ley general que establezca los principios y bases en materia de

1 Esta es la denominación legal, ya que así se establece en el artículo 73, fr. XXIX-A de la CPEUM. En consecuencia, la legislación de MASC en materia penal y en la Ley General de MASC, la mantienen. Sin embargo, la academia y la doctrina también la denominan “métodos” (no mecanismos) “alternos” (algunos dicen “adecuados”) de solución de “conflictos” (no controversias, pues se considera que el conflicto es más amplio que solo los aspectos jurídicos subrayados por la noción controversia).

mecanismos alternativos de solución de controversias, con excepción de la materia penal” (CPEUM, 2025, art. 73).

Entre los múltiples objetivos y beneficios sociales de los MASC se pueden destacar:²

- a. Empoderan a las personas que tienen un conflicto.
- b. Utiliza una metodología accesible, en lenguaje llano, sin necesidad de asesoría jurídica
- c. Resuelve a profundidad los conflictos (abordándolos de manera integral, no solo atendiendo a los elementos jurídicos).
- d. Resuelve los conflictos en menor tiempo, a menor costo y con menor desgaste emocional.
- e. Son servicios de mayor calidad y calidez para sus usuarios.
- f. Previene conflictos futuros.
- g. Fortalecen las relaciones sociales y comunitarias.
- h. Atiende y resuelve los conflictos en sus etapas incipientes antes de que incrementen su nivel de violencia o lleguen a las fiscalías o a los juzgados.
- i. Contribuyen al desarrollo de la cultura de la paz.
- j. Contribuyen a fortalecer la cultura de la legalidad.
- k. Cuando ya se han generado afectaciones y daños, propician la responsabilidad, la reparación del año y generan resiliencia.
- l. Evidencian una atención de calidad y calidez para las víctimas del delito y los usuarios del sistema.
- m. Facilitan el acceso a la justicia y a la atención profesional y adecuada de los conflictos.
- n. Contribuyen a la descongestión del sistema judicial y a incrementar su capacidad de respuesta.

2 Autores como Francisco Gorjón (2017) refieren hasta 43 valores intangibles de la mediación, entre los que se incluyen algunos de los principios de los MASC como: seguridad jurídica, simplicidad, transparencia, etc.

La gestión estratégica para la difusión de la cultura de paz y los MASC en Jalisco (2018-2024)

A finales de 2018, el Congreso del Estado de Jalisco lanzó una convocatoria para un concurso público para ocupar la dirección general del Instituto de Justicia Alternativa del Poder Judicial del Estado de Jalisco (IJA), por lo que decidí presentarme como aspirante a la posición, apoyado por mi equipo de académicos y consultores. Afortunadamente nuestra propuesta de plan de trabajo recibió el apoyo de la legislatura designándome para el periodo 2018-2022 como director general del IJA. Al equipo se nos ratificó para un segundo periodo 2023-2027.

Para potenciar las posibilidades de los MASC y concretar estos objetivos sociales, deben generarse ciertas condiciones, así como la aplicación de buenas prácticas que permitan extender la presencia y desarrollo de los MASC en la vida social. Entre los pasos que se dieron se pueden enlistar:

- Desarrollar un sistema de indicadores.
- Diagnóstico organizacional.
- Proyección ideal de misión, cobertura y calidad del servicio.
- Estimación de la brecha y planeación participativa.
- Programas para incidir en indicadores clave.
- Vinculación y confianza de los jueces.
- Promoción y sinergia con los mediadores privados.
- Vinculación y sinergia con todas las áreas del Poder Judicial.
- Expansión de la red de centros públicos y privados, para el acceso a la justicia.

Por lo que se refiere al sistema de indicadores (Zepeda, 2024), como dijera Lord William Thomson Kelvin, “Lo que no se define no se puede medir. Lo que no se mide no se puede mejorar”, por ello es fundamental tener un sistema de indicadores para definir objetivos y sus lineamientos, establecer metas, determinar la línea de base y dar seguimiento al indicador.

Se integró un sistema de indicadores distribuido en cuatro categorías (Zepeda, 2024, p. 18):

- a. Variables de diseño institucional y organizacional.³
- b. Indicadores de estructura.⁴
- c. Indicadores de operación.⁵
- d. Indicadores de resultado.⁶

Ya se contaba con una base de datos y algunos elementos de diagnóstico disponibles como los del Plan Integral para la Implementación del Sistema Penal de Corte Acusatorio en Jalisco de 2013, donde uno de los operadores con diagnóstico y con plan participativo para dicha implementación era el IJA. En 2018 durante la entrega-recepción de la dirección general del IJA se actualizaron los indicadores del diagnóstico. Se cuenta con el recurso del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal (CNIJE) del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

3 Variables de Diseño institucional y organizacional: autonomía del centro de mediación; forma de designación del titular y periodo de gestión; característica de órgano rector de los MASC; facultad de elevar al carácter de sentencia ejecutoriada los convenios derivados de la aplicación de MASC; posibilidad legal de que exista la mediación privada (Zepeda, 2024, pp. 20 y 21).

4 Indicadores de estructura: personal adscrito a los Centros de Justicia alternativa (en adelante CEJA o CEJAs) de los poderes judiciales; profesionales en MASC por cada 100 000 habitantes; oficinas de atención del órgano MASC del Poder Judicial estatal; mediadores privados por cada 100 000 habitantes; presupuesto para los órganos MASC o CEJAs del Poder Judicial; presupuesto de los CEJAs, como proporción del presupuesto del Poder Judicial; presupuesto per cápita en justicia alternativa en sede judicial (Zepeda, 2024, pp. 21 y 22).

5 Indicadores de operación: asuntos ingresados a los CEJAs; asuntos ingresados a los CEJAs como proporción a los asuntos recibidos por el poder judicial local; carga de trabajo promedio de asuntos ingresados a los CEJAs por profesional en MASC; duración del proceso de mediación (Zepeda, 2024, pp. 23 y 24).

6 Indicadores de resultado: convenios y acuerdos (todas las materias); convenios y acuerdos (todas las materias) por cada 100 000 habitantes; tasa de acuerdo en centros de justicia alternativa de los poderes judiciales; proporción de acuerdos respecto del total de asuntos concluidos en primera instancia (acuerdos + concluidos en juzgados); satisfacción de usuarios (Zepeda, 2024, p. 24 y 25).

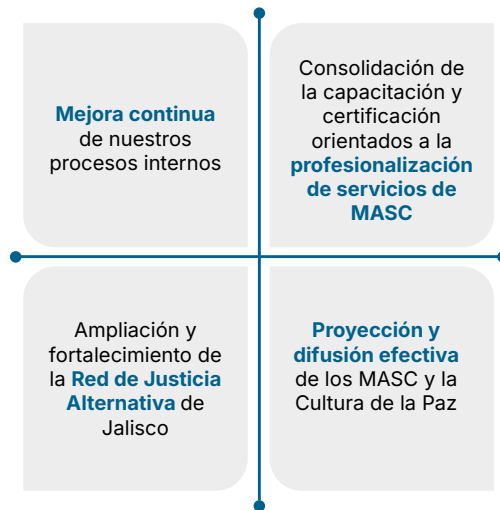
Con base en los indicadores de los estados más avanzados en materia de mediación y otros MASC, y de los objetivos legales y sociales bosquejados líneas arriba, se realizó un taller de planeación en el que establecimos nuestros objetivos y estrategias macro, así como sus programas particulares. Se definieron cinco objetivos o directrices estratégicas del IJA, a saber:

- a. Combatir la desigualdad y fomentar la competitividad.
- b. Ampliar y garantizar el acceso a la justicia.
- c. Contribuir a través de los MASC a la pacificación, prevención y reducción de las violencias.
- d. Combatir la corrupción e impunidad.
- e. Difusión y vinculación para la cultura de la paz.

En cuanto a las estrategias macro que articulan los programas institucionales y los desarrollados con otras instituciones y organizaciones de la sociedad civil, se ilustra a continuación:

Figura 1

Estrategias macro



La mejora de procesos y la vinculación con la judicatura para detonar el crecimiento de los MASC en Jalisco

Uno de los indicadores críticos que se abordó de inmediato es el de efectividad en las invitaciones a las personas para que acudieran a mediar, pues apenas 16 % de las personas invitadas a mediar acudía a sus sesiones de MASC. Dado que el procedimiento de mediación es voluntario se requiere informar con detenimiento y motivar a las partes para que acudan a la mediación. Con este objetivo, se capacitó al personal encargado de entregar las invitaciones, haciendo énfasis en la importancia de privilegiar el contacto personal directo (es decir, no dejar la invitación fijada en la puerta o deslizarla por debajo de ella). Durante este acercamiento, se les instruyó para comunicar que se trataba de una invitación a un espacio seguro y a un proceso confidencial, además de resaltar las ventajas de optar por la mediación como un medio para alcanzar un acuerdo mutuamente beneficioso. De esta forma se logró incrementar el indicador de asistencia a las sesiones de MASC a 49 %, uno de los indicadores más altos el país.

También reforzamos el área de primer contacto y orientación, ubicando la calidad y calidez de nuestros servicios dentro de los estándares del ISO 9001:2015. Actualizamos nuestro sistema informático de gestión documental y de procesos, para actualizar en tiempo real nuestros indicadores. De igual forma se estableció una encuesta de primer contacto y satisfacción de usuarios —Encuesta de Satisfacción a Usuarios de MASC (ESUM)— primero semestral y a partir de 2023 aplicada cuatrimestralmente, habiéndose realizado en noviembre de 2024 la onceava encuesta.

En los diagnósticos y estudios comparados en el ámbito de los MASC en sede judicial, nos llamaba poderosamente la atención que, a pesar de que dichos métodos cuentan con resultados positivos comprobados —como la capacidad de resolver los conflictos en profundidad, considerando no solo las variables jurídicas, sino también las percepciones, necesidades, intereses, objetivos y emociones de las personas— con mayor rapidez, menor costo y menor desgaste emocional, dichos mecanismos no desarrollaban su

potencial ni lograban una mayor penetración en la vida social y jurídica del país. Por ejemplo, apenas el 7 % de los conflictos ingresados a los poderes judiciales del país, llegaban a los centros de mediación y tan solo el 5 % de las resoluciones judiciales, en la justicia de primera instancia correspondían a convenios de mediación. Incluso entre 2018 a 2019, la mayoría de los estados registraron un descenso en el número de asuntos de justicia alternativa concluidos por convenio pasando de 66,195 % en 2018 a 61,339 % en 2019 (figura 4); en cambio, en el mismo periodo (2018-2019) los asuntos concluidos en los juzgados se incrementaron en un 5,5 %, pasando de 1 263 188 asuntos concluidos en 2018, a 1 332 589 en 2019. En el año de la pandemia, en la mayoría de los estados, se registró un descenso en el número de convenios de casi un 50 %. Por ello se buscaba detonar las potencialidades de los MASC y propiciar un incremento significativo en su utilización.

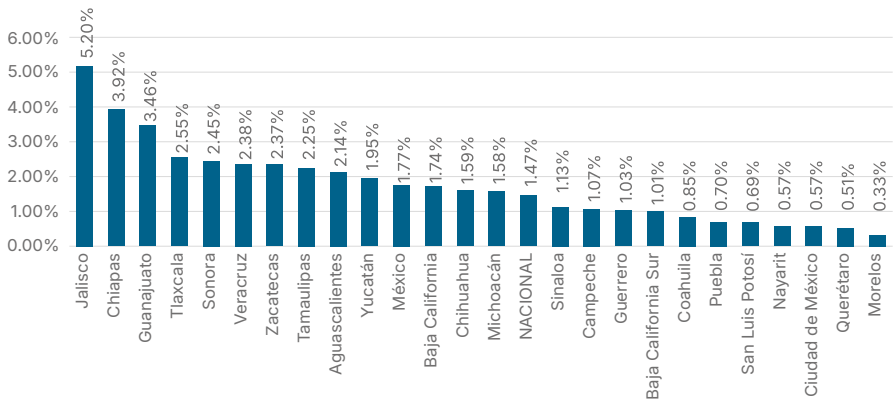
Tradicionalmente los MASC habían sido subestimados —reservados a conflictos vecinales o asuntos de menor cuantía— o considerados por los juristas, una solución de segunda jerarquía, frente al proceso judicial, valorado como “el más perfecto medio de administrar justicia entre los hombres” (cf. Alcalá, 1991, p. 239). De igual forma, la doctrina procesal formula reservas sobre las bondades y la confiabilidad de esta metodología de resolver conflictos, respecto de cómo atemperar las desigualdades entre las personas que intervienen en un conflicto, así como supervisar el respeto al interés público y a la equidad en los convenios.

Sin embargo, en las últimas siete décadas, la metodología, las técnicas y las herramientas interdisciplinarias de los MASC han alcanzado un alto grado de desarrollo y profesionalización, lo que ha demostrado su solvencia técnica, así como su efectividad, eficiencia y la satisfacción de los usuarios. Como ha referido Raúl Calvo Soler (2018, p. 85), en aquellos conflictos que pueden ser resueltos tanto por la vía del proceso judicial como por los MASC, no hay duda de que lo más eficiente es resolverlo a través de estos

métodos.⁷ Por ello, se puede afirmar que los MASC se han consolidado como una opción eficaz y eficiente para hacer justicia y difundir la cultura de paz en las sociedades contemporáneas.

Una de las principales restricciones para el avance y expansión de la justicia alternativa en el país, es la limitación de recursos con los que cuentan los centros de mediación de los poderes judiciales del país. En 2019 recibían en promedio 2,1 % del presupuesto de sus poderes judiciales. En 2023 apenas recibieron 1,47 % de dichos presupuestos, con una distribución muy desigual entre las diversas demarcaciones territoriales, como se puede apreciar en la figura 1. En Jalisco se gestionó y obtuvo un incremento de 40 % para el IJA en 2019. Para 2025 el crecimiento acumulado del presupuesto del instituto es de 185 %.

Figura 2
Porcentaje del presupuesto CEJA respecto del presupuesto del Poder Judicial



Nota. Adaptado con información de CNIJE, INEGI.

7 Además del citado libro de Calvo Soler (2018), también puede consultarse Zepeda, 2022.

Además de la limitación de recursos, una de las principales causas del escaso crecimiento en la utilización de los MASC es la ineficacia de los convenios en caso de incumplimiento. Esto se refleja en la alta tasa de rechazo por parte de los jueces al momento de elevar los convenios a sentencia —en aquellos estados donde el propio centro de mediación no tiene esta facultad— o al intentar su ejecución coactiva. En el caso de Jalisco, si bien el 98 % de los convenios se cumple de manera espontánea (ya que son las propias partes quienes los construyen de mutuo acuerdo), ese 2 % restante, al tener el carácter de sentencia ejecutoriada, requiere ser ejecutado por los juzgados.

En 2018 en Jalisco, de cada seis jueces solo uno aceptaba ejecutar el convenio que la ley contemplaba como “sentencia ejecutoriada”. Por ello, uno de los desafíos fue atender las necesidades de los jueces para que confiaran en la validación y sanción —para elevar a carácter de sentencia ejecutoriada— realizada por el IJA. Los jueces compartieron sus reservas y sus requerimientos para tener la confianza para ejecutar sin zozobra los convenios finales de MASC.

Los jueces al recibir algo “encriptado” que la ley consideraba “sentencia ejecutoriada” temían que se tratara de simulación o de que los convenios fueran inequitativos (dejado a la fuerza negociadora de las partes sin alguien que velara por la equidad y el interés público). Así surgieron en 2019 los lineamientos de validación que se aplican por los revisores profesionales del instituto, previo a la sanción de los convenios como sentencia ejecutoriada. De esta forma, cuando un convenio sancionado llega para su ejecución, los jueces saben que los criterios de equidad y los requisitos de fondo y forma de cada tipo de convenio se han revisado y constatado, por lo que realizan con confianza su ejecución.

Con este entendimiento y la interacción profesional y académica de la judicatura y el gremio de los mediadores se ha dado una gran sinergia entre los jueces y los MASC. Se tiene en los jueces grandes aliados y ellos saben que tienen en el IJA un auxiliar de la justicia confiable y eficaz. Otra

gran colaboración con la judicatura es que nueve magistrados y siete jueces se han certificado como mediadores y que, en tres generaciones, 123 jueces han tomado el diplomado en MASC. Eso propicia una jurisdicción más completa: una judicatura que escucha activamente a las personas y atiende de manera integral los conflictos.

Este entorno de confianza y sinergia propició que, en 2020, en plena pandemia el Poder Judicial impulsara el programa “cambia tu juicio por una mediación”. En el mismo sentido, en 2020 un acuerdo del Consejo de la Judicatura del estado estableció que las audiencias de conciliación que por ley deben realizar los jueces civiles y familiares, en los partidos judiciales donde el IJA cuente con sede —en las doce regiones de Jalisco— sería un mediador certificado del IJA quién realizara dicha sesión conciliatoria. Esto propició que los convenios intrajudiciales se quintuplicaran en los primeros 18 meses de vigencia de este acuerdo.

Otro elemento fundamental es que, de las 32 entidades federativas del país, Jalisco es una de las 18 en donde la legislación contempla la mediación privada. En 5 de los 14 estados restantes no contemplaban la mediación privada, en tanto que en 9 más estaba previsto en la ley, mas no se había desarrollado la posibilidad de llevar a la práctica la capacitación y certificación de mediadores privados. La nueva Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias (LGMASC, publicada el 26 de enero de 2024) ya contempla para todo el país la capacitación y la certificación de mediadores privados.

En Jalisco se ha promovido intensamente la mediación privada. Hasta finales de febrero de 2025, se habían emitido en el estado 1 680 certificados para mediadores públicos y privados, de los cuales 1 225 contaban con certificado vigente, lo que representa aproximadamente el 35 % del total de certificados vigentes en el país. Actualmente, el 85 % de los convenios de mediación que se celebran en el estado provienen de centros de mediación y de mediadores privados.

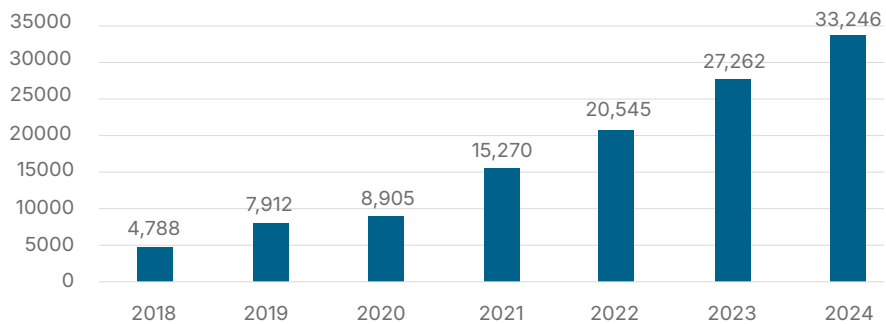
El incremento en la eficacia de los MASC en el sistema jurídico de Jalisco, junto con el respaldo de todos los ámbitos del poder judicial del

estado y la consolidación de un gremio de mediadores sólido y profesional, ha generado un aumento en los incentivos para que las personas usuarias —así como un sector significativo de la abogacía litigante— recurran a estos métodos. Como evidencia de este crecimiento, en Jalisco uno de cada cuatro conflictos planteados ante el poder judicial se presenta ante la justicia alternativa (24,7 %), mientras que el promedio nacional es de apenas 9 %.

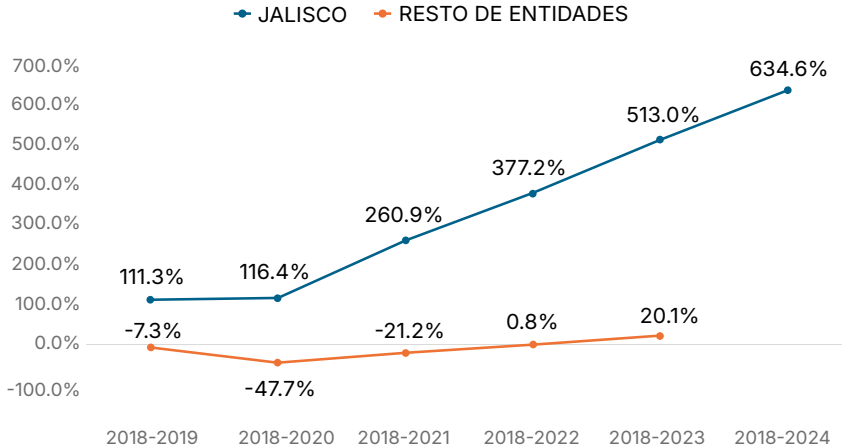
De 2018 a 2024, el número de convenios presentados para su validación al IJA por parte de los centros y mediadores públicos y privados creció en 594 %, pasando de 4 788 convenios en 2018, a 33 246 en 2024 (figura 3). Incluso en 2020 a pesar de la pandemia, se tuvo un incremento respecto del año anterior. El número de convenios de MASC logrados en de 2024, representa aproximadamente 30 % del total de convenios realizados en todo el país. La información más reciente para todos los estados es la del CNIJE 2024, con información 2023, que reportó que en todo el país se habían celebrado 108 820 convenios. En 2023, en Jalisco se concretaron 29 350, es decir, 27 % de los convenios de todo el país. Como se puede apreciar este indicador está en alza varios años y en 2022 los convenios de Jalisco representaron 24,8 % del total de México.

Figura 3

Convenios ingresados a validación



Nota. Adaptado con información de los CNIJE, INEGI 2019-2024 y del IJA para Jalisco en 2024.

Figura 4*Tasa de crecimiento en el número de convenios de todas las materias*

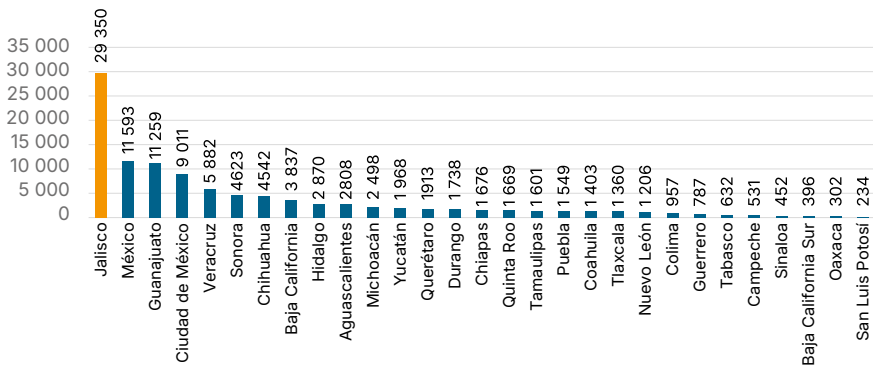
Nota. Adaptado con información de los CNIJE, INEGI 2019-2024 y del IJA para Jalisco en 2024.

Si se agregan los casi 2000 convenios penales e intrajudiciales —que no se presentan a validación, ya que en el caso penal es el juez competente quien extingue la acción penal una vez cumplido el acuerdo reparatorio y, en otras materias, cuando se logra un convenio intrajudicial con la intervención de un mediador del IJA, es el juez quien revisa el acuerdo y lo eleva a sentencia— el total de convenios realizados en todas las materias ascendería a 35 174, lo que representa un incremento del 634 % con respecto al total registrado en 2018. En contraste, en las otras 31 entidades federativas, el número de convenios aumentó apenas un 20 % (figura 4).

Este crecimiento nos hizo pasar del cuarto lugar en 2018 al liderazgo nacional a partir de 2021, manteniendo esa posición hasta el momento de escribir estas líneas (figura 5). En el CNIJE de INEGI 2024 se registraron 29 350 convenios, casi tres veces el número del segundo lugar. Tan solo en agosto de 2024 se recibieron 4 167 convenios en el IJA, más de lo que recibieron 22 estados del país en todo un año.

Figura 5*Expedientes concluidos por acuerdo o convenio*

Expedientes concluidos por acuerdo o convenio (todas las materias), 2023



Nota. Adaptado con información del CNIJE y el INEGI (2023).

Más avances cualitativos de otras estrategias, el acceso a la justicia y los retos inmediatos

Este creciente número de convenios ha logrado uno de los objetivos tradicionales establecidos para los MASC, a saber, la descongestión de los juzgados y tribunales. Existe evidencia de que se está dando la despresurización de las instancias judiciales. Por ejemplo, uno de los casos más frecuentes es el contrato de arrendamiento con cláusula preventiva, que brinda certeza al arrendador y garantiza a los arrendatarios un convenio equitativo y justo. Con el crecimiento en este tipo de convenios, se ha reducido en 45 % el número de juicios de desahucio en materia de arrendamiento.

De igual forma, en 2023 se redujeron en 22,1 % los asuntos ingresados a los juzgados en materia familiar de primera instancia; y uno de cada tres divorcios por mutuo consentimiento se aborda a través de la justicia alternativa. El 53 % de los procesos penales se concluyen con un acuerdo

reparatorio ante el IJA; y el 34% de los procesos que concluyen con un procedimiento abreviado, en los que se realiza un plan de reparación con la colaboración del IJA, por ello, los asuntos ingresados en segunda instancia, a las salas penales del Supremo Tribunal de Justicia de Jalisco, se han reducido en 39 %.

De igual forma, se han medido los costos para el erario del poder judicial, de las diversas modalidades de resolución de conflictos en Jalisco, corroborando que los MASC son más eficientes y económicos, que la vía del proceso judicial (figura 6).

Figura 6

La justicia alternativa representa menor costo para el erario

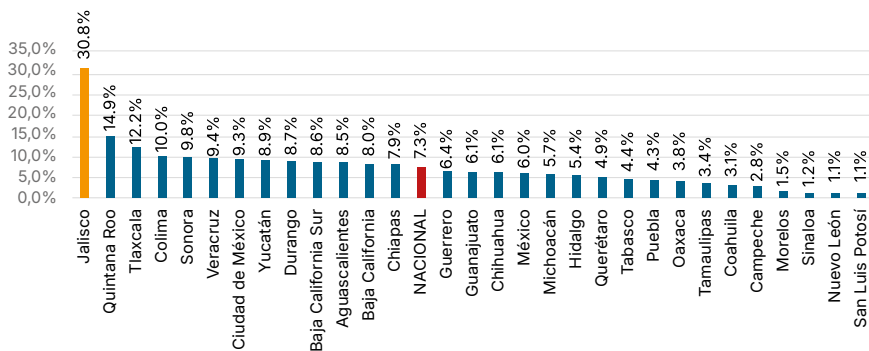


Nota. Se contabilizó la cantidad de personas en cada sede y módulo, tomando en consideración diversas fuentes: usuarios activos en SIJA y sus permisos y áreas, información sobre la nómina, y datos proporcionados por jefes de área y coordinadores. Se categorizó por nombramiento, para considerar el costo total anual por plaza, proporcionado por la Jefatura de Recursos Humanos y así estimar el presupuesto del Capítulo 1000 para cada sede y módulo. Dado que no se cuenta con información presupuestal desglosada por área, se tomó como base para la estimación del presupuesto total de las áreas, la distribución presupuestal 2022 para estimar la proporción correspondiente a los demás capítulos del gasto para cada sede y módulo. Elaborado con base en el cálculo de Paola Guadalupe Jiménez Rodríguez.

Se ha avanzado también en el indicador de proporción de las resoluciones judiciales de primera instancia que corresponden a un convenio final de MASC y la proporción que corresponde a sentencias, sobreseimientos y acumulaciones de los jueces de primera instancia. Hace seis años la proporción de convenios de MASC en Jalisco representaba el 8 % de las resoluciones judiciales —el 92 % restante correspondía a sentencias, sobreseimientos y acumulaciones—. En la información disponible más reciente —del censo 2024— Jalisco ocupa el primer lugar nacional de este indicador con 30,8 % de las resoluciones judiciales de primera instancia (figura 5).

Figura 7

Porcentaje de asuntos resueltos por justicia alternativa respecto del total de asuntos concluidos en el Poder Judicial



Nota. Adaptado con información del CNIJE y el INEGI (2023).

Un indicador de avance en la cobertura y aportación al derecho humano al acceso a la justicia es la expansión y consolidación de la Red de Justicia Alternativa en Jalisco —la más grande de México—. Se pasó de 136 puntos de atención en el estado en 2018, a 553 puntos de atención en 66 municipios, en los que viven el 90 % de los jaliscienses, para diciembre de 2024.

Tabla 1

Puntos de atención de la Red Jalisciense de Centros Públicos y Privados de Mediación

Tipo de puntos de atención de justicia alternativa	Total de puntos de atención
Sedes y módulos del IJA	29
Centros privados con acreditación vigente	160
Centros públicos con acreditación vigente	44
Prestadores del servicio de forma directa con certificación vigente	320
Total	553

Nota. Adaptado con los registros administrativos de la Dirección de Acreditación, Certificación y Evaluación.

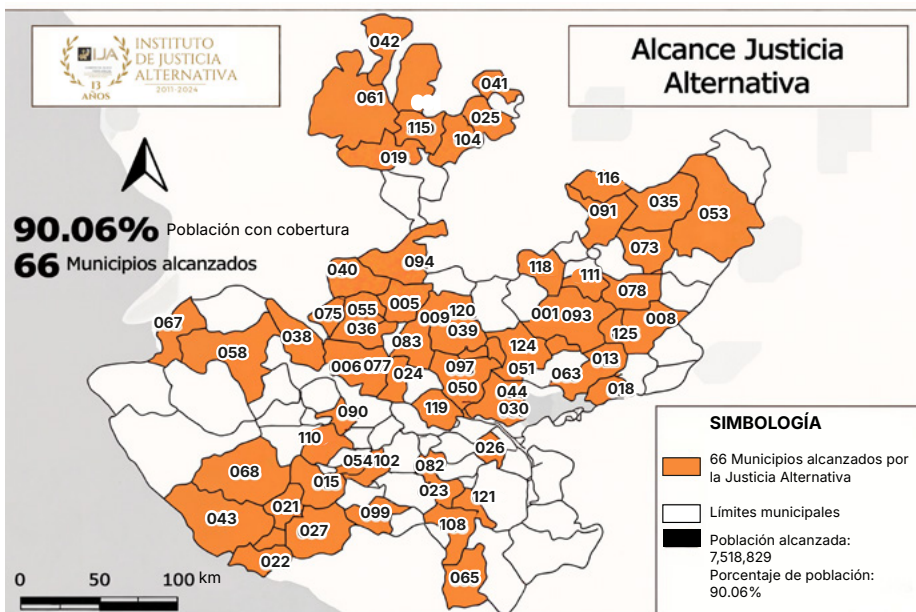
Un avance muy importante son los centros públicos de mediación municipal —financiados y sostenidos por el municipio y con el acompañamiento, capacitación, certificación, acreditación y validación de convenios por parte del IJA— que pasaron en el mismo periodo de 9 a 55 centros, un gran avance en el acceso a la justicia. Por ejemplo, en la lejana y marginada zona norte del estado solo hay un juez civil y familiar para los diez municipios de la región. En esta misma demarcación, el poder judicial ha promovido la creación de ocho centros públicos gratuitos en seis de esos municipios; además, 27 de los 55 centros municipales se ubican en localidades donde no hay juez de primera instancia. Algo similar ocurre en el partido judicial de Cihuatlán, donde un solo juez atiende cinco municipios en los que se han establecido seis centros públicos gratuitos. A nivel nacional,

por cada mediador hay siete jueces; en cambio, en Jalisco, por cada juez hay cinco mediadores certificados, lo que evidencia una mayor inversión de recursos humanos, materiales y sociales en la resolución de conflictos mediante el diálogo y el consenso.

Los 55 centros públicos municipales concretaron 1042 convenios en 2024 en materia familiar, civil y mercantil —más de los que se concretaron en 9 estados de la república en todo un año—. A estos 1042 convenios elevados a sentencia en centros municipales, se suman otros 500 convenios en los que se dio el pago inmediato, es decir, se invita a una persona a una mediación por algún adeudo, y en la propia mediación o a los pocos días se liquida dicha deuda, por lo que ya no es necesario mandarlo a sancionar para ejecutarlo en un juzgado en caso de incumplimiento.

Figura 8

La Red Jalisciense de Centros públicos y privados de mediación en los municipios



Nota. Tomado del Instituto de Justicia Alternativa (2024).

Otra gran aportación de la justicia alternativa en el municipio es la atención de conflictos vecinales, comunitarios y de justicia cívica, que evitan que conflictos incipientes escalen a mayores niveles de violencia, e inclusive puedan llegar a constituir un delito. Estos asuntos atendidos y resueltos en los 55 centros municipales se estiman en al menos 15 000.

La cifra negra de los conflictos se refiere a aquellos que, de no existir vías institucionales para atenderlos y darles acceso a la justicia, quedarían sin una atención adecuada, macerando resentimientos y percepción de injusticia, que podrían llegar a manifestaciones violentas. Por ejemplo, un pagaré de 4000 pesos que no se podría cobrar, porque no sería costeable contratar un abogado y menos cubrir costos de traslado, si no hay un juzgado en el municipio. De igual forma, un conflicto entre vecinos que no sea atendido por un mediador profesional podría escalar en violencia. Estos casos que no habrían llegado a la justicia o a medios de solución de conflictos y que sí pueden ser presentados a los centros municipales de mediación, se estiman en al menos 5000. Con este alcance de la justicia alternativa desde la comunidad se puede decir que Jalisco avanza para que la paz con justicia esté en la canasta básica.

La XI Encuesta de Satisfacción a Usuarios de MASC (ESUM) de noviembre de 2024 muestra excelentes niveles de satisfacción, de 95,4 % en la atención del mediador y en 99,2 % en la atención del personal de orientación.

Figura 9

Resultados sobre la percepción de los usuarios de la atención del personal



Nota. La atención al personal y el desempeño del facilitador o mediador se evalúa sobre una escala del 1 al 5. Tomado de ESUM 11 (2024).

El 26 de enero de 2024 se aprobó la Ley General de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias, un avance significativo que homologa y establece las bases y principios para la operación de los MASC. Entre sus disposiciones, prevé la mediación privada a nivel nacional, lo cual, como se ha señalado, es una condición necesaria para detonar el potencial de estos mecanismos. La ley también incorpora figuras que representan un desafío operativo y presupuestal para los centros de mediación de los poderes judiciales estatales, como el registro de personas facilitadoras, el registro de convenios y la creación de áreas de certificación. De igual manera, limita los supuestos en los que procede la validación de convenios por parte de la autoridad y establece un plazo de 30 días hábiles para dicho procedimiento.

En Jalisco, como solemos referir, estamos siendo “víctimas de nuestro éxito” porque el trabajo se ha incrementado —como se ha demostrado— exponencialmente. En 2018, los siete validadores del instituto recibían en promedio 15 convenios por semana para su revisión; en 2025, los 22

validadores reciben alrededor de 13 convenios diarios. Además, las directrices de validación elaboradas con la asesoría de jueces han vuelto cada vez más técnico tanto el contenido como el proceso de revisión de los convenios. Esto ha generado un aumento en las prevenciones y en las no sanciones, como puede apreciarse en la siguiente tabla:

Tabla 2

Prevenciones y no sanciones en convenios validados por el IJA

Periodo	2021	2022	2023	2024
Convenios ingresados al área de validación	15 270	20 545	27 262	33 246
Prevenciones	1942	3907	3625	5467
No sanciones	795	1904	1024	2148

Nota. Elaboración propia, con información del Sistema de Gestión del IJA.

La razón subyacente de este incremento es que uno de los MASC es la negociación, que no siempre es imparcial. En materia de arrendamiento —materia en la que se da 83 % de las prevenciones— al negociador o mediador le son canalizados los casos por parte de las inmobiliarias, por lo que los intereses de éstas suelen prevalecer en las negociaciones —incluso en ocasiones, el que paga los servicios de la mediación es el futuro inquilino, lo que ilustra el poder negociador de la inmobiliaria—. Se suelen incluir en los contratos dobles, penalizaciones o tasas de interés por mora superiores al 3,5 % mensual, lo que va en contra de los lineamientos de validación. Las prevenciones implican un desafío institucional porque deben fundarse, motivarse y notificarse, así como dar seguimiento a su atención. De igual forma, las no sanciones pueden dar lugar a impugnaciones por parte de los mediadores.

Este desafío se está atendiendo a través de gestión de recursos adicionales para enfrentar los requerimientos de la LGMASC y el incremento

en la demanda de servicios, atendiendo al incremento a la productividad y aportaciones para la justicia del instituto. Sin embargo, como para 2025 apenas se incrementó en 4 % el presupuesto, avanzamos en la reingeniería de procesos, para tratar de solventar el abrumador reto del incremento en los asuntos por validar,⁸ mantener la calidad y calidez del servicio, así como sostener los programas de justicia restaurativa y actividades con enfoque terapéutico que acompañan a la aplicación de los MASC —para además de gestionar y resolver los conflictos, atender las vulnerabilidades de las personas—.

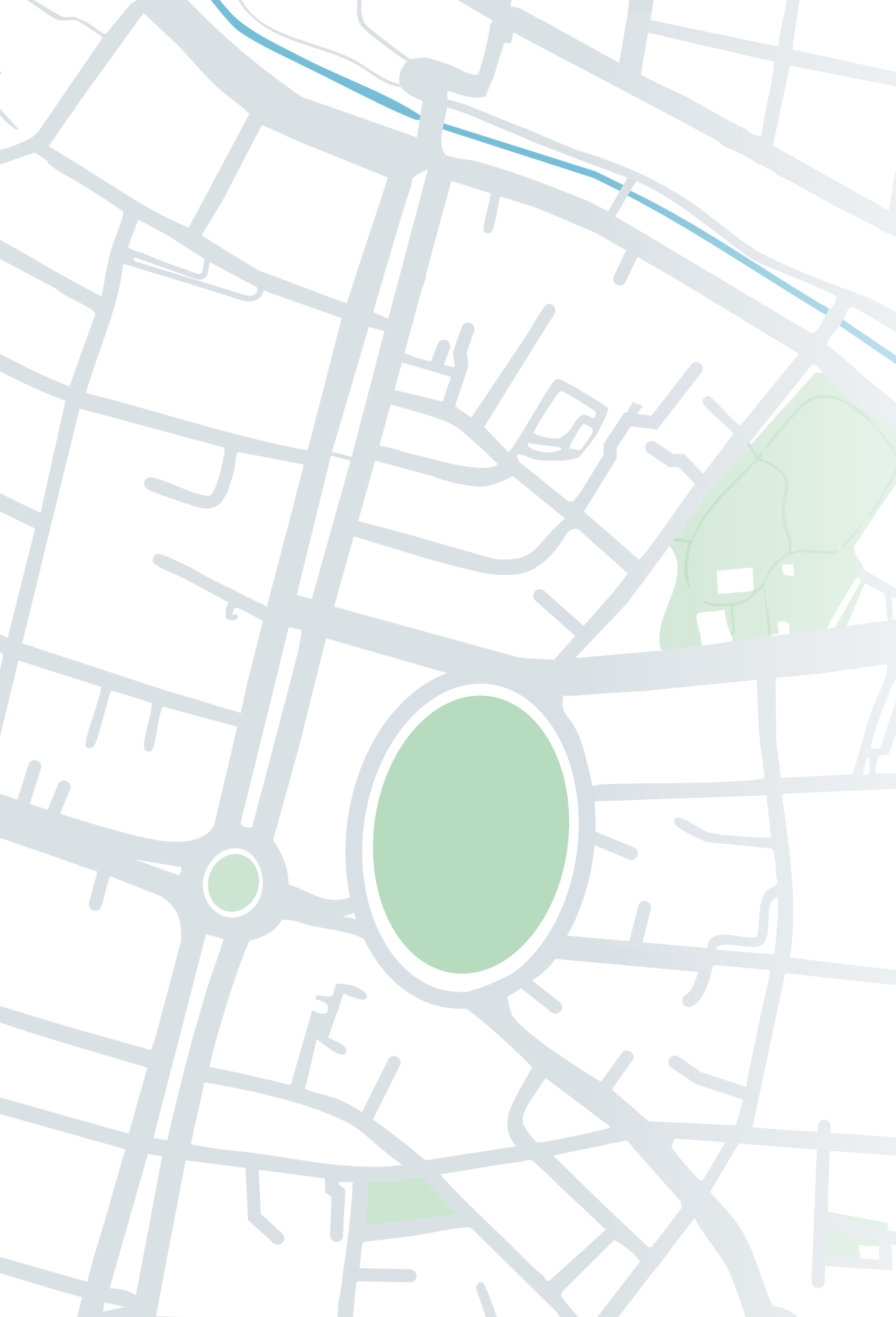
Con estos grandes retos vemos con optimismo el futuro de los MASC en Jalisco. En estos años se ha ampliado el conocimiento del IJA en la comunidad jurídica y la sociedad en general; se ha desarrollado capital humano y competencias en el manejo de conflictos en más de 10 000 personas; se han certificado 1 900 mediadores; se ha logrado una gran vinculación con la judicatura que le ha dado eficacia a los convenios MASC y gran aceptación e impacto social y económico en Jalisco; y, entre otros, se han dado pasos fundamentales en el acceso a la justicia y construcción de paz positiva.

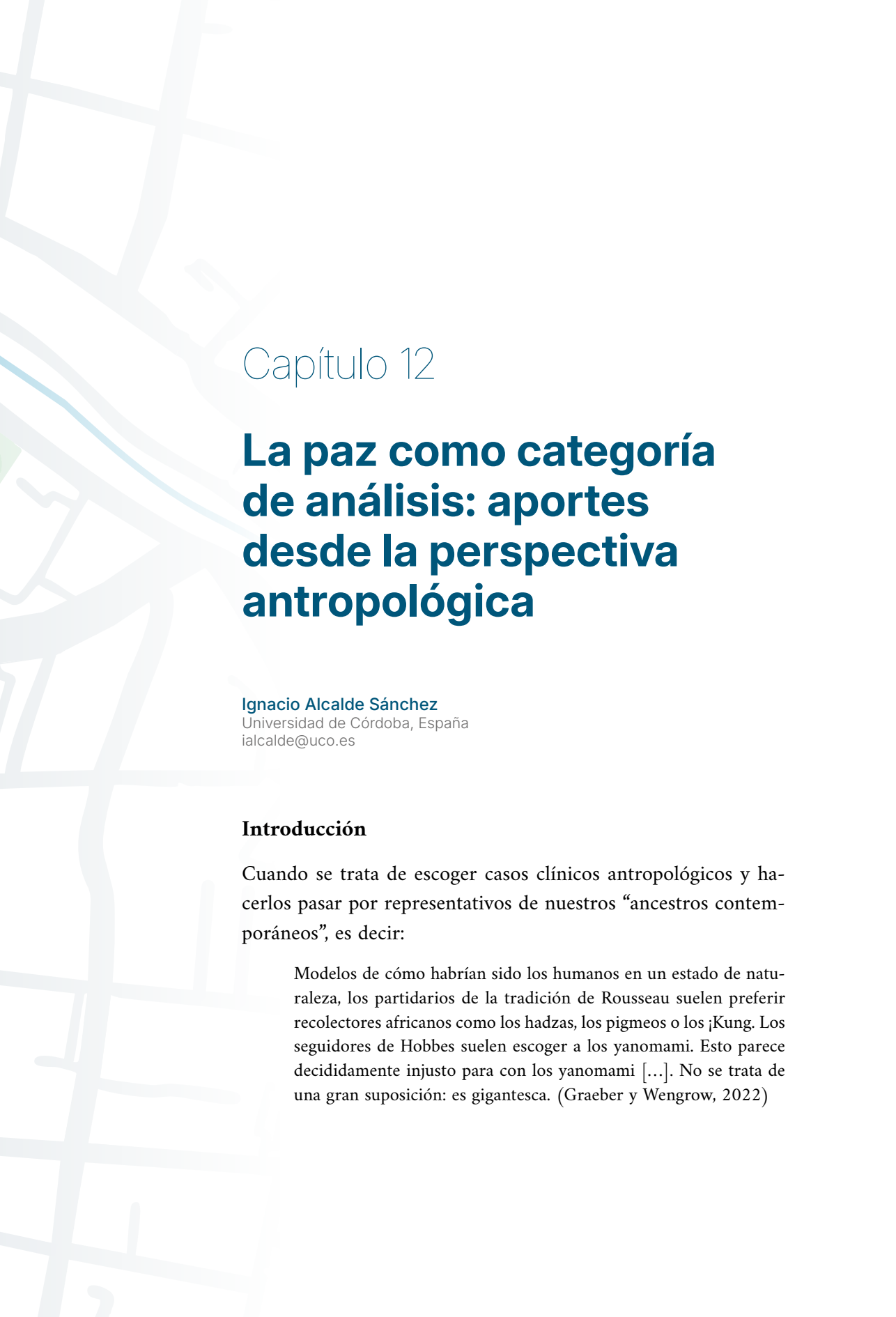
Referencias bibliográficas

- Aguilar, L. F. (2007). Estudio introductorio. En Autor (ed.), *Problemas públicos y agenda de gobierno* (pp. 15-72). Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Alcalá, N. (1991). *Proceso, autocomposición y autodefensa: contribución al estudio de los fines del proceso* (3ª ed.). UNAM.
- Calvo Soler, R. (2018). *Donde la justicia no llega: cuando el proceso judicial no acompaña*. Gedisa.

8 Como nuestro Proyecto de Validación de Arrendamiento Exprés, este proyecto busca incentivar la reducción de las prevenciones, ofreciendo a los mediadores que, aquellos convenios de arrendamiento que se ciñan a los lineamientos de validación y que, en consecuencia, no tengan prevención, son validados y sancionados en seis días hábiles.

- CPEUM (2025). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (195ª ed.). Porrúa.
- Gorjón, F. J. (2017). *Mediación, su valor intangible y efectos operativos, una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos*. Tirant lo Blanch.
- Pacheco, J. O. (2021). *Manual de implementación del órgano especializado en mecanismos alternativos de solución de controversias en materia penal*. El Colegio de Jalisco; Instituto de Justicia Alternativa de Jalisco.
- Vargas, J. E. (2001). *Las reformas judiciales en América Latina como experiencia de política pública*. Derecho y Sociedad.
- Zepeda, G. R. (2012). *Informe general, Proyecto de Seguimiento de los Procesos de Implementación de la Reforma Penal en México*. SETEC; USAID; CEJA.
- Zepeda, G. R. (2014). *Buenas prácticas en la implementación y operación del nuevo Sistema de Justicia Penal en México*. USAID.
- Zepeda, G. R. (2022). Sobre la necesidad de una teoría de la composición del conflicto: reflexiones a partir de los métodos alternos de solución de conflictos. En M. E. Franco, G. R. Zepeda y P. Salazar (coords.), *Aportes de Sergio García Ramírez al humanismo* (pp. 215-233). UNAM; Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro; El Colegio de Jalisco.
- Zepeda, G. R. (2024). Hacia un sistema de indicadores para los MASC. en G. R. Zepeda y B. O. Vargas (coords.), *Segundo anuario de justicia alternativa* (pp. 15-27). Instituto de Justicia Alternativa del Estado de Jalisco; Tirant lo Blanch.
- Zepeda, G. R. y Jiménez, P. G. (2016). *Guía para el desarrollo e implementación de buenas prácticas en el Nuevo Sistema de Justicia Penal*. Jurimetría.





Capítulo 12

La paz como categoría de análisis: aportes desde la perspectiva antropológica

Ignacio Alcalde Sánchez
Universidad de Córdoba, España
ialcalde@uco.es

Introducción

Cuando se trata de escoger casos clínicos antropológicos y hacerlos pasar por representativos de nuestros “ancestros contemporáneos”, es decir:

Modelos de cómo habrían sido los humanos en un estado de naturaleza, los partidarios de la tradición de Rousseau suelen preferir recolectores africanos como los hadzas, los pigmeos o los ¡Kung. Los seguidores de Hobbes suelen escoger a los yanomami. Esto parece decididamente injusto para con los yanomami [...]. No se trata de una gran suposición: es gigantesca. (Graeber y Wengrow, 2022)

La intención de este capítulo es mostrar el enfoque cualitativo de la etnografía en los estudios sobre la paz. No se pretende abordarlo como si la violencia no existiese, ignorando las vías violentas como resolución histórica de los conflictos o la evidente violencia existente en las sociedades. Ese conjunto de temas ya es objeto de análisis desde diversas perspectivas, y la producción académica al respecto se ha vuelto abundante a lo largo del último siglo. Lo que aquí se plantea es poner el foco en la paz, exclusivamente, como objeto de estudio y constructo cultural, y las posibilidades que esta tiene para ser, al mismo tiempo, objetivo específico y variable con la que investigar, especialmente, desde la antropología, usando la etnografía como método.

Para ello, tras un breve recorrido por sus diferentes acepciones y enfoques sobre la paz, se presentará una definición desde la perspectiva cultural: la paz como un constructo social. Posteriormente, se analizarla desde la antropología, exponiendo las bondades de la etnografía como herramienta para abordarla. Si se hace un símil con la medicina, al igual que hacía Galtung, se estudiaría la salud no por oposición a la enfermedad, sino como objeto con fundamentación propia, observando a los sujetos que gozan de buena salud y viendo qué hacen para mantenerla, aunque lo hagan de manera inconsciente.

Otros de los objetivos latentes que aparecerán en este capítulo son los postulados sobre la investigación de la paz, las ventajas de las metodologías cualitativas en este campo y las bondades de la paz como variable de trabajo de la investigación-participación. Intentando, así, consolidar una perspectiva que debe convertirse en un género propio de la investigación dentro de las ciencias sociales: los estudios desde y sobre la paz.

Tomando como punto de partida las propuestas que se suelen hacer desde las ciencias sociales sobre la paz y la violencia, y adelantando algunos debates en los que se profundizará más adelante, vemos que se suele referir a la violencia en plural —las violencias— para dejar claro que no existe una forma única de definirla, representarla o percibirla. Desde ese plano cultural, también el análisis de un hecho violento tendrá que hacerse inserto en el

grupo en el que se produce. Por extensión, desde ese prisma relativista y culturalista, se aborda la otra cara de la moneda del mismo modo; la paz, que se enumerará en plural —las paces— ya que la resolución de conflictos a través de vías pacíficas tendrá también múltiples opciones.

Para la definición de esta última, se tomará como punto de partida y más recurrente aquella primera versión de Johan Galtung, según la cual, la paz sería aquello en lo que haya ausencia de violencia y a la que, poco a poco, se le sumarían todos los tipos de paces: la paz directa, estructural y la cultural. La paz, o las paces, también serían la condiciones y contextos mediante las cuales los conflictos se resuelven de manera no violenta. De este modo, siguiendo con el abordaje sobre el estudio de la paz, se tiene la primera definición: la paz como ausencia de violencia y la presencia de justicia.

Desde esta perspectiva, se la sigue definiéndola por oposición. Algo que suele ocurrir en diversos campos de trabajo, desde el estructuralismo de Levi Strauss a los recientes estudios sobre la familia (Collier et al., 2024), donde se buscan esos pares antagónicos o se experimenta la comodidad de buscar sinónimos con los que esclarecer su significado y adjetivándola para precisar su acepción. Así, se comienza hablando de paz y, finalmente se añaden otras acepciones como imperfecta, estructural, neutra o simbólica.

Por lo tanto, estos abordajes generalmente se realizan por oposición. Cuando se estudia de la paz, se termina hablando de violencia o se traslada el debate hacia la posibilidad de la paz como aspiración filosófica. Así, cuando se intenta acotar su significado exclusivo, partiendo de la definición de Galtung, se avanza hacia el debate filosófico sobre la bondad y la maldad del ser humano, lo que desviaría hacia la filosofía, dirigiéndose hacia la academia de Dijon y el dilema entre Hobbes y Rousseau sobre la desigualdad entre las personas, alejándose del propósito de estudiar la paz desde la paz misma.

Es en ese punto en el que se comparte el enfoque del texto de David Graeber y David Wengrow, *El amanecer de todo* (2021), que plantea la intención de estudiar los procesos históricos desde la perspectiva positiva de

la paz. No se trata de abordar la desigualdad y el estudio de las sociedades preindustriales como modelos paradisíacos de armonía y las sociedades estatales modernas como clave de las desigualdades y, por extensión, el uso *legítimo* de la violencia por parte de unos cuantos hacia otros muchos, sino de analizar los escenarios en los que las creaciones de recursos pacíficos han permitido al individuo y al grupo llevar a cabo sus propuestas, incluso dotando de grandes avances a la humanidad y, así, hablar de paz.

Para ello, se debe entender esos procesos pacíficos en cada escenario, desmenuzarlos e interpretarlos apropiadamente en cada contexto y traducirlos al resto para que puedan servir de modelos o ejemplos. Será en este punto donde entre la etnografía como método de investigación y la antropología como ciencia.

Del mismo modo, esta propuesta obliga a adoptar una postura más allá de la perspectiva eurocentrista sobre la paz. Si los estudios sobre la colaboración de Piotr Kropotkin parecen poder remontarse hasta Lao Tsé, los enfoques pacifistas abren otras propuestas más allá de las tradiciones europeas y occidentales. Por lo que este abordaje debe hacerse con la perspectiva del pensamiento indígena y, por supuesto, decolonial. Desde esta perspectiva y a modo de ejemplo, los escenarios de abastecimiento de bienes sean del tipo que sean, las estructuras que permiten la crianza, bajo formas pacíficas, o las diferentes instituciones que sustentan el día a día de los grupos, serían los espacios de paz o, más exactamente, los escenarios pacíficos “conjugando espacio, tiempo y reglas culturales” donde la paz debe ser estudiada desde la antropología.

Y ahí comienza a vislumbrarse la complejidad del análisis cultural, ya que no serán escenarios absolutos de definición y clasificación perfecta en los que la paz lo inunde todo y en los que la definición de Galtung encaje perfectamente. Más bien, tendrían o podrían tener “siguiendo el argot alimenticio” trazas de violencia. Será en este punto donde entre en juego aquello que otros autores han definido como paz imperfecta, estructura-agencia o los diferentes enfoques lingüísticos, que serán otros modos de interpretar esos escenarios en busca de una definición que sirva para todos.

Ahí se llega a la clave de este capítulo, la paz como concepto *etic* para los investigadores sociales y su búsqueda en las categorías *emic* empleadas por los observados, como categorías de análisis de una investigación social. Es una modesta aportación a los estudios sobre la paz. Por lo tanto, es necesario especificar qué es la paz, cómo se la puede entender desde la cultura y qué aporta la etnografía. A continuación, se abordarán estos puntos.

La paz, algunas definiciones

Las primeras definiciones que se pueden encontrar en la Enciclopedia Británica o diccionarios similares, que se comienza a indagar en este concepto, definen la paz como la ausencia de guerra (cf. Harto de Vera, 2016). Es decir, se establece, como se mencionó anteriormente, por oposición antagonica y casi mitológica “al estilo estructuralista-strausiana” a la violencia. Será Galtung quien, basándose en la dualidad de paz positiva (ausencia de guerra y presencia de justicia social) y paz negativa (ausencia de guerra), intente encontrar una definición que aglutine a todas esas paces que los investigadores comenzaban a escudriñar. Así, definirá la paz como no violencia, empatía y creatividad. Para este autor, la paz sería, por tanto, la habilidad social para manejar un conflicto creativo, de manera que no sea necesaria la violencia. De este modo, la consolidación de la paz conllevará la implementación de una cultura de paz. Este sería el punto de partida de los estudios sobre la paz en la actualidad, una línea de investigación que propone un impacto sobre su objeto de estudio en cuanto que promueve los escenarios de paz, su creación y su consolidación.

Desde esta perspectiva diversa, la cultura de paz se entenderá como un conjunto de valores, actitudes y conductas que, basadas en principios de libertad, justicia, democracia, tolerancia y solidaridad, rechacen la violencia y procuren prevenir el conflicto garantizando los derechos y el desarrollo de la sociedad.

A partir de ahí, comienza el desarrollo de estos estudios sobre la paz. Siguiendo a Vicenç Fisas (2006), se observa que el estudio de la paz

comienza con la paz negativa, entendida como ausencia de guerra y la paz como sistema de equilibrios en el sistema internacional. La paz negativa y positiva, introducidos estos últimos por Galtung para englobar los estudios anteriores y proponer una nueva perspectiva. A estos, se sumaron la paz feminista, paz holística-Gaia —que pondría el foco en la perspectiva ecológica— y la paz interna y externa, que acentuaría los aspectos espirituales. Estas definiciones provocarán de manera paralela unos paradigmas de estudio sobre la paz. Así, aparecerán los estudios empíricos sobre la paz en el pasado, teniendo como rasgo principal esa perspectiva diacrónica con la que interpretar la violencia o la paz, y los estudios críticos sobre el presente y constructivistas, centrados en el futuro.

Si se profundiza en algunos de estos adjetivos, se entenderá mejor su aplicación:

- *Paz negativa.* Es el primer concepto abordado dentro de los estudios sobre la paz, que se puede situar tras la Primera Guerra Mundial. Aunque no recibirá este nombre de manera específica, se centrará en la paz como ausencia de guerra. Tal como se mencionó anteriormente, esta será la acepción principal que utilicen los diccionarios enciclopédicos en sus inicios al intentar abordar y definir este concepto. Actualmente, esta definición se mantiene en los análisis de conflictos, incluidos los violentos, desde un prisma por el que no existe la guerra. Por ejemplo, los conflictos de frontera o las tensiones comerciales o en el caso de que dos grupos pueden tener conflictos violentos, pero no serán duraderos ni sistemáticos. Esta perspectiva permitirá analizar todos aquellos espacios de ausencia de guerra en la que los grupos resuelven sus conflictos.
- *Paz positiva.* Ante el término anterior, en los años sesenta, se introduce este nuevo concepto, que pone el foco no en la ausencia de violencia, sea esta del tipo que sea (directa, estructural o simbólica), sino también en la acción cooperativa y la presencia de justicia, lo que se enlaza directamente con los derechos humanos y la importancia de que los

conflictos se resuelvan dentro de un marco justo y amparado por la libertad. En este enfoque, entra en juego la creatividad humana para proponer nuevas fórmulas de convivencia e integración.

Ambos conceptos, paz positiva y negativa, entroncarían con sus pares de violencia directa y estructural, siendo este último el concepto creado por Galtung basado en las ideas sobre violencia simbólica de Pierre Bourdieu y el de hegemonía de Antonio Gramsci. Esta división mantendrá vigentes los dos bloques de pensamiento en torno a los estudios de la paz —en algunos casos, incluso de forma frontal— paz positiva y paz negativa. Sin embargo, durante la década de los ochenta, estas diferencias comenzarán a suavizarse, especialmente en lo relativo a la distinción entre violencia estructural y violencia directa. Se generará así un gradiente que permitirá ocupar las zonas grises entre ambas formas de violencia y atenuar las diferencias entre las posturas teóricas. Será en ese contexto donde surgirá el concepto de *paz imperfecta*.

- *Paz imperfecta*. Este concepto, introducido por Francisco Muñoz (2001), hace referencia a esa zona intermedia entre la paz positiva y la negativa. Se refiere a un marco en el que las categorías de análisis se completan de datos entre la violencia directa y la estructural, permitiendo analizar esas realidades en las que ambos conceptos, paz positiva y negativa, no encajan plenamente, de ahí esa paz imperfecta.

En este sentido, se hace uso del concepto de paz imperfecta para definir aquellos espacios e instancias en las que se pueden detectar acciones que crean paz, a pesar de que estén en contextos en los que existen conflictos y violencia. De este modo se entiende la paz imperfecta como una categoría de análisis que reconoce los conflictos en los que las personas y/o grupos humanos han optado por potenciar el desarrollo de las capacidades de los otros, sin que ninguna causa ajena a sus voluntades lo haya impedido.

Podríamos agrupar bajo la denominación de paz imperfecta a todas estas experiencias y estancias en las que los conflictos se han regulado pacíficamente. Es decir, en las que los individuos y/o grupos humanos han

optado por facilitar la satisfacción de las necesidades de los otros, sin que ninguna causa ajena a sus voluntades lo haya impedido. ¿Puede ser la paz imperfecta entendida como un proceso entre la paz negativa y la paz positiva? Entre la ausencia de violencia y la preeminencia hasta cierto punto sí, pero es algo más (Muñoz, 2001).

Esta última perspectiva de Muñoz, que se puede completar con la acepción de paz neutra introducida por Francisco Jiménez Bautista, “que entiende la paz como un proceso gradual que conlleva una implicación personal para reducir la violencia cultural” (Jiménez Bautista, 2014), convierte a la paz en una categoría analítica y, por tanto, en una herramienta con la que comprender e interpretar al otro. Desde esa perspectiva se va acercando a la propuesta, que no sería otra que la de la paz como categoría *etic* de análisis de la realidad.

La paz desde la antropología

Un Nobel de la Paz sin paz. El comité noruego otorgó el Premio Nobel de la Paz al presidente colombiano Juan Manuel Santos por el acuerdo alcanzado con las FARC, a pesar del rechazo popular al pacto. “Seguiré trabajando sin descanso por la paz”, aseguró emocionado el mandatario. Por su parte, el jefe negociador de las FARC, Iván Márquez —alias Luciano Marín Arango—, expresó su deseo de que el Nobel concedido a Santos brinde “la fuerza necesaria” para sacar adelante el acuerdo de paz, cuyo objetivo es garantizar una “vida digna para todos los colombianos”.

Si se tuviese que definir la paz desde la antropología, como punto de partida, podríamos recurrir a la siguiente definición: todo aquel escenario en el que el individuo, sin necesidad del uso de la violencia, puede desarrollar su actividad como ser humano bajo las formas culturales del grupo y bajo las que se desarrolla. Es decir, un escenario concreto (decurso) sobre el cual el ser humano proyecta y recibe las diferentes reglas culturales con las que, libremente, pone en juego su agencia, descartando la violencia como forma de resolución de los conflictos.

Como se puede observar, según esta definición, es necesario aterrizarla a un escenario concreto para poder interpretarla convenientemente, a una encrucijada espacio-tiempo donde la acción tiene lugar, siguiendo a Mijaíl Bajtín, a un cronotopo. Esto provoca una situación similar a la anterior, ya que, desde la antropología se abordará también como un concepto polisémico, tal como afirma Harto de Vera (2016), prácticamente cada autor tiene su propia definición y hasta cierto punto debe de ser así, ya que será una acepción proveniente de la perspectiva *emic*. Por lo que, se deberá buscar dentro de las expresiones y acciones de cada campo de estudio. Así, cada investigador habrá *etnografiado* un grupo de manera que pudiese identificarla, interpretarla y fomentarla. Además, dada la peculiaridad de la etnografía, al igual que ocurre con las investigaciones de género o política, los estudios sobre la paz deberán construir su objeto a medida que avanzan, analizando cómo se instaura en algunos escenarios donde se normaliza la transacción de bienes, servicios o convivencia de intereses, y cómo no se instaura en otros entornos donde impera la resolución violenta o la violencia estructural en ellos. Por lo que será concreta y específica.

Cultura e instituciones

Para entender este aporte, es fundamental tener presentes algunos rudimentos básicos que la antropología encierra, los cuales permitirán comprender la perspectiva cultural en los estudios sobre la paz. Así, comenzando por la propuesta central, se concibe la cultura como el conjunto de reglas que dan forma a la acción social, como una propiedad de la acción social en la que los individuos son agentes de cultura (Díaz de Rada, 2012). Desde esta premisa, se da el salto al método de trabajo propuesto: la etnografía, a través de la cual la observación participante, la reflexividad y la intersubjetividad permitirán obtener e interpretar la información del otro, es decir, descifrar sus códigos culturales bajo los cuales entiende y desarrolla su vida, y poder describirlos o traducirlos en un producto que podrá ser tanto propuesta como resultado. También se busca aquí, que este enfoque sirva tanto para mostrar la cultura de ese

otro como para que a ese otro le sea útil en alguna medida, acercándose a la antropología de la cooperación y el desarrollo o las propuestas de investigación-participación.

Siguiendo con esta concatenación de conceptos, aparecerán las instituciones, grupos de conocimientos o reglas culturales que vendrán pautadas desde un núcleo sociocultural que facilitará el devenir grupal, un constructo sociocultural que empaqueta esos conocimientos en un único conjunto, dictando cómo debe ser el comportamiento del grupo en relación con esa esfera cultural concreta o simplificando su adquisición. Así, se podría definir a las instituciones socioculturales como entes que agruparán saberes específicos como la religión, la economía o la política, que podrán materializarse, incluso convertirse en sistemas expertos caracterizados por la confianza y el riesgo que sus usuarios asumen, con lo que la gestión de esos conocimientos pueda llegar a cuantificarse de manera relativamente sencilla.

Una vez sentadas las bases de la cultura y las instituciones como piedras angulares de la antropología, es posible seguir desgranando otros conceptos provenientes de esta ciencia que ayudarán a entender la paz desde esta perspectiva cultural.

Emic-etíc

Desde la perspectiva de la antropología, el investigador para conocer al otro tendrá permanentemente un pie en cada terreno, compartiendo puntos de vista con el nativo y, al mismo tiempo, traduciendo esas observaciones al plano del investigador. Esos dos planos, serán denominados *emic* y *etic*, algo fundamental en la labor etnográfica de un antropólogo. Este concepto, introducido por Kenneth Pike y Marvin Harris (2011), proviene de la lingüística, en la que se distingue el plano fonémico del fonético, por lo que cada sonido tendría una transcripción fonética de manera que todos los ajenos a ese idioma pudieran identificarlos y conocer la diferencia entre su escritura y pronunciación, algo que se adoptará en la antropología, entendiéndose así los dos planos fundamentales de cualquier etnografía. Así, *emic* identificará la perspectiva del informante o nativo y

etic el punto de vista (o la voz) del investigador. Lógicamente, ambos planos sólo existirán en esa práctica etnográfica de análisis de una cultura y supondrán un debate profundo en cuanto a la posibilidad de continuarse progresivamente, *etic1, emic2, etic2, emic2... eticN*, en tanto que el plano del investigador también podrá tomarse como una perspectiva nativa más. Desde este enfoque, una boda se convertiría en un ritual festivo de alianza de parentesco, un funeral en un rito de despedida o una compra en el supermercado en un proceso de adquisición de bienes o suministros.

Así, se va acercando a nuestra propuesta de la paz como categoría *etic*. La paz como una categoría de análisis y comprensión de la realidad propia del investigador y, como correlación a esto, ajena al investigado que no tiene por qué ser consciente de ella. Desde esta propuesta, se entiende que este enfoque de la paz se convierte en una categoría que puede ser desconocida para el sujeto, ya que sólo existiría en el trabajo del investigador y servirá para dar a conocer sus prácticas y significados a otros investigadores o a otra comunidad. Desde esta perspectiva, la paz irá disfrazada bajo múltiples ropajes, con discurso y reglas culturales *emic*, por lo que no existirá *per se*, sino bajo formas de interacción que permitan a los individuos o los grupos desarrollarse. Dicho de otro modo, la concreción local y cultural de una categoría de cultural.

Desde este enfoque de la paz como una categoría *etic*, para la cual buscamos su concreción en el plano *emic*, se entiende que lo que se debe observar son los comportamientos y discursos de los sujetos para interpretarlos en clave de paz. Así, se puede hacer un paralelismo con otras categorías habituales en la etnografía, como economía, parentesco o política, que se analizarán en un entorno preciso, es decir *emic*, y se concretan en situaciones como el trueque en las cárceles españolas, los matrimonios concertados entre las familias indias o la figura del gran hombre en la Melanesia, y que encontrarán su encaje en categorías universales válidas para todos, como el suministro de bienes, reproducción o toma de decisiones, lo que permitirá traducirlas a otras culturas. De ahí la importancia del antropólogo y de la escritura etnográfica como puente entre culturas.

Desde esta perspectiva, la paz como objeto de estudio se afrontaría como una categoría de análisis a poner en juego en la labor etnográfica. Si se desarrolla esta propuesta, es necesario introducir más conceptos para terminar de armar la propuesta.

Categorías analíticas

“Ahora, no sé, no me preguntes eso. Una persona normal. Como solía decir yo allí... ‘a ver si consigo llegar a ser una persona normal’. Entrevista a un menor infractor.” (Alcalde Sánchez, 2023).

En ciencias sociales hablamos de categorías analíticas cuando estamos inmersos en el trabajo de investigación y, concretamente, en esa fase previa al salto y la recolección de datos en la que diseñamos nuestros “archivadores” en los que clasificaremos toda la información que recolectaremos previamente. Esta fase de “trabajo de mesa” que ocupará las primeras etapas del trabajo etnográfico y que se revisará permanentemente a lo largo de todo el proceso hasta quedar constituidas como el almacén que sustente nuestro análisis serán las categorías de análisis.

En etnografía, nos acercamos al campo con una intención analítica, por tanto, proponemos aquí que esa intención esté armada bajo ese archivador que será los estudios sobre la paz. Y es ahí, por tanto, donde debemos desmenuzar el concepto paz, entendido como un absoluto y enunciado por las definiciones más arriba en categorías menores o variables de estudio sobre las que refrendarlas. Aquí llegamos a otra posición clave de este capítulo, la paz como categoría de análisis sólo será viable cuando la aterricemos a un escenario concreto, en el que realicemos nuestro estudio, por lo que deberá soportar esas variables cualitativas, unidades de observación que puedan ser traducidas, interpretadas y sobre las que reflexionar como investigadores y, de este modo, será el decurso cultural en el que se ponga en juego el que determine su interpretación y sentido.

En esta dirección, el uso de la metáfora, la construcción apropiada de las categorías semánticas y el manejo de las diferentes acepciones mencionadas previamente serán fundamentales para identificar y precisar

convenientemente el objeto de estudio. Esto proporcionará una trastienda que soporte la investigación. Así, la paz como metáfora ontológica, tal como la explicaron George Lakoff y Mark Johnson, será fundamental, ya que se le dotará de entidad (casi corporalidad) y permitirá referirse a ella. Dicho de otro modo, la traducción de una categoría universal en unidades empíricas y observables, como el acto de “trabajar por la paz” (Lakoff y Johnson, 2019, p.59) podrá encarnarse en comportamientos específicos. Esta cualificación a través de la metáfora permitirá incluso, cuantificarla a través de procesos investigativos empíricos observables.

Universal y concreto

Otro de los debates relacionados con esta dualidad teórica-empírica es el de la universalidad de las categorías de análisis y la concreción de estas en unidades observables en el campo. De este modo, se llegará al debate planteado por Díaz de Rada, que sostiene que lo universal es concreto y es universal. Es decir, la cultura, como propiedad de la acción social humana, puede englobarse en dimensiones universales que comparten todos los grupos y, al mismo tiempo, se concretará en manifestaciones diversas que caracterizarán la práctica humana. Es justo a eso, a lo que los antropólogos se dedican, a entender, interpretar y reflexionar sobre esa diversidad humana, aplicándola a escenarios concretos, tratando de convertir esos universales en concreciones.

Desde esa premisa, se puede englobar lo dicho hasta ahora de manera que, *etic/emic* y las categorías de análisis no son otra cosa que la concreción de dimensiones universales en manifestaciones concretas. Así, la paz, como dimensión universal y definida por los autores antes mencionados, deberá concretarse en escenarios específicos en los que el decurso de la acción permita observarla e interpretarla. Se busca la concreción de una dimensión que trasciende lo local, la paz, pero que se manifiesta de una manera específica, de modo que podamos interpretarla e identificarla aquí como allá. Desde la antropología, se aborda este debate entre lo universal y lo concreto, afrontando la universalidad como una aspiración investigadora

en la que la gradación en los conceptos se debe tener presente, enmarcando este proceso dentro de una actitud holística. Esta aspiración de universalidad prepara para la comparación transcultural, permitiendo aplicarla a otros escenarios y, por tanto, entender la diversidad cultural humana.

Anthropos y ethnos

Con los conceptos presentados hasta ahora, resulta fácil entender la propuesta antropológica que ha vertebrado a la ciencia social durante el último siglo: la dimensión universal del ser humano, el *anthropos*, y su unidad psíquica mundial frente a la cualidad inherente de concreción y adaptación al entorno, el *ethnos*. Esto arroja la diversidad cultural como una de sus características y convirtiéndola en el objeto central de estudio de la antropología, que tendrá como herramienta principal a la etnografía. Así, *anthropos* y *ethnos* se corresponden a esa dualidad de unicidad y diversidad, monosemia y polisemia, que el ser humano pone en juego en sus múltiples formas de adaptación al entorno, en definitiva, de sus modos de vida.

Desde esta perspectiva, también se puede entender la paz como micropaces, siguiendo la microsociología propuesta por Erving Goffman (1981), que enfoca las interacciones cotidianas en las que los procesos pacíficos envuelven el devenir diario de los grupos, los cuales deben aterrizar en unidades observables, empíricas y traducibles a otras culturas. Las micropaces como concreciones específicas en escenarios diversos en los que se identifican vías pacíficas de resolución de conflictos, que pueden observarse en diferentes culturas y momentos. La concreción *etic* en *emic*, la universalidad de la paz en la concreción de un proceso cultural, la vastedad del *anthropos* en la especificidad del *ethnos*.

La etnografía para estudiar la paz

La etnografía, como método propio de la antropología y caracterizada por ese desplazamiento del investigador que, a través de la comprensión

profunda de las reglas culturales del otro, interpretará y traducirá sus comportamientos, se presenta, como una herramienta idónea con la que convertir las categorías empleadas, de manera consciente o inconsciente, por los nativos en categorías de análisis e interpretación válidas para para el resto. La etnografía permite realizar el puente entre *etic* y *emic*. De este modo, se puede decir que “La Paz” se convierte en “la paz”.

Las peculiaridades que arroja la investigación cualitativa, que construyendo su objeto a medida que avanza, se convierten en una enorme ventaja a la hora de adentrarse en los procesos y estructuras de los grupos, y entender sus procedimientos pacíficos de desempeño grupal, sea cual sea el escenario en el que se produzcan. Así, la antropología se presenta como ciencia para señalar los procesos culturales latentes y la etnografía proporciona múltiples herramientas para diseccionarlos. Ejemplos como las historias de vida, que permiten conocer la paz en primera persona y crear narrativas desde abajo, las autoetnografía, que cede el protagonismo a los agentes cruciales en esos procesos. o la observación participante como elemento clave en la comprensión profunda, son algunos ejemplos de estudio de esas micropaces.

El reto etnográfico que se presenta desde esta perspectiva sería el encontrar espacios de paz, es decir, entrenar el ojo investigador para detectar los procesos pacíficos y situaciones de paz en las que los grupos interactúan para que, al igual que sucede con el eje feminista, empape las investigaciones y permita poner de relieve todos los procesos en los que la paz juega un papel fundamental. Un ejemplo de los dicho son los trabajos que arrojan los estudiantes del Máster en Cultura de Paz (Cortés González et al., 2022) en los que, junto a los estudios sobre violencias, los dedicados a identificar paces aparecen agrupados bajo categorías de análisis como medio ambiente, sostenibilidad, sanidad, arte, deporte, convivencia o participación ciudadana, entre otros. Categorías aparentemente alejadas de los estudios de paz, pero que, desde esa perspectiva y con investigadores convenientemente entrenados salen a relucir las diferentes propuestas pacíficas desde esas perspectivas.

Por lo tanto, se propone visibilizar la paz como recurso habitual para, desde esa posición, realizarla, visibilizarla y reforzarla en la sociedad, formando a los investigadores en esta práctica e incorporándola a sus trabajos junto a otras líneas fundamentales como el feminismo o la sostenibilidad.

Recogiendo todo lo anterior, se entiende que la dificultad se encuentra en identificar la paz, ya que será una paz localizada, concreta y específica. Por tanto, cada grupo tendrá una definición propia de su escenario pacífico, que será necesario traducir e interpretar, o simplemente, será invisible al ojo no entrenado. Es ahí donde entrarán las definiciones de las paces mencionadas anteriormente y también el debate de la imposición de los valores occidentales “valores pacíficos”, la visión decolonial y descolonizadora.

En definitiva, desde la etnografía no se plantea una epistemología de la paz, sino una observación de la realidad desde la variable de la paz, tal como se haría con la variable de género, desde la economía o de las relaciones de poder, con la urgencia de que esta dimensión debe inundar a todas las demás.

Conclusiones

Los estudios sobre las guerras civiles aceptan que durante el siglo XIX su desarrollo se concentró en algunas zonas de la región andina, y ocasionalmente en las costas marítimas. Sin embargo, fueron marginales en las actuales regiones de Amazonia y la Orinoquia. Así mismo, tampoco se ha avanzado en cuantificar, realmente, las consecuencias de cada guerra respecto a víctimas, costos bélicos, impacto en la economía y menos en su duración o frecuencia. Por ejemplo, aun admitiendo que hubo siete grandes guerras (las de 1839, 1851, 1860, 1876, 1885, 1895 y 1899), al sumar su duración en meses, sobre el resto del siglo, se obtiene un saldo de ¡setenta años en paz! (Jimeno, 2019).

Si volvemos al debate inicial, aquel de la academia de Dijon, Rousseau, al contrario que Hobbes, propondría como respuesta a la Academia que las desigualdades no provienen de ese estado natural “en el que él creía que no

se comportaban como lobos entre sí, sino de manera armoniosa”, Rousseau argumentaba que las diferencias entre ricos y pobres vendrían por el “paso del tiempo”, que habría permitido a las familias ricas imponer un contrato social a los pobres, justificando moralmente la situación de desigualdad, pasando de formas no centralizadas de poder hacia formas estatales de poder. Por tanto, sería la forma de organización (estatal), junto a la agricultura y la propiedad privada, la culpable de esas desigualdades. Bajo esas formas de organización imperaría la legitimación de la desigualdad, una violencia estructural que después describirían otros autores, como Pierre Bourdieu, Antonio Gramsci, Michael Foucault o Johan Galtung, los que pondría el foco en las formas simbólicas o culturales de asimetría y violencia.

Sin entrar en ese debate, que se aleja de la intención y formación, pero aprovechando sus postulados para la presente propuesta, se observa que, desde la perspectiva antropológica, esa mirada acerca de las formas de organización política encierra debajo de sí, una amalgama de relaciones de poder, similares a las económicas que tienen un grado de complejidad y es donde se debe poner el foco. Es decir, no serán formas económicas absolutas las que caractericen la economía de un grupo “redistribución, trueque o reciprocidad”, tal como explicaba Graeber (2012) en su estudio sobre la deuda, sino que aparecerán unas alternancias e interpretaciones de los múltiples sistemas de manera permanente. Por tanto y del mismo modo, debe ser desde esta escala de grises desde donde se analicen las paces, estudiando las relaciones que se instauran y poniendo el foco en el envoltorio pacífico que permite su desenvolvimiento. Múltiples ejemplos como el desarrollo del comercio y el mercado, la alternancia de modos de gobernanza o los sistemas de cuidado y crianza en diferentes grupos, dan pistas de ello.

Tal como dice Graeber (2022), quizá el problema radica en los dilemas que enfrentan los investigadores al tener que retratar, interpretar y obtener conclusiones válidas de una realidad que se presenta como flexible. Una realidad donde los individuos no tienen problemas en transitar por distintas instituciones sociopolíticas en las que la paz estructural, la violencia

simbólica o la paz imperfecta se quedan solo en categorías y no encajan totalmente con las prácticas observadas o la realidad que pretenden abarcar y describir. Donde los significantes y significados no se ajustan plenamente, en tanto que los significados son fluidos y los significantes estáticos, por lo que estamos permanentemente reconstruyendo nuestra visión y narrativa de la realidad. Retomando lo expuesto previamente sobre las metáforas, uno de los problemas que enfrentan los investigadores de las ciencias sociales es la de poner palabras (nombrar) a todo y encontrar expresiones, que se conviertan en metáforas con las que ilustrar sus interpretaciones de la realidad, con las que reflejar las reglas culturales grupales. Ahí radica parte del problema, ya que estas no siempre encajan plenamente con la realidad observada. Se tratará de categorías *etic* que quizá sólo existan en la cabeza del investigador y que no siempre encontrarán su par *emic*.

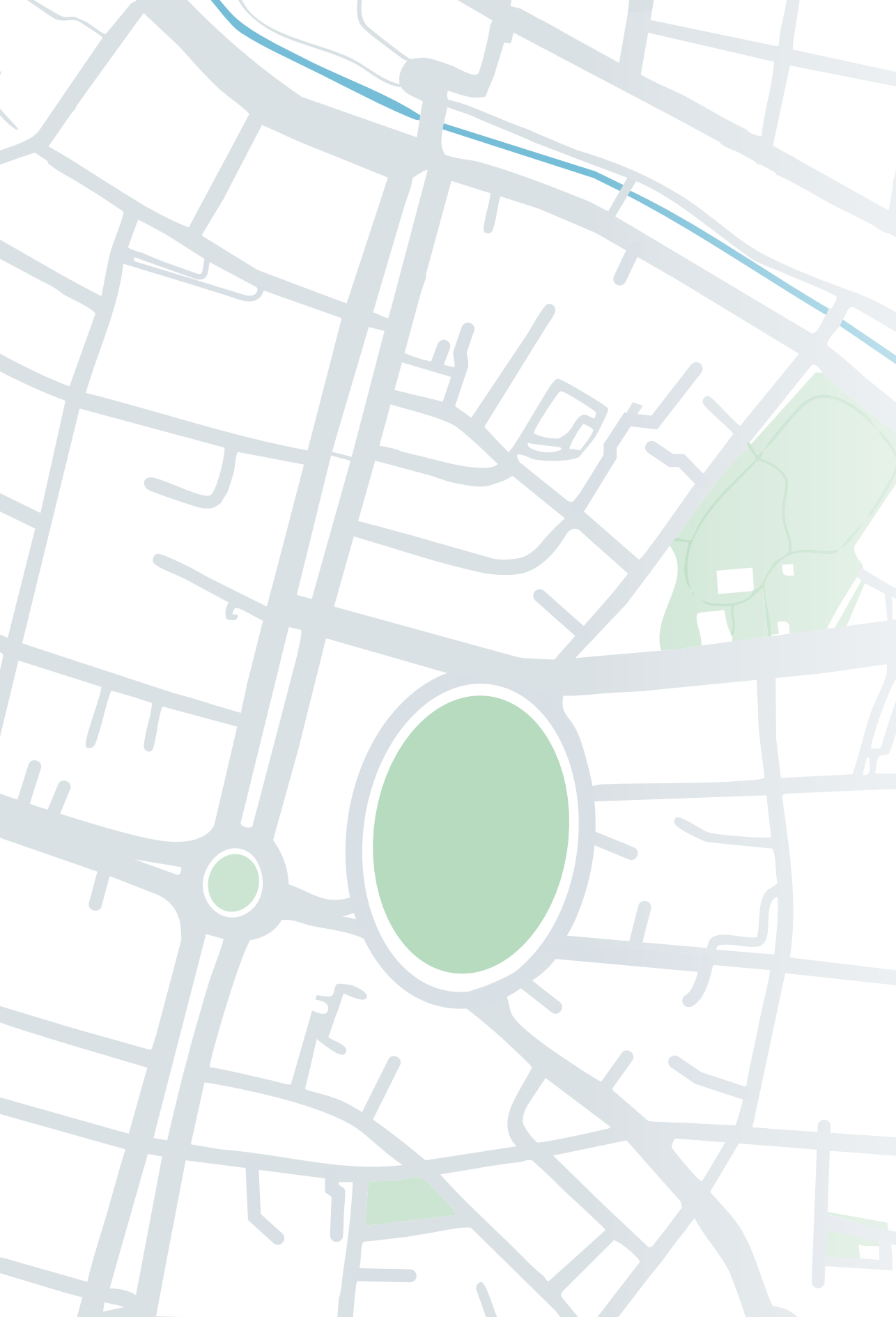
Ese “tránsito fluido entre distintas disposiciones sociales” (Graeber, 2022, p. 146) que caracteriza a los grupos desde el comienzo de la humanidad impide retratar convenientemente cada escenario. De ahí, la propuesta de concebir la paz como categoría *etic*, ya que debe incidir en que es una categoría de análisis y de reconocimiento de algún elemento cultural que, como todos los entendidos desde la perspectiva de los estudios sociales, se debe tener presente su complejidad, fluidez y concreción espacio-temporal. En definitiva, debe usarse como una representación cultural en los estudios sobre paz o violencia.

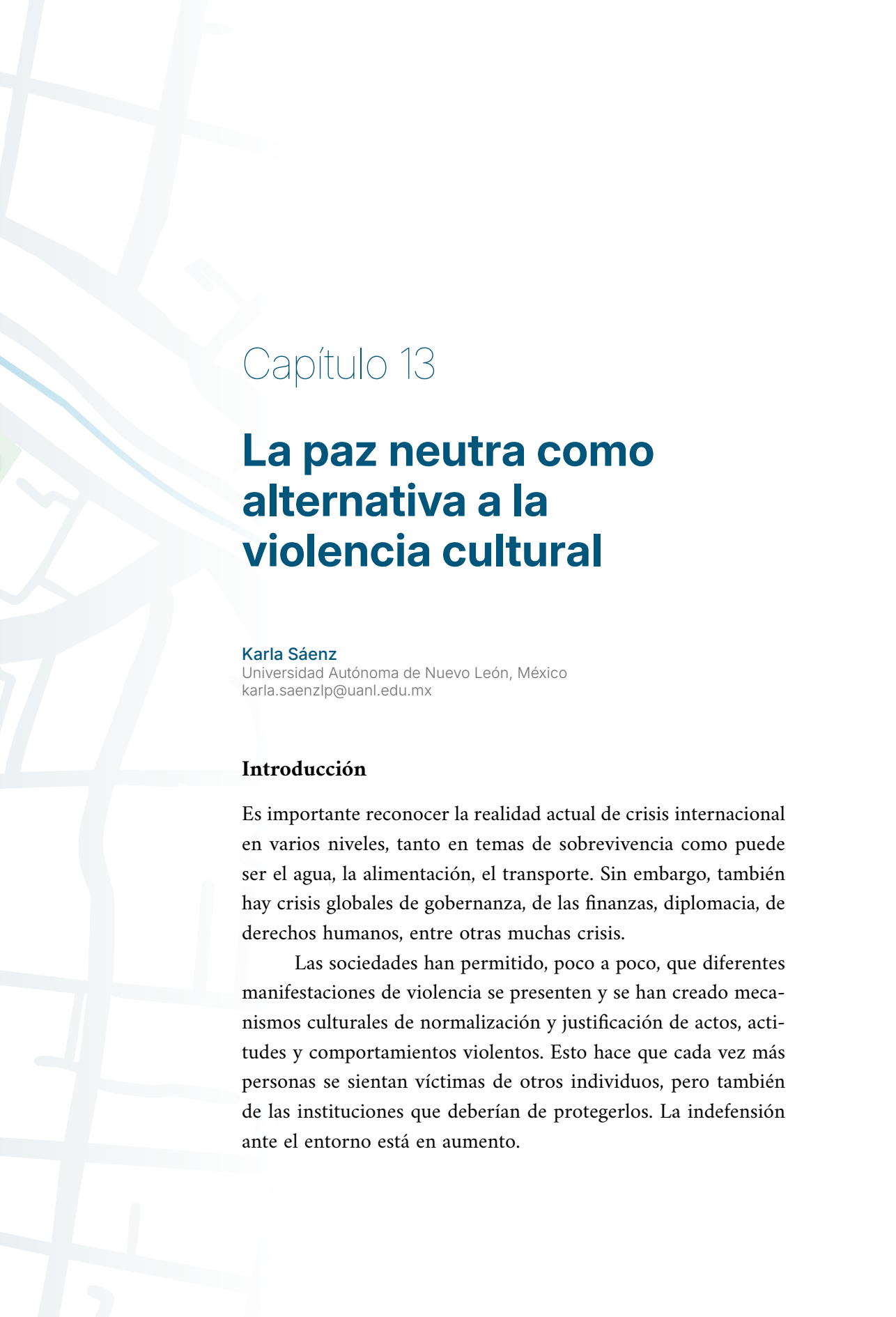
Otra conclusión asociada a esto es que la paz suele presentarse de manera latente, no se sufre, y por tanto, no somos plenamente conscientes de ella. Al igual que la salud hasta que no llega la enfermedad, parece que no reparamos en la paz hasta que no aparece la violencia o la injusticia, por lo que, siguiendo con este símil, debemos fomentar unos hábitos saludables con los que prevenir más que curar, con los que fortalecer el sistema pacífico, identificando aquello que lo mejora, visibilizándolo y fomentándolo. Desde esa perspectiva hacemos nuestra propuesta, ya que tenemos que identificarla sobre el terreno para potenciarla, trabajarla como objeto de estudio etnográfico y variable transversal. Desde esa premisa, las técnicas

cualitativas ofrecidas por las ciencias sociales y por la antropología se antojarán imprescindibles.

Referencias bibliográficas

- Alcalde Sánchez, I. (2023). Después del internamiento, historias de vida de menores infractores. En E. Álvarez Cora y M. Torres Aguilar (eds.), *Conflicto, política y derecho en la España contemporánea: Prevención, eclosión y resolución* (pp. 523-548). Aranzadi.
- Collier, J., Rosaldo, M., y Yanagisako, S. (2024). ¿Existe una familia? Nuevas perspectivas en antropología. En B. Pérez Galán y K. Porada (eds.), *Antropología y diversidad cultural* (pp. 123-142). UNED.
- Cortés González, P., Márquez García, M. J., Leite Méndez, A. E., y Rivas Florez, J. I. (2022). Investigar en cultura de paz y resolución de conflictos: visiones del alumnado. *Revista de Paz y Conflictos*, 14(2), 156-176. <https://bit.ly/42LxHvH>
- Díaz de Rada, A. (2012). *Cultura, antropología y otras tonterías*. Trotta.
- Fisas, V. (2006). *Cultura de paz y gestión de conflictos*. Icaria.
- Goffman, E. (1981). *La presentación de la persona en la vida cotidiana*. Amorrortu.
- Graeber, D. (2012). *En deuda, una historia alternativa de la economía*. Ariel.
- Graeber, D., y Wengrow, D. (2022). *El amanecer de todo*. Ariel
- Harris, M. (2011). *Antropología cultural*. Alianza
- Harto de Vera, F. (2016). La construcción del concepto de paz: paz negativa, paz positiva y paz imperfecta. *Cuadernos de Estrategia*, (183), 119-146. <https://bit.ly/4lwK46k>
- Jiménez Bautista, F. (2014). Paz neutra, una ilustración del concepto. *Revista de Paz y Conflictos*, (7), 19-52. <https://bit.ly/3YCseoD>
- Jimeno M. (2019). *Cultura y violencia: hacia una ética social del reconocimiento*. Universidad Nacional de Colombia.
- Lakoff, G. y Johnson, M. (2019). *Metáforas de la vida cotidiana*. Cátedra.
- Muñoz, F. (2001). *La paz imperfecta*. Universidad de Granada.





Capítulo 13

La paz neutra como alternativa a la violencia cultural

Karla Sáenz

Universidad Autónoma de Nuevo León, México

karla.saenzlp@uanl.edu.mx

Introducción

Es importante reconocer la realidad actual de crisis internacional en varios niveles, tanto en temas de sobrevivencia como puede ser el agua, la alimentación, el transporte. Sin embargo, también hay crisis globales de gobernanza, de las finanzas, diplomacia, de derechos humanos, entre otras muchas crisis.

Las sociedades han permitido, poco a poco, que diferentes manifestaciones de violencia se presenten y se han creado mecanismos culturales de normalización y justificación de actos, actitudes y comportamientos violentos. Esto hace que cada vez más personas se sientan víctimas de otros individuos, pero también de las instituciones que deberían de protegerlos. La indefensión ante el entorno está en aumento.

Si bien, sabemos que la cultura de paz es la salida a estos escenarios, porque permite que se hagan acciones correctivas y es donde se crea el escenario para que toda la sociedad participe en la transformación a sociedades pacíficas. No siempre es posible pasar del caos a la cultura de paz, se requiere de elementos de transición.

Es aquí donde la *paz neutra* crea la posibilidad de contener las crisis, detener la escalada de violencia; aunque no resuelve ni el fondo ni la forma de violencia establecida, su tarea es detener momentáneamente y facilitar el diálogo, siendo este su principal herramienta.

La violencia cultural y simbólica

La violencia cultural se ha entendido como aspectos que conforman la cultura que se utilice como legitimador de violencia, tanto la violencia directa como la estructural (Galtung, 1969, 2016). Si bien la violencia cultural no actúa de forma física o directa sobre la persona, sí crea un ambiente social en donde se legitiman ideas, comportamientos, actitudes o acciones violentas.

La violencia cultural se puede encontrar en el uso del idioma, el arte, las religiones, las ideologías, los símbolos de la identidad social y los valores aceptados por la mayoría. Creando el espacio y la oportunidad para que individuos o grupos actúen contra otros, sin que tengan que rendir cuentas, porque la cultura lo propicia y justifica. Con la cultura se pueden modificar creencias y patrones en donde los juicios morales y de valor pueden transitar a diferentes grados de aceptación con reacciones agresivas justificadas.

Por otro lado, la violencia simbólica es menos visible y se ejerce mediante símbolos. Las personas aceptan como algo normal las acciones que los agreden porque han normalizado una falta de merecimiento (Bourdieu, 2012). Se puede manifestar, por ejemplo, en la estigmatización de acentos al hablar, la idealización de alguna forma o tipo de cuerpo, o la exclusión de una clase social que se muestra como “normal”.

Las diferencias y convergencias entre la violencia simbólica y la violencia cultural se pueden ver en la tabla 1, que nos explica cómo se manifiestan en la interacción social, siendo ambas las que abre el espacio

social para que se acepten y validen formas de agresión entre las personas sin que se considere un problema.

Tabla 1
Violencia simbólica y violencia cultural

Aspecto	Violencia simbólica	Violencia cultural
Autor	Pierre Bourdieu	Johan Galtung
Enfoque	Micro, psicosocial, cotidiano	Macro, social, ideológico
Visibilidad	Invisible, naturalizada	Normalizada, pero evidente
Función	Reproducir dominación social	Justificar violencia estructural y directa
Ejemplo	Educación excluyente, lenguaje sexista	Medios que justifican guerras, religiones que promueven diferencias y desigualdad

Consecuencias de las violencias simbólicas y culturales en las sociedades

Al existir violencias culturales y simbólicas en las comunidades, se interioriza en los patrones de conducta aceptados que terminan por afectar el tejido social. Una de las afectaciones es la normalización de las diferencias con el otro, es decir, se acepta como verdadero lo que se aprecia como diferente a sí mismo, creando una sensación de superioridad o inferioridad, que puede llegar a considerar a la víctima de la desigualdad como el causante de su realidad. Es como si se pensara que los pobres están así porque quieren o por flojos, y en realidad la desigualdad de oportunidades sociales no les permite el acceso a los sistemas de educación, salud, seguridad, economía familiar y alimentación necesarios para poder estudiar y tener una vida en mejores condiciones socioeconómicas.

Otra consecuencia es la reproducción de relaciones de poder desequilibradas, porque se establecen valores o creencias comunes que sostienen

los sistemas violentos y se repiten a sí mismos. Por ejemplo, en los centros educativos se valora el aprendizaje lógico y se castiga a quien no lo desarrolla mediante el sistema de calificaciones. Sin embargo, actualmente se sabe que existen diferentes tipos de inteligencias que no son incluidas en la evaluación académica, lo que excluye a los alumnos que poseen otras formas de inteligencia y son señalados y no valorados por sus habilidades y capacidades reales.

Estas violencias también dan un espacio para otras violencias, como puede ser la directa o la estructural, en donde una persona puede agredir a otra y se justifica su actuar (Galtung, 2016). Siguiendo con el ejemplo educativo anterior, podemos ver cómo un alumno que no ha desarrollado la inteligencia lógica como la principal, puede recibir una calificación de insuficiencia académica y puede ser regañado por su falta de capacidades, sin la posibilidad de ser visto en sus otras facetas por parte de sus profesores, y hasta puede ser castigado físicamente por sus cuidadores, siendo esto un acto violento directo. Asimismo, la violencia estructural establece un sistema de castigo como las ceremonias donde se premia la inteligencia aceptada (méritos, primeros lugares y hasta medallas) pero no se premia el desarrollo de otras inteligencias, siendo discriminados, excluidos, separados y marginados de la validación del aprendizaje.

El siguiente nivel de afectación es la incorporación de la marca de diferencia a la identidad y cosmovisión personal, en donde, siguiendo el ejemplo, el alumno puede pensar que tiene poca memoria y capacidad de aprendizaje, y si esto es repetido puede creer que nunca será buen estudiante y que nunca podrá tener éxito en la vida académica, dañando su autoestima y la autopercepción.

La violencia que se recibe desde la cultura y de la simbología de la identidad colectiva, crea tensiones que se acumulan y van dañando la base relacional de los miembros de la comunidad, porque existe indefensión ante estas violencias. ¿Qué puede hacer un niño que ha sido señalado como no inteligente e incapaz de tener éxito? Si los adultos que lo rodean se lo repiten, si la Escuela le pone calificación, si la cultura de premiación lo

muestra en cada evento como excluido y poco capaz, si cuando quiera ir a otra institución educativa le harán las mismas pruebas de ingreso que en todas, si se sabe cuál es el destino de las personas sin éxito académico, si se le ha trazado un destino como una sentencia de que tendrá un trabajo muy difícil y le pagarán poco y vivirá toda su vida con los mínimos ingresos, eso es el esperado para su vida.

Otro ejemplo puede ser una mujer que es señalada por su color de piel, en donde se le dice de entrada que es de otra raza, se le muestra como diferente y lo diferente se asocia culturalmente con lo excluido. Qué hace si no hay productos para su cabello, maquillaje para su piel, si los estereotipos asociados al color de su piel la preceden antes de llegar a cualquier lugar o reunión, si las oportunidades de acceder profesionalmente pasan por una política de cuotas a minorías, en donde siempre y cada día de su vida será señalada como distinta a los demás, creando una identidad que le dice que merece su exclusión, por su piel. Puede llegar al grado de sentirse avergonzada por su color, y no merecedora de lo que otras mujeres pueden alcanzar fácilmente.

Estas violencias crean un dolor y sufrimiento que se acumula cotidianamente a lo largo de años y hace una base de incertidumbre, insatisfacción, infelicidad y sentimiento de separación ante una crisis o problema. Esta acumulación de tensión puede surgir en un momento y puede haber más personas haciendo eco de la misma tensión y si se organizan de manera orgánica o planeada, puede ser un punto de partida para insubordinaciones, represalias, protestas o violencias directas, lo que puede poner en riesgo la estabilidad social.

Si la base que creó la tensión es la violencia cultural y la simbólica, que llevan a establecer la violencia estructural, no cambian, entonces, se perpetuará el acto de violentar justificadamente, y una crisis social solo será una fuga parcial de tensión, pero no se resolverá el fondo, se seguirán acumulando sufrimientos y frustraciones que lleven a conflictos mayores futuros, cuando el dolor escondido vuelva a salir (Han, 2014).

Las consecuencias son a nivel individual y colectivo, alcanzando todas las interacciones sociales de todos los niveles, por tanto, es necesario que

se observe los aspectos de la cultura y la identidad que están generando actos de violencia de cualquier tipo, para poder planear desde la administración pública cambios o ajustes culturales, que llevan un largo proceso de cambio mediante la socialización de nuevos paradigmas aceptados con nuevas formas de manifestación y control.

La paz neutra

Para entender la paz neutra es necesario hacer un repaso a dos conceptos comunes de paz, que son la *paz positiva* que se inclina hacia las actividades de una cultura de paz mediante derechos humanos, equidad, solidaridad y sustentabilidad social, y el otro es la *paz negativa* que se inclina hacia la concepción de ausencia de guerra o violencia directa. La *paz neutra* en este entorno teórico se encuentra en un punto intermedio, en donde no se observa violencia explícita directa, pero tampoco hay las condiciones de una cultura de paz total, y podemos ver inequidades, falta de derechos humanos y acceso a la justicia (Jiménez Bautista, 2014).

La paz neutra conforma una sociedad que si bien, no está en guerra o con violencias directas activas, si existen condiciones que lleven a crear la violencia estructural. Lo que mantiene un orden social en desigualdad e inequidad. Los conflictos sociales no terminan de gestionarse, sino que se ocultan o se tapan con otras formas políticas de control social.

La convivencia social se vuelve tensa, porque no existen las condiciones de seguridad para hacer denuncias y las personas no tienen confianza en la justicia. Por lo que el silencio y la contención pasan a ser la única salida de los problemas cotidianos. Donde podríamos describir la vida común como sucediendo en una tensa calma. En donde ambas fuerzas van en sentido una hacia la otra creando una situación de inmovilidad. La paz neutra contiene la movilidad y explosividad, sosteniendo la tensión como la mejor opción disponible.

La paz neutra busca llevar los conflictos a una zona de neutralidad, tanto en lo individual como en la convivencia colectiva. Con la paz neutra

se puede trabajar mediante el diálogo para construir acuerdos (Massó Guijarro, 2018). Porque si se observa el entorno con neutralidad se libera de emociones desbordadas y exageradas, para aceptar las emociones y demás percepciones, pero con un nivel más cercano a la realidad, lo que facilita el diálogo y el entendimiento mutuo. Incluso cuando no se resuelvan todos los problemas hasta la raíz, sí facilita el continuar con procesos pacíficos de gestión de conflictos y manejo en reducción de violencias.

La paz neutra no pretende que todo se aborde desde la neutralidad absoluta, sino que busque acercarse a posturas de neutralidad con una meta de hacer cambios en la cultura violenta para transitar a una cultura de paz, desde una visión integradora (Massó Guijarro, 2018).

La herramienta principal de la paz neutra es el diálogo natural, que surge del entendimiento de posturas diferentes y necesidades diferentes, mediante palabras y símbolos con significados culturales que favorezcan el intercambio de pensamientos y sentimientos en relaciones interpersonales, que ayuden a la coordinación. Usando el lenguaje para gestionar los conflictos con un enfoque de neutralidad (Jiménez Bautista, 2009).

Otra forma de entender la paz neutra es desde la idea de que se pueden neutralizar los elementos de la violencia cultural y simbólica a través del lenguaje, el diálogo, la calma en la comunicación, con un claro rechazo a la violencia y buscando la dignidad. Esto permite cambios en la actitud y en comportamientos de los individuos.

La paz neutra es una forma de transitar de la crisis a la paz positiva, que incluiría acciones para mover la cultura, las organizaciones y la identidad colectiva hacia una sociedad con cultura de paz, mientras que la paz neutra no atiende el origen de la violencia, si mantiene en baja latencia el conflicto y contiene la escalada del conflicto (García Noguera y Verdugo Gómez, 2023). Entonces, la paz neutra no es una meta final de convivencia, sino es necesaria en momentos en que poder dialogar y bajar la intensidad del conflicto son importantes para favorecer acuerdos de colaboración.

La memoria social

Las sociedades tienen experiencias comunes que van acumulando en una sabiduría colectiva, que incluye los recuerdos recientes, la memoria de ancestros que se transite oralmente en las familias o en tradiciones culturales, símbolos y todo lo que conforma su cosmovisión. La memoria social mantiene tanto las memorias negativas como las positivas, de forma vívida. Los agravios, las ofensas, las heridas recibidas siguen activas y crean repercusiones en la conducta y actitudes comunitarias (Quintriqueo Millán et al., 2021).

Los recuerdos se mantienen mediante símbolos o recordatorios periódicos del daño recibido. El pueblo no quiere olvidar las afrentas y los sufrimientos, porque si lo olvida se puede volver a vivir, es como una medida de autoprotección. El arte, las canciones populares, las narrativas de los cronistas, etc., mantienen el enfoque en el presente, pero también en no repetir errores del pasado mediante la memoria.

En muchas ciudades del mundo se encuentran museos dedicados a la memoria de sucesos que no quieren ser olvidados, quieren ser recordados porque forman parte de la identidad colectiva. Por un lado, les recuerda lo que no quieren volver a vivir, pero paradójicamente crea la continuidad del trauma social colectivo (Maia et al., 2023). Esto les permite reconocer las injusticias vividas para mantener el aprendizaje vigente. Porque si se mantienen las heridas vivibles para todos, pueden ser trabajadas de forma colectiva.

Este recuerdo permite que el diálogo permanezca incluso cuando sea poco y de forma periódica en cada recordatorio (Berón Ospina y Martínez Herrera, 2022). Permite que las sociedades vecinas comparan experiencia según sus propias vivencias generando un diálogo entre comunidades. Permite que se desarrolle una cultura de paz y se lleven a cabo eventos o ceremonias para sanar los agravios pasados, reparando heridas y haciendo un reconocimiento de cómo era la sociedad en el pasado, como se es ahora y como se prevé que deba ser en el futuro.

La sociedad reacciona a lo guardado en la memoria colectiva de forma variada. Es decir, hay temas que son innombrables, que no se comenta o resuelve porque es algo que hay que ocultar, pero otra forma es la narrativa modificada repetida, en donde la realidad es muy difícil de manejar y se modifica la memoria y se repite hasta que sea una verdad por repetición. Otra opción es la resistencia, es decir, se oponen a eso que los ha agredido desde las formas de resistencia que elijan, puede ser el voto, la música, las pandillas, grupos activistas, manifestaciones públicas, violencia callejera, intolerancia colectiva.

Cada individuo de esta sociedad tiene una participación con la memoria colectiva, puede participar de forma pasiva solo transmitiendo la información y formando parte de los acontecimientos sin oponerse y fluyendo con la mayoría, o puede participar de forma activa siendo parte del liderazgo del cambio, puede colaborar en cualquier manifestación de resistencia o impulsando cambios desde el interior o exterior de la sociedad.

Tenemos dos ejemplos de estos esfuerzos. El primero en Sudáfrica con el trabajo social para lograr el perdón colectivo y la reconciliación entre la población después de lo vivido en el Apartheid (Mendoza Pulido, 2023). El segundo ejemplo lo podemos ver en Colombia, donde después de que la población fuera desplazada por las guerrillas, se elaboró un plan de reconciliación y perdón para las políticas de retorno a sus territorios (López Álvarez y Serrano Mora, 2024).

La memoria debe ser tomada en cuenta en cualquier esfuerzo social por disminuir violencias y construir cultura de paz. Porque forma parte del fenómeno social y los cambios deben ser registrados por la memoria de forma adecuada para que la pacificación y mejora en la vida digna sea consistente y permanente.

Mecanismos de neutralización de la violencia cultural

La paz neutra puede ser de gran utilidad en casos en que la violencia directa es de bajo a mediano impacto, aunque no atiende a la violencia

estructural y las causas que la originan, sino neutraliza su crecimiento exponencial.

Debido a que el diálogo es la principal herramienta de la paz neutra puede ser utilizada para gestionar la normalización de discursos discriminatorios. Porque permite establecer conversaciones respecto a la postura personal y lo que se está dispuesto a aceptar. Por ejemplo, en casos de comentarios racistas o sexistas en una organización, puede neutralizar esta violencia directa verbal al cuestionar los comentarios recibidos y abrir espacios de diálogo para que no aumenten los discursos discriminatorios.

También puede aplicarse para otros casos como la indiferencia ante situaciones de exclusión, la aceptación de que las desigualdades económicas crean desigualdad en el valor personal, en la invisibilización de grupos vulnerables, en la desigualdad de roles sociales, etc., siempre buscando mediante el diálogo con el otro contener el aumento de las manifestaciones de violencia.

El diálogo y el cuestionamiento de conductas violentas permite que estas no se normalicen y se fijen en la mente de las personas como parte de lo que les determina su percepción de identidad colectiva. Estableciendo límites por medio de algunos mecanismos como: reconocer las violencias sutiles, ocultas, culturales y simbólicas que rodean a las personas; cuestionar los discursos que producen violencias en cualquier nivel; establecer espacios de diálogo continuo y respetuoso.

Aplicaciones prácticas de la paz neutra

La paz neutra puede presentarse de diversas maneras, recordando que reduce conflictos, pero no resuelve desigualdades. A nivel individual, por ejemplo, no intervenir si en el trabajo alguien hace un comentario violento, pero a nivel colectivo puede promover información sobre la convivencia pacífica, aunque no denuncia casos que conoce y ha visto de discriminación o violencia.

Puede parecer que esta postura no sirve para pacificar o que es casi contraproducente, porque sigue permitiendo que exista la violencia. Pero se debe entender que hay entornos en donde la escalada del conflicto es muy rápida y agresiva, y justo ahí no están las condiciones para solucionar el fondo del conflicto, pero sí puede detenerse a través de la paz neutra, la fuerza de la escalada del conflicto o puede reducirse el nivel de agresión utilizado.

Existen momentos en algunos países en que la crisis es tan alta que no hay condiciones de pacificación inmediata y existe el riesgo de que el conflicto estalle más violentamente. Entonces es como un gran ejercicio de prudencia que la paz neutra puede ser de gran valor. Porque crea espacios mínimos de convivencia, garantiza niveles básicos de orden social, contiene la violencia directa, contiene el caos social y promueve espacios de diálogo y negociación.

Desafíos de la paz neutra

La realidad actual, en donde el conflicto se ha intensificado en las relaciones humanas, nos ha llevado a tratar de entender las nuevas dificultades y problemas que se crean a partir de violencias como la cultural y la simbólica. Algunos retos son la interseccionalidad y violencia simbólica, en donde estudios recientes relacionan la violencia simbólica con género, raza, clase y sexualidad. La violencia simbólica opera de manera interseccional, por ejemplo, mujeres racializadas sufren formas específicas de desvalorización.

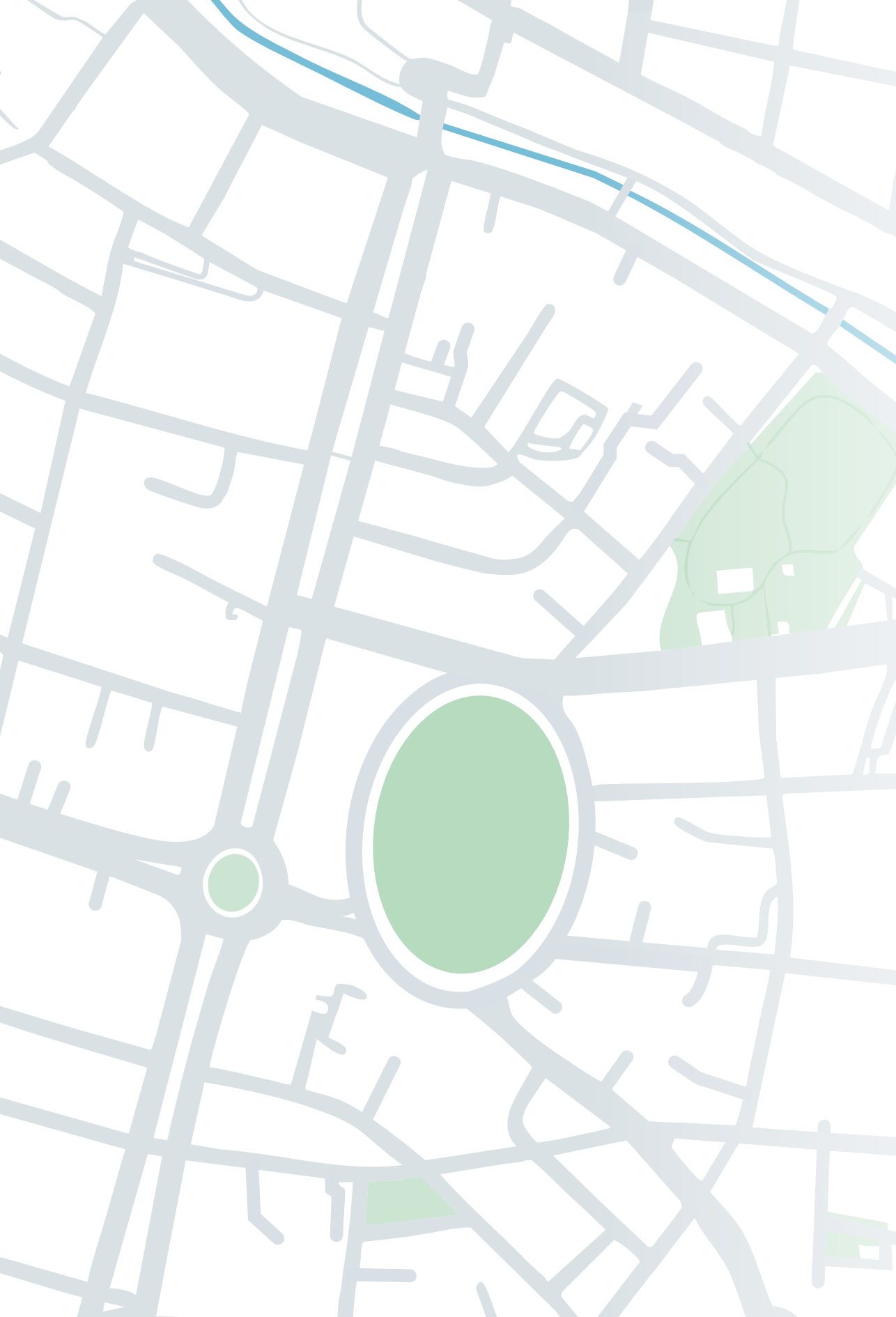
Otro reto son los medios de comunicación y redes sociales, en donde los algoritmos y los discursos en redes reproducen violencia simbólica y cultural, especialmente en discursos de odio, desinformación y creación de enemigos sociales.

Respecto a la educación y la violencia simbólica, los sistemas educativos reproducen desigualdades de clase y raza, incluso cuando aparentemente son neutrales. Las diversas crisis internacionales de economía, de salud, de desplazados, de riesgos de guerras son suficientes ejemplos reales y actuales de que la paz neutra sería una salida temporal a la transición a la paz.

Referencias bibliográficas

- Berón Ospina, A. A., y Martínez Herrera, L. A. (2022). Memoria social y transición política: negacionismo del conflicto armado interno colombiano en la región cafetera. *Human Review: International Humanities Review*, 15(5). <http://dx.doi.org/10.37467/revhuman.v11.4284>
- Bourdieu, P. (1991). *Language and Symbolic Power*. Harvard University Press.
- Bourdieu, P. (2012). Violencia simbólica. *Revista Latina de Sociología*, 2(1), 1-4. <https://doi.org/10.17979/relaso.2012.2.1.1203>
- Galtung, J. (1969). Violence, Peace, and Peace Research. *Journal of Peace Research*, 6(3), 167-191. <https://bit.ly/42zBN93>
- Galtung, J. (2016). La violencia cultural, estructural y directa. *Cuadernos de Estrategia*, (183), 147-168. <https://bit.ly/3G907Hr>
- García Noguera, L. J., y Verdugo Gómez, W. A. (2023). Cultura de paz y no violencia: una visión de la literatura desde la Cátedra de la Paz. *Inclusión y Desarrollo*, 10(1), 63-75. <https://doi.org/10.26620/uniminuto.inclusion.10.1.2023.63-75>
- Han, B. C. (2014). *La sociedad del cansancio*. Herder.
- Jiménez Bautista, F. (2009). Hacia un paradigma pacífico: paz neutra. *Convergencia*, 16, 141-189. <https://bit.ly/3Y00OZB>
- Jiménez Bautista, F. (2014). Paz neutra: una ilustración del concepto. *Revista de Paz y Conflictos*, 7, 19-52. <https://doi.org/10.30827/revpaz.v7i0.1806>
- López Álvarez, S., y Serrano Mora, S. (2024). El deber de la memoria y el perdón: desde las víctimas de desaparición forzada en Colombia. *El Ágora*, 24(1), 75-90. <https://doi.org/10.21500/16578031.6610>
- Maia, B. B., Santos, M. A., y Okamoto, M. Y. (2023). Memoria, desmentida y traumatismo social desde la perspectiva del psicoanálisis de las configuraciones vinculares. *Psicología USP*, (34). <https://doi.org/10.1590/0103-6564e200214>

- Massó Guijarro, B. (2018). La paz neutra: equilibrios en las fronteras de lo posible y lo imposible. *Revista Cultura de Paz*, 2, 69-83. <https://bit.ly/3RhMx6L>
- Mendoza Pulido, F. (2023). De la memoria histórica al derecho a las memorias colectivas: una propuesta hermenéutica. *Nuevos Desafíos del Derecho*, 3(1), 40-51. <http://dx.doi.org/10.15765/rndd.v3i1.4097>
- Quintriqueo Millán, S., Arias Ortega, K., Muñoz, G., Torres, H., Morales, S., y Peña, F. (2021). Conocimientos geográficos y territoriales con base epistémica en la memoria social mapuche. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, 36(106). <https://doi.org/10.1590/3610603/2021>



Capítulo 14

La mediación como vía para la paz y su articulación desde el rito litigioso

Francisco Gorjón Gómez

Universidad Autónoma de Nuevo León, México
fgorjon@hotmail.com

¿Porque la mediación es una vía para la paz?

Uno de los temas más complejos de solventar para lograr la instrumentalización individualizada de la paz es la participación directa de la ciudadanía en su construcción, implicando operar la paz desde la paz, esto es, ¿cómo desde nuestra individualidad y desde nuestros propios intereses y calidad de vida podemos hacer paz?, ¿cómo es que debemos accionar y no reaccionar en nuestra vida desde el conflicto? Estas dos preguntas se han convertido en constructos que interpretan experiencias y creencias difíciles de solventar cuando estudiamos la paz, cuando buscamos las fórmulas idóneas para construir la paz.

La respuesta a estas interrogantes desde la perspectiva de la mediación y los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) es buscar nuevas fórmulas de entendimiento social, de procurar innovaciones sociales que se erijan como métodos de gestión y transformación del conflicto y se traduzcan en una forma de vida, que bien podemos verlos como elementos de control *a priori* del conflicto. Se trata de fórmulas que estabilizan el desencuentro de intereses que colisionan por la afectación del bienestar del otro, en el que la interpretación de la vida y sus benefactores se asumen de manera diferente, derivado de lo que cada quien considera lo que es calidad de vida, desde su propia percepción. Sin embargo, esta fórmula compleja de vida no implica necesariamente que tengamos que colisionar y generar un conflicto. Lo que verdaderamente implica es cómo hacer coincidir la diversidad de intereses y necesidades en un mismo estadio, respetando al otro, y es en este punto en donde interviene el poder de la alteridad de la mediación:

La alteridad de la mediación radica en la necesaria complementariedad que requerimos para que puedan darse todos los procesos productivos en los que intervenimos como personas “YOES”, según el rol, que nos toque jugar, ya sea como padres, hijos, amigos, empleados, socios, patrones, líderes, etc. Se requiere para su perfeccionamiento de una alteralidad gestionada, y esto se puede lograr desde la mediación y los demás métodos de solución de conflictos (Gorjón Gómez, 2024).

El poder de la armonía de la mediación (Gorjón Gómez, 2024) se instituye como una de las facetas del poder más influyentes en el quehacer de la vida cotidiana, con un impacto tangible y visible sobre los procesos organizacionales de nuestro sistema de producción social, ya que logra equilibrar y sincronizar elementos diversos. Sin embargo, queremos puntualizar “que el conflicto debemos verlo como un área de oportunidad de la paz”, ya que representa la manifestación de nuestros intereses y de nuestra percepción de vida cuando se ven afectados por los intereses y la percepción de vida del otro —no por el simple hecho de ser seres humanos como tradicionalmente se explica el conflicto—. Por ello es posible que el

cultivo del conflicto sea la oportunidad de congeniar, pues surge porque no sabemos cómo lidiar con ello, porque ante la existencia de dos o más visiones diferentes no implica necesariamente que nos afecten si aprendemos a gestionarlas y a respetar al otro proactivamente —paz positiva—.

Yo no necesito lo del otro, necesito lo mío, no peleemos la diferencia, todo está en aprender en gestionar el conflicto desde nuestros intereses, desde el bienestar subjetivo percibido (Bisquerra Alzina, 2017) y no desde posiciones como condición para obtenerlos. Se trata de congeniar lo mío y lo tuyo, como una acción de respeto y de paz positiva en un proceso de cooperación continua (Jiménez Bautista, 2021), recordando que la paz positiva es “hacer” y cuando respeto “hago” —la mediación es hacer—. No se trata de la acción como un acontecimiento aislado, sino como una acción permanente, que establezca una dinámica positiva de convivencia, que parta igualmente del poder de la mediación (Gorjón Gómez, 2024), abriendo entonces la posibilidad de hacer de la paz positiva un modo de vida, en razón del respeto como pilar de la gestión del conflicto y de su transformación, a través del poder de la proactividad de la mediación (Gorjón Gómez, 2024).

La paz desde la paz a través de la mediación y los MASC

Ambos poderes combinados —armonía y alteridad— logran que podamos ver a la paz desde la paz y no a la paz desde el conflicto, anteponiendo un método de gestión como la mediación. ¿Cómo es esto? Hacer de estos unos elementos de control *a priori* del conflicto, aunados a las diversas facetas del poder de la mediación —no solo ellos de forma aislada— como una estrategia real en la construcción positiva de la paz, caracterizados por la participación directa de las personas en su cotidianidad ante un posible conflicto o ante el conflicto en ciernes (Gorjón Gómez, 2017).

Las dos preguntas señaladas en apartado anterior ya fueron respondidas desde esta perspectiva cuando gestionamos y transformamos nuestros conflictos, ¿Por qué? Porque es a través de la mediación y los MASC que

evitamos la escalada del conflicto —prevención del conflicto— evitamos surja el conflicto, evitamos la confrontación y privilegiamos el diálogo, porque a través del poder de la mediación generamos entornos armónicos, sincronizando a las personas con un efecto culturizador y a quienes nos rodean o con quienes coincidimos en nuestros diversos vínculos relacionales concéntricos.

Todo ello es posible una vez que vivimos y/o aprendemos cómo gestionar y transformar nuestros conflictos, cómo estabilizar nuestras diferencias en razón de nuestro propio bienestar subjetivo percibido. Entender la paz desde la paz no es vivir reaccionando al conflicto con la violencia, es una forma de vida que nos adelanta al conflicto y lo prevé, hecho que resulta por demás interesante como el *quid* del asunto, pues significa que el conflicto surge por las diversas percepciones que los seres humanos tenemos en razón de nuestros propios intereses y necesidades, cuando estos colisionan. Entonces, la fórmula es lograr empatizar los intereses individuales de uno con los intereses individuales del otro y ello es posible —ante el halo de la mediación y los demás MASC— como un esquema de control *a priori*.

Al respecto, López Berber y Gómez Collado (2020) señalan que “la paz entendida desde un punto de vista holístico significa entenderla como un todo, quiere decir tomar en consideración los aspectos internos y externos que construyen la paz entre los seres humanos y lo que los rodea”. Esta es la visión ideal de la construcción de paz, donde la proactividad de las personas hace la paz, accionando y no reaccionando a la violencia o al conflicto, haciendo de la paz y de la gestión del conflicto un estilo de vida.

El abordaje de la paz desde la holística hace que consideremos todos los elementos que forman a la persona y su disposición ante los retos de la vida diaria. Eso que Marco Aurelio (2024) llamaba *ataraxia*, como una visión de vida sobre uno mismo, generando un estado de ánimo sereno y de felicidad plena. El centro es la persona y su calidad de vida, su plenitud libre de violencia, lo que hace de esta propuesta aún más viable en la construcción de comunidades pacíficas, en pro de la construcción de ciudades de paz como el elemento sustancial:

Entender la paz desde una perspectiva holística significa estar conscientes de la relación estrecha y muchas veces casi imperceptible entre todas las formas de vida, por lo que construir la paz con este enfoque implica abrirle espacio a que la vida se manifieste y desarrolle plenamente, evitar la violencia que sería, por lo tanto, todo impedimento de este proceso. Este despliegue de la vida se logra justamente a partir de la cultura de paz, de una educación liberadora, humana, centrada en la persona; construyendo también estructuras sociales y económicas más justas y equitativas, y promoviendo un desarrollo sustentable que tome en consideración toda forma de vida y su hábitat. (López Berber y Gómez Collado, 2020)

Concluyendo esta idea, la paz desde la paz es posible implicando la participación proactiva de las personas, donde el conflicto no determina nuestro actuar cotidiano, al contrario, es un área de oportunidad que al gestionarla a través de la mediación y los MASC, nos hace mejores personas, perfecciona nuestros vínculos relacionales y genera las condiciones idóneas de bienestar, calidad de vida y felicidad.

Articulación del rito litigioso

Inicio este apartado con una pregunta ¿qué relación hay entre el litigio con la paz? Es a través del proceso judicial y de la acción del ejercicio de la Ley, conocida como “litigio”, que participan las personas a través de sus abogados o de forma individual, entorno en el que se supondría resolverían sus conflictos y se generarían o estabilizarían entornos pacíficos y felices. Sin embargo, eso no sucede, ya que existe un alto nivel de impunidad y de insatisfacción por el ejercicio y administración de la justicia, que, aunque podría ser una situación multicausal, en mucho tiene que ver el desempeño de las autoridades (Zepeda Lecuona, 2015).

Muchos son los factores por los cuales no se logra esta meta, por ejemplo, la saturación de la vía judicial —como la principal causa— y la ínfima reparación del daño. Aunado a estos dos factores principales podemos mencionar el exceso de conflictos no disgregados —significa que intentan atender todos, cuando no todos son viables al rito litigioso— y

el desconocimiento de la mediación y los demás MASC. Además, el que la norma es rígida, inflexible, general para todos y no está diseñada para hacer a las personas felices, así como los altos costos. Por último, tenemos la llamada “cifra negra” —delitos no resueltos— que en México es del 92,9 %; eso significa que solo el 7,1 % de los conflictos existentes son atendidos (INEGI, 2024).

Esto, en consecuencia, trae desconfianza hacia las autoridades, siendo este otro factor por lo cual las personas no acuden a resolver sus problemas, evidenciado una crisis profunda en la impartición y procuración de justicia. Ello nos lleva a una profunda reflexión: si no confiamos en quienes les corresponde resolver los conflictos, entonces, ¿qué debemos hacer? La respuesta a esta interrogante está en la mediación y los MASC, ya que se sustentan en la confianza, *a contrario sensu*, de la vía judicial, la confianza entonces se convierte en un factor relevante de la gestión y transformación del conflicto, que como ya señalamos anteriormente, la mediación es una vía para la paz (Gorjón Gómez y Flores Montes, 2019).

La situación es realmente ardua y el mismo entorno generado por el fenómeno de la cifra negra, es causa también de la escalada del conflicto, ya que, al no atenderse, es lógico que las personas estén descontentas con su situación y germine la confrontación. Así surge un segundo fenómeno, la percepción de inseguridad que alimenta el miedo, el temor, el desasosiego y la incertidumbre, concluyéndose *a priori* que las políticas públicas diseñadas para la seguridad no están cumpliendo con su cometido, que es la generación de entornos pacíficos y felices (INEGI, 2024). De este modo, en el 70 % de los estados de la república mexicana el nivel de paz de los mexicanos supera los parámetros de lo que podría ser una vida de calidad (IEP, 2024), reflejando con ello un sentimiento generalizado de insatisfacción y de baja calidad de vida.

Por ello surge otra pregunta, ¿qué es el rito litigioso? En realidad, este concepto no es común y me atrevería a mencionar que no se lo había llamado antes así, sin embargo, para el presente capítulo considero que es una denominación conceptual *ad hoc* a donde queremos llegar: la paz a través

de la mediación, la mediación como un instrumento de la paz positiva y el mediador como agente de paz. Todos estos como conceptos unidos por el ideal de la participación ciudadana, en esencia, de rito.

Disgreguemos la pregunta e iniciemos estableciendo la vocación de un rito. Toda comunidad varía en su forma de vida según sus usos y costumbres, en sus tradiciones y valores, empero, para darle funcionalidad es necesario articularlos en la vida cotidiana, hacerlos realidad, y ello es posible a través de los ritos que determinan su organización. Estos dan coherencia a la forma de vida, a nuestra calidad de vida. En consecuencia, a través de un rito expresamos nuestro bienestar de forma consciente y voluntaria, por ejemplo, la cena familiar tradicional, que es un rito cotidiano de extraordinaria importancia social, ya que ella implica obediencia y la aceptación de jerarquías. Un rito es:

Una expresión de las normas y de la organización social, sino que es también productor y creador de ellas. En esa activa interacción dialéctica, los micro ritos de la vida cotidiana, a menudo sin que sus actores tengan una conciencia plena de ello, actúan como articuladores de la experiencia individual y social, de modo que ella conserve un equilibrio progresivo a través del tiempo. (Finol, 2004)

Estos ritos y microritos tienen una gran incidencia en la vida cotidiana, entendida esta como “un conjunto de situaciones socio-culturales activas, insertadas en contextos normativos laxos, donde los actores establecen relaciones basadas en negociaciones continuas (cooperación y conflicto)” (Finol, 2004), por lo que es a través de estas relaciones como se construyen los consensos, denominados por Finol como “consenso de trabajo”, el que tiene como fin controlar el conflicto que subvierte el funcionamiento de la vida en sociedad.

Estos ritos son capaces de transformar y definir nuestro sistema de vida, a través de consensos que permiten expresar el bienestar subjetivo percibido de los ciudadanos en su comunidad. Sin embargo, el rito litigioso no sigue esta lógica funcional, ya que tiene un menor alcance social, pues la esencia de todo rito es el conocimiento y la participación de la sociedad en él, la voluntad de hacerlo en conciencia, como parte del equilibrio de

toda organización social (Finol, 2004), mientras que en el rito litigioso la sociedad es estática y participa muy poco.

Ahora bien, ¿qué es un litigio? Pregunta compleja de responder ante la variedad de autores y modelos jurídicos, sin embargo, quien retrata de las manera más acorde este concepto es Lara (1974), que de forma tradicional señala que el litigio es “un conflicto de intereses que se caracteriza o califica por la pretensión de una parte, por la resistencia de la otra”, basado en pretensiones determinadas con trascendencia jurídica y en la resistencia al considerar que dicha pretensión afecta sus intereses y que a su vez las pretensiones se subordinan a lo establecido en la Ley y no necesariamente en lo que las personas consideran como justo o equitativo desde su propia percepción. Pretensiones que son dilucidadas y resueltas por un juez, y no por la persona o por el abogado de ellas, por lo que resulta infructuoso y desalentador dar cumplimiento a las expectativas generadas por el conflicto y su solución.

Si a ello le sumamos que “el litigio no se enfoca en las implicancias de justicia que puedan derivarse de la interacción entre las partes, sino en la aplicación de una determinada política regulatoria a la cuestión de que se trate” (Pabón Arrieta y Torres Arguelles, 2017), esto hace aún más complejo el que el litigio pudiese ser considerado un rito, como parte de la estructura de la sociedad. Sin embargo, ¿cómo podemos hacerlo funcional?, si la participación de la sociedad es mínima y la decisión del juez no recae en el entendimiento del bienestar subjetivo de las partes, sino en el cumplimiento de la norma.

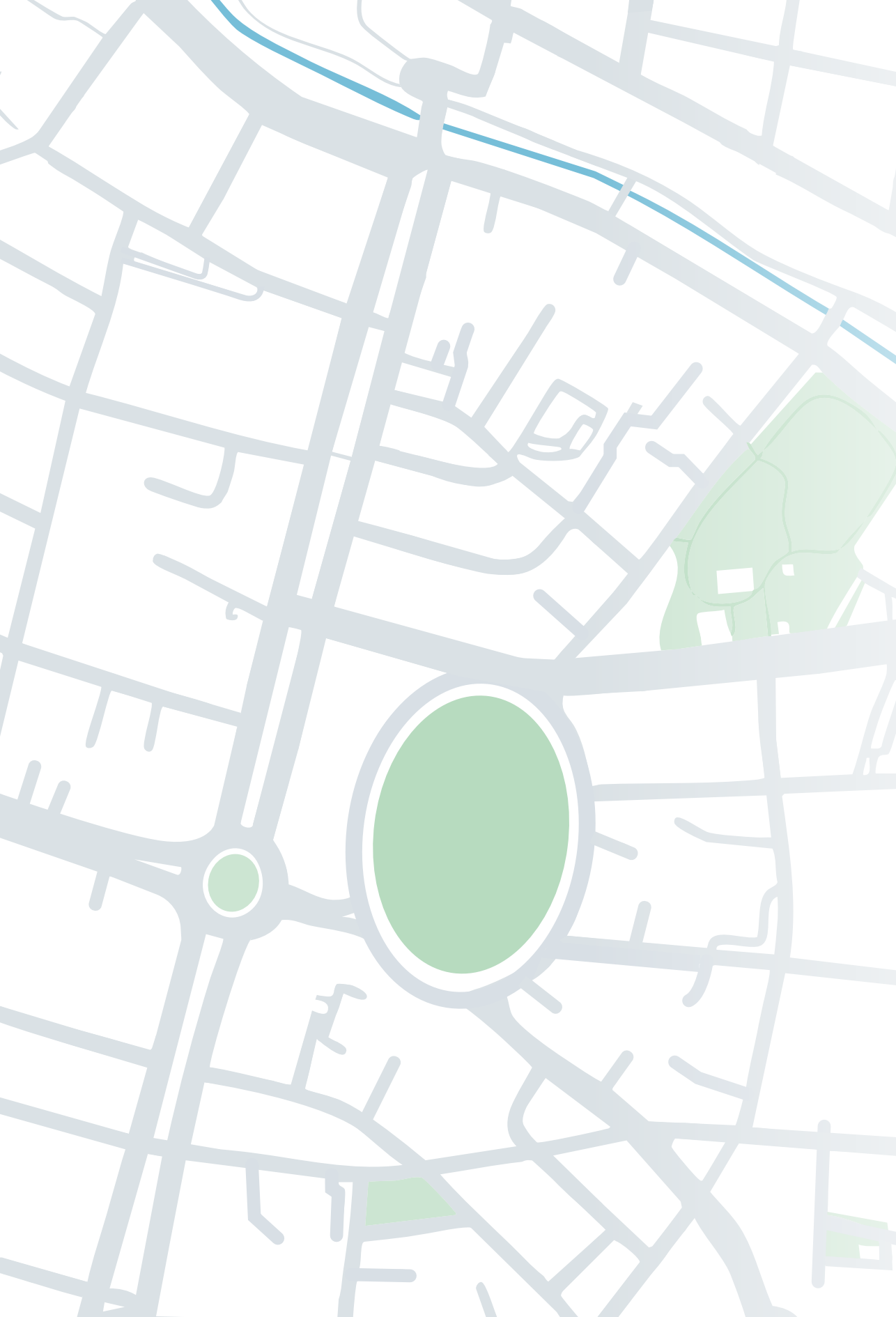
Al respeto esta política estructural normativa puede ser reivindicada por la mediación y los demás MASC, ya que son reconocidos por la Ley e integran como actores principales a la sociedad, resolviéndose el conflicto desde el bienestar percibido de cada uno, ello entonces le da una verdadera lógica al concepto de la empatía del rito y con la mediación, que implica aceptación y consenso, como elementos estructuradores.

Consideramos entonces que podemos transitar del concepto rígido de proceso litigioso a rito litigioso a través de la mediación y los MASC,

con todos los beneficios que ello implica en la generación de ambientes de paz y de calidad de vida, integrando la paz como un elemento transversal del proceso y del procedimiento de gestión del conflicto, como parte del poder pacificador de la mediación (Gorjón Gómez, 2024).

Referencias bibliográficas

- Bisquerra Alzina, R. (2017). *Cuestiones sobre bienestar*. Síntesis.
- Finol, J. E. (2004). *Rito, espacio y poder en la vida cotidiana*. Gedisa.
- Gorjón Gómez, F. (2024). *El poder de la mediación*. Porrúa.
- Gorjón Gómez, F. J. (2017). *Mediación, su valor intangible y efectos operativos. Una visión integradora de los métodos alternos de solución de conflictos*. Tirant lo Blanch.
- Gorjón Gómez, F., y Flores Montes, J. (2019). La confianza como valor intangible de la mediación vs. la desconfianza en los sistemas de procuración e impartición de justicia. *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, (7), 31-46. <https://bit.ly/3Epb1rT>
- IEP. (2024, marzo). *Índice de paz de México*. <https://bit.ly/4ilyEzF>
- INEGI. (2024). *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE) 2024*. <https://bit.ly/43TJzgq>
- Jiménez Bautista, F. (2021). Paz positiva versus paz imperfecta: el poder de la verdad. *Revista de Cultura de Paz*, 5, 7-28. <https://bit.ly/42K27yv>
- Lara, C. (1974). *Teoría general del proceso*. UNAM.
- López Berber, I., y Gómez Collado, M. E. (2020). La educación para la paz desde la perspectiva holística y sistémica. *Revista de Cultura de Paz*, 4, 173-194. <https://bit.ly/3G70NNo>
- Marco Aurelio. (2024). *Meditaciones*. EDAF.
- Pabón Arrieta, J., y Torres Arguelles, A. (2017). Interpretación jurídica en el litigio estratégico en defensa de los derechos humanos en Colombia. *Advocatus*, (27), 135-152. <https://bit.ly/3YwFBO>
- Zepeda Lecuona, G. (2015). *Crimen sin castigo*. CIDAC.



Capítulo 15

La implantación, desarrollo y fomento de la mediación como claves del fortalecimiento del sistema de justicia

Verónica López Yagües¹

Universidad de Alicante, España
veronica.lopez@gcloud.ua.es

Introducción

Los continuos cambios —muchos de ellos de gran magnitud— experimentados por la sociedad internacional desde el lejano siglo XX, han conllevado un notable incremento de los conflictos que surgen en su seno y afectan a las personas que la integran.

¹ Este trabajo se ha desarrollado en el marco del Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico (Ref. PID2020-119878GB-I00).

Son cambios a los que difícilmente el derecho puede adaptarse con prontitud, lo que abre una distancia entre la Ley y las necesidades de tutela del justiciable,² que provoca importantes desajustes en el funcionamiento del sistema de justicia.

Esta circunstancia es quizás la más poderosa de las razones que están en la base del rechazo hacia la idea de confiar la solución de todo conflicto a través de la justicia y el mecanismo del que esta se sirve, el proceso judicial. Un factor decisivo del triunfo de la idea opuesta o, cuando menos, de ideas que apuntaban a considerar como fórmula idónea para la gestión y resolución de los conflictos, no es otra que la resultante de una combinación entre el tradicional método que representa el proceso judicial, de carácter público, y otras fórmulas o métodos, de naturaleza cuasiprivada, distintos pero no ajenos al método jurisdiccional tradicional.

De este modo, comienza a abrirse paso una nueva concepción del derecho de acceso a la justicia que puede comportar grandes ventajas para el justiciable, siempre que el Estado no haga dejación de su función de administrar justicia, ni se abran espacios a una suerte de privatización de los métodos de resolución de los conflictos jurídicos, cuyo posible empleo ha de garantizarse, en condiciones de igualdad, al conjunto de la ciudadanía. En definitiva, abrir la puerta a una suerte de fusión entre los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) y la jurisdicción que dé forma a lo que Barona Vilar (2018) ha denominado, una “justicia de la neomodernidad, con operadores y técnicas distintas, y con tiempos también diferentes” (p. 179).

Como puede intuirse, este progresivo acercamiento entre los que comenzaron siendo cauces alternativos u opuestos,³ se ha traducido en una

2 Lo acabado de señalar explica, en buena parte, el desapego y la desconfianza de los justiciables hacia la respuesta que pueden esperar de la jurisdicción. Justiciables “incapaces de percibir las mejoras de carácter organizativo que desde la Administración de Justicia se han intentado introducir” (Carretero Morales, 2016, p. 50).

3 De “huida” o “fuga de la jurisdicción” lo calificó Silvestri (2000, p. 37).

lenta pero continua incorporación de las MASC⁴ en el marco jurisdiccional, haciendo cierta la afirmación de que su articulación en los sistemas de justicia actuales no persigue excluir la jurisdicción o el proceso, sino posibilitar su coexistencia. Ello explica que, en su desarrollo, estos métodos puedan operar *out court*, al margen de la jurisdicción, en una suerte de vía separada, y que puedan también hacerlo *in court*, es decir, tras su integración en el modelo jurisdiccional, como instrumentos no alternativos al proceso, sino complementarios del mismo y coadyuvantes a la consecución de una respuesta de mayor calidad a las controversias o disputas jurídicas surgidas.

La máxima que resume el giro experimentado en la concepción de los MASC es la consideración de que a una sociedad abierta y plural como la del siglo XXI, le corresponde un sistema de justicia de ese mismo carácter. Como señalan López Yagües (2019, p. 24) o Barona Vilar (2016, p. 32), un sistema plural y poliédrico, y no de cauce único —como el que ofrece la jurisdicción, a través del proceso judicial— sino en el que converjan múltiples vías a través de las que canalizar una respuesta consensuada al conflicto.⁵ Así, parece llegado el tiempo en que no solo la doctrina —sensible a esta necesidad que, incansablemente, ha hecho notar— sino el propio legislador, han decidido dar forma a un modelo donde las vías de acceso a la justicia se simplifiquen y amplíen, con el fin de hacer máxima la garantía del derecho constitucional. Un modelo que ha de ofrecer al justiciable diferentes opciones o vías para encauzar la gestión y resolución de sus disputas, en algunos casos, alternativas entre sí y respecto de la jurisdicción y el proceso, en otras, sucesivas y no excluyentes, como elementos integradores de un modelo de justicia que resulta, al propio tiempo, jurisdiccional y no

4 Un profundo y exhaustivo análisis de la materia y cuestiones que concitan los MASC se contiene en las obras de Calaza López et al. (2023) y García Villaluenga y Vázquez de Castro (2024).

5 Vale señalar que la integración de los MASC en los sistemas de justicia ha propiciado el surgimiento, al menos en Europa, de modelos semejantes a los que cobraron vida en el mundo angloamericano y que Sander (1985) acuñó con el término “Multi-door Justice Systems” o sistemas multipuertas (p. 97).

jurisdiccional (para opiniones similares cf. Marinari, 2016, p. 65; Martín Diz, 2010, p. 55; Moreno Catena, 2011, p. 42).

El empleo de los MASC y la mediación como eje de la transformación del sistema de justicia

Como se mencionó arriba, en la última década hemos sido testigos del inicio de un cambio en el paradigma de la justicia (cf. Barona Vilar, 2016; Entelman, 2005, p. 100), desde la óptica que ofrece una amplia concepción del derecho constitucional a la tutela (judicial) efectiva,⁶ que consagra el art. 24 CE y ha llevado a la configuración de lo que, antes no, pero puede afirmarse ya que constituye un auténtico “sistema” en el que la jurisdicción y el conjunto de fórmulas y métodos que integran los MASC, coexisten como mecanismos complementarios de tutela (Barona Vilar, 2016, p. 43; López Yagües, 2018, p. 308 y 2019, p. 24).

Con todo, conviene anotar que la incorporación a los diferentes sistemas de justicia, de estos métodos “adecuados” de resolución de conflictos, en general, y de la mediación, en particular, no se llevó a cabo de forma inmediata ni en bloque. Ha sido lenta y, por momentos, errática. La Ley hizo hueco a alguna de estas fórmulas —como es el caso de la conciliación y la mediación— a las que se dotó de una escueta, aunque suficiente, regulación; otras fórmulas, aun careciendo de específica regulación, han sido articuladas en la práctica con desigual intensidad.

La entrada definitiva del conjunto de los MASC en el tradicional sistema de justicia civil español ha venido de la mano de la reforma operada por la LO 1/2025,⁷ de medidas de eficiencia procesal en el servicio público de justicia. Según lo dispuesto en el preámbulo de esta amplia y heterogénea ley, la introducción de estas fórmulas o métodos (MASC) obedece al

6 Un derecho que Ordeñana Gezuraga (2021) propone mutar en “derecho a la tutela estatal efectiva” (p. 264).

7 La norma entra en vigor a los tres meses de publicada en el BOE, es decir, el 3 de abril de 2025.

propósito, no único, pero puede afirmarse que prioritario, de incrementar la eficiencia del servicio público de justicia, un servicio público —señala, sirviéndose de una expresión atribuida al constitucionalismo moderno— que:

Precisa tanto de legitimidad social como de eficiencia. Legitimidad en el sentido de grado de confianza y credibilidad que el sistema de Justicia debe tener para nuestra ciudadanía, y eficiencia referida a la capacidad de este sistema para producir respuestas eficaces y efectivas. Se trata, por tanto, de afianzar que el acceso a la justicia suponga la consolidación de derechos y garantías de los ciudadanos y ciudadanas; que su funcionamiento como servicio público se produzca en condiciones de eficiencia operativa. (LO 1/2025)

Es más —todavía en relación con los objetivos perseguidos con la reforma— el legislador manifiesta abiertamente la conveniencia de:

Abrir la justicia civil, social [e inmediatamente después la contencioso-administrativa] a los ciudadanos para que se sientan protagonistas de sus propios problemas y asuman de forma responsable la solución más adecuada de los mismos, especialmente en determinados casos en los que es imprescindible buscar soluciones pactadas que garanticen, en lo posible, la paz social y la convivencia [para, seguidamente, indicar que] a dicha situación se añade la necesidad de introducir los mecanismos eficientes que resultan imprescindibles para hacer frente al número actual de asuntos judicializados, que, unido al riesgo patente de aumento de los plazos de pendencia, coloca a la Administración de Justicia en una situación muy delicada que exige adoptar medidas inmediatas y efectivas, so pena de que aquélla se vea abocada a un incremento en la duración media de los asuntos e incluso un colapso de la actividad de los Tribunales. (LO 1/2025)

En definitiva, conforme abiertamente señala el tercer apartado del preámbulo, la incorporación de los MASC resulta una “medida imprescindible para la consolidación de un servicio público de Justicia sostenible”, particularmente en lo que atañe al orden jurisdiccional civil. Así, la introducción de los MASC en el que se pretende sea un nuevo modelo de justicia civil, es una de las piezas clave de la estrategia a seguir para reforzar la calidad de la justicia o, si se prefiere, para incrementar su eficacia y eficiencia, mediante una reducción de sus costes temporales y económicos.

La descongestión de la vía judicial, a partir de una drástica reducción del número de asuntos abocados a ser resueltos por los tribunales civiles, es un claro objetivo a lograr que, por irrenunciable que resulte —bajo nuestra convicción— no ha de llevar a un segundo plano el fin primordial de dar forma a un modelo en que las vías de acceso a la justicia se amplíen y simplifiquen, con el fin de hacer máxima la garantía del derecho constitucional a la efectiva tutela de los derechos e intereses legítimos del individuo.

Como en líneas anteriores se ha hecho notar, de todas las fórmulas o métodos concebidos en los MASC, la mediación es la que ha experimentado mayor desarrollo, alentada o favorecida por el impulso legal recibido, pero también y fundamentalmente en razón de su eficacia y virtualidad. Sin embargo, la mediación es todavía vista como el “gigante dormido” (Bennet, 2001, p. 15) de los MASC, un gigante con el potencial necesario para cambiar drásticamente el panorama de la resolución de conflictos en nuestra sociedad.

Un factor decisivo en ese avance ha sido y es, a nuestro juicio, su conexión con el poderoso método que representan la jurisdicción y su instrumento, el proceso. Según han revelado solventes estudios realizados en el marco de la Unión Europea (UE, 2014), el crecimiento del número de asuntos resueltos a través de mediación ha sido mayor y más rápido en los países en los que cuenta con este respaldo institucional, lo que —por otra parte— es lógico en un entorno cultural y jurídico como el europeo.

Guste o no, lo cierto es que el impulso y sostén de la mediación desde la institución judicial —aun desarrollada al margen de esta— ha operado como factor de legitimación social e, inevitablemente, seguirá siendo necesario hasta tanto logren superarse inconvenientes y obstáculos como los derivados del desconocimiento por parte de la ciudadanía, de su extraordinaria virtualidad.

La falta de un efectivo conocimiento y asimilación previa de este método, lamentablemente, ha impedido la normalización de este o cualquier otro método o instrumento extrajudiccional de solución de conflictos,

a pesar, incluso, de la decisión del legislador contenida en la LO 1/2025, de imponer como exigencia el intento de obtener el acuerdo, sea a partir de una (genérica) actividad negociadora previa, sea a través del método que representa la mediación.

Pero, con ser cierto que lograr que se conciba como una nueva forma de acceso a la justicia, no residual o extraordinaria, sino un instrumento ordinario del que se sirva el justiciable, al menos en el presente, pasa por dotar a esta fórmula de cobertura institucional. En particular, confiar al juzgador la iniciativa, a partir de la derivación del asunto y remisión a las partes a un procedimiento de mediación ha sido y sigue siendo, a nuestro juicio, una de las claves. No en vano, el impulso judicial permite involucrar en su desarrollo al conjunto de operadores jurídicos, sin cuya colaboración la mediación resulta inviable y traslada al justiciable la confianza que precisa para acoger voluntariamente, como fórmula para resolver sus controversias o disputas jurídicas.

Razones de la incorporación de la mediación y otros MASC en el ordenamiento jurídico-procesal

Conforme se ha tenido ocasión de evidenciar, la búsqueda de mecanismos “alternativos” tendentes a la consecución de soluciones a los conflictos jurídicos más eficaces y eficientes que la que puede, a solas, ofrecer la jurisdicción, se convirtió en las últimas décadas del siglo XX en motor de la transformación de los modelos de justicia. En España esta transformación lleva un considerable retraso.

Lo cierto es que, en este país, la lentitud, carestía, complejidad que comporta la solución de los conflictos en la vía judicial, han sido siempre una invitación a la búsqueda de nuevas fórmulas que amplíen y mejoren las posibilidades de la ciudadanía de obtener efectiva tutela de sus derechos e intereses legítimos no siempre —por no decir que pocas veces— atendida como merecía.

Ese proceso de cambio o, mejor, de auténtica transformación hacia un sistema judicial en condiciones de afrontar con éxito esas nuevas necesidades, se ha visto en España lastrado por la crisis secular que arrastra la Justicia, a la que no escapa ninguno de los órdenes jurisdiccionales, pero resulta particularmente intensa en el orden jurisdiccional civil, en el que la acumulación de asuntos pendientes de resolución alcanza cotas cercanas al colapso.

Así, por grave e inaplazable que resulte la necesidad de reducir el alto número de asuntos llevados a ser resueltos por esta vía, lo cierto es que la idea de desjurisdiccionalizar la justicia no obedece o, cuando menos, no debiera obedecer a la sola intención de mitigar la grave dificultad en la que se debate el proceso judicial; sino antes y especialmente, a la que no es menor necesidad de ofrecer a la ciudadanía soluciones adecuadas a sus disputas, en un contexto social y económico enormemente crítico como el actual (cf. López Yagües, 2021a, pp. 145-147 y 2021b, pp. 147 ss.). Soluciones que proporcionen a los protagonistas del conflicto una mayor satisfacción que la que puede ofrecer la respuesta estatal a través de una sentencia (Barona Vilar, 2016, p. 32; Martín Diz, 2010, pp. 32, 55).

Reducir, pues, la sobrecarga que padece la vía judicial y, de este modo, la dilación y carestía de las soluciones que esta ofrece es una necesidad que precisa ser cubierta a muy corto plazo; incrementar la eficacia y agilidad del sistema, al tiempo que rebajar el coste que conlleva administrar Justicia son, por tanto, claros fines a alcanzar; sin embargo, son más y mayores las razones que invitan a esa real transformación del modelo de justicia civil vigente en España.

En nuestra opinión, es plural la óptica desde la que han de observarse las ventajas que comporta la introducción de métodos o fórmulas de resolución de conflictos fundados en el acuerdo y es la que conecta con la expansión de la “cultura del diálogo” (Fajardo Martos, 2015, p. 50), que ha comenzado a arraigar en la sociedad española del siglo XXI.

Resulta, por todo ello, inaplazable acometer profundas reformas no solo de carácter procesal, sino de muy distinto orden, dirigidas, como

fin último, a fortalecer el servicio público de justicia y posibilitar que sea concebido por la ciudadanía como “algo propio, cercano, eficaz, entendible y relativamente rápido” (121/000097 Proyecto de Ley, 2022).

A la vista de las disfunciones que presenta el sistema de justicia vigente, el legislador estatal había de actuar y, aunque con retraso, lo ha hecho dando forma en los últimos años, a diferentes textos normativos.

Una primera y parecía decidida “apuesta” por proporcionar a la ciudadanía un mecanismo alternativo a la jurisdicción o, si se prefiere, un instrumento de autocomposición eficaz de controversias —en realidad, respuesta a la necesidad de cumplir las exigencias impuestas por la Directiva 2008/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008— llevó a dar forma a la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. Es esta una norma de mínimos que, no obstante, aborda aspectos tan esenciales como los que atañen a los principios que rigen la mediación, las condiciones básicas que ha de reunir el procedimiento a seguir en su desarrollo, el estatuto (básico) que corresponde a la persona mediadora y condiciones exigidas en su formación y, la que no es cuestión menor, relativa a la eficacia del acuerdo que, en su caso, se alcance.

Asimismo, un pronto fracasado Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación se hacía público en el mes de enero de 2019, dirigido a articular fórmulas abiertas y flexibles que contribuyeran a implantar definitivamente la mediación como fórmula complementaria de la Administración de Justicia, y a incrementar su difusión y presencia en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre particulares. La tramitación de este bien orientado texto normativo se vio interrumpida meses después para, sin explicación, quedar reemplazada por el Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia, dado a conocer en el mes de abril de 2022. Según hizo saber la “Exposición de motivos” de esta última norma, el legislador estatal era consciente de la presencia en el sistema de importantes deficiencias estructurales y del evidente fracaso de muchas de las soluciones adoptadas hasta la fecha para reforzar el servicio

público de justicia (Carretero Morales, 2016, p. 50). Sorprendió, sin embargo, que pasara de puntillas sobre otro de los aspectos que conforman esa realidad, como es el importante déficit de recursos materiales y humanos de los que se dispone; lo grave es que, más allá de afirmar como necesidad su incremento, no hiciera mayor mención al modo en que pretendía cubrirla, lo que pronto hizo temer que se trataba de una reforma “a coste cero” cuya efectividad se haría descansar, no solo en el sobresfuerzo exigido de continuo a los operadores jurídicos, sino, en los propios justiciables.

En esa misma exposición de motivos se aducía como razón del fracaso o debilidad del actual sistema de justicia, la existencia de instrumentos procedimentales inidóneos. Según afirmó el prelegislador —y en ello no le faltó razón— eran muchos los procedimientos que, en la práctica, se han revelado poco eficaces, cuando no, manifiestamente ineficaces y altamente ineficientes; pero de ahí a convertir esa circunstancia —la imperfección de las leyes procesales— en la razón sobre la descansa el deficiente funcionamiento del sistema, había una larga distancia.

Es cierto que, por razón de su ineficacia, ha de corregirse o hacer desaparecer alguno de esos rígidos esquemas procesales para, en su lugar, dar forma a nuevos instrumentos caracterizados por las notas de flexibilidad, agilidad y simplificación en su desarrollo, en definitiva, instrumentos que conduzcan a soluciones, también ágiles, flexibles y mutuamente satisfactorias. Lo preocupante, sin embargo, es que, más allá de plantearse como necesidad, nada se nombrara entonces —ni se menciona en la reciente LO 1/2025— acerca de cómo afrontar ese déficit de recursos que puede llevar al fracaso la mejor o más acertada de las reformas.

El diseño y posterior reflejo en la norma procesal de nuevas herramientas, sin ser sencilla, es tarea perfectamente asumible y resoluble con éxito, su articulación, sin embargo, precisa disponer de recursos suficientes que el Estado ha de proporcionar, so pena de hacer recaer el peso económico de la reforma sobre los justiciables, algo que, en tiempos tan críticos como los actuales, no solo es poco factible, sino inadmisibile. La sostenibilidad, la

eficiencia, la solidaridad, la resiliencia y la confianza han de erigirse en la sólida base de un nuevo sistema de justicia civil (Calaza López, 2021, p. 2).

En cualquier caso, el modelo de justicia que acoge la recién estrenada LO 1/2025 obliga a cuestionarse si, no tanto la incorporación de la mediación u otros MASC, sino la forma en que se ha previsto su articulación, abre más y mejores vías de acceso a la justicia o, contrariamente, las dificulta. Despierta, en verdad, reticencias, que tienen su principio y fin en la convicción de que los MASC, en general, y la mediación, en particular, son concebidos en la norma como meros instrumentos al servicio de la eficiencia procesal, con lo que ello implica de recorte a su real potencialidad.

Aspectos significativos de la reforma operada por la LO 1/2025

El eje fundamental de la reforma proyectada en la LO 1/2025 es, sin duda, la inserción, junto al proceso judicial, de una suma de instrumentos y métodos de resolución de conflictos, cuya nota común es la de venir fundados en el acuerdo de los sujetos implicados en el conflicto a resolver. Los MASC, efectivamente, constituyen un nutrido grupo de métodos e instrumentos llamados a ofrecer a la ciudadanía nuevos cauces para resolver sus controversias que se suman a la judicial, que pueden y, de hecho, aportan calidad a la justicia y mayor satisfacción al justiciable.

Bajo nuestra percepción, sin embargo, resulta una incoherencia que desde su preámbulo, la LO 1/2025 afirme que estas fórmulas han de insertarse en el sistema de justicia —idea que compartimos— y no posibilite o cree las condiciones que permitan que estos queden, efectivamente, al alcance de la ciudadanía dentro del propio servicio público de Justicia, particularmente, cuando su empleo se impone como exigencia previa al acceso a la vía judicial.

Al margen de la opinión que esta opción legislativa merezca, es claro que establecer como preceptivo el intento de acuerdo entre las partes en conflicto, obliga, no solo articular las medidas que permitan hacer factible

la observancia de esa exigencia, sino, afrontar los efectos que comporta su imposición.

En esa imposición generalizada y acrítica del empleo de cualquiera de las fórmulas que integran esa suma heterogénea de los MASC,⁸ de un lado, la falta de gratuidad en el acceso a esos métodos de resolución de controversias previstos, y de otro, tienen su base nuestras reticencias al modelo de justicia resultante de esta reforma. Las líneas que siguen acogen algunas ideas y conclusiones en torno a esos dos aspectos críticos del nuevo modelo implantado.

La articulación como requisito de procedibilidad del desarrollo de una mediación o actividad negociadora previa

Piedra angular de esta reforma es, sin duda, la previsión contenida en el art. 5 de la LO 1/2025, según la cual, en el orden jurisdiccional civil, con carácter general, para que sea admisible la demanda se considerará requisito de procedibilidad “acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias de los previstos en el art. 2” de la propia norma, a lo que añade que “para entender cumplido este requisito, habrá de existir una identidad entre el objeto de la negociación y el objeto del litigio, aun cuando las pretensiones que pudieran ejercitarse, en su caso, en vía judicial sobre dicho objeto pudieran variar”. Además:

Se considerará cumplido el requisito cuando la actividad negociadora se desarrolle directamente por las partes, o entre sus abogados o abogadas bajo sus directrices y con su conformidad, así como en los supuestos en que las partes hayan recurrido a un proceso de Derecho colaborativo. (art. 5)

8 Con esta previsión el legislador da un “paso de gigante” con el que se aleja de la fórmula propuesta en el malogrado Anteproyecto de Ley de Impulso a la Mediación de 2019 que, aunque exclusivamente referido a la exigencia de intentar la mediación, limitó a un generoso cuadro de asuntos en materia de derecho disponible la imposición de este presupuesto, de suerte que la voluntariedad en el intento prevalecía en el resto de materias o asuntos que, también podrían ser llevados a mediación por derivación judicial.

Cuestión nuclear es, por tanto, cuándo se considera observada esta exigencia o, expresado de otro modo, cómo y en qué momento el requisito de procedibilidad se considera cumplido, más allá de lo obvio que es, acudiendo:

Previamente a la mediación, a la conciliación o a la opinión neutral de una persona experta independiente, si se formula una oferta vinculante confidencial o si se emplea cualquier otro tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas, pero que cumpla lo previsto en las secciones 1ª y 2ª, de este capítulo o en una ley sectorial. (art. 5-2)

En esencia, la exigencia contenida en el precepto se traduce en la necesidad de intentar, antes de acudir o dar inicio a la vía judicial, resolver las controversias surgidas en asuntos de naturaleza civil o mercantil —excepción hecha de las sujetas a derecho necesario que la propia norma detalla— a través de alguno de los que la propia ley concibe como “métodos adecuados”. En particular, se exigirá actividad negociadora previa a la vía jurisdiccional como requisito de procedibilidad “en todos los procesos declarativos del libro II y en los procesos especiales del libro IV de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil” con ciertas excepciones explícitas:

- a. La adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil.
- b. La adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; c) la filiación, paternidad y maternidad.
- c. La tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.
- d. La pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.
- e. El ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos.

- f. La entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional.
- g. El juicio cambiario.

Con todo, la propia norma dispone que no podrán ser sometidos a medios adecuados de solución de controversias, ni por derivación judicial, los conflictos que afecten a derechos y obligaciones que no estén a disposición de las partes en virtud de la legislación aplicable, sin perjuicio de que sí será posible su aplicación en relación con los efectos y medidas previstos en los arts. 102 y 103 del Código Civil. Y según señala el art. 4 de la LO 1/2025, en ningún caso podrán aplicarse dichos medios de solución de controversias a los conflictos que versen sobre alguna de las materias excluidas de la mediación conforme a lo dispuesto en el art. 89-9 de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial.⁹

Intentar la solución a la controversia o disputa a través de este instrumento extrajudicial constituye, en efecto, un auténtico presupuesto de procedibilidad, en la medida en que su inobservancia, implica la imposibilidad de dar inicio a la vía judicial a través de la interposición de la correspondiente demanda que, en esas circunstancias, vendrá inadmitida. Esta opción legislativa comporta la necesaria modificación de diversos

9 Además, según lo previsto en el art. 5 de la LMESPJ, no se exigirá actividad negociadora previa como requisito de procedibilidad “cuando se pretenda iniciar un procedimiento para la tutela judicial civil de derechos fundamentales; la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil; en los procesos sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; en los procesos sobre filiación, paternidad y maternidad; cuando se pretenda la tutela sumaria de la tenencia o posesión o la resolución igualmente sumaria de demoliciones o derribos de obra en estado de ruina o que amenacen con causar daños; ni en determinados procedimientos de protección de menores. Por último, tampoco será preciso acudir a un medio adecuado de solución de controversias para la iniciación de expedientes de jurisdicción voluntaria, la solicitud de medidas cautelares o la interposición de una demanda ejecutiva, así como para presentar la solicitud de inicio de determinados procedimientos regulados por reglamentos europeos”.

preceptos, tanto de la Ley 5/2012 de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles como de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En cualquier caso, conviene dejar sentado que el recurso a los MASC como paso previo al planteamiento del litigio judicial, resulta preceptivo en los términos o con el alcance que la propia ley señala. Se ha de insistir, por ello, en la idea de que esta suerte de “obligatoriedad” resultado de la imposición legal del empleo de un MASC como requisito previo a la demanda, en absoluto ha de traducirse en la exigencia impuesta a las partes de someter su conflicto a una de esas fórmulas distintas de la jurisdicción. En caso alguno comporta, pues, para estas la obligación de llevar adelante cualquiera de esas fórmulas o procedimientos ni, por supuesto, la de consensuar una solución llegado su fin.

De lo anterior se concluye que esta imposición del recurso a uno de los MASC en busca del acuerdo no va más allá, ni menos, de la exigencia dirigida a los actores del conflicto, de observar una conducta favorable para posibilitar la articulación de una de esas fórmulas y —por lo que atañe a la mediación— la de participar activamente en el desarrollo de una primera sesión que, como es sabido, tendrá por objeto permitir a los protagonistas del conflicto conocer no solo la existencia y características de ese método, sino sus ventajas. A la vista de la controversia o disputa que precisan resolver, la mediación puede ofrecerles una solución no solo más pronta y económica que la respuesta judicial resultante del proceso, sino ajustada a sus necesidades y mutuamente aceptable para ambas partes del conflicto.

Dejando al margen nuestra preferencia por el arbitrio de fórmulas de resolución de controversias acogidas por el justiciable por convicción y no por imposición, conviene cuestionarse si la opción de generalizar la exigencia de su empleo —en una suerte de “popularización” no del todo coherente, del uso de estas fórmulas— dejando al solo criterio del justiciable la elección del concreto método a través del que lograr el acuerdo, sin un previo análisis o evaluación del conflicto a resolver, conduce o no a una mejora de la calidad en el acceso a la justicia.

Llevar la obligatoriedad en la gestión y resolución de todo conflicto en materia civil —no excepcionado o excluido, claro está— sin atención a su naturaleza y circunstancias, o las que atañen a los sujetos a los que afecta, en definitiva, cualquiera que sea el tipo de controversia a abordar e, indiscriminadamente, a través de métodos o instrumentos claramente dispares, no parece lo más acertado. El riesgo de fracaso es evidente y nace de la sola posibilidad de que, a resultas de la imposición, el justiciable se sirva no del mecanismo o instrumento más adecuado o idóneo, a la vista de la naturaleza y circunstancias del conflicto a resolver,¹⁰ sino del método más rápido, sencillo y económico.¹¹

Imponer de forma indiscriminada el uso preceptivo de estas fórmulas —o cuando menos su intento— haciendo recaer sobre la ciudadanía que cuenta con recursos económicos limitados, aunque no lo suficiente como para ser beneficiarios de una justicia gratuita, sin acompañar, en compensación a su empleo, beneficios de carácter fiscal u otros que sirvan de paliativo a ese gasto, no parece la mejor estrategia.

Grave error, a nuestro juicio, es obviar la configuración de incentivos reales al uso de la mediación y otros MASC que primen la consecución de acuerdos extrajudiciales, en contraprestación al ahorro que, para el servicio público de justicia, supone canalizar la resolución de las controversias a través de fórmulas negociales. El establecimiento de incentivos económicos resulta inexcusable si se desea que estas fórmulas sean una

10 Sin perder de vista la importancia de que esa ponderación acerca de la idoneidad del método incluya la suma de valores intangibles que aporta la mediación, sería un error no reconocer como realidad que, en muchos casos, son ignorados o se colocan en un segundo plano. Esta y otras valiosas conclusiones recoge Gorjón Gómez (2017).

11 Como señala Ramos Méndez (2018), el primer y decisivo criterio del que se sirve el justiciable a la hora de resolver acudir o no a la jurisdicción, es el ingeniosamente denominado “umbral económico de la litigiosidad” (p. 297). En esto coincide con Calaza López (2018), quien añade como criterio el que, por extensión, denomina “umbral temporal de la litigiosidad” (p. 81), convencida de que los principales inhibidores de la jurisdicción —hablando con crudeza— son el tiempo y el dinero.

opción prioritaria para el conjunto de la ciudadanía.¹² Entre las personas no son bien recibidas las medidas que sobrecargan la economía individual, en muchos casos maltrecha, especialmente a raíz de la crisis desatada en 2020 y con la que ha de afrontarse la solución a controversias y disputas, en gran parte nacidas de la vulnerabilidad que la propia crisis trajo consigo (cf. Calaza López, 2020a, b y c; Pilia, 2021).

En definitiva, la duda que planea sobre la reforma es si el nuevo modelo que propone permite abrir más y mejores vías de acceso a la justicia o, contrariamente, se dificultan o estrechan. A esta duda se suma la que resulta de un segundo aspecto crítico: la aparente desatención de la necesidad de facilitar el acceso a los MASC a través de la gratuidad, a los ciudadanos que reúnan las condiciones que legalmente se determinen. Es una responsabilidad que se traslada a las administraciones autonómicas —solo algunas de ellas con competencias transferidas en materia de justicia— en la forma que seguidamente se analiza.

La (no) gratuidad de la mediación y otros MASC

En líneas precedentes hacía notar la crítica que, en mi opinión, merece la fórmula prevista en la LO 1/2025, que impone preceptivamente el intento de una solución consensuada, como paso previo a la vía judicial, sin ofrecer o facilitar (materialmente) al justiciable el acceso a los métodos o instrumentos de los que servirse para alcanzarla.

Si, conforme la norma da a entender, la mediación y resto de MASC han de ser concebidos como instrumentos integrados en el sistema público de justicia, desde el mismo han de ser ofrecidos a la ciudadanía, de suerte que, de cara la resolución de su disputa, el potencial justiciable tenga a su

12 En estudios anteriores a este he manifestado —junto a otros autores— mi convicción de que el establecimiento de una amplia suma de incentivos es uno de los elementos clave para el pronto arraigo de los MASC (López Yagües, 2018, p. 320 y 2019, p. 9; Martín Diz, 2014, pp. 37-38).

alcance y pueda acceder al medio o vía que resulte adecuado como usuario de un servicio integrado en ese otro más amplio “servicio público de justicia”:

En un Estado civilizado, llamado a sí mismo “Social”, en el que la libertad es valor supremo (art. 1 CE) la eficacia de la justicia se convierte en criterio rector en la configuración y funcionamiento de cualquier mecanismo para obtenerla. (Ordeñana Gezuraga, 2018)

Ello permitiría, de un lado, dar a conocer a los solicitantes de tutela no solo la suma de MASC de los que pueden valerse, sino el concreto método que, por idóneo, puede conducir a una solución consensuada y, de otro, su aceptación una vez que conozcan las ventajas que puede reportarles.

Es cierto que la resolución de conflictos intersubjetivos o sociales comporta gastos que, en el ámbito del derecho privado, han de ser asumidos por el justiciable, pero no lo es menos que el coste que entraña el uso de los MASC legalmente impuesto, debería ser asumido por los sujetos en conflicto en las mismas condiciones en que lo hace respecto del gasto que supone articular la vía judicial. Esto último comportaría, como primera consecuencia, la necesidad de que el coste derivado de su “imposición” —ya como requisito de procedibilidad, ya por derivación judicial— sea uno de los conceptos que integran las “costas procesales” y, por ende, que su coste venga cubierto por el derecho a la asistencia jurídica gratuita, previa modificación —en el sentido dicho— de lo dispuesto por el art. 6 de la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita de 1996; derecho que, a nuestro entender, corresponde y debe, en consecuencia, ser garantizado a toda persona que carezca de recursos económicos suficientes para el acceso a la justicia, sea a través del litigio, sea a través de una de las formas de autocomposición concebidas como MASC y, en particular, la mediación.

Qué duda cabe, al Estado corresponde asegurar la gratuidad en el desarrollo de estos métodos distintos, que no ajenos a la jurisdicción, a todo beneficiario del derecho a la justicia gratuita, con la superlativa ventaja que supone su menor coste, en relación con el que entraña el desarrollo del proceso judicial. Bajo nuestra personal convicción, si se confía en que el uso

de los MASC supondrá una extraordinaria reducción del gasto que supone administrar Justicia a través de la vía jurisdiccional —en estos términos se han expresado los responsables del Ministerio de Justicia— lo razonable y honesto sería destinar ese *quantum* de ahorro a respaldar el que comporta el desarrollo de la vía “consensual” que representan los MASC.

La intención del legislador estatal español, sin embargo, es trasladar a algunas comunidades autónomas esta responsabilidad, al señalar que aquellas que hayan asumido competencias en materia de justicia podrán establecer, en su caso, cuanto tengan por conveniente para sufragar el coste de la intervención de dicho tercero neutral, en todo o en parte, con cargo a fondos públicos. Se quiera o no, esta previsión da pie al ejercicio, a dos velocidades o en dos niveles, de un derecho que ha de ser garantizado, en condiciones de igualdad, al conjunto de la ciudadanía. Es más, comporta el riesgo de perpetuar la silenciada, pero real e inadmisible desigualdad reinante en el territorio nacional, en lo que atañe al ejercicio del derecho de acceso a la justicia por los y las ciudadanas de este país.

En respuesta a esto, comunidades autónomas como la Generalitat Valenciana ha dado forma a un sistema de “mediación gratuita” a cuya regulación dedica el capítulo VIII del Reglamento de Mediación de la Comunidad Valenciana (2021). Con arreglo a las previsiones contenidas en esta norma, la administración valenciana confiere el derecho a acceder y servirse de este recurso de forma gratuita a las personas que, previa solicitud y por reunir las condiciones previstas en el art. 41, obtengan el reconocimiento de este beneficio, cuyo contenido se detalla en el art. 40.

Así, la titularidad del derecho viene a reconocerse a personas físicas o jurídicas que lo soliciten y cumplan los requisitos necesarios para ser beneficiarias del derecho a la asistencia jurídica gratuita, establecidos en la Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita, o tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente. Además, con el claro propósito de llevar este derecho a un mayor número de ciudadanos y ciudadanas, extiende el beneficio a las:

Personas con discapacidad [...] respecto de procedimientos de mediación que guarden relación con las circunstancias de salud o de discapacidad [así como] a las personas que tengan a su cargo a las personas antes señaladas, y en idénticos términos cuando actúen en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos de mediación que guarden relación con las circunstancias de salud o de discapacidad. (Reglamento de Mediación de la Comunidad Valenciana, 2021)

Por último, el reconocimiento del derecho a la mediación gratuita se extiende a las:

Víctimas, directas e indirectas, definidas de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas. (Reglamento de Mediación de la Comunidad Valenciana, 2021)

Conclusiones

Como se ha mencionado en este texto, el modelo de justicia por el que hace apuesta el legislador español pretende hacer de esta un “servicio público” eficiente y sostenible, donde el desarrollo del litigio judicial resulte *ultima ratio*, lo que hace inexcusable la ampliación, simplificación y mejora de las vías de acceso a una justicia que se pretende “de calidad”. En particular, el conocimiento, empleo y arraigo entre la ciudadanía de la mediación como forma de autocomposición de los conflictos que les atañen, es fórmula idónea para la consecución de ese y otros altos fines.

En el camino hacia la consecución del fin último de mejora de la calidad de la justicia no ha de perderse de vista la necesidad de acortar la “distancia” a la que se encuentra del justiciable. Es decir, lograr una justicia que, además de eficaz, eficiente y ágil, resulte próxima a la ciudadanía. Se trata de aproximar la mediación a las personas, facilitando a todas ellas el conocimiento de este método y su acceso al mismo en condiciones de igualdad, posibilitando su desarrollo mediante la creación de espacios idóneos y la puesta a disposición de los medios, materiales y personales, que se precisan: “La Justicia es uno de esos ámbitos en los que se hace difícil al

ciudadano confiar, por no decir que tienen desconfianza hacia un servicio carente de respaldo institucional” (García Villaluenga y Vázquez de Castro, 2015, pp. 22, 25).

El desarrollo de procedimientos de mediación contribuye al “fomento de la cultura de la paz, del diálogo, de la participación, de la convivencia, de la justicia reparadora, de la escucha y del reconocimiento del otro, así como la regeneración de los lazos sociales” (Ley de Mediación de la Comunidad Valenciana, 2018), sin olvidar que “la promoción de este tipo de mecanismos alternativos o complementarios repercute en la reducción del alto nivel de litigiosidad y sobrecarga de asuntos judiciales, contribuyendo así a mejorar la efectividad de la administración de justicia”.

Como bien señala el preámbulo de dicha ley, “no todas las controversias o disputas jurídicas precisan ser dirimidas ante la jurisdicción, y no solo por razones de economía, celeridad y eficiencia o sostenibilidad del sistema” y es cierto que, en buen número de supuestos, “la gestión y resolución del conflicto solo se logra con la participación de sus protagonistas en la solución” y la mediación es fórmula que, a través del diálogo y sobre la base del acuerdo, permite a estos dar forma a una solución mutuamente satisfactoria con la que poner fin a su disputa (Soletto Muñoz, 2017, p. 20).

Eficacia, sostenibilidad, resiliencia, diálogo y confianza son las bases sobre las que, a nuestro juicio, ha de asentarse el sistema de justicia que precisa la sociedad del siglo XXI, y un servicio público de justicia capaz “de ofrecer a la ciudadanía, la vía más adecuada para gestionar su(s) controversia(s)”. El objetivo es claro, el camino hacia su consecución... también.

Referencias bibliográficas

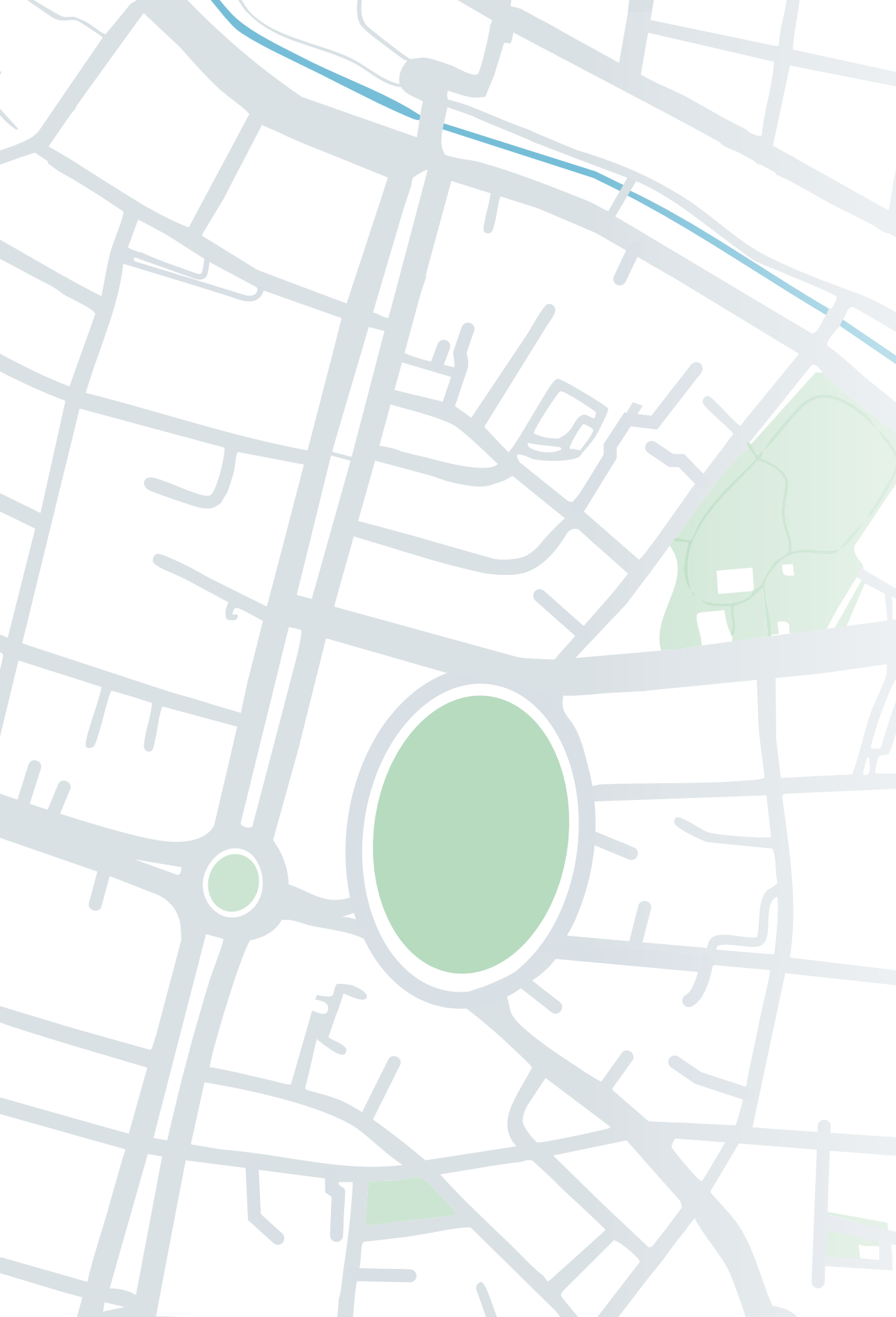
- 121/000097 Proyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia. (2022). *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, (97-1). <https://bit.ly/4j2GfEi>
- Barona Vilar, S. (2016). Justicia integral y “Access to Justice”: crisis y evolución del paradigma. En Autora (coord.), *Mediación, arbitraje y*

- jurisdicción en el actual paradigma de justicia* (pp. 31-55). Thomson Reuters-Civitas.
- Barona Vilar, S. (2018). ADR y jurisdicción, de vidas paralelas a su integración en el paradigma de justicia del siglo XXI: una reflexión acerca de sus retos y peligros con ojos de mujer. En K. Etxebarria Estankona, I. Ordeñana Gezuraga y G. Otazua Zabala (eds.), *Justicia con ojos de mujer: cuestiones procesales controvertidas* (pp. 177-208). Tirant lo Blanch.
- Bennet, G. (2001). *Guía práctica de la mediación*. Paidós. (Obra original publicada en 1998).
- Calaza López, S. (2018). Una justicia civil de diseño en la boutique del derecho procesal. En N. Mallandrich Miret y V. Pérez Daudí (coords.), *¿Cuarentena de la administración de justicia?* (pp. 73-121). Atelier.
- Calaza López, S. (2020a, 29 de abril). La desescalada judicial tras la hibernación provocada por el coronavirus COVID-19. *Legal Today*. <https://bit.ly/3RibO0E>
- Calaza López, S. (2020b, 5 de mayo). Plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma. *Legal Today*. <https://bit.ly/3Gm7smO>
- Calaza López, S. (2020c, 17 de noviembre). Ejes esenciales de la justicia post-COVID. *Diario La Ley*. <https://bit.ly/4lDc6xg>
- Calaza López, S. (2021). El proceso judicial como ultima ratio: de la alternatividad a la obligatoriedad de los “medios adecuados de resolución de conflictos”. En J. M. Roca Martínez (dir.), *Un modelo de justicia para el siglo XXI: justicia alternativa, justicia negociada, justicia informal*. Tirant lo Blanch.
- Calaza López, S., López Yagües, V., y Ordeñana Gezuraga, I. (dirs.). (2023). *Medios adecuados de solución de controversias: eficiencia procesal de las personas físicas y jurídicas*. La Ley.

- Carretero Morales, E. (2016). *La mediación civil y mercantil en el sistema de justicia*. Dykinson.
- Entelman, R. (2005). *Teoría de los conflictos: un nuevo paradigma*. Gedisa.
- Fajardo Martos, P. (2015). Cooperar vs. litigar: la filosofía de la cultura de la paz. En E. Carretero Morales, C. Ruiz López y H. Soletto Muñoz (coords.), *Mediación y resolución de conflictos: métodos y técnicas* (pp. 79-97). Tecnos.
- García Villaluenga, L., y Vázquez de Castro, E. (2015). La mediación a debate en Europa: ¿hacia una voluntariedad mitigada? *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, (3), 21-36.
- Gorjón Gómez, F. (2017). *Mediación: su valor intangible y efectos operativos*. Tirant lo Blanch.
- Ley de Mediación de la Comunidad Valenciana*. (2018). Boletín Oficial del Estado. <https://bit.ly/42dUAI3>
- LO 1/2025. (2025). *Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*. <https://bit.ly/3Eb1wg2>
- López Yagües, V. (2018). La inserción de la mediación en un sistema integrado de justicia civil para España y Europa: el modelo italiano como referente. En R. Castillejo Manzanares y C. Alonso Salgado (coords.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil* (pp. 303-333). Universidad de Santiago de Compostela.
- López Yagües, V. (2019). Mediación y proceso judicial como instrumentos complementarios en un sistema integrado de justicia civil. *Revista Práctica de Tribunales*, (137).
- López Yagües, V. (2021a). Del cambio en las circunstancias a la transformación de la justicia civil en España: más allá de la eficiencia procesal. En N. Mallandrich Miret y V. Pérez Daudí (coords.), *¿Cuarentena de la administración de justicia?* (pp. 145-174). Atelier.
- López Yagües, V. (2021b). Una respuesta procesal a los conflictos surgidos del incumplimiento de obligaciones contractuales por causas

- imprevisibles. En J. Sánchez García y V. Pérez Daudí (dirs.), *Cláusula rebus sic stantibus*. VLex.
- López Yagües, V. (2022). Mediación y otros MASC: ¿hacia la ampliación y mejora del acceso a la justicia o la sola consecución de eficiencia procesal? En S. Barona Vilar (ed.), *Meditaciones sobre mediación*. Tirant lo Blanch.
- López Yagües, V. (2024). Mediación y otros MASC. En L. García Villaluenga y Vázquez de Castro (eds.), *Técnicas y procedimientos de mediación: de la teoría a la práctica* (2ª ed.). Aranzadi.
- Marinari, M. (2016). Composizione delle liti nell diritto comparato. En P. Gianniti (ed.), *Processo civile e soluzioni alternative a la liti*. Aracne.
- Martín Diz, F. (2010). *La mediación: sistema complementario de la administración de justicia*. CGPJ.
- Martín Diz, F. (2014). Mediación en derecho privado: nuevas perspectivas prácticas. *Revista General de Derecho Procesal de Iustel*, (33).
- Moreno Catena, V. (2011). La resolución jurídica de conflicto. En E. Carretero Morales, C. Ruiz López y H. Soleto Muñoz (coords.), *Mediación y resolución de conflictos: métodos y técnicas* (pp. 45-78). Tecnos.
- Ordeñana Gezuraga, I. (2018). ¿Quién le pone el cascabel al gato? O sobre la necesidad de constitucionalizar las técnicas extrajudiciales en nuestro ordenamiento jurídico y una propuesta abierta al debate. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 30(3).
- Ordeñana Gezuraga, I. (2021). Y... tuvo que venir una pandemia para demostrar la necesidad de reforzar la solución extrajudicial de los conflictos: una propuesta para su constitucionalización en el marco del derecho jurisdiccional diversificado. En N. Mallandrich Miret y V. Pérez Daudí (coords.), *¿Cuarentena de la administración de justicia?* (pp. 257-270). Atelier.
- Pilia, C. (2021). Desde la emergencia COVID a las reformas estructurales del derecho civil en sentido solidario. En M. Sánchez Arjona y M.

- A. Martínez Gijón Machuca (eds.), *Pandemia y derecho: una visión multidisciplinar* (pp. 183-194). Laborum.
- Ramos Méndez, F. (2018). *Elogio de la nada procesal*. Atelier.
- Reglamento de Mediación de la Comunidad Valenciana. (2021). Conselleria de Justicia, Interior y Administración Pública. <https://bit.ly/4cuvSGK>
- Sander, F. E. A. (1985). Alternative Methods of Dispute Resolution: An Overview. *University of Florida Law Review*, 37(1). <https://bit.ly/42KmNq5>
- Silvestri, E. (2000). Observaciones en materia de instrumentos alternativos para la resolución de las controversias. *Jueces para la Democracia*, (37), 47-55. <https://bit.ly/3Evcv3O>
- Soletto Muñoz, H. (2017). La mediación: tutela adecuada en los conflictos civiles. En AA. VV., *Tratado de mediación: mediación en asuntos civiles y mercantiles* (pp. 19-48). Tirant lo Blanch.
- UE. (2014). "Rebooting" the Mediation Directive: Assessing the Limited Impact of its Implementation and Proposing Measures to Increase the Number of Mediations in the EU. <https://bit.ly/3EgYSoZ>



Capítulo 16

Diálogo en lugar de litigio: cómo la mediación fomenta la comunicación y el entendimiento entre las partes para construir soluciones conjuntas

Mónica Patricia Piedra Sarmiento

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
mpiedra@ucacue.edu.ec

La mediación

La Constitución de la República del Ecuador (2008) manifiesta: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la Ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (art. 190). Por tanto, la mediación

es un medio alternativo de solución de conflictos (MASC) reconocido por la Ley, lo que permite actuar conforme a derecho y solucionar conflictos de manera legal y legítima. Además de ser un procedimiento que posee flexibilidad en la forma para solucionar un conflicto. Para esto las partes son guiadas por un tercero neutral e imparcial, el mediador, para que encuentren una solución efectiva, colaborativa y satisfactoria, con el fin de evitar un proceso judicial. Esto se logra a través del diálogo, herramienta fundamental en esta figura (Pozo Illingworth, 2019).

Cabe recalcar que, el mediador interviene para impulsar a las partes a ser capaces de solucionar sus diferencias, pero su papel no es ni corresponde al de un juez, así como tampoco de árbitro. Además, se considera que la controversia se hace presente cuando las diferencias se bloquean, se estacionan en un punto en el que empiezan a perjudicar, a lesionar el vínculo existente entre quienes intervienen. Es aquí en donde actúa la mediación como un MASC.

Características

La mediación es el procedimiento que menos problemas tiene al momento de resolver un conflicto y es precisamente por sus bondades que tiene ventajas como:

- *Voluntariedad.* Son las partes quienes toman la decisión de someter su conflicto a mediación y permanece de principio a fin, teniendo la libertad de expresar sus intereses y necesidades. Por lo que poseen la autodeterminación de decisión frente al mismo y se manifiestan de manera espontánea. Además, si se encuentran ante un escenario de audiencia hostil, no será posible llegar a un acuerdo pacífico y podrán suspender esta etapa sin objeción de ninguno de los que intervienen, respetando en su totalidad la voluntad por la que se encuentra revestida ese parecer (Piedra Sarmiento y Polo Pazmiño, 2022).

- *Confidencialidad.* La reserva de lo sucedido desde el momento que se activa el procedimiento constituye la seriedad y garantía de este medio alternativo. Además, la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) manifiesta: “La mediación tiene carácter confidencial. Los que en ella participen deberán mantener la debida reserva. Las fórmulas de acuerdo que se propongan o ventilen no incidirán en el proceso arbitral o judicial subsecuente, si tuviere lugar. Las partes pueden, de común acuerdo, renunciar a la confidencialidad” (art. 50).
- *Celeridad.* Es rápida en comparación con el proceso judicial, ya que el conflicto puede llegar a solucionarse en cuestión de pocas sesiones al momento de la audiencia, incluso su decisión se puede ver reflejada en horas.
- *Equidad.* Es equitativo no solo para una de las partes, sino para las dos. Esto garantiza igualdad entre ellas y se logra un efecto de satisfacción al momento de construir acuerdos.
- *Neutralidad.* Ya que, al ser asistidos por un tercero, su neutralidad se evidenciará al momento de desarrollar este procedimiento, es decir, ni a favor ni en contra de las partes involucradas.
- *Autenticidad.* Así contempla la Ley de Arbitraje y Mediación (2006): “Por la sola firma del mediador se presume que el documento y las firmas contenidas en este son auténticas” (art. 47).
- *Cooperativa.* Ya que las partes son capaces de recuperar la habilidad negociadora que perdieron al momento de estar frente al conflicto. Dejando de lado sus diferencias, dialogando de manera directa y espontánea. Esto permite que los compromisos y acuerdos sean el resultado de su voluntad cooperada y asertiva.
- *Límite a la intervención judicial.* Reduce los procedimientos en los tribunales de justicia, permitiendo actuar de una manera rápida, eficaz y eficiente.

Con todas estas ventajas mencionadas, se concluye que la mediación cumple con diversos objetivos a favor de la solución de conflictos, entre los

cuales se encuentran resolver los problemas del sistema judicial, evitando una justicia retardada a favor de quienes claman por una decisión a su problema. Así como también cumple con garantizar al ciudadano una justicia eficaz y eficiente. Por último, es una herramienta alterna, que permite resolver los problemas de una manera satisfactoria para ambas partes.

Sobre el mediador

El papel que cumple ese tercero imparcial es fundamental, ya que él coordina todo el procedimiento y será el profesional responsable de aplicar las técnicas y herramientas en los casos que conoce, asegurándose de que las partes estén autorizadas para negociar, así como para tomar decisiones y lograr esos compromisos que permitirán llegar a un acuerdo en conjunto.

También deberá explicar detalladamente la validez legal de este medio y las normas que el centro de mediación utiliza para el desarrollo de la audiencia. Así como garantizar el cumplimiento de los principios de neutralidad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad.

El mediador tendrá que revisar que los acuerdos sean realizados de manera correcta, en cuanto a su certeza, inmediatez, privacidad y control de ejecución. Esto permitirá que, en caso de que alguna de las partes incumpla lo acordado, el afectado pueda ejecutar el acta por incumplimiento de acuerdo a la Ley (Santo, 2019).

Métodos y técnicas del mediador

En el desarrollo de este procedimiento, el mediador aplica métodos y técnicas para un resultado satisfactorio entre las partes, entre los cuales mencionamos:

- *Preguntas.* Existen varios tipos, como: abiertas, cerradas, circulares, reflexivas, entre otras.

- *Replanteo.* Consiste en realizar un resumen breve de lo expresado por las partes, desde el punto de vista de los intereses y necesidades, olvidando las posiciones que bloquean el avance del diálogo.
- *No emitir juicios.* Hay que recordar que el mediador, es imparcial, y su función se basa en guiar, y conducir a las partes para resuelvan sus diferencias.
- *Facilitar materiales.* Permite al mediador llevar de mejor manera el desarrollo de la audiencia, ya que sus resultados serán más ordenados y adecuados.
- *Aclarar conceptos.* Necesario para esclarecer criterios, que pueden tener varias interpretaciones, cayendo en la subjetividad, y esto será necesario para tratar el conflicto con objetividad, para no perderse en el mismo, consiguiendo información más amplia y empezar a trabajar desde otras perspectivas.
- *Escucha activa.* La posición de quienes intervienen tendrá que mantenerse asertiva, demostrar interés y colaborar con este método para obtener un diálogo que ayude a resolver, y no impida el objetivo del procedimiento. Por intermedio de la escucha activa se ubican con claridad tanto los intereses, cuanto las necesidades, así como las posiciones de quienes se encuentran en conflicto.
- *Elaborar el acuerdo.* Esto aportará tranquilidad a las partes, ya que el acuerdo al que han llegado, reflejará su actuar en audiencia y hará constar los diversos compromisos a los que han llegado en base a su voluntad.
- *Parafraseo.* Es repetir lo que alguna de las partes ya lo hizo, pero transformando la emoción negativa en positiva.

Como vemos, es obvio que el mediador será el responsable de dirigir la audiencia de mediación, en donde aplicará estas herramientas, conforme se vaya progresando en el procedimiento, utilizando el *diálogo como principal misión*. El diálogo impulsa a las partes a obtener una mejor comprensión, entendimiento común y el poder de comunicarse de manera adecuada

y respetuosa. Asimismo, permite que los involucrados puedan tratar sus puntos de vista de una manera pacífica, siendo capaces de prevenir y evitar que el problema identificado se agrave.

El diálogo en la mediación

El diálogo como regla parece ser un concepto natural al ser humano, que se lo viene desarrollando día a día, en las diferentes circunstancias sociales, pero no tratándolo a conciencia y con responsabilidad. Su aplicación es más real, ya que su horizonte va más allá del poder de comunicación. No solo es enviar mensajes, sino receptarlos y esto nos ubica en escenarios con el otro, desde lo interior (Gaviria, 2021).

Por lo tanto, el diálogo en la mediación no es una simple conversación, ya que este posee un objetivo entre las partes, demostrando su disposición de aceptar criterios diferentes, siendo empáticos, colaboradores, etc. Se trata de entender la situación del otro, comprendiendo desde otra perspectiva el análisis contrario, ubicándonos en la posición ajena, para que de manera pacífica se concluyan en acuerdos amigables para la solución de controversias.

Se trata de una etapa incluyente, en la que su interacción permite sumar a todos los participantes, ya que cada uno de los criterios son importantes y aportan para obtener información trascendental. Nos permite identificar plenamente el problema, luego los intereses y las necesidades entre quienes poseen el conflicto. Esto genera seguridad y confianza, al sentirse considerados, pero sobre todo con la sensación de que su criterio es importante para este procedimiento. Por tanto, son las partes quienes edifican el diálogo, de manera conjunta, con objetivos en común, que buscan crear compromisos desde su naturaleza, haciéndolo a conciencia y de manera reflexiva, para alcanzar los acuerdos que tendrán que cumplir en el corto y largo plazo.

Siendo el diálogo la mejor técnica a ser utilizada en cualquiera de los diversos tipos de MASC y de manera específica en la mediación, para generar y crear un diálogo constructivo y efectivo se requiere:

- *Crear un ambiente de confianza.* Aunque no parezca importante, el ambiente amigable y confortable, es vital para el desarrollo de la confianza entre las partes, influyendo de manera positiva, dando paso a un espacio cómodo, en donde las posiciones se adecúan al entorno, desarrollando sus ideas con absoluta libertad.
- *Ser positivo y descomplicado.* No es recomendable iniciar el diálogo con los asuntos que dieron lugar al conflicto. Lo adecuado es empezar con las personas y su esencia, sus historias, sus detalles, es decir, con lo que en su interior prevalece sensible y abordarlos con cuidado y amabilidad. Esto es importante ya que permite a las partes conocerse mejor, dejando a un lado sentimientos de enfrentamiento entre ellos.
- *Ser equitativo.* Las partes en mediación se hallan en igualdad de condiciones. Es así que deberán considerarse ciertos detalles para que no se fracture esta parte positiva del diálogo. Se podría mencionar también que sus intervenciones sean reguladas en igualdad de tiempo. Así como las intervenciones del mediador serán equilibradas, es decir, ni a favor, ni en contra de ninguna de las partes. También implica que las normas de respeto hayan sido establecidas al inicio con total claridad.
- *Escuchar activamente.* Oír y escuchar no son sinónimos. Oír es captar las vibraciones del ruido en menor o mayor medida, tiene la característica de quietud y hace más referencia a las sensaciones (Ortiz Crespo, 2007). Escuchar es la aptitud de interpretar la comunicación no solo verbal, sino escrita. Es decir, la comprensión es adecuada de acuerdo a lo que se escucha. Dirigiéndonos a ser cuidadosos con relación a lo que queremos expresar, permitiendo que la evolución de las relaciones sociales aporte al descubrimiento cooperado de necesidades

de las otras personas, a mejorar los vínculos. Permitiendo un manejo asertivo, para conducir a la mediación hacia el fin aspirado.

- *Hacer preguntas adecuadas.* Quien se mantiene atento y con una escucha activa correcta no permanece en silencio, por el contrario, muestra interés y busca encontrar respuestas, formulando nuevas inquietudes. Al hacerlo de manera positiva y adecuada, reflejará el camino a seguir para encontrar una solución al conflicto. Aquí encontramos a las preguntas abiertas, ya que se contestan de manera amplia, por ejemplo: ¿qué?, ¿para qué?, ¿por qué?, ¿cómo?, etc.
- *Respetar.* Si el criterio de la otra parte es totalmente diferente, no existe la posibilidad de cambiar el mismo y, peor aún, obligar a que los involucrados tengan la misma teoría. La intención de esta herramienta no es presionar, ya que no emplea mecanismos de fuerza. Por lo que su parecer será totalmente respetado y se buscarán otras técnicas para complementarlas para su efecto.
- *Hablar con sinceridad.* Al expresarse hay que hacerlo honestamente, es decir, exteriorizar lo que realmente está ocasionando el conflicto. Manifestando lo que realmente es, sin inventos, ya que esto nos brindará la posibilidad de iniciar con una técnica de diálogo adecuada, con conceptos reales, más no ficticios, y partir desde la buena fe de quienes acuden.
- *Aceptar emociones.* Es claro que, al tratar puntos álgidos en un conflicto, las personas son dueñas de sus emociones y sentimientos, los cuales tienden a evidenciarse ante este procedimiento, y es absolutamente normal y recomendable permitir un espacio para que expresen su ira, tristeza, emoción, llanto, etc.

En definitiva, el diálogo es una herramienta de aplicación mutua, que permite intercambiar ideas y criterios. Se activa para avivar la cooperación y encontrar una solución al problema, respetando las diferentes realidades del ser humano, convirtiendo lo negativo en situaciones positivas, actuando a favor de una cultura pacífica.

El diálogo y la cultura de paz

Frente a una situación conflictiva, donde las personas se encuentran a la defensiva, violentas, dueñas de sus propios intereses y teorías, es necesario construir un entorno amigable y pacífico para solucionar esta etapa. La violencia es evidente que va en contraposición a la paz y al diálogo, pero la asertividad, la empatía, la no violencia... son requisitos indispensables para transformar el conflicto, lo que será sin duda el camino directo para alcanzar la paz. Y la paz es todo “aquello que tenemos cuando es factible cambiar los problemas de forma creativa y no violenta” (Pérez Saucedo, 2015).

Es así que el diálogo tiene como objetivo directo contribuir a la creación de una sociedad pacífica y desarrollar una efectiva y verdadera cultura de paz. Pero su función va más allá y no se concentra en que se resuelva un conflicto interpersonal, sino que su norte es considerar y precautelar la relación futura entre las partes, tratando de reestablecer y fortalecer su vínculo, procurando relaciones funcionales, además de sanas (Gottheil, 1996).

Es importante considerar que las partes en situación de disputa, al momento de someter su situación a este medio alternativo, son quienes deberán proceder de forma coordinada y de tal manera que su actuar cooperado traiga como resultado la mejor solución para ellas. Teniendo bajo control el procedimiento y por la autonomía de la voluntad que poseen, es su decisión la que predomina, beneficiándose con los acuerdos que ellos mismos generan, poniendo fin a su conflicto sin dejar de lado sus intereses y derechos.

Se entiende, entonces, que la paz no es únicamente la carencia de enfrentamientos, sino que también necesita de la construcción de procesos ágiles, asertivos, positivos y participativos en los que se fomente el diálogo para solucionar conflictos, con una visión de comprensión y armonía en conjunto. Por tanto, es necesario entender que la educación es el camino ideal para obtener un Estado de paz. Siendo importante el papel que tiene

la colectividad en general y todos los demás protagonistas sociales para que este ideal se efectúe.

La resolución pacífica de conflictos y la cultura de mediación es una agrupación de actitudes, méritos y normas que concluyen en una forma de pensamiento y de actos en las diversas áreas en las que nos desenvolvemos. Se prioriza el diálogo, el equilibrio emocional, la solidaridad entre las partes, con el ideal de alcanzar soluciones positivas para los involucrados de cara a un enfrentamiento (Viñas Cirera, 2008).

Así, en un espacio en donde no existe la presencia de violencia cultural y estructural nace la importancia de un criterio más sano para enfrentar un conflicto, donde se considere al ser humano en el cuidado y protección de sus relaciones interpersonales. Esto no ocurre en un proceso judicial, sucediendo todo lo contrario, llevando a un enfrentamiento directo con el otro por defender cada uno sus intereses y posiciones egoístas.

Así se considera que el conflicto es inherente a la humanidad y este MASC representa a la paz y a la solución en consenso, a pesar del enfrentamiento que antecede, convirtiendo la modificación de esa fractura en una situación de convivencia amigable y pacífica.

Es por ello que la *cultura de mediación* es innata a la *cultura de paz*, que tiene como fin una transformación no solo social, sino intervenir en el interior de cada ser humano. Dicho cambio traerá como resultado la paz externa que deseamos, enseñándonos a entender y a respetar otros pensamientos, actitudes y voluntades ajenas a nosotros, sin perder de vista la verdadera esencia, luchando no solo por nuestros propios objetivos, sino también coadyuvar para que las aspiraciones colectivas se realicen.

La mediación y el proceso judicial

La práctica jurídica ha determinado cuatro clases de MASC, los mismos que se encuentran integrados en dos tipos: los autocompositivos (negociación y conciliación) y los heterocompositivos (mediación y arbitraje). El método que nos ocupa en este texto es la mediación, por lo que al definirlo

nos referimos a un mecanismo alternativo diferente al tradicional (sistema judicial), donde las partes en controversia son los actores principales en la resolución del problema (cosa que ya detallamos arriba).

Así, la mediación con sus ventajas ya mencionadas es una opción frente al modelo tradicional formal, con escándalos en el sistema, una justicia tardía e inoperante; en un escenario desconfiable, con poca credibilidad de la ciudadanía, quienes buscan respeto a sus derechos vulnerados y una solución justa y efectiva a sus conflictos.

La mediación ayuda a descongestionar los tribunales de justicia, aportando una solución ágil a los problemas de la sociedad, ofreciendo beneficios indiscutibles ante la actividad judicial, permitiéndoles un despacho de sus causas en menor tiempo para una administración de justicia más rápida y eficiente. Con la mediación las partes obtienen una solución no solo dinámica, sino también con economía procesal notoria, a diferencia del sistema judicial. Así, los MASC han reflejado ser un mecanismo auxiliar ideal para el órgano judicial (Molina, 2024).

Otra distinción importante es que en la mediación son las partes quienes resuelven el conflicto, revestidos de su voluntariedad, con la capacidad de adoptar acuerdos y compromisos, a través del diálogo y de diferentes herramientas aplicadas por el tercero imparcial. Mientras que algo diferente sucede en un procedimiento judicial, ya que aquí es un juez quien resuelve, adoptando una decisión a favor solo para una de las partes, basado en la Ley y en su sana crítica.

La mediación opera con un sistema no adversarial, donde los involucrados no adoptan el papel de enemigos, sino son ellos quienes crean el resultado final, dando como consecuencia que la decisión del cumplimiento de sus acuerdos sea más fácil, sintiéndose ganadoras las partes en conjunto. Situación que en el judicial se presenta de otra manera, aplicando métodos adversariales donde existe, por regla, un ganador y un perdedor (Albertín, 2019).

En la mediación se permite construir soluciones creativas, ya que las partes al momento de evidenciar una posición asertiva y abierta al diálogo, empiezan a edificar de manera conjunta los resultados a su favor, logrando un “ganar-ganar”. En el campo judicial, la posibilidad de crear soluciones diferentes es limitada, ya que el juez tiene la última decisión administrando justicia, sin tener en consideración los intereses de ambas partes, sino de una de ellas.

En la mediación, de principio a fin, se crean ambientes de confianza y comodidad, mientras en un proceso judicial lo que se genera es hostilidad, presentándose un enfrentamiento constante, sin la posibilidad de que sus posiciones cedan para un mejor desarrollo del mismo. Y al dar lugar a la empatía, el consenso y el diálogo, se presenta la posibilidad de que las partes conserven su vínculo desde el momento que arreglan la controversia. Es decir, son capaces de recuperar la relación que prevalecía antes de que exista la pugna y que se perdió en el camino. En cambio, que en los tribunales de justicia es inevitable que la distancia, el desgaste emocional y psicológico, etc., se presente entre los involucrados, creando ambientes incómodos y rotos, sin la posibilidad de reestablecer las relaciones, fragmentando toda posibilidad de diálogo a futuro.

Asimismo, la mediación es preventiva, cuyo objetivo es evitar que el conflicto crezca hasta tal punto, de no tener posibilidad de solución. ¿Y qué se quiere prevenir?, que las diferencias entre quienes poseen un conflicto sean resueltas a través del judicial. Además de prevenir conflictos futuros, ya que este medio alternativo ofrece la posibilidad de resolver el problema principal de raíz, eliminando las situaciones supletorias que surgieron del ambiente hostil inicial.

Por otro lado, la confidencialidad que reviste a este medio alternativo para solucionar conflictos, no daña, no perjudica, en imagen, trayectoria, identidad, honor, a ninguna de las partes. Situación que en el área judicial no se hace presente, ya que —dependiendo del tipo de proceso— este es público y de libre conocimiento, inclusive por plataformas del propio sistema,

generando de manera pronta reacciones de quienes se sienten afectados, por lo que es obvio que la posibilidad de que se presenten futuros y nuevos episodios extrajudiciales es inminente, inclusive convirtiéndose en conflictos a ser ventilados en el área penal.

Finalmente, el sistema judicial no escapa a la politización, que es un mal que se encuentra sembrado en la función, al intervenir personajes o sectores políticos en decisiones trascendentales. Sin embargo, en la mediación este fenómeno no se hace presente, ya que el mediador no conoce el asunto a desarrollar en audiencia, hasta el momento en que las partes se encuentran reunidas ante él, precautelando los principios que reviste al proceso.

¿Qué hacer para fortalecer a la mediación en la sociedad?

Es importante incentivar no solo a las nuevas generaciones de profesionales del derecho, sino a las antiguas, a las que tienen cultura de litigio, a brindar sus servicios activando este medio alternativo de solución de conflictos, ya que las bondades del procedimiento permiten un actuar con resultados que satisfagan a quienes acuden a ellos por la defensa de sus intereses. Por ello es imperioso el papel que desarrollan las instituciones de educación superior, al momento de incluir en sus planes de estudio, recursos de educación y mallas académicas a los MASC.

Igualmente, quienes tienen la responsabilidad de estimular a las partes a llegar a un acuerdo deben trabajar siempre en su excelencia al servicio de la ciudadanía, capacitándose regularmente y perfeccionando sus técnicas y herramientas en todo momento. Por lo tanto, quienes aspiran a ingresar a este mundo pacífico de la mediación realizando el Curso de Formación de Mediadores deben entender que, desde un principio, es una actividad que aporta un sin número de beneficios ante un conflicto. Y estos cursos deben ser más y mejor regulados por parte del organismo rector.

Así, es necesario que, desde el Consejo Nacional de la Judicatura y sus dependencias administrativas respectivas, se establezcan programas de capacitación y políticas que permitan su fortalecimiento a nivel nacional.

También es necesaria una designación de autoridades responsables, capacitadas y conocedoras de los MASC, ya que su trayectoria y profesionalismo será clave para dar continuidad y empoderamiento a las decisiones relacionadas al sistema, las que tendrán efectos a nivel local y nacional, de acuerdo a nuestra legislación. Asimismo, corresponde al organismo competente extender esta *cultura pacífica* hacia los jueces, para que reconozcan y hagan efectivos los acuerdos realizados en las diferentes instituciones de mediación a nivel nacional.

Por tanto, el sistema de justicia tradicional debe brindar posibilidades a que quienes litigan, permitiéndoles utilizar procesos no obligatorios y solucionar el conflicto de manera oportuna. Es decir, que se analice la oportunidad de resolver la controversia por medio de este recurso voluntario, antes de que el desarrollo del procedimiento judicial se agote, con el fin de otorgar garantías a las personas involucradas y obtener una justicia rápida, eficaz y satisfactoria para las partes (CAM Santiago, 1999).

Por otro lado, no debe causar indiferencia la legislación y fiscalización de las autoridades electas por votación popular, ya que, desde su función, se deben proponer y discutir leyes a favor de los MASC, de igual manera es importante que se analicen reformas a la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) y vinculantes, pensando en un fortalecimiento de este sistema.

Además, se sostiene de manera general que el manejo y resolución de conflictos únicamente pueden ser resueltos por vía legal, iniciando un debido proceso, cuando la realidad es otra. Estos pueden activarse utilizando las diversas herramientas que tenemos como seres humanos, al momento de posicionarnos frente a una situación de disputa, siendo capaces de resolverlos mediante el diálogo y el respeto. Aquello es perfectamente aplicable en cualquier área, ya sea social, familiar, educación, laboral, etc., ya que somos

capaces como individuos de arreglar las diferencias de manera pacífica y amigable activando este procedimiento.

Estas son algunas de las acciones a favor de la mediación, sin restar importancia a las campañas de educación dirigidas a la sociedad en general, trabajadas desde los diferentes estamentos, públicos y privados, para llegar a la comunidad con conceptos de paz, enmarcados en el respeto integral al ser humano, procurando siempre un desarrollo óptimo de una cultura de paz.

Conclusiones

Sin duda, la mediación es un mecanismo legal extrajudicial reconocido por la Ley plenamente válido, mediante el cual permite a las partes solucionar sus diferencias, basadas en el diálogo, la comunicación, la asertividad, pero sobre todo enmarcada en el respeto al ser humano. Son asistidos por un tercero imparcial, quien garantiza y vigila el desarrollo del procedimiento con ética y profesionalismo, por el bienestar y satisfacción de los involucrados, garantizando el cumplimiento de los principios de voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad, igualdad, equidad, entre otros.

Es evidente que, a diferencia de la mediación, el proceso judicial se concentra en aplicar la ley de forma técnica y fría, sin tomar en cuenta las necesidades, emociones e intereses relacionadas a las partes, generando soluciones no satisfactorias para los justiciables. Por ello, es imperioso dar continuidad a las actividades de difusión y empoderamiento para promover su uso, pero sobre todo alcanzar su adecuación a las necesidades de los colectivos que exigen nuevas y mejores herramientas que aseguren soluciones rápidas, eficaces y pacíficas, dando origen al auténtico ganar-ganar.

Al incentivar el diálogo, la mediación ayuda a evitar el enfrentamiento y los procesos judiciales que no acaban, siendo su objetivo encontrar soluciones conjuntas positivas, aceptando discernir para adoptar el mejor acuerdo.

Otro aspecto importante es que esta herramienta se basa en el cuidado de las relaciones de los individuos, derivando su acuerdo pacífico en el

fortalecimiento y continuidad de sus lazos sociales, presentándose este escenario gracias a las vías abiertas de comunicación y coordinación entre ellas.

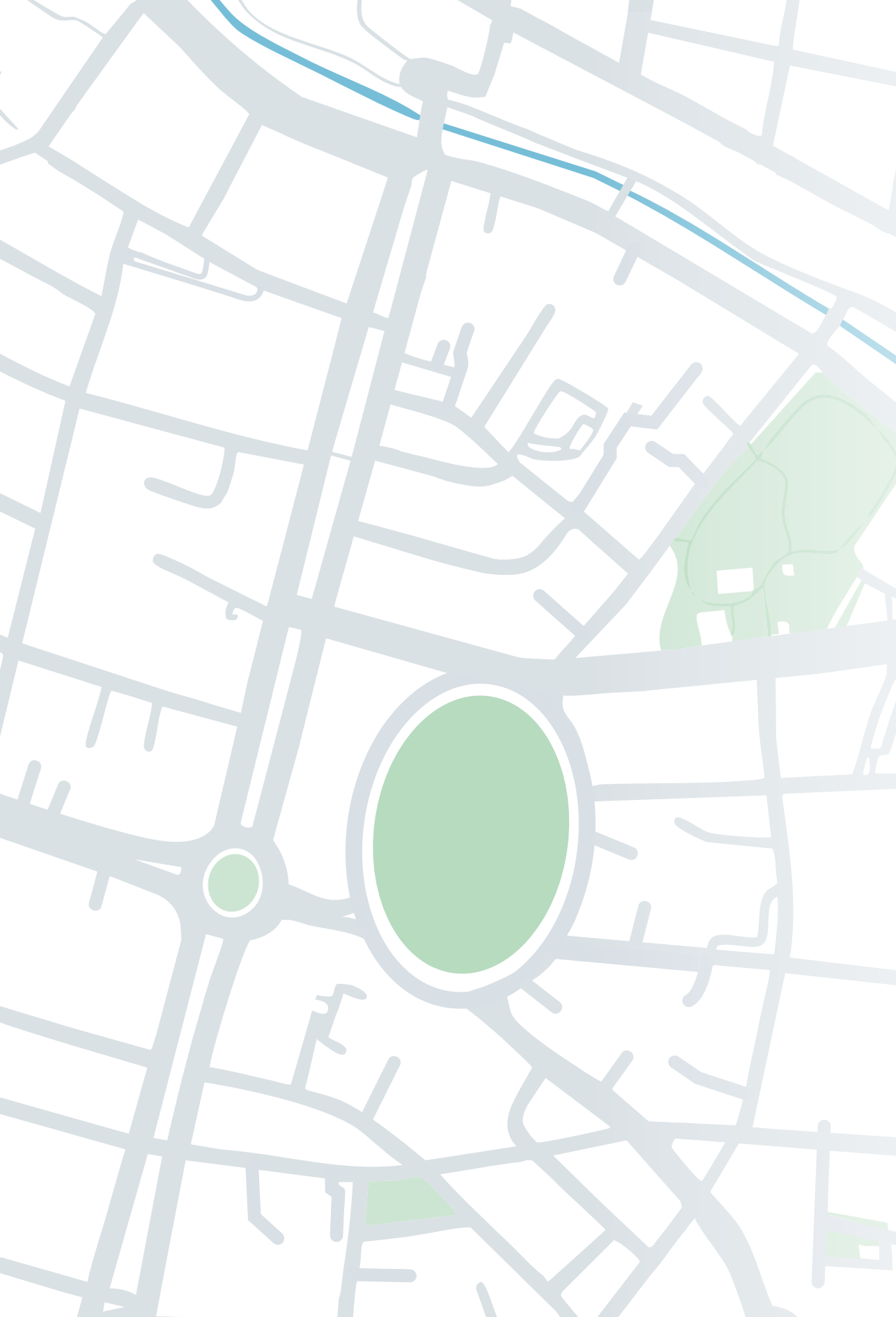
Es así que, en todo este escenario analizado, los Medios Alternativos a la Solución de Conflictos (MASC), de manera específica la Mediación produce equilibrio, tomada en cuenta desde el punto de vista del bienestar individual, y de manera más decisiva considera el interior de cada ser humano, reflejado en los escenarios de su vida cotidiana. (Gorjón Gómez, 2020)

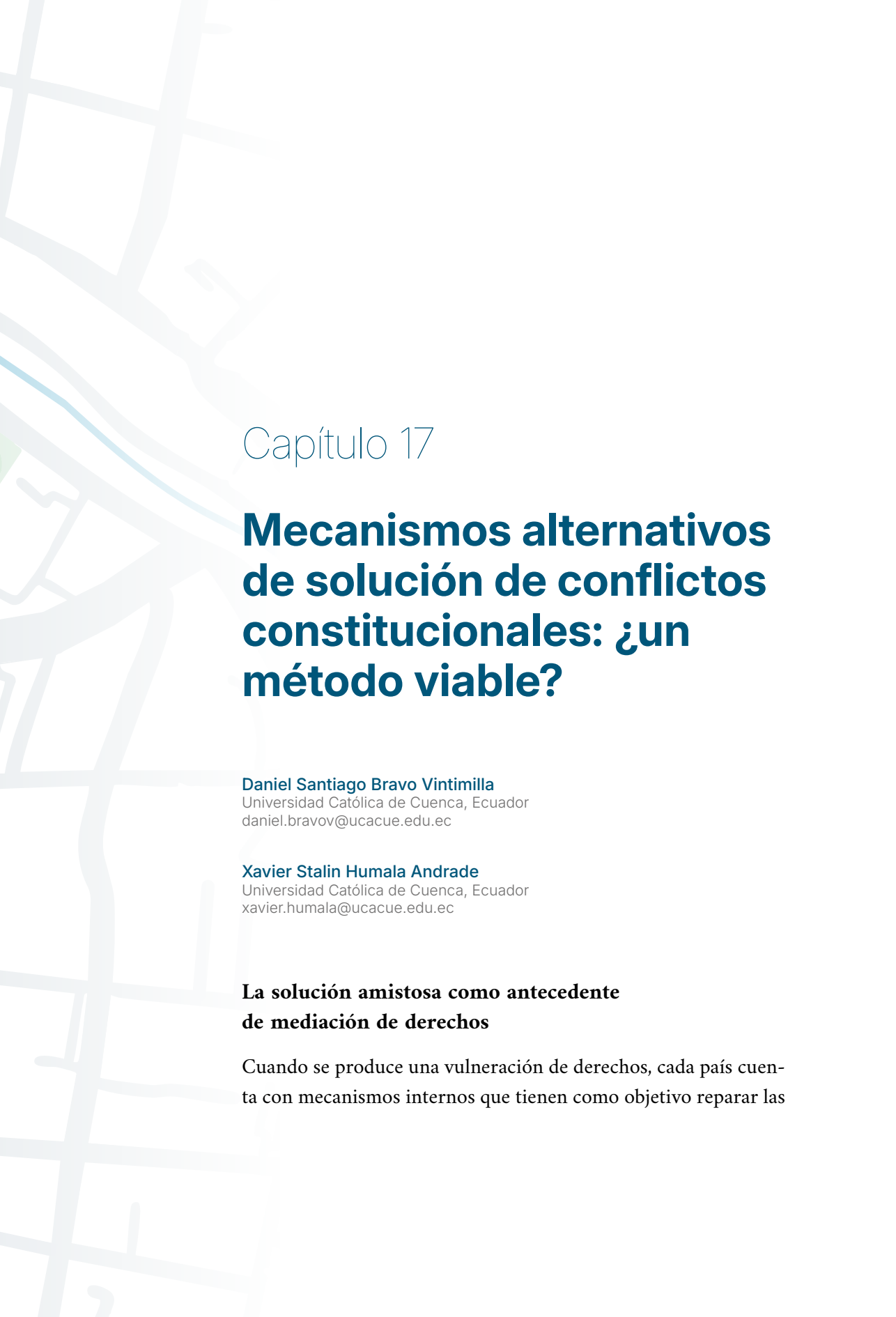
Finalmente, recordemos que los seres humanos somos plenamente idóneos para generar prosperidad colectiva a través de los MASC, considerando que la paz se origina desde nuestros propios intereses y que la mediación es un método para lograr aquello. Por esto, la paz no debe ser abordada como una aspiración en el horizonte, ella requiere ser analizada como un método, que sea real, para lograr la paz.

Referencias bibliográficas

- Albertín, R. M. (2019, 18 de noviembre). *Análisis de las ventajas y desventajas de la mediación frente al proceso judicial*. UEMC.
- CAM Santiago. (1999). *El desarrollo de los MASC en el siglo XXI*. <https://bit.ly/4je5wvs>
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008).
- Gaviria, G. (2021, 4 de junio). Diálogo como posibilitador. <https://bit.ly/3RUCmFm>
- Gorjón Gómez, F. J. (2020). *La mediación como vía al bienestar y la felicidad*. Tirant lo Blanch.
- Gottheil, J. (1996). La mediación y salud del tejido social. En J. Gottheil y A. Schiffrin (coords.), *Mediación: una transformación en la cultura* (pp. 215-226). Paidós.
- Ley de Arbitraje y Mediación*. (2006).
- Molina, C. (2024, junio). La obligatoriedad de acudir a la mediación como un método alternativo de solución de conflictos, previo al

- inicio de un proceso judicial civil. *Ciencia Latina*, 8(3), 3068-3076.
https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v8i3.11517
- Ortiz Crespo, R. (2007). *Aprende a escuchar*. Lulu.
- Pérez Saucedo, J. (2015). Cultura de paz y resolución de conflictos: la importancia de la mediación en la construcción de un estado de paz. *Ra Ximhai*, 11(1), 109-131. <https://bit.ly/43UtFIP>
- Piedra Sarmiento, M., y Polo Pazmiño, E. (2022). El principio de voluntariedad y la tenencia en mediación. *Polo del Conocimiento*, 7(9). <https://bit.ly/4jsdeBI>
- Pozo Illingworth, T. (2019). *Cultura de paz, solución alternativa de conflictos y mediación*. Universitaria Católica de Cuenca.
- Santo, U. E. (2019, 18 de julio). *La mediación y su eficacia en la solución de conflictos*. UEES. <https://bit.ly/4lyHNYq>
- Viñas Cirera, J. (2008). *Conflictos en centros educativos: cultura organizativa y mediación para la convivencia*. Graó.



A faint, light gray map of Ecuador is visible in the background, showing the country's borders and major cities. The map is oriented with the north at the top.

Capítulo 17

Mecanismos alternativos de solución de conflictos constitucionales: ¿un método viable?

Daniel Santiago Bravo Vintimilla

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
daniel.bravov@ucacue.edu.ec

Xavier Stalin Humala Andrade

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
xavier.humala@ucacue.edu.ec

La solución amistosa como antecedente de mediación de derechos

Cuando se produce una vulneración de derechos, cada país cuenta con mecanismos internos que tienen como objetivo reparar las

afectaciones, o en su defecto, el sistema regional también cuenta con recursos bases que guían el proceso, planteando estándares que los Estados deben seguir. En el caso ecuatoriano, la Constitución de 2008 incorporó una nueva teoría constitucional con énfasis en los derechos, tanto en su reconocimiento como en su protección, con el fin de garantizar la justicia (Ávila Santamaría, 2009).

En el Sistema Interamericano, cada uno de los órganos que lo componen han desarrollado líneas base en cuanto a la protección de los derechos humanos, basándose en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las decisiones que se han tomado a partir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), así como de los tratados internacionales de derechos humanos, que existen no solo en el sistema regional, sino también en el sistema universal, ofreciendo una visión integral de protección (Guerrero Agripino, 2014).

La CIDH “es un órgano principal y autónomo de la Organización de los Estados Americanos (OEA), encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano” (OEA, 2025). Con base en la Convención, a partir del art. 41, se determinan las funciones de la Comisión, la cual participa activamente en los diferentes Estados miembros.

En el presente trabajo se hace referencia a una competencia de la Comisión, contenida en el art 48-1-f de la Convención sobre Derechos Humanos, que determina: “Se pondrá a disposición de las partes interesadas, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Convención.” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969). Considerando que, existe un número elevado de causas en el sistema regional, la Comisión actúa como un filtro previo antes de llegar al procedimiento contencioso.

En este sentido, la figura de *solución amistosa* puede entenderse como un proceso donde las partes intervinientes pueden llegar a un acuerdo sobre un conflicto. El Estado y los particulares acuerdan ciertos términos (CIDH, 2015) donde la Comisión puede actuar como mediadora o facilitadora, y

una vez alcanzada una resolución, deberá supervisar el cumplimiento de los acuerdos.

Es importante señalar que pueden existir acuerdos parciales o totales, así como casos donde ninguna de las partes acepta tomar este mecanismo. En ese sentido, el proceso continúa y puede llegar hasta la competencia jurisdiccional de la Corte. Básicamente, esta es una instancia informal y voluntaria. Durante las denominadas “reuniones de trabajo”, las partes negocian y determinan los acuerdos que deberán cumplir.

Tabla 1
Medidas de reparación en la solución amistosa

Medidas de reparación
Restitución del derecho lesionado.
Medidas de satisfacción.
Garantías de no repetición.
Medidas de rehabilitación.
Compensación económica.

Nota. Adaptado de CIDH (s. f.).

Con base en lo expuesto, primero se puede determinar que las partes realizan acuerdos sobre las vulneraciones de derechos. Es decir, el Estado acepta que vulneró derechos y se responsabiliza por las acciones u omisiones cometidas en contra de una o varias personas. Además, este acuerdo debe cumplir los estándares de reparación de los instrumentos internacionales

de derechos humanos. La Convención no es muy clara en cuanto a qué derechos o eventos no pueden ser susceptibles de solución amistosa.

La interpretación es amplia y se podría suponer que no importa la gravedad de la vulneración, todo tipo de caso puede recurrir a esta instancia. “Cualquier caso, por difícil que sea, podría ser objeto de este procedimiento. No obstante, también se considera que hay hechos que, dada su gravedad, no ameritan otra salida que la determinación de responsabilidad internacional del Estado” (Castilla, 2007). Sí hay una afectación a los derechos humanos debe existir la reparación y sanción para el Estado.

Tabla 2
Solución amistosa

Medidas de solución amistosa	
Adopción de medidas para la búsqueda de justicia.	Impulso de reformas legislativas como garantías de no repetición.
Adopción de políticas públicas y capacitación de funcionarios estatales.	Medidas de rehabilitación médica, psicológica y social.
Construcción de edificaciones y homenajes en honor a las víctimas.	Creación de leyes o tribunales <i>ad-hoc</i> para pagos de compensación económica.
Mecanismos para facilitar el cumplimiento a nivel nacional.	

Nota. Adaptado de CIDH (s. f.).

Como se evidencia, los acuerdos alcanzados por las partes están dirigidos a reparar los derechos vulnerados y consideran los tipos de reparación material e inmaterial. Además, esta fase conciliatoria impulsa al Estado a modificar su normativa interna para garantizar los derechos;

recordar que los casos que llegan a conocimiento de la Comisión, por lo general son aquellos que no pudieron ser resueltos por el Estado (Piérola y Loayza, 1995).

De cierta forma, los hechos controvertidos deben ser aceptados por el Estado, ya que, en caso de no serlo, se continuaría con el proceso normal hasta llegar a la competencia contenciosa de la Corte. Ahora bien, ¿cómo se puede diferenciar qué derechos humanos no pueden ser mediados? Tal vez la gravedad deba ser el factor de análisis en cada caso; consecuentemente, también se denota que este mecanismo puede ser eficiente en cuanto al tiempo que transcurre hasta que la Corte conozca el caso. Como se sabe, existen casos que se resuelven aunque los hechos sucedieron hasta 20 o 30 años antes, lo que hace que este recurso termine siendo eficiente para la reparación.

Un aspecto importante es el reconocimiento de la responsabilidad del Estado, como por ejemplo en el Caso 12.642 José Iván Correa Arévalo Nro. 90/10:

La Comisión observa que el Estado mexicano reconoció la existencia de violaciones a derechos humanos cometidas en perjuicio de los familiares de la presunta víctima. El acto de reconocimiento público de responsabilidad y disculpa pública tuvo lugar el 5 de marzo de 2009 en la ciudad de Tuxtla Gutiérrez, y fue presidido por el Gobernador del Estado de Chiapas, licenciado Juan Sabines Guerrero. (CIDH, 2010, p. 7)

Se puede plantear una interrogante sobre la responsabilidad estatal por la vulneración de derechos, que en algunos casos ha sido sentenciada por la Corte, y declara a un Estado culpable de afectarlos o, en la solución amistosa donde básicamente, producto de ese acuerdo hay un reconocimiento de esa afectación. También se debe recordar que existen casos que son competencia de la Comisión y de la Corte, ya que no todos los países han ratificado dicha la competencia. En algunos casos, la Comisión es el único ente de protección de derechos.

Tabla 3

Factores previos a la solución amistosa

Factores que considerar	
1.	De las circunstancias de cada caso, en especial de la naturaleza de los derechos afectados.
2.	De las características de los hechos denunciados.
3.	De la voluntad de cooperación del gobierno involucrado para la investigación del asunto y para la adopción de las medidas necesarias para solventarlo.

Nota. Adaptado de Estepa (2011, p. 334).

Es complicado determinar qué derechos pueden o no ser susceptibles del mecanismo de solución amistosa. Como se observa en el caso Nro. 90/10, se trata de una vulneración del derecho a la vida, donde el Estado reconoce la responsabilidad y se plantean las medidas de reparación por esos hechos ocurridos, tanto materiales como inmateriales. El derecho a la vida se configura como la base del resto de derechos, ya que este permite el disfrute. este caso fue resuelto a través de solución amistosa, se puede preguntar: ¿Este caso debió conocer la Corte?

La Constitución del Ecuador (art. 424) reconoce el llamado bloque de constitucionalidad, el cual tiene como base el reconocimiento del derecho internacional como parte del derecho interno. En los casos más favorables, los tratados y convenios internacionales de derechos humanos serán aplicados de forma directa (Constitución, 2008). Por lo tanto, la competencia de la Comisión y de la Corte pueden conocer procesos en los que el Estado ecuatoriano esté involucrado.

Además, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en su artículo 52, determina la acción de incumplimiento:

La acción por incumplimiento tiene por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias, decisiones o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos. Esta acción procederá cuando la norma, sentencia, decisión o informe cuyo cumplimiento se persigue contengan una obligación de hacer o no hacer, clara, expresa y exigible. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

Desde el punto de vista ecuatoriano, en el caso de que el Estado no cumpla con los acuerdos de la solución amistosa, las víctimas pueden hacer uso de esta garantía para exigir su cumplimiento. Además, la propia Comisión Interamericana realiza los seguimientos correspondientes. Por lo tanto, en cuanto a la reparación de derechos que no haya conocido la Corte y no exista una sentencia, no significa que el Estado no tenga que cumplir con los acuerdos.

Tabla 4

Derechos tratados en soluciones amistosas

Informe	País	Derechos tratados
Informe Nro. 64/03	Ecuador	Derecho a la libertad personal, derecho a la protección judicial, derecho a la garantía judicial.
Informe Nro. 97/00	Ecuador	Derecho a la integridad personal.
Informe Nro. 83/20	Ecuador	Derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la protección judicial, derecho a la garantía judicial.
Informe Nro. 82/20	Ecuador	Derecho a la vida, derecho a la libertad personal.
Informe Nro. 33/24	Colombia	Derecho a la vida, derecho a la integridad personal, derecho a la protección judicial, derecho a la libertad personal.

Nota. Elaboración propia con base en documentos de la CIDH (s. f.).

Como puede evidenciarse, los derechos alegados y afectados son varios, y han sido desarrollados por la Corte en diversas sentencias. En este sentido, cabe señalar que sí es posible mediar ciertos derechos, como la vida y la integridad personal. Ahora bien, surge la pregunta de si podría aplicarse lo mismo en procesos internos, en aquellos casos en los que exista responsabilidad del Estado y en los que la mediación constituya un mecanismo eficaz.

Un ejemplo de solución amistosa muy llamativo es el Caso Restrepo vs Ecuador, mismo que se plasma en el Informe nro. 99/00, Caso 11.868:

Tabla 5
Caso Restrepo-Informe nro. 99/00, Caso 11.868

Derechos vulnerados	Medidas de reparación
Convención Americana sobre Derechos Humanos	Indemnización (daño emergente y lucro cesante)
Art. 1 Obligación de respetar los derechos	Nueva búsqueda de los hermanos Restrepo
Art. 3 Reconocimiento de la personalidad jurídica	Libertad de acción
Art. 4 Derecho a la vida	Sanción (enjuiciamiento a responsables)
Art. 5 Derecho a la integridad personas	Civil
Art. 7 Derecho a la libertad personal	Penal
Art. 8 Garantías judiciales	Administrativa
Art. 25 Protección judicial	

Nota. Adaptado de CIDH (2000).

Por lo tanto, a manera de conclusión de este apartado, se determina que en el Sistema Regional existe un proceso voluntario en el que, básicamente, se median derechos, donde la Comisión participa como conciliador. Esto garantiza que los procesos se resuelvan de manera rápida y, además, se determina la responsabilidad y las medidas de reparación, con base en los estándares internacionales.

¿Qué sucedería con este antecedente en un proceso constitucional en Ecuador? Podría suscitarse una etapa similar a la fase de conciliación en

los juicios ordinarios, donde se planteen soluciones amistosas para evitar llegar al juicio. Además, es importante recordar que la reparación integral en Ecuador es ineficiente debido a la demora en su cumplimiento. Si se toma como referencia el numeral 1 del artículo 8 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (OGJCC), que en su parte pertinente señala: “el procedimiento será sencillo, rápido y eficaz” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009). Adicionalmente, los procesos constitucionales, por su naturaleza, son informales. la informalidad.

El proceso debe ser sencillo, rápido y eficaz, y la disposición final de la LOGJCC debe complementarse con las leyes supletorias en cuanto al procedimiento. Esto significa que, en caso de ser necesario, se debe tomar como referencia al Código General de Procesos (COGEP). Cabe señalar que bajo el COGEP existe la fase de conciliación, la cual puede desarrollarse hasta después de la sentencia. Esto implica que se deben evaluar los factores que pueden limitar la no incorporación de este criterio.

La mediación en garantías jurisdiccionales: ¿un mecanismo necesario?

La mediación, tal como se ha desarrollado, se encuentra reconocida tanto en la Constitución como en los tratados internacionales de derechos humanos, cuyo objetivo es buscar vías que beneficien a las partes que se encuentran antagónicamente en un conflicto, con el fin de que el manejo de los problemas judiciales se materialice mediante una solución eficaz. La mediación, por ser una herramienta de paz para la solución de controversias, no es un procedimiento que se encuentre apartado de las diferentes áreas del derecho; por el contrario, el desarrollo de la búsqueda de la paz ha significado que, desde un punto de vista social, la solución de conflictos no se presente, únicamente, como una opción para su manejo, sino como una herramienta directa para resolución de estos.

En este contexto, resulta importante citar el artículo 190 de la Constitución del Ecuador (2008), el cual reconoce que la mediación y el arbitraje, brindan un bagaje de posibilidades en cuanto a los diferentes métodos alternativos para la solución de conflictos. En este sentido, el articulado mencionado expresa lo siguiente: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir” (art. 190).

A partir del artículo citado, es relevante señalar que la carta magna no limita los diferentes métodos para la solución de conflictos; por el contrario, abre la puerta para que diversas alternativas puedan ser implementadas en el país.

Si el análisis se centra específicamente en el Ecuador, se puede afirmar que la idea de mejorar los problemas sociales y conflictos en el sistema de justicia ecuatoriano, a través de mecanismos de resolución de controversias ha sido promovida mediante una cultura de paz. Sin embargo, diferentes factores han influido en el manejo de la justicia, lo que ha impedido que dicha cultura se consolide en el país. Entre los más importantes se destacan los siguientes:

Tabla 6

Factores que han influenciado el desarrollo normal de la justicia en Ecuador

Factores que considerar
1. Falta de independencia judicial en la Función Judicial.
2. Déficit en la formación y aspiración de la carrera judicial.
3. Corrupción manifiesta y extendida.
4. Desconfianza de la ciudadanía en el sistema judicial ecuatoriano.
5. Falta de recursos para el manejo óptimo de la justicia.
6. Falta de infraestructura.

Nota. Adaptado de Vayas et al. (2022).

Bajo esta premisa, es importante contar con datos y cifras sobre el reporte de causas de los Centros de Mediación y sus oficinas dependientes. La Dirección Nacional de Acceso a los Servicios de Justicia, a través del Consejo de la Judicatura, elaboró un reporte de causas registradas durante los años 2021, 2022 y 2023. A continuación, se expone el número de causas de mediación organizadas por materia:

Tabla 7
Número de causas de mediación por materia

Materia	2021	2022	2023	Total
Derecho familiar	33 206	41 165	49 905	124 276
Derecho civil	23 054	22 641	24 027	69 722
Derecho laboral	10 351	8 812	9 441	28 604
Derecho de tránsito	4 161	4 070	4 579	12 810
Derecho de inquilinato	3 435	3 342	3 278	10 055
Otros (tributario, adolescentes infractores, propiedad intelectual)	1 129	1 810	759	3 689
Derecho mercantil y societario	380	610	2 042	3 032
Derecho vecinal comunal	748	1 052	1 155	2 955
Total general	76 464	83 502	95 186	255 152

Nota. Adaptado de Consejo de la Judicatura (2024).

Del análisis de los datos presentados se observa un incremento progresivo en los casos de mediación en diferentes materias, lo que evidencia la expansión de la cultura de mediación y paz en el país. No obstante, es importante señalar que no existe mediación en casos de garantías jurisdiccionales. Esta ausencia refleja una limitación en la aplicación de los métodos alternativos a la resolución de conflictos en el Ecuador.

Respecto al crecimiento de los procesos de mediación en causas ordinarias, es importante señalar que muchos han aliviado la carga procesal de los juzgadores. Sin embargo, existe una carga procesal en materia de garantías jurisdiccionales, ya que cualquier juez —independientemente de su especialidad— puede avocar conocimiento de la causa y debe resolver el caso. Esta situación resalta la urgencia de una regulación que promueva y expanda la cultura de paz por medio de los métodos alternativos de solución de conflictos en materia constitucional.

En Ecuador, la mediación se encuentra regulada en la Ley de Arbitraje y Mediación, vigente desde diciembre de 2006. En su artículo 43 expresa lo siguiente:

La mediación es un procedimiento de solución de conflictos por el cual las partes, asistidas por un tercero neutral llamado mediador, procuran un acuerdo voluntario, que verse sobre materia transigible, de carácter extrajudicial y definitivo, que ponga fin al conflicto. (Ley de Arbitraje y Mediación, 2006)

Este procedimiento se caracteriza por ser rápido, eficaz y que tiene carácter de cosa juzgada, lo que permite a las partes puedan llegar a un acuerdo sin dilataciones procesales innecesarias. Para adentrarse, un poco más, sobre la medición en el Ecuador, es importante señalar ciertos fundamentos o principios sobre los que versa este mecanismo:

Tabla 8

Principios de la mediación en el Ecuador

Principio	Descripción
Voluntariedad	Este principio se caracteriza por ser fundamental al momento de ejecutar la mediación, ya que establece que ni el mediador ni las partes pueden ser obligadas a comparecer. Por el contrario, deja abierta la posibilidad para que las partes puedan llegar y completar el proceso de mediación.

Neutralidad	Este principio es de aplicación directa en todos los procesos judiciales y extrajudiciales. El mediador debe actuar con neutralidad, sin inclinarse a favor o en contra de ninguna de las partes involucradas al momento de obrar o juzgar un asunto, en el que estas hayan comparecido.
Confidencialidad	Principio básico de la mediación, que garantiza a las partes la seguridad y confianza de que la información proporcionada en la resolución de un conflicto no será utilizada en su contra en procesos judiciales o arbitrales posteriores. Por los que los centros arbitrales guardarán la debida reserva y confidencialidad. Entendiendo esta confidencialidad como secreto profesional.
Cosa juzgada del acta de mediación	Una vez suscrita el acta de mediación, la ley ecuatoriana le otorga el efecto de una sentencia ejecutoriada y cosa juzgada. En base a este principio, las actas tienen carácter de irrevocables con respecto a las partes que intervinieron en un proceso de mediación.
Transigibilidad	Este principio debe ser analizado y tomado en cuenta al momento de realizar la mediación, ya que el Estado limita las materias del derecho que, por su naturaleza, no pueden ser objeto de este proceso. Al contrario, en algunos temas jurídicos se deberá, obligatoriamente, seguir un juicio ordinario.

Nota. Adaptado de Puertas Ruiz y Silva Barrera (2023).

Del análisis del cuadro presentado, es pertinente señalar que los principios mencionados confluyen para que la mediación se maneje de una manera ágil y eficaz. En este contexto, el acta tendrá efecto de sentencia de cosa juzgada y sentencia ejecutoriada. En este sentido, el acuerdo al que lleguen las partes podrá ser total, no existirá ningún problema entre las partes, simplemente se ejecutará el acuerdo al que se llegó en la mediación.

En caso de que el acuerdo fuera parcial, el asunto podrá ser llevado al órgano jurisdiccional competente para resolver los puntos no conciliados,

considerando los aspectos previamente pactados. Finalmente, en caso de imposibilidad de llegar a un acuerdo, el acta del proceso se presentará ante un juez, quien se encargará de dirimir el litigio correspondiente (Villanueva, 2018).

Con base en lo señalado, es importante centrarse en el análisis en la necesidad de incorporar la mediación dentro de las garantías jurisdiccionales. Aunque esta se encuentra reconocida en la carta magna vigente en el Ecuador, así como en las normas específicas que regulan su aplicación y sus limitaciones. Actualmente, no se encuentran los mecanismos de resolución de conflictos en materia de garantías jurisdiccionales, sin embargo, resulta necesario su aplicación e implementación con el afán de reducir la carga procesal y contribuir en la resolución oportuna de las causas constitucionales.

Las garantías jurisdiccionales reconocidas en la Constitución del Ecuador tienen como finalidad la tutela y protección directa de los derechos constitucionales. Por esta razón, su naturaleza versa en el tratamiento y ejecución de un procedimiento sencillo, rápido y eficaz, tal como lo establece el literal a) del numeral 2 del artículo 86, el cual se refiere a las garantías jurisdiccionales en general. Dicho artículo enfatiza en evitar formalismos innecesarios, garantizando así la aplicación directa y eficaz de los derechos.

Si bien en los últimos años se ha tratado de promover e impulsar la cultura de paz mediante diversos medios alternativos de solución de conflictos, es importante debatir que, actualmente, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no cuenta con procedimientos previos para acceder a estos, ni siquiera en una etapa procesal para resolver aquellas garantías en cuyos casos exista la transmisibilidad para la tutela directa y eficaz de derechos.

Como se ha señalado previamente, la mediación acompañada de los diferentes métodos alternativos de solución de conflictos ha contribuido en los últimos años a descongestionar procesos de la justicia ordinaria en materias como familia, niñez y adolescencia, civil, laboral, entre otras. Sin embargo, no existe registro alguno sobre el uso de estos mecanismo

de solución de conflictos para agilizar un proceso constitucional. Por el contrario, la ausencia de cifras en los diferentes centros de mediación del país refleja su limitada aplicación en este ámbito.

La mediación, como eje transversal, permite agilizar los procesos judiciales antes que estos sean sometidos al órgano jurisdiccional. Esto contribuiría a potenciar las características básicas de las garantías jurisdiccionales: ser procedimientos sencillos, rápidos y eficaces, garantizando así el respeto a la libertad de las partes para acogerse a este método alternativo, sin imponer ninguna condición o límite que restrinja su aplicación y el acceso a la justicia constitucional.

Como se ha descrito en párrafos anteriores, los derechos humanos son materia transigible para la resolución de controversias en caso de violación grave a los derechos humanos. Siguiendo esa lógica, no existiría limitación alguna para que, dentro del sistema de garantías jurisdiccionales del Ecuador, se pueda acoger este procedimiento que se desarrolla en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde el Estado, como se ha señalado, pueda reconocer su responsabilidad y simplificar el procedimiento ordinario y, en consecuencia, se eleve a sentencia que establezca una reparación integral.

En el caso ecuatoriano, y acogiendo la jurisprudencia internacional, se debe destacar que el país ha participado en soluciones amistosas relacionadas con el reconocimiento de la vulneración grave de derechos humanos. Si se traslada esta experiencia a la realidad de las garantías jurisdiccionales, se podría abrir la puerta para que las controversias en materia constitucional puedan resolverse mediante métodos alternativos de solución de conflictos, siempre que la naturaleza de la controversia así lo permita.

Por lo antes señalado, es importante plantear una reforma a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de modo que se acoja lo que está reconocido constitucionalmente en la carta magna, en lo relativo a la mediación y otros métodos alternativos para la solución de conflictos. Esta reforma es relevante, dado que existe una sobrecarga

procesal y una excesiva judicialización de conflictos que podrían resolverse mediante una de las alternativas planteadas.

Lo esencial en esta propuesta es fomentar la cultura de paz y brindar a la ciudadanía una opción para acceder de manera inmediata a la justicia constitucional. Por ello, la esencia de esta propuesta versa sobre la incorporación de un apartado que, de manera textual, señale:

Dentro de los procesos de garantías jurisdiccionales descritas en esta ley, se podrá, de manera voluntaria, acoger a un procedimiento de mediación previa que respetará los siguientes principios: debido proceso, aplicación directa de la Constitución, gratuidad en la justicia constitucional, economía procesal y los demás principios para efectos del cumplimiento de la mediación. (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, 2009)

La implementación de este apartado dentro de la normativa especial permitirá que la justicia constitucional se desarrolle de forma sencilla, rápida y eficaz, contribuyendo a descongestionar el sistema de justicia. Así mismo, facilitará el cumplimiento y promoción de la cultura de paz, garantizando a la ciudadanía una tutela efectiva de los derechos y sin dilataciones, sin necesidad de judicializar procesos de manera innecesaria.

Al considerar los derechos como base fundamental en el Ecuador, en tanto estado garantista, conforme al artículo 1 de la Constitución, estos forman los cimientos del sistema jurídico. Por ello, se reconocen y protegen tanto los derechos consagrados en la Constitución del Ecuador como en aquellos establecidos en instrumentos internacionales de derechos humanos, así como aquellos que se derivan de la dignidad humana (Constitución, 2008).

En este sentido, la posibilidad de mediar los derechos constituye el eje central de la discusión. Si se consideran los principios procesales como mecanismos de reparación, ello no significa que las personas queden en indefensión; por el contrario, representa el reconocimiento de responsabilidad y la aplicación de métodos de reparación. No obstante, desde una perspectiva crítica, se genera el cuestionamiento sobre qué derechos se pueden mediar, si todos los derechos tienen la misma jerarquía.

Conclusiones

A lo largo del desarrollo del texto, se evidencia que, en el sistema regional de derechos humanos, existe el proceso de solución amistosa, mediante el cual las partes llegan a un acuerdo debido a la vulneración de derechos, y se determinan los mecanismos de reparación. Este no es un proceso contencioso; es decir, no lo conoce el órgano jurisdiccional, que es la Corte, sino que, por el contrario, es la Comisión la que actúa como mediadora entre las partes.

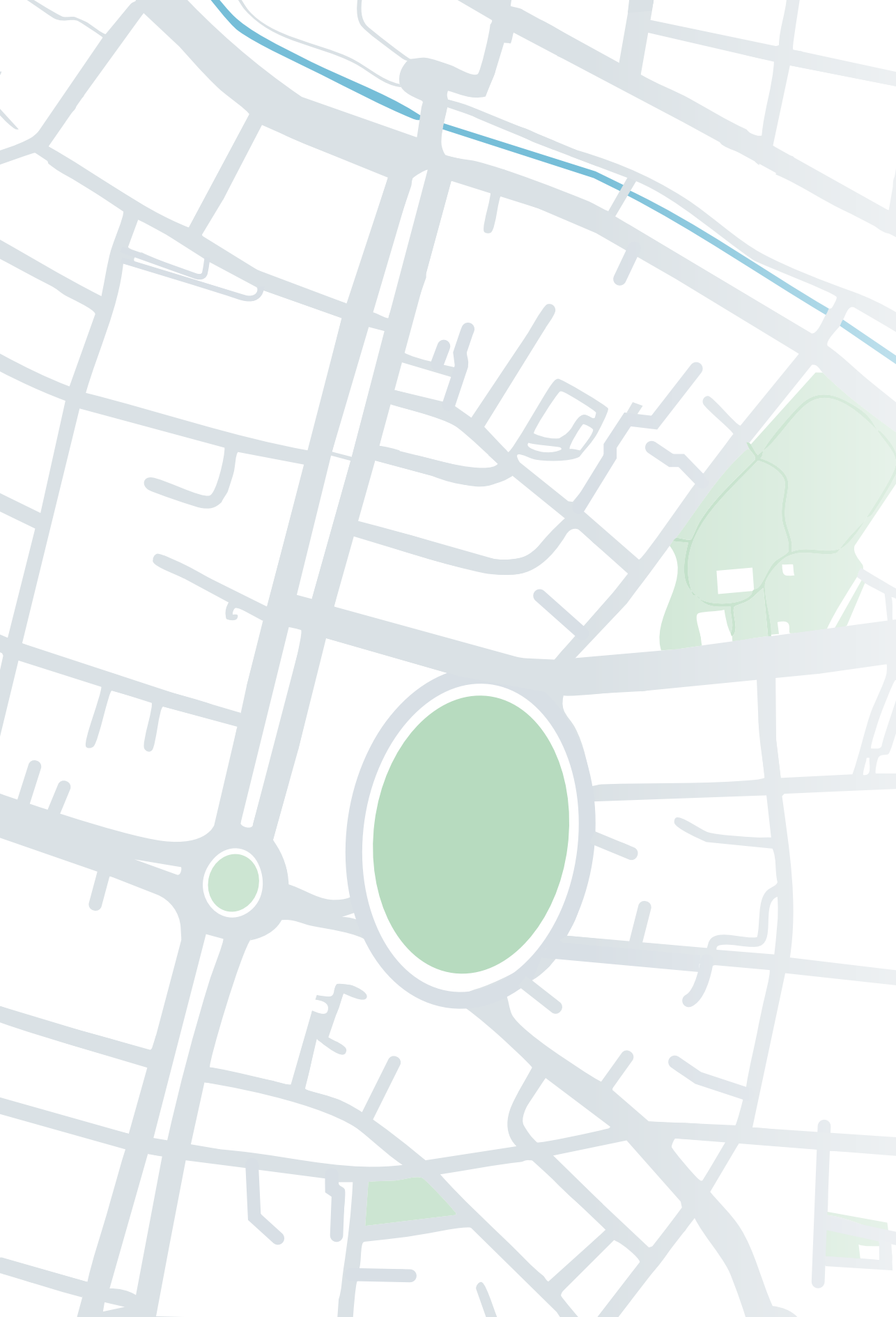
En los datos analizados, se identifican varios derechos que han sido objeto de mediación, desde el derecho a la vida hasta el derecho a la integridad personal. Por lo tanto, se concluye que es posible mediar sobre derecho. Por otro lado, en el Ecuador, la normativa reconoce los métodos alternativos de solución de conflictos como mecanismo eficaz para garantizar los principios procedimentales. No obstante, esta práctica se aplica en materias como civil e inquilinato, pero no en el ámbito constitucional. Este acuerdo no significa la renunciabilidad de derechos; por el contrario, constituye un medio eficaz y eficiente para garantizar los derechos, evitando recurrir a un proceso contencioso que puede prolongarse en el tiempo.

Referencias bibliográficas

- Ávila Santamaría, R. (2009). Del Estado legal de derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 775-793. <https://bit.ly/4jACENy>
- Castilla, K. (2007). Ideas respecto a la solución amistosa en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista CEJIL*, 3, 124-133. <https://bit.ly/4jdgz81>
- CIDH. (2000). *Informe No. 97/00. Caso 11.584*.
- CIDH. (2000). *Informe No. 99/00*.
- CIDH. (2003). *Informe No. 64/03. Petición 12.188*.
- CIDH. (2010). *Caso 12.642. José Iván Correa Arévalo. Informe No. 90/10*.

- CIDH. (2015). *Guía práctica sobre el uso del mecanismo de soluciones amistosas en el sistema de peticiones y casos ante la CIDH*.
- CIDH. (2020). *Informe No. 82/20. Caso 11.626C*.
- CIDH. (2020). *Informe No. 83/20. Caso 11.626*.
- CIDH. (2024). *Informe No. 33/24*.
- CIDH. (s. f.). *¿Qué es la CIDH?* <https://bit.ly/44sxMpl>
- Consejo de la Judicatura. (2024, 31 de diciembre). *Estadísticas de Mediación a Nivel Nacional*.
- Constitución de la República del Ecuador*. (2008).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos*. (1969).
- Estepa, M. C. (2011). La solución amistosa en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Estudio Socio-Jurídicos*, 13(2), 327-952. <https://bit.ly/4imaGEe>
- Guerrero Agripino, L. F. (2014). El sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En *Cultura política y ejercicio ciudadano especial: referencia a su impacto en la prevención de delito* (pp. 257-279). <https://bit.ly/3GeFeKQ>
- Ley de Arbitraje y Mediación*. (2006).
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional*. (2009).
- OEA. (s. f.). *Secretaría Ejecutiva CIDH*. <https://bit.ly/3EtNbLF>
- Piérولا, N., y Loayza, C. (1995). La solución amistosa de reclamaciones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Revista IIDH*, 22, 173-227. <https://bit.ly/44rs338>
- Puertas Ruiz, L., y Silva Barrera, P. (2023). Materias Transigibles en mediación en el Ecuador. *Revista Metropolitana de Ciencias Aplicadas*, 6(3), 226-237. <https://doi.org/10.62452/zz5zf518>
- Vayas, G., Vayas, S., Jordán, J., y Tamayo, F. (2022). La eficacia de la mediación pública en el Ecuador, de la normativa a la realidad ecuatoriana. *Polo del Conocimiento*, 7(12), 941-963. <https://bit.ly/4jg2F5a>

Villanueva, T. (2018). La constitucionalización de la mediación: el caso de Ecuador. *Revista Derecho y Ciencias Sociales*, (20), 88-97. <https://doi.org/10.24215/18522971e050>



A faint, light gray background map of Cuenca, Ecuador, showing the city's grid-like street pattern and a winding river. The map is positioned on the left side of the page, with the text overlaid on it.

Capítulo 18

El impacto de la digitalización en la mediación y el arbitraje: oportunidades, desafíos y futuro de la resolución de disputas en línea

Francisco Xavier Ávila Cárdenas

Universidad Católica de Cuenca, Ecuador
fxavilac@ucacue.edu.ec

La digitalización en la mediación y el arbitraje

En las últimas décadas, la resolución de disputas en línea (ODR por sus siglas en inglés) han ganado terreno como una herramienta efectiva para abordar conflictos de manera más ágil y menos costosa que los procedimientos judiciales tradicionales. Dentro de los ODR, la mediación y el arbitraje destacan como

métodos clave para resolver disputas en áreas comerciales, laborales, familiares e internacionales. Sin embargo, con la llegada de la era digital ha transformado significativamente estos procesos, dando lugar a nuevos desafíos al momento de solventar un problema. De acuerdo con Katsh y Rifkin (2001), “la tecnología no solo ha cambiado la forma en que las personas interactúan, sino también cómo resuelven sus diferencias” (p. 15). En este contexto, la digitalización ha constituido un fermento que redefine la accesibilidad, eficiencia y legitimidad de la mediación y el arbitraje en la solución de conflictos.

Este artículo explora cómo la digitalización está impactando tanto en la mediación como en el arbitraje, analiza sus beneficios, desafíos y tendencias en la solución de conflictos, tomando como referente el papel de las plataformas de ODR, que han ganado relevancia en sectores como el comercio electrónico, las reclamaciones de consumidores y las disputas transfronterizas. Este enfoque no solo permite que las partes involucradas participen desde cualquier lugar del mundo, sino que también reduce significativamente los costos asociados con los procesos presenciales.

La pandemia del COVID-19 obligó a muchos organismos de arbitraje y mediación tomen a las plataformas digitales como una nueva herramienta para el desarrollo de sus actividades. La Corte Permanente de Arbitraje (PCA) implementó audiencias virtuales para garantizar la continuidad de los procesos durante los confinamientos (PCA, 2020). Este fenómeno no solo evidenció la viabilidad del ODR, sino también sus bondades para garantizar el acceso a la justicia en un mundo cada vez más interconectado.

La pregunta que guiará este artículo es: ¿Cómo está afectando la digitalización a la eficiencia, accesibilidad y legitimidad de la mediación y el arbitraje? Para responder esta interrogante, examinaremos los beneficios que ofrece la tecnología, como la automatización de tareas administrativas y la reducción de barreras geográficas, así como los desafíos que plantea, incluyendo cuestiones de seguridad, privacidad y la brecha digital. Para comprender el impacto de la digitalización en la mediación y el arbitraje,

es necesario conocer el marco conceptual que defina los términos clave y explore las teorías relacionadas con la resolución de disputas en entornos digitales.

Mediación en resolución de conflictos

La mediación es un proceso voluntario para la resolución de conflictos, en el que un tercero neutral, conocido como mediador, facilita la comunicación entre las partes en conflicto para ayudarlas a alcanzar un acuerdo mutuo. A diferencia de otros métodos de resolución de disputas, la mediación se caracteriza por su enfoque colaborativo y flexible, lo que permite a las partes mantener el control sobre el resultado final. Según Bush y Folger (2005), “la mediación no solo busca resolver conflictos, sino también empoderar a las partes y transformar sus relaciones” (p. 12).

Este método alternativo de solución de conflictos se caracteriza por ser voluntario, confidencial y centrado en las necesidades de las partes, permitiendo que ellas mismas busquen soluciones que sean satisfactorias para todos los involucrados. La mediación se aplica en diversos ámbitos como el familiar, laboral, comercial, comunitario, entre otros, lo que le convierte en una herramienta segura para solventar conflictos de manera efectiva.

El proceso suele ser más rápido y menos costoso que los procedimientos judiciales tradicionales, lo que permite a las partes solventen sus diferencias de manera más eficiente (Cruz, 2016). Además, promueve un ambiente colaborativo que puede ayudar a preservar las relaciones interpersonales, lo cual es relevante en disputas familiares o comerciales. La confidencialidad del proceso también brinda a las partes un espacio seguro para expresar sus preocupaciones sin temor a que la información se utilice en su contra en un futuro litigio (Martínez, 2007).

De manera particular la mediación constituye una alternativa viable para la solución de litigios, contribuye a descongestionar los tribunales, permitiendo que los recursos judiciales se concentren en casos que realmente requieren intervención judicial. Esto no solo mejora la eficiencia del sistema

judicial, sino que también fomenta una cultura de resolución pacífica de conflictos en la sociedad, ya que no solo resuelve disputas individuales, sino que también fortalece la confianza en el sistema de justicia al ofrecer soluciones más satisfactorias y duraderas para las partes involucradas.

En el contexto digital, la mediación ha evolucionado significativamente, de manera particular luego de la pandemia de COVID-19, que generó la necesidad del uso de plataformas virtuales para la resolución de conflictos. A través del uso sistemas virtuales, ha sido posible realizar mediaciones de manera remota, facilitando el acceso a un público más amplio y ofreciendo beneficios como la reducción de costos y tiempos de desplazamiento. Sin embargo, también presenta desafíos, como la necesidad de capacitar a los mediadores en el uso de tecnologías y en la gestión de la comunicación virtual. Por tanto, la mediación digital constituye una herramienta prometedora para mejorar la administración de justicia y fomentar la resolución pacífica de conflictos.

Arbitraje en la resolución de conflictos

El arbitraje, por otro lado, es un método más formalizado en el que un árbitro o panel emite una decisión vinculante para resolver una disputa. A diferencia de la mediación, el arbitraje tiene un carácter adjudicativo, lo que significa que las partes aceptan someterse a la decisión final del árbitro. Como señala Fouchard (2019) “el arbitraje combina la flexibilidad de los métodos alternativos con la certeza jurídica de los procedimientos judiciales” (p. 34).

El proceso arbitral se caracteriza por ser voluntario, confidencial y generalmente más rápido que los procedimientos judiciales tradicionales, aplicado a diversas áreas, incluyendo el comercio, relaciones laborales; y, se basa en la premisa de que las partes pueden elegir a sus árbitros y establecer las reglas del procedimiento, lo que les otorga un mayor control sobre el proceso.

El arbitraje es un gran aporte a la solución de problemas, al ofrecer una alternativa viable a los litigios, descongestionando los tribunales de justicia y permitiendo que los recursos judiciales se concentren en casos que realmente requieren intervención judicial. Esto no solo mejora la eficiencia del sistema judicial, sino que también fomenta una cultura de resolución pacífica de conflictos en la sociedad, ya que permite resolver disputas individuales, fortalece la confianza en el sistema de justicia al ofrecer soluciones más satisfactorias y duraderas para las partes involucradas.

El avance tecnológico, ha dado lugar a nuevos espacios para el desarrollo del arbitraje a través de plataformas en línea (*e-arbitration*), especialmente en disputas comerciales internacionales, donde las partes pueden participar desde diferentes países sin necesidad de viajar. Con la digitalización, el arbitraje ha experimentado una transformación significativa que incluye la utilización de plataformas en línea para la presentación de pruebas, la realización de audiencias y la gestión de documentos. Esta digitalización ha permitido que los procesos de arbitraje sean más accesibles, especialmente en un contexto global donde las partes pueden estar ubicadas en diferentes países. Además, la implementación de tecnologías como la inteligencia artificial (IA) y el análisis de datos está comenzando a influir en la selección de árbitros y en la predicción de resultados, lo que puede mejorar la eficiencia y transparencia del proceso (VORECOL, 2024).

Resolución de disputas en línea (ODR)

El concepto se refiere al uso de herramientas digitales para facilitar la resolución de conflictos. Según Katsh y Rifkin (2001), “el ODR representa una extensión natural de los métodos tradicionales de resolución de disputas, adaptándose a las demandas de un mundo interconectado” (p. 22). Los ODR abarcan tanto la mediación como el arbitraje en línea, así como otras formas de resolución de disputas que utilizan tecnología, como la negociación automatizada mediante IA.

Estos procesos han ganado relevancia en los últimos años, especialmente con el aumento de las transacciones comerciales en línea y la necesidad de resolver conflictos de manera rápida y eficiente. Los ODR combinan métodos tradicionales de resolución de conflictos, como la mediación y el arbitraje, con herramientas digitales, permitiendo a las partes presentar sus casos, intercambiar documentos y participar en audiencias virtuales. Esto no solo mejora la accesibilidad del proceso, sino que también reduce costos y tiempo, lo que resulta especialmente beneficioso en disputas de menor cuantía.

Sin embargo, el uso de las plataformas digitales también enfrenta desafíos, como la necesidad de garantizar la seguridad y la confidencialidad de la información compartida en línea. Además, es fundamental que los mediadores o árbitros y las partes involucradas, estén debidamente capacitados en el uso de tecnologías digitales y en la gestión de la comunicación virtual para asegurar un proceso justo y equitativo. A pesar de estos retos, los ODR constituyen una herramienta prometedora para la resolución de conflictos en un mundo cada vez más digitalizado, contribuyendo a la descongestión de los tribunales y ofreciendo soluciones más rápidas y accesibles para las partes involucradas.

En este contexto, la transformación digital ha permitido que procesos tradicionalmente presenciales migren a entornos virtuales. Esta transición no solo ha aumentado la eficiencia, sino que también ha democratizado el acceso a la justicia, permitiendo que personas de diferentes ubicaciones geográficas participen en procesos legales sin barreras logísticas. A partir de ello, se ha generado el acceso de recursos informáticos como a plataformas tecnológicas, diseñadas específicamente para facilitar la resolución de disputas que incluyen funciones como videoconferencias, intercambio de documentos y sistemas de gestión de casos.

Por ejemplo, Modria, creada en 2012 por Colin Rule, junto con un equipo de expertos en tecnología y resolución de conflictos, se desarrolló inicialmente en Estados Unidos para resolver disputas en diversas áreas,

incluyendo comercio electrónico, disputas entre consumidores, empresas y conflictos en el ámbito de la propiedad. Actualmente constituye una de las plataformas más populares la cual utiliza algoritmos para analizar patrones en disputas similares y sugerir soluciones basadas en datos. Estas herramientas no solo simplifican el proceso, sino que también mejoran la transparencia y el seguimiento de los casos.

Por otra parte, la IA y el *blockchain* están surgiendo como tecnologías en la resolución de disputas digitales y que benefician al análisis en cada caso. La IA puede analizar grandes volúmenes de datos para identificar patrones y proponer soluciones basadas en precedentes, mientras que el *blockchain* garantiza la autenticidad e inmutabilidad de los acuerdos y laudos arbitrales (Savelyev, 2018). Esta capacidad de análisis predictivo no solo optimiza el proceso, sino que también empodera a los usuarios al proporcionarles información relevante y contextualizada.

El *blockchain* aporta un nivel de seguridad y transparencia de la información que es fundamental en la resolución de conflictos. Permite utilizar un registro descentralizado e inmutable de datos, en la cual las partes pueden confiar que la información compartida es conocida por todos de manera precisa y que no ha sido alterada. Esta combinación de transparencia y automatización no solo mejora la experiencia del usuario, sino que también reduce la carga sobre los sistemas judiciales. La accesibilidad a estas tecnologías debe ser considerada para evitar que se amplíen las brechas existentes en el acceso a la justicia (Martínez, 2019).

Acceso a la justicia y los desafíos en la era digital

El acceso a la justicia es un principio fundamental que busca garantizar que todas las personas puedan acceder a los órganos de administración de justicia para resolver sus disputas de manera justa y equitativa. Según Cappelletti y Garth (1978), “el acceso a la justicia no solo implica la disponibilidad de mecanismos legales, sino también su accesibilidad económica

y cultural” (p. 204). En este sentido, la digitalización amplía el acceso a la justicia al reducir costos y eliminar barreras geográficas.

El acceso a la justicia es un derecho que se encuentra garantizado en la legislación internacional a través de instrumentos jurídicos como la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 8), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 8 y art. 25), en donde establecen que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante tribunales independientes e imparciales.

En Ecuador, la Constitución de 2008 protege este derecho en su artículo 75, garantizando el acceso gratuito y efectivo a la justicia, sin discriminación y con el respaldo de mecanismos adecuados para la tutela judicial efectiva. Además, el Código Orgánico de la Función Judicial y la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, regulan los procedimientos para hacer efectivos estos derechos, asegurando la defensa, la asistencia legal gratuita y la tutela judicial efectiva para toda la población.

En la era digital, este acceso ha experimentado transformaciones significativas debido al uso de tecnologías de la información y la comunicación (TIC), las cuales han permitido la creación de plataformas de justicia en línea, la digitalización de expedientes y la automatización de procesos judiciales. Sin embargo, aunque estas innovaciones han agilizado ciertos procedimientos y han reducido costos operativos, también han generado desafíos importantes en términos de equidad, inclusión y protección de datos (Hernández et al., 2020).

Uno de los principales desafíos del acceso a la justicia en la era digital es la brecha tecnológica, que afecta principalmente a sectores vulnerables de la población. No todas las personas tienen acceso a internet, dispositivos electrónicos o conocimientos suficientes para interactuar con plataformas digitales. Esto crea una desigualdad estructural que puede traducirse en una barrera de acceso a la justicia, especialmente para comunidades rurales, adultos mayores y personas en situación de pobreza (CAF, 2019). En este

contexto, es fundamental que los Estados implementen políticas públicas que fomenten la alfabetización digital y la accesibilidad de los servicios de justicia electrónica, garantizando así que la transformación digital no agrave las desigualdades existentes.

Si bien es cierto, la comunicación en la era digital ha revolucionado la manera en que las personas interactúan, eliminando barreras geográficas y facilitando el acceso a la información, esta modalidad también presenta desafíos importantes, como la pérdida de elementos no verbales y la disminución del nivel de confianza entre las partes. En el ámbito de la mediación, donde la empatía y la interpretación del lenguaje corporal son fundamentales, estos cambios pueden influir significativamente en la calidad del proceso y en la percepción de imparcialidad por parte de los involucrados (Asghar, 2024).

Además, hay que considerar que la utilización de herramientas tecnológicas exige una formación especializada que permita la interpretación correcta de señales emocionales a través de la voz y la imagen, así como la gestión adecuada de posibles interrupciones o fallas técnicas. La comunicación digital puede generar malentendidos o interpretaciones erróneas que impiden una efectiva comunicación al momento de la interposición y por tanto afectando la resolución del conflicto. Esto trae la necesidad de establecer protocolos y normativas claras para garantizar la eficacia y seguridad en las sesiones de mediación virtual.

La comunicación en entornos virtuales difiere significativamente de la comunicación cara a cara de manera presencial. Según Goffman (1959) “la interacción humana está profundamente influenciada por señales no verbales, como gestos y expresiones faciales” (p. 15). En la mediación y el arbitraje en línea, la falta de contacto personal puede dificultar la construcción de confianza y la interpretación de emociones. Esto plantea preguntas importantes sobre cómo adaptar las técnicas de comunicación a entornos digitales para garantizar resultados efectivos.

Beneficios de la digitalización en la mediación y el arbitraje

No podemos negar que la digitalización ha revolucionado la manera en que se tratan varios procesos y actividades que realizan los seres humanos. De manera particular a influenciado en la administración de justicia, de manera particular al desarrollo de procesos de mediación y arbitraje, en donde ha generado varios beneficios en relación con los métodos tradicionales. Estos beneficios no solo han optimizado la resolución de disputas, sino que también han ampliado el acceso a la justicia para personas y organizaciones en todo el mundo.

Uno de los mayores beneficios de la digitalización es la eliminación de barreras geográficas. En un entorno globalizado, las disputas a menudo involucran partes ubicadas en diferentes países o continentes. La mediación y el arbitraje en línea permiten que estas partes participen sin necesidad de viajar largas distancias. Según Katsh y Rifkin (2001), “la tecnología ha democratizado el acceso a la justicia al hacer que los procesos sean accesibles desde cualquier lugar con conexión a internet” (p. 30). Por ejemplo, plataformas como Modria y JAMS han facilitado la resolución de disputas comerciales internacionales mediante audiencias virtuales, reduciendo significativamente los costos asociados con el transporte y la logística.

Un aspecto fundamental es la flexibilidad horaria que ofrecen las plataformas digitales. Las diferencias de zona horaria ya no son un obstáculo, ya que las sesiones pueden programarse en horarios convenientes para las partes involucradas. Esta flexibilidad no solo mejora la experiencia de las partes, sino que también acelera el proceso general al evitar retrasos innecesarios.

La digitalización ha reducido significativamente los costos asociados con los procesos tanto en la mediación como en el arbitraje. Los gastos relacionados con el transporte, el alojamiento y el alquiler de espacios físicos para reuniones presenciales han desaparecido en gran medida. Las plataformas ODR ofrecen soluciones escalables que ajustan los costos según la complejidad del caso. Según Savelyev (2018), “las tecnologías digitales

han hecho que la resolución de disputas sea más económica, lo que la convierte en una opción viable incluso para pequeñas reclamaciones” (p. 120).

Estos procesos tienden a ser más rápidos debido a la eliminación de barreras logísticas y la automatización de procesos. Así, por ejemplo, en el arbitraje comercial internacional, las audiencias virtuales han reducido significativamente el tiempo necesario para coordinar reuniones entre partes de diferentes países. De acuerdo con Born (2001), “la digitalización ha acelerado los procedimientos arbitrales al eliminar la necesidad de viajes y reuniones presenciales” (p. 45). Esto es especialmente relevante en disputas urgentes, donde el tiempo es un factor primordial.

Un beneficio destacado de la digitalización es la capacidad de registrar toda la documentación electrónicamente. Esto incluye actas de sesiones, intercambios de pruebas y decisiones finales. Para Fouchard (2019), “la documentación electrónica garantiza que todos los pasos del proceso queden registrados de manera clara y accesible” (p. 89). Esta transparencia no solo facilita el seguimiento del caso, sino que también reduce el riesgo de malentendidos o conflictos posteriores sobre el contenido de las deliberaciones.

Otro aspecto fundamental, necesario de reconocer es el avance de la IA, que se encuentra incursionando como una herramienta poderosa para mejorar la transparencia y la eficiencia en la resolución de conflictos. Es decir, para la resolución de conflictos en línea, la IA ha constituido una herramienta fundamental en el análisis de patrones en casos similares y sugerir soluciones basadas en datos históricos. De acuerdo con Savelyev (2018), “la IA puede proporcionar recomendaciones imparciales que complementan el juicio humano” (p. 125). Esto no solo mejora la objetividad del proceso, sino que también aumenta la confianza de las partes involucradas.

Durante la pandemia de COVID-19, la PCA implementó audiencias virtuales para garantizar la continuidad de los procesos legales. Según el informe de esta Corte (2020), “las audiencias virtuales no solo mantuvieron la eficiencia, sino que también mejoraron la accesibilidad para las partes

involucradas” (p. 10). Estos casos de éxito subrayan el potencial de la digitalización para transformar la resolución de disputas de manera positiva.

Actualmente, las plataformas de resolución de conflictos en línea han presentado un gran crecimiento, ofreciendo apoyo a las soluciones para diferentes tipos de disputas. Una de ellas es Modria (una plataforma de ODR que se utiliza para manejar conflictos a través de plataformas informáticas) ha sido adoptada por empresas como eBay y PayPal para resolver disputas entre compradores y vendedores.

7. Desafíos de la digitalización en la mediación y el arbitraje

A pesar de los beneficios que ofrece la digitalización, también presentan una serie de retos en relación con la efectividad, equidad y legitimidad de estos procesos. Estos desafíos van desde cuestiones técnicas y legales hasta aspectos éticos y humanos; lo que plantea preguntas fundamentales sobre cómo adaptar estas herramientas a los procesos de la mediación y el arbitraje.

Uno de los mayores desafíos de la digitalización representa la protección de la información involucrada en los procesos de mediación y arbitraje, ya que las plataformas digitales son vulnerables a ataques cibernéticos, como hackeos o filtraciones de datos, lo que podría comprometer la confidencialidad de la información presentada y analizada en cada proceso. Según Katsh y Rifkin (2001), “la transmisión de información sensible a través de plataformas digitales plantea riesgos significativos para la privacidad” (p. 35).

En este contexto es importante el cumplimiento de regulaciones relacionadas a la protección de datos ya sea de orden nacional e internacional, como el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR) de la Unión Europea o la Ley de Privacidad del Consumidor de California (CCPA). Según Savelyev (2018), “las plataformas ODR deben asegurarse de que sus sistemas cumplan con las normativas locales e internacionales para evitar

sanciones legales” (p. 130). Esto incluye implementar medidas robustas de cifrado, autenticación de usuarios y almacenamiento seguro de datos.

Otro aspecto para tomar en cuenta en los entornos virtuales es la falta de contacto cara a cara, lo que puede dificultar la interpretación de señales no verbales, como gestos, expresiones faciales y tono de voz. Conforme a Goffman (1959), “la comunicación humana está profundamente influenciada por señales no verbales que ayudan a construir confianza y empatía” (p. 20). En la mediación, donde la construcción de relaciones es clave, esta limitación puede afectar negativamente la capacidad del mediador para facilitar acuerdos mutuos.

Este aspecto puede conllevar a la reducción de la empatía y la comprensión emocional. La mediación tradicional se basa en la interacción cara a cara, donde los mediadores pueden captar señales no verbales, como el lenguaje corporal y las expresiones faciales, que son cruciales para entender las emociones y las dinámicas entre las partes. Según Bickerton (2002), “la empatía es fundamental para construir confianza y facilitar la comunicación efectiva”. Sin este contacto personal, los mediadores pueden tener dificultades para establecer una conexión genuina con las partes, lo que puede obstaculizar el proceso de negociación.

Otro desafío importante es la adaptación cultural, que significa que los procesos a través de las plataformas informáticas pueden conllevar a una deshumanización del proceso, dificultando la creación de un ambiente de confianza y empatía. De acuerdo con Katsh y Rifkin (2001), “la mediación efectiva requiere un entendimiento profundo de las emociones y relaciones de las partes, algo que puede perderse en un entorno virtual”. Por lo tanto, es vital que los mediadores y árbitros desarrollen competencias específicas para operar en entornos digitales, asegurando que la esencia del proceso no se vea comprometida.

Es decir, los procesos de mediación y arbitraje se basa en gran medida en la empatía y la comprensión emocional para resolver conflictos. Sin embargo, en un entorno virtual, las barreras tecnológicas pueden hacer que

las partes se sientan desconectadas o menos involucradas emocionalmente. Según Bush y Folger (2005), “la ausencia de interacción física puede reducir la percepción de justicia y equidad en el proceso” (p. 45). Esto plantea la necesidad de desarrollar nuevas técnicas de comunicación que compensen estas limitaciones.

Brecha digital

Aunque la digitalización puede facilitar el acceso a la mediación y el arbitraje, también puede crear barreras para aquellos que no tienen habilidades tecnológicas o acceso a Internet. Esto es especialmente relevante en contextos donde las disparidades socioeconómicas son marcadas. Esta situación puede agrandar las desigualdades existentes en el acceso a la justicia; es decir, puede ampliar la brecha de acceso a la justicia; por lo que es fundamental que las instituciones que ofrecen servicios de mediación y arbitraje en línea consideren estrategias para garantizar que todos los individuos puedan acceder efectivamente a estos procesos.

Actualmente, no todas las personas tienen acceso a dispositivos tecnológicos, ni a conexiones de internet confiables, lo que puede excluir a ciertos grupos demográficos de participar en procesos de mediación o arbitraje en línea. Según Cappelletti y Garth (1978), “el acceso a la justicia no solo depende de la disponibilidad de mecanismos legales, sino también de su accesibilidad económica y cultural” (p. 210). Es decir, existe diferencia en cuanto al acceso a internet, que en ciertos casos se debe a la falta de infraestructura tecnológica, por tanto, limita el acceso y uso de plataformas ODR.

Además, muchas personas desconocen del uso de herramientas digitales ya que no están familiarizadas con el uso de la tecnología informática. Para los autores Brynjolfsson y McAfee (2014), “la brecha digital no solo se refiere al acceso a la tecnología, sino también a la competencia técnica para utilizarla” (p. 85). Esto podría generar desinterés y desconfianza en

los procesos de mediación y arbitraje a través de plataformas informáticas, afectando negativamente su interés en el proceso.

Reconocimiento legal

Otro aspecto de gran importancia y que representa un gran desafío en el uso de las plataformas virtuales para los procesos de mediación y arbitraje, es la validez jurídica de los acuerdos alcanzados. Aunque muchos países han adoptado leyes que reconocen la validez de los contratos electrónicos, aún existen dudas sobre si los acuerdos alcanzados en mediación o arbitraje en línea tienen el mismo peso legal que los firmados en persona. De acuerdo con Fouchard (2019), “la falta de claridad sobre la validez jurídica de los acuerdos en línea puede generar incertidumbre entre las partes” (p. 95).

Las diferencias de los marcos normativos entre jurisdicciones representan otro desafío importante en disputas internacionales. Las partes pueden enfrentar problemas relacionados con el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales o acuerdos de mediación emitidos en línea. Según Born (2001), “las diferencias en las normativas nacionales pueden complicar el cumplimiento de decisiones arbitrales en entornos digitales” (p. 60). La falta de un marco normativo claro para la mediación y el arbitraje en línea puede dar lugar a inconsistencias en la práctica y a la falta de confianza en los resultados. Esto incluye la necesidad de establecer protocolos para el desarrollo de audiencias virtuales, manejo de los medios de prueba y equidad en los procedimientos.

A nivel internacional la normativa ha evidenciado la necesidad de adaptarse a las nuevas realidades de la ODR. La Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Arbitrales Extranjeros de 1958, sigue siendo fundamental, pero su aplicación en el contexto digital ha generado debates sobre la necesidad de actualizar ciertos aspectos para

abordar las particularidades de los procesos en línea. La falta de un marco específico para ODR puede llevar a incertidumbres en la ejecución de laudos arbitrales generados a través de plataformas digitales, lo que podría afectar la confianza en estos mecanismos alternativos de resolución de disputas.

Asimismo, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional y su reciente Ley Modelo sobre Mediación, han sido diseñadas para ser flexibles y adaptables a las innovaciones tecnológicas. Sin embargo, la implementación de estas leyes en el contexto de ODR plantea desafíos relacionados con la seguridad de la información y la protección de datos. La CNUDMI ha reconocido la necesidad de desarrollar directrices que aborden específicamente las características de los procesos de mediación y arbitraje en línea, destacando la importancia de la seguridad y la confidencialidad en la gestión de disputas digitales.

Parte primordial en los procesos de mediación y arbitraje es el principio de autonomía de las partes, que cada vez se vuelve más relevante en el contexto de ODR y que permite a las partes definir los términos de su mediación o arbitraje en línea. Esta flexibilidad es crucial para que las partes puedan elegir plataformas adecuadas y procedimientos que se adapten a sus necesidades específicas. Sin embargo, la diversidad de plataformas informáticas y la falta de estándares internacionales claros pueden generar confusión y desconfianza entre los usuarios. Por lo tanto, es esencial que se desarrollen marcos normativos que no solo reconozcan la validez de los procesos ODR, sino que también establezcan estándares claros para garantizar la calidad y la eficacia de estos procedimientos.

Ética y sesgo en el uso de IA

El uso de IA en los procesos de mediación y arbitraje plantea desafíos éticos significativos, particularmente en términos de equidad, transparencia y responsabilidad. Uno de los principales riesgos es la posible reproducción de sesgos en la toma de decisiones automatizadas, lo que podría

comprometer la imparcialidad de los procesos. La justicia alternativa, al depender de la interpretación contextual de conflictos, requiere un marco ético robusto para garantizar que la IA no reemplace el juicio humano, sino que lo complemente (Gonzalo Quiroga, 2024). La implementación ética de estos sistemas debe considerar mecanismos de supervisión humana para evitar decisiones arbitrarias y fortalecer la confianza en estos métodos alternativos de resolución de conflictos (Domínguez, 2025).

Por otro lado, la creciente digitalización de los métodos alternativos de resolución de conflictos requiere principios éticos claros que regulen su uso. La Carta Europea de Ética sobre Inteligencia Artificial en la Justicia establece la necesidad de principios que guíen su uso, como la transparencia, la imparcialidad y la supervisión humana, asegurando que la IA actúe como un apoyo y no como un sustituto de los mediadores o árbitros humanos (Rivas Velasco, 2024).

Además, el arbitraje internacional enfrenta desafíos adicionales, como la regulación del uso de algoritmos y la responsabilidad en caso de errores en la toma de decisiones automatizadas (Gonzalo Quiroga, 2024). En este contexto, la supervisión y regulación del uso de la IA en mediación y arbitraje son esenciales para garantizar un equilibrio entre la aplicación innovadora de la IA, respeto a los procesos de arbitraje y mediación en la cual es primordial guardar coherencia y respeto a los principios fundamentales del derecho.

Arbitraje en línea

El arbitraje en línea ha surgido como una herramienta fundamental para la resolución de conflictos en un mundo cada vez más digitalizado. Sin embargo, a pesar de sus ventajas en términos de eficiencia y accesibilidad, la falta de infraestructura tecnológica adecuada y la brecha digital pueden limitar el acceso a la justicia para ciertas poblaciones, generando un problema de desigualdad en la resolución de conflictos (Guano Salguero et al., 2025). La existencia de diferentes normativas en cada jurisdicción

dificulta la ejecución y el reconocimiento de los laudos arbitrales emitidos a través de plataformas digitales. Por tanto, todavía persisten desafíos en la implementación de regulaciones específicas que contemplen el uso de tecnologías emergentes en el arbitraje, lo que genera incertidumbre jurídica para las partes involucradas.

La aceptación y confianza en el arbitraje en línea sigue siendo un obstáculo significativo en la actualidad. Aunque la digitalización puede agilizar el proceso, algunas partes pueden percibirlo como menos legítimo o carente de garantías procesales suficientes en comparación con el arbitraje presencial. La falta de interacción humana directa y la dependencia de algoritmos para la gestión de ciertos aspectos del procedimiento pueden generar escepticismo sobre su imparcialidad y transparencia. Para superar estos problemas, se requiere un esfuerzo conjunto de los organismos internacionales, las cortes arbitrales y los expertos en tecnología para fortalecer la regulación y fomentar la confianza en esta modalidad de resolución de disputas.

Pese a ello, durante la pandemia de COVID-19, la PCA adoptó audiencias virtuales para garantizar la continuidad de los procesos legales. Según un informe publicado por la PCA (2020), “las audiencias virtuales permitieron a las partes participar desde diferentes ubicaciones geográficas sin comprometer la calidad del proceso” (p. 15). Este cambio no solo redujo los costos asociados con los viajes, sino que también aceleró los procedimientos al eliminar barreras logísticas. Por ejemplo, en un caso de arbitraje comercial entre empresas de Asia y Europa, las audiencias virtuales permitieron resolver la disputa en menos de seis meses, frente a los 12 meses que normalmente habrían tomado con reuniones presenciales.

Según Born (2001), “el uso de herramientas digitales permitió que los árbitros puedan revisar documentos, escuchar testimonios y emitir un laudo final en un tiempo récord” (p. 78). Esto demuestra que el arbitraje en línea puede ser tan efectivo como los métodos tradicionales, siempre que

se implementen salvaguardias tecnológicas adecuadas; es decir, el uso de tecnologías disruptivas constituye una gran herramienta para el desarrollo de procesos de arbitraje.

Mediación en línea

La mediación en línea ha demostrado ser una alternativa eficiente y accesible para la resolución de conflictos en diversos ámbitos, reduciendo costos y tiempos en comparación con los métodos tradicionales. Uno de sus principales beneficios es la eliminación de barreras geográficas, permitiendo que las partes involucradas accedan al proceso desde cualquier ubicación sin necesidad de desplazamientos físicos (Castellano García, 2021). Esta flexibilidad facilita la participación de individuos y empresas que, por razones logísticas o económicas, podrían encontrar dificultades en la mediación presencial. De igual manera, la mediación en línea optimiza el tiempo de los participantes, ya que los encuentros virtuales pueden programarse de manera más ágil y con menor interferencia en la vida cotidiana de las partes (Alarcón García, 2020).

Otro beneficio clave es la confidencialidad y seguridad que ofrece el proceso digital. Las plataformas especializadas en mediación en línea garantizan la protección de datos personales y el resguardo de la información compartida durante las sesiones, lo que brinda mayor confianza a los participantes. Además, se ha señalado que el entorno virtual puede fomentar una comunicación más estructurada y moderada, reduciendo la tensión emocional que en ocasiones surge en interacciones presenciales. Estas características han impulsado la aceptación de la mediación en línea en sectores como el derecho de familia y la protección al consumidor, donde la rapidez y accesibilidad del proceso son esenciales para la resolución efectiva de disputas.

La mediación en línea ha demostrado ser una herramienta valiosa en situaciones de crisis, como ocurrió durante la pandemia de COVID-19, cuando permitió dar continuidad a la resolución de conflictos sin exponer

a las personas a riesgos sanitarios. Los mediadores han resaltado cómo este modelo facilita la conciliación de responsabilidades laborales con la participación en el proceso, mejorando la eficiencia y bienestar de los involucrados (Escalera Silva et al., 2021).

Modria, es una de las plataformas más populares de ODR, ampliamente utilizada por empresas como eBay y PayPal para resolver disputas entre compradores y vendedores. Por ejemplo, en casos en donde un comprador que recibió un producto defectuoso puede presentar una reclamación a través de la plataforma, adjuntar pruebas y recibir una respuesta del vendedor en cuestión de días. Este sistema automatizado no solo reduce el tiempo de resolución, sino que también mejora la satisfacción del cliente.

Blockchain y contratos inteligentes

La tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes prometen revolucionar el campo del arbitraje y la mediación, ofreciendo nuevas herramientas para garantizar transparencia, seguridad y eficiencia en la resolución de disputas. *Blockchain* permite almacenar información de manera inmutable y descentralizada, lo que resulta ideal para registrar acuerdos alcanzados en procesos de mediación o arbitraje, evitando su alteración o falsificación (Hierro Viétiez, 2021). Además, los contratos inteligentes, que se ejecutan automáticamente cuando se cumplen ciertas condiciones programadas, eliminan la necesidad de intermediarios y reducen el riesgo de incumplimiento contractual, optimizando los procesos de resolución de conflictos (González y Cano, 2024).

En el ámbito del arbitraje, la implementación de contratos inteligentes permite la creación de mecanismos automatizados para la ejecución de laudos arbitrales. Al integrarse con *blockchain*, los fallos arbitrales pueden ser aplicados sin necesidad de intervención humana adicional, lo que agiliza los procesos y reduce costos operativos (Cosío y Tirado, 2023). No obstante, este modelo también presenta desafíos, como la irreversibilidad de los contratos inteligentes una vez activados, lo que podría generar

problemas en caso de errores o disputas sobre la validez del acuerdo (Alarcón García, 2021).

En cuanto a la mediación, *blockchain* puede utilizarse para garantizar la confidencialidad y trazabilidad del proceso, permitiendo a las partes involucradas acceder a registros inmutables de sus interacciones sin comprometer la privacidad de la negociación. Además, se ha propuesto el uso de contratos inteligentes para automatizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en la mediación internacional, asegurando que ambas partes respeten lo pactado sin necesidad de intervención adicional (Nava González y Morales Rocha, 2021). A medida que estas tecnologías sigan evolucionando, su aplicación en arbitraje y mediación prometen transformar la manera en que se resuelven disputas, brindando mayor seguridad jurídica y eficiencia en los procedimientos.

Por tanto, la digitalización en la mediación y el arbitraje no solo ha transformado los procesos actuales, sino que también está sentando las bases para innovaciones futuras que podrían redefinir por completo la forma en que se resuelven disputas. Las tendencias emergentes en tecnología, regulación y accesibilidad están configurando un panorama prometedor, aunque también plantean nuevos desafíos que deben abordarse para garantizar la equidad y eficiencia de estos métodos.

Regulación internacional y armonización normativa

A medida que el ODR se expande a nivel global, surge la necesidad de establecer estándares internacionales que garanticen la equidad, transparencia y seguridad de los procesos. A criterio de Fouchard (2019), “la falta de armonización normativa entre países puede complicar el reconocimiento y la ejecución de decisiones arbitrales en entornos digitales” (p. 120). Esto incluiría normativas sobre protección de datos, validez jurídica de acuerdos en línea y cumplimiento de decisiones.

La regulación internacional de los ODR constituye un desafío jurídico en constante evolución. Su armonización normativa se basa en la necesidad

de establecer un marco regulatorio común que garantice seguridad jurídica y eficacia en la resolución de conflictos en entornos digitales. En este contexto, la CNUDMI ha promovido directrices para uniformar los procesos de ODR a nivel global, considerando principios como la transparencia, equidad y accesibilidad. En América Latina, países como Colombia han avanzado en la implementación del arbitraje virtual como parte de sus estrategias para regular los ODR, alineándose con tendencias internacionales (Pedraza Gómez, 2021).

La armonización normativa de los ODR implica la compatibilización de legislaciones nacionales con estándares internacionales que faciliten su adopción efectiva. Esto se ha visto reflejado en iniciativas de la Unión Europea y organismos multilaterales que buscan eliminar barreras normativas y promover una regulación homogénea para estos mecanismos de solución de controversias. No obstante, persisten desafíos relacionados con la interoperabilidad de las plataformas tecnológicas y la protección de datos en los distintos marcos jurídicos nacionales (Elisavetsky y Marun, 2020). En este sentido, el avance de la regulación internacional y su armonización son claves para consolidar plataformas de ODR confiables y eficaces, que responda a las exigencias del comercio digital y de la justicia en línea.

Ante estos desafíos, la Unión Europea ha promovido iniciativas como el Reglamento (UE) N° 524/2013 sobre resolución de litigios en línea para consumidores, estableciendo un portal único para la gestión de disputas en el comercio electrónico. Este modelo busca garantizar la interoperabilidad entre sistemas nacionales y facilitar la protección del consumidor en un entorno digital. En América Latina, la armonización de los ODR aún enfrenta obstáculos debido a la falta de marcos regulatorios unificados y la resistencia a la adopción de soluciones extrajudiciales vinculantes. A pesar del avance normativo, la consolidación efectiva de los ODR en el ámbito internacional dependerá de la convergencia entre la regulación tecnológica y los principios del debido proceso aplicados a la resolución digital de disputas.

Discusión y reflexión crítica

La digitalización ha transformado la manera de acceder a procesos de mediación y arbitraje, introduciendo beneficios como la accesibilidad, eficiencia y transparencia. Sin embargo, también ha planteado desafíos importantes que requieren un análisis crítico para garantizar que estos métodos alternativos de resolución de disputas sigan siendo justos, equitativos y accesibles para todas las partes involucradas.

Una de las discusiones más relevantes en torno a la digitalización es si los procesos en línea pueden igualar o superar la calidad de los métodos tradicionales. Según Katsh y Rifkin (2001), “la tecnología ha mejorado la eficiencia de los procesos, pero también ha reducido el contacto humano, lo que puede afectar la percepción de justicia” (p. 45). Así, en la mediación donde la construcción de confianza y la empatía son fundamentales, la falta de interacción cara a cara puede dificultar la resolución de conflictos emocionales. Esto sugiere que, aunque la digitalización ofrece claras ventajas en términos de rapidez y costos, no siempre puede reemplazar completamente la experiencia humana.

Los ODR han ampliado el acceso a la justicia para muchas personas y han también ha generado una brecha digital. A criterio de Cappelletti y Garth (1978), “el acceso a la justicia no solo depende de la disponibilidad de herramientas tecnológicas, sino también de la capacidad de las personas para utilizarlas” (p. 230). Por ejemplo, comunidades rurales o personas mayores pueden enfrentar dificultades para acceder a plataformas digitales debido a la falta de infraestructura tecnológica y conocimiento en el manejo de plataformas digitales. Esto plantea grandes desafíos sobre cómo garantizar que la digitalización no excluya a ciertos grupos demográficos.

Además, el uso de tecnologías digitales plantea riesgos éticos significativos en disputas laborales, comerciales, familiares, etc., en donde las partes con limitaciones tecnológicas podrían sentirse desfavorecidas o desconectadas del proceso. Esto recalca la necesidad de desarrollar soluciones que combinen métodos digitales y presenciales para garantizar la equidad.

El uso de IA en la mediación y el arbitraje también plantea cuestiones éticas importantes. De acuerdo con Savelyev (2018), “la IA puede ser útil, pero también introduce el riesgo de sesgos inherentes a los datos utilizados para entrenar los algoritmos” (p. 160). Esto, quiere decir que, si un algoritmo utilizado en una plataforma ODR está entrenado con datos sesgados, podría emitir recomendaciones injustas o discriminatorias.

Por tanto, el futuro del ODR dependerá en gran medida de la capacidad de los actores involucrados para equilibrar la innovación tecnológica con los principios tradicionales de justicia. El éxito de la resolución de conflictos en línea dependerá de la capacidad de los gobiernos y organismos internacionales para regular este campo de manera proactiva. Según Born (2001), “la falta de regulación clara puede generar incertidumbre jurídica y erosionar la confianza en los procesos digitales” (p. 100). Esto incluye establecer estándares globales para la protección de datos, la validez jurídica de acuerdos en línea y el cumplimiento de decisiones. Además, es crucial que estas regulaciones sean flexibles para adaptarse a futuras innovaciones tecnológicas.

Conclusiones

La digitalización ha transformado profundamente la mediación y el arbitraje, introduciendo innovaciones que han mejorado la accesibilidad, eficiencia y transparencia de estos métodos alternativos de resolución de disputas. Sin embargo, también ha planteado desafíos significativos que deben abordarse para garantizar que estos procesos sigan siendo justos, equitativos y accesibles para todas las partes involucradas. La digitalización ofrece beneficios significativos en términos de accesibilidad, eficiencia y transparencia; además, herramientas como la IA y el *blockchain* han mejorado la objetividad y autenticidad de los procesos, garantizando que las decisiones sean imparciales y vinculantes.

Presenta un gran potencial al incluir a comunidades marginadas y mejorar el acceso a la justicia para personas que anteriormente no podían

permitirse procesos legales costosos. Esto es especialmente relevante en disputas laborales, comerciales, familiares y ambientales, donde la equidad es fundamental, destacando como estas tecnologías pueden mejorar la objetividad, transparencia y certeza jurídica de los procesos, sentando las bases para futuras innovaciones en este campo. A pesar de estos avances, la digitalización también ha planteado desafíos importantes en temas relacionadas con la seguridad, privacidad y validez jurídica de los acuerdos en línea siguen siendo preocupaciones clave. Estos desafíos subrayan la necesidad de desarrollar soluciones que combinen métodos digitales y presenciales para garantizar la equidad.

En este contexto, es importante fortalecer la investigación sobre el impacto ético y social de la digitalización en la mediación y el arbitraje, en cuanto a establecer los riesgos de exclusión y sesgo en plataformas, así como cómo garantizar que estas tecnologías sean accesibles para todos los grupos demográficos. También es necesario desarrollar regulaciones internacionales que garanticen la equidad, transparencia y seguridad de los procesos digitales.

Buscar soluciones que se apliquen a los procesos de mediación y arbitraje que combinen métodos digitales y presenciales, que constituye de suma importancia en disputas emocionales o complejas donde la construcción de confianza y la empatía son fundamentales. Futuros desarrollos podrían incluir plataformas de resolución de conflictos en línea que utilicen realidad virtual o aumentada para recrear experiencias similares a las presenciales, mejorando la percepción de justicia y equidad.

Por tanto, la digitalización está transformando la mediación y el arbitraje al aumentar significativamente su eficiencia mediante la implementación de plataformas en línea que facilitan la celebración de audiencias virtuales, el intercambio de documentos electrónicos y la automatización de tareas administrativas. Estos avances tecnológicos han reducido considerablemente los tiempos de resolución, los costos operativos y las barreras geográficas, permitiendo que los procedimientos continúen incluso durante

situaciones imprevistas como la pandemia de COVID-19, y haciendo posible la incorporación de herramientas de IA para el análisis de documentos y la gestión de casos complejos.

En cuanto a la accesibilidad y legitimidad, los mecanismos digitales han democratizado el acceso a la justicia alternativa al eliminar limitaciones físicas y económicas, beneficiando especialmente a personas con movilidad reducida o ubicadas en zonas remotas. Sin embargo, este proceso también plantea desafíos importantes como la brecha digital, preocupaciones sobre la seguridad informática, protección de datos personales y la pérdida potencial del valor de la interacción presencial. La legitimidad de estos sistemas depende ahora de su capacidad para garantizar procesos transparentes, seguros y técnicamente robustos, exigiendo un marco regulatorio actualizado que equilibre innovación tecnológica con principios fundamentales de justicia y debido proceso.

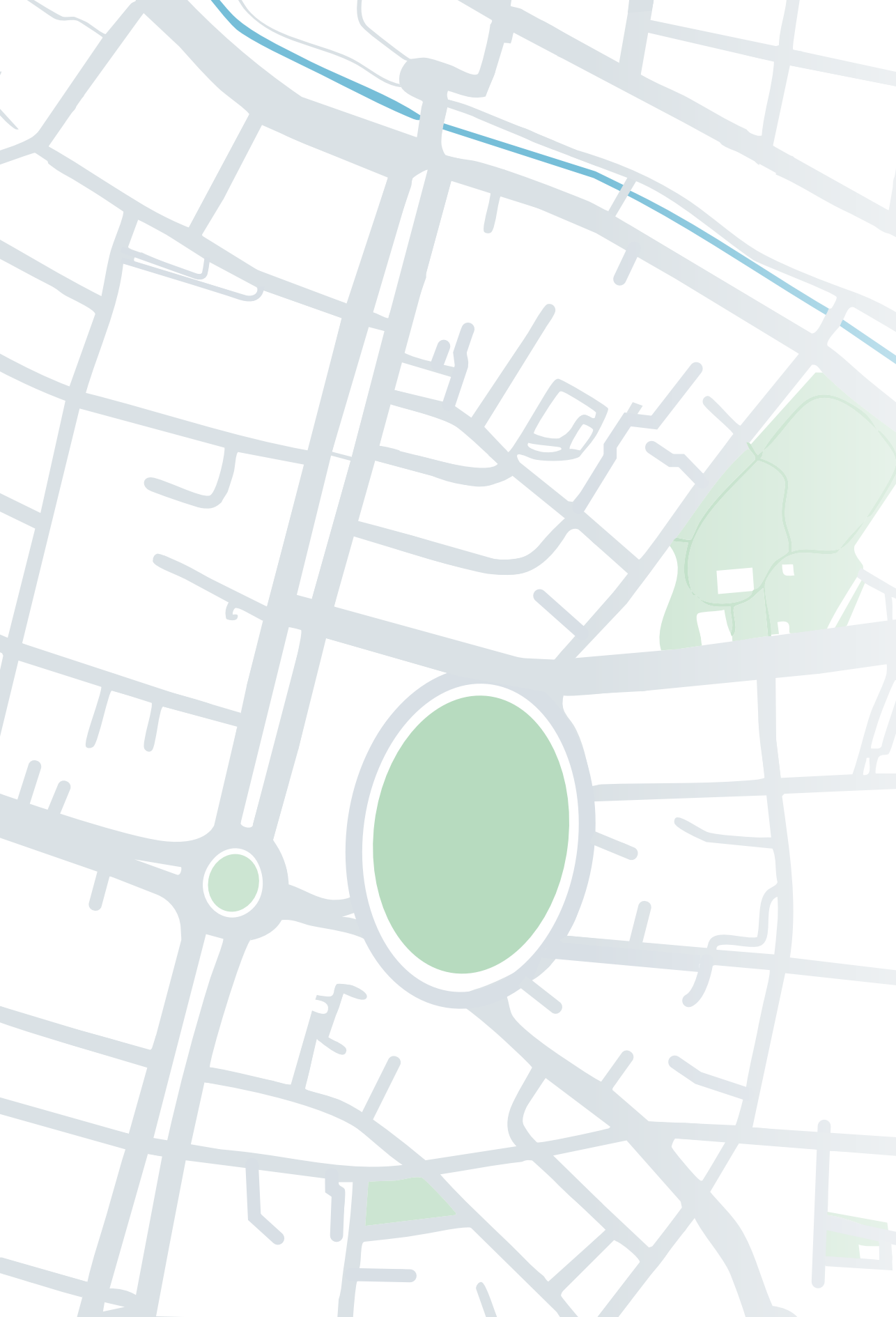
Referencias bibliográficas

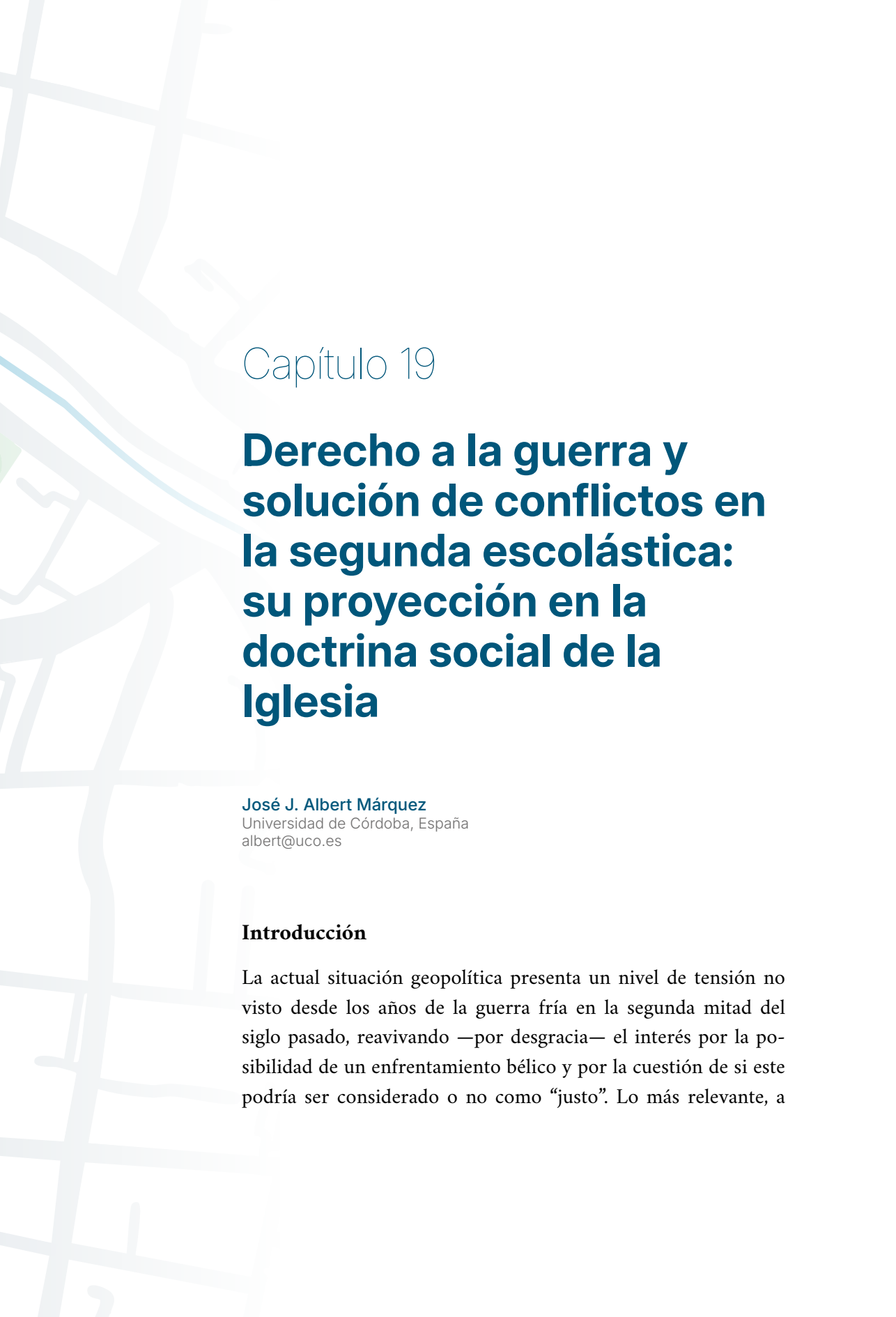
- Alarcón García, Sofía. (2020). A propósito del COVID-19: ¿sería recomendable para Chile la mediación familiar en línea? *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 9(1), 93-119. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2020.57339>
- Alarcón García, Sofía. (2021). ¿Qué desafíos jurídicos debe enfrentar Chile para implementar la mediación familiar en línea? *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 71(280-2), 473-500. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2022.280-2.80052>
- Asghar, M. (2024, March 12). *The Digital Divide: How technology has impacted human interaction*. <https://bit.ly/3EqIX8J>
- Bickerton, J. M. (2002). Getting to Yes: Negotiating Agreement without Giving in. *Quality Management Journal*, 9(2), 73-74. <https://doi.org/10.1080/10686967.2002.11919015>

- Born, G. (2001). *International Commercial Arbitration: Commentary and Materials*. <https://doi.org/10.1163/9789004502222>
- Brynjolfsson, E., y McAfee, A. (2014). *The second machine age: Work, progress, and prosperity in a time of brilliant technologies*. W. W. Norton y Company.
- Bush, R. A. B., y Folger, J. P. (2005). *The promise of mediation: The transformative approach to conflict*. Jossey-Bass.
- CAF. (2019, 21 de marzo). *La brecha digital: un desafío y una oportunidad para América Latina*. CAF. <https://bit.ly/3EBQDnr>
- Cappelletti, M., y Garth, B. (1978). *Access to justice: A world survey*. Sijthoff y Noordhoff.
- Castellano García, A. (2021). Conceptualización de los contratos inteligentes o autoejecutables basados en la tecnología blockchain y su encuadre en el ordenamiento jurídico español. *Revista Estudios Jurídicos*, (21). <https://doi.org/10.17561/rej.n21.6756>
- Cosío, G., y Tirado, J. (2023). *Lex Cryptographica: directrices para garantizar el debido proceso en arbitraje basado en Blockchain*. <https://bit.ly/4jhWNsb>
- Cruz, M. (2016). Alguns desafios na prática da mediação familiar. *Revista de Direito da Família e das Sucessões*, 3(9). <https://bit.ly/4iw0oBO>
- Domínguez, R. (2025). Innovación y resolución de conflictos: la intersección entre las nuevas tecnologías, la inteligencia artificial y los métodos alternativos. *Eirene*, 8(14), 281-287. <https://doi.org/10.62155/eirene.v8i14.306>
- Elisavetsky, A., y Marun, M. V. (2020). La tecnología aplicada a la resolución de conflictos: su comprensión para la eficiencia de las ODR y para su proyección en Latinoamérica. *Brazilian Journal of Alternative Dispute Resolution*, 2(3). <https://bit.ly/4jdUia6>
- Escalera Silva, L. A., Amador Corral, S. R., y España Lozano, J. (2021). Justicia alternativa en tiempos de COVID-19: experiencia de los

- mediadores con la mediación en línea en Nuevo León, México. *Revista Publicando*, 8(28), 59-66. <https://doi.org/10.51528/rp.vol8.id2167>
- Fouchard, P. (2019). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwer.
- Goffman, E. (1959). *The presentation of self in everyday life*. Doubleday.
- González D., y Cano, M. (2024). *Transformación de la contratación: un análisis comparativo entre contratos tradicionales y contratos inteligentes*. ISLA 2024 Proceedings. <https://bit.ly/42BFURY>
- Gonzalo Quiroga, M. (2024). Estudio jurídico de la inteligencia artificial en la justicia alternativa: educación, ODS y propuesta humanista. *Revista de Educación y Derecho*, (2), 146-181. <https://bit.ly/3G8qj50>
- Guano Salguero, K., Salguero López, V., Escobar Cáceres, A., y Morales Chávez, L. (2025). Mediación y arbitraje en línea: ventajas y desafíos. *Polo del Conocimiento*, 10(1), 2326-2332. <https://bit.ly/43SmiLL>
- Hernández, Y. S., Font, M. L., y Benítez, M. S. (2020). Transformación digital en la administración pública: ejes y factores esenciales. *CIGET*, 22(4). <https://bit.ly/3GsPpLK>
- Hierro Viétiez, G. (2021). Introducción al blockchain, los contratos inteligentes y su relación con el arbitraje. *Themis*, (79), 299-309. <https://doi.org/10.18800/themis.202101.016>
- Katsh, E. E., y Rifkin, J. (2001). *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*. John Wiley & Sons.
- Martínez, R. M. (2007). El derecho fundamental a la protección de datos: perspectivas. *IDP*, (5). <https://bit.ly/4jFAWuw>
- Martínez, R. M. (2019). Inteligencia artificial desde el diseño. Retos y estrategias para el cumplimiento normativo. *Revista Catalana de Dret Públic*, (58), 64-81. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3317>
- Nava González, W., y Morales Rocha, V. M. (2021). Enforceability and execution of transaction agreements derived from

- international mediation through smart contracts. *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), 179-200. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58247>
- PCA. (2020). *Reporte anual 2020*.
- Pedraza Gómez, C. (2021). Alternativa de solución de controversias jurídicas, a través del online dispute resolution (ODR) en Colombia. *Derecho Global*, 6(17), 15-43. <https://doi.org/10.32870/dgedj.v6i17.367>
- Rivas Velasco, M. J. (2024). *Uso ético de inteligencia artificial en justicia*. Asociación Profesional de la Magistratura. <https://bit.ly/42yT3LL>
- Savelyev, A. (2018). Contract law 2.0: Smart contracts as the beginning of the end of classic contract law. *Information y Communications Technology Law*, 27(2), 116-134. <https://bit.ly/3Y7k4EG>
- VORECOL, (2024). *La mediación online: retos y oportunidades*. <https://bit.ly/3EfxRs>





Capítulo 19

Derecho a la guerra y solución de conflictos en la segunda escolástica: su proyección en la doctrina social de la Iglesia

José J. Albert Márquez

Universidad de Córdoba, España
albert@uco.es

Introducción

La actual situación geopolítica presenta un nivel de tensión no visto desde los años de la guerra fría en la segunda mitad del siglo pasado, reavivando —por desgracia— el interés por la posibilidad de un enfrentamiento bélico y por la cuestión de si este podría ser considerado o no como “justo”. Lo más relevante, a

nuestro juicio, es reflexionar sobre la posibilidad de alcanzar, en todos los casos, una “paz justa” que garantice con razonable solidez un periodo estable de auténtica paz.

Las dos invasiones —técnicamente calificada la segunda de ellas como *operación militar* especial— rusas a Ucrania, y el conflicto entre el Estado de Israel y la población gazatí son los dos últimos y más graves ejemplos —cada uno con sus peculiaridades— de esta situación de conflicto. Sin embargo, la situación es más delicada, hasta 56 conflictos se encuentran actualmente activos en el mundo (Agudo, 2024), según datos del Índice de Paz Global que elabora anualmente el IEP (Institute for Economics and Peace).

En términos históricos, además, algunos estudios han intentado cuantificar cuantos periodos de paz y guerra se han sucedido en la historia. Esto dependerá, obviamente, de cómo definamos los términos “paz” y “guerra”. Si consideramos la paz como la ausencia total de conflictos armados en todo el mundo, entonces los periodos de guerra han sido más frecuentes. Sin embargo, si definimos la paz como la ausencia de conflictos a gran escala que involucren a muchas naciones, entonces han existido periodos de relativa estabilidad. Según el historiador Durant y Durant (2022), de los últimos 3400 años de historia documentada, solo alrededor de 268 años han estado completamente libres de guerras registradas. Esto significa que la humanidad ha pasado aproximadamente el 92 % de su historia en conflicto.

Es decir, la guerra, por poco que nos guste reconocerlo, es un hecho; un hecho que aún es actual y que merece una respuesta jurídica. Si consideramos tal hecho como negativo para la convivencia, la paz o el bien común, resulta evidente que, si bien no es posible —o más bien, realista— prohibir las guerras (la norma jurídica podría, en teoría, prohibir cualquier hecho que el gobernante desee), el derecho debe, al menos, regularlas y limitarlas con el fin de alcanzar una paz verdadera.

En este sentido, es importante subrayar las soluciones al problema aportadas desde la escolástica, y especialmente desde la segunda escolástica española; así mismo, el recurso al arbitraje como medio de resolución

de conflictos practicado desde la antigüedad por los papas de la Iglesia católica. Estos más de mil años de pensamiento se reflejan claramente en la doctrina social de la Iglesia (DSI), que considera la paz como un bien de la humanidad.

Antecedentes históricos del tratamiento jurídico de la guerra y del arbitraje pontificio

La doctrina agustiniana sobre la guerra justa

La primera elaboración de una doctrina cristiana sobre la guerra se debe a Agustín de Hipona (354-430) y está contenida, principalmente, el libro XIX de *La ciudad de Dios*. Las doctrinas agustinianas servirán de inspiración a todo el pensamiento medieval y conservan, aún hoy, una extraordinaria actualidad.

Con anterioridad, recuerda Madrid Ramírez (1992, p. 642), los romanos —sin llegar a construir una doctrina general sobre el derecho a la guerra— fueron los creadores del *ius fetiale*, referido al *ius ad bellum*: los fetiales eran magistrados que tenían entre sus competencias declarar el comienzo de la guerra que según Cicerón, debía ser precedida por dos actos fundamentales: un requerimiento oficial de satisfacción por el derecho o bien violado, con la advertencia de que caso contrario se entablarían acciones de fuerza; y, en segundo lugar, una declaración de guerra.

Agustín enseña, antes de nada, que todos los seres desean la paz; incluso aquellos que quieren la guerra desean solo asegurar la paz por medio de la victoria. “de ahí resulta que la paz es el fin deseable de la guerra. Todos los hombres buscan la paz incluso cuando hacen la guerra, pero ninguno quiere la guerra haciendo la paz” (Agustín de Hipona, 1958/1394). Pero la paz no es siempre justa; existe una paz aparente y falsa y una paz verdadera que se puede definir como la “tranquilidad del orden”, según una fórmula destinada a volverse clásica, esto es, la recta disposición de todas las cosas

según los principios de la ley natural y divina. El pensamiento de Agustín puede resumirse del siguiente modo:

- a) La guerra en sí misma es un mal, al cual en ocasiones resulta necesario recurrir a fin de restablecer la justa paz y evitar males más graves.
- b) La guerra puede ser “justa”, si fuese justa la paz a la que tiende. Agustín define, en un texto célebre, la *iusta bella*, es decir, las guerras justas, con estas palabras:

Acostumbran a ser definidas como justas las guerras destinadas a castigar las injusticias; o sea, aquellas en que se trata de vencer a un pueblo o una ciudad que descuidaran castigar los males causados por sus súbditos, o que no entregaran aquello que había sido injustamente apropiado [...]. Es importante hacer notar que lo que torna una guerra justa es la iniquidad (es decir, la injusticia) de la parte contraria. La guerra es justa porque se consumó una injusticia o está a punto de consumarse (Agustín de Hipona, 1958, pp. 1386, 1397)

- c) La voluntad debe tender siempre hacia el bien de la paz: la guerra se emprende por necesidad, a fin de que Dios nos libere de un estado de injusticia y nos conserve la paz. En efecto, no se busca la paz para hacer la guerra, sino que se hace la guerra para conseguir la paz. “Sé, pues, pacífico al guerrear, para inducir con la victoria al bien de la paz a aquellos que debes combatir. En este sentido, dice el Señor: ‘Bienaventurados los pacíficos porque serán llamados hijos de Dios’ (Mt. 5, 9)” (Agustín de Hipona, 1953, p. 757).

En cuanto a los sufrimientos que resultan de la guerra y que en ocasiones alcanzan a quienes no lo merecieron, son hechos permitidos por aquel Dios:

Que dirige los principios, los desarrollos y los fines de las guerras en virtud de razones de misericordia, de salvación o de santificación [...]. Es, en efecto, la injusticia del enemigo la que obliga al sabio a aceptar las guerras justas; el hombre debe lamentar esta injusticia porque pertenece a los hombres, si bien

de ella no debería de surgir la necesidad de hacer la guerra. Por tanto, todo aquel que considera con tristeza estas desventuras tan grandes, tan horribles, tan crueles, debe admitir su infeliz condición; al contrario, todo aquel que o la sufre o la juzga sin tristeza de consciencia, mucho más desgraciadamente se considera feliz porque perdió el sentimiento de humanidad. (Agustín de Hipona, 1958, p. 813).

Tomás de Aquino: caridad, guerra y paz

La opinión de Tomás (1225-1274) sobre la guerra es de la máxima importancia, no solo por su valor intrínseco sino también por la influencia que alcanzó sobre la doctrina subsiguiente de la Iglesia (De la Brière, 1938, pp. 30-31). Las ideas del Doctor Angélico se encuentran expuestas sobre todo en la parte de la Suma Teológica en que estudia las virtudes cristianas, la *Secunda Secundae*. Más exactamente, cuando estudia la virtud de la caridad, lo que por cierto le ha supuesto ciertas críticas, como hemos expuesto en otra sede (Albert Márquez, 2019, p. 901).

Tomás habla, explícitamente, de la guerra justa, retomando el concepto fundamental de Agustín, según el cual “aquellos que hacen guerras justas tienen como fin la paz. Por eso, solo están contra la paz [...] que el Señor no vino a traer a la tierra (Mt, 10, 14)”. Incluso aquellos que buscan las guerras y las discordias, escribe el Doctor Angélico, no desean otra cosa que la paz, que creen no poseer, pero como no puede haber paz verdadera a no ser no deseando el verdadero bien, “la verdadera paz solo puede encontrarse en los buenos y en el bien, mientras que la paz de los malos es una paz aparente y no verdadera” (Tomás de Aquino, 1989, II-IIae, q. 29, art. 2, ad. 2).

Las tres condiciones tomistas de la guerra justa, destinadas a ser clásicas, son las siguientes:

En primer lugar, tiene que existir una autoridad competente por orden de la cual debe ser proclamada la guerra: “En efecto, una persona privada no tiene el poder de hacer la guerra porque ella puede defender su propio derecho

recurriendo al juicio de su superior” (Tomás de Aquino, 1989, II-IIae, q. 40, art. 1, resp.). Tomás recuerda la frase de Agustín (1959) que dice: “El orden natural, indicado para la paz de los mortales, exige que resida en los príncipes la autoridad y la deliberación de recurrir a la guerra”. (lib. XXII, c. 75, col. 448)

En segundo lugar, se exige una causa justa, es decir: “una culpa por parte de aquellos contra los que se hace la guerra”. Tomás asume la definición de Agustín ya citada.

En tercer lugar, se exige que la intención de quien combate sea recta, esto es: “que se procure promover el bien y evitar el mal”. Una vez más, el Doctor Angélico cita a Agustín:

Entre los verdaderos adoradores de Dios hasta las son pacíficas, pues no se hacen por codicia o crueldad, sino por amor a la paz, o sea, para reprimir a los malvados y socorrer a los buenos. [Por lo tanto] el deseo de hacer el mal, la crueldad en la venganza, el desprecio implacable, la ferocidad de no guerrear, la voluntad de subyugar y otras cosas de ese género son justamente reprobables en la guerra. (Agustín de Hipona, 1959, lib. XXII, c. 74, col. 447, 761)

La guerra justa sobre la que escriben Agustín y Tomás es la guerra ofensiva. La guerra defensiva se ubica en el derecho a la legítima defensa, y no necesitaba para estos autores, de ser justificada ni jurídica ni teológicamente: como era regla en derecho romano, *Vim vi repellere omnia jura permittunt* (Ulpiano, 1872, lib. I, 43, p. 16).

Las guerras ofensivas (como por ejemplo recuperar una provincia o una ciudad anteriormente perdida, castigar a otra nación por la ayuda prestada al enemigo, ayudar a los aliados, o castigar a los que violaron los tratados), en cuanto que justas, nada tienen que ver con las agresiones. El recurso a las armas en la guerra ofensiva se funda en la justicia punitiva (De la Brière, 1926), a la que Tomás dedica una *quaestio* en la Suma Teológica (Tomás de Aquino, 1989, II-IIae, q. 108). El deseo de castigo explica el Doctor Angélico, tratándose de un movimiento de repulsa natural frente al mal no puede dejar de contener algo de bueno; la *vindicatio*, el “justo castigo” es, pues lícita, porque se coloca en primer lugar no el mal del culpado,

sino su enmienda, o bien “la represión del mal por la tranquilidad pública, la tutela de la justicia y de la honra de Dios” (Santo Tomas, 1989, II-IIae, q. 108). Por eso, el hombre virtuoso y santo “rechaza las cosas nocivas, defendiéndose o vengando las injurias sufridas, no con la intención de hacer el mal, sino con la de eliminarlo” (Tomás de Aquino, 1989, II-IIae, q. 108).

Arbitraje pontificio en el medioevo

Como observa De la Brière (1926):

Esta doctrina de Tomás de Aquino es confirmada, indirecta pero claramente, por Bulas pontificias, por decretos conciliares de la Edad Media a propósito de la paz de Dios, por la tregua de Dios y por la regulación pacífica, mediante arbitraje, de los conflictos entre los reinos. Son documentos que, por su concordancia de pensamiento, traducen la doctrina de la Iglesia y el espíritu general de sus enseñanzas sobre cuestiones morales relativas al derecho de la paz y de la guerra. (p. 1262)

Lo cierto es que, a lo largo de la historia, los papas han desempeñado un papel crucial en la resolución de conflictos internacionales, actuando como árbitros en disputas entre reinos, estados y líderes políticos. Su influencia se basó en la autoridad moral y religiosa que ejercían sobre los gobernantes cristianos, así como en su capacidad para mediar de manera imparcial en conflictos de diversa índole.

Durante la Edad Media, los papas intervinieron en numerosos conflictos entre monarcas europeos. Uno de los casos más notables fue el arbitraje del papa Alejandro III en la Paz de Venecia de 1177, que puso fin a la guerra entre el emperador Federico Barbarroja y la Liga Lombarda. A través de esta mediación, el papa logró un acuerdo que consolidó su autoridad y promovió la estabilidad en la región.

Otro caso importante fue el arbitraje del papa Bonifacio VIII en la disputa entre Francia e Inglaterra a finales del siglo XIII. Sin embargo, su intento de mediación fue rechazado por Felipe IV de Francia, lo que derivó en un enfrentamiento entre la monarquía francesa y el papado, debilitando la influencia pontificia en asuntos seculares.

Igualmente, en el siglo XV, el papa Alejandro VI jugó un papel fundamental en la delimitación de las esferas de influencia entre España y Portugal mediante la emisión de la bula *Inter caetera* en 1493. Este documento sirvió de base para el Tratado de Tordesillas (1494), que dividió el mundo en dos zonas de exploración y colonización, asignando a España los territorios al oeste y a Portugal los del este. Este arbitraje papal evitó un conflicto mayor entre ambas potencias y sentó las bases para la expansión ultramarina de Europa.

Guerra, paz y arbitraje en la segunda escolástica

La doctrina de la “guerra justa” incluso ofensiva, (toda vez que la defensiva no precisa justificación jurídica, pues se asimila a la legítima defensa individual) fue desarrollada en varios de sus aspectos por los grandes teólogos españoles (y portugueses) de la Segunda Escolástica, como Francisco de Vitoria (1492-1546) y sobre todo el jesuita Francisco Suárez (1548-1617), el Doctor Eximio, que dedicó a este tema la *disputatio* XIII de su tratado de la caridad (*De Charitate*).

Las cuestiones bélicas en la obra de Francisco de Vitoria

Como es sabido, el grueso del tratamiento de Vitoria sobre las cuestiones bélicas se recoge en la segunda de sus famosas relecciones sobre los indios, de final de curso académico de 1539. No obstante, no se puede aislar el pensamiento vitoriano sobre el derecho a la guerra de su teoría de la justicia o de su concepto de república o potestad civil. Es por ello por lo que conviene tener también a la vista sus comentarios sobre la Justicia a la *Secundae Secundae* de Tomás, así como la relección dedicada a la potestad o poder civil de la república.

Por otra parte, es preciso advertir que el concepto de paz que Vitoria sustenta es de carácter universal; es decir, no se encuentra focalizado en el problema indiano. De hecho, fray Francisco tiene muy presente (como pone de manifiesto con sus continuos ejemplos) la inestable situación

europea de continuas luchas entre las monarquías cristianas, personalizadas en Carlos I de España y Francisco I de Francia, así como las conflictivas relaciones de estas monarquías con el imperio turco, muy particularmente la situación creada por el citado rey francés al pactar unilateralmente con el secular enemigo.

En cualquier caso, es al final de la segunda *Relectio de indis*, más conocida por su subtítulo, “o del derecho de guerra de los españoles sobre los bárbaros” (*De iure belli*, en los sucesivos) donde encontramos los tres principios básicos del régimen jurídico-político de la guerra en la teoría de Francisco de Vitoria. Son las comúnmente denominadas “tres reglas de oro” del derecho a la guerra. En ellas, estima Ángela Aparisi, “se recoge una síntesis de su pensamiento, plasmando su voluntad de paz y justicia, e insistiendo en el sentido de la moderación, equidad, y humanidad que deben animar al gobernante” (Aparisi, 2015, p. 687). Urdanoz, por su parte, aprovechaba el análisis de las “tres reglas de oro” para intentar conciliar las tesis tomistas y vitorianas en un punto importante, al afirmar que “la intención recta es la condición de la licitud de la acción bélica y también, causalmente, de su justicia estricta” (Urdanoz, 1960, p. 798), toda vez que Vitoria no hace mención del requisito de la “recta intención” para la licitud de la guerra, como sí hicieron Tomás o Agustín.

La primera de las reglas se puede formular de la siguiente manera: ante un riesgo para la paz, hay que evitar cualquier ocasión o pretexto para emprender la guerra (Vitoria, 1975, p. 146). Es decir, que la guerra se entiende como una situación excepcional, y que ha de ser evitada por todos los medios (obviamente, la negociación, la mediación y el arbitraje entre ellos). Nos encontramos aquí como el principio rector del *ius ad bellum*, esto es, del derecho a la guerra, en el sentido de iniciarla o declararla justamente.

La segunda regla se refiere al modo o manera de actuar en una guerra ya iniciada. En este caso, Vitoria escribe:

Declarada con causa justa la guerra, no debe ser llevada para ruina y perdición de la nación a quien se hace, sino para la realización del derecho y defensa de

la patria y de la propia república y con el fin ulterior de conseguir la paz y la seguridad. (Vitoria, 1960, p. 858)

Esto es, que toda guerra ha de ser proporcionada y estar dirigida al restablecimiento del estado o la situación de paz y de seguridad. No sería justa una guerra con desproporción de medios, como tampoco la que no buscara como fin la paz y la seguridad; podría entonces darse el caso de una paz injusta. En suma, la segunda regla nos dirige a la justicia o injusticia del proceso bélico (Vitoria, 1975, p. 146). Es decir, que la referida regla se ocupa del *ius in bellum*.

La tercera y última de las reglas de oro, atañe a la situación posterior al conflicto bélico. Dice así en su textualidad:

Obtenida la victoria y terminada la guerra, conviene usar del triunfo con moderación y modestia cristianas y que el vencedor se considere como juez entre dos repúblicas [...]. Pero, en cuanto sea posible, con el menor daño y perjuicio de la nación ofensora. Bastante es que sean castigados los culpables en lo que es debido. Mayormente que las más de las veces, entre los cristianos, toda la culpa es de los príncipes. Porque los súbditos pelean de buena fe por sus príncipes. Y es una iniquidad, como el poeta dice, *paguen los aqueos el delirio de sus reyes*. (Vitoria, 1975, p. 147)

Luego incluso tras la contienda, Vitoria apela a la equidad debida con el vencido, y a distinguir entre los gobernantes y sus súbditos. Es el principio basal del *ius post bellum*, capaz de asegurar una paz justa, verdadera, y duradera.

Por otra parte, con respecto a la mayor o menor subjetividad a la hora de legitimar la justa causa de la guerra, para Tomás, la causa de la guerra justa era la culpa, y ésta tiene una significación puramente moral. Aquino se mueve en este campo en un ámbito más filosófico y moral que jurídico. Sin embargo, para Vitoria, reparaba Urdanoz, la simple *iniquitas* agustiniana o la *culpa* de Tomás, no pueden constituir títulos de justa intervención bélica. Se trata ahora de la culpabilidad también en el orden jurídico, es decir, la injusticia cometida contra el beligerante ofendido o

sus aliados; “injuria” ha de entenderse pues como toda injusta lesión de los derechos de otro, implicando toda clase de daños reales (Urdanoz, 1960, p. 772). Visto desde otro punto de vista, escribe Titos (1993) que “el maestro salmantino rehúsa el pecado, por muy grave que sea, como causa de guerra justa” (p. 242), la razón de la guerra justa será siempre la violación de los derechos de otro. Vitoria, en consecuencia, convierte en categorías jurídicas objetivables, los conceptos morales que Agustín, y muy especialmente Tomás utilizaron para fundamentar la legitimidad de la guerra. fray Francisco —y tras él, todos los teólogos del XVI— sustituye la expresión tomista “culpa” por la de “injuria” o “injusticia” inferida a la parte inocente. Así, se desplaza la problemática del tratamiento de la guerra desde el campo moral al orden estrictamente jurídico

Francisco Suárez y la “guerra justa”

Es importante señalar, antes de nada, que el jesuita español, al igual que hiciera Tomás, ubica su estudio sobre el derecho a la guerra justa (*De bello*) no en sus tratados jurídicos (*De Legibus*, principalmente), sino en la *dispositio XIII* de su Tratado dedicado a la Fe, la Esperanza y la Caridad (publicado póstumamente en Coímbra en el año 1621), donde trata de la virtud de la caridad.

Escribe Suárez que la guerra:

No es en sí intrínsecamente mala, ni prohibida a los cristianos; es una verdad de fe contenida en la Sagrada Escritura, pues en el Antiguo Testamento son alabadas las guerras emprendidas por hombres muy santos: ‘Bendito sea Abraham por Dios Altísimo, que creó el cielo y la tierra; bendito sea el Dios Altísimo, que entregó a tus enemigos en tus manos’ [Gen 14, 19-20]. (Suárez, 1954, p. 73)

Pasajes análogos se pueden leer en Moisés, Josué, Sansón, Gedeón, David, los Macabeos y otros, a quienes muchas veces Dios ordenaba hacer la guerra contra los enemigos de los hebreos; y san Pablo dice que estos santos conquistaron imperios en favor de la fe. Lo mismo es confirmado por otros testimonios de los Santos Padres, citados por Graciano, como

también por san Ambrosio en varios capítulos de su libro *Sobre los deberes* (Suárez, 1954, disp. XIII, *De Bello*, p. 737).

La guerra defensiva (distingue el teólogo jesuita haciéndose eco de Francisco de Vitoria), es aquella que rechaza una agresión injusta mientras se está produciendo. La guerra agresiva o defensiva, al contrario, es la que se emprende para reparar una injusticia ya cometida. El criterio de la distinción no se refiere a la justicia o la injusticia de la guerra, sino a la iniciativa del recurso a la fuerza: en el primer caso, la iniciativa es de quien comente la injusticia, y quien hace la guerra es obligado a defenderse; en el segundo, la iniciativa es de quien ya ha sufrido la injusticia y, después de usar todos los medios para obtener una reparación, recurre a la fuerza (Suárez, 1954, p. 738). La guerra ofensiva no es, pues, en sí, necesariamente mala “sino que puede ser honesta y hasta indispensable” (p. 738). A condición de recurrir a ella solo cuando ningún otro medio pueda ser esperado, y que la injuria que se quiere reparar sea tan grave que requiera el recurso a un medio tan cargado de consecuencias (p. 743).

En suma, la teoría clásica sobre la “guerra justa”, recogida además por la doctrina de la Iglesia en el último milenio y por el derecho internacional, la podemos resumir del siguiente modo: la guerra en sí misma, en cuanto que uso de la fuerza, no es intrínsecamente buena ni mala; se vuelve buena o mala, justa o injusta, en atención a los fines que esa guerra se propone alcanzar. La guerra es ilícita para quien la hace sin justa causa y de modo indebido, pero es lícita e incluso hasta en ciertos casos un deber, para quien la hace con justa causa y del modo debido. En particular:

- La guerra defensiva contra un agresor injusto es siempre lícita porque los pueblos poseen, igual que los individuos, el derecho a la legítima defensa.
- Para que la guerra ofensiva sea justa: 1) debe tener, como primera finalidad, la reivindicación de un derecho gravemente lesionado o la reparación de un grave daño sufrido; 2) debe ser el último recurso del que el Estado se sirve para tutelar el derecho; 3) debe guardar

proporcionalidad entre los males que produce y la importancia del derecho que se pretende hacer respetar.

La justa causa que obliga a intervenir, según Agustín y Tomás, debe reunir las “tres reglas de oro”: que sean declaradas por la legítima autoridad puesta a la cabeza del Estado, y que esta actúe con recta intención.

El arbitraje como solución de conflictos en la Segunda Escolástica

La Segunda Escolástica tuvo una gran influencia en la configuración del derecho internacional y en la teoría del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos. Figuras clave como Francisco de Vitoria (1975) y Domingo de Soto (1968) desarrollaron principios que fundamentaban la mediación y el arbitraje en disputas políticas y territoriales.

El arbitraje, como solución de conflictos, encontró un sólido fundamento en la Segunda Escolástica. A través de sus reflexiones sobre el derecho de gentes y la justicia internacional, los pensadores escolásticos promovieron la mediación y la resolución pacífica de disputas, influenciando el desarrollo del derecho internacional. Su legado sigue vigente en las instituciones que hoy regulan las relaciones entre los estados y fomentan el uso del arbitraje en la resolución de conflictos globales.

Los escolásticos tardíos, en especial los teólogos de la Escuela de Salamanca sentaron las bases del derecho de gentes (*ius gentium*), que regulaba las relaciones entre naciones y establecía principios de justicia y equidad. Francisco de Vitoria (1539) defendió la idea de que todas las naciones, independientemente de su religión o cultura, debían regirse por normas comunes, promoviendo la solución pacífica de disputas a través de la negociación y el arbitraje.

Domingo de Soto (1553) y Luis de Molina (1609) también contribuyeron a esta doctrina, enfatizando la importancia de la justicia en las relaciones internacionales. Argumentaban que la guerra solo debía ser un último recurso y que las disputas debían resolverse preferentemente

mediante la mediación de un tercero imparcial, anticipando el moderno concepto de arbitraje internacional.

El pensamiento escolástico también influyó en la resolución de conflictos entre potencias europeas y en la administración de los territorios ultramarinos. Los teólogos y juristas escolásticos asesoraron a la corona española en cuestiones sobre la legitimidad de la conquista y la relación con los pueblos indígenas.

Un caso notable fue la controversia entre España y Portugal sobre las posesiones en América y Asia, que derivó en la firma del Tratado de Tordesillas (1494). Aunque este tratado se negoció antes del auge de la Segunda Escolástica, sus principios fueron posteriormente analizados y justificados por los escolásticos, quienes enfatizaron la necesidad de acuerdos bilaterales y arbitrales en conflictos territoriales (Pagden, 2016).

Asimismo, en Europa, los escolásticos promovieron el uso del arbitraje en disputas dinásticas y conflictos entre reinos cristianos, argumentando que el diálogo y la mediación eran herramientas más eficaces y justas que la guerra. Algunos conflictos entre los Habsburgo y otras casas reales fueron resueltos con la intervención de teólogos escolásticos, quienes actuaban como asesores en negociaciones de paz (Koskenniemi, 2002).

Los escolásticos desarrollaron así una teoría del derecho que influenció el pensamiento jurídico moderno. La idea del *ius gentium* fue expandida para justificar la intervención de un árbitro en conflictos de carácter internacional. Según Vitoria (1539), la comunidad de naciones debía respetar ciertos principios de equidad y justicia natural, lo que implicaba la existencia de normas comunes aplicables a todos los pueblos.

Bartolomé de las Casas también defendió el uso del arbitraje para resolver conflictos con los pueblos indígenas, argumentando que la imposición violenta de la soberanía española carecía de legitimidad sin un proceso de negociación y mediación.

Las ideas de la Segunda Escolástica sentaron las bases para el desarrollo del derecho internacional moderno. Hugo Grocio, considerado el

padre del derecho internacional, fue influenciado por los escolásticos en su defensa del arbitraje y la resolución pacífica de conflictos.

El concepto de soberanía limitada, basado en la idea de un orden jurídico común a todas las naciones, sigue presente en los principios de organismos internacionales como la Corte Internacional de Justicia y la ONU, que promueven el arbitraje como alternativa a la guerra y la coerción (Koskenniemi, 2002).

Francisco de Vitoria y el arbitraje como solución de conflictos

Francisco de Vitoria es considerado uno de los fundadores del derecho internacional moderno debido a su desarrollo del concepto de *ius gentium* y su insistencia en la resolución pacífica de disputas entre naciones. En su *Relectio de Indis*, argumentó que todas las naciones, independientemente de su religión o cultura, debían regirse por normas comunes de justicia y equidad, promoviendo la solución pacífica de conflictos mediante el diálogo y el arbitraje.

Vitoria sostenía que la guerra solo era legítima como último recurso y que las naciones debían buscar mediadores imparciales para resolver sus disputas. En este sentido, el arbitraje se presentaba como una herramienta fundamental para garantizar la estabilidad internacional y la coexistencia pacífica entre pueblos. Además, defendió que la soberanía no era absoluta y que los gobernantes debían respetar principios universales de justicia, lo que implicaba someterse a mecanismos de resolución de conflictos como el arbitraje.

Al plantearse el problema de la justicia *ante bellum*, Vitoria considera que “no siempre es suficiente que el príncipe crea tener justa causa para hacerla”, pues pudiendo errar, es necesario que su juicio “se haga conforme al juicio de los sabios” (Vitoria, 1975, p. 123); es decir, que en caso de duda, debe el príncipe —como único legitimado para declarar la guerra— dejarse asesorar por expertos. Observa además Vitoria, que para que una guerra sea justa “conviene examinar con grande diligencia la justicia y las

causas de ella, y escuchar asimismo las razones de los adversarios” (Vitoria, 1975, p. 123). Es por ello que, el príncipe debe “consultar a hombres probos y sabios que le hablen con entera libertad y sin ira, odio ni pasión” (Vitoria, 1975, p. 123), así como resulta obligado para los consejeros del rey dar tal consejo cuando fueren requeridos:

Los senadores, gobernadores, y en general, todos aquellos que, por su cargo o por ser requeridos para ello, toman parte en el Consejo público o en el de un rey, están obligados a examinar cuándo la causa de una guerra es injusta. (Vitoria, 1975, p. 124)

Vitoria aspira a una instancia internacional común a todas las naciones, que pudiera dirimir estos conflictos, pero ante su ausencia (a mediados del s. XVI y casi que a inicios del s. XXI), confía al príncipe vendedor en la guerra el papel de un “juez entre dos repúblicas” (tercera regla de oro), de modo que actúe como una suerte de mediador *ex post facto*. De hecho, en la obra de Vitoria no se hace alusión expresa a términos como “arbitraje” o “mediación”; pero de una lectura conjunta de las condiciones para la justicia de la guerra, se colige sin dificultad que siendo ésta el último recurso para reparar una injusticia debe ir precedida de todos los medios preventivos que puedan evitarla (consejo de los sabios, negociaciones, examen de la justicia de la causa), y que incluso a su fin, el vendedor no deba obrar según su voluntad unilateral.

Su influencia se reflejó en la forma en que la monarquía hispánica manejó algunos conflictos territoriales, donde la negociación y la intervención de juristas escolásticos jugaron un papel clave en la resolución pacífica de disputas.

El arbitraje en el pensamiento de Francisco Suárez

Francisco Suárez, una de las figuras más influyentes de la Segunda Escolástica, profundizó en la noción de soberanía y en la necesidad de mecanismos pacíficos para la resolución de conflictos entre naciones. En su obra *De legibus ac Deo legislatore*, Suárez argumentó que el derecho de

gentes era un sistema normativo que debía regir las relaciones internacionales y que la guerra solo podía justificarse si se agotaban todos los medios pacíficos de resolución, incluido el arbitraje (Suárez, 1918).

Suárez defendió la idea de que los estados, aunque soberanos, estaban sujetos a normas universales de justicia y que los conflictos debían resolverse mediante la negociación y la intervención de árbitros imparciales. Su pensamiento influyó en la posterior evolución del derecho internacional, en especial en el desarrollo de tribunales y organismos dedicados a la mediación de disputas entre naciones.

No obstante lo anterior, en el caso de Suárez, aunque prevé un “comité de expertos” para analizar la justa causa de la guerra, como advierte Otero Parga (2024), éste actuaría “como una barrera de legitimidad que controlaría la simple voluntad del soberano o de su corte de adeptos” (p. 90), y en caso de duda, el príncipe debería de abstenerse de recurrir a la guerra. Sin duda —indica Otero— Suárez “pensaba en una especie de mediación o arbitraje” (p. 94), pero siempre antes de que se produzca la agresión, no con posterioridad como acontece en la actualidad.

Probablemente, como apunta García Cuadrado (2018), el recurso al arbitraje en Suárez es más “un problema principalmente moral, no jurídico” (p. 88), que hay que relacionar con el probabilismo —tan en boga— entre los jesuitas de aquella época. En todo caso, a nuestro juicio, Suárez se muestra tan calculadoramente ambiguo que es posible interpretar que el recurso al arbitraje puede o no ser obligatorio para el príncipe.

La aportación a la cultura de la paz de la doctrina social de la Iglesia católica

En términos generales, la DSI es el conjunto de enseñanzas de la Iglesia católica sobre cuestiones sociales, económicas y políticas. A finales del siglo XIX, durante el pontificado de León XII (1878-1903), el magisterio de la Iglesia adquirió un renovado cariz social por razón de la llamada “cuestión obrera”, aunque hoy, como apunta Melé (2012) su campo de

acción se ha ampliado notablemente, incluyendo desde principios básicos del orden social hasta aspectos concretos de la vida social —dignidad, derechos de la persona, sociedad civil, sociedades intermedias, trabajo, mercado economía, paz, medio ambiente, familia, educación, desarrollo, y un largo etcétera— (p. 9).

Como recuerda Héctor Gros Espiell, la doctrina, en los últimos veinte años, ha reflexionado constantemente en torno a la existencia, efectividad, normatividad y consecuencias del reconocimiento del derecho humano a la paz, expresión dirigida a hacer del ser humano titular, en lo que a él respecta, del derecho genérico a la paz. Pero esta doctrina no solo ha sido jurídica, sino que se ha visto enriquecida desde la filosofía política, organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, e incluso ha recibido valiosas aportaciones de las religiones, particularmente de la Iglesia católica (Gros, 2005, p. 526).

En este sentido, desde el punto de vista axiológico, la DSI, sobre todo a partir del Concilio Vaticano II, pero con el sólido precedente de Pío XII, ha considerado la paz “elemento esencial del bien común universal” (*Pacem in terris*, 167: *Acta Apostolicæ Sedis* (ASS) 55 [1963] 303). Con precedentes en la noción agustiniana, recogida luego por Tomás, de tranquila convivencia en el orden, la paz constituye un precepto cuya defensa es obligatoria frente a toda agresión injusta.

Sin embargo, como hacía notar Pío XII en la década de los cincuenta del pasado siglo, no toda paz aparente es paz real. Por eso el romano pontífice acuñó la expresión “paz fría” (*Ecce ego*, 6: AAS 47 [1955] 16), para referirse al periodo de distensión entre bloques ocurrido luego de la llamada guerra fría. En el mundo de la política, la paz fría de hecho no era otra cosa que la “mera coexistencia de pueblos diversos sostenida por el mutuo temor, del cálculo oscilante de las fuerzas presentes” (*Ecce ego*, 6: AAS 47 [1955] 16).

Para que la paz sea genuina, según el magisterio de la Iglesia católica debe reunir ciertas condiciones:

Una paz fundada y confirmada sobre la sinceridad y la lealtad, sobre la justicia y la realidad; una paz de leal y resuelto esfuerzo por vencer o prevenir aquellas condiciones económicas y sociales que, como en el pasado, podrían fácilmente también en el futuro llevar a nuevos conflictos armados; una paz que pueda ser aprobada por todas las almas rectas de cualquier pueblo y de nación; una paz que las generaciones futuras puedan considerar con gran gratitud como el fruto feliz de un tiempo desgraciado; una paz que señale en los siglos un cambio definitivo de dirección en la afirmación de la dignidad humana y del orden en la libertad. (*Nell' accogliere* 41: AAS 37 [1945] 167)

Como se ha apuntado, sobre todo después del Concilio Vaticano II, se ha subrayado además la realidad dinámica de la paz y su relación con la justicia, pues se entiende que “la paz no es mera ausencia de guerra, ni se reduce al solo equilibrio de fuerzas adversas, ni surge de la hegemonía despótica, sino que con toda exactitud y propiedad se llama obra de la justicia” (*Gaudium et spes*, 78: ASS 58 [1966] 1101).

Por otra parte, ya desde tiempos de Pío XII, se consideraba que el problema de la paz no es de carácter técnico. Su secreto no reside en la sola prosperidad material, sino en el desarrollo del perfeccionamiento moral de los individuos y de los pueblos (*Il popolo* 18: AAS 46, [1954], 13-14), tal es el aspecto espiritual de la paz, donde radica “el nudo espiritual del problema” (*La decimaterza*, 48: AAS 44, [1952], 15).

Olvidar esta base moral profunda de la paz es incidir al menos prácticamente en el planteamiento materialista, y por tanto desenfocado, del problema (*La decimaterza*, 35: AAS 44, [1952], 12). Así, en el periodo de entreguerras, durante el papado de Pío XI, se afirmaba que el mundo vive desde hace mucho tiempo bajo la angustia permanente: siente la necesidad de la paz (*Caritate Christi*, 24: AAS 55, [1932]), y después de la conclusión de la Segunda Guerra Mundial (Pablo VI), se sostenía que el anhelo más profundo de la humanidad era la consolidación de la paz en el mundo (*Pacem in terris*, 166 AAS 55[1966]). Por otra parte la doctrina social de la Iglesia hace hincapié, incluso con anterioridad al Concilio Vaticano II, en el papado de Pío XII, en que en el campo social, el contraste entre las

riquezas de unos pocos y la miseria de muchos constituye uno de los más graves obstáculos para la paz (*Dans la tradition* 1: ASS 44 [1952] 619).

Así en la Constitución *Gaudium et spes* se puede leer que:

Las excesivas desigualdades económicas y sociales que se dan entre los miembros o pueblos de una misma familia humana son contrarias a la justicia social, a la equidad, a la dignidad de la persona humana y a la paz social e internacional. (*Gaudium et spes* 29: ASS 58 [1966] 1049)

La paz, así entendida, impone en consecuencia la primacía el derecho y el destierro de la violencia, lo cual traería consigo la reintegración del ordenamiento jurídico. En palabras de Pío XII, la humanidad debe quedar “liberada de la embriaguez del poder y de la hegemonía” (*Ecce ego* 31: AAS 47 [1955] 21), del afán de “dominación de una clase sobre otra y de la mira ambiciosa de una cada vez mayor extensión del dominio económico y nacional” (*Questa grande* 38: AAS 37 [1945] 294).

Es por ello que para alcanzar un verdadero estado de paz internacional, basada en la confianza recíproca de los pueblos, cimentada en el espíritu de una justicia igual para todos, y en la prohibición absoluta de la guerra (cf. *Gaudium et spes* 82: AAS 58 [1966] 1105), se requiere, según la doctrina social de la Iglesia, previsión y cordura en los tratados internacionales que establezcan la paz entre los pueblos, fidelidad en el cumplimiento de los mismos y vía abierta para ulteriores correcciones, ya que a veces los tratados son más meros compromisos que expresión real adecuada de la justicia y de la equidad (cf. *Nella storia* 40: AAS 39 [1947] 13). La paz internacional exige, además, según Pío XII, el reajuste de la economía (*Nell'alba* 21: AAS 34 [1942] 17) y la creación de un órgano supranacional, incluso mundial, con autoridad suficiente

Así las resoluciones hasta ahora conocidas de las comisiones internacionales permiten concluir que un punto esencial de todo futuro arreglo del mundo sería la formación de un órgano para el mantenimiento de la paz, órgano investido de una suprema autoridad por consentimiento común, y cuyo oficio debería ser también el de sofocar en su raíz cualquier amenaza

de agresión aislada o colectiva. (*Benignitas et humanitas* 36: AAS 37 [1945] 19). De este modo, para la doctrina social de la iglesia, la paz internacional requiere el fomento de una genuina solidaridad internacional, para la cual hay que proceder previamente a una reeducación de la mentalidad general y de la opinión pública (*Nella historia* 44: AAS 39 [1947] 13-14).

Pablo VI, finalmente, puso el acento en la educación en la cultura de la paz como elemento clave de la renovación de la educación:

Es de suma urgencia proceder a una renovación en la educación de la mentalidad y a una nueva orientación en la opinión pública. Los que se entregan a la tarea de la educación, principalmente de la juventud, o forman la opinión pública, tengan como gravísima obligación la preocupación de formar las mentes de todos en nuevos sentimientos pacíficos. (*Gaudium et spes* 82: AAS 58 [1966] 1106)

Como colofón, en 2004, el Pontificio Consejo Justicia y Paz, recogió en el compendio de la doctrina social de la Iglesia toda la tradición apostólica del humanismo integral y solidario respecto a la paz, paz que merece un capítulo completo (el undécimo: la promoción de la paz) del documento. Después de abordar las reglas fundamentales de la comunidad internacional, el valor de las organizaciones internacionales, la cooperación internacional para el desarrollo, o la salvaguarda del medio ambiente, se reitera que la paz es fruto de la justicia siendo su fracaso la guerra (párr. 494), y se insiste en que los Estados no siempre disponen de los instrumentos adecuados para promover eficazmente a su defensa: de ahí la necesidad y la importancia de las organizaciones internacionales y regionales (párr. 499).

Se aplaude el hecho de que la comunidad internacional se haya dotado de un Tribunal Penal Internacional para castigar a los responsables de actos particularmente graves (párr. 506) y se estima necesario, además, promover el respeto del derecho a la paz: este derecho “favorece la construcción de una sociedad en cuyo seno las relaciones de fuerza se sustituyen por relaciones de colaboración con vistas al bien común” (párr. 518). Todo ello lo anticipó Juan Pablo II en su mensaje para la Jornada de la Paz de 1999 (11: AAS 59 [1999] 385).

Conclusión

Más de mil años contemplan la tradicional teoría de la “guerra justa” de la teología y filosofía jurídica cristiana, que con los aportes de la segunda escolástica española, aún constituye un instrumento útil en nuestro tiempo para orientar la acción de nuestros gobernantes y de los organismos internacionales. De hecho, algunas de las metas que se fijaron estos autores no se han hecho efectivas aún (la existencia de una autoridad internacional efectiva, una verdadera “comunidad de naciones”). Sus teorías nos brindan —con la debida adaptación a los tiempos actuales— criterios ciertos para mantener una paz justa y para evitar cualquier guerra si existe una efectiva voluntad para ello.

Por otra parte, en recta aplicación de esta doctrina y a pesar de la disminución del poder político del papado en la era moderna, los papas, siguiendo sin fisuras los principios consignados de la DSI, han seguido desempeñando un papel clave en la diplomacia internacional. En el siglo XX, el papa Benedicto XV intentó mediar en la Primera Guerra Mundial, aunque sus esfuerzos no tuvieron éxito debido a la negativa de las potencias beligerantes a aceptar su intervención.

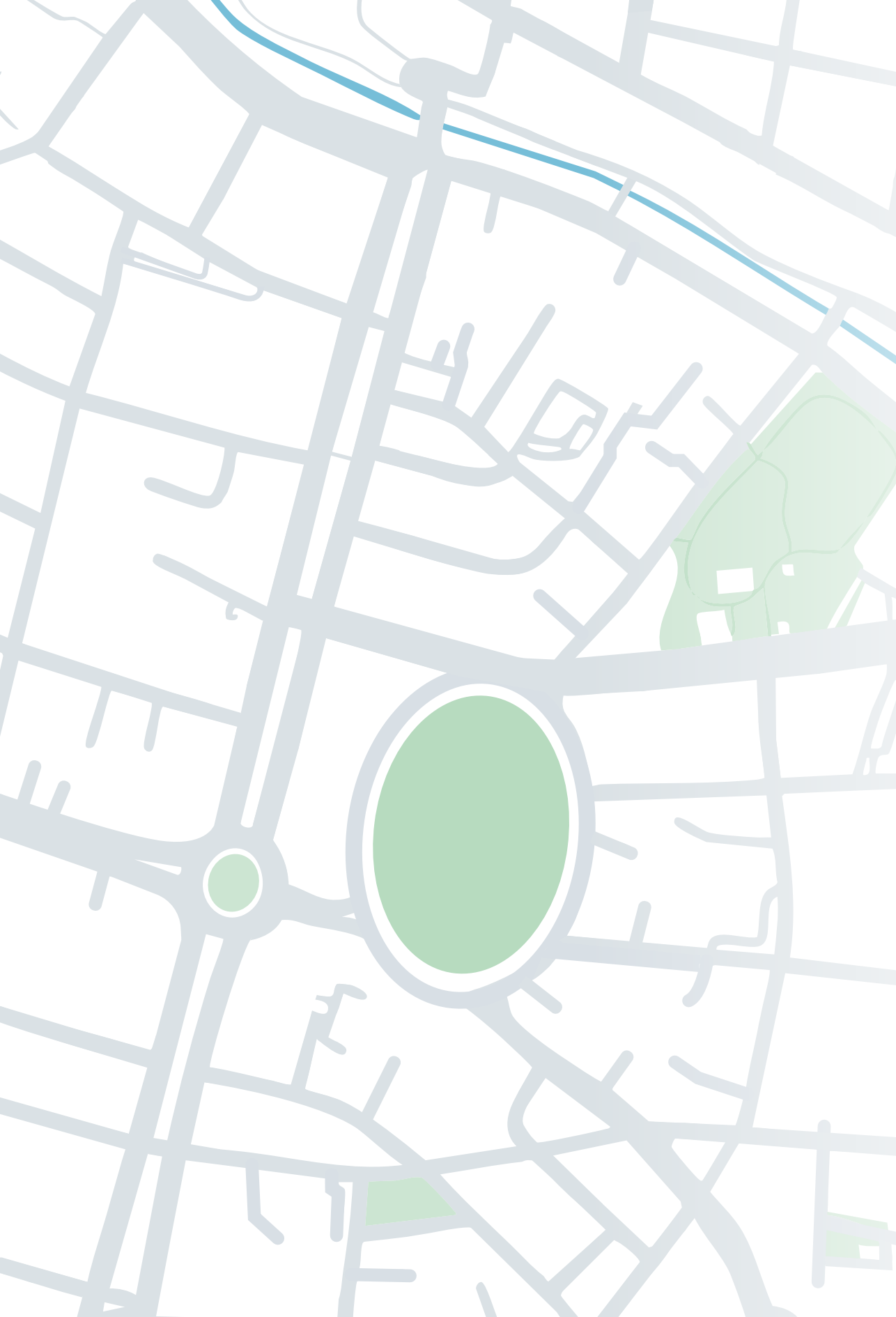
En tiempos más recientes, el papa Juan Pablo II fue un mediador clave en la resolución del conflicto entre Chile y Argentina por el Canal de Beagle en la década de 1970. Gracias a su intervención, ambos países evitaron una guerra y lograron un acuerdo pacífico en 1984, consolidado con el Tratado de Paz y Amistad.

Desgraciadamente, los buenos oficios del papa Francisco para detener la guerra de Ucrania no han tenido similar efecto. Quizás, como se ha publicado (Mikhelidze, 2023; Buj, 2024; Rabell, 2024) por la falta de buena voluntad de los respectivos “príncipes”.

Referencias bibliográficas

- Agudo, A. (2024, 11 de junio). El mundo alcanza el pico más alto de conflictos desde la II Guerra Mundial. *El País*. <https://bit.ly/3EfAJPK>
- Albert Márquez, J. (2019). Sobre el derecho a la paz y a la guerra en Francisco de Vitoria, una cuestión actual. *Revista Portuguesa de Filosofia*, 75(2), 891-918. <https://bit.ly/443jr2C>
- Aparisi, A. (2015). Actualidad del pensamiento filosófico-político de Francisco de Vitoria: presupuestos para una teoría de la paz justa. En C. Hermida y J. A. Santos (eds.), *Una filosofía de la acción: homenaje al profesor Andrés Ollero* (pp. 671-691). Dykinson.
- Buj, A. (2024, 21 de febrero). Los esfuerzos diplomáticos de Francisco encallan en Ucrania. *La Vanguardia*. <https://bit.ly/3RW9BYX>
- De la Brière, Y. (1926). *Paix et Guerre*. DAFC.
- De la Brière, Y. (1938). *Le droit de juste guerre. Tradition théologique, adaptations contemporaines*. Pedone.
- Durant, W., y Durant, A. (2022). *Lecciones de historia*. Arpa.
- García Cuadrado, J. A. (2018). El arbitraje internacional en la obra de Francisco Suárez. *Revista Jurídica Digital UANDES*, 2(1), (79-91). <https://bit.ly/4lvvN9Y>
- Gros, H. (2005). El derecho humano a la paz. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* (pp. 517-546). <https://bit.ly/44l7TIn>
- Koskenniemi, M. (2002). *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge University Press.
- Madrid Ramírez, R. (1992). El concepto de “guerra justa” en relación con la unidad de los pueblos europeos. *Verbo*, 305(6), 641-650.
- Melé, D. (2012). *Cristianos en la sociedad*. Rialp.
- Mikhelidze, N. (2023, 12 de junio). El fracaso diplomático del Vaticano en Ucrania. *Política Exterior*. <https://bit.ly/42FMhUm>

- Otero Parga, M. (2024). El derecho a la paz en el pensamiento de Francisco Suárez. *Archivo Teológico Granadino*, (87), 79-97. <https://doi.org/10.47035/atg.2024.87.5213>
- Pagden, A. (2016). *The School of Salamanca and the Invention of International Law*. Cambridge University Press.
- Rabell García, M. (2024, 18 de julio). Tres claves diplomáticas del Vaticano para conseguir la paz en Ucrania. *El Debate*. <https://bit.ly/42ToMIL>
- Agustín de Hipona. (1953). *Carta al conde Bonifacio*. BAC.
- Agustín de Hipona. (1958). *La ciudad de Dios*. BAC.
- Agustín de Hipona. (1959). *Contra Faustum*. BAC.
- Tomás de Aquino. (1989). *Suma de teología*. BAC.
- Soto, D. (1968). *De iustitia et de iure*. Instituto de Estudios Políticos.
- Suárez, F. (1918). *Tratado de las leyes y de Dios legislador*. Hijos de Reus.
- Suárez, F. (1954). *De Bello*. CSIC.
- Titos, F. (1993). *La filosofía política y jurídica de Francisco de Vitoria*. Cajasur.
- Ulpiano. (1872). *Digesto*. Imprenta de Ramón Vicente.
- Urdanoz, T. (1960). *Obras completas de Francisco de Vitoria*. BAC.
- Vitoria F. (1975). *Relecciones sobre los indios y el derecho de guerra*. Austral.



Capítulo 20

Génesis de los campos de trabajo durante la Guerra Civil Española

Miguel Pino Abad

Universidad de Córdoba, España

miguel.pino@uco.es

El decreto de 22 de diciembre de 1936

Mediante esta norma, el Consejo de Ministros aprobó la creación de campos de trabajo obligatorio para todos los detenidos por delitos contra el régimen, con el fin de que no fuesen gravosos al Estado y ganasen, como cada ciudadano, “el pan que se comían” (El Cantábrico, 1936, p. 2; La Batalla, 1936, p. 3; Nuestra lucha, 1936, p. 1).

El día de Navidad, el ministro de Justicia aseveró que su implantación sería inminente. El primero que se establecería sería en la localidad murciana de Totana. Tanto su Ayuntamiento como las organizaciones sindicales habían dado todo género de facilidades, para lo cual cedieron al Ministerio un antiguo convento.

En el campo de trabajo, añadió García Oliver, se utilizaría el esfuerzo de los allí reclusos en labores necesarias (El Cantábrico, 1936, p. 1; La Voz de Cantabria, 1936, p. 2).

El decreto de 26 de diciembre de 1936

A través de esta norma se dispuso que a los campos de trabajo se destinarían los condenados por los tribunales especiales populares y los jurados de urgencia. Se argumentó que, como consecuencia lógica de la Guerra Civil, existían en las prisiones grandes contingentes de presos, los cuales eran juzgados por los tribunales especiales populares y los jurados de urgencia, creados para los desafectos al régimen republicano. A los fines de atender adecuadamente todos los servicios de las prisiones y las necesidades de descongestionarlas, separando de ellas a los rebeldes ya enjuiciados por los órganos de justicia, se consideró la urgente necesidad de crear un nuevo sistema de vida penitenciaria para aquellos que atentaron contra el régimen.

Dichos condenados serían destinados a realizar obras de utilidad pública que, sin agudizar el paro obrero, contribuyesen a la creación de nueva riqueza, al mismo tiempo que cumplían la sanción impuesta, orientándoles, además, en hábitos de trabajo y formación.

De la custodia de los condenados se encargaría el Cuerpo de Vigilantes de Campos de Trabajo, integrado por miembros avalados por sindicatos y partidos del Frente Popular.

Las obras que se habían de efectuar en estos campos de trabajo tendrían carácter público, tales como canales de riego, ferrocarriles, carreteras, traídas de agua potable para los pueblos inmediatos que los precisasen; repoblaciones forestales, construcción de edificios públicos, preparación de granjas agrícolas del Estado, campos de explotación agrícola y cuantas se considerasen de interés nacional, regional o local.

Según las necesidades, en cuanto a la realización de los proyectos, podrían ser desplazados los condenados en los campos de trabajo a los

lugares que se fijasen por directores técnicos de aquellos, instalándose concentraciones provisionales con barracones o tiendas de campaña y el material móvil que se precisase a tales fines y con la vigilancia adecuada, para su custodia. El régimen interno de los campos de trabajo se organizaría en la forma que el ministro de Justicia determinase.

Para regular la organización y funcionamiento de la institución, se crearía un patronato nacional, bajo la presidencia del ministro de Justicia, quien la podría delegar, y de los vocales siguientes: el director general de prisiones, que podría ejercer, por delegación, la presidencia; de dos miembros de la CNT; dos de la UGT, uno del partido Comunista, uno del partido Socialista, uno del partido de Izquierda Republicana y uno de la Unión Republicana. El nombramiento de estos vocales se haría por el ministro de Justicia a propuesta de las respectivas organizaciones.

El ministro de Hacienda, de acuerdo con el de Justicia, arbitraría las cantidades necesarias para el emplazamiento y funcionamiento de los campos de trabajo, fondos que podrían proceder del remanente de la Caja Central de Reparaciones, de consignación presupuestaria adecuada o mediante dotación especial.

El ministro de Justicia, de acuerdo con el de Obras Públicas o con el ministro a cuya competencia correspondiera el trabajo a que se hubiera de dedicar a los penados, determinaría las obras a realizar por los internos, tanto a los efectos de planeamiento de proyectos como en su ejecución y dirección técnica.

Por los ministerios de Justicia, Hacienda y Obras Públicas se dictarían las disposiciones precisas para el desarrollo y cumplimiento de este decreto, del cual se daría cuenta a las Cortes (Gaceta de la República, 1936, pp. 1118-1119).

El director general de prisiones, Antonio Carnero, fue el encargado por el ministro de Justicia para que se pusiera en práctica la creación de los campos de trabajo. Según él, no se trataba de actuar con crueldad, sino que se repartiría el trabajo a efectuar según la edad, el estado físico y demás

circunstancias reunidas por los presos. Para ello, se contaría con dos grandes edificios en la provincia de Murcia, concretamente en Totana. Los presos serían dedicados, en principio, a la construcción del canal del pantano de Valdeinfierno. En sus cercanías se instalarían dos barracones con cabida para doscientos obreros. Se calculó que la obra ahorraría al Estado diez millones de pesetas. (El Liberal, 1936, p. 3; Nuestra lucha, 1936, p. 1; La Libertad, 1936, p. 5; Diario de Almería, 1936, p. 2; La Almudaina, 1936, p. 2; Correo de Mallorca, 1936, p. 1; El Día, 1936, p. 3).

Orden ministerial de 28 de diciembre de 1936

Por esta orden del ministro de Justicia, Juan García Oliver, se dispuso el establecimiento en Totana, en el edificio que fue convento de los Capuchinos y terrenos contiguos, de un campo de trabajo. La Dirección General de Prisiones dispondría las obras necesarias para su funcionamiento y destinaría el personal técnico, facultativo y de vigilancia que fuese preciso para atender los diversos servicios del establecimiento, así como destinaría al mismo los penados por tribunales populares y jurados de urgencia, en número que no excediera de dos mil, a medida que la habilitación del local lo permitiera. En el destino de dichos penados se tendría en cuenta el oficio o profesión de ellos y no debían contar con más de sesenta años. El régimen, servicios y funcionamiento del campo de trabajo y de los que en lo sucesivo se establecieran se regirían por el reglamento especial que se dictase para estas instituciones. (Gaceta de la República, 1936, p. 1156; La Voz, 1936, p. 2; La Libertad, 1936, p. 4; Ahora, 1936, p. 2; El Sol, 1936, p. 2).

El director general de prisiones se refirió el último día del año a los gastos que iba a ocasionar la implantación de los campos de trabajo. Dijo que teniendo en cuenta que el rendimiento que habían de dar los penados a estos campos había de equivaler a un setenta y cinco por ciento de la producción normal de un obrero acostumbrado a estos trabajos, en los gastos de jornales para las obras del pantano de Valdeinfierno sumarían

un total de 1 416 627 pesetas, siendo los jornales como tipo medio de seis pesetas. El mismo trabajo costaría 8 499 762 pesetas y el coste de los materiales 2 293 791 pesetas. Añadió que lo que antes era una carga para el Estado, ahora era una fuente de ingreso y, al mismo tiempo, se habituaba a los penados al trabajo para que “el día que salieran de la prisión fuesen hombres útiles a la sociedad. De esta manera, los campos de trabajo serían como escuelas de reeducación” (El Liberal, 1937, p. 3).

Ese mismo día el consejero de Justicia de la Generalidad de Cataluña afirmó que en el próximo Consejo se presentaría un proyecto de decreto sobre tribunales populares. Agregó que, entre las sanciones que se aportaban, estarían los trabajos en los campos de trabajo, “figura de sanción implantada en diversos países y que eran consecuencia del nuevo orden revolucionario y del movimiento de protesta de la clase trabajadora contra las penas del régimen capitalista”. Como consecuencia, también se crearían campos de trabajo en Cataluña, poniendo en vigor el decreto del Gobierno de la República, con las variaciones que la implantación aconsejase (La Libertad, 1937, p. 5).

Por su parte, el 3 de enero de 1937, el consejero de Justicia de Asturias, Roca Albornoz, manifestó que plantearía al ministro la conveniencia de establecer en dicho territorio un campo de trabajo, al objeto de aliviar la carga que para el Estado suponía el sostenimiento de muchos presos, “responsables políticos de los daños ocasionados a la riqueza del pueblo por el movimiento subversivo” (CNT, 1937, p. 3).

Poco después, el director general de prisiones, Antonio Carnero Jiménez, en unión del delegado de prisiones, Navas; el presidente de la Audiencia, López de Goicoechea, y el director de la prisión provincial, Molins, estuvieron en Totana, donde visitaron el antiguo convento de capuchinos, en el cual se instalaría el primer campo de trabajo obligatorio para los individuos desafectos al régimen y acordaron encargar las obras de seguridad del mismo al ingeniero Manrique de Lara y la dirección del campo a Molins. Las obras de acondicionamiento comenzarían inmediatamente.

Los primeros condenados a internamiento en campos de trabajo

En los albores de 1937 encontramos la primera sentencia condenatoria a internamiento en campos de trabajo. Así consta en la causa contra varios vecinos de la localidad alicantina de Catral, celebrada el día 12 de enero, cuando el tribunal popular condenó a José Ruiz Parres como autor de un delito de rebelión militar en grado de tentativa a la pena de doce años y un día de internamiento en un campo de trabajo y accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y a los procesados José Pérez García, José García Ferrer y Manuel Níguez Marcos como autores de un delito de excitación a la rebelión a la pena de doce años de internamiento en un campo de trabajo y accesorias de suspensión de todo cargo y del derecho del sufragio durante el tiempo de la condena, siendo de abono a todos ellos para el cumplimiento de la condena el tiempo que hubieran estado privados de libertad por esta causa. Condenó, igualmente, a todos al pago, mancomunada y solidariamente, de doscientas mil pesetas en concepto de indemnización civil al Estado y a las costas causadas en el procedimiento en la proporción legal correspondiente (El Día, 1937, p. 2).

También hallamos la causa seguida contra el cabo de asalto, Tomás Rozano quien, estando destacado en Burriana, hizo campaña contra la República entre sus mismos compañeros, contándoles noticias falsas sobre la situación en los frentes. El tribunal lo condenó a veintiún años de internamiento en un campo de trabajo (El Cantábrico, 1937, p. 1).

Asimismo, aparece la causa contra varios vecinos de Callosa de Segura. Se condenó a los procesados Vicente Manresa Benavent, José Lucas Ibáñez y José Franco Belda como autores de delito de rebelión militar a la pena de muerte; a Roque Maciá y Monserrate Suñer Sánchez como autores del mismo delito a la pena de doce años de internamiento en un campo de trabajo; a Manuel Trigueros Almira a dos años y un día de internamiento en un campo de trabajo y a Carlos Franco Belda, Antonio Serás González y José Cecilia Salmos a doce años de internamiento en un campo de trabajo e

indemnización de tres millones de pesetas (El Día, 1937, p. 2; El Luchador, 1937, p. 2; El Liberal, 1937, p. 2).

Finalmente, nos encontramos el caso de Bartolomé Meca Rodríguez, condenado como autor responsable de un delito de conspiración para cometer el de rebelión militar, a la pena de doce años y un día de internamiento en campo de trabajo, inhabilitación absoluta por el tiempo citado, costas procesales e indemnización al Estado de cincuenta mil pesetas (Nuestra lucha, 1937, p. 2).

El reglamento de vigilantes de campos de trabajo

Líneas atrás señalábamos que el decreto de 26 de diciembre de 1936 dispuso que se dictara el correspondiente reglamento sobre los vigilantes del campo de trabajo. En cumplimiento de ello, se aprobó la orden ministerial de 15 de enero de 1937.

Con ella se creaba el Cuerpo de Vigilantes de Campos de Trabajo, destinado a la custodia y vigilancia de los internados en los mismos, tanto la del recinto de los edificios de alojamiento y la del exterior de los tajos de faena como la del interior de los establecimientos.

Dicho personal se compondría de jefes responsables de destacamento, jefes de servicio de destacamento, vigilantes de primera y vigilantes de segunda, con los sueldos al año de 7000, 6000, 5000 y 4000 pesetas, respectivamente. Este personal tendría cada cinco años un aumento del 10 por 100 de su sueldo, no pudiendo exceder esta bonificación del 50 por 100 de aquel.

Los funcionarios que prestasen servicio en los campos de trabajo, en atención al desplazamiento de su residencia, que habían de efectuar, y por la naturaleza de sus funciones, percibirían un plus del 20 por 100 de sus haberes. Éste sólo lo percibirá el personal cuando realizase su cometido activo, no recibéndolo, por tanto, en plazos posesorios, licencias, permisos, enfermedades y otras situaciones, cualquiera que fuesen, en los que no prestase servicio en dichos campos.

El personal del Cuerpo de Vigilantes que se consideraba necesario para un campo de trabajo de 2000 a 3000 penados era el siguiente: un jefe responsable de destacamento, seis jefes de servicio de destacamento, dieciocho vigilantes primeros y ciento ochenta vigilantes segundos.

Además del personal del Cuerpo de Vigilantes de Campos de trabajo, prestarían servicio un director de libre elección del ministro; el personal del cuerpo de prisiones que se considerase necesario para los servicios de régimen, administración y contabilidad, distribuido en dos secciones: la de subdirección y la de administración, al frente de las cuales habría un subdirector y un administrador, respectivamente; y el personal facultativo, técnico y profesional que fuese preciso, perteneciendo parte a la dirección de prisiones y al departamento ministerial al que correspondiera el trabajo que los interesados realizasen.

A todos los funcionarios del cuerpo de vigilantes de campos de trabajo les estaba prohibido:

- Preparar o concertar, sin la autorización del director, ningún trato de dinero, negocio ni transacción con ningún internado, ni en nombre ni representación de éstos verificar lo dicho en el exterior del establecimiento.
- Recibir cantidad, beneficio, gratificación, dádiva ni obtener ventaja alguna en conexión con su calidad de funcionario, sin estar debidamente autorizado para ello.
- Tener directa o indirectamente interés en contrato relacionado con el campo y recibir directa o indirectamente, bajo ningún pretexto, regalo, gratificación u otro beneficio de ningún contratista o abastecedor o de cualquier otra persona que tuviese relación interesada con éstos. Igual prohibición se establecía en relación con la admisión de visitantes de los campos de trabajo y de sus dependencias o de los internados.
- Permitirse familiaridades con los penados ni con otros empleados o dependientes del establecimiento, ni discutir sus deberes ni asunto de disciplina en lugar o forma que pudiera ser oído por los internados.

- Emplear palabras, gestos o ademanes o realizar actos que pudieran excitar o irritar a los internados.
- Mantener correspondencia de cualquier clase ni relación alguna con liberados, amigos de éstos o parientes de cualquier internado o ex internado, a menos de existir previa autorización del director.
- Entrar al establecimiento o sacar de él, sin autorización, o consentir que entrase a aquél o saliese del mismo, para cualquier internado artículos o efectos, cualesquiera que fuese.
- Ausentarse del establecimiento sin permiso del director.
- Pasar al recinto de los campos o tajos de trabajo o consentir o permitir que pasasen sin orden escrita del director, cualquier clase de alcohol o licor, con excepción del vino o cerveza destinado a las comidas de los empleados de servicio o para el consumo del economato.

En cambio, los funcionarios podían, si los términos del contrato lo autorizaban, comprar de cualquier contratista o abastecedor provisiones para su uso y el de sus familias, a los precios del contrato.

Todo funcionario acataría las reglas y reglamento de los campos de trabajo y ayudaría a que se cumpliesen. Comunicarían al director, por conducto reglamentario, cualquier abuso o falta que llegase a su conocimiento y obedecerían puntualmente las instrucciones legales del director y de sus jefes inmediatos.

Además, estaba obligado a poner en conocimiento de su superior el hecho de existir cualquier internado que apareciera hallarse enfermo o cuyo estado mental acusase anormalidad o requiriese especial cuidado, siendo deber del director dar traslado de ello al médico.

Los funcionarios, en su trato con los internados, no debían usar la fuerza innecesariamente y si se vieran precisados, emplearían solamente la mínima posible. De cualquier falta o desobediencia al orden que cometiera un internado, se debía informar al superior.

Ningún funcionario comunicaría noticia a los representantes de la prensa o a otras personas sobre materias del establecimiento, que hubieran

llegado a su conocimiento con ocasión de sus deberes oficiales. Igualmente, no podía publicar artículo o noticia referente a los campos de trabajo, a los internados en los mismos, ni al régimen o administración de ellos.

El tiempo de servicio de los funcionarios del cuerpo de vigilantes de campos de trabajo sería de seis, ocho o doce horas, según conviniera al servicio. En los puestos de vigilancia exterior se efectuarían relevos cada dos o tres horas, según lo permitiera la temperatura y condiciones de instalación de los puestos.

Para el exacto cumplimiento de sus funciones, se publicaría una cartilla en la que constase lo relativo a los distintos servicios de interior, de la cual se daría un ejemplar a cada vigilante, teniendo éstos la obligación de conocer sus preceptos.

En los puestos de servicio, tales como puerta exterior y otros determinados, habría un cuadro de órdenes que contendría los preceptos generales aplicables a cada servicio y las órdenes especiales que, en cada caso, dictase el director del campo.

El personal del cuerpo de vigilantes no podría ausentarse de la localidad o lugar donde se encontrase, sin la oportuna autorización del director o de la dirección general de prisiones. Tendría derecho a quince días de permiso al año, regulándose sus deberes y derechos por la legislación relativa a los funcionarios públicos.

El director del campo de trabajo determinaría qué vigilantes habían de prestar servicio en el interior y cuáles en el exterior, comunicándolo al jefe del destacamento. El servicio exterior sería nombrado por el jefe del destacamento, de acuerdo con las órdenes, recibidas al efecto, del director del campo. El interior sería designado por el director del campo o por el subdirector, por orden de aquel. El director del campo comunicaría diariamente al jefe del destacamento el servicio exterior que tuviera que montar al día siguiente en los tajos de trabajo al aire libre. Toda modificación impuesta por las circunstancias la comunicaría, igualmente, el director al jefe de destacamento.

Éste estaría subordinado al director del campo de trabajo, de quien recibiría las órdenes e instrucciones sobre el servicio. Era el responsable del orden, disciplina y exacto cumplimiento del cometido de todos los funcionarios que constituían el cuerpo de vigilantes. Como tal, le correspondía organizar y disponer el servicio del personal en el exterior e inspeccionar los puestos de guardia y los retenes de vigilantes.

Corregía las faltas que notase y, cuando la importancia de ellas lo requiriera, daría cuenta al director. Por su parte, podía imponer a los vigilantes y jefes de servicio, por las faltas leves que cometieran, hasta tres días de recargo en el servicio, distribuido en forma que lo pudieran realizar, sin que el exceso diario del recargo pasase del tercio de la jornada de trabajo de los funcionarios.

También comunicaba a sus inferiores las órdenes del servicio en forma verbal o escrita, según conviniera. Para nombrar el servicio exterior habría un libro, en el que firmarían los empleados que estuviesen de servicio cada día. Por su parte, los jefes de servicio serían uno de interior y otro de exterior.

Éste era el encargado de hacer cumplir las órdenes que regulasen, de un modo general, el servicio de vigilancia exterior, así como los especiales sobre el mismo, pudiendo tomar por sí las medidas que considerase oportunas. En los casos en que no hubiese instrucciones, se entendería directamente con el jefe del destacamento.

El jefe del servicio interior tendría las atribuciones preceptuadas en la legislación de prisiones, siendo el jefe del personal de guardia interior, dependiendo directamente en el servicio del director del establecimiento, a quien daba cuenta de las novedades que ocurriesen en el mismo.

Los vigilantes primeros tenían como función propia la de ser responsables y jefes de grupo de servicio exterior, distribuyendo los puestos y el turno de los vigilantes segundos, según las órdenes recibidas y, en su defecto, de acuerdo con las circunstancias. Podían ser destinados, cuando

la conveniencia del servicio lo reclamase, a efectuar servicio de guardia, lo mismo en el exterior que en el interior de los establecimientos.

También realizarían las funciones de jefes de grupo, área o departamento en el interior, siendo responsables de las faltas de sus subordinados que hubiesen ocurrido por no haber ejercido sobre ellos la debida vigilancia, no hacerles las advertencias que el servicio reclamaba o tenido tolerancias excesivas con ellos.

La misión de los vigilantes segundos sería obedecer a sus jefes, realizar los servicios de vigilancia, ateniéndose a la orden recibida que se llamaría consigna cuando se refiriera a la exterior, debiendo ser aquélla lo más breve posible. No se dormirían en sus puestos, ni hablarían con nadie ni se distraerían, debiendo prestar atención principalmente hacia el interior del recinto o línea a que alcanzase su vigilancia, sin dejar de estar atentos a lo que pasase a su alrededor.

Eran deberes especiales de los vigilantes de campos de trabajo efectuar el servicio de vigilancia exterior en los recintos y puestos de vigilancia de los campos, impidiendo evasiones y ateniéndose a las instrucciones que recibieran de sus jefes, llegando, para impedir fugas, a hacer fuego sobre los que no obedecieran la voz de alto; conducir y custodiar las cuadrillas de trabajo; hacer las guardias de retén y vigilancia en los destacamentos; prestar los auxilios que demandase el director del establecimiento o el funcionario que en cualquier momento le sustituyera, relativo a la vigilancia, orden y sometimiento a la disciplina de los reclusos y prestar el servicio de vigilancia interior con arreglo a la legislación de prisiones y a la especial que se dictase para los campos.

De las faltas que cometieran los vigilantes que estuvieran de servicio exterior se daría conocimiento al jefe del destacamento y éste lo comunicaría al director del campo. De aquellas en que incurriera el personal de interior, el jefe de servicio, lo pondría en conocimiento directamente al director del campo, quien haría lo propio al jefe del destacamento.

Los funcionarios del cuerpo de vigilantes no podrían ser separados de sus cargos, sino mediante expediente tramitado con arreglo al reglamento de prisiones, instruyéndose por procedimiento sumario, que permitiera prescindir de los trámites innecesarios.

Para ser funcionario del cuerpo de vigilantes de campos de trabajo se requería: ser español; mayor de 23 años y menor de 38; carecer de antecedentes penales; presentar aval de un partido político u organización sindical, con expresión de la fecha de su alta en los mismos; saber leer y escribir; poseer conocimientos de instrucción elemental; no padecer enfermedad o defecto físico que le imposibilite para el desempeño del cargo y tener, por lo menos, la estatura de 1,60 metros.

El nombramiento de los vigilantes tendría carácter provisional. A los seis meses del desempeño del cargo, el jefe del destacamento informaría al director del campo acerca de las condiciones que hubiera observado en cada funcionario y de la aptitud para efectuar el servicio. A este informe el director uniría el suyo y ambos se elevarían a la dirección general de prisiones a los efectos de la confirmación, cese o continuidad en la provisionalidad del cargo de cada funcionario, sin ulterior recurso (Gaceta de la República, 1937, pp. 353-355; El Cantábrico, 1937, p. 1; La Batalla, 1937, p. 1; El Sol, 1937, p. 2).

Más condenados a internamiento en campos de trabajo

Poco después de promulgarse el reglamento sobre el Cuerpo de Vigilantes de Campo de trabajo, se dictaron nuevas sentencias condenatorias. En este sentido, podemos referirnos a la causa contra varios vecinos de Concentaina. El tribunal condenó como autores de un delito de excitación para la rebelión militar a los procesados José Llopis Moltó, Rafael Uriarte Nicieza, Rafael Raduán Pascual, José Moltó Giner y Francisco Prieto Rivera a la pena de seis años de internamiento en un campo de trabajo y a los procesados Santiago Seguí Cucas y José Hera Esteve como autores de un delito de proposición para la rebelión militar a la pena de seis meses y un

día de internamiento en un campo de trabajo, accesorias correspondientes a todos, costas del juicio en la proporción legal establecida y obligación para todos los condenados de indemnizar al Estado solidaria y mancomunadamente en la cantidad de un millón de pesetas (El Día, 1937, p. 1; El Luchador, 1937, p. 2).

En ese mes de enero de 1937 fue detenido Ángel Polo Camacho, maestro, junto con su hermano Alejandro. Se acusó a los dos hermanos de pertenecer a FE, lo que ellos negaron, valiéndose además de los testimonios favorables de varios vecinos de CNT y UGT. Ángel fue condenado por el tribunal popular de urgencia por desafección al régimen a un año y seis meses en campo de trabajo, al figurar en los archivos policiales una ficha suya como afiliado a FE, mientras que su hermano fue absuelto.

Por su parte, en la mañana del 27 de enero se celebró el juicio contra los vecinos de Callosa de Segura, Salvador Maciá Olmos, Antonio Mora Mora, Rafael Mora Artiaga, Jesús Martínez Valero y Antonio Ros Salinas acusados por el Frente Popular de dicho pueblo por desafección al régimen.

El fiscal, con los informes que había en el sumario, solicitó que se aplicase a todos los procesados tres años de privación de libertad, pérdida de derechos civiles y políticos, profesión e industria con trabajo obligatorio. El tribunal rebajó la privación de libertad y trabajo a dos años (El Luchador, 1937, p. 1; El Día, 1937, p. 1).

También se celebró juicio contra once vecinos de Sax, acusados de rebelión militar. Tras las declaraciones de los testigos, emitieron sus informes el fiscal y las defensas. El tribunal condenó a Francisco Hellín Almodóvar como autor de un delito de excitación para la rebelión militar a la pena de doce años de internamiento en campo de trabajo. Mientras, a los procesados Francisco Bravo Mataix, José Valdés Rico y Pedro Mataix Hellín, como autores de un delito de proposición para la rebelión militar, a la pena de seis años de internamiento en campo de trabajo y al procesado Juan Sempere Herrero como autor del mismo delito a tres años de igual pena, accesorias correspondientes a todos y costas en la parte proporcional

que la ley establecía, imponiéndoles la obligación de indemnizar al Estado con trescientas mil pesetas (El Luchador, 1937, p. 1; El Día, 1937, p. 1).

Respecto a la causa seguida contra dos vecinos de Crevillente, Antonio Candela y Francisco Flores, el ministerio público les acusó de un delito de conspiración para la rebelión militar. Los testigos, a preguntas de las partes, dijeron que los dos procesados eran personas de derechas y que particularmente Antonio Candela acudía con frecuencia por las noches al cuartel de la Guardia Civil. El tribunal les condenó como autores de un delito de excitación a la rebelión militar a la pena de seis años y un día de internamiento en un campo de trabajo, imponiéndoles la obligación de pagar al Estado en concepto de indemnización civil la cantidad de doscientas mil pesetas, condenándoles también al pago de las costas (El Día, 1937, p. 2; El Luchador, 1937, p. 2).

Asimismo, podemos apuntar que la sección segunda del tribunal popular de Madrid dictó sentencia contra el vecino José Zamora González al que impuso la pena de doce años y un día de internamiento en un campo de trabajo como autor del delito de deserción calificado en grado de tentativa (La Batalla, 1937, p. 5).

El jurado de urgencia de Alicante decretó la absolución del comerciante murciano Miguel Miró por falta de pruebas de su desafección al régimen. En cambio, a Juan Ignacio Barceló, de Elda, lo condenó a tres años de trabajo obligatorio, privación de libertad, inhabilitación a cargo público y pérdida de derechos civiles y políticos (El Día, 1937, p. 1).

El 10 de febrero de 1937 terminó la causa contra varios vecinos de la localidad de Pego. Los procesados Salvador Frau Signes, Enrique Sendra Camps, Rafael Miralles García, Andrés Sastre Escribá, Juan Sendra Martínez, Pascual Sala Solbes, Vicente Nadal Siscar, Segundo Navarro Garrido y José Sendra Canet fueron condenados como autores de un delito de proposición para la rebelión militar a la pena de seis meses y un día de internamiento en un campo de trabajo, accesorias correspondientes a todos ellos y costas

en la proporción legal establecida, debiendo indemnizar al Estado con trescientas mil pesetas (El Día, 1937, p. 1).

Por su parte, también fue condenado por un tribunal popular el director de la fábrica de cementos de Floreal del Raspeig, Rafael del Pozo Mas, como autor de un delito de excitación a la rebelión militar a la pena de doce años de internamiento en un campo de trabajo y al pago al Estado de cincuenta mil pesetas en concepto de indemnización más las costas del juicio (El Día, 1937, p. 2).

Tres días más tarde se publicó la sentencia del tribunal popular de Alicante contra otros quince procesados. Antonio Pérez González, Luis Castelló Gallud, Lorenzo Bescas Durango y Francisco Morales Zaragoza fueron condenados como autores de un delito de excitación a la rebelión militar a la pena de doce años de internamiento en un campo de trabajo. En cambio, Claudio Roig Botella, como autor del mismo delito, a seis años y un día de igual pena. También fueron condenados Isidro Cantó Soler, Francisco Rossi Sánchez y Salvador Rossi Sánchez, como autores de un delito de proposición para la rebelión militar a la pena de seis meses y un día de internamiento. Además, se les impuso la obligación de indemnizar al Estado solidaria y mancomunadamente a la pena de quinientas mil pesetas (El Luchador, 1937, p. 2; El Día, 1937, p. 2).

Por esas fechas, en la cárcel Modelo de Valencia comenzó la vista de la causa seguida contra 122 abogados de la capital, acusados de desafección al régimen. La mayoría de los procesados se defendieron por sí mismos y los restantes por los letrados López Mandós y Cano Coloma. La casi totalidad de los procesados lo estaba por haber realizado una campaña contra el Gobierno de la República, tras el asesinato de Calvo Sotelo (El Día, 1937, p. 2; Diario de Burgos, 1937, p. 4; Proa, 1937, p. 1).

El día 14 se leyó el informe del fiscal. De los 122 letrados sólo concurrieron 53. Por la tarde informaron los defensores y la sentencia fue dictada a última hora del día. El fallo condenaba a internamiento en campos

de trabajo e imposición de multas, pero también algunas absoluciones (La Libertad, 1937, p. 4).

Otro caso fue el de Vicente Amorós Silvestre, vecino de Benijama. Como testigos de cargo acudieron tres miembros del Frente Popular de dicho pueblo. El procesado fue acusado de elemento derechista, “sin ser peligroso para la República”. El fiscal solicitó para el mismo la aplicación de una multa de 1.000 pesetas, privación de cargo público, profesión e industria, derechos políticos y año de residencia en Alicante. El tribunal falló de acuerdo con la petición del fiscal (El Luchador, 1937, p. 1).

El Patronato Nacional de los campos de trabajo

Por decreto de 3 de febrero de 1937 se subsanó la omisión en que se había incurrido al no contemplar en el artículo quinto del decreto de 26 de diciembre la representación de la FAI y del Partido Sindicalista en la formación del Patronato Nacional de los campos de trabajo.

De forma que, al Patronato Nacional de los campos de trabajo se incorporarían un vocal más por la Federación Anarquista Ibérica y otro por el Partido Sindicalista Español (Gaceta de la República, 1937, p. 634).

Fue mediante orden de 5 de febrero de 1937 cuando se aprobó el reglamento que regularía las actividades que había de tener dicho Patronato. Como dependiente del Ministerio de Justicia, estaría integrado por el presidente y los vocales que determinase el referido artículo quinto del decreto de 26 de diciembre de 1936.

Las funciones del Patronato serían:

- De coordinación y estímulo entre el Ministerio de Justicia y los demás ministerios que tuviesen a su cargo la ejecución de las obras en los campos de trabajo.
- De alta inspección sobre el funcionamiento de los campos de trabajo.
- De iniciativa para proponer el planteamiento de obras y mejora de los servicios.

- Estudio de ponencias hechas por los miembros del patronato.
- Tutela sobre los penados al finalizar la condena.

El Patronato se constituiría mediante oficio del Ministerio de Justicia dirigido a los comités nacionales de los distintos partidos políticos y organizaciones sindicales y obreras que integraban el Frente Popular para que éstos, en el término de quince días, a partir de la notificación, designasen sus respectivos representantes.

El pleno del patronato se reuniría la primera decena de cada mes en sesión ordinaria y cuantas veces se acordase por el pleno para reuniones extraordinarias a los fines de atender convenientemente el funcionamiento de los campos y el desarrollo de las obras a efectuar. Los acuerdos se tomarían por mayoría absoluta y por votación nominal.

El funcionamiento burocrático del patronato sería dirigido por un secretario técnico-administrativo designado por la dirección general de prisiones y auxiliado por el personal auxiliar que se precisase, teniendo dicho secretario técnico a su cargo la confección de las actas del patronato, el trámite de todos los acuerdos, la custodia de los ficheros, registro y archivo, y estudio e impulso de proyectos sobre trabajos y funcionamiento de los campos.

Sería competencia también del patronato el estudio y localización de los nuevos campos de trabajo que habrían de establecerse en los distintos lugares del territorio nacional. Asimismo, el patronato visitaría dos veces al año los campos de trabajo que funcionasen, proponiendo las reformas que considerase de necesidad.

Igualmente, podría gestionar de los distintos ministerios la rápida resolución de los proyectos, créditos y demás cuestiones de tipo burocrático, pudiendo proponer la sustitución o formación de expediente de aquellos funcionarios que considerase que entorpecían la marcha normal de los respectivos campos de trabajo.

De otro lado, la función tutelar sobre los condenados que hubiesen cumplido la pena era ejercida por el patronato con la amplitud de iniciativa

que el organismo estableciera, previo acuerdo sobre cada caso, a los fines de plena garantía para el individuo que se incorporaba a la sociedad. A tal objeto, tendría en cuenta los antecedentes del sujeto y la conducta observada en el campo de trabajo. Los vocales que integrasen el patronato serían designados para el cargo por tres años, en cuya fecha serían renovados.

Finalmente, hemos de indicar que todos los vocales de patronato percibirían 25 pesetas por sesión que celebrasen o día que dedicasen en visitas de inspección o trabajos concretos. (Gaceta de la República, nro. 38 de 07/02/1937, pp. 681 a 682).

Referencias bibliográficas

CNT. (1937, 3 de enero). *CNT: Órgano de la Confederación Regional de Asturias, León y Palencia*.

Diario de Burgos. (1937, 11 de febrero). *Diario de Burgos de avisos y noticias* (año 47, núm. 19285).

El Cantábrico. (1937, 14 de enero). *El Cantábrico. Diario de la mañana* (año 43, núm. 14572).

El Cantábrico. (1937, 17 de enero). *El Cantábrico. Diario de la mañana* (año 43, núm. 14575).

El Día. (1936, 30 de diciembre). *El Día. Periódico de la mañana* (año 16, núm. 4823).

El Día. (1937, 10 de febrero). *El Día: Diario de información. Defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6385).

El Día. (1937, 11 de febrero). *El Día: Diario de información y defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6386).

El Día. (1937, 12 de febrero). *El Día: Diario de información y defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6387).

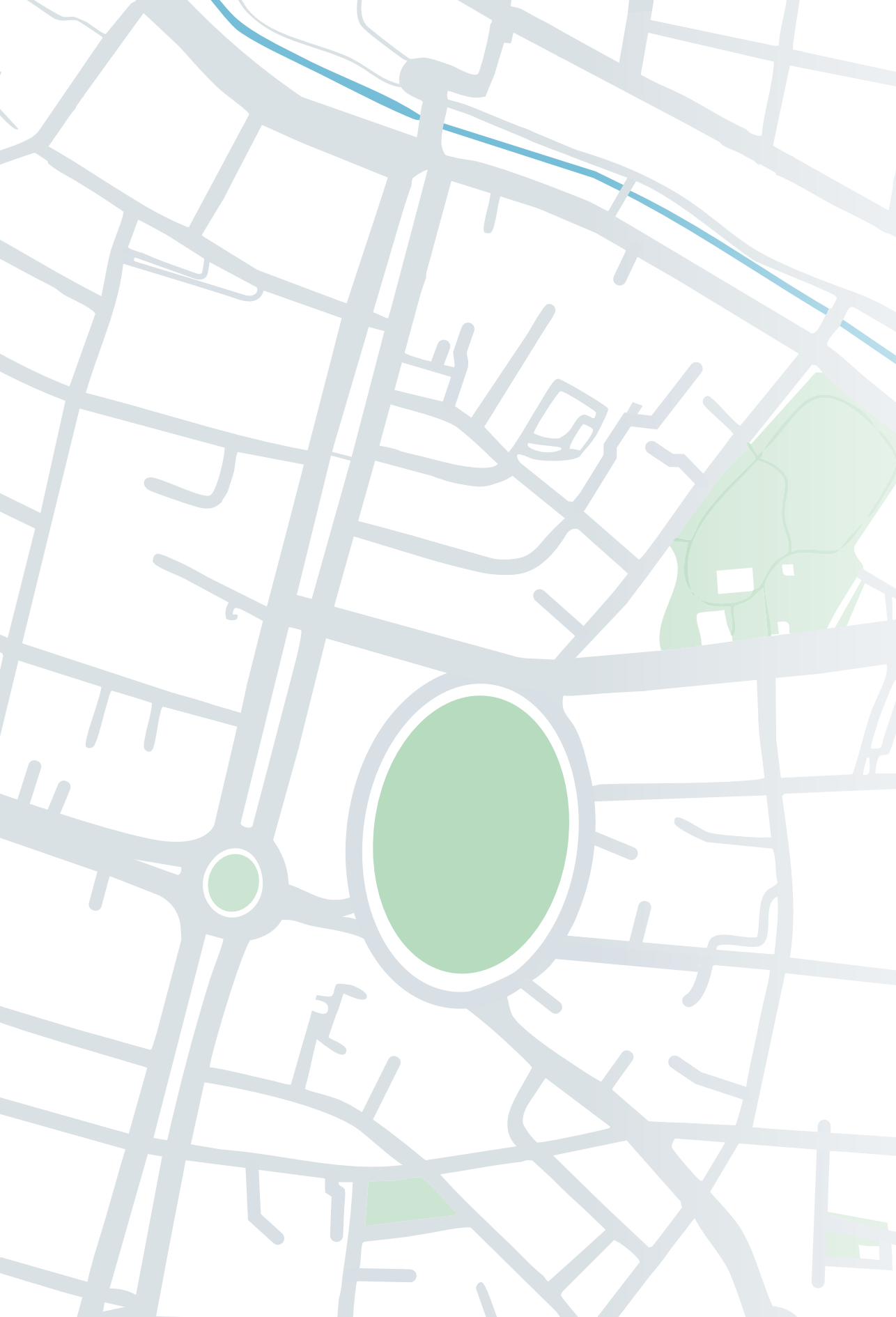
El Día. (1937, 13 de febrero). *El Día: Diario de información. Defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6388).

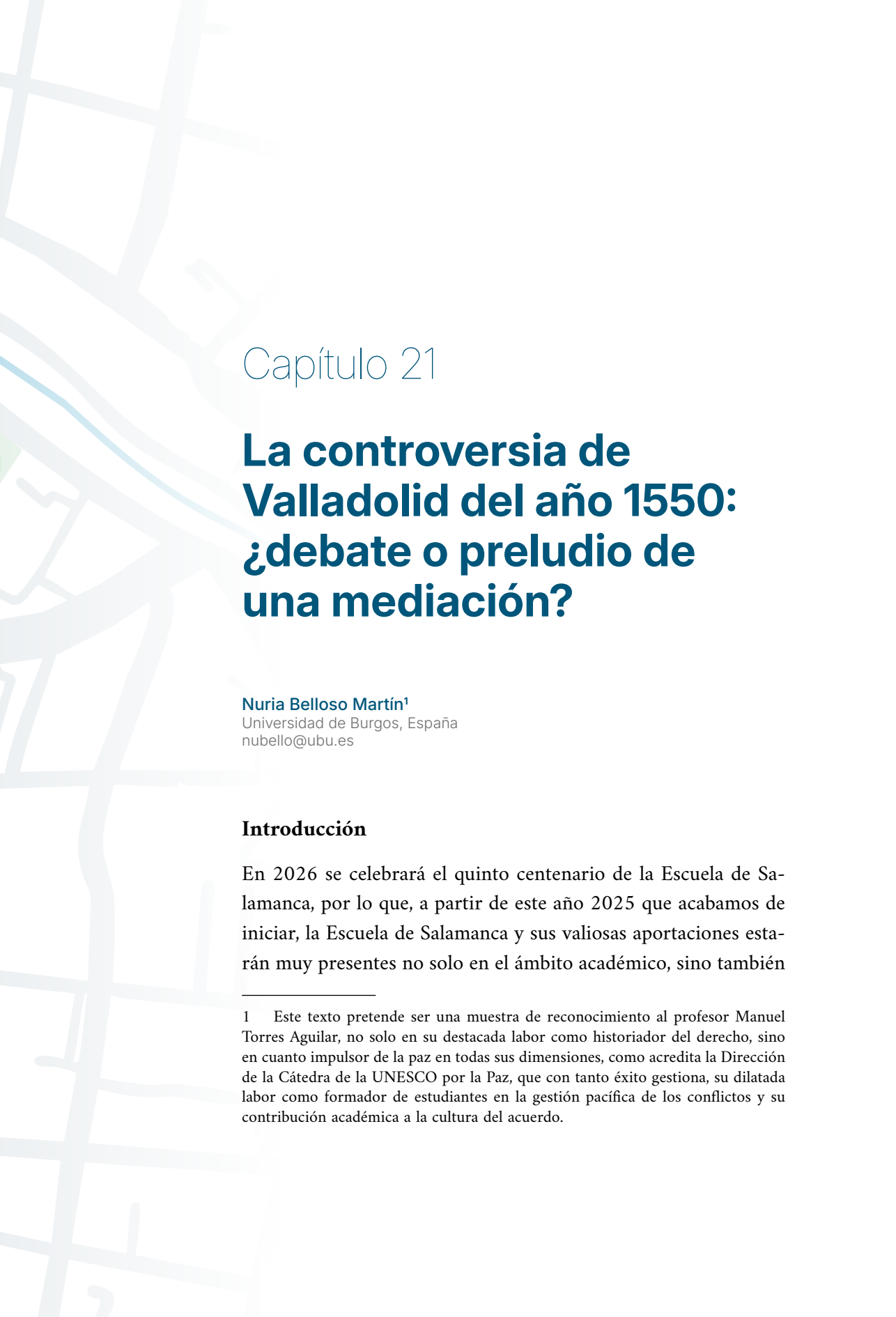
- El Día. (1937, 16 de enero). *El Día. Diario de información, defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6363).
- El Día. (1937, 20 de enero). *El Día. Diario de información. Defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6367).
- El Día. (1937, 28 de enero). *El Día: Diario de información y defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6374).
- El Día. (1937, 28 de enero). *El Día: Diario de información. Defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6374).
- El Día. (1937, 9 de febrero). *El Día: Diario de información y defensor de los intereses de Alicante y su provincia* (año 23, núm. 6384).
- El Liberal. (1937, 1 de enero). *El Liberal* (año 36, núm. 11378).
- El Liberal. (1937, 17 de enero). *El Liberal* (año 36, núm. 11392).
- El Luchador. (1937, 11 de febrero). *El Luchador: Diario republicano* (año 25, núm. 8766).
- El Luchador. (1937, 11 de febrero). *El Luchador: Diario republicano* (año 25, núm. 8766).
- El Luchador. (1937, 13 de febrero). *El Luchador: Diario republicano* (año 25, núm. 8768).
- El Luchador. (1937, 16 de enero). *El Luchador. Diario republicano* (año 25, núm. 8745).
- El Luchador. (1937, 20 de enero). *El Luchador. Diario republicano* (año 25, núm. 8748).
- El Luchador. (1937, 27 de enero). *El Luchador: Diario republicano* (año 25, núm. 8754).
- El Luchador. (1937, 28 de enero). *El Luchador: Diario republicano* (año 25, núm. 8755).
- El Sol. (1937, 17 de enero). *El Sol*.
- Gaceta de la República. (1937, 16 de enero). *Gaceta de la República* (núm. 16).
- Gaceta de la República. (1937, 4 de febrero). *Gaceta de la República* (núm. 35).
- La Batalla. (1937, 17 de enero). *La Batalla* (núm. 145).
- La Batalla. (1937, 31 de enero). *La Batalla* (núm. 157).

La Libertad. (1937, 1 de enero). *La Libertad* (año 19, núm. 5233).

La Libertad. (1937, 14 de febrero). *La Libertad* (año 19, núm. 5272).

Proa. (1937, 12 de febrero). *Proa: Diario de la Falange Española de las J.O.N.S.* (año 2, núm. 78).





Capítulo 21

La controversia de Valladolid del año 1550: ¿debate o preludio de una mediación?

Nuria Belloso Martín¹

Universidad de Burgos, España
nubello@ubu.es

Introducción

En 2026 se celebrará el quinto centenario de la Escuela de Salamanca, por lo que, a partir de este año 2025 que acabamos de iniciar, la Escuela de Salamanca y sus valiosas aportaciones estarán muy presentes no solo en el ámbito académico, sino también

¹ Este texto pretende ser una muestra de reconocimiento al profesor Manuel Torres Aguilar, no solo en su destacada labor como historiador del derecho, sino en cuanto impulsor de la paz en todas sus dimensiones, como acredita la Dirección de la Cátedra de la UNESCO por la Paz, que con tanto éxito gestiona, su dilatada labor como formador de estudiantes en la gestión pacífica de los conflictos y su contribución académica a la cultura del acuerdo.

en el social. Dicha efeméride sirve muy bien para hacer confluir dos vertientes de investigación, como son la histórica y la relativa a la mediación en el análisis de un tema que, al menos, incita a la reflexión bajo las lentes de la mediación, como es el conocido debate que dio lugar a la denominada Controversia de Valladolid del año 1550, para dilucidar de una vez qué derecho se tenía para lo que se estaba realizando en aquellas tierras.

Tal fue la relevancia de este acontecimiento histórico, que ya había sido llevada al cine en 1992, por el director Jean-Daniel Verhaeghe, ha recobrado su difusión en diciembre de 2023, de la mano del director vallisoletano J. Rodríguez-Briso. Ha recreado en una película-documental titulada *La controversia de Valladolid: el amanecer de los derechos humanos*, el debate entre Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda donde se discutió la legitimidad de la conquista española en América. En 2021 fue presentado en la Seminci de Valladolid. En palabras de su director:

A mediados del siglo XVI, y por primera vez en la Historia, un imperio se cuestiona a fondo dónde acaban los derechos propios, los del vencedor, y donde empiezan los derechos ajenos, los del vencido. Bartolomé de las Casas y Ginés de Sepúlveda defienden dos posturas históricamente antagónicas y debaten sobre los derechos naturales de los nativos americanos. Casi 500 años después, un reducido grupo de expertos analiza el que es considerado como el primer debate de la Historia sobre los Derechos Humanos.

Con ocasión del Día Europeo de la Mediación, que se celebra cada 26 de enero, el año 2024, la Cámara de Comercio e Industria de Valladolid se hizo eco de esta película documental e incluyó en el programa la intervención de su director para que explicara la Controversia de Valladolid, en el contexto de la mediación. Ello me hizo reflexionar sobre la conveniencia de realizar un análisis más profundo tomando como referencia y aunando dos enfoques como son la entrada, conquista y colonización del Nuevo Mundo, con la consiguiente valoración del reconocimiento de los derechos humanos de los indios, desde la perspectiva iusfilosófica, y el de la mediación y la gestión pacífica de los conflictos, en cuanto procedimiento para facilitar el diálogo entre dos posiciones enfrentadas por un conflicto.

Así como a lo largo de la historia de las instituciones jurídicas en España, algunos procedimientos han sido considerados precedentes de una forma de intervenir en las diferencias contando con la figura de un tercero que intenta intermediar y facilitar un arreglo entre las partes, la Controversia de Valladolid merece ser también analizada bajo esta óptica. Para ello, comenzaré con un breve recordatorio de la historia de la cultura de la paz, centrada en la mediación. Vaya por delante que no pretendo trabajar con un artificio —someter a la verificación de la mediación la Controversia de Valladolid— ni descontextualizar formular hipótesis aventuradas que, al no ser demostrables, podrían contribuir a resultados falsos.

Voy a partir de una referencia a la historia de la cultura de la paz, con el ánimo de indagar en los orígenes de la mediación, centrándome en algunas instituciones del derecho histórico español. A partir de ahí, me situaré ya en el siglo XVI y en la clave del conflicto que será objeto de examen: “Todos los hombres nacen libres por naturaleza y no siervos de otros” y su proyección en la colonización del Nuevo Mundo. Desde este contexto, analizaré la aplicabilidad de los presupuestos de la mediación a la Controversia de Valladolid: la naturaleza del conflicto, las partes del conflicto, la controvertida intervención de un tercero neutral (¿mediador?), el procedimiento de mediación y si se alcanzó un acuerdo. Terminaré con unas reflexiones finales.

La historia de la cultura de la paz: la mediación

El conflicto forma parte de la propia vertiente de desarrollo social de los seres humanos. La tendencia natural del ser humano a la sociabilidad ha dado lugar a distintas formas de entender cómo se debe actuar, qué decisiones hay que adoptar y distintas comprensiones de los problemas y sus posibles soluciones. La historia de la mediación, como un procedimiento para gestionar las controversias, también va ligada a la propia historia del ser humano. La mediación, en cuanto forma de gestionar los conflictos contando con la ayuda de un tercero imparcial, que ayude a las partes a

llegar a una solución que satisfaga a ambas partes ha estado presente en numerosas civilizaciones y culturas.

El espíritu conciliador en algunas culturas

Como explica Álvarez Torres (2013), en la cultura china, según Confucio en el 550 a. C., los conflictos se solucionaban con la “persuasión moral y el acuerdo, y no bajo coacción”. Esta reflexión es toda una defensa de que se debe llegar a la solución de la discrepancia mediante la voluntad de las partes en conflicto y no por la imposición unilateral o la intervención de un adversario que dificultaría el llegar a ese acuerdo y pondría fin a la armonía natural que existe en las relaciones humanas. Actualmente, los comités populares de conciliación siguen ejerciendo la mediación.

En Japón, las discrepancias eran resueltas a través del líder de la población, quien se instituía en la figura mediadora y ayudaba a los miembros de la población a la búsqueda y consecución de las soluciones para la resolución del conflicto. Más tardes, se aprobaron disposiciones legales para que los tribunales japoneses emplearan la conciliación de forma habitual. En África, los conflictos se resolvían mediante una junta de vecinos, donde una persona respetada ejercía la función de mediador, ayudando a las partes a llegar a un acuerdo (Álvarez Torres, 2013).

En la cultura grecolatina, esos “*amigables componedores*” han estado también presentes a través de distintas fórmulas, pero animados por un espíritu similar. Así, en la antigua tradición griega ya se incluía la figura del *synteresis*, un mediador que intervenía en disputas y trataba de encontrar soluciones equitativas entre las partes. Asimismo, en la antigua Roma encontramos que en el sistema jurídico existía algo que ha llegado hasta nuestros días, los *judices pacis* (jueces de paz), que eran individuos designados para mediar en disputas civiles antes de que fueran llevadas a juicio.

En Estados Unidos fue la Sociedad Religiosa de los Amigos, conocida como “cuáqueros”, los que para resolver las controversias comerciales empleaban la mediación y el arbitraje. Sin embargo, son los procedimientos

de resolución de desavenencias laborales industriales los antecedentes y modelos de mediación más conocidos en los Estados Unidos.

La mayor parte de los casos citados tienen en común la existencia de la figura del líder de la familia, del clan o del pueblo que brindaban su conocimiento para ayudarlos a encontrar un acuerdo que solucione sus discrepancias.

La cultura de la mediación en España

Entre los antecedentes de la aplicación de procedimientos de mediación en España, los textos de nuestra historia del derecho español y de las instituciones nos ofrecen algunos ejemplos que resultan significativos.

El término mediador encuentra origen etimológicamente en el latín *mediator* o *mediatoris*, así como mediación deriva del vocablo *mediatio*. Viene a designar una ubicación intermedia entre dos puntos y por extensión entre dos posturas o intereses opuestos. Al acudir a las fuentes lexicográficas e historiográficas uno se percató de que, mientras el término que correspondería a la voz de “mediador” sí se recoge en diferentes épocas y diferentes contextos sociopolíticos, no sucede lo mismo con el término “mediación”. Ello lleva a entender que la función del mediador era ejercida por individuos a los que no se les reconocía ninguna pertenencia a un “gremio profesional” o institución y que desempeñaban su rol de forma absolutamente independiente. Este tercero “mediaba”, “componía”, “intercedía”, “arreglaba”, “ayudaba”.

El profesor Puy Muñoz (2007, pp. 26-27) establece la siguiente cronología para constatar el uso de estos términos:

- Fuero de Avilés (1076) aparece “medianedo” para designar un “tribunal sobre litigios de los pertenecientes a diferentes jurisdicciones”. Puy Muñoz subraya el marcado carácter jurídico de esta definición, porque “supone la comprensión de la mediación como una jurisdicción extraordinaria (de Derecho Natural) capaz de llegar a donde no llegan las ordinarias (las de Derecho Positivo)”. La profesora Otero Parga

(2007) subraya el “sorprendente significado jurídico de jurisdicción extraordinaria situada por encima de la ordinaria” (p. 175).

- Las Siete Partidas de Alfonso X (1250-1263), consideradas por la gran mayoría de historiadores y juristas como el más importante compendio de derecho de la Edad Media. En las Partidas no se recoge ni el concepto de mediador ni el de mediación, pero en su defecto, se refieren al arbitraje. Así, en su Partida 3, título 4, “Regulan el arbitraje” entendiendo por tal al “procedimiento que deben seguir quienes ‘son llamados en latín árbitros’ y en romance ‘juzgadores de albedrío’ [o Jueces de Aveniencia], porque ‘son escogidos para librar algún pleito señalado’, con otorgamiento de ambas partes”. Puy Muñoz apunta la posibilidad de que estos juzgadores-árbitros podrían ser, en última instancia, mediadores “obligados por Partidas a pasar por árbitros”.
- En las Ordenanzas de Lonja y Oreja, de 1271, en las que actuaban los denominados “corredores de oreja” (se recibían este nombre por la obligación de guardar el secreto).
- El Consejo de Hombres Buenos de la Huerta de Murcia y el Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia más conocido como Tribunal de las Aguas, constituyen otros dos antecedentes de ese procedimiento de “arreglo de las diferencias a través de un tercero”. El Tribunal de las Aguas funcionó desde el siglo XVIII en España. Estaba integrado por campesinos y su función era la de repartir equitativamente el agua en toda la comunidad. En la zona mediterránea el agua es un bien escaso y resulta imprescindible para el riego de las huertas y campos agrícolas, por lo que su incidencia en la vida económica de las familias no era cuestión menor. Se basaba en la autoridad de quien decidía y en el compromiso de cumplir la decisión por parte de los afectados. Por lo general, los integrantes del Consejo y el Tribunal, respectivamente, eran personas reconocidas y respetados por la comunidad, que fueron desarrollando estrategias de gestión de conflictos a través de la práctica.

- A lo largo de los siglos XV, XVI y XVII, el término “mediación” sigue ausente de los vocabularios jurídicos de lo que cabe deducir que tampoco está presente en las leyes. La dos únicas connotaciones más próxima serán, una, la que figura en el Vocabulario de Antonio de Nebrija (1495). Más de dos siglos después de las Partidas, se confirma la existencia de una figura análoga a la del mediador al que se le nombra por *mediator-oris* y que se traduciría por “medianero entre dos”; la otra, la contenida en el lexicógrafo Sebastián de Covarrubias Horozco. En su obra *Tesoro de la lengua castellana o española*, de 1611, recoge el término “medianero” para referirse a aquel “que se pone de por medio para componer diferencias”, acepción que, sin dificultad, se puede equipar a la de mediador.

Es en el siglo XVIII, concretamente en 1734, cuando el Diccionario de autoridades de la lengua española incluye “por primera vez las voces mediación y mediador” sin obviar las de “medianero” y “mediar”. Algo que se mantiene asimismo en la primera edición del *Diccionario de la lengua castellana* de la Real Academia Española (1780). Se define la mediación como “la interposición de alguno que pretende componer o reconciliar a otros que están entre sí discordes, o conseguir alguna cosa para otro”. A partir de entonces, el término mediación y medianero se mantiene en las fuentes de la lengua española, como se manifiesta en la primera edición del *Diccionario de la lengua castellana* de la Real Academia Española, publicado en 1870, en el que se mantiene el término y el significado que se acaba de mencionar.

En la Edad Moderna, la mediación adquirió un papel importante en el ámbito del derecho internacional en orden a establecer acuerdos y respeto a los convenios a que se hubiera llegado. Con todo, cabe recordar que los acuerdos internacionales sin autoridad —COMO TRISTEMENTE SE puede apreciar en el contexto geopolítico actual en el que nos encontramos— tienen poco valor sin autoridad. A pesar de ello, las negociaciones,

diálogos y búsquedas conjuntas de acuerdo, siempre arrojan algún elemento positivo (Coca Villar et al., 2007; Salazar Benítez y Torres Aguilar, 2009).

Lo expuesto permite entender que “mediación” es una palabra que llega a todas las lenguas romances occidentales a través del latín. *Medius* hace referencia a quien se encuentra en medio, al intermediario, a quien no se inclina hacia un lado u otro. Esta referencia etimológica e histórica nos ayudará a verificar si en la Controversia de Valladolid, la persona a quien se encomendó los cuidados del desarrollo de la Controversia, el dominico fray Domingo de Soto, podría ser considerado como “un mediador”.

La clave del conflicto: “Todos los hombres nacen libres por naturaleza y no siervos de otros”

Esta escuela ha sido conocida como la “Escuela española del derecho natural y de gentes” pero también ha sido denominada Escuela de Salamanca, por haber sido la mayoría de sus miembros, profesores de la Universidad de Salamanca o por haber tenido alguna vinculación con el estudio salmantino. Seguidores de las doctrinas de Tomás de Aquino como punto inicial de unión, aunque manteniendo distintos enfoques, despuntaron relevantes juristas teólogos —dominicos, jesuitas, franciscanos— entre cuyas principales aportaciones cabe destacar la aplicación del derecho natural al imperio español en las Indias, la cuestión de la soberanía política desde una perspectiva católica y su reconocida contribución a la historia del pensamiento económico, prefigurando el pensamiento liberal. Las ideas referentes a la soberanía, la democracia, la autoridad y la obligación política, el deber de obedecer, el poder legal y la justicia, tal y como lo entendemos en la actualidad, toman su fundamento de las construcciones de esta escuela salmantina.

En sus obras despuntan temas como el del poder universal del papa y del emperador, el *ius gentium*, el derecho de la guerra y la polémica sobre la condición de los habitantes de las nuevas tierras descubiertas con ocasión del descubrimiento del Nuevo Mundo. Un debate en el que la Escuela de

Salamanca realizó aportaciones de la mayor relevancia para una adecuada comprensión —teológica, jurídica, política y económica—.

El monarca y el papa —que simbolizaban poder temporal y poder espiritual— venían a simbolizar los dos grandes poderes para los asuntos políticos y religiosos. La conquista y colonización del Nuevo Mundo supuso el mayor desafío al que tuvieron que hacer frente, para lo que se debatió a lo largo de estos años sobre los justos títulos. La colonización de las nuevas tierras descubiertas se había justificado en la autorización del papa Alejandro VI, quien, a través de sus bulas, autorizaba la colonización para que se cristianizara a sus habitantes.

Dejando a un lado las repercusiones económicas del descubrimiento, hay que señalar que descubrir América representó el derrumbamiento de toda esa concepción tradicional del mundo, donde los datos geográficos, el sistema teológico y las ideas religiosas formaban una unidad indisoluble y la negación de una parte ponía en entredicho a las demás. Con la llegada de los españoles —y fundamentalmente de los misioneros— se comenzaron a plantear una serie de interrogantes que iban a marcar la investigación de los teólogos, juristas y filósofos castellanos profundamente. Se plantean problemas como el de la naturaleza y capacidad de los indios, el trato que debía dárseles, la necesidad de su protección frente a la codicia del conquistador, la prohibición de la esclavitud, el derecho español al dominio de América y la supuesta legitimidad moral de la conquista, entre otros (Brufau Prats, 1989).

Conviene dejar sentada la importancia que tuvo el descubrimiento de América en orden también a la recuperación de las teorías utópicas y del mito del buen salvaje. En la literatura comienzan a proliferar bucólicos relatos de alabanza a la vida pastoril queriendo dejar constancia de la degradación a la que se estaba llegando por parte de algunos sectores sociales en la codicia despertada por el oro y la plata que venían de América. Esta tendencia de búsqueda del pasado idílico estimulará un renovado interés por el “mito de la edad de oro”.

Sin embargo, tras la denuncia del padre dominico fray Antonio de Montesinos, en un famoso sermón pronunciado el 21 de diciembre de 1511,

en una pequeña iglesia de la isla Española (actualmente Santo Domingo), sobre el trato que los colonizadores españoles estaban dando a los nativos, sometiéndolos a trabajos excesivos y condiciones de esclavitud, y más exactamente desde que el eco de sus sermones llegó a la Corte, comenzó una polémica etapa en la que se sometió a crítica la presencia castellana en la Indias. Las principales instituciones organizadoras de la conquista fueron: el *repartimiento* (entrega de un grupo de indios a cada español para que trabajasen a su servicio) y la *encomienda* (transformación nominal o aparente de los repartimientos, en virtud de la cual los indios repartidos o entregados a cada colono se entendía que estaban bajo su protección o encomienda, debiendo el encomendero darles instrucción religiosa y teniendo el derecho a exigir de los indios trabajo y tributo). En las Cortes de Valladolid de 1542 se llegó a pedir al emperador Carlos V que pusiera remedio a tanto desmán (González Díez, 2021).

Las Leyes de Burgos (1512-1513) fueron la primera réplica legal a las censuras de Montesinos. En 1512 don Fernando convocó una junta de teólogos y juristas para tratar el tema. El resultado fue un conjunto de treinta y cinco leyes promulgadas en Burgos, en 1512, a las que unos meses después se agregaron cuatro más dictadas por la reina en Valladolid en 1513. Fue un texto pionero en su época, tanto porque era la primera vez que una fuerza que conquistaba, se autocuestionaba cómo se estaba llevando a cabo tal conquista, y también por el propio contenido de estas leyes, en las que se reconocían derechos a los indígenas —tanto sobre sus condiciones de vida como de trabajo, su evangelización, como principalmente porque se declaraba que eran hombres libres y debían ser tratados como tales—. Tales leyes fueron progresivamente actualizándose y mejorándose, a petición de los frailes dominicos, especialmente en lo que se refería a las mujeres y a los niños, conformando, en diversas legislaciones sucesivas, las Leyes de Indias —técnicamente muy buenas, pero que lamentablemente apenas fueron eficaces, pues los colonizadores apenas las respetaron—. Con todo,

fray Bartolomé de las Casas, considerado como el principal artífice de la defensa de los indios en el Nuevo Mundo, las calificó de injustas e ineficaces.

Un análisis de la aplicabilidad de los presupuestos de la mediación a la Controversia de Valladolid

La discusión de los títulos para legitimar la entrada de los españoles en los nuevos territorios conquistados, dio lugar a la aparición de reparos de ciertos religiosos (especialmente dominicos) a la acción de los conquistadores. Ese “despertar de la conciencia cristiana” derivó en la gran polémica fundamentalmente asociada a los nombres de fray Bartolomé de las Casas (1474-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573).

Aquí surge nuestro objeto de análisis: la Controversia de Valladolid, convocada por Carlos V (Belloso Martín, 2022), en la que Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda, presididos por fray Domingo de Soto, en diversas sesiones celebradas entre 1550 y 1551, intentaron acercar posturas extremas sobre el trato que había de darse a los indígenas, sin que eso fuera posible, pero que puso de relieve cómo la Corona, teólogos y juristas, se interesaron por la cuestión.

En concreto, la discusión sobre temas como el poder temporal del papa, la condición humana y libre de los indios, la guerra justa, el derecho a comerciar con otras gentes y otras cuestiones semejantes contribuyó decisivamente a la elaboración de unos principios filosófico-jurídicos que sirvieron para fundamentar un naciente derecho internacional, en el que el también dominico Francisco de Vitoria fue pionero, sustituyendo el concepto de cristiandad por el de género humano y defendiendo que todos los seres humanos, con independencia del lugar que habiten en la tierra, pertenecen al género humano, lo que les convierte en sujetos que nacen libres (Pérez Luño, 1992).

La tarea intelectual de las grandes figuras de la Escuela de Salamanca fue, entre otras, defender esa libertad por naturaleza de todos los seres humanos, de manera que la esclavitud dejaba de ser considerada una

institución perteneciente al derecho natural, para pasar a ser *contra natura* y, por tanto, ilegítima (Carpintero Benítez, 2003). En definitiva, la Escuela de Salamanca ha sido una precursora de la soberanía popular y de la necesidad de fundar un orden civil basado en el imperio de la Ley que tenga como principal orientación la consecución del bien común.

Tanto la Controversia como la mediación pretenden resolver conflictos a través del diálogo y ambas buscan encontrar un punto intermedio entre las partes en disputa. Sin embargo, aunque pueden apreciarse algunos puntos en común con lo que actualmente se viene entendiendo un procedimiento de mediación, hay diferencias muy notables que ponen en duda que se pueda “tipificar” la Controversia como una “mediación”.

La naturaleza del conflicto

El emperador Carlos V fue quien organizó este encuentro. La conquista y colonización del Nuevo Mundo había despertado recelos por parte de las naciones vecinas que también aspiraban a recibir parte del oro y riquezas naturales que se traían del Nuevo Mundo descubierto. Las obras de Bartolomé de las Casas, cuyos títulos ya constituían una denuncia de lo que consideraba eran abusos de los colonos, unido al discurso de Antonio de Montesinos, hizo que el emperador decidiera buscar alguna vía que, por un lado, cuidara de los derechos de los indios pero que, por otro, se pudiera continuar con la colonización de las tierras descubiertas. Eran pocas las voces que se decantaban por una vía intermedia, razón por la que su convocatoria se dirigió a quienes conciliaban las opiniones más extremas sobre el tema.

El conflicto era complejo porque contenía implicaciones políticas, religiosas y éticas, a las que se sumaba el derecho de gentes —hoy diríamos tenía una vertiente de derecho internacional— todas ellas difíciles de conciliar. Si a ello se le suma la fuerte influencia de la teología, de las doctrinas jurídicas, de los intereses económicos, de la religión, del mito y la leyenda

sobre el Nuevo Mundo, se puede comprender los muchos intereses que había en este tema.

Las partes del conflicto

Como en todo conflicto, había unas posiciones enfrentadas que, como ya he mencionado, se concentraron en dos posiciones, sostenidas respectivamente por:

- El fraile dominico Bartolomé de las Casas y luego obispo de Chiapas, firme defensor de la conversión pacífica y persuasiva (“indigenista”). Las Casas, nacido en Sevilla, fue ordenado sacerdote en 1510 y fue el primero que cantó misa en el Nuevo Mundo. Sus obras, tanto en latín como en castellano, son eminentemente polémicas: *Brevísima relación de la destrucción de las indias*, el *Tratado sobre la materia de los indios que se han hecho esclavos*, el *Tratado de las doce dudas* (sobre la conquista de Perú), etc. Defendió los derechos de los indígenas, argumentando que eran seres humanos con almas y derechos inherentes. La antropología lascasiana se mueve en un plano de utopismo, que contribuirá a una elaboración definitiva y sofisticada del mito del “buen salvaje”. La mayor parte de su vida la pasó en las indias. Escribió cartas, memorias e informes con sus denuncias y las remitió al rey. Sin embargo, exageró algunos datos, en su afán de proteger a los indios, lo que acabó desembocando en un descrédito. A la vez, dio armas a los rivales de España en la lucha por el poderío mundial, lo que explica las reservas y el juicio adverso por parte de la historiografía española (hay autores que le presentan como antipatriota y antiespañol, creador de la nefasta “leyenda negra”).
- Juan Ginés de Sepúlveda se formó en Alcalá, Sigüenza y Bolonia. Estuvo relacionado con figuras relevantes de las letras en Italia y en España, y ocupó el cargo de cronista de Carlos V y de Felipe II. Adquirió fama por sus traducciones de Aristóteles. LIDERÓ UN lado del debate a favor de la conversión “forzosa” y justificó la conquista

y la evangelización por la espada. Argumentó que los indígenas eran “bárbaros naturales” y, por tanto, sujetos legítimos a la esclavitud y la dominación española. No llegó nunca a viajar al Nuevo Mundo. En lo que se refiere a la naturaleza y condición de los indios, Sepúlveda se basaba en argumentos agustinianos (necesidad de ley coactiva para castigar a los hombres por sus pecados) y aristotélicos (teoría de la esclavitud), y consideraba a los indios inferiores y que cometían graves pecados *contra natura*, eran antropófagos e idólatras y, para que los castellanos les sacaran de tales vicios, era justo que los sometieran incluso mediante la guerra. Sepúlveda no considera a los indios como auténticos “esclavos por naturaleza”, sino solamente en una situación de “atraso, perfectible con el tiempo y educación”.

Los argumentos versaron sobre varias cuestiones, entre las que destacan:

- La naturaleza de los indígenas: ¿eran seres humanos completamente racionales y con derechos, o eran seres inferiores destinados a servir a los españoles?
- La legitimidad de la conquista española: ¿tenía España el derecho moral de conquistar y colonizar las Américas, y de someter a los indígenas?
- El trato de los indígenas: ¿qué tipo de trato debían recibir los indígenas por parte de los colonizadores españoles?

La población india no participó de la Controversia. Eran parte fundamental del conflicto, ya que toda la problemática versaba sobre su naturaleza (humana o no), su condición, el trato que se les debía dar, sus derechos, es decir, de sujeto se convirtieron en objeto sobre quienes se estaba dirimiendo qué decisiones adoptar.

Se podría considerar que Bartolomé de las Casas estaba representando sus intereses, pero lo cierto es que se rompe aquí uno de los presupuestos esenciales de la mediación: el diálogo y la comunicación directa entre las partes que tienen un conflicto. Asimismo, tampoco se ajusta a que se pueda

considerar un conflicto multipartes porque, aunque sean muchos los sujetos implicados, una de las partes no participó en el procedimiento.

El equilibrio de poder entre las partes es otro de los requisitos para que el proceso de comunicación pueda desarrollarse sin el temor a que haya unos condicionantes que determinen la imposición de los criterios de una parte sobre la otra, aunque el procedimiento esté revestido de un equilibrio entre ambas partes mediadas. El desequilibrio cultural hace inviable que, en este caso, aun habiendo querido dar participación a la población indígena, se hubiera podido entablar una comunicación. Las Casas podría verse como un adecuado representante de los intereses de la población indígena, paliando este requisito. Pero surgiría entonces la falta de otra condición imprescindible para un procedimiento de mediación, como es la participación directa de las partes implicadas.

La controvertida intervención de un tercero neutral

Ante las diferencias entre Sepúlveda y Las Casas, Carlos V les convocó ante una comisión de teólogos y juristas, en la capilla del Colegio San Gregorio de Valladolid, presidida por Domingo de Soto, a la que también asistió Melchor Cano, Bernardino de Arévalo, miembros del Consejo de Castilla y del Consejo de Indias, y oficiales del Gobierno español. Ahí se debatió a lo largo de seis meses. ¿Podría considerarse que Soto se ajusta al perfil de un mediador?

Hay distintas definiciones y conceptos de mediación, las cuales, según la escuela en la que se inscriban, otorgan una función matizada a la persona mediadora. Para dilucidar este aspecto acudimos a la definición de mediación más reciente que ofrece en España la Ley Orgánica 1/2025: la mediación es un proceso voluntario en el que las partes, con la ayuda de un mediador imparcial, intentan llegar a un acuerdo. Es decir, dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de una persona mediadora, que actúa facilitando el diálogo y el acuerdo de manera imparcial y neutral, pero sin hacer propuestas de ningún tipo.

De lo expuesto en el primer epígrafe, en el derecho español se conocían las distintas figuras de medianeo, árbitro, buen hombre y que la designación del dominico Domingo de Soto, no fue hecha en tales términos, es decir, no como “mediator”, sumado al papel que representa Soto y a cómo se desarrolló la Controversia, lleva a pensar que se trató de un debate conducido por Soto y no de una mediación tal y como se entiende actualmente.

Domingo de Soto fue una insigne figura de la Escuela de Salamanca. Tras haber estudiado en Segovia, Alcalá y París, acabó en Salamanca como uno de sus más prestigiosos profesores, junto con la figura también destacada, Francisco de Vitoria. Desde la economía al derecho de gentes, sus obras eran conocidas en toda Europa. Fue confesor del emperador Carlos V y al que se le ofrecerá por sus servicios el Obispado de Segovia, que Soto rechazará para seguir con su labor académica. Felipe II le escuchó siendo príncipe en una de sus lecciones, en Salamanca, y acabó haciéndole “mediador” en una controversia con el papa.

Soto defendió la evangelización pacífica del Nuevo Mundo. Actuando como árbitro, siempre tendió a abogar para que las votaciones en esa junta cayeran del lado de los indígenas. Fue, además, quien realizó el resumen de la controversia, publicada en Sevilla, en 1552.

El procedimiento de mediación

Algunas premisas de la mediación podrían considerarse que estuvieron presentes en la Controversia:

- *Cuando la ley no es suficiente.* Cómo la justicia ordinaria puede generar soluciones incompletas o insatisfactorias para las partes en conflicto.
- *Diálogo en lugar de litigio.* Cómo la mediación fomenta la comunicación y el entendimiento entre las partes para construir soluciones conjuntas.
- *El poder de la palabra.* Cómo la mediación empodera a las partes para expresar sus necesidades e intereses y participar activamente en la solución de su conflicto.

- *Más allá del “ganar-perder”*. Cómo la mediación promueve acuerdos colaborativos donde todas las partes se sienten satisfechas y beneficiadas.
- *Construyendo puentes y no muros*. Cómo la mediación facilita la reconstrucción de relaciones dañadas y fomenta la convivencia pacífica.

Estas máximas que resumen bien lo que la mediación pretende transmitir, podrían considerarse inspiradoras de la Controversia de Valladolid. Ahora bien, partiendo de lo que no deja de ser una hipótesis de lo que podría haber animado al emperador Carlos V a impulsar este encuentro, hay otros presupuestos que forman parte de todo procedimiento de mediación y que no se contemplaron en la Controversia:

- *No hubo confidencialidad*. Al debate asistieron teólogos, juristas y asesores del emperador, por lo que se aleja de un procedimiento en el que únicamente participan las partes en conflicto y la persona mediadora, y las conversaciones y resultados de la comunicación quedan en un ámbito de reserva de los participantes. Una evidencia de que no hubo tal confidencialidad es que Domingo de Soto transcribió y publicó posteriormente lo que se había debatido.
- *No hubo comunicación directa en sentido estricto*. Las Casas y Sepúlveda no se sentaron en una mesa a debatir y contrastar sus argumentos y posiciones. La Controversia se desarrolló mediante intervenciones en la tribuna de oradores de manera individualizada cada uno. De ahí que no se trató de un procedimiento de diálogo como tal, sino de exposición de argumentos, cada parte de teorías y doctrinas avaladas por filósofos y teólogos, desde Aristóteles y Agustín a Tomás de Aquino.
- *Falta de empatía*. Ponerse en el lugar del otro resulta difícil en cuanto que Sepúlveda no llegó nunca a viajar al Nuevo Mundo, por lo que no había tenido contacto con la población indígena, ni tampoco conocía *in situ* el contexto en el que vivían, ni su forma de organizarse.
- *No fue un procedimiento ágil y rápido*. El debate se prolongó a lo largo de seis meses.

- *Buena parte de la controversia versó sobre los derechos de los indios.* Los derechos humanos son indisponibles por lo que sobre este tema no cabría una negociación ya que no dependen de la autonomía de la voluntad de las partes. Algunas otras cuestiones de índole más política —buen gobierno por parte de los colonos, condiciones de trabajo— sí podrían haber sido objeto de mediación.
- *No se formularon propuestas o ideas creativas.* Las dos posiciones enfrentadas no posibilitaron la valoración o adecuación a las expectativas de la otra parte. No había voluntad de alcanzar un acuerdo como objetivo final ni tampoco como presupuesto inicial. Al faltar este elemento intencional de intentar llegar a un acuerdo, no hay fases, en sentido estricto, por el que las partes van y viene, en cuanto que los conflictos son como vasos comunicantes y hay momentos en que el hecho de resolver uno de ellos implica retocar otro que ya se tenía solucionado.

¿Se alcanzó un acuerdo? El poder de decisión

La pregunta que se han formulado muchos es quién ganó el debate. Esto ya da idea de que no se está contemplando como un intento de alcanzar un acuerdo, sino de ver qué argumentos tuvieron más peso. Formalmente no ganó ninguno de los dos protagonistas. La mayor parte de los teólogos presentes en la capilla del Colegio de San Gregorio de Valladolid se inclinaron por Las Casas, mientras que los juristas apoyaron a Sepúlveda, pero no hubo sentencia oficial. Las Casas no veía el fin de las guerras de conquista españolas en el Nuevo Mundo y Sepúlveda no veía anuladas las restricciones que las Nuevas Leyes imponían al poder del sistema de encomiendas.

Los efectos beneficiosos que aporta un procedimiento de mediación, como bien ha señalado Gorjón Gómez (2023): bienestar, felicidad que genera la solución del conflicto y empoderamiento, no están presentes porque no hubo tal acuerdo; no hubo júbilo porque no hubo consenso; no se recuperó el *status quo* que se había perdido a causa del conflicto.

Con todo, a pesar de que la Controversia de Valladolid no tuvo una resolución final, ello no significa que el resultado fuera estéril, ya que marcó una orientación para las futuras normas que la Corona fue aprobando a lo largo del siglo XVI, con la finalidad de poner freno a los abusos sobre los indígenas, como fue la actualización de las Leyes de Indias y la creación de la figura del “protector de indios”. Las conquistas se frenaron, regulándose de tal forma que, en teoría, solo a los religiosos les estaba permitido avanzar en territorios vírgenes.

Conclusiones

Una lectura de hechos y acontecimientos histórico, insertos en un contexto determinado y específico de la época con el enfoque actual conduce a resultados alejados de la verdad y, por tanto, esa premisa falsaría induciría a que las siguientes deducciones resulten equivocadas. En el ámbito jurídico, la precisión en la interpretación de los términos es relevante lo que lleva a deducir que términos que pueden resultar sinónimos (controversia, polémica, discusión, disputa, contienda, lucha) ofrecen unos matices distintivos que aportan la especial peculiaridad y significado de cada uno de ellos. Si este uso indistinto lo insertamos, además, en un contexto histórico diferente al del intérprete, el resultado será una visión falsa o, al menos, distorsionada con respecto a los hechos realmente acontecidos. Los historiadores del derecho nos aportan con sus investigaciones textos de inapreciable valor para poder comprender qué hechos acaecieron, a la vez que contribuyen a facilitar la interpretación de tales acontecimientos, contextualizándolos debidamente. Todo ello justifica que las consideraciones históricas que a lo largo del texto se han realizado, no tengan más pretensión que ayudar a entender el marco del conflicto que aquí se ha examinado. Conocer los antecedentes, orígenes y causas de los conflictos, es una tarea imprescindible para poder elaborar un “mapa” del conflicto y, a partir de ahí, que el mediador pueda preparar unas líneas estratégicas a seguir.

En este caso, el conflicto que atañe a la Controversia de Valladolid debe entenderse a la luz de las circunstancias político-económicas —tanto de las que afectaban al Reino de Castilla de la época como también a los países vecinos, recelosos de los logros de Castilla en la empresa de colonización—. Asimismo, el contexto teológico y jurídico, las aportaciones de la escuela española del derecho natural y de gentes, las posiciones de los dos debatidores en la Controversia, deben también situarse en el contexto de una problemática que hoy se calificaría de nivel global (la colonización del Nuevo Mundo se puede considerar como la primera globalización que se llevó a cabo) y en la que —hoy diríamos— la geoestrategia y las concepciones esenciales del derecho, de la política internacional y de la economía, afectaban al desarrollo del conflicto.

La Controversia de Valladolid comparte con la mediación moderna la importancia del diálogo —aunque más bien fue exposición de argumentos sin un diálogo en sentido estricto— y la búsqueda de soluciones —cabe entender que la finalidad fue la de superar una situación de posiciones irreconciliables y que afectaban al buen gobierno de las tierras descubiertas— pero hay otros muchos elementos que caracterizan a lo que se entiende actualmente por un procedimiento estructurado de mediación, que están ausentes: difiere en la naturaleza del conflicto, en el rol que debe de desempeñar la persona mediadora, en la falta de acuerdo, en el poder de decisión y en el enfoque. Falta también la figura esencial como es el mediador, en cuanto que fray Domingo de Soto desarrolló un rol más similar al de un moderador que un facilitador de la gestión del conflicto. Asimismo, las partes en conflicto no participaron en el mismo. Todo ello lleva a considerar más ajustada a la realidad de la época su tipificación como “debate” o “controversia”.

Ahora bien, que la Controversia no se ajustara a los cánones del procedimiento de mediación no impide que desplegara unos efectos jurídicos en el núcleo de la cuestión. Su significado no puede deslindarse del avance que supuso en el reconocimiento progresivo de los indios como seres humanos y con derechos. Aunque faltaban aún algunos siglos para

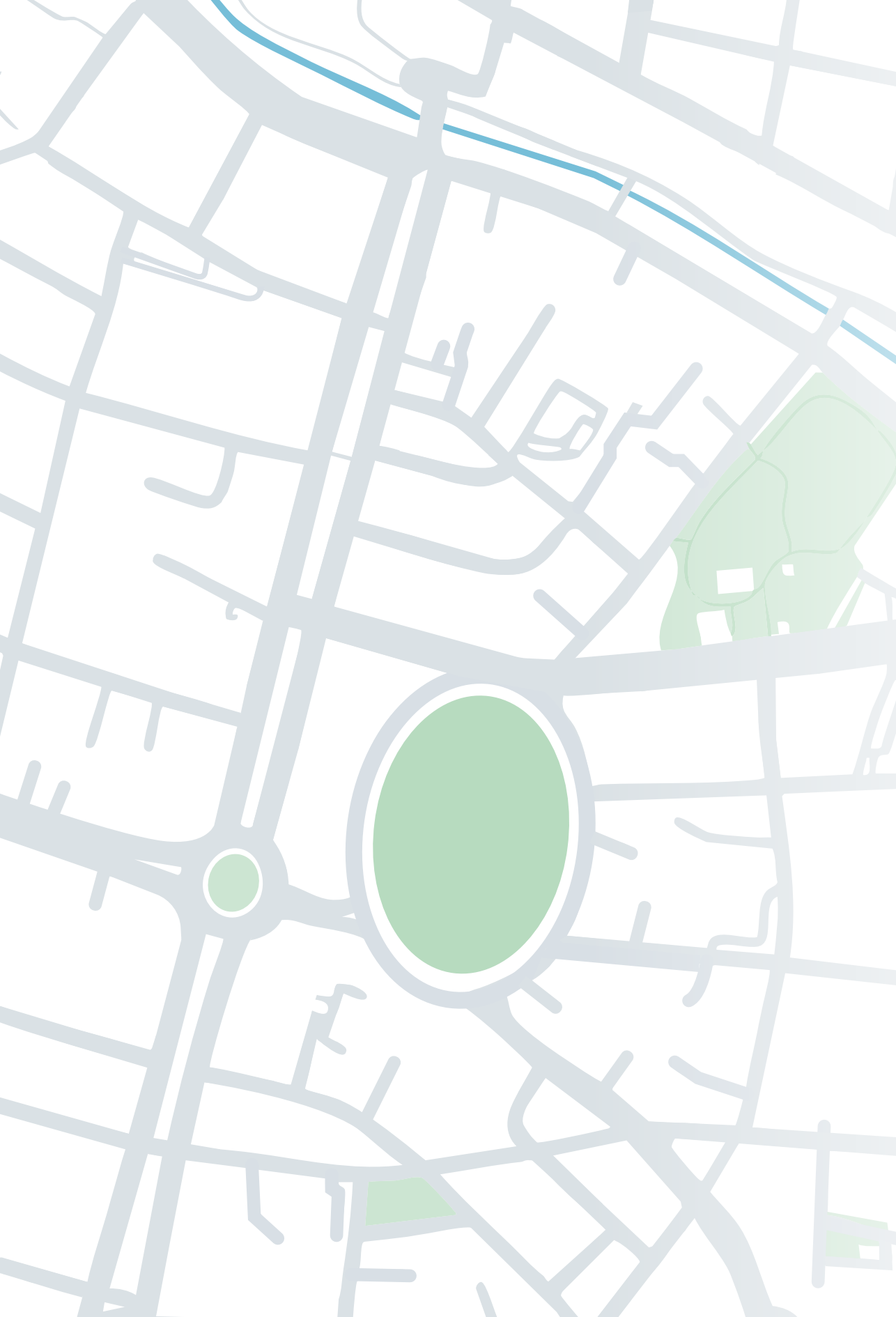
configurar la categoría de “derechos humanos”, sí puede considerarse un preludio esa especie de “efecto de irradiación” —como expresión de logro de una cultura que otorga prevalencia a los derechos fundamentales sobre otros elementos de juricidad—. En Hispanoamérica, actualmente, el 90 % de la población es mestiza gracias a las leyes que, en el siglo XVI, promulgaron los monarcas de Castilla como la reina Isabel la Católica y el emperador Carlos V. Ciertamente que muchas de esas leyes fueron incumplidas por los colonos y gobernantes de las Indias, con la nefasta consecuencia de su escasa eficacia, pero la Corona castellana promulgó leyes para que fueran todos iguales. En 1514 se aprobó el matrimonio interracial entre españoles e indígenas —basta comparar con que todavía, en 1960, en Estados Unidos los negros no se podían casar con una persona de otra raza—.

En el sistema jurídico español nos encontramos precisamente ante un momento de cambio de paradigma en lo que a la gestión de los conflictos se refiere. Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia, que entró en vigor el 3 de abril de 2025, establece que se debe acudir a un medio adecuado de gestión de conflictos (MASC) en el ámbito civil y mercantil, como requisito de procedibilidad. De la cultura del litigio el legislador nos conduce a los justiciables a la cultura del diálogo y el acuerdo. Quizá la verdadera revolución no esté en imponer la mediación ni en desplazar al juez, sino en la evolución de nuestra propia cultura del conflicto. Negociar no debería ser una imposición legal, sino una virtud social, y a eso es precisamente a lo que aspiramos. La articulación de una cultura de paz y de diálogo requiere de un tiempo de maduración —ya se ha analizado cómo está presente en los textos históricos españoles desde hace siglos, de los que la Controversia de Valladolid lo anunció tímidamente—. Solucionar es mucho más complejo que aplicar la legislación vigente —de eso saben mucho las personas mediadoras—. A la mediación se la abren las puertas ante una oportunidad y, a la vez, un gran reto, del que más tardes, la historia dará cuenta.

Referencias bibliográficas

- Álvarez Torres, M. (2013). La mediación. En Autor (dir.), *La mediación civil y mercantil*. Dykinson.
- Belloso Martín, C. (2022). Carlos V y el gobierno del imperio desde Valladolid, 1522. La recepción del Emperador a Elcano. En Autor (coord.), *Valladolid en la gesta de Magallanes y Elcano: de las Leyes de Burgos y Valladolid a las Capitulaciones y la recepción de Carlos V (1512-1522)* (pp. 179-210). Universidad Europea Miguel de Cervantes.
- Brufau Prats, J. (1989). *La Escuela de Salamanca ante el descubrimiento del Nuevo Mundo*. San Esteban.
- Carpintero Benítez, F. (2003). Los escolásticos españoles en los inicios del liberalismo jurídico y político. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, (25), 341-373. <http://dx.doi.org/10.4067/S0716-54552003002500009>
- Coca Villar, C., Salazar Benítez, O., y Torres Aguilar, M. (2009). *La alianza de civilizaciones y la comunidad internacional*. Universidad de Córdoba.
- González Díez, E. (2021). Fragmentos históricos de los derechos en Indias: (1500-1555). En N. Belloso Martín (dir.), *Sociedad plural y nuevos retos del derecho* (pp. 77-120). Aranzadi.
- Gorjón Gómez, F (2023). El poder de la mediación y su efecto transformador en la educación para la paz. En F. Gorjón Gómez, M. Torres Aguilar y C. Coca Villar (coords.), *Bienestar y paz a través de la educación y la investigación* (pp. 57-70). Dykinson.
- Otero Parga, M. M. (2007). Las raíces históricas y culturales de la mediación. En H. Soleto Muñoz y M. Otero Parga (coords.), *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente* (pp. 172-184). Tecnos.

- Pérez Luño, A. E. (1992). *La polémica sobre el Nuevo Mundo, los clásicos españoles de la filosofía del derecho*. Trotta.
- Puy Muñoz, F. (2007). La expresión “mediación jurídica”: un análisis tópico. En H. Soletto Muñoz y M. Otero Parga (coords.), *Mediación y solución de conflictos, habilidades para una necesidad emergente* (pp. 21-35). Tecnos.
- Salazar Benítez, O., y Torres Aguilar, M. (2007). *La inclusión del otro: más allá de la tolerancia*. Universidad de Córdoba. <https://bit.ly/42wuAXb>
- Soto, D. de. (1551/2006). *Controversias entre Bartolomé de las Casas (obispo que fue de Chiapas) y Ginés Sepúlveda (cronista del emperador)*. Edición Facsímil.



Capítulo 22

Introducción a la teoría comunicacional del derecho

Adolfo Sánchez Hidalgo

Universidad de Córdoba, España

ji2sahia@uco.es

Introducción

La teoría comunicacional del derecho (TCD) debe su origen a la labor investigadora del profesor Gregorio Robles Morchón, desarrollada desde el año 1982, cuando publicó su obra *Epistemología y derecho* y que, actualmente, se contiene en más de 20 libros y algo más de 200 estudios de diversos autores sobre su obra. El más reciente volumen colectivo sobre la TCD ha llenado 980 páginas, bajo el título *La teoría comunicacional del derecho y otras direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo* (Roca Fernández et al., 2020).

El éxito de la TCD se justifica porque supone una concepción original de la filosofía del derecho que permite conciliar

diferentes tesis tradicionalmente enfrentadas en el ámbito de la disciplina, como es el caso del positivismo, la concepción institucional del derecho y el decisionismo propio del *legal realism*. Igualmente, en el plano metodológico, defiende una posición intermedia entre la opción hermenéutica y la opción analítica, que puede ser realmente funcional para explicar ordenamientos jurídicos ampliamente conceptualizados.

La TCD nos recuerda que el derecho es una realidad comunicacional y, por ello, compleja. No es posible reducir el derecho a un solo elemento, por lo que una auténtica filosofía del derecho debe abrazar todas las manifestaciones propias del derecho, sea como lenguaje normativo, lenguaje institucional o la decisión como acto de habla (Robles, 2015a, pp. 89-99). Así, la TCD propone un triple análisis del fenómeno jurídico emulando el triple análisis que la lingüística propone para el lenguaje. Sintaxis, semántica y pragmática se trasladan a la TCD en la llamada teoría formal del derecho, teoría de la dogmática jurídica y teoría de la decisión jurídica. La teoría formal del derecho tiene como objetivo estudiar las formas puras del derecho y las categorías presentes en todo derecho posible. La teoría de la dogmática jurídica propone la investigación de la labor constructiva de los juristas teóricos, esto es, la función hermenéutica que permite completar los dictados del ordenamiento jurídico. Por último, la teoría de la decisión jurídica profundiza en la naturaleza de la decisión como elemento dinamizador dentro del derecho, proponiendo la sustitución de la clásica doctrina de las fuentes del derecho por la individualización de las decisiones creadoras de normas, sean generales (legislador) o individuales (juez).

Este triple análisis ha sido denominado “tridimensionismo” por algunos de sus intérpretes y es aplicable al estudio de casi toda sustancia jurídica. Según la perspectiva formal, hay que buscar la definición del objeto jurídico bajo la pretensión de ser universalmente aplicable a cualquier ordenamiento jurídico. Según la dogmática, hay que descubrir qué sentido le es atribuible —a través de la regulación normativa y la elaboración dogmática— al material jurídico en un ordenamiento jurídico determinado.

Según la pragmática —entendida como la teoría de las decisiones jurídicas— hay que debatir sobre el cometido axiológico, que debería conferirse a las normas y otras decisiones jurídicas.

La concepción metodológica de la TCD se comprende como teoría hermenéutico-analítica. Con una gran claridad expositiva, afirma Robles (2015b):

Hermenéutica y analítica apuntan, de este modo, a dos aspectos del texto que son diferentes y complementarios. La primera se dirige al sentido, la segunda a los componentes formales. La primera al contenido, la segunda a la forma. Ahora bien, el contenido no puede existir sin la forma, ni la forma puede darse sin el contenido. De ahí que en el trabajo con los textos las dos funciones estén siempre presentes. No puedo hallar el sentido de un texto si no entiendo su estructura, y no entenderé su estructura si no comprendo su contenido. (p. 393)

De acuerdo con este método hermenéutico-analítico para la comprensión de la totalidad textual, que es el ordenamiento jurídico, es necesario desentrañar su estructura formal u orden lógico al igual que es necesario vislumbrar sus conexiones de sentido. El método hermenéutico está omnipresente en la medida que toda operación cognitiva de los textos jurídicos supone una labor reconstructiva del sentido, pero no es menos cierto que esta operación sería imposible sin entender la estructura formal y la naturaleza de las normas que forman el ordenamiento jurídico. Gracias al empleo de este método, se alumbra su idea de Sistema, el cual supone una reformulación racional del ordenamiento jurídico, superando sus imperfecciones y permitiendo actualizar el sentido de los textos jurídicos, en función de las concretas circunstancias históricas y doctrinales (p. 403).

Se ha afirmado con carácter crítico que la TCD, en su afán de conciliar hermenéutica y analítica, configura una teoría que no es ni lo uno ni lo otro; tan solo, instrumentaliza las categorías hermenéuticas y analíticas para fundamentar su visión del derecho como lenguaje de los juristas. A nuestro juicio, a pesar de las bases intelectuales de la TCD (con unas claras raíces iuspositivistas), en su visión del sistema predomina una

filosofía hermenéutica del derecho que, no obstante, se ve enriquecida por la analítica como medio para aproximarse al conocimiento de lo jurídico.

Por ello, se emplea el método analítico para explicar la estructura conceptual y lógica del ordenamiento jurídico, es decir, con fines marcadamente teóricos. En cambio, se emplea el método hermenéutico cuando debe explicar la práctica de los juristas y los productos de su arte (Robles, 2015b, p. 253). En consecuencia, como afirma Albert Márquez (2020):

El método hermenéutico analítico puede aplicarse así globalmente a toda la TCD, esto es, tanto a la sintaxis, como a la pragmática, y a la semántica jurídica, al menos en algunos aspectos básicos ya que los tres niveles de análisis de la TCD comparten algunos caracteres comunes. (p. 310)

Presupuestos epistemológicos de la TCD

Inicialmente pueden individualizarse cinco presupuestos epistemológicos fundamentales en el pensamiento de Gregorio Robles:

- Una explicación teórica del derecho debe asumir necesariamente una perspectiva interna, es decir la visión propia del jurista, quien se encuentra inexorablemente dentro del radio de acción del ordenamiento jurídico y desde el cual ha de comprender su naturaleza y praxis. En consecuencia, debe rechazarse por principio aquellas perspectivas externas al derecho, sean las visiones económicas, sociológicas, eticistas o filosóficas del derecho. En otras palabras, la TCD no ofrece una visión “desde fuera” del derecho; todo lo contrario, se trata de una visión “desde dentro” del derecho, esto es, dentro de su operatividad y realidad interna (Robles, 2018a, p. 20).
- La TCD no defiende *a priori* ninguna posición ontológica acerca del derecho o, de otro modo, renuncia expresamente a definir qué sea el derecho, dada la insuficiencia de cualquier intento de aproximación ontológica. En este sentido, la teoría de Robles se distancia tanto de posiciones iusnaturalistas como positivistas y busca ofrecer una

explicación del derecho como fenómeno comunicacional o lingüístico (p. 20). Habría que acudir al primer volumen de su obra teoría del derecho para encontrar cierta posición ontológica acerca del derecho. Una posición que el autor califica de ontologismo débil y que se traduce en definir el derecho como una realidad convencional (Robles, 2015a, p. 293), de ahí su posible paralelismo teórico con el mundo de los juegos (Robles, 2009, p. 25).

- El método gnoseológico que subyace en la cimentación de la TCD es el conocido perspectivismo filosófico de Ortega y Gasset, es decir, que no cabe un conocimiento último acerca del derecho y que, más bien, su conocimiento se trata de una cuestión de perspectiva o de particulares posiciones de sentido acerca del derecho, caracterizadas por la condición de espectador que todo jurista tiene respecto a la realidad jurídica. Ahora bien, en la explicación de Robles, este perspectivismo desemboca en una concepción meramente nominalista de la voz “derecho”, que adolece de un sentido unívoco, y en una consideración relativista de lo jurídico, definida por la pluralidad de ordenamientos y experiencias jurídicas (Robles, 2018a, p. 93). El autor formula el llamado principio de relatividad en el Derecho, el cual sintetiza en cinco ideas principales: a) todo ordenamiento jurídico es una perspectiva textual desde la que calificar y enjuiciar el mundo jurídico; b) todo ordenamiento jurídico tiene una perspectiva interna de sí mismo o se construye a sí mismo, es autopoietico; c) todo ordenamiento jurídico posee una perspectiva externa, consistente en regular sus relaciones con otros órdenes normativos; d) suele ocurrir que esta perspectiva interna y externa que posee el ordenamiento jurídico no aparezca suficientemente desarrollada en las normas del mismo, por lo que, además, necesita de una perspectiva sistémica que aporte coherencia y plenitud a esta visión; e) cada cuestión jurídica es comprensible desde el prisma de su condicionalidad, es decir, desde el ángulo del ordenamiento jurídico al que pertenezca (pp. 89-94).

- El derecho es lenguaje y para su completa intelección es conveniente emplear tanto el método analítico como hermenéutico, que son las principales filosofías del lenguaje del último siglo. De hecho, Robles denomina su metodología como hermenéutico-analítica. De acuerdo con este método hermenéutico-analítico, para la comprensión de la totalidad textual del ordenamiento jurídico es necesario desentrañar su estructura formal u orden lógico; al igual que es necesario vislumbrar sus conexiones de sentido. El método hermenéutico está omnipresente en la medida en que toda operación cognitiva de los textos jurídicos supone una labor reconstructiva del sentido; pero no es menos cierto que esta operación sería imposible sin entender la estructura formal y la naturaleza de las normas que forman el ordenamiento jurídico. Como expresamente indica Robles (2015b, p. 401): “La hermenéutica es, por consiguiente, el instrumento necesario y universal en toda operación jurídica. La función interpretativo-constructiva condiciona cualquier otro tipo de examen o análisis”. Gracias al empleo de este método, Robles alumbró su idea de sistema, el cual supone una reformulación racional del ordenamiento jurídico que supera sus imperfecciones y permite actualizar el sentido de los textos jurídicos, en función de las concretas circunstancias históricas y doctrinales. En sus propias palabras: “El texto sistémico refleja el texto ordinamental, pero no lo refleja como un espejo, sino que lo reelabora, lo completa, hace explícito lo implícito, llena lagunas y resuelve contradicciones. Todo ello hace que la Dogmática jurídica sea una disciplina práctica en el sentido que le dan los clásicos a esta expresión: una disciplina normativa” (p. 403).
- Finalmente, a esta vocación analítica de la TCD hay que sumarle el creciente interés de Robles en la visión pragmática del lenguaje, lo que le convierte en heredero del segundo Wittgenstein y de la jurisprudencia analítica de Hart, que se revela dentro de sus páginas en la constante preocupación por la formulación lingüística de las

normas y, más precisamente, en el análisis de los verbos empleados en sus enunciados. Solo así, puede comprenderse completamente la concepción heterogénea de norma jurídica del autor y su clasificación de las normas jurídicas (Robles, 2015a, p. 241).

Ordenamiento y sistema en la TCD

De acuerdo con los planteamientos hermenéuticos-analíticos de la TCD, una correcta comprensión teórica del derecho requiere conjugar la racionalidad lógica (analítica) con la racionalidad semántica (hermenéutica). La racionalidad lógica responde al prisma de la teoría formal del derecho, que intenta ofrecer los “enunciados necesariamente verdaderos y universales” referidos al derecho, en otros términos, las formas puras o categorías cognitivas inherentes a toda manifestación del derecho, pasada, presente o futura. La analítica es ajena a la dimensión temporal y trata de desentrañar las proposiciones lógico-formales y las relaciones de necesidad lógica entre estas proposiciones. En cambio, desde la perspectiva hermenéutica se trata de observar el ordenamiento jurídico (ORD) como un conjunto normativo en un continuo proceso de perfección, que recibe el nombre sistema (SIS). Es decir, una construcción interpretativa. Los enunciados normativos del ordenamiento (ORD) no son sino proposiciones lingüísticas imperfectas, que necesitan construirse o colmarse de sentido, con arreglo a unos mínimos de coherencia semántica o sistémica. Este objetivo de coherencia sistémica se trata de lograr con la acción complementaria de la dogmática jurídica y de la jurisprudencia de los tribunales (sistema didáctico-expositivo y sistema en sentido estricto, respectivamente). Obsérvese, todo ello, sin necesidad de pronunciarse acerca del ser del derecho.

En virtud del empleo del método analítico, el ordenamiento jurídico se va reduciendo en sus elementos más simples (las normas) y, paralelamente, se observa la funcionalidad de cada una de estos y su estructura

característica. Así, Robles desarrolla su teoría heterogénea de las normas jurídicas (directas, indirectas y las modalidades de cada una de ellas), su concepción del derecho subjetivo, de las relaciones jurídicas, de sujeto de derecho y, principalmente, los tres conceptos centrales de la TCD: ordenamiento, sistema y ámbito (AMB). En todos estos casos, Robles descompone la complejidad en elementos individuales y de ahí va recomponiendo lógicamente el conjunto hasta encontrar las relaciones de necesidad y universalidad entre estos elementos.

Especial interés, en este punto, tiene la consideración de la complejidad jurídica (el derecho) desde el trinomio ORD-SIS-AMB, donde el ordenamiento es contemplado como un texto bruto, el sistema es el producto elaborado de este material bruto y el ámbito el contexto fáctico que rodea la relación de ambos elementos. Aquí, es donde mejor se vislumbra esa conjunción del método hermenéutico y analítico, sencillamente, porque la idea de sistema es inconcebible sin una perspectiva hermenéutica (La Porta, 2018, pp. 42-50). De este modo, si en la teoría formal las pautas de ordenación son de orden lógico, predicados de necesidad y universalidad; cuando se trata de la relación ordenamiento-sistema, la pauta de ordenación es de orden semántico, porque el predicado coherente y sistemático es la plenitud de sentido de la norma.

No obstante, la noción de ámbito es considerada de modo contextual, nunca mejor dicho, porque es lo que rodea o enmarca la relación hermenéutica ORD-SIS. La idea de ámbito está fuera de un modelo de racionalidad lógico y fuera de un modelo de racionalidad semántico; sencillamente, es el espacio en el que se desarrolla esta relación hermenéutica (Robles, 2015a, pp. 485-492). Habría que decir, al respecto del ámbito, que es el lugar propio para todas las manifestaciones de lo jurídico, ajenas a la relación ORD-SIS; como, por ejemplo: la demanda de un abogado, la contestación a la demanda, el dictamen de un notario, los debates parlamentarios, los actos administrativos, informes periciales, etc.

Quizás una de las razones de este distinto tratamiento pueda ser la renuncia ontológica expresa de la teoría comunicacional; pues, el derecho es un lenguaje particular de cada comunidad humana, cuya semántica ha de ser continuamente reelaborada por los juristas teóricos y, efectivamente, puesto en acción por los tribunales con ocasión de cada nuevo suceso o conflicto. Desde la perspectiva interna del jurista, el conocimiento del derecho se reduce a la constatación empírica de su pragmática o, de modo más sencillo, describir cómo es empleado este lenguaje al que llamamos derecho. Entonces resulta que el derecho es un texto normativo creado por el legislador; sistematizado, conceptualizado y explicitado por los dogmáticos jurídicos; e interpretado prácticamente por los tribunales en sus sentencias.

En este sentido concluye Robles (2015b):

El ordenamiento está compuesto por preceptos (disposiciones, provisiones, prescripciones, o como quiera llamárseles). Solo en el sistema aparecen las normas jurídicas como resultado de la construcción hermenéutica. Normas jurídicas y sistema jurídico son el resultado de la construcción, tarea que lleva a cabo la Dogmática jurídica. (p. 467)

Sistema didáctico-expositivo y sistema en sentido estricto

Si se desea comprender la teoría de la dogmática, que ofrece la TCD, se debe comenzar por explicar la doble visión que tiene Robles (2015b, p. 290) acerca de su concepto de sistema: el sistema didáctico expositivo y el sistema jurídico *strictu sensu*.

El primero de naturaleza didáctica-expositiva tiene por objeto el conjunto de textos jurídicos (normas generales e individuales) cuya nota de juridicidad deviene como resultado de ser postulados de autoridad. Los juristas teóricos ordenan el conjunto normativo (ORD) aportando coherencia y orden sistemático para facilitar el conocimiento y la aplicación práctica de las normas en el caso concreto. En consecuencia, afirma Robles (2015b, p. 556) la dogmática jurídica tiene una función teórica-práctica, esto es, ordena el conocimiento de las normas y por ello facilita la aplicación

práctica de las mismas. El sistema jurídico en sentido estricto lo encontramos en las decisiones de los jueces y tribunales, concretamente en la *ratio decidendi* de sus sentencias que nos revela la verdadera norma jurídica individual, es decir, la decisión directiva capaz de mover las acciones de los particulares (p. 554).

En la jurisprudencia de los tribunales, opina Robles (pp. 568-570), encontramos el verdadero sistema jurídico y la corrección o incorrección de las tesis dogmáticas dependerá de la acogida que hayan obtenido en la decisión judicial. Debemos preguntarnos, llegados a este punto, cómo es concebido el razonamiento judicial en la perspectiva de la TCD. Robles (p. 353) sigue la posición de Engisch y la idea de concreción del derecho, es decir que el juez individualiza o concreta el mandato general de la norma jurídica o, más fácil, convierte lo general en particular. El problema de Engisch es que abandona la determinación del derecho a la discrecionalidad del juez y, por ello, es una nueva forma de voluntarismo.

Robles (p. 573) afirma que la determinación de lo que es derecho en cada caso es una actividad en parte de hallazgo y en parte de obtención. El derecho no se encuentra acabado a la espera de que el juez lo encuentre, sino que exige de este un esfuerzo por obtenerlo. La obtención del derecho es una labor constructiva de hechos y normas entendida del siguiente modo: el juez ha de recrear los hechos objeto del proceso al tiempo que comprende hermenéuticamente las normas a ellos referidos. Esta deliberación constituye el basamento de la sentencia judicial y viene en gran medida determinada por los prejuicios (precomprensión) del juez (p. 356).

Las tesis abrazadas por la jurisprudencia pasarán a convertirse en doctrina, al confluir en ellas, según Robles (p. 567), el elemento cognitivo y social (verdad y autoridad). Estas serán las que verdaderamente merecen considerarse “sistema” en sentido estricto. En definitiva, al igual que no existe doctrina sin autoridad, tampoco existe sistema sin jurisprudencia (p. 604).

Así llegamos a la concepción de sistema en la TCD, donde deben señalarse 13 caracteres que permiten dilucidar su funcionalidad y naturaleza:

- El sistema refleja el ordenamiento.
- El sistema influye en la elaboración del ordenamiento jurídico.
- El sistema tiene un carácter doctrinal.
- El sistema tiene un carácter práctico.
- El sistema es el resultado de la construcción hermenéutica.
- En el sistema se encuentran las normas jurídicas.
- El sistema es variable.
- El sistema es compatible con la tópica.
- El sistema no se identifica con el sistema expositivo.
- El sistema se reconoce por la opinión dominante aceptada por la jurisprudencia de los tribunales.
- No es un sistema axiomático.
- No es un sistema social.
- El sistema representa el sentido actual de las instituciones.

Positividad y sistema jurídico en la TCD

Comte, en su *Discurso sobre el espíritu positivo* (1971), reflejó cuál es la base de la filosofía positiva:

Su valor depende sobre todo de su plena realidad científica, o sea de la exacta armonía que establece siempre, hasta donde sea posible, entre los principios y los hechos, lo mismo en cuanto a los fenómenos sociales que en cuanto a los demás. (p. 114)

En consecuencia, la investigación positiva ha de comenzar y concluir en la realidad concreta, objetiva, de los fenómenos sociales y debe evitar toda explicación metafísica o religiosa de los acontecimientos sociales.

Durante más de dos siglos ha imperado este espíritu positivo en el ámbito de las ciencias sociales y como no podría ser de otro modo ha incidido en la concepción filosófica del derecho. Es más, uno de los problemas centrales de la filosofía del derecho de nuestro tiempo ha sido la positividad

del derecho, es decir, cuestionar cuál es la forma de exteriorización o formalización del derecho, su realidad positiva.

Sin ánimo de exhaustividad, es posible señalar que existen tres modos generales de concebir la positividad jurídica, que a su vez se corresponden con diferentes escuelas iusfilosóficas: a) la corriente legalista, al igual que la escuela normativista, identifican positividad y estatalidad, de modo que solo es derecho positivo la Ley o el derecho emanado del Estado; b) la escuela histórica, en cambio, contempla como derecho positivo el verdadero derecho existente en la vida de los pueblos, esto es, el espíritu del pueblo corporeizado en diferentes normas e instituciones; c) por último, la escuela sociológica que identifica positividad con vigencia social y, por ello, fija su atención en los hechos o comportamientos sociales que revelan la existencia del derecho y sus normas. Esta última dirección es la que sigue la TCD, que observa la positividad jurídica como el fenómeno de la implantación social del derecho y así reserva su estudio a la sociología jurídica (Robles, 2015a, p. 429).

Sin embargo, la cuestión acerca de cuál es el verdadero derecho positivo o, de otro modo, el contenido positivo de las normas jurídicas no se puede responder desde una aproximación meramente sociológica y requiere del empleo del método hermenéutico-analítico propio de la TCD. De este modo, debe diferenciarse entre el hecho social de la positividad jurídica que se manifiesta en forma de hechos muy diversos como sentencias, actos de ejecución, acatamientos, intercambios, etc.; del sentido positivo de las normas, es decir, el mensaje real del mandato o disposición normativa adscrita al ordenamiento jurídico. La tesis basal de la TCD al respecto es que el contenido positivo de las normas no se halla en las disposiciones normativas tal y como se encuentran redactadas en los textos legales o normativos, sino que requiere de una reelaboración racional o construcción hermenéutica para alcanzarlo (p. 142). Esta construcción racional recibe el nombre de sistema y es en él donde el jurista podrá encontrar el contenido real de la norma jurídica en cada momento concreto o caso particular.

El sistema jurídico en la TCD es, como se ha indicado, un producto racionalmente elaborado del material bruto, que es el ordenamiento jurídico. El modo en que se elabora o perfecciona este material jurídico bruto combina la metodología analítica y la hermenéutica: a) el método analítico asume una perspectiva sintáctica de los textos normativos y, en consecuencia, consiste en identificar, ordenar y explicar las funciones y forma de los conceptos jurídicos puros o universales; b) y el método hermenéutico parte de una perspectiva semántica de los textos normativos y procura explicar o aclarar el sentido concreto de las diferentes disposiciones normativas.

La idea de sistema aúna estas dos perspectivas de modo que se puede identificar, en primer término, un sistema didáctico-expositivo que supone una formalización teórica-conceptual del derecho positivo que presenta y explica las diferentes normas del ordenamiento jurídico, los valores, principios, conceptos universales y las instituciones del mismo. En segundo término, el jurista encontrará el sistema en sentido estricto, que es la explicación hermenéutica del derecho positivo, es decir, la explicitación del sentido o del contenido concreto de las instituciones y normas vigentes en un ordenamiento jurídico en aras de su aplicación concreta.

El sistema didáctico expositivo es el resultado de la formalización abstracta y conceptual del derecho positivo; así mismo, el sistema en sentido estricto es el producto de la intelección o concreción del sentido de las instituciones y normas jurídicas, el verdadero derecho positivo. Esta realidad salta a la vista si se tiene en cuenta que el sistema didáctico expositivo lo podemos ver reflejado en los tratados dogmáticos y manuales de cada rama del ordenamiento jurídico; y el sistema en sentido estricto debe buscarse en las sentencias de los tribunales, más aún, en su *ratio decidendi*.

En suma, aunque desde una perspectiva sociológica la positividad de las normas se identifique con los hechos sociales que demuestran su vigencia; de otro modo, desde la perspectiva de la teoría del derecho, el estado positivo de la ciencia jurídica e, igualmente, el sentido positivo de las normas e instituciones jurídicas es revelado en el sistema jurídico.

Así, el sistema didáctico expositivo nos muestra el estado positivo de la ciencia jurídica y, más concretamente, este se manifestará en la doctrina dominante dentro cada rama del ordenamiento jurídico. En este sentido, la primacía de una doctrina sobre las restantes será el hecho determinante de su positividad, lo que puede suceder por su especial valía o por el número de seguidores de dicha doctrina (Robles, 2015a, p. 155).

En otro orden, el sentido positivo de las normas jurídicas se manifiesta a través de las sentencias de los tribunales, especialmente, en la *ratio decidendi* de estas y en la medida en que asumen o establecen una posición interpretativa que construye, enriquece o adapta el contenido de la norma a las diferentes circunstancias individuales de la vida (2015b, p. 570). El sistema en sentido estricto, refleja el auténtico derecho positivo, el contenido real de las normas e instituciones, inseparable de las circunstancias fácticas de cada conflicto jurídico. La sentencia del juez, ya sea entendida como acto de habla o acto de voluntad, es el hecho conformador del contenido positivo (real) de las normas jurídicas e instituciones (2015a, p. 429).

La TCD y positivismo jurídico

La TCD se puede identificar epistemológicamente por su oposición al positivismo normativista de corte kelseniano. En este sentido, las premisas epistemológicas asumidas por el positivismo son rechazadas y superadas en la TCD, lo que resulta especialmente visible a propósito de la noción de sistema. Para verlo con mayor claridad, deben señalarse cuáles son las notas identitarias de la filosofía jurídica positivista y cuál es la posición de la TCD al respecto.

- La filosofía jurídica normativista mantiene una visión descriptivista de la ciencia jurídica, en virtud de la cual el científico debe limitarse a describir las normas que componen el sistema jurídico (Kelsen, 2011, p. 47). En cambio, la TCD observa la ciencia jurídica desde una perspectiva constructiva o hermenéutica, es decir, el jurista

teórico gracias a su labor contribuye al desarrollo y perfección del ordenamiento jurídico.

- El normativismo mantiene la indiferenciación o identificación entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico, de modo que el ordenamiento jurídico presenta *per se* la nota de sistematicidad (p. 82). La unidad es el ordenamiento jurídico, que como su propio nombre indica ya se presenta ordenado y sistematizado (Robles, 2015a, p. 147). La TCD, en cambio, parte de la dualidad ordenamiento jurídico y sistema jurídico, siendo este el resultado de la construcción racional del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico representa una totalidad textual bruta y el sistema representa un horizonte de sentido o totalidad textual más racional y práctica.
- El positivismo normativo se define por su neutralidad axiológica y la condena de la metafísica tradicional de la ciencia jurídica (Kelsen, 2011, pp. 53-57). La ciencia del derecho debe ser ajena a los posicionamientos éticos acerca de las conductas regladas en las normas y observar asépticamente el contenido de las normas; esto es, comprender el conjunto de las normas desde la particular lógica normativa: condición fáctica-consecuencia jurídica. Por el contrario, la TCD asume que el ordenamiento jurídico posee una eticidad propia y que esta incide en la misión constructiva de la ciencia del derecho, así como en el conjunto de los juristas. El sistema reflejará cuál es el contenido positivo de las diferentes pautas de valoración, principios y valores inherentes a los textos jurídicos que, también, resultan imprescindibles para la determinación del sentido de las normas jurídicas. Es lo que se denomina en la TCD justicia ambital o sistémica (Robles, 2021, p. 858).

Sin embargo, la TCD conserva el rigor de otras premisas positivistas, principalmente dos: a) la necesaria separación entre disciplinas de estudio del derecho, distinguiendo netamente los cometidos de la sociología jurídica respecto de los de la teoría del derecho; y b) el establecimiento del

ordenamiento jurídico como marco único de referencia de la teoría del derecho y del fenómeno de la juridicidad.

La primera de estas premisas implica distanciarse de la obra de Kelsen, quien pierde la pureza metodológica al introducir categorías sociológicas en el estudio del derecho (Robles, 2015a, p. 356), además, le conduce a discutir la oportunidad de las tesis de los realistas escandinavos en la medida en que la sociología o el método de las ciencias sociales usurpa el lugar de la teoría del derecho (p. 362). Por otro lado, el hecho de que el ordenamiento jurídico constituya el marco de referencia obligado implica que, desde la perspectiva de la TCD, todo otro elemento valorativo, sociológico o político extraño al ordenamiento jurídico debe quedar fuera de la reflexión teórica. La perspectiva interna o del jurista obliga a limitar la mirada dentro de los confines del ordenamiento jurídico (Robles, 2021, p. 860).

Dada esta situación, puede cuestionarse si la TCD no supone una nueva modalidad de positivismo de corte conceptualista, que pretendiese encerrar el derecho en una especie de burbuja teórica blindada al estudio de los fenómenos sociales y de otros elementos materiales o axiológicos que incidan en la formación y determinación del derecho. Aquí es donde la idea de sistema cumple su función principal, ya que es la categoría teórica que permite la dinamicidad y adaptabilidad del ordenamiento jurídico.

La construcción sistemática del ordenamiento jurídico o la reelaboración hermenéutica de los textos normativos será el cauce a través del cual los hechos sociales y demás elementos materiales incidan en el sentido o interpretaciones posibles de los textos normativos e instituciones del ordenamiento jurídico (pp. 511-517). Por medio de la idea de sistema jurídico la TCD supera la dimensión estructural o formal de la idea de derecho y se abre camino hacia la explicación de su funcionalidad y sustancia, lo que exige la apertura de la teoría del derecho hacia la sociología y la ética. Esta necesidad ha sido también apuntada por Berteá (2009, pp. 273-275), al señalar la necesidad de superar la estrecha visión de positivismo, centrada en la estructura y procedimientos lógico-normativos, para encontrar una

explicación de la normatividad y de la autoridad fundada en el actuar humano (*agere*).

La TCD y la sociología jurídica

Sistema jurídico y medio social son dos realidades íntimamente unidas, se necesitan mutuamente, porque el derecho es la forma u orden que toma el medio social y, paralelamente, el medio social proporciona las ideas, representaciones colectivas y demás materias necesitadas de organización jurídica (Robles, 2018b, p. 153). Ahora bien, esta mutua dependencia plantea algunos problemas epistemológicos para la ciencia jurídica en absoluto indiferentes; ya que, si se considera el derecho como un sistema normativo formalizado y autónomo, la introducción del medio social en la cuestión de su conocimiento únicamente causaría confusión entre la realidad normativa y la realidad social.

Por otro lado, si se considera el derecho como un hecho social, la cuestión de la juridicidad de las normas y la lógica de su sistematicidad sería una cuestión meramente superflua y banal; porque lo relevante sería el estudio de los hechos sociales o la realidad empírica del derecho, es decir, las relaciones de obediencia y castigo. Aquí se encuentra la causa del desencuentro entre los denominados positivistas normativistas y los llamados positivistas sociologistas. Los normativistas consideran que la ciencia jurídica o teoría del derecho debe centrar su atención en el concepto de norma y en el estudio del conjunto normativo u ordenamiento jurídico. Los sociologistas o realistas, en cambio, parten de la premisa de que el derecho es un hecho social y por ello debe comprenderse empleando los métodos de las ciencias sociales, en particular el método sociológico.

La sociología jurídica se presenta como la verdadera ciencia jurídica y el análisis de los hechos sociales como el único método válido para el conocimiento del derecho. Este es el giro copernicano dado por la escuela de Uppsala y el realismo jurídico escandinavo. Hägerström, fundador de la escuela realista escandinava o escuela de Uppsala, es un buen exponente

de este giro epistemológico, que comienza por la condena del neokantismo por haber reducido la realidad sensible a la proyección de la conciencia cognoscente, un idealismo de corte subjetivo. En cambio, considera Hägerström la condicionalidad espacio-tiempo es la que permite la identificación de los seres individuales y de lo real, por lo que es una condición del conocimiento y de la existencia.

El filósofo sueco mantiene un concepto estrecho de realidad limitado a la incontrovertible realidad espacio temporal y, en consecuencia, excluye por irreales los valores éticos al igual que lo conceptos formales. Por esta razón, se hace necesario una depuración de las categorías jurídicas que prescinda de la carga ética y metafísica del derecho y se centre en la investigación de los hechos en que se realiza el derecho (Faralli, 2020, p. 153-155). El derecho es un hecho que se produce dentro de unas coordenadas espacio-temporales y, como en cualquier otro fenómeno empírico, la tarea de una ciencia jurídica merecedora de tal nombre es hallar el auténtico significado de los conceptos jurídicos, saber cuál es la función que desempeñan realmente, una vez despojados de su carga metafísica (Robles, 2015a, pp. 356-357).

Como ha señalado Dreier (1978, pp. 120-124), la distinción entre teoría del derecho y sociología jurídica debiera comenzar por precisar que la primera se ocupa del estudio del derecho válido jurídicamente y la segunda del derecho válido socialmente. En consecuencia, puede afirmarse que teoría del derecho y sociología jurídica son dos perspectivas diferentes de la misma realidad empírica (las normas jurídicas).

Habría que determinar aún si se tratan de dos perspectivas enfrentadas o por el contrario complementarias. La TCD asume el acierto de ambas posiciones epistemológicas, pero insiste en la necesidad de separar dos planos del conocimiento jurídico: el de la perspectiva interna o del jurista, propio de la teoría del derecho; el de la perspectiva externa o del sociólogo, propio de la sociología jurídica. Ambas disciplinas tienen por

objeto el estudio del derecho, aunque difieren en el método de análisis. En este sentido, afirma Robles (2015a):

La Teoría del Derecho y la Sociología jurídica representan dos investigaciones paralelas; lo que se traduce en que manejan, cada una de ellas, categorías propias, que son legítimas en su propio terreno, pero que dejan de serlo en cuanto invaden el campo vecino. (p. 363)

La sociología jurídica parte del presupuesto epistemológico de observar el derecho fundamentalmente como un hecho social y, en consecuencia, emplea para su estudio el método propio de las ciencias sociales. De acuerdo con esta perspectiva del fenómeno jurídico, la validez del derecho deberá ser comprobada socialmente mediante el examen de los hechos sociales que revelan su existencia y obligatoriedad (Robles, 2020, p. 135). La teoría del derecho, por otro lado, observaría la validez del derecho desde una perspectiva lógica formal en virtud de la cual la validez de las normas deriva de su inserción en el ordenamiento jurídico, por lo que es necesario examinar cuáles son las condiciones para la juridicidad de la norma; esto es, qué requisitos debe reunir una norma para ser considerada parte del ordenamiento jurídico. En suma, la teoría del derecho se ocupa de estudiar el modo en que se producen las normas jurídicas y las condiciones procedimentales que estas han de reunir para ser consideradas parte del ordenamiento jurídico (Robles, 2015a, pp. 380-384).

Sin embargo, esta separación epistemológica queda superada en la TCD al tratar de la decisión jurídica y sus diferentes modalidades. Entonces el momento decisonal del derecho deviene como punto de encuentro o conciliación entre sistema jurídico y medio social. Porque, ciertamente, la decisión jurídica no puede quedar reducida a una mera cuestión formal acerca de las condiciones de su validez; como tampoco, puede ser estudiada únicamente como un hecho social, sin atender críticamente a las condiciones de su razonabilidad (Berteá, 2023, pp. 270-272). El contexto o medio social, en suma, los conflictos éticos, políticos, históricos, étnicos, culturales, económicos, religiosos etc., proporcionan las representaciones

colectivas (ideas, valores, principios éticos, moral social, etc.) sobre las que se fundamentan más o menos intensamente el conjunto de las decisiones jurídicas (Robles, 2018b, pp. 156-158).

Teoría comunicacional de las decisiones jurídicas

Las decisiones jurídicas ostentan la primacía genética en el marco de la TCD, pues, en el principio de toda forma de derecho posible se encuentra la decisión, entendida como detonante del ordenamiento jurídico, de sus normas e instituciones. Porque, como se sostiene expresamente (Robles, 2015a, p. 105): “Las decisiones constituyen el aspecto generador o dinámico del ordenamiento jurídico, ya que son ellas las que generan nueva sustancia, nueva materia. Sin decisiones no habría Derecho, no habría normas ni instituciones”. En este sentido, la teoría de las decisiones jurídicas estudia el aspecto dinámico del derecho, entendido como un contexto heterogéneo de actos de comunicación que inciden en los diferentes operadores jurídicos y sus decisiones. Así, emulando el análisis pragmático del lenguaje, la teoría de las decisiones jurídicas debe ocuparse del estudio de los principales sujetos que intervienen en las decisiones jurídicas, los diferentes contextos decisionales, los destinatarios de esas decisiones y las diferentes modalidades de decisiones jurídicas (Robles, 2018a, pp. 22-23).

De acuerdo con esta propuesta, Robles señala que el contexto comunicacional está delimitado por la idea de ámbito jurídico, este es el espacio virtual o eje comunicacional en el que se desenvuelve la relación ordenamiento-sistema (Robles, 2015a, p. 489). Dentro de cada ámbito jurídico se producen múltiples procesos de comunicación jurídica; pero el proceso comunicacional más relevante sería la interacción entre ordenamiento jurídico-sistema jurídico.

Este complejo contexto comunicacional que es el ámbito jurídico, como todo espacio, posee una racionalidad intrínseca o principio ordenador sobre el que se desarrolla la espiral hermenéutica ordenamiento-sistema, tal es la idea de justicia ambital: los ideales de convivencia de un ámbito

jurídico determinado o, de otro modo, la idea de justicia institucionalizada en un ámbito jurídico concreto (Robles, 2021, pp. 858-890). Parece lógico pensar, que la Constitución cumple aquí un papel esencial para la delimitación y ordenación de todo ámbito jurídico, pues no solo define los sujetos del poder político, sus competencias y procesos de decisión; además, normalmente, verbaliza el compendio axiológico institucionalizado, que el poder constituyente ha considerado básicos para la convivencia dentro del orden establecido (Robles, 2018b, p. 159).

Como estamos comprobando, la relación ordenamiento-sistema constituye el punto de gravitación del conjunto de la TCD y se manifiesta nuevamente cuando se abordan los sujetos protagonistas de las decisiones jurídicas. En primer término y por su protagonismo en la creación del sistema jurídico, encontramos el poder constituyente. En segundo término, deviene el legislador, en sentido amplio, en tanto artífice de la materia jurídica bruta que es el ordenamiento jurídico. A continuación, encontraríamos a los juristas teóricos o dogmáticos que a través de sus decisiones propositivas buscan dotar de racionalidad y coherencia al ordenamiento jurídico. Por último, los jueces y tribunales que a través de sus sentencias concretizan el contenido y sentido de las disposiciones jurídicas y determinan el sistema jurídico en sentido estricto.

En cuanto a las modalidades, la TCD distingue los siguientes tipos de decisiones jurídicas:

- A) Decisiones ordinamentales: generan texto del ordenamiento jurídico.
- B) decisiones propositivas: generan textos doctrinales, con propuestas de normas jurídicas construidas, pertenecientes al sistema didáctico-expositivo.
- C) Decisiones sistémicas: generan textos pertenecientes al sistema jurídico.
- D) Decisiones implícitas o tácitas: generan textos que, en un primer momento, no son explícitos y que, perteneciendo al ordenamiento, se hacen explícitos en el sistema jurídico.
- E) decisiones extra-ordinamentales y extra-sistémicas: generan textos que no son del ordenamiento, ni del sistema, pero sí del ámbito jurídico. (Robles, 2021, p. 82)

Se observa con nitidez que el fundamento de esta clasificación es la relevancia de las decisiones en el marco de la relación ordenamiento-sistema (Robles, 2018a, pp. 26-34). Siendo así, las decisiones ordinamentales son todas aquellas decisiones normativas que contribuyen a la formación del ordenamiento jurídico, entendido como la realidad bruta. Las decisiones propositivas vendrán constituidas por las investigaciones teóricas, tratados y monografías que buscan ordenar racionalmente y sistemáticamente el ordenamiento jurídico. Las decisiones sistémicas son las sentencias de los tribunales, que incorporan las distintas propuestas teóricas y de un modo efectivo concretan el sentido de las disposiciones jurídicas del ordenamiento; es decir, reflejan el sistema jurídico y el sentido del derecho positivo. Las decisiones implícitas o tácitas vienen constituidas igualmente por las sentencias de los tribunales que reflejan el contenido o sentido de las costumbres jurídicas y principios jurídicas vigentes en el sistema jurídico, aunque no explicitados necesariamente en el ordenamiento jurídico. Finalmente, las decisiones extraordinamentales y extrasistémicas son las decisiones que se generan en el marco del ámbito jurídico de una comunidad política concreta y que no están directamente referidas a la relación ordenamiento-sistema; bien, por referirse a cuestiones técnicas o meramente pragmáticas (interposición de una demanda, jurisprudencia cautelar, negocios y relaciones jurídicas de todo tipo, etc.); bien, por estar referidas a la misma creación del ordenamiento jurídico como es el caso de la decisión constituyente.

Cada tipo de decisión posee su propio proceso decisonal, es decir, el conjunto de pasos a seguir para la toma de decisión. Así, toda decisión jurídica implica necesariamente una deliberación y una toma de posición acerca del ordenamiento jurídico y la realidad social sobre la que actúa. Pero el modo en que se produce esta deliberación y toma de posición difiere dependiendo del tipo de decisión que se trate (Robles, 2018a, p. 25). Ahora bien, como enseña la teoría hermenéutica, toda decisión refleja más o menos intensamente el contexto social e histórico en el que se desenvuelve el sujeto y frente al cual ha de situarse. En este sentido, en

todas las modalidades de la decisión jurídica puede apreciarse la incidencia de motivaciones extrajurídicas, que inciden en su formación y realización como consecuencia de la inserción social del sujeto (p. 149).

En todo caso, el estudio comunicacional de la decisión jurídica debe compaginar el análisis teórico de los diversos tipos de decisiones jurídicas y sus particulares procedimientos, con el estudio sociológico de la decisión jurídica entendida como fenómeno social. De este modo, el análisis teórico proporcionará las categorías o formas abstractas que permiten comprender, ordenar y dominar el dinamismo y variabilidad inherente a los procesos de decisión jurídica. Pero, igualmente, la toma de posesión de las motivaciones fácticas y la inserción social de los sujetos hará posible vivificar las formas teóricas y colmarlas de realidad (Berteau, 2023, p. 260).

La dimensión comunicacional de la TCD se muestra más evidente a propósito de la explicación de la decisión, porque exige coordinar normatividad y facticidad, así como la explicación teórica con la sociológica. Además, así se refleja la fortuna del método hermenéutico-analítico defendido por el autor. Todo ello, a pesar de la recurrente resistencia del autor a romper la separación epistemológica entre teoría del derecho y sociología jurídica.

Conclusiones

La idea de sistema desarrollada en la TCD permite conciliar el tradicional conflicto entre la formulación en abstracto de la norma y su realidad concreta o positiva, para ello se utiliza la dogmática jurídica como elemento mediador que permite la racionalización y adaptación de los textos jurídicos a las circunstancias fácticas concretas.

La fortuna de la TCD a propósito de la idea de sistema es lo que podríamos denominar un giro conceptual de la teoría del derecho sin caer en el conceptualismo. Mediante este giro conceptual lo que sea en cada momento derecho positivo —o el sentido positivo de las normas— queda

supeditado a la elaboración racional o hermenéutica de los textos jurídicos. Ahora bien, no se trata de una erudición impuesta al jurista, porque las elaboraciones dogmáticas son únicamente propuestas de sentido cuya virtualidad real dependerá de su aplicabilidad práctica y esto dependerá de la conducta o decisiones de los juristas prácticos.

En todo caso, el sistema jurídico en la TCD no escapa de una posible indagación sociológica que pueda explicar las causas reales (no siempre dogmáticas) detrás del hecho de la primacía de una doctrina sobre otras; y las razones fácticas (no siempre dogmáticas) por las que una determinada posición interpretativa domina en la jurisprudencia de los tribunales. Más allá de razones de índole teórico-dogmática, hay múltiples motivaciones, intereses, causas o razones que explican también el comportamiento de los juristas y no todas ellas son tan plausibles como la búsqueda de la verdad y la justicia. En consecuencia, una aproximación sociológica a la idea de sistema propia de la TCD permitiría superar la ingenuidad de las posiciones dogmáticas y nos mostraría la realidad desnuda del sistema jurídico.

Desde la perspectiva estrictamente epistemológica de la TCD se defiende la separación de la sociología jurídica respecto de la teoría del derecho, distinguiéndose netamente el método hermenéutico-analítico propio de la formulación teórica del método empírico propio de la sociología. Sin embargo, la rigidez de esta escisión queda difuminada cuando Robles se ocupa de las decisiones jurídicas y la causa principal es que estas se producen siempre en un determinado contexto social e impelidas por las circunstancias o conflictos sociales que las motivan.

Es a propósito de las decisiones jurídicas cuando parecen converger la perspectiva interna del jurista y la perspectiva externa del sociólogo. Quizás no pueda ser de otro modo, porque la adecuación y oportunidad de la formulación teórica debe ponerse en correspondencia con la realidad factual y circunstancial de la vida social. Entonces, puede ocurrir que el análisis de los hechos sociales o de la inserción social del derecho nos demuestre

la ingenuidad de la formulación teórica y requiera de una aproximación más crítica y reflexiva.

En esta situación, la sociología no puede quedar apartada de la construcción teórica; por el contrario, debe complementar y enriquecer el análisis teórico, reorientándolo hacia la realidad de los hechos y conflictos sociales. Del mismo modo, la perspectiva normativa enriquece el análisis sociológico en la medida en que permite colmar de sentido (fines, intenciones y valores) la visión estrictamente empírica de los hechos. Como sostiene Berteá (2023, pp. 252-254) existe una continuidad entre hechos y normas y la teoría del derecho debe encontrar un modelo de racionalidad que concilie esta mutua interdependencia.

El estudio comunicacional de los procesos decisionales jurídicos nos demuestra la incidencia del medio social de muy diferente modo, ya sea en la propia estructuración de los procesos de decisión como en el mismo contenido material de las decisiones. Esta incidencia del contexto social puede pasar desapercibida en una lectura rápida de los tres volúmenes de la TCD; pero aparece nítidamente en una lectura de conjunto de la obra de Gregorio Robles y, especialmente, en el tercer volumen de su magna obra.

En la obra *Sociología del derecho*, el autor ya manifiesta la conveniencia de introducir el método sociológico en el conocimiento del derecho, principalmente, como elemento crítico desde el que valorar la eficacia y eficiencia del sistema normativo en tanto que reflejo del orden político de convivencia. Es en esta obra, precisamente, donde incluye por primera vez una aproximación sociológica a las decisiones jurídicas y demuestra la facilidad con la que el medio social puede desvirtuar las más logradas construcciones político-jurídicas (basta recordar lo ocurrido con la Constitución de Weimar).

Es en el tercer volumen de su obra *Fundamentos de teoría comunicacional del derecho*, dedicado al estudio de las decisiones jurídicas, donde se pone de manifiesto el importante vínculo que existe entre el análisis hermenéutico-analítico y la sociología jurídica. Porque la influencia del

medio social afecta necesariamente al contenido material de las decisiones jurídicas por dos razones básicas.

Una primera razón es de corte gnoseológico y puesta de relieve por la filosofía hermenéutica; esta es, el hecho de la inserción social del sujeto o la necesaria condicionalidad social e histórica del intérprete, en la medida en que ningún operador jurídico puede eludir el carácter circunstancial de toda decisión. Una segunda razón, no menos importante, es de carácter pragmático y viene constituida por la relevancia social de toda decisión jurídica. Por supuesto, es así para la decisión constituyente, que no puede prescindir del carácter histórico de su propósito, puesto que está llamada a ordenar políticamente la convivencia social y, por ello, debe dar cuenta del conjunto de movimientos sociales, ideologías, valores y creencias de todo tipo sobre los que gravitará el orden jurídico.

Ocurre, igualmente, en el caso de la decisión legislativa, puesto que viene precedida de una determinada lectura del contexto social y es empujada por la fuerza de los acontecimientos o conflictos sociales. Además, toda decisión legislativa presupone un determinado plan de acción sobre el conjunto social, una cierta ingeniería social (Pattaro, 1980, p. 243).

El medio social incide del mismo modo en la decisión judicial, porque, el juez es un portador privilegiado de una tradición dogmática desde la que comprende el contenido de las normas y, al mismo tiempo, es el responsable de su actualización en cada caso concreto que resuelve. No es extraño, encontrar el fundamento último de los cambios jurisprudenciales más relevantes en los cambios sociales producidos, especialmente, cuando estos nos muestran las desigualdades e injusticias sociales que amenazan nuestra convivencia pacífica.

La TCD tiene razón al considerar que la jurisprudencia de los tribunales se hace eco de los trabajos de los juristas dogmáticos y que estos contribuyen a dotar de racionalidad operativa las reflexiones y sentencias de los tribunales. Es cierto, igualmente, que se pueden hallar en las sentencias de los más altos tribunales los rastros de la dogmática jurídica. Pero no es

menos cierto que en estas sentencias pueden, también, encontrarse con más o menos intensidad rastros de motivaciones extrajurídicas y meta teóricas.

Quizás lo más acertado para comprender esta pluralidad de motivaciones, sea aceptar que la individualidad del caso concreto y su contextualización es lo que determina la construcción judicial de la sentencia. Que hasta en la más elocuente apelación a los fines del derecho se esconde una particular configuración fáctica y jurídica del hecho del caso. Esto es lo que se ha denominado una “hermenéutica sensata” que entiende que el derecho brota de la interacción entre el texto legal y los contextos en que se desenvuelve (Rodríguez, 2018, p. 192). En suma, la formulación fáctica-jurídica del conflicto determina necesariamente la respuesta. Es una misión de la ciencia jurídica recordar que por encima de la catalogación genérica de criterios de decisión, debe reivindicarse la educación del razonamiento jurídico para un acertado diagnóstico de los hechos, esto es, la defensa de un horizonte casuístico del que, por lo general, adolece la comunidad científica continental.

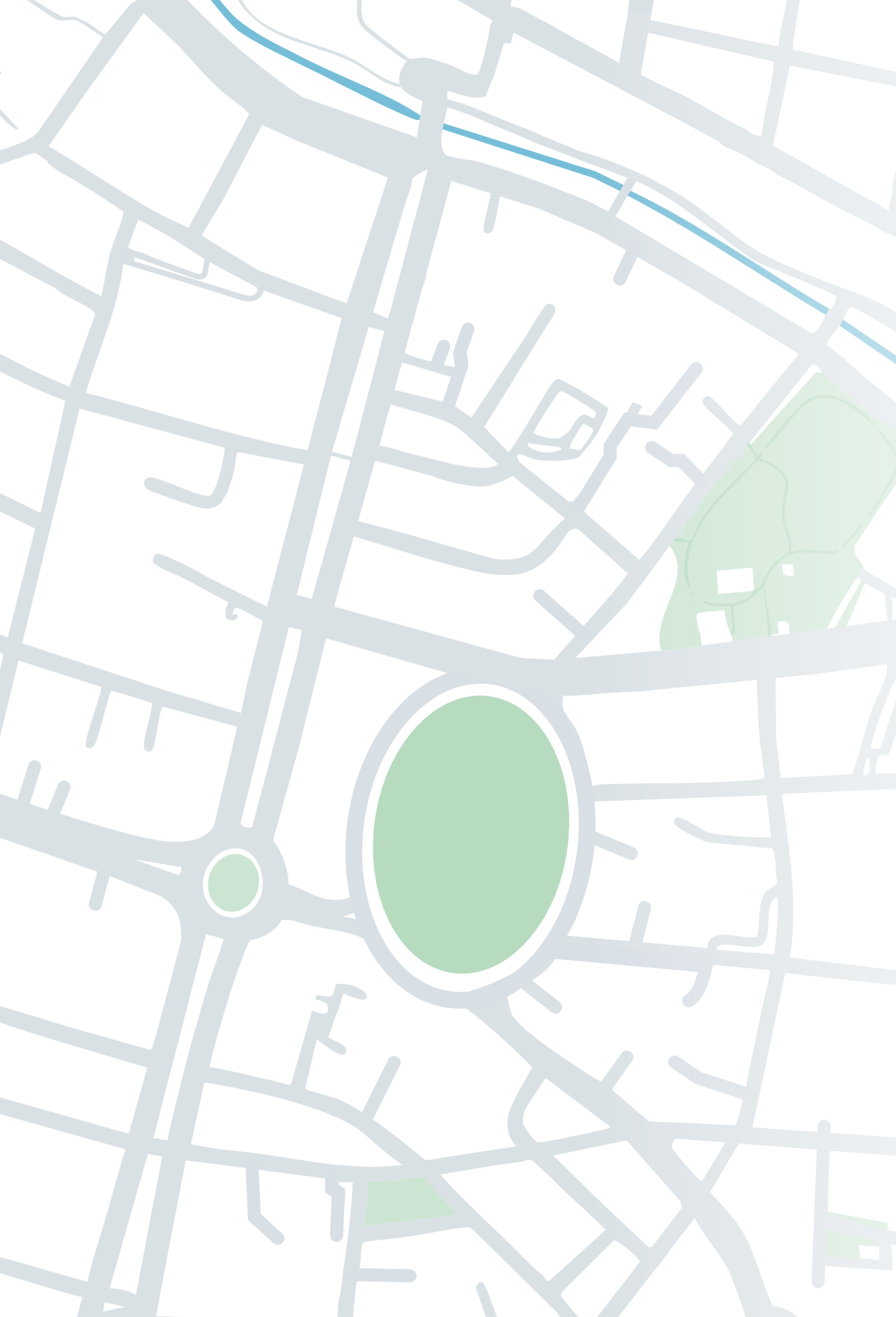
Referencias bibliográficas

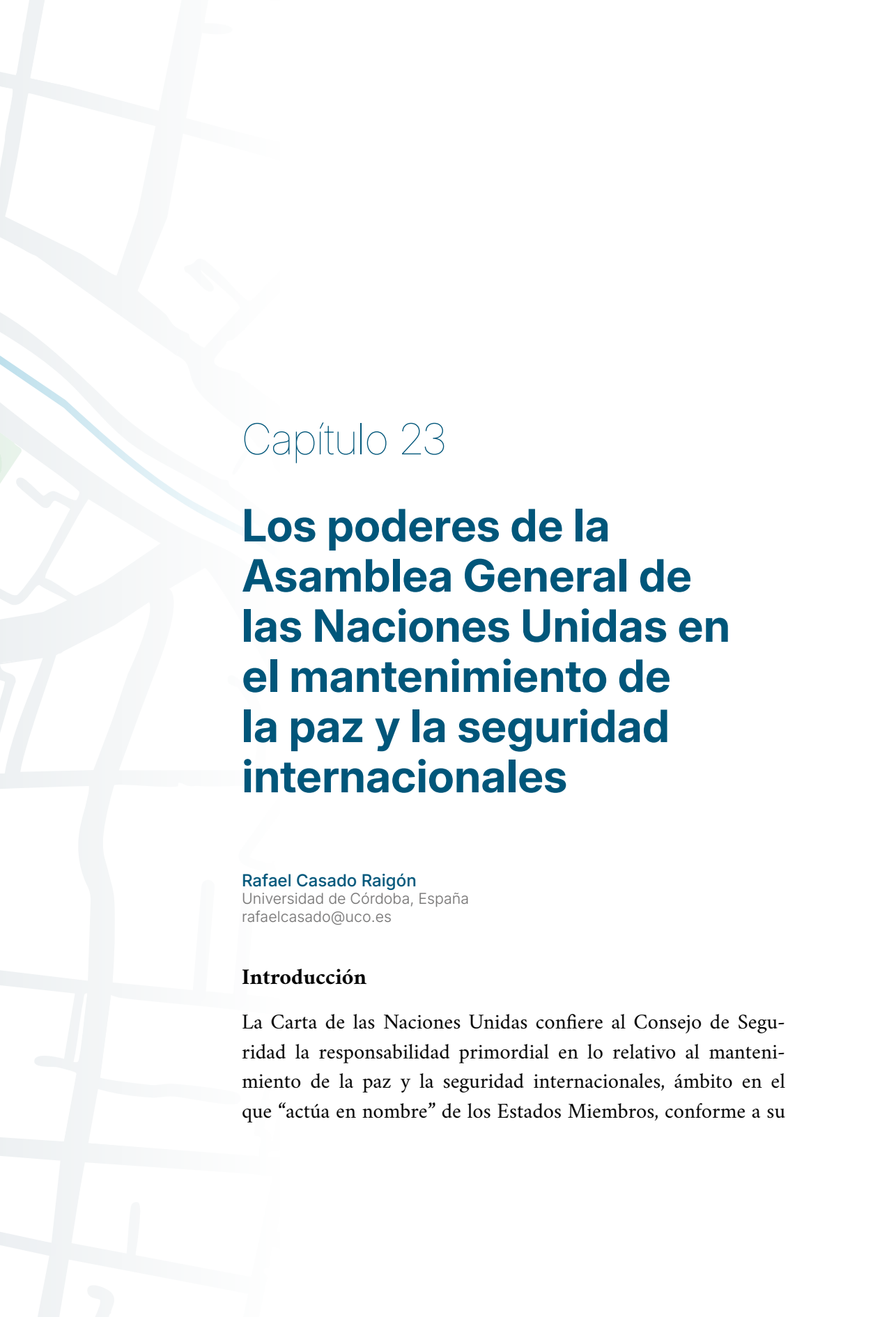
- Albert Márquez, J. J. (2020). La especial relación doctrina-jurisprudencia y ordenamiento-sistema, en la teoría comunicacional del derecho de Gregorio Robles. En Cervilla Garzón, M. J., Jover Ramírez, C., y Rodríguez Tirado, A. (eds.), *Jurisprudencia y doctrina: Un matrimonio de conveniencia*. Thomson Reuters-Aranzadi.
- Berteá, S. (2009). *The normativity claim of law*. Hart Publishing.
- Berteá, S. (2023). Where objective facts and norms meet (and what this means for law). *International Journal for Semiotics and Law*, (36). <https://bit.ly/4jfqx93>
- Comte, A. (1971). *Discurso sobre el espíritu positivo*. Aguilar.

- Dreier, R. (1978). Concepto y función de la teoría general del derecho. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (52), 111-138.
- Faralli, C. (2020). Theodor Geiger e il realismo giuridico scandinavo. En Paliero, C. E., Fittipaldi, E., y Mazzola, R. (eds.), *L' eredità di Theodor Geiger per le scienze giuridiche*. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Kelsen, H. (2011). *Teoría pura del derecho* (1ª ed.; Trad. G. Robles y F. Sánchez, 1934). Trotta.
- La Porta, A. (2018). Una comparación comunicacional: derecho y música, juristas y músicos. Textualidad, documentalidad, performatividad y mediación comunicacional. En Robles Morchón, G., y Ortiz Bolaños, L. (eds.), *Comunicación, lenguaje y derecho*. Aranzadi.
- Pattaro, E. (1980). *Filosofía del derecho*. Reus.
- Robles, G. (1982). *Epistemología y derecho*. Pirámide.
- Robles, G. (2009). *La justicia en los juegos: dos ensayos de teoría comunicacional del derecho*. Trotta.
- Robles, G. (2015a). *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (vol. I). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Robles, G. (2015b). *Teoría del derecho. Fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (vol. II). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Robles, G. (2018a). *Cinco estudios de teoría comunicacional del derecho*. Olejnik.
- Robles, G. (2018b). *Sociología del derecho*. Olejnik.
- Robles, G. (2020). Sociologia pura del diritto vs teoría pura del diritto: Validità ed efficacia delle norme. En Paliero, C. E., Fittipaldi, E., y Mazzola, R. (eds.), *L' eredità di Theodor Geiger per le scienze giuridiche*. Giuffrè Francis Lefebvre.
- Robles, G. (2021). *Teoría del derecho: fundamentos de teoría comunicacional del derecho* (vol. III). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Roca Fernández, M. J., Hermida del Llano, C., y Medina Morales, D. (coords.). (2020). *La teoría comunicacional del derecho y otras*

direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo: Libro homenaje al profesor Gregorio Robles. Tirant lo Blanch.

Rodríguez, M. (2018). La interpretación de las normas jurídicas como problema constitucional: una reflexión desde el caso español. *Dikaion*, 27(2). <https://doi.org/10.5294/dika.2018.27.2.1>





Capítulo 23

Los poderes de la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales

Rafael Casado Raigón

Universidad de Córdoba, España
rafaelcasado@uco.es

Introducción

La Carta de las Naciones Unidas confiere al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial en lo relativo al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, ámbito en el que “actúa en nombre” de los Estados Miembros, conforme a su

artículo 24, numeral 1. La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha advertido, sin embargo, que esta responsabilidad principal no quiere decir que sea “necesariamente” exclusiva (CIJ, 2024, p. 26), porque la Carta indica muy claramente que la Asamblea General (AG) también debe ocuparse de la paz y la seguridad internacionales (CIJ, 1962a, p. 163).

Funciones deliberativas y de recomendación de la AG

Las funciones y competencias de la Asamblea General en esta materia están previstas en los artículos 10, 11, 12, 14 y 15 de la Carta, los cuales, no obstante, deben complementarse con otras disposiciones (artículos 5, 6, 13, 17, 23 y 96) y ser interpretados en el marco de esta constitución mundial. Su lectura indica que, en el terreno que nos ocupa, el órgano plenario de las NN. UU. tiene tanto un poder de discusión como un poder de recomendación, aunque este último con dos importantes limitaciones o restricciones.

La primera, que es de orden procesal, afecta al propio ejercicio de ese poder, que se supedita a la actuación del Consejo de Seguridad. Se contiene en el artículo 12.1, en virtud del cual mientras:

El Consejo de Seguridad esté desempeñando las funciones que le asigna esta Carta con respecto a una controversia o situación, la Asamblea general no hará recomendación alguna sobre tal controversia o situación, a no ser que lo solicite el Consejo de Seguridad. (Carta de las Naciones Unidas, 1945)

La segunda limitación, que es más específica y de orden material, afecta al contenido de la recomendación de la AG, o, más particularmente, a las medidas (acciones) que puede recomendar este órgano. Se contiene en el artículo 11.2, en virtud del cual toda cuestión “con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla, el texto completo, menciona:

La Asamblea General podrá discutir toda cuestión relativa al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales que presente a su consideración cualquier Miembro de las Naciones Unidas o el Consejo de Seguridad, o que un

Estado que no es miembro de las Naciones Unidas presente de conformidad con el artículo 35, párrafo 2, y salvo lo dispuesto en el artículo 12, podrá hacer recomendaciones acerca de tales cuestiones al Estado o Estados interesados o al Consejo de Seguridad o a éste y a aquéllos. Toda cuestión de esta naturaleza con respecto a la cual se requiera acción será referida al Consejo de Seguridad por la Asamblea General antes o después de discutirla” (Carta de las Naciones Unidas, 1945).

De esta manera, hay medidas que están reservadas al Consejo de Seguridad, órgano que, además, tiene un poder de decisión, no solo de recomendación. Quedan fuera por tanto de estas restricciones las recomendaciones de carácter abstracto, esto es, las no vinculadas a controversias o situaciones concretas, como las que consideren los “principios generales de la cooperación en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (Carta de las Naciones Unidas, 1945, art. 11). Esas limitaciones al poder de recomendación, por otra parte, no afectan en absoluto al poder de discusión —o de debate, examen o estudio— que tiene la AG en este terreno¹, un poder (el de discusión) que debe ser calificado de *general*, ya que no solo abarca las cuestiones abstractas, sino también los casos particulares, como las *cuestiones* que “requieran acción” o las controversias o situaciones concretas, por lo que no se encuentra supeditado a los poderes que detenta el Consejo de Seguridad, incluso en los casos en los que la cuestión o situación se exponga a la aplicación del capítulo VII de la Carta (Cassan, 2005, p. 664).

Pronunciamientos de la CIJ sobre los poderes de la AG

La Corte Internacional de Justicia ha tenido la ocasión de referirse a las limitaciones que acabamos de comentar. En lo que concierne a la del

1 En su opinión consultiva de 22 de julio de 2010 (*conformidad con el Derecho internacional de la declaración unilateral de independencia respecto de Kosovo*), la CIJ, refiriéndose al artículo 12, ha señalado que su objetivo es proteger el papel, la función, del Consejo de Seguridad, y que la limitación que contiene este artículo se aplica al poder de hacer recomendaciones tras un debate previo y no a la competencia para suscitar ese debate (CIJ, 2010, p. 420).

artículo 12.1, en su opinión consultiva de 9 de julio de 2004 sobre las “consecuencias jurídicas de la edificación de un muro en el territorio palestino ocupado” (CIJ, 2004) solicitada por la AG, la CIJ ha señalado que, si bien en un primer momento la práctica de las Naciones Unidas interpretó y aplicó esa disposición en el sentido de que impedía a la AG formular recomendaciones sobre una cuestión que permanecía inscrita en el orden del día del Consejo, con el tiempo dicha interpretación evolucionó, como evidenció en 1968 el asesor jurídico de la organización al confirmar que la Asamblea había interpretado las palabras “esté desempeñando las funciones” empleadas en el artículo 12 como significando “esté desempeñando las funciones en ese momento”.

De hecho, la Corte, en esta opinión consultiva de 2004, revela la existencia de una creciente tendencia a que la AG y el Consejo de Seguridad *examinen* paralelamente una misma cuestión relativa al mantenimiento de la paz y de la seguridad internacionales, estimando que esta práctica, “tal y como ha evolucionado” es compatible con el parágrafo 1 del artículo 12 de la Carta.² Esta apreciación hecha en 2004 ha sido recordada por la propia Corte en su reciente opinión consultiva de 19 de julio de 2024 sobre las *consecuencias jurídicas de las políticas y prácticas de Israel en el territorio palestino ocupado, incluida Jerusalén Este* (CIJ, 2010, p. 42) también solicitada por la AG.

En lo que concierne a la limitación del artículo 11.2, el mismo órgano judicial principal de las Naciones Unidas, en su opinión consultiva de 20 de julio de 1962 sobre *ciertos gastos de las Naciones Unidas*, igualmente pedida por la AG, ha estimado que la “acción” a la que se refiere esa disposición es una *acción coercitiva*; más concretamente, esa palabra debe significar una acción que es de la sola competencia del Consejo de Seguridad, es decir, la

2 En función de ello, en este dictamen la Corte ha creído que, “en consecuencia”, la resolución de la AG que solicita una opinión consultiva no infringe la disposición citada (CIJ, 2004, p. 150), aunque al mismo tiempo ha señalado que esa solicitud no constituye en sí misma una “recomendación” de la AG sobre “una controversia o situación” (CIJ, 2004, p. 148).

acción que se menciona en el título del capítulo VII de la Carta, a saber, la “acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamiento de la paz o actos de agresión” (CIJ, 1962b, pp. 164-165).

Ahora bien, las atribuciones de la AG, en opinión de la Corte, no son simplemente de carácter exhortativo. Aunque es el Consejo quien posee el derecho exclusivo de ordenar una acción coercitiva, las funciones y poderes de la Asamblea, según la Carta, no se limitan a la discusión, al examen, al estudio y a la recomendación. Así, en virtud de su artículo 18, las *decisiones* sobre *cuestiones importantes* que adopta la AG comprenden efectivamente ciertas recomendaciones, pero también otras que tienen “un valor y un efecto de carácter imperativo”, como las previstas en los artículos 5 y 6 con relación a la suspensión del ejercicio de los derechos y privilegios inherentes a la calidad de Miembro y a la expulsión de la Organización, un poder que se asocia “expresamente” a las medidas preventivas o coercitivas (CIJ, 1962b). Una medida de esta naturaleza ha sido tomada recientemente (en el marco de la agresión contra Ucrania) por la AG. En virtud de su resolución ES-11/3, aprobada el 7 de abril de 2022, la AG *decide* “suspender los derechos de la Federación de Rusia a formar parte del Consejo de Derechos Humanos”, un poder de decisión de la Asamblea que encuentra su apoyo en la resolución 60/251, de 15 de marzo de 2006, de este mismo órgano y que puede aplicarse respecto de todo miembro de dicho Consejo que cometa violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos.

En su interpretación por los Estados, la noción de *acción coercitiva* a la que se refiere la Corte en su opinión consultiva de 1962 ha sido objeto de alguna matización (Cassan, 2004, pp. 672–674). Si bien unos entienden que, con arreglo a ella, las medidas (las “acciones”) de naturaleza diplomática, económica y militar previstas en el capítulo VII de la Carta están reservadas al Consejo de Seguridad, otros, en cambio, consideran que la noción en cuestión debe ser apreciada no solo en función de la naturaleza o contenido de la medida adoptada, sino también del valor jurídico del acto que contenga esa medida. Si nos centráramos en el poder de decisión que

tiene el Consejo en virtud del capítulo VII, podría inferirse que lo relevante al respecto no es el contenido de la medida, sino el hecho de que se trate de medidas *decididas*, por lo que, al no ser obligatoria, una recomendación de la AG, cualquiera que sea su contenido, no implica la *acción* a la que se refiere el artículo 11.2.

Medidas recomendadas por la AG

Más allá de las interpretaciones (o dudas) que suscita la citada opinión consultiva, lo cierto es que, en el curso de su historia, la práctica de la Asamblea General ha recogido una gran variedad de medidas (o acciones) recomendadas por este órgano, entre las que se incluyen, aunque su adopción se haya limitado con el tiempo (Gaston y Day, 2024, p. 30, ss.), las de naturaleza diplomática (retirada de embajadores, ruptura de relaciones diplomáticas o no establecimiento de misiones diplomáticas)³ y económica (cierre de puertos, prohibición de aterrizaje, de importación y exportación de mercancías y armas, embargo de petróleo o suspensión de la asistencia económica, financiera y tecnológica),⁴ es decir, medidas que implican coerción y que son las previstas —específicamente— en el artículo 41 (capítulo VII) de la Carta.⁵ En no pocos casos, además, la AG ha llegado a calificar la situación en cuestión como una amenaza a la paz y la seguridad internacionales,⁶ constatando, incluso, la existencia de una agresión,⁷ lo que, en virtud del artículo 39 (capítulo VII) de la Carta,

3 Véase, por ejemplo, resoluciones 39 (I), 1761 (XVII), 2107 (XX), 2508 (XXIV), ES-9/1 o ES-10/19.

4 Véase, por ejemplo, resoluciones 1761 (XVII), 1899 (XVIII), 2107 (XX), 2508 (XXIV), ES-9/1 o 42/23.

5 Sobre la cuestión de saber si, verdaderamente, la AG ha recomendado en alguna ocasión el uso de la fuerza, véase (Gaston y Day, 2024, pp. 21).

6 Véase, por ejemplo, resoluciones 1596 (XV), 1622 (S-III), 1742 (XVI), 1899 (XVIII) o 2107 (XX).

7 Véase resoluciones 498 (V), ES-9/1 o ES-11/1, que se cita en la siguiente nota.

podría entenderse —no en mi opinión— que constituye una competencia exclusiva del Consejo de Seguridad.⁸

Junto a las medidas diplomáticas y económicas mencionadas, la AG, como se ha dicho antes, ha recomendado otras de una índole muy variada. Por ejemplo, las *medidas* que le reconoce expresamente el artículo 14 de la Carta para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, *medidas* que, como dijo la Corte en su dictamen de 1962, suponen alguna forma de acción (CIJ, 1962b, p. 163).⁹ Aparte de sus declaraciones de condena, la AG ha exhortado a que se ponga término a las operaciones militares, ha pedido que se logre un alto el fuego, ha exigido la liberación de prisioneros o de rehenes, ha creado órganos a fin de controlar la aplicación de las medidas recomendadas, ha exigido que se facilite la asistencia humanitaria, ha exhortado a que no se reconozca como lícita la situación creada, ha reconocido la obligación de rendir cuentas, ha recomendado el establecimiento de un registro internacional de daños y perjuicios causados, o, sencillamente, ha exigido que se cumpla el Derecho internacional y, particularmente, el humanitario. En fin, como para la cuestión de Ucrania (2023), ha recalcado la necesidad de alcanzar cuanto antes una paz general, justa y duradera y

8 La primera resolución aprobada por la AG en su undécimo periodo extraordinario sesiones de emergencia (ES-11/1), convocada por el Consejo de Seguridad para la cuestión de Ucrania, lleva por título, precisamente, “Agresión contra Ucrania”, y en ella se “*deplora en los términos más enérgicos* la agresión cometida por la Federación de Rusia contra Ucrania, en contravención del Artículo 2.4 de la Carta”. Esta calificación, en la que estuvieron de acuerdo 141 miembros de Naciones Unidas y 5 en contra, confirma que la misma no constituye una competencia exclusiva del Consejo, lo que además se desprende de diversas disposiciones de la Carta, como particularmente la contenida en el párrafo 3 de su artículo 11. Lo que sencillamente establece el artículo 39 con la previa calificación de la situación es una condición para que el Consejo de Seguridad pueda adoptar las medidas previstas en el capítulo VII de la Carta.

9 En virtud del artículo 14, “Salvo lo dispuesto en el artículo 12, la Asamblea General podrá recomendar medidas para el arreglo pacífico de cualesquiera situaciones, sea cual fuere su origen, que a juicio de la Asamblea puedan perjudicar el bienestar general o las relaciones amistosas entre naciones, incluso las situaciones resultantes de una violación de las disposiciones de esta Carta que enuncian los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas”. Como se ha señalado, este artículo está vinculado al artículo 11 (2) porque, como en este último, se permite a la AG adoptar recomendaciones a propósito de situaciones particulares relativas al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales (Maison, 2005, p. 745)

ha exhortado a los Estados y a las organizaciones internacionales a que redoblen su apoyo a los esfuerzos diplomáticos encaminados al logro de esa paz (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2023).

Mención aparte merecen las operaciones para el mantenimiento de la paz (OMP), cuya autorización podría corresponder tanto al Consejo de Seguridad como a la Asamblea General. Como señaló la CIJ en la citada opinión consultiva de 1962, estas operaciones no son acciones *coercitivas* que se enmarcan en el capítulo VII de la Carta (CIJ, 1962b, p. 166). Ahora bien, sin perjuicio de las competencias de la Asamblea en materia de financiación y del hecho de que la autorización del establecimiento de las OMP haya recaído principalmente en el Consejo de Seguridad, la práctica revela que la general involucración o participación de la Asamblea en esas operaciones ha disminuido con el tiempo (Gaston y Day, 2024, p. 15).

Resolución Unión pro Paz: contexto y debate jurídico

En el contexto de la guerra de Corea, la Asamblea General adoptó el 3 de noviembre de 1950 la resolución 377 (V), a la que titula “Unión pro Paz” (*Union pour le maintien de la paix, Uniting for peace*), también conocida como resolución “Dean Acheson” (nombre del entonces Secretario de Estado de los Estados Unidos de América). En virtud de esta, la AG resuelve que,

Si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con su responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, un quebrantamiento de la paz o un acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de fuerzas armadas

cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales. (Asamblea General de las Naciones Unidas, 1950, párr. 1) ¹⁰.

Esta resolución, que no se sustenta en ninguna disposición específica de la Carta, suscitó un lógico debate jurídico sobre su compatibilidad con este instrumento. Quienes defendieron su constitucionalidad argumentaron que dicha resolución no tenía por objeto reemplazar el sistema de seguridad colectiva cuyo eje es el Consejo de Seguridad, “sino que estaba destinada a entrar en funcionamiento por defecto, en caso de fracaso del régimen de seguridad del Consejo”. Para ellos, esta resolución encaja en el sistema de la Carta y los poderes y facultades de la Asamblea que explicita están latentes en este instrumento (Jiménez de Aréchaga, 1958, p. 203).

Podría aducirse que con la resolución 377 no se renuncia a la función esencial que tiene encomendada la organización mundial, el mantenimiento

10 A los efectos del “examen inmediato del asunto”, la resolución 377 añade lo siguiente: “De no estar a la sazón reunida, la Asamblea General puede reunirse en periodo extraordinario de sesiones de emergencia dentro de las 24 horas siguientes a la presentación de una solicitud al efecto. Tal periodo extraordinario de sesiones de emergencia será convocado si así lo solicita el Consejo de Seguridad por el voto de siete cualesquiera de sus miembros, o bien la mayoría de los Miembros de las Naciones Unidas”. Desde 1956 se han convocado once periodos extraordinarios de sesiones de emergencia, siete a solicitud (sin posibilidad de veto) del Consejo de Seguridad [Suez (1956), Hungría (1956), Líbano (1958), R. D. del Congo (1960), Afganistán (1980), Territorios Árabes Ocupados (Altos del Golán) (1982) y Ucrania (2022)] y cuatro a iniciativa de determinados Estados [Oriente Medio (1967, URSS), Palestina (1980, Senegal), Namibia (1981, Zimbabue) y Medidas ilegales israelíes en la Jerusalén oriental ocupada y el resto del territorio palestino ocupado (1997, Catar)] con el respaldo de “la mayoría” de los Miembros de las NN. UU. [así, por ejemplo, para la convocatoria del décimo periodo extraordinario de sesiones de emergencia, el Secretario General, en nota de 22 de abril de 1997, “comunicó a los Estados Miembros que la mayoría de ellos había convenido en la solicitud de Catar” (A/ES-10/1)]. Obviamente, las resoluciones de la Asamblea a lo largo de su historia en el terreno del mantenimiento de la paz han sido adoptadas no solo en estas sesiones de emergencia, sino también en sus sesiones ordinarias e incluso extraordinarias. De hecho, en 2022, la Asamblea General se ha dotado de un mandato permanente para que, en este órgano, cuando se ejerza el derecho de veto en el Consejo de Seguridad, se celebre un debate inmediato sobre la situación a la que se refiera el veto, “siempre que la Asamblea no celebre un periodo extraordinario de sesiones de emergencia sobre” la misma situación. Es significativo que la resolución que contiene este mandato (76/262, de 26 de abril de 2022) observe que ella “y sus disposiciones se entienden sin perjuicio de las negociaciones intergubernamentales sobre la reforma del Consejo de Seguridad”.

de la paz y la seguridad internacionales, pero hay que admitir que la consecución de este primer y principal propósito de las Naciones Unidas se apoya en realidades y equilibrios que van mucho más allá de la sustitución de un órgano por otro cuando el primero no toma la decisión por insuficientes votos afirmativos o por el veto de uno o varios de sus miembros. La Asamblea General, como ha dicho la CIJ, también debe ocuparse de la paz y la seguridad internacionales, pero en este terreno no ha sido concebida por la Carta como un órgano ejecutivo, como un instrumento de acción coercitiva, sino más bien como un órgano de diplomacia (Carrillo Salcedo, 1966, p. 44) en el marco, desde luego, de las competencias y medios de acción que para él se definen en la Carta. El hecho de que el poder de recomendación de la Asamblea se extienda por la R. 377, al menos sin mayores garantías o exigencias, a la adopción de medidas coercitivas, como las que impliquen el uso de fuerzas armadas, ni encaja en el sistema de la Carta ni responde a poderes *latentes* descifrados de este instrumento. Guste o no guste, el sistema de la Carta es otro, que en este aspecto del mantenimiento de la paz consagra la regla del consentimiento unánime (o del no veto) de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad.

Es verdad que el mundo político ha cambiado enormemente desde 1950, como muestra, entre otras cosas, la posterior composición, verdaderamente mundial y heterogénea, de la sociedad internacional, la desintegración del bloque comunista del este de Europa o el nuevo papel de China y de otros países emergentes en las relaciones internacionales, lo que hace necesario la reforma del Consejo de Seguridad, de la que se lleva discutiendo desde hace más de treinta años. Pero hasta que esa reforma llegue, también es evidente que Naciones Unidas, lejos de convertirse en un instrumento al servicio de una o varias grandes potencias, de uno o varios grupos de Estados o, incluso, de mayorías relativas y coyunturales, debe seguir siendo un escenario, una plataforma, para la cooperación, la negociación y la diplomacia.

La AG ante los conflictos de Ucrania y Gaza

Las resoluciones adoptadas recientemente por la Asamblea General para dos gravísimos conflictos que están afectando enormemente a la estabilidad del orden internacional, los que conciernen a Ucrania (por la invasión rusa de su territorio el 24 de febrero de 2022) y a Gaza (por el ataque del grupo Hamás en territorio israelí el 7 de octubre de 2023 y el estado de guerra declarado posteriormente por Israel), ponen de manifiesto que este órgano plenario de las Naciones Unidas debe necesariamente ocuparse de la paz y la seguridad internacionales, pero no como un órgano ejecutivo, como un instrumento de acción coercitiva, sino más bien como un órgano de diplomacia en el marco, desde luego, de las competencias y medios de acción que para él se definen en la Carta. Esta es la función de la AG que alcanza un mayor grado de consenso entre los Estados que conforman la organización mundial.

En el caso particular de la agresión de Rusia contra Ucrania, durante los años 2022 y 2023 la AG (undécimo periodo extraordinario de sesiones de emergencia) adoptó, en mi opinión, dos tipos diferentes de resoluciones. Por una parte, aquellas que han condenado (abiertamente) la violación de la Carta y del Derecho internacional, que han llamado a poner fin a las operaciones militares, que han pedido que la ayuda humanitaria sea facilitada o, en fin, que han alentado al diálogo y a la diplomacia para el logro de la paz. Por otra, aquellas que han dado un paso más, decidiendo sanciones de tipo disciplinario¹¹ o reconociendo la obligación de rendir cuentas por todas las violaciones del Derecho internacional.¹² Las primeras resoluciones (las de condena genérica o de aliento al diálogo) han recibido

11 Me refiero a la resolución ES-11/3 (Suspensión de los derechos de la Federación de Rusia a formar parte del Consejo de Derechos Humanos).

12 Véase la resolución ES-11/5 (Promoción de vías de recurso y reparaciones por la agresión contra Ucrania), en la que se reconoce que la Federación de Rusia debe rendir cuentas por todas las violaciones del derecho internacional y se recomienda la creación de un registro internacional de daños para registrar, en forma documental, pruebas e información sobre alegaciones en relación con los daños y perjuicios causados.

un importantísimo apoyo,¹³ el representado por 140/143 Estados, lo que supone aproximadamente el 73 % de los miembros de Naciones Unidas, resoluciones que, por otra parte, solo han contado con cinco (en un caso siete)¹⁴ votos en contra. Las segundas, en cambio, no han superado el 49 % de votos a favor, contando con más votos en contra que las anteriores y, sobre todo, con numerosas abstenciones, que en un caso (si se le suman las ausencias) han llegado al 44 %.¹⁵ Repárese en que estas últimas medidas (sobre todo la primera, que es de indudable competencia de la AG) no son las expresamente contempladas en el capítulo VII de la Carta.

En el caso de Gaza, la AG, entre 2023 y 2024 (décimo periodo extraordinario de sesiones de emergencia), ha adoptado seis resoluciones que han contado con un apoyo muy importante. Las dos primeras, que han insistido en la protección de los civiles y el cumplimiento de las obligaciones jurídicas y humanitarias,¹⁶ han recibido el apoyo (los votos a favor), respectivamente, del 62,69 % y del 79,27 % de los Estados miembros de las Naciones Unidas; la tercera, que ha decidido aprobar un nuevo estatus para el Estado de Palestina en el sistema de Naciones Unidas,¹⁷ del 74,09 %; la cuarta, que ha exigido que se cumplan las obligaciones jurídicas puestas de manifiesto en la opinión consultiva de la CIJ de 19 de julio de 2024,¹⁸ del 64,24 %; la quinta, que ha afirmado su pleno apoyo al organismo de las

13 Resoluciones ES-11/1 (Agresión contra Ucrania), ES-11/2 (Consecuencias humanitarias de la agresión contra Ucrania), ES-11/4 (Integridad territorial de Ucrania: defensa de los principios de la Carta de las Naciones Unidas) y ES-11/6 (Principios de la Carta de las Naciones Unidas en los que se basa una paz general, justa y duradera en Ucrania).

14 Resolución ES-11/6 (ONUa, 2023)

15 Caso de la resolución ES-11/5 (73 abstenciones y 12 ausencias). La resolución ES-11/3 contó con 58 abstenciones y 18 ausencias (alrededor del 39 %).

16 Resoluciones ES-10/21 y ES-10/22, ambas con el mismo título (Protección de los civiles y cumplimiento de las obligaciones jurídicas y humanitarias).

17 Resolución ES-10/23 (Admisión de nuevos Miembros en las Naciones Unidas).

18 Resolución ES-10/24 (Opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia sobre las consecuencias jurídicas derivadas de las políticas y prácticas de Israel en el Territorio Palestino Ocupado, incluida Jerusalén Oriental, y de la ilegalidad de la presencia continuada de Israel en el territorio Palestino Ocupado).

Naciones Unidas para los refugiados de Palestina en el Cercano Oriente,¹⁹ del 82,38 %; y sexta y última, que ha exigido un alto el fuego en Gaza,²⁰ del 81,86 %.

Todas estas resoluciones, además, han contado con muy pocos votos en contra (14, 10, 9, 14, 9 y 9, respectivamente), entre ellos el de Estados Unidos y el de algunos Estados miembros de la Unión Europea, que no ha desplegado en el conflicto de Gaza una política exterior común. Tomando como referencia una de esas resoluciones, la ES-10/24 (opinión consultiva de la CIJ), dos Estados miembros de la UE votaron en contra (Chequia y Hungría), 13 lo hicieron a favor (entre ellos, Francia y España) y 12 se abstuvieron (entre ellos, Alemania, Italia y Polonia).

Variabilidad del consenso en la AG en un mundo cambiante

¿Podrían extraerse algunas conclusiones de todas esas cifras? Creo que no es fácil hacerlo en un mundo tan cambiante y desconcertante como en el que vivimos. Un mes y pico después de la toma de posesión de D. Trump como presidente de los Estados Unidos de América, la AG (24 de febrero de 2025) ha adoptado, con un sentido del voto trastocado, otras dos resoluciones que se añaden a las aprobadas en su undécimo periodo extraordinario de sesiones de emergencia. La primera (ES-11/7), que lleva por título “Promoción de una paz general, justa y duradera en Ucrania”, ha insistido básicamente en la necesidad de aplicar (plenamente) las anteriores resoluciones de la AG, citando de manera expresa, en particular, “la necesidad de garantizar la rendición de cuentas por los crímenes más graves de derecho internacional cometidos en el territorio de Ucrania”. Esta resolución, promovida por Ucrania y otros 52 países (entre ellos los 27 de la UE, Reino Unido, Canadá, Japón o Australia), ha contado con 93

19 Resolución ES-10/25 (Apoyo al mandato del Organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente).

20 Resolución ES-10/26 (Exigencia de un alto el fuego en Gaza).

votos a favor (poco más del 48 % de los miembros de las Naciones Unidas), 18 votos en contra, entre ellos el de Estados Unidos, y 65 abstenciones. La segunda (ES-11/8), que lleva por título “El camino hacia la paz”, se ha basado en un breve proyecto preparado por Estados Unidos (ONU, 2023b) pero modificado sustancialmente debido a la aprobación de varias enmiendas de 24 países de la UE (no las suscribieron Italia, Hungría y Eslovaquia) y el Reino Unido.²¹

En virtud de dichas enmiendas, se sustituyen las palabras “el conflicto entre la Federación de Rusia y Ucrania” (empleadas en el proyecto norteamericano) por las palabras “la invasión a gran escala de Ucrania por parte de la Federación de Rusia”, se inserta un párrafo que reafirma el compromiso de la AG “con la soberanía, la independencia, la unidad y la integridad territorial de Ucrania dentro de sus fronteras reconocidas internacionalmente, que se extienden a sus aguas territoriales”, y se sustituyen las palabras “paz duradera entre Ucrania y la Federación de Rusia” por las palabras “paz justa, duradera y general entre Ucrania y la Federación de Rusia, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios de la igualdad soberana y la integridad territorial de los Estados”. Con dichas enmiendas, a pesar de que recojan frases o afirmaciones contenidas en las resoluciones de 2022 y 2023 que recibieron un mayor respaldo y de que el texto aprobado omita referirse a la necesidad de aplicar el conjunto de esas resoluciones o, en particular, a la necesidad de garantizar la rendición de cuentas, esta segunda resolución de 2025 solo ha contado con 93 votos a favor, además de con 8 votos en contra y 73 abstenciones, entre ellas la de Estados Unidos.

El breve texto de los Estados Unidos tuvo más éxito en el Consejo de Seguridad, inactivo hasta la fecha con el conflicto de Ucrania. El mismo día en el que se cumplían tres años de la agresión rusa, el 24 de febrero, este órgano ejecutivo de NN. UU. aprobó una resolución, la 2774 (2025),

21 Véanse en Organización de las Naciones Unidas. Los proyectos de resolución A/ES-11/L.13, A/ES-11/L.14 y A/ES-11/L.15.

en la que se recoge íntegramente (sin enmienda alguna) el proyecto norteamericano. De esta manera, el Consejo adopta una posición muy neutral (*descafeinada*, si se quiere) al limitarse a *lamentar* “la trágica pérdida de vidas durante todo el conflicto entre la Federación de Rusia y Ucrania”, a *reiterar* “el propósito principal de las Naciones Unidas” (el mantenimiento de la paz y el arreglo pacífico), a *implorar* “que se ponga un rápido fin al conflicto” y a *instar* “a que se logre una paz duradera entre Ucrania y la Federación de Rusia”. Esta posición ha sido respaldada por diez de sus miembros: todos los americanos (Estados Unidos, Panamá y Guayana), todos los asiáticos (China, Pakistán y República de Corea), todos los africanos (Argelia, Sierra Leona y Somalia) y la Federación de Rusia. Los miembros europeos (Francia, Reino Unido, Dinamarca, Grecia y Eslovenia) se han abstenido, por lo que los dos miembros permanentes del Consejo (Francia y Reino Unido) que auspiciaron con otros Estados las sustanciales enmiendas al texto americano en sede de la Asamblea General no han querido impedir, con su voto en contra (con su veto), la adopción de la resolución.

Asistimos por tanto a un cambio en la orientación que Naciones Unidas pretende dar a la paz en Ucrania o, si se quiere, al tránsito del logro de una “paz general, justa y duradera” al logro de una “paz [simplemente] duradera”. Ese cambio queda reflejado no solo en la posición actual del Consejo de Seguridad, sino también, al menos en parte, en la más reciente de la AG, donde se ha ido disipando el amplio apoyo que obtuvieron algunas resoluciones adoptadas en 2022 y 2023. La causa directa de esa evolución se sitúa, sin duda, en la nueva presidencia americana y en el *camino hacia la paz* por ella emprendido. Como escribió el profesor Truyol y Serra hace ya muchas décadas, la gran potencia acaba imponiéndose por su propio peso y se la invita a cooperar con las demás porque no sería posible obtener resultados duraderos sin ella. Se da aquí —decía— la más rigurosa aplicación que cabe del principio de efectividad (Truyol y Serra, 1994, p. 119).

La AG como centro de armonización de esfuerzos internacionales

Es evidente, en todo caso, que en la Asamblea General intervienen y votan (o se abstienen o se ausentan) diferentes sensibilidades y distintas actitudes coyunturales, además de Estados cansados y desconcertados, Estados que muestran sus aspiraciones a una mayor autonomía estratégica (Pons Ràfols, 2024, p. 29 y ss.), como las potencias emergentes del llamado *Sur Global*,²² o algún grupo de Estados, como el de la Unión Europea, que no se pone de acuerdo en política exterior, lo que se constata de manera muy clara en el actual conflicto de Gaza. Pero, más allá del estado actual del multilateralismo, de las posiciones coyunturales de los Estados o, incluso, del desconcierto de muchos de ellos, creo que las cifras que describen el apoyo a una determinada resolución (o la respuesta que se ha tenido a ella) nos deberían hacer reflexionar.

El hecho de que el contenido de una resolución de la AG logre un amplio apoyo (y con muy pocos votos en contra) supone un indicador importante del papel que el órgano plenario de las NN. UU. debería desempeñar en el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales. Muchas de sus resoluciones pueden ser criticadas por su ambigüedad o por las “limitadas” medidas o acciones que contienen, pero este órgano plenario y deliberante de las Naciones Unidas, en ese terreno, no puede suplir, asumiendo sus competencias, al órgano ejecutivo al que el sistema de Carta confiere una responsabilidad primordial, principal o primaria.

En su resolución 77/335 sobre la “Revitalización de la labor de la Asamblea General”, aprobada el 1 de septiembre de 2023, este órgano plenario de las NN. UU., reconociendo “las funciones, los poderes y el papel que le corresponden en cuestiones relacionadas con el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales de conformidad con la Carta”, ha subrayado “la necesidad permanente de fomentar la interacción entre

22 India, Sudáfrica, Brasil, México, Nigeria, Indonesia, Pakistán o, desde luego, China.

la Asamblea General y el Consejo de Seguridad, de conformidad con sus mandatos respectivos”.²³ Es sumamente importante, en efecto, promover los intercambios, la interacción, entre esos dos órganos, pero en el entendido de que sus respectivos mandatos no son idénticos. Se trata ciertamente de mandatos complementarios, pero por ello diferentes.

La AG no está concebida por la Carta como un órgano ejecutivo, sino como un órgano de diplomacia en el marco, claro está, de las competencias y medios de acción que le son dados por este instrumento. Valiéndome de lo que se expresa para las Naciones Unidas en el artículo 1 (4) de la Carta, diría que la Asamblea General debe servir “de centro que armonice los esfuerzos de las naciones por alcanzar” los propósitos de la organización, cuyo primero y principal es el de mantener la paz y la seguridad internacionales, y no de escenario para la división y el enfrentamiento, escenario que haría que la confianza en Naciones Unidas, ya tocada por las reiteradas parálisis del Consejo de Seguridad, experimentara un fortísimo retroceso, lo que no conviene, precisamente, a la preservación de la paz.

Referencias bibliográficas

Asamblea General de las Naciones Unidas. (1950). *Resolución 377 A (V): Unión pro Paz* (3 de noviembre de 1950). <https://un-documents.net/a5r377.htm>

Asamblea General de las Naciones Unidas. (2023). *Resolución ES-11/6: Principios de la Carta de las Naciones Unidas subyacentes a una paz global, justa y duradera en Ucrania* (23 de febrero de 2023). <https://undocs.org/es/A/RES/ES-11/6>

23 El “Pacto para el Futuro”, aprobado por resolución (79/1) de 22 de septiembre de 2024 de la AG, que reafirma “el papel central de la Asamblea General como principal órgano de deliberación”, ha insistido en que hay que estrechar la relación entre el Consejo y la Asamblea, pero “teniendo en cuenta y respetando plenamente sus respectivas funciones, autoridad, facultades y competencias consagradas en la Carta” (acciones 41 y 42).

- Carrillo Salcedo, J. A. (1966). *La crisis constitucional de las Naciones Unidas*. Instituto Francisco de Vitoria, Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC).
- Cassan, H. (2004). *La diplomatie multilatérale*. Presses Universitaires de France.
- Cassan, H. (2005). Article 11. Paragraphes 2 et 3. En J.-P. Cot, A. Pellet y M. Forteau (eds.), *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article* (3.^a ed., pp. 663-672). Economica.
- Corte Internacional de Justicia. [CIJ]. (1962a). *Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), judgment of 15 June 1962*. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 1962, 6-163. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/45/045-19620615-JUD-01-00-EN.pdf>
- Corte Internacional de Justicia. [CIJ]. (1962b). *Certain expenses of the United Nations (article 17, paragraph 2, of the Charter): Advisory opinion of 20 July 1962*. ICJ Reports, 1962, 151-228. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/49/049-19620720-ADV-01-00-EN.pdf>
- Corte Internacional de Justicia. [CIJ]. (2004). *Opinión consultiva sobre las consecuencias jurídicas de la construcción de un muro en el territorio palestino ocupado*. Recueil des arrêts 2004, 136-200. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-ES.pdf>
- Corte Internacional de Justicia. [CIJ]. (2004). *Cas concernant l'application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, Recueil 2004.
- Corte Internacional de Justicia. [CIJ]. (2004). *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé / Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, advisory opinion of 9 July 2004*. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 2004, 136-482. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/131/131-20040709-ADV-01-00-EN.pdf>

- Corte Internacional de Justicia. [CIJ]. (2010). *Accordance with international law of the unilateral declaration of independence in respect of Kosovo, advisory opinion of 22 July 2010*. Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders, 2010, 403-453. <https://www.icj-cij.org/public/files/case-related/141/141-20100722-ADV-01-00-EN.pdf>
- Gaston, E. y Day, A. (2024). *Assembly for peace: A digital handbook on the UN General Assembly's past practice on peace and security*. Office of the President of the General Assembly.
- Maison, R. (2005). Article 14. En J.-P. Cot, A. Pellet M. Forteau (eds.), *La Charte des Nations Unies: Commentaire article par article* (3.^a ed., pp. 743-755). Economica.
- Organización de las Naciones Unidas. [ONU]. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. <https://www.un.org/es/about-us/un-charter>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU]. (2023a, 23 de febrero). *Resolución ES-11/6: Principios de la Carta de las Naciones Unidas en los que se basa una paz general, justa y duradera en Ucrania*. <https://undocs.org/es/A/RES/ES-11/6>
- Organización de las Naciones Unidas. [ONU]. (2023b). *Proyecto de resolución A/ES-11/L.11*. <https://undocs.org/es/A/ES-11/L.11>
- Pons Ràfols, X. (2024). La agresión de Rusia contra Ucrania y el Derecho internacional contemporáneo. En M.^a D. Bollo Arocena & E. Jiménez Pineda (dirs.), *El Derecho internacional y europeo contemporáneos ante la agresión rusa a Ucrania*. Tirant lo Blanch.
- Truyol y Serra, A. (1994). *La sociedad internacional*. Alianza Editorial.



★ ★ ★

*Estudios de mediación, conflictos y paz:
historia y presente en un mundo convulso.
Libro II*

se imprimió en la ciudad de Cuenca, Ecuador, en abril de
2025, en la Editorial Universitaria Católica (EDUNICA),
con un tiraje de 300 ejemplares.

★ ★ ★

