

MEDIACIÓN Y ABOGACÍA: DOS ALTERNATIVAS PARA RESOLVER CONFLICTOS.

Ana Martín Muñoz.
Abogada y Mediadora en conflictos.
Socia Directora del Despacho Interdisciplinar Punto de Mediación.
www.puntodemediacion.com

El presente artículo tiene por objeto sistematizar las diferencias que presenta la mediación respecto del abordaje jurídico de los conflictos llevado a cabo desde la abogacía. Se analizan comparativamente algunos de los aspectos que definen y caracterizan inconfundiblemente una y otra intervención, en concreto: sus respectivos conceptos, objetivos, actuaciones profesionales y métodos para resolver conflictos.

CONCEPTO.

Abogacía: profesión libre e independiente que consiste en el ejercicio profesional del asesoramiento, concordia y defensa de los intereses jurídicos ajenos, públicos o privados (Art. 1.1 y 9.1 Estatuto General de la Abogacía Española).

Mediación: ejercicio profesional de naturaleza interdisciplinar consistente en facilitar las condiciones en la percepción, comunicación e interrelación de las partes en conflicto, cualquiera que sea su naturaleza (jurídica o no), a fin de que ellas mismas logren alcanzar los acuerdos necesarios para su resolución o gestión positiva (definición propia).

OBJETIVO DE LA INTERVENCIÓN PROFESIONAL.

Abogacía.

A pesar de la amplitud y heterogeneidad de las actuaciones profesionales que abarca la abogacía, podemos afirmar que su objetivo último y superior es proteger y garantizar los intereses jurídicos del cliente. Este *meta-objetivo* inspirará y determinará los *sub-objetivos* concretos que implique la intervención del abogado en cada caso particular.

Mediación.

El objetivo esencial de la mediación es transformar una dinámica de confrontación en una dinámica de colaboración, modificando la percepción del conflicto y logrando que las partes trabajen juntas en su resolución. Los distintos modelos de mediación concretan este objetivo con algunos matices.

En el modelo de Harvard, desarrollado fundamentalmente por Fisher y Ury, lo esencial es llegar a acuerdos y se trabaja con el enfoque de la “resolución de problemas”, que consiste en separar las personas de los conflictos, pasar de las posiciones a los intereses y evaluar las distintas alternativas. Este modelo se basa en la negociación colaborativa asistida por un tercero.

El modelo transformativo de Bush y Folger se centra en desarrollar el potencial de cambio de las personas mediante la comunicación y las relaciones interpersonales de las partes. No incluye necesariamente el logro de acuerdos. Este modelo representa el enfoque más psicológico y terapéutico de la mediación.

En el modelo circular-narrativo de Sara Cobb llegar a acuerdos es esencial, pero no es el objetivo único de la intervención. Se vale del enfoque de la transformación de discursos mediante la comunicación y la interacción de las partes, no del esquema lineal de Harvard.

ACTUACIONES PROFESIONALES¹.

Abogacía².

¹ Desarrollamos en este apartado las actuaciones profesionales esenciales a la abogacía y a la mediación. En todos aquellos casos en los que el abogado o el mediador intervenga realizando actuaciones profesionales distintas, quedarán sometidos a la normativa general que reglamente esa otra actividad, prestando especial atención a las normas y principios que regulan la compatibilidad o no entre las distintas actuaciones profesionales desempeñadas por la misma persona, ya sea con carácter general y permanente o puntual y ocasional, en relación a un mismo asunto.

² Si bien el genuino ejercicio de la abogacía implica el desarrollo inseparable de todas sus actuaciones esenciales (asesoramiento, negociación y defensa judicial), la progresiva especialización jurídica ha ido permitiendo el desempeño segregado de las mismas: negociación sin asesoramiento, asesoramiento sin asistencia a juicio o viceversa. Ahora bien, la cuestión que se plantea en estos casos es si estas actuaciones por sí solas siguen constituyendo ejercicio de la abogacía y si son abogados quienes circunscriben su actividad a ellas o, por el contrario, se trata de actuaciones profesionales diferenciadas de la abogacía, a cargo de juristas, no necesariamente abogados, que ejercen como negociadores, consultores/asesores o procesalistas respectivamente.

Por otra parte, resulta obvio que cuando los abogados realizan actuaciones distintas a las propias de la abogacía, ya sean jurisdiccionales, de arbitraje, de mediación en conflictos, de conciliación, periciales,..., desempeñarán su rol y actuación profesional ajustándose a los principios, funciones y deontología propios de cada una de ellas, no a los de la abogacía, pues, aunque también sean abogados, no están ejerciendo como tales.

Las actuaciones del abogado para la resolución de conflictos son:

- En una primera fase, que puede ser única y definitiva, asesorar legalmente y buscar soluciones negociadas al conflicto (fase prejudicial).
- En una segunda fase, caso de agotarse la primera sin éxito, defender en juicio los intereses de su cliente, en orden a obtener de la autoridad judicial una resolución favorable (fase judicial).

Cuando por razones de distinta índole estas actuaciones previas no consiguen resolver el conflicto, podrá iniciarse una tercera fase de intervención, en la que se emplearán otras técnicas del método judicial como son, por ejemplo, los recursos y los procedimientos de ejecución.

Mediación³.

El ejercicio de la mediación implica el desarrollo de las siguientes actuaciones profesionales:

- Generar activamente un espacio de trabajo colaborativo.
- Diseñar y dirigir un proceso de gestión y resolución de conflictos *a medida*, en el que, dentro de la legalidad vigente, se fomenta la creatividad y personalización de las alternativas de resolución.
- Facilitar y estimular la comunicación entre las partes, cediendo a ellas el protagonismo en el proceso.
- Ayudar a los mediados a un análisis constructivo del problema, separando las posiciones de los intereses, compatibilizando los intereses recíprocos, priorizando necesidades y adecuando unos y otras a los recursos de todo tipo (económicos, materiales, competenciales, de tiempo, ...) disponibles en cada caso.
- Generar otras percepciones del conflicto alternativas a las polarizadas y lineales presentadas por las personas implicadas, pero compatibles con sus respectivos sistemas de creencias y valores.

³ Los mediadores también pueden desarrollar otras actuaciones profesionales distintas a las específicas de la mediación. De hecho, será lo más frecuente en el ámbito privado, dado todavía su escaso nivel de implantación. Reproducimos para estos casos, lo dicho respecto de los abogados en las notas a pie de página número 3 y 4, párrafo segundo.

- Reforzar las dinámicas positivas que favorezcan la adopción de acuerdos y desactivar las negativas que los impidan o dificulten.
- Generar en cada una de las partes confianza en su propia capacidad para conseguir acuerdos (“empowerment”) y generar también confianza en el otro (“recognition”) para la sostenibilidad de los mismos.
- Asistir a los mediados en la negociación de sus propios acuerdos.

MÉTODO.

“Un método es un proceso sistemático de ordenación de la actividad con el fin de llevar a cabo una función” (Schwartz, 1979:25). Cuando el mismo objetivo se puede lograr empleando distintos métodos, lo más recomendable es valorar, atendiendo a la naturaleza y características del objetivo perseguido, las ventajas e inconvenientes de cada uno de ellos y adoptar el método más eficaz al efecto.

Abogacía:

La abogacía aplica el método jurídico⁴ para llevar a cabo su función, el cual se fundamenta en la ciencia y técnicas jurídicas.

La ciencia jurídica abarca, por un lado, la investigación del derecho, es decir, la determinación y sistematización del derecho vigente: qué enunciados constituyen la base de un orden jurídico. Esta labor la desarrollan fundamentalmente teóricos y académicos. Por otro lado, la ciencia jurídica también implica la interpretación y aplicación práctica del derecho, función propia de los abogados, entre otros operadores jurídicos.

Tomando como base la definición de M. Ossorio⁵, podemos decir que el método jurídico es la suma de procedimientos lógicos para la investigación de las causas y de los fines del derecho, para el conocimiento, interpretación y aplicación de sus fuentes, para la estructura de sus textos positivos y técnicos y para su enseñanza y difusión.

⁴ Resulta sorprendente lo poco que se han ocupado los autores de la teoría general del derecho de caracterizar y desarrollar el método jurídico y las técnicas de aplicación del derecho, salvo respecto de la función jurisdiccional.

⁵ Ossorio, M. *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires, Ed. Eliasta, 2000, 27ª Ed.

La metodología jurídica se basa en el paradigma positivista, hoy denominado “viejo paradigma”, que acepta que existe una realidad única y universal con independencia de quien la observa. Esta metodología se concreta en la dogmática jurídica, así denominada porque se basa en un dogma: la fuerza obligatoria del derecho positivo⁶.

La dogmática jurídica suministra a los juristas sistemas de soluciones coherentes, completos, precisos y adecuados axiológicamente para subsanar las carencias de los textos creados por el legislador. Tiene consideración de derecho positivo. Mediante su aplicación los abogados adecúan la formulación del derecho objetivo, neutro y abstracto, a la solución de un conflicto jurídico concreto. Esta reformulación se lleva a cabo desde la retórica conceptual, haciendo aparecer las soluciones originales que el letrado propone como si emanaran directamente del derecho positivo.

La metodología jurídica cuenta con el proceso judicial como instrumento formal por medio del cual los órganos judiciales del Estado cumplen la función jurisdiccional y los ciudadanos ejercen el derecho a la tutela judicial efectiva.

Aunque no existe un solo proceso judicial, sino distintos procedimientos en función de las pretensiones formuladas por las partes, podemos definirlo de manera amplia y genérica como la sucesión de actos regulados por la ley para la obtención de un pronunciamiento judicial. El proceso judicial se estructura y desarrolla en orden a la determinación y valoración de los hechos, la fijación de la norma aplicable y su interpretación para la determinación de las consecuencias jurídicas.

Mediación:

El método empleado en mediación se ubica dentro del nuevo paradigma adoptado por las ciencias sociales, el construccionismo social⁷. Para este modelo el conocimiento no es único y universal, sino que tiene que ser viable, adecuarse a unos propósitos y cumplir una función.

⁶ Aplicado al proceso judicial este dogma se concreta en “lo que no está en los autos, no está en el mundo”.

⁷ Los fundamentos de la denominada corriente constructivista comienzan a aparecer en la década de 1920, desarrollándose sin cesar a partir de este momento por ciencias como la física y las matemáticas (W. Heisenberg), la biología (H. Maturana), la antropología (G. Bateson) y la cibernética (Wiener, Watzlawick, Mead), llegando a la conclusión de que no existe unidad básica en la materia que pueda ser observada con independencia de quienes efectúan la observación.

La mediación toma de este nuevo paradigma las siguientes premisas de su intervención: 1) los sistemas complejos (v.gr. los seres vivos, el cerebro y los sistemas sociales) requieren del conocimiento y las técnicas de varias disciplinas; 2) el contexto social es clave para definir el mensaje y determinar cómo debemos actuar; y 3) la comunicación no es sinónimo de lenguaje.

El fin al que sirven el método y las técnicas empleadas en mediación es cambiar el modo de percibir el conflicto. Cambiar en el sentido de ampliar las maneras de interpretarlo, posibilitando otras percepciones más funcionales para su resolución.

Este método se concreta en legitimar a las partes en el conflicto, explorar la percepción que cada una de ellas tiene y elaborar re-encuadres que les permitan generar nuevas alternativas de solución conjunta⁸.

El éxito de esta metodología depende en gran medida de la confianza. Por ello es tan importante en mediación que el profesional consiga generarla en él mismo, en el proceso, en cada una de las partes acerca de su propia capacidad para resolver el conflicto y entre ambas para el recíproco y sostenido cumplimiento de los acuerdos alcanzados.

Este método se articula formalmente en un proceso breve, estructurado aunque flexible, y dinámico. La técnica esencial que vertebra todo el proceso de mediación, sea cual sea el modelo desde el que se trabaje, es la comunicación⁹.

El proceso de mediación se ordena en las siguientes fases:

FASE DE PREMEDIACIÓN. En ella se produce un intercambio bidireccional de información. Por un lado, el profesional informará a las partes de los principales aspectos de la mediación: principios, reglas, objetivos, metodología, roles del profesional, de los mediados y de sus

⁸ Para la elaboración de los reencuadres se parte del presupuesto de que cada persona, dentro de su modelo mental, tiene sus razones y estas razones, dentro de este su modelo, son "válidas" y "buenas" para justificar su conducta. Los mediadores no están para evaluar ni juzgar esas razones, ni tampoco para convencer de otras "mejores", sino para tratar de entender el proceso mediante el que cada cual conecta sus razones con sus acciones, para, reformulando esas conexiones, generar nuevas alternativas que sean compatibles con el modelo mental de la persona y, además, abran la puerta a posibles acuerdos.

⁹ La comunicación comprende los siguientes niveles: el nivel lingüístico, el de las palabras empleadas (comunicación verbal) y el nivel extralingüístico, que abarca tanto la comunicación paraverbal (cómo decimos lo que decimos con palabras: tono de voz, volumen, entonación, velocidad, acentuación,...), como la comunicación no verbal (gestos faciales, posturales,...) y el nivel contextual (dónde, cuándo, en qué situación, con quién,...). Todos estos niveles son los que determinan los mensajes, en definitiva, los significados de la comunicación.

respectivos abogados, duración, honorarios, así como cualesquiera otras cuestiones que se puedan plantear. Será el momento idóneo para aclarar posibles dudas o creencias erróneas que las partes o sus letrados tuvieran acerca de la mediación, así como para establecer las bases de colaboración entre el mediador y los abogados durante el desarrollo del proceso.

Una vez aceptada la mediación por las partes, comenzará su turno para trasladar al mediador su propia visión del problema. A partir de esta información el mediador comienza la exploración de las percepciones individuales del conflicto con las que habrá de trabajar.

FASE DE MEDIACIÓN. Aquí la labor del mediador consistirá en facilitar a las partes otros posibles ángulos, escenarios, planteamientos,..., desde los que considerar el problema. En esta fase se establecerá la agenda con los temas concretos a trabajar, identificando los puntos conflictivos y separándolos de aquéllos que no lo son, desentrañando los verdaderos intereses de los meros posicionamientos y generando y negociando las mejores alternativas para su satisfacción. La alternativa que resulte consensuada quedará plasmada en el acta final de mediación a modo de acuerdo.

FASE FINAL. Esta fase, prolongación de la anterior, sirve para, antes de ser firmados los acuerdos definitivamente por las partes, poder revisarlos, pulir su redacción final y, en su caso, modificarlos, completarlos o resolver las dudas que puedan suscitar.

FASE DE SEGUIMIENTO. Aunque no siempre se prevé, terminado el proceso de mediación puede establecerse un seguimiento a fin de reforzar la eficacia de los acuerdos adoptados. Consiste en revisar su desarrollo y puesta en práctica para, en su caso, volver a tratar y resolver en mediación las dificultades que hubieran podido surgir en su cumplimiento. Suele hacerse por periodos sucesivos con duración progresivamente más larga (por ejemplo: a los seis meses, al año, a los tres años del acuerdo).

Por último, no podemos finalizar este apartado sin advertir y aclarar la profunda disparidad que presentan dos conceptos metodológicos básicos en uno y otro método. Nos referimos a las hipótesis y a la legitimación.

En la abogacía la finalidad de las hipótesis es ganar el procedimiento judicial. Los abogados las formulan al inicio del proceso y construyen en torno a ellas toda su argumentación jurídica. Si

resultan confirmadas mediante la prueba correspondiente, merecerán una sentencia judicial favorable y la actuación profesional quedará validada. De aquí se deduce la importancia que para los abogados tiene la adecuada formulación inicial de sus hipótesis. Ésta es también la razón por la que los interrogatorios de los juicios, tendentes a confirmarlas, suelen resultar tan incisivos y decisivos.

La función de las hipótesis en mediación no tiene ningún parecido con la anterior. Su finalidad es guiar el proceso y orientar al mediador en sus preguntas. Por ello, en mediación no se formulan solo en la fase inicial del proceso y de manera estática, sino que los mediadores las construyen, modifican y desechan continuamente a lo largo de todo el procedimiento. A diferencia de lo que ocurre en la abogacía no son validadas por una resolución judicial, sino por las propias partes; su validación no determina la resolución del caso, sino solo la utilidad de conducir el proceso en determinada dirección y no se correlacionan tanto con la competencia objetiva del profesional como con los principios inherentes a esta intervención, en concreto, con la imparcialidad y la neutralidad del mediador.

La legitimación es igualmente otro concepto procesal capital en ambos métodos. Sin embargo, el significado que tiene en uno y otro resulta, nuevamente, incomparable. En el proceso judicial la legitimación es la aptitud personal objetiva para ostentar una determinada posición procesal: activa (quién debe interponer la pretensión jurídica) o pasiva (contra quién debe interponerse). En mediación es una técnica para cambiar la actitud subjetiva negativa de las partes (*egoísta, avaro, desagradecida, explotador, especuladora, sin escrúpulos...*) en otra recíprocamente aceptable.

En ambos métodos la legitimación es necesaria y preliminar. Sin embargo, en el método judicial funciona como presupuesto legal (material y procesal) y en la mediación como presupuesto del comportamiento humano: para colaborar, las personas necesitan sentirse "legitimadas". Legitimar en mediación consiste en reubicar positivamente las posiciones de todas las partes para hacer posible su mutua colaboración en la resolución del conflicto.