

“LA IMPORTANCIA (para los abogados) DE LLAMARSE MEDIACIÓN”

Ana Martín Muñoz.

Abogada y Mediadora en conflictos.

Vocal de la Junta Directiva del Grupo de Mediación del Il. Colegio de Abogados de Granada.

En el presente artículo, haciendo un guiño al juego de significados que encierra el famoso título de Oscar Wilde, se desbrozan algunas dificultades con las que tropieza la mediación para su reconocimiento como método específico de resolución de conflictos, especialmente las derivadas del fuerte arraigo, social y profesional, de la acepción más común del término mediación.

La incorporación de la mediación al panorama profesional actual supone una doble novedad. Una, la apuesta por otro método de resolución de conflictos distinto al históricamente imperante en nuestro ordenamiento jurídico, cual es el método judicial y dos, la introducción de una acepción, técnica y especializada, de un término muy arraigado en el lenguaje común.

No es novedosa, en cambio, la aparición de resistencias y desconfianzas ante la incorporación de nuevos recursos a la Administración de Justicia, ya sean alternativos, ya complementarios, al inveterado proceso judicial. También el arbitraje y la conciliación las padecieron. La evolución que la aceptación de la mediación haya de experimentar en el futuro dependerá, como en aquéllos, de la forma en que se regule la nueva figura, fundamentalmente de las garantías jurídicas con las que se le revista y de la confianza que esta metodología consiga inspirar a la ciudadanía en general y a los operadores jurídicos en particular.

La adecuada difusión de la mediación acabará con las confusiones generadas por su uso coloquial y corriente, poniendo fin a la inercia actual de quedar incorrectamente subsumida en su acepción común. Un proceso similar experimentó la negociación a partir de su desarrollo por la escuela de Harvard en los años setenta del siglo XX.

La RAE, que aún no se ha pronunciado sobre su significación técnica y específica, define la mediación como “acción y efecto de mediar”, y mediar como “llegar a la mitad de algo. 2. Interceder, rogar por alguien. 3. Interponerse entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad”.

En este sentido, un padre media en un conflicto entre sus hijos, un amigo en un conflicto en la pandilla, el párroco en un conflicto de la comunidad, un funcionario de Hacienda en un conflicto entre compañeros de trabajo, un médico en un conflicto en su consulta, un maestro en un conflicto en su aula, un abogado en el ejercicio de su función, la ONU en un conflicto internacional, ..., pero la mediación que realizan todos y cada uno de ellos ¿tiene el mismo contenido y significado?

Es evidente que la mediación llevada a cabo con actitudes y aptitudes conciliadoras y de forma espontánea por algunas personas, profesionales o no, ha existido siempre y tiene un valor inestimable para la vertebración de la paz social (tanto como vía natural de resolución de los conflictos sociales, como recurso preventivo de la cronificación de los mismos); pero esta mediación no tiene nada que ver con la mediación técnica, que, de manera formal y estructurada, llevan a cabo los mediadores profesionales.

Como método alternativo de resolución de conflictos (ADR) se trata de una metodología específica (sean los conflictos de naturaleza jurídica o de cualquier otra) en la que un profesional imparcial y neutral, con la correspondiente capacitación y mediante un procedimiento estructurado al efecto, tiene por objeto facilitar la negociación entre las partes, restaurando la comunicación entre ellas. La mediación implica, pues, una específica intervención profesional para la gestión y resolución de conflictos, caracterizada por sus propios objetivos, método y técnicas, efectos, deontología y roles desempeñados por el profesional y las partes intervinientes.

Además de las características que se desprenden del anterior concepto, otras igualmente definitorias de la mediación son: 1) Tratar de una intervención interdisciplinar, por lo que permite un tratamiento de los conflictos más completo y eficaz que desde una sola perspectiva o ámbito profesional; 2) Tener un alcance concreto y preciso, lo que se traduce en su corta duración. 3) Propiciar “acuerdos a medida”, lo que justifica el elevado nivel de satisfacción y cumplimiento de los mismos. 4) Resultar especialmente eficaz en aquellos conflictos en los que las partes habrán de seguir manteniendo relación entre ellas.

Se ha puesto en duda y cuestionado la aportación específica de esta metodología a la resolución de conflictos jurídicos en relación a la empleada históricamente por los profesionales de la abogacía. Estas dudas, hasta cierto punto razonables por la insuficiente difusión que aún ha tenido la mediación, encuentran también su origen en su significado polisémico.

Efectivamente, “son abogados quienes... se dedican de forma profesional al asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos, ajenos, públicos o privados” (Art. 9.1. Estatuto General de la Abogacía Española). Ahora bien, ¿cómo ejercen los abogados su función autocomponedora de intereses jurídicos en conflicto?

Tradicionalmente los abogados han desempeñado esta función mediante la técnica de la negociación y es aquí donde se vuelve a cometer un error semántico, al presuponer entre negociación y mediación una relación sinonímica, en vez de taxonómica. Ciertamente, la mediación es una modalidad de negociación, pero sus específicas características propias hace imposible su equiparación técnica, so pena de incurrir en una crasa equivocación.

La progresiva especialización y consolidación de la técnica de negociación en el ámbito de la resolución de conflictos ha cristalizado en el desarrollo de toda una disciplina teórica de la misma, la denominada “teoría de la negociación”. El ámbito de aplicación de la negociación profesionalizada es vasto y variado. Por citar algunos ejemplos: la negociación colectiva entre patronal y sindicatos, la del abogado en su despacho profesional, la internacional entre Estados, la realizada por un negociador profesional en un secuestro con rehenes,... En la actualidad, nadie confunde una negociación profesional con esas otras “negociaciones nuestras de cada día” tan extendidas en la vida cotidiana.

Brevemente y de manera muy básica, podemos definir la negociación como un proceso mediante el cual dos o más partes, que tienen intereses comunes y opuestos, intercambian información a lo largo de un período, con miras a lograr un acuerdo. Si bien puede presentar distintas modalidades, solo nos referiremos a dos criterios de clasificación.

Por razón de quien realiza la negociación, ésta puede ser: directa (las partes negocian entre sí), indirecta (son los representantes de las partes quienes negocian por ellas) o asistida (son las partes las que negocian entre sí, con la asistencia de un negociador profesional).

Por razón de la estrategia empleada, se suele distinguir entre negociación distributiva/competitiva, cuando se plantean los intereses de las partes negativamente correlacionados, de modo que lo que gana uno lo pierde el otro (estrategia ganar-perder) e integrativa/colaborativa, cuando se plantea el resultado buscando formas creativas para resolver las diferencias entre las partes y encontrar soluciones satisfactorias para todas ellas (estrategia ganar-ganar). Dos juegos representan paradigmáticamente ambas estrategias y la diferente actitud de los jugadores en una y otra. La negociación distributiva se asimila al póker (juego individual, desconfianza entre participantes, faroles, órdagos, ases en la manga,...) y la integrativa a un puzzle (juego en equipo, confianza entre participantes, todas las fichas bocarriba sobre la mesa, colaboración,...).

Tras estas aclaraciones previas, nos encontramos en disposición de preguntarnos qué tipo de intervención desarrollan los abogados en el ejercicio de su función. Los abogados pueden llevar a cabo negociaciones indirectas, actuando en representación de sus clientes. También pueden realizar negociaciones asistidas (por ejemplo, en el caso de los procedimientos matrimoniales de mutuo acuerdo). Es frecuente, incluso, que tengan poder para cerrar la negociación, decidiendo por su cliente, dentro de los límites marcados por él (“suelo” y “techo” de la negociación).

En cuanto a la estrategia que suelen utilizar en sus negociaciones y dado que éstas se enmarcan en la fase prejudicial de resolución del conflicto, es obvio que se encuentran muy modalizadas por la posibilidad de desembocar en la vía judicial, caso de no alcanzarse un acuerdo. La función típica y tradicional del abogado como asesor jurídico y director de la defensa en juicio de los intereses de su cliente, además de como negociador, unido a la fuerza expansiva de la dinámica adversarial propia del método judicial, determinan las estrategias y técnicas de su negociación.

En cambio, la negociación llevada a cabo por el mediador profesional es distinta, caracterizándose por las siguientes notas: 1) Será siempre y en todo caso una

negociación asistida. 2) El mediador nunca podrá tomar decisiones. Su competencia técnica se extiende únicamente al proceso, no al resultado de la mediación. 3) La única función que asume el mediador es la de facilitar la negociación entre las partes, por lo que no podrá desempeñar ninguna otra, ni durante la mediación (por ejemplo, asesorar, orientar, ...) ni incluso después de terminada la misma, si resulta incompatible con ella (defender en juicio, declarar como perito o testigo de ninguna de las partes). 4) La intervención del mediador se agota en caso de que los interesados no lleguen a acuerdos, por lo que sus estrategias y técnicas negociadoras quedan blindadas al proceso contencioso y no están, por tanto, condicionadas por él.

La negociación asistida que realizan los mediadores presenta, además, otros rasgos diferenciadores de las que llevan a cabo los abogados: 1) el empleo de un mayor número de técnicas específicas de negociación y comunicación, así como de otras técnicas dimanantes, no sólo del ámbito jurídico, sino también del psicológico y social, dada la naturaleza interdisciplinar de la mediación; 2) el protagonismo que asumen, en su caso, los menores u otras personas vulnerables afectadas por el conflicto, cuyas necesidades e intereses constituyen el eje pivotante del proceso de mediación y 3) la importancia, entre sus objetivos, de la salvaguardia de la relación de las partes, como presupuesto del cumplimiento voluntario de los acuerdos alcanzados.

En definitiva, la mediación ofrece otra manera especializada de abordar los conflictos, por lo que los profesionales que ya trabajan en este campo pueden, una vez adquiridas las competencias específicas que la mediación requiere para su práctica, ampliar sus actuales estrategias de actuación, optimizando sus resultados en aquellos casos en los que valoren la utilización de la mediación como la alternativa más adecuada para resolver eficazmente el conflicto.

La mediación constituye una actividad profesional demandada e impuesta por la conflictividad de nuestro tiempo, que se suma a las posibles intervenciones que los profesionales del derecho desarrollan fuera del ejercicio propio y esencial de la abogacía (asesoramiento, pacificación y defensa en juicio de los intereses del cliente), y que, precisamente por este motivo, no es exclusiva de los abogados, aunque también ellos puedan realizarlas (tales como consultorías, asesoramientos sin asistencia a juicio,

arbitrajes, negociaciones sin asesoramiento, peritajes,...), observando los principios por los que se rige cada una de ellas para su desempeño cualificado y solvente.