

LA MEDIACION: TEORIA Y PRACTICA*

Eduardo Ferrero Costa**

1. *Introducción – Conceptos Generales*

La solución de controversias por medios pacíficos tiene como primer medio a la negociación, ya sea bilateral o multilateral. Mediante ésta, las partes directamente involucradas en el conflicto llegan a un acuerdo que soluciona su controversia.

Sin embargo, dicha modalidad, que es la más frecuente, no siempre conduce a las partes a un arreglo. Ante la dificultad o imposibilidad de solucionar la controversia mediante la negociación, se acude a otros medios pacíficos de solución de conflictos. Estos otros medios tienen en común la participación de un tercero, a través de modalidades muy diversas, que van desde los buenos oficios a nivel diplomático, hasta el arreglo judicial en el plano jurídico. Entre estos dos extremos, se presentan diversos sistemas con la participación de terceros ajenos al conflicto que, en mayor o menor grado, colaboran para que éste se resuelva.

Al respecto, la Carta de las Naciones Unidas señala que “las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitra-

* Trabajo presentado en el Seminario sobre Negociación y Mediación Internacional organizado por la Academia Internacional de la Paz y el Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI), Lima, Junio de 1987.

** El autor es el Presidente Ejecutivo del Centro Peruano de Estudios Internacionales (CEPEI) y Profesor Principal de la Universidad Católica del Perú.

je, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección” (1).

Luego de la negociación fracasada, o cuando se advierte que ésta no conducirá a un resultado positivo mutuamente aceptado por las partes en el conflicto, puede aparecer terceros para que, con mayor o menor poder de acuerdo al método que las partes voluntariamente elijan, colaboren con éstas en la solución de la controversia.

Una negociación frustrada o sin éxito, no conducirá necesariamente la participación de terceros para la solución de la controversia. Con frecuencia los Estados, por razones de soberanía, o por tener un convencimiento —no necesariamente cierto— de que tienen absoluta razón, poder suficiente o dominio de la situación, pueden considerar conveniente simplemente suspender las negociaciones e imponer su posición a la otra parte. En este sentido, los terceros aparecen en la medida que las dos partes directamente involucradas sienten la necesidad o advierten la conveniencia de buscar otra fórmula pacífica para solucionar su controversia, pues la negociación no conducirá a dicha solución.

En esta situación, juega un papel importante el interés de la comunidad internacional o de algunos terceros Estados u organismos internacionales. En efecto, cuando las perspectivas de una negociación directa se van perdiendo y el conflicto va aumentando la tensión entre las partes, ésta atraerá la atención pública. Más aún, hay razón para pensar que la oportunidad para que aparezca un tercero, se da en la medida que la fricción entre las partes adquiere las características de una disputa o sus implicancias ingresan al campo de los intereses de la comunidad internacional (2).

En este contexto, la oportunidad de la intervención inicial de un tercero en una disputa puede ser muy importante. Dependiendo de la naturaleza de los asuntos en juego, por ejemplo, el rompimiento de hostilidades, la ocupación de territorio extranjero u

(1) Carta de las Naciones Unidas, Artículo 33.

(2) Sit Rikhye, Indar: “Mediation”, Paper delivered to the United Nations Seminar for Diplomats, Dixon House, April 1986 mimeo.

otros, en los cuales la oportunidad de ofrecer la intermediación puede tener un efecto crítico, el proceso de intermediación de un tercero debe aparecer antes que las partes en el conflicto hayan estado en aptitud de tomar pasos permanentes sin que puedan dar marcha atrás, alterando la situación en desventaja de una de las partes, o antes que hagan la posición de una de las partes tan fuertes que dejá de tener un real interés en verse envuelta en una negociación, con o sin la ayuda de un mediador. En este caso, el criterio para escoger o decidir será muy diferente dependiendo en el hecho, por ejemplo, de que la mediación sea designada para asegurar una cesación de hostilidades, o un acuerdo de retiro de tropas. Estos ejemplos son extremos, pues en estos casos el ofrecimiento para la mediación no puede esperar aprobación formal de las partes o un tiempo oportuno. Sin embargo, en los demás casos, la oferta de la mediación debe darse cuando no es demasiado prematuro para que pueda ser calificada como intervención en los asuntos internos, ni cuando sea muy tarde que se convierta en una mediación *pox facto* y por lo tanto sin valor (3).

2. *Los Procedimientos Diplomáticos*

Entre los diferentes métodos de solución de controversias en que participan terceros, la mediación se ubica dentro de aquellos procedimientos denominados diplomáticos o no jurisdiccionales.

Diferencia con los Métodos Jurisdiccionales

Mientras que los métodos jurisdiccionales, que son el arreglo judicial y el arbitraje, implican la participación de un tercero o de un tribunal con la facultad de resolver la controversia, en el caso de los métodos diplomáticos o no jurisdiccionales, un tercero o una Comisión intervienen para colaborar con las partes en la solución del conflicto por ellos mismos.

En este sentido, en tanto que una sentencia de la Corte Internacional de Justicia o el laudo de un Tribunal Arbitral es de obligatorio cumplimiento para las partes que voluntariamente se han sometido a dicha jurisdicción, en cambio, las recomendaciones que

(3) Raman, Venkata: "Mediation ant Thrid Party Assistance", Queen's University, Canada, mimeo.

eventualmente pueda dar un tercero, a través de algún procedimiento diplomático no son obligatorias y solamente pueden entenderse como términos de referencia que pueden ser rechazados por las partes en la controversia.

Los diversos medios diplomáticos responden a un concepto básico. En ocasiones, sólo existe entre ellos una diferencia de matices. Otras veces, los distinguen rasgos más categóricos. Pero, tal como señala Peirano Basso, “siempre presentan un denominador común: solucionar un diferendo entre dos o más partes, en base a un entendimiento de carácter no obligatorio, logrado por acercamientos directos o indirectos entre los interesados en el conflicto” (4).

Comparación entre la Mediación y los Buenos Oficios

La mediación es el medio diplomático de solución de controversias más típico y sus especiales características distinguen de los otros procedimientos no jurisdiccionales.

El procedimiento diplomático más simple, que muchas veces conduce a otros procedimientos es el de los buenos oficios. Este se presenta cuando se trata de persuadir a los Estados en conflicto que negocien entre ellos para llegar a un acuerdo. El Pacto de Bogotá de 1948 señala que “el procedimiento de buenos oficios consiste en la gestión de uno o más gobiernos americanos, o de uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado americano ajenos a la controversia, en el sentido de aproximar a las partes, proporcionándoles la posibilidad de que encuentren directamente una solución adecuada”. Y agrega el pacto: “Una vez que se haya logrado el acercamiento de las partes y que éstas hayan reanudado las negociaciones directas, quedará terminada la gestión del Estado o del ciudadano que hubiere ofrecido sus buenos oficios” (5).

(4) Peirano Basso, Jorge: “Buenos Oficios y Mediación”, Ediciones IDEA, Montevideo 1983, p. 13.

(5) Tratado Americano de Soluciones Pacíficas o Pacto de Bogotá, suscrito el 30 de abril de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana, Artículos IX y X.

En cambio, en la mediación, el mediador participa de modo efectivo en las conversaciones y puede ir sugiriendo términos de arreglo conforme van avanzando las negociaciones. Así, mientras que los buenos oficios de un tercero buscan el acercamiento entre las partes, para que éstas solucionen el conflicto por su cuenta, la mediación del tercero busca ese acercamiento ofreciendo a las partes proposiciones concretas, para que éstas las acepten si así consideran conveniente. El Pacto de Bogotá señala que la mediación consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos o ciudadanos americanos, para que, como mediadores, cumplan la función de asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable” (6).

Comparación entre la Mediación y la Conciliación

Mientras que la mediación y los buenos oficios son procedimientos de larga historia que han estado presentes desde la Edad Media, en la época de supremacía del Papado, que oficiaba de mediador entre los Estados litigantes, la conciliación aparece después de la Segunda Guerra Mundial. Esta se establece en una serie de tratados que sometían la solución de la controversia a una comisión designada por las partes, encargada de examinar todos los aspectos de la situación producida y de proponer una solución sobre la base de concesiones recíprocas.

Las Comisiones de Conciliación fueron incorporadas posteriormente en tratados multilaterales de importancia, tales como en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados o en la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Estos tratados establecieron un procedimiento que concluye con un dictamen formal que la comisión presenta a las partes en calidad de recomendación, la que puede ser aceptada o rechazada con toda libertad.

La conciliación es un procedimiento más formal, que se distingue de la mediación por su origen, por la forma en que se ejerce y por su finalidad. Por su origen, la conciliación es de más reciente aparición. Por su forma, a diferencia de la mediación, la Conci-

(6) Tratado Americano, op. cit., Artículos XI y XII

liación no se concibe sin la constitución de una comisión de Conciliación, para que estudie los litigios que le someten. En cuanto a la finalidad, la conciliación con frecuencia se ha asociado a una ulterior etapa arbitral o judicial, pues la finalidad de la conciliación podría ser propender a la solución del conflicto como instancia previa al arreglo jurisdiccional (7).

Finalmente, cabe distinguir la mediación de la investigación, procedimiento que ya se encontraba codificado en las Convenciones de La Haya de 1889 y 1970 y que es de menor uso que los ya mencionados de buenos oficios y conciliación.

En el caso de la investigación, los Estados en conflicto pueden designar una entidad imparcial encargada de llevar a cabo una encuesta o investigación de los hechos convertidos. Según AKEHURST, muchas disputas internacionales se centran exclusivamente en cuestiones de hecho, por lo que la investigación imparcial de un tercero puede constituir un medio excelente para reducir la tensión y el área de desacuerdo entre las partes. Estas como en los demás procedimientos diplomáticos, no quedan obligados a aceptar el resultado de la investigación, pero con frecuencia lo aceptan voluntariamente (8). En el caso de la mediación, se participa más en la negociación de la misma, aportando sugerencias y comentarios, tanto en relación a cuestión de hecho, como respecto al derecho aplicable y la posible solución de la disputa.

Medios Sui-generis

Además de los medios diplomáticos antes mencionados, que se distinguen entre sí por tener cada uno características propias, es pertinente destacar que en la práctica, también se presentan otras fórmulas o situaciones *sui-generis* para resolver controversias, por medios pacíficos; es decir, pueden presentarse diversos medios especiales para casos particulares, de naturaleza diplomática o política, que se utilizan para tratar de resolver una determinada controversia, que no encuadran dentro de la clasificación de las formas

(7) Peirano Basso, Jorge: *op. cit.*, pág. 18.

(8) Akehurst, Michael: "Introducción al Derecho Internacional", Alianza Universidad — Textor, Madrid, 1979, p. 292.

tradicionales antes mencionadas. En este sentido, pueden haber medios de solución pacífica de controversias que tengan simultáneamente elementos de diversos medios tradicionales. También puede darse el caso de medios originales con características propias que no se asemejan a ninguno de los medios antes mencionados. Inclusive, se puede dar el caso de un medio diplomático que, luego de agotado, puede conducir a las partes a tratar de resolver su controversia mediante otro medio diplomático, o eventualmente jurisdiccional.

Un fenómeno complejo en el que se encuentran elementos de más de un medio diplomático de solución de controversias, además de elementos propios que escapan a todos ellos, es el caso del problema centroamericano, para el cual los Estados concernidos y otros países interesados han utilizado medios distintos a los tradicionales, con la finalidad de intentar solucionar la controversia. Este es el caso de la acción de Paz del Grupo de Contadora y del Grupo de Apoyo al Grupo de Contadora, que es un medio diplomático, político, *suigeneris*, para tratar de solucionar un serio conflicto regional. Este caso supera las características clásicas de los métodos tradicionales de solución de controversias. Sin embargo, al mismo tiempo, las fórmulas del Grupo de Contadora y del de Apoyo, cuya participación en el conflicto centroamericano cuenta con el consentimiento de los cinco países centroamericanos, tienen algunos elementos de mediación, sin negarle las características de negociaciones bilaterales y multilaterales. Este es pues, un ejemplo de un método de solución pacífico de controversias que por no encuadrar estrictamente dentro de uno de los métodos clásicos, no deja de ser un medio idóneo, útil y legítimo para intentar solucionar la crisis centroamericana.

Adicionalmente, cabe tener en cuenta que si bien se está haciendo referencia a métodos diplomáticos de solución de controversias, se trata siempre de situaciones políticas y no únicamente jurídicas; es decir, el hecho de que estos métodos diplomáticos de solución de controversias estén reconocidos en diversos instrumentos jurídicos internacionales, no debe hacernos olvidar que se trata de métodos políticos, que tienen que ser considerados permanentemente para tratar de lograr éxito en una acción mediadora que pretenda contribuir a la solución pacífica de una controversia.

3. *La Mediación*

La mediación es un procedimiento informal y flexible, que no puede dejar enmarcado dentro de reglas fijas únicas. En efecto, en cada proceso de mediación se dan múltiples características propias, que no permiten asimilar un proceso anterior a casos futuros.

Entre los casos más comentados de las últimas dos décadas, se encuentra la mediación de 1978 del presidente Carter de los Estados Unidos, entre Egipto e Israel, que luego condujo a la suscripción en Washington del tratado de paz entre ambos Estados. Otra mediación exitosa fue la del ilustre peruano José Luis Bustamante y Rivero en la disputa territorial entre El Salvador y Honduras, que llevó al tratado de paz, suscrito en Lima en 1980, entre los representantes de ambas naciones. También se debe mencionar la mediación del Papa Juan Pablo II, asistido por el cardenal Samore, en el conflicto de Beagle entre Argentina y Chile, que igualmente terminó satisfactoriamente con la celebración del correspondiente tratado entre ambos Estados en 1985. Un caso de intento de mediación, fue el intento frustrado del presidente Belaúnde de lograr un arreglo entre Argentina y la Gran Bretaña durante el conflicto de las Malvinas.

Igualmente, se pueden mencionar las diversas mediaciones en las que ha intervenido las Naciones Unidas, principalmente a través del secretario general o su representante, en asuntos que pongan en peligro la paz y la seguridad internacionales, tal como pueden ser el caso de Chipre o la guerra Irán -Irak.

Basta mencionar estos ejemplos para advertir que los casos de mediación son muy diversos, con su propio procedimiento, duración y características de acuerdo a las especiales peculiaridades de cada situación.

4. *Características generales de la Mediación*

Tal como se ha señalado, la mediación es un medio de solución de controversias de carácter político diplomático y no de naturaleza jurídica formal. En un sentido estrictamente funcional, siguiendo a Venkata Raman se puede decir que la mediación es la interposición de una tercera parte en una situación para facilitar o

promover el proceso de negociación, a fin de obtener ciertos resultados mutuamente aceptados por ambas partes, que de lo contrario no están en posibilidades de acordar (9).

En el documento de trabajo presentado por Egipto, Filipinas y otros Estados ante el Comité Especial de la Carta de las Naciones Unidas reunido en Manila en 1980, se dice que “la mediación consiste en la sumisión de una controversia a un tercero con miras a que éste ayude a las partes en la controversia a llegar a un arreglo amistoso” (10).

En la mediación, es necesario que las partes en el conflicto estén de acuerdo en ser asistidas por un tercero, para que colabore en la solución del diferendo. Más aún, la voluntad común de las partes aceptando la intervención del tercero contribuye a que las gestiones lleguen a buen término. Este fue el caso del diferendo entre Gran Bretaña e Irán relativo a la independencia de la Isla Bahrein, en el cual la mediación en 1970 del secretario general de las Naciones Unidas fue exitosa (11).

La libertad del consentimiento para aceptar o rechazar la mediación es consecuencia de los principios de soberanía e igualdad jurídica de los Estados. En la Declaración sobre los Principios de Derecho Internacional, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1970, se declara que al procurar sus arreglos por medios pacíficos, “las partes convendrán en valerse de los medios pacíficos que resulten adecuados a las circunstancias y a la naturaleza de la controversia”. Seguidamente, la misma declaración agrega que “el arreglo de las controversias internacionales se basará en la igualdad soberana de los Estados y se hará conforme al principio de libre elección de los medios. El recurso a un procedimiento de arreglo aceptado libremente por los Estados, o la aceptación

(9) Raman, Venkata, *op. cit.*

(10) Documento de Trabajo Oficioso presentado por Egipto, Filipinas, Indonesia, México, Nigeria, Rumania, Sierra Leona y Túnez (ALAC. 182/WG/48) en el Comité Especial de la Carta a las Naciones Unidas y del fortalecimiento del papel de la organización remitido en Manila del 28 de enero al 22 de febrero de 1980.

(11) Peirano Basso, Jorge, *op. cit.*, p. 28.

de tal procedimiento, con respecto a las controversias existentes o futuras en que sean partes, no se considerará incompatible con la igualdad soberana” (12).

Al prestar su consentimiento las partes reconocen la legitimidad del mediador y aceptan la obligación de abrir la disputa a su influencia. Esta parece haber sido, por ejemplo, la consecuencia de la respuesta positiva de la India y Pakistán a la propuesta de buenos oficios de la Unión Soviética en 1966, que finalmente condujo a la aceptación de la fórmula de Tashkent.

A su vez, el mediador debe respetar la autonomía de las partes para decidir los alcances de la participación del mediador. Tal como señala Pechota, cualquiera que sea la fuerza del argumento o lo que esté detrás de los movimientos del mediador, éstos no son obligatorios para las partes y se hacen sin perjuicio del curso de acción que las mismas partes en el conflicto deseen llevar adelante, ya sea individualmente o en conjunto. Consecuentemente, el Estado tiene el derecho a rechazar libremente el ofrecimiento de mediación, si así lo cree conveniente, salvo que estuviere obligado a aceptar el procedimiento en virtud de un tratado internacional que lo obligue, tratado que por lo demás en su oportunidad también fue aceptado libremente por el Estado (13).

De otro lado, el ofrecimiento de mediación jamás debe tomarse como un acto inamistoso. Este rasgo fue reconocido ya en la Convención de La Haya de 1907, que dispuso expresamente que el derecho de ofrecer la mediación pertenece a los Estados ajenos al conflicto aún en el curso de las hostilidades y no puede ser considerado por las partes como un acto inamistoso (14). Coinciden-

(12) Resolución 2625 (XXV) aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 24 de octubre de 1970.

(13) Pechota. “Complementary Structures of Third Party Settlement of International Disputes In Dispute Settlement Through the United Nations”, citado en Henkin, Louis, Pugh Richard, Schachter y Smit Hans, “International Law Cases and Materials”, Second Edition West Publishing Company, St. Paul, MINN, 1987. págs. 576-587.

(14) Convención de La Haya del 18 de octubre de 1907, aprobada en la Segunda Conferencia Internacional de La Haya. Artículos 3 y 4.

temente, en su obra sobre Buenos Oficios y Mediación, Peirano Basso, concluye que en los últimos 25 años no se registra un solo caso de ofrecimiento de mediación, que hubiere sido considerado inamistoso o lesivo a la soberanía de un Estado (15).

5. *Materia de la Mediación*

La materia de la mediación puede ser muy variada. Más aún, en principio, cualquier asunto internacional puede ser objeto de mediación, tanto en la situación de que las partes acuerden llevar el problema a la consideración de un tercero, o conflicto respecto del cual un tercero pueda proponer gestión mediadora.

No obstante este criterio tan amplio, existen dudas en relación a la posibilidad de ofrecer mediación en asuntos que son de jurisdicción interna de los Estados, a los cuales se refiere la Carta de las Naciones Unidas. Según la carta, ninguna de sus disposiciones “autoriza a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son de jurisdicción interna de los Estados, ni obliga a los miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo” (16). En este caso, la mediación podría darse únicamente si las partes en el diferendo solicitan de común acuerdo, la acción mediadora o si el tercero ofrece su gestión y ésta es aceptada por las partes. En esta situación se encuentran los intentos de algunos Estados en emplear la mediación para poner término a una Guerra Civil, los que generalmente han fracasado. Rosseau recuerda a las dos partes en conflicto durante la guerra civil española, que negaron a aceptar la propuesta de mediación franco-británica de diciembre de 1936; o la negativa de Francia, Gran Bretaña y la Unión Soviética de dar curso a la petición de mediación en la guerra civil china, formulada por el gobierno de Chang-Kai-Chek en enero de 1949 (17).

6. *Sujetos de la Mediación*

Los sujetos de la mediación pueden ser los Estados, los indivi-

(15) Peirano Basso, Jorge, op. cit., p. 29.

(16) Carta a las Naciones Unidas, Artículo 2, párrafo 7.

(17) Rosseau, Charles: ‘Derecho Internacional Público’, Tercera Edición, Ediciones ARIEL, Barcelona, 1966, pág. 488.

duos y los organismos internacionales, sean éstos de vocación universal como las Naciones Unidas, de carácter regional como la OEA, o de naturaleza funcional como el Banco Mundial.

Mediación por Estados

Históricamente, la mediación ha estado a cargo de los Estados o sujetos con personería jurídica internacional, como es la Santa Sede. La mediación ha sido ofrecida para prevenir una guerra, como fue la mediación británica en 1867, entre Francia y Prusia, a propósito de Luxemburgo; o para poner fin a una guerra ya iniciada entre dos Estados, tal como fue la mediación de Francia para poner fin a la guerra hispano-americana que dio lugar al Tratado de Paz de Portsmouth de 1905 (18).

En lo que se refiere a las últimas décadas, en el levantamiento de Peirano Basso sobre la práctica seguida entre 1954 y 1979, se señalan aproximadamente 65 casos de buenos oficios y mediación de Estados, incluyendo, tanto ofrecimientos que no prosperaron, como mediaciones exitosas (19). De este total, Africa es el continente con más actividad mediadora con 30 casos, lo que se explica por el proceso de descolonización que se precipita a partir de 1960. El surgimiento de nuevos Estados trajo consigo un incremento de las situaciones conflictivas y una mayor acción mediadora. En el contexto africano, han sido Nigeria y Egipto los que han participado más en actividades mediadoras de significación.

En Asia, en cambio, se mencionan actividades mediadoras únicamente en 9 ocasiones, habiéndose limitado estos casos a la década de los sesenta. Por su parte, los países de Europa han llevado a cabo actividades de buenos oficios y mediación en 15 oportunidades, habiendo sido El Vaticano y Reino Unido quienes más han intervenido en gestiones de esta naturaleza. En relación a los estados americanos, Peirano Basso ha registrado 9 casos de buenos oficios y mediación, habiendo presentado siete veces la participa-

(18) *Ibidem.*

(19) Peirano Basso, *op. cit.* pág. 35. En el anexo de esta obra, véase la reseña detallada, en orden cronológico, de todos los casos de mediación y buenos oficios, registrados por el autor entre los años 1954 y 1979.

ción de los Estados Unidos, y solamente dos de los países latino-americanos (20).

Mediación por Individuos

En los últimos años, ha cobrado auge la mediación por individuos de altas calidades personales. No obstante, con frecuencia no queda claro si la mediación es solicitada a un individuo a título personal exclusivamente, o si se supone que en el fondo es el Estado del individuo quien ejerce la actividad pacificadora. Tal fue el caso, por ejemplo, de la mediación ofrecida por Nasser, presidente de la República Árabe Unida, pocos días antes de su muerte, en setiembre de 1970, en el conflicto entre Hussein de Jordania y los guerrilleros palestinos.

En los últimos años, se han presentado en América Latina dos procedimientos de mediación muy importantes, a cargo de individuos, con resultados altamente exitosos. Estos son la mediación del Dr. José Luis Bustamante y Rivero en el conflicto entre El Salvador y Honduras y la mediación del Papa Juan Pablo II en el conflicto entre Argentina y Chile por el canal de Beagle.

Francisco Orrego Vicuña destaca el resurgimiento de la mediación en la práctica latinoamericana de los últimos 10 años. Evaluando estos dos casos, Orrego señala que “ha sido precisamente la búsqueda de la flexibilidad que caracteriza la práctica latinoamericana, la que ha llevado al resurgimiento de los procedimientos clásicos” (21). En igual sentido, Héctor Gross Espiell anota que actualmente la negociación directa y la mediación son los procedimientos más aptos para resolver los problemas fronterizos aún pendientes en Latinoamérica (22).

(20) *Ibidem*.

(21) Orrego Vicuña, Francisco: “Análisis de la Práctica Latinoamericana en Materia de Solución de Controversias durante la Década del 1970 y sus Implicaciones para el Futuro”, en “Perspectivas del Derecho Internacional Contemporáneo Experiencias y Visión de América Latina”, obra editada por Francisco Orrego Vicuña y Jeanette Irigoien Barriere, Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile, Santiago, 1981, Volumen 2, pág. 100.

(22) Gross Espiell, Héctor, citado por Peirano Basso, Jorge, *op. cit.*, pág. 54.

Mediación de los Organismos Internacionales

Con la creación de los organismos internacionales las fórmulas de arreglo pacífico de las controversias han evolucionado notablemente y la naturaleza y alcances de los medios diplomáticos tradicionales, tal como la mediación, han cambiado de modo significativo.

Del relevamiento efectuado por Peirano Basso, antes mencionado, durante el periodo de 25 años que llega hasta 1979, distintos organismos internacionales han intervenido aproximadamente 65 veces en gestiones de mediación o buenos oficios. De estos casos, alrededor de dos tercios han correspondido a gestiones realizadas dentro del marco de las Naciones Unidas. A nivel regional, han destacado por su número las actividades de la Organización para la Unidad Africana y de la OEA (23).

Las Naciones Unidas se ha visto envuelta con mayor intensidad en gestiones de mediación, según sostiene Pechota, porque la organización parece reunir mejor las tres condiciones esenciales para la intervención exitosa de una tercera parte. En primer lugar, al aceptar la carta, los Estados reconocen la legitimidad de las Naciones Unidas para preocuparse por los conflictos cuya continuidad pueden afectar la paz y seguridad. En segundo lugar, la organización ofrece métodos y procedimientos conocidos y generalmente aceptados por las partes. En tercer lugar, las Naciones Unidas dispone de ciertos recursos que pueden representar valores positivos para lograr los objetivos de la mediación (24).

La mayoría de las intervenciones de las Naciones Unidas como mediador, se han realizado a través del Secretario General, quien ha ejercido esta función en aplicación del artículo 99 de la Carta. Ello se ha dado fundamentalmente en casos de cese o prevención de hostilidades, como fue en Suez en 1956 o, en el Medio Oriente en 1970; o en caso de problemas relativos a la libre determinación de los pueblos, como fue en Nueva Guinea Occidental en 1963 o en Sudáfrica en 1978. Además el Secretario General ha

(23) Peirano Basso, Jorge, *op. cit.*, pág. 40.

(24) Pechota, *op. cit.*

intervenido en problemas particulares, tal como fue la misión diplomática relativa a los aviadores americanos pertenecientes a las fuerzas de las Naciones Unidas detenidos en China en 1954, o el asunto de los rehenes americanos en Irán en 1979 (25).

Las gestiones del secretario general al amparo del artículo 99 no están señaladas expresamente. Se trata más bien de una interpretación extensiva de lo que dispone dicho artículo, según el cual “el secretario general podrá llamar la atención del Consejo de Seguridad hacia cualquier asunto que en su opinión pueda poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales” (26).

La facultad del secretario general de interponer sus buenos oficios u ofrecer su mediación tampoco está específicamente mencionada en el capítulo VI de la carta sobre Arreglo Pacífico de Controversias. Sin embargo, en virtud de las atribuciones que la carta concede al Consejo de Seguridad, este órgano puede solicitar al secretario general que interponga sus buenos oficios o su mediación en algún conflicto. Este fue el caso, por ejemplo, del encargo al Secretario General para interponer sus buenos oficios en el asunto de los rehenes norteamericanos detenidos en la embajada de los Estados Unidos en Irán (27).

7. *El Rol de Mediador*

El mediador ayuda a resolver la controversia combinando las percepciones de las partes respecto a materias que creen no tienen solución. El mediador puede fraccionar estos asuntos dividiéndolos en asuntos más pequeños, de más fácil solución, o también puede unir varios asuntos a efectos de que una negociación en paquete pueda llevar a un buen resultado.

Lo más importante que puede hacer un mediador, señala Henkin, es cambiar las percepciones de una situación de suma cero

(25) Peirano Basso, Jorge, op. cit., pp. 42-43.

(26) Carta de las Naciones Unidas, Artículo 99.

(27) Resolución 457 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas de diciembre de 1979.

a una situación de suma positiva. En algunas ocasiones, los recursos de la misma institución mediadora pueden ser útiles para lograr esto. Tal fue el caso, por ejemplo, de la disputa por el Río Indo entre India y Pakistán, que fue resuelta con la mediación del Banco Mundial, que desarrolló un plan para que las dos naciones se beneficiaran de las aguas y tuvieran control sobre las mismas (28).

¿Cuál debe ser el rol de un mediador? ¿Hasta dónde pueden llegar sus atribuciones? ¿Debe actuar solamente como un mensajero entre las partes en la controversia, o debe sugerir sus propias soluciones?

Al respecto, el Dr. Galo Plaza, mediador por las Naciones Unidas en el conflicto de Chipre, comentó lo siguiente sobre su rol: “Yo he considerado muy cuidadosamente el significado de mis términos de referencia. Claramente, mi primera obligación... era llevar a cabo consultas con cada una de las partes involucradas, a fin de explorar la posibilidad de que lleguen a un acuerdo entre ellas mismas. Yo he hecho eso y me ha llevado a creer que sin un cambio en las presentes circunstancias, esa posibilidad no existe. Se me ha sugerido consecuentemente, por algunas de las partes interesadas, que mi nueva responsabilidad es presentar en este informe mis propias propuestas sobre aquellas condiciones para un arreglo que, en mi opinión, permitiría a las partes llegar lo más cerca que las circunstancias lo permitan a sus objetivos legítimos. Sin embargo, otros señalan que una propuesta de esa naturaleza, especialmente si cuenta con el sello y consiguientemente la fuerza moral de las Naciones Unidas, me podría ubicar en la posición de un árbitro, más que de un mediador y, por lo tanto, me podría llevar más allá de los límites de mis términos de referencia... Yo no acepto necesariamente esa posición” (29).

Teniendo en cuenta que la mediación proviene de la libre voluntad de las partes y tiene el propósito de contribuir a lograr una solución, es natural y lógico que el mediador pueda proponer posibles soluciones o alternativas de solución para la controversia.

(28) Henkin, Louis, *op. cit.*, pág. 578.

(29) Citado en Henkin, Louis, *op. cit.*, pág. 578.

Fischer y Ury comentan que como mediador, se hacen las mismas cosas que un negociador principal, excepto que es más fácil. Al presentar el problema de cada parte a la otra, en calidad de tercero independiente, el mediador puede ayudar a separar el problema de las personas. Y puede ser más fácil para cada parte entender los intereses de la otra, si son explicados por el mediador. Inclusive, el mediador tiene más permeabilidad para presentar nuevas posibilidades. Señalan estos mismos autores que cuando cada parte tiene miedo de inventar opciones, el mediador sí puede hacerlo. En efecto, al mediador le puede ser fácil presentar propuestas que las partes en la controversia estén en la disponibilidad de aceptar (30).

8. *Funciones del Mediador*

Las funciones de un mediador son múltiples. Entre los diversos especialistas que han estudiado la materia, Stulberg sostiene que las principales funciones del mediador son las siguientes: (31)

- a. El mediador es un catalizador. Su presencia debería conducir a que las partes asuman posturas constructivas en las discusiones, evitando mayores malentendidos y polarizaciones entre las partes.
- b. El mediador es un educador. Debe conocer los deseos, aspiraciones, limitaciones políticas y otros aspectos de las partes. Más aún, el mediador debe zambullirse él mismo en la dinámica de la controversia, para poder explicar las razones de una propuesta específica de una de las partes.
- c. El mediador debe ser un traductor. Debe presentar las propuestas de cada una de las partes en un lenguaje que sea fiel a los objetivos deseados de la parte involucrada y formulado de tal manera que asegure el más alto grado de receptividad por la otra parte que lo escucha.

(30) Fisher R. y Ury, W: "Principle Negotiation", texto transcrito en Goldber, Stephen; Green, Eric D. y Sander, Frank E., "Dispute Resolution", Little, Brown and Co., Boston, 1985, pág. 93.

(31) Stulberg, "The Theory and Practice of Mediation, a reply to professor Susskind", en Goldberg, Stephen, op. cit., pág. 94 to 97.

- d. El mediador, con frecuencia se convierte en el portador de malas noticias. Las concesiones no siempre vienen con facilidad; las partes pueden rechazar una propuesta en todo o en parte. En esas circunstancias, el mediador puede amortiguar la reacción negativa de la otra parte a ese rechazo, preparándola para ello en conversaciones privadas. Así, es función del mediador crear un contexto, en la cual se puede dar una respuesta emocional sin causar un escalamiento de las hostilidades o mayores polarizaciones.
- e. El mediador es un agente de la realidad. Las partes en un conflicto con frecuencia se concentran en la defensa de una sola solución al problema. En cambio, el mediador está en mejor posición para informar a las partes, de la manera más simple y directa posible, que su objetivo simplemente no será logrado a través de las negociaciones si es que mantienen la misma posición.
- f. Finalmente, puede ser función del mediador convertirse en la víctima. Nadie entra a un acuerdo sin pensar que pudo haberlo hecho mejor si hubiera esperado un poco más, o si hubiera exigido más a la otra parte. En ese contexto, una parte puede sugerir convenientemente, cuando presenta los términos del arreglo a sus superiores, que la solución le fue forzada y no le quedaba otra alternativa.

7. *Cualidades del Mediador*

Habiendo determinado las funciones del Mediador, cabe mencionar a continuación las cualidades que debería tener el mediador para cumplir adecuadamente con sus funciones (32). Cualquiera diría que entre las cualidades y habilidades del mediador, se deben de incluir:

- La capacidad de apreciar la dinámica del ambiente en el cual la disputa está ocurriendo.
- La inteligencia del Mediador.

(32) *Ibidem.*

- La capacidad de escuchar con objetividad:
- La capacidad de articular los argumentos de las partes con paciencia.
- El no pronunciarse con una opinión definitiva que implique un juicio de valor en favor de una de las partes.
- La flexibilidad.
- Ser neutral en todo el procedimiento de la mediación, en especial, en relación a los resultados de la mediación que debe conducir a solucionar el conflicto.
- Ser persuasivo e imponer su poder de mediador.
- Ser imaginativo, presentando nuevas alternativas cuando fuere necesario.
- La experiencia personal y gran reputación.
- No ser defensivo.
- Ser objetivo.
- Ser humilde.

Entre estas diversas cualidades, cabe destacar que el Mediador debe ser neutral, tanto durante el proceso de mediación como en relación a los resultados. Manteniéndose neutral, el mediador brinda un puente o vínculo de confianza entre las partes. Si el mediador asiste a las partes para llegar a una solución del conflicto, con un compromiso a la neutralidad que permita brindar confianza, las partes nada tienen que perder y todo para ganar con la intervención del mediador. Inclusive, las partes pueden confiar información reservada a un mediador neutral, incluyendo sus prioridades, posibles puntos en que pueden ceder y otros aspectos que no tiene por qué conocer la otra parte en la controversia. Esta información se puede brindar al mediador sin miedo que sea compartida irresponsablemente o comunicada a la opinión pública. Esta confianza es básica y refuerza la mediación más aún, si esta característica

no está presente en el mediador, las partes estarán calculando y midiendo la información que le darán tal como hacen cuando se comunican y negocian entre ellas mismas.

Aún cuando un mediador puede ser neutral, ello no impide que tenga cuentas para servir como mediador. Saadia Touval y William Zartman señalan que sería muy raro para los gobiernos involucrarse en una mediación solamente por razones humanitarias. Es razonable, dicen estos autores, que los mediadores no estén menos motivados por sus intereses propios que por impulsos humanitarios. Señalan que estos intereses son de dos clases. Uno de carácter defensivo, cuando un conflicto entre dos partes puede amenazar los intereses del mediador. Por ejemplo, en el caso de Chipre, el conflicto entre Grecia y Turquía amenaza a OTAN y las relaciones bilaterales entre esos Estados y los Estados Unidos. Además, cuando un tercero advierte riesgos en sus esfuerzos individuales, buscará que intervenga otro tercero o un organismo internacional. En nuestro ejemplo, el conflicto de Chipre primero fue sometido a los cuatro poderes garantes, quienes lo llevaron a la OTAN, y ésta a su vez, lo refirió a las Naciones Unidas (33).

Un segundo interés del Mediador podría consistir en el deseo de aumentar su propia influencia. La solución del conflicto puede ser no importante para el tercero, su participación si puede aumentar su influencia. El mediador se gana la gratitud de las partes, puede asegurar la protección de sus intereses, ofrecer ayudar a las partes política o económicamente e inclusive ofrecer garantías para el cumplimiento del acuerdo (34).

Sin embargo, dichos intereses no pueden generalizarse a todas las situaciones: se presentan más en el caso de los Estados y pueden ser eventualmente inexistentes con los individuos mediadores. En lo que se refiere a los organismos internacionales, sus propios intereses son muy diferentes a los de los Estados, puesto que lo

(33) Touval, Saadia y Zartman, William. "Introduction: Mediation in Theory", *sais papers on International Affairs on International Mediation in Theory and Practice*, citado en Sit Rikhye, Indar, op. cit., pág. 10.

(34) *Ibidem*.

que pueden buscar los organismos para actuar de mediadores es el cumplimiento de sus propios fines.

8. *El procedimiento de la Mediación*

El procedimiento para llevar a cabo la mediación puede variar de caso en caso, en función a las circunstancias y a lo que sea más oportuno para los objetivos que buscan el mediador y las partes en el conflicto. Si se analizan diversos casos de mediación y se tiene en cuenta la flexibilidad que la caracteriza, se puede concluir que no existe un procedimiento único para la mediación.

En el caso de la mediación del Papa Juan Pablo II en el conflicto entre Argentina y Chile respecto al canal de Beagle, el procedimiento se desarrolló siguiéndose las formalidades y obligaciones previamente establecidas entre las partes por acuerdo. Así, Argentina y Chile aceptaron ceñirse a los acuerdos de Montevideo de enero de 1979. Mediante estos acuerdos, los dos Estados solicitaron formalmente la mediación papal en su diferendo y se declararon dispuestos a tomar en consideración las ideas que la Santa Sede les fuera a proponer. Además, el aceptar el cardenal Samoré la mediación en nombre del Papa, reclamó al mismo tiempo el compromiso de ambos Estados de no recurrir a la fuerza en sus relaciones, lo cual fue aceptado. La mediación de la Santa Sede se ejerció así dentro de un marco de obligaciones que recaían sobre Argentina y Chile. Asimismo, la mediación de la Santa Sede se desarrolló en un marco formal definido previamente con un procedimiento organizado. En este sentido, se establecía la propuesta del mediador, precedida por una fase de información, buscando puntos de convergencia en reuniones conjuntas y reuniones por separado con cada una de las delegaciones. Igualmente, fijaba la obligación de Argentina y Chile de negociar y observar las medidas estipuladas en los acuerdos de Montevideo. Inclusive, la situación de la cuestión era dada a conocer periódicamente por comunicados conjuntos que reflejaban la opinión común de la Santa Sede, Argentina y Chile, conciliándose así la obligación del secreto, imprescindible en esta clase de gestiones, con la necesidad de informar (35).

(35) Véase Llanos Mansilla, Hugo: "Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público", Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1977 y Peirano Basso, Jorge, op. cit.

En el caso de la mediación entre El Salvador y Honduras, el Dr. José Luis Bustamante y Rivero llevó a cabo su gestión dentro del marco normativo del Pacto de Bogotá. El mediador mantuvo el procedimiento a su cargo con discreción, confidencialidad y flexibilidad, insinuaciones informales con exclusión de toda propuesta o informe escrito. También en este caso, se logró un éxito evidente con la mediación, tal como se obtuvo con la mediación papal en el caso anterior, pero siguiéndose brindando un procedimiento distinto (36).

En la mediación del presidente Carter en la antigua controversia entre Israel y Egipto, se dio un procedimiento diferente que fue inclusive más informal y más breve, pero que estuvo a cargo directo de los más altos representantes de los tres Estados. En este caso, se reunieron los presidentes Carter, Sadat y Begin en Camp David, durante tres días, acompañados por sus esposas y un reducido grupo de asesores que proporcionaban información técnica y colaboraban con las partes. Aislados del mundo por casi dos semanas, bajo la iniciativa del presidente Carter que actuó como mediador, éste escuchó a ambas partes, preparó un proyecto informal de texto único al cual ninguna de las dos partes estaba comprometido, escuchó nuevamente a los dos lados y solicitó críticas a su documento y fue mejorando el texto una y otra vez hasta que el mediador estimó que ya no podía mejorarlo más. Después de haber elaborado 23 proyectos de texto, en ese corto lapso, Estados Unidos tenía un texto que estaba preparado a recomendar a Israel y Egipto, el cual fue aceptado por los dos Estados (37).

Consecuentemente, no existe un solo procedimiento para llevar a cabo la gestión de la mediación. Más bien, el procedimiento tiene que crearse en cada caso en función a las partes involucradas y de acuerdo a las propias circunstancias que rodean la controversia.

Aún, cuando no existe un procedimiento único, el mediador siempre debe tener en cuenta la conveniencia de preparar cuidado-

(36) Véase Peirano Basso, Jorge, *op. cit.*

(37) Véase Carter, Jimmy "Keeping Faith", texto transcrito en Goldberg Stephen B. *op. cit.*, págs. 446 a 476.

samente el terreno que conducirá a las negociaciones. En este sentido, muchos de los fracasos en esfuerzos de mediación para resolver conflictos han ocurrido no por la falta de habilidad del mediador para explorar y procurar soluciones del conflicto, aceptables por ambas partes, sino más bien por el error de no haber establecido previamente una base mutua de entendimiento para explorar dichas soluciones. En consecuencia, las etapas preliminares de establecer un contacto entre las partes y de ponerlas a negociar bajo la conducción del mediador, de examinar los hechos, temas y naturaleza de la disputa en todo su contexto de interpretar los hechos y los temas en conjunto con las partes para establecer posibles puntos comunes, identificando los aspectos cruciales, y de establecer algunas prioridades en la consideración de los asuntos materia de las negociaciones, pueden ser tan importantes como la presentación de soluciones para el arreglo de la controversia.

Por último, es pertinente tener en cuenta que el mediador debe establecer sus objetivos en un proceso de mediación. Si bien el principal objetivo es lograr que las partes lleguen a un acuerdo, un mediador también puede fijarse objetivos o metas parciales y debe tratar de mantener la continuación del proceso de negociación, hasta que la meta sea lograda, hasta donde sea posible. Adicionalmente, el mediador debe influir a las partes en su buena disposición para mantenerse flexibles para lograr sus propios objetivos y, por lo tanto, de aumentar la posibilidad de que lleguen a un compromiso.

En este contexto, debe haber un esfuerzo permanente del mediador por conocer lo que es alcanzable y dejar suspendido todo lo demás, a efectos de concentrar la mediación en lo que efectivamente se puede lograr. Un cuidadoso análisis puede llevar al mediador a considerar en un determinado momento de las negociaciones, que los avances parciales deben quedar consolidados, para luego resumir negociaciones a fin de construir posteriormente otros avances en función de los logros ya obtenidos, aún cuando estos fueren limitados. En este sentido, tal como ha señalado el Mayor General Indar Jit Rikhye (38), presidente de la Academia Internacional de la Paz, el dicho de que la diplomacia es el arte de lo posible, también se aplica a la mediación.

(38) Sit Rikhye, Indar, op. cit.