



EL PUNTO DE VISTA REALISTA SOBRE LA ENSEÑANZA DE LA MEDIACION EN LA CARRERA DE DERECHO

JORGE PORTELA

I. Una introducción al tema

El tópico referido a la relación existente entre mediación, negociación y abogacía es sin duda uno de los más apasionantes con los que se encuentra hoy en día el jurista, porque su tratamiento otorga directa respuesta a la pregunta acerca de las funciones del Derecho. En efecto, la pregunta por las funciones puede sintetizarse en la más radical y fundamental interrogación:— ¿para qué sirve el Derecho?

Y esto nos conduce, inevitablemente, no sólo al estudio de las relaciones existentes entre el arte del ejercicio de la abogacía, de la mediación y de la negociación, sino también a meditar acerca de las necesidades que demanda en la actualidad el noble desempeño de la profesión de abogar.

Lo expuesto, nos llama a plantear algunas cuestiones centrales. Así, la mediación ¿es un medio apto de resolución de conflictos? En el caso que la respuesta sea positiva, ¿qué papel podemos cumplir los docentes en su difusión? Finalmente, si introducimos la importancia de la mediación y de la negociación en la dinámica de la gestión del conflicto, ¿qué rol le cabe al abogado en el proceso mismo de mediación? ¿para que serviría —lo ponemos ahora en potencial— entonces el Derecho?

II. Un poco de historia

El que existe un contacto entre mediación, abogacía y negociación, no es ninguna novedad. De hecho, el elemental punto de unión que vincula a estas tres artes es –como ya se dijera–, el conflicto. La mejor confirmación de ello es advertir que, en el ejercicio de las profesiones liberales, quizás nadie esté más vinculado a la disputa, que el abogado, a quien se entrena especialmente para afirmar o controvertir la posesión de algún derecho. El estudiante de abogacía es educado entonces, del mismo modo como se forma a un soldado. Le ponemos en su mochila las normas –los códigos–, llenamos su canana con reglas y máximas de derecho constitucional, le damos unos buenos borregués que tengan en su suela algún buen tratado de derecho procesal, para que pueda recorrer todo el edificio de los Tribunales, y le proveemos de un casco. El casco es la palabra... ¡oh infeliz abogado, aquel que no hable bien ni escriba mejor! Y una vez que nuestro soldado-abogado tiene completo su equipamiento, con el título profesional (que funciona muchas veces como una patente de corso), lo largamos al campo de batalla... Concluido el combate, olvida tan pronto tu victoria como tu derrota, aconseja con lenguaje propio de lo bélico, el jurista Couture en su recordado opúsculo “*Los Mandamientos del Abogado*”.

Esa ha sido la mentalidad imperante en la formación del abogado, digamos que en los últimos trescientos años. Tan poderosa ha sido esta idea, que prácticamente ha sido concebida como algo imperativo, que no puede dejar de suceder, pues de lo contrario se cometería un acto de mala praxis docente. Podríamos preguntarnos, empero, si esa manera de ver la abogacía en particular y el Derecho en general, lejos de ser algo a priori, necesario, es más bien un concepto histórico y contingente.

Valdría la pena detenernos aquí, por ejemplo, en la lectura de un texto de aproximadamente unos dos mil años de antigüedad: el Evangelio según San Lucas. Leemos allí que el evangelista, parafraseando a Jesús, escribe: “¿Por qué no juzgáis por vosotros mismos lo que es justo? Cuando vayas con tu adversario al magistrado, procura en el camino arreglarte con él, no sea que te arrastre ante el juez, y el juez te entregue al alguacil y el alguacil te meta en la cárcel. Te digo que no saldrás de allí hasta que no hayas pagado el último céntimo” (Lc, 12, 58-59). De una manera absolutamente anticipatoria y profética,

se sugiere aquí arreglar personalmente las diferencias, reconciliarse con el otro, en fin, ponerse enseguida “a buenas con tu adversario mientras vas con él por el camino”.¹

Podemos obtener de esta lección evangélica, datos preciosos que ayudarán a comprender cómo y de qué manera debe ser formado un abogado, porque vemos que éste –si se le enseña la técnica correctamente–, es perfectamente idóneo para el ejercicio de la mediación. Puede entenderse aquí, que no importa tanto el estudio memorioso de las normas jurídicas, sino que, además cabe entrenar al estudiante en técnicas que hagan más a la correcta y más fructífera comunicación con los demás, y a partir de allí, a la detección temprana de los intereses y las necesidades ,no sólo de las partes a las que se representa, sino también los del adversario. Debemos aquí compenetrarnos con una regla de oro del ejercicio profesional de la abogacía del futuro: *para comprenderse a sí mismo, el hombre necesita que otro lo comprenda. Para que otro lo comprenda, necesita comprender al otro.* En la enseñanza de la abogacía, sobre todo a partir del siglo XVIII, como consecuencia de la racionalización de los estudios, ha habido, en cambio, una verdadera preterición de los antiguos métodos de autocomposición de conflictos.

La “comprensión” del otro, es la piedra de toque de la autocomposición del conflicto. Estos medios autocompositivos, siempre existieron. En la antigüedad, se recurría a las personas sabias, al hombre bueno –generalmente el de mayor edad–, del pueblo: siempre advertimos la presencia de un tercero cuya función consistía en ayudar a llegar a un acuerdo; y se acudía a esos individuos porque se partía de la base de que la experiencia era la mejor maestra de la vida. Un hombre con “experiencia” podía ayudar a las partes a reflejarse mutuamente el uno en el otro, y a partir de allí posibilitar un acuerdo que pusiera fin al diferendo.

Repetimos una idea de base: para esta nueva formación del abogado, no bastan sólo las normas jurídicas, el pleno conocimiento de las leyes. Leemos en Vico: “...nadie tiene por jurista a quien, gracias a su feliz memoria, sabe el derecho convencional, o sea lo más importante y general de las reglas sino a quien, con juicio penetrante, ve en las causas las perístasis, es decir, *las circunstancias últimas*

¹ Evangelio según San Mateo, 5, 25-26.



de los hechos que merezcan justicia o sea excepción, para eximirse de la ley universal".²

Podemos notar aquí una coincidencia entre el dato evangélico que nos sugiere “juzgar por nosotros mismos lo que es justo” y las enseñanzas de Vico, que indicaba en todo caso que el buen jurista era el que buceaba en los hechos, para encontrar finalmente la “justicia del caso”. En ambas referencias se abre la puerta a la participación activa del abogado y de las partes en la búsqueda de un acuerdo que permita solucionar satisfactoriamente el conflicto. Podemos entonces, a partir de este “racconto” histórico, partir del supuesto que la mediación puede definirse como el modo de autocomposición de un conflicto interpersonal acerca de lo justo del caso, facilitado por la intervención de un tercero imparcial, neutral y aceptable, que ayuda a las partes contendientes a elaborar de mutuo acuerdo una regla *ad hoc*, para el reparto de lo disputado.³

III. Las habilidades propias del mediador. La enseñanza de la mediación

Para el profesional del derecho se hace indispensable hoy en día el aprender a escuchar, a negociar, a tener creatividad para generar alternativas que ayuden a poner fin a los problemas que se presentan a diario.

Una guía, publicada en EEUU ya en 1985, para directivos de empresa que se enfrentan a conflictos legales, definió la mediación como “el gigante dormido” de la resolución de conflictos y el medio más poderoso, en potencia, para que las partes alcancen un acuerdo. De hecho, ya es un lugar común que las empresas, en sus contratos, prevean una cláusula en virtud de la cual se comprometen a recurrir, como instancia previa, a esta vía. Esto plantea a los docentes y a los técnicos que diseñan los planes de estudio de las carreras de abogacía, en consecuencia, un verdadero desafío pedagógico.

² Juan Bautista Vico, *Sabiduría primitiva de los italianos*, Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1939, pp. 43.

³ Jorge Guillermo Portela y Luis María Bandieri, “La formación del abogado y la aptitud para la mediación ¿sirven los abogados para la mediación?”, *El Derecho*, 10 de noviembre de 1998, p. 2.





En efecto, no estamos hablando ahora de capacitar a abogados ya formados, sino de comenzar a modelar, desde la enseñanza universitaria, a un profesional apto para lo que implica el ejercicio de la abogacía en nuestros tiempos.

Esto no nos puede hacer perder de vista, sin embargo, que no cualquiera puede ser mediador. Ha sido a nuestro juicio Jean-François Six, el autor que más se dio cuenta de este afán de formar mediadores por doquier, que no conduce en realidad a ninguna parte: “Es una irresponsabilidad, justamente, hacer creer, en efecto, que la mediación funciona por sí misma, que todo el mundo es naturalmente capaz de ella (...) Uno se da cuenta cruelmente, tras haber sido invitado en toda Francia para dar conferencias o sesiones sobre mediación, de que algunos, que se inspiran en los métodos norteamericanos, corren un poco por todas partes para anunciar la buena noticia: ‘Ustedes ya son mediadores, usted es un artista sin saberlo. Proclámese mediador, ya que lo es’. Públicos entre los que figuran psicólogos y trabajadores sociales, ávidos de ‘jornadas de información’ sobre la mediación: en esas jornadas es fácil hacerles creer, demagógicamente, que su trabajo es, por sí mismo, el de mediador, que son mediadores desde siempre, o de distinguirles de entrada con el título de mediadores”.⁴

⁴ Jean-François Six, *Dinámica de la Mediación*, Paidós, 1997, p. 188. La cita parece haber sido hecha a medida de la realidad argentina, cuando a mediados de 1993, tuvimos que asistir al deplorable espectáculo de cierto “fundamentalismo mediador”, en el que proliferaron decenas de institutos que “enseñaban” las técnicas, y que luego otorgaban los certificados de mediador. De allí surgió el grueso de los mediadores que practican hoy la mediación, un cuantioso proletariado de individuos teóricamente “formados” en el arte, pero que no tiene la menor idea de cuales son los pasos más elementales del proceso, y que por ello ha contribuido al descrédito de esta técnica. Como aprecia bien Six, todo el mundo puede hablar y escribir, pero no todo el mundo es escritor; eso requiere un cierto don que debe desarrollarse arduamente; también todo el mundo dibuja, y no todo el mundo es pintor: eso requiere, aquí también, un don y una educación. *Ser mediador en el sentido estricto pide una verdadera formación, una formación continua: un verdadero mediador no cesa, a lo largo de su vida, de afinar su arte, al igual que un escritor o un pintor* (autor y ob. cit., pág. 189). Por su puesto, lo mismo cabe para el abogado: cualquiera puede estudiar abogacía, pero muy pocos llegan a ser verdaderos abogados, contra la conocida opinión de Unamuno (“no sirves para nada: estudia para abogado”).





Tenemos entonces aquí un verdadero problema: por una parte, el fundamentalismo mediador, que ha hecho aparecer docentes que se dicen aptos para su enseñanza por todos lados, y por otra parte la importancia que reviste el desarrollo de la mediación. En efecto, la misma realidad nos muestra que las diferencias comparativas entre la mediación, la negociación, el arbitraje y el juicio son muy superiores en el caso de las dos primeras, por la sencilla razón de que se les devuelve a las partes la posibilidad de decidir por sí mismas, pudiendo lograr de esa manera una solución mutuamente aceptable al conflicto. Esto no significa negar el rol que le cabe en toda sociedad bien ordenada a la justicia, ni pregonar imprudentemente su disolución: el juez debe seguir existiendo, sin duda, y su función deberá ser –progrullada aparte– la de *juzgar*, simplemente.

Pero la justicia funciona con una lógica *binaria*: hay dos partes, y el juez está tan arriba de ellas, que finalmente una terminará prácticamente devorándose a la otra. La mediación, en cambio, ayuda a sobrepasar todos los binarismos que están en el origen mismo de los conflictos. La cifra-clave de la mediación es el 3 porque el mediador funciona como un verdadero *catalizador*, al posibilitar a las partes descubrir por sí mismas lo mejor de ellas. En cierto sentido, si la mediación está bien llevada, actúa como una catálisis: transforma a las conductas.⁵

Ello genera la necesidad de transferir, por parte del docente al alumno, ciertas técnicas específicas en torno de la actuación del futuro abogado, en el ámbito de la mediación y de la negociación. En primer lugar, la creación de canales de comunicación, generando un punto de confianza en el que las partes puedan hablar y escuchar, y nosotros también podamos explicar el problema utilizando palabras neutras.

⁵ Jean-François Six, ob. cit., p. 80. Al hablar, por ejemplo, de la mediación empresarial, nuestro autor precisa: -“Quizás haya que encontrar, para el trabajo de mediación, alguna analogía con la estrategia del go, ese juego chino que enseña que el éxito no se obtiene mediante la iniciativa individualista, sino por una multitud de intentos, una serie continua de acciones modestas, siempre interdependientes. El mediador sería ese juego en sí mismo, ese terreno, ese tercero con el que los participantes de una empresa pueden entrenarse, el garante de una interdependencia incesante, *el catalizador*, desde ese momento, de adaptaciones y rebotes continuos” (la cursiva es nuestra).





En segundo lugar, estudiar ciertas habilidades propias del negociador: buscar los intereses que hay tras el conflicto y separarlos de las posiciones. Esto implica un giro copernicano en la práctica profesional, en donde se privilegiaba la posición, en desmedro del interés y de la necesidad. ¿No es acaso la demanda judicial un inventario de posiciones? En la medida en que enseñemos a realizar esta separación, notaremos la ventaja que posee un abogado preparado en la técnica de la mediación, ya que incluso sabrá discernir ni más ni menos, algo elemental pero increíblemente soslayado hasta ahora: el verdadero interés del cliente. De suyo, entonces, el mundo de la actividad jurídica y el mundo de la mediación es el mismo mundo de los conflictos y de la procura de su gestión y composición, explorando los intereses y necesidades de los involucrados en el conflicto.

Esto nos lleva al análisis de un tercer aspecto: la búsqueda de opciones que den solución a los intereses contrapuestos. Desde luego, antes de generar soluciones posibles para solucionar el conflicto, es necesario analizar todas las partes del problema. Y para ver a esas partes, resulta necesario contestar algunas preguntas como estas: ¿quiénes son las partes, es decir, las personas involucradas? ¿qué ve cada una de las partes? ¿ve las cosas de manera diferente? ¿de qué manera? ¿qué es lo que la parte pide? ¿qué es lo que cada parte quiere realmente? ¿porqué? Por último, ¿de qué maneras podrían llegar a un acuerdo?

Por supuesto, lo expuesto nos conduce a plantearnos el punto de unión existente entre los objetivos de la mediación, y las habilidades propias del mediador. Hay evidentemente una relación entre destrezas y finalidades, ya que sin las primeras es imposible llegar a buen puerto y alcanzar las últimas. En efecto, los objetivos de la mediación son, en primer lugar, *la preparación de un plan y de acuerdos que miren al futuro, que los participantes puedan aceptar y cumplir*; en segundo término *la preparación de los participantes para que acepten las consecuencias de sus propias decisiones*, y en tercera instancia *la reducción de la ansiedad y otros efectos negativos del conflicto mediante la ayuda a los participantes para que lleguen a una solución consensuada*.

Adviértase que para la consecución de estas finalidades, se requieren ciertas habilidades. Indudablemente, hay personas que poseen una determinada capacidad innata para la mediación, pero también existen técnicas que deben aprenderse. Las habilidades, se



consiguen tras un entrenamiento en el que se conjuga la teoría y la práctica, y en donde el alumno es el verdadero protagonista, porque él cumple un papel central en el juego de roles desde donde se construye cada uno de los casos que se practican en las clases, como ya lo veremos.

Se genera así un fértil intercambio pedagógico, que se realiza sobre un terreno propicio, el de la mediación, y en el que el alumno comprende que ella es un proceso a corto plazo, interactivo, no referido a historias personales. La mediación, en efecto, mira al futuro, no al pasado. En él, las personas no constituyen el problema: el problema se pone del otro lado de la mesa, y es el verdadero desafío a vencer. Por eso en este proceso, enseñamos a reducir los obstáculos a la comunicación entre participantes, a maximizar la exploración de alternativas y a atender las necesidades de todos los que en ella intervienen. La mediación, al mismo tiempo, proporciona un modelo para la futura resolución de conflictos.

Esto se realiza desde la práctica. Los alumnos trabajan, en pequeños grupos, múltiples y diversos casos de mediación. Por supuesto, no cabe aquí el facilismo ni la falta de participación activa del alumno. El estudiante que cursa mediación sabe que su intervención será central en el proceso de aprendizaje.

IV. La comunicación. Los pasos más importantes del proceso

Resulta indudable que, tal como hemos visto, el conflicto es el punto central de la mediación. Comprender el conflicto y su manejo implica que el mediador deba conocer determinadas técnicas de comunicación para crear ese clima de tranquilidad y confianza que haga que las partes vean en el mediador un referente, y que posibilite que puedan mirarse entre ellas sin dudas, sin temores, creando de esa manera las bases que posibiliten una solución mutuamente beneficiosa.

Resulta necesario saber –y esta es una de las primeras enseñanzas que les impartimos a nuestros jóvenes alumnos–, que es imposible no comunicar, y que desde el momento en que abrimos la puerta para que las partes compartan la mesa de mediación, se comienza con este proceso de comunicación y con nuestra tarea como mediadores.

¿Cómo hacemos para crear este clima tan necesario para la mediación? A través del “rapport”, que es el establecimiento de la empatía y de la sintonía, de la observación precisa del comportamiento de

las partes y de la denominada “escucha activa”. Así estamos en condiciones de comprender a las partes involucradas en el conflicto. Si las partes advierten que las comprendemos, nos será más fácil preguntarles el “porqué” y el “para qué” propios de los intereses y de las posiciones y llevarlos así, como hemos visto al comienzo, a descubrir sus intereses y necesidades.

En efecto, la “escucha” es una actitud que nos permite entrar en comunicación con el otro poniendo nuestra atención en lo que dice y en lo que siente. Observamos así, atentamente, el lenguaje no-verbal, su cuerpo, sus gestos, su rostro, su mirada. Así, la totalidad corporal del otro nos demanda una lectura inteligente. Los gestos, muchas veces, valen más que mil palabras. Desarrollamos la empatía, que consiste en identificar dentro de mis propias vivencias el sentimiento del otro, ponerse en los zapatos del otro.

Desde luego, mal puedo ponerme en los zapatos del otro si previamente no advierto la presencia de ese otro, y lo percibo como un “prójimo”. Así, la empatía es el reverso psicológico de la denominada “regla de oro ética”: no hagas a los demás lo que no quieres que te hagan a ti.

Finalmente, escucho pero sin juzgar ni aconsejar. Busco comprender y acompañar, pero no hago indicaciones. Esto no significa que el mediador no valore. Desde luego, el mediador, mientras escucha, hace mentalmente una composición de lugar del conflicto, reconstruye en su espíritu el motivo de la disputa, arriesga hipótesis, *pero no las explicita*. Hacerlo implicaría perder su neutralidad y su imparcialidad, y eso atentaría fatalmente contra la confianza en sí mismo, que trabajosamente había logrado trabar entre las partes. Las reglas propias del denominado “parafraseo”, apuntan a cerrar como un broche de oro esta primera parte de la mediación: debo repetir lo que cada parte expresa del conflicto en la sesión inicial, pero quitándole las adjetivaciones y los elementos hostiles, aunque sin desvirtuar el sentimiento que ellas han volcado en ese relato. Así empleado, el parafraseo es un instrumento útil ya que: a) la otra parte escucha la misma narración, pero de un modo totalmente neutro; b) la parte que efectuó el relato se siente legitimada y comprendida, porque he captado los elementos más importantes de su discurso; c) le brindo confianza a las partes, desarrollada a partir de mi propia capacidad de ser neutral e imparcial. En consecuencia, la “reexpresión” clarifica, porque consiste en una especie de síntesis, es un asegurarse de que

he comprendido a la otra persona. Luego de parafrasearla, le pregunto: ¿es esto lo que usted quería decir?

Por ello, el rol “comunicador” que debe poseer el mediador, ha de complementarse con el carácter “legitimador” con el que debe contar, es decir, la tarea de activar compromisos entre las partes y, desde una perspectiva más formal, el acuerdo que ha de lograr al comienzo de la misma mediación sobre ciertas reglas que tendrán vigencia mientras dure el proceso. Así, hay que fomentar que las partes continúen con su relato, diciéndoles palabras amigables, de las del tipo “esto es interesante”; “entiendo”. La escucha activa, en consecuencia, y tal como ya lo hemos visto, ocupa un lugar fundamental en la mediación.

Entre estas reglas sobre las que las partes deben ponerse de acuerdo, figura centralmente uno de los pilares de la mediación: la confidencialidad. Ella debe estar presente en dos instancias diferentes: una es la confidencialidad a la que tanto el mediador como las partes deben comprometerse desde el inicio del proceso, es decir, la firma de un convenio en donde todas las parte se obligan a guardar sigilo sobre lo tratado en las sesiones. Por cierto, el mediador no podrá ser citado como testigo en el caso de que el proceso continuase por la vía judicial. Se debe aclarar, empero, que hay dos excepciones a la confidencialidad: si el mediador ha detectado casos de abusos de menores, o cuando existe la convicción de que se ha cometido algún delito penal grave.

Debe además tenerse presente que la mediación puede desarrollarse en dos tipos de sesiones (y esto también forma parte de los acuerdos iniciales, porque la posibilidad de su realización y funcionamiento debe ser informada por el mediador a las partes en el discurso inicial): las denominadas “conjuntas”, en donde todas las partes, con sus abogados, están presentes en torno a la mesa, y las “privadas”, también llamadas “caucus”. Aquí el mediador, al advertir que debe avanzar en la búsqueda de los intereses y necesidades a satisfacer, o cuando percibe que por algún motivo el proceso se “estanca”, puede llamar a un caucus y tener sesiones privadas con cada una de las partes, siempre –claro está–, acompañados por sus abogados. Aquí también debe imperar la simetría: el mediador no podrá estar más tiempo con una de las partes que con la otra. Y la confidencialidad también se extiende, desde luego, a esas sesiones privadas, a menos que las partes autoricen al mediador a revelar lo que se ha dicho en el ámbito del caucus.



Este “acuerdo” temprano , en donde se pactan todas las reglas de funcionamiento, también resulta útil porque les demuestra a las partes su capacidad de generar compromisos, aunque ello se efectúe de un modo incipiente. Ello se une a su función de “facilitador”, entendiendo por tal el asesoramiento sobre el orden de abordaje de los temas, la estructuración de la agenda de la mediación. –

Tenemos entonces sentadas frente a frente a las partes, y a sus abogados. Se han fijado las posiciones y el mediador ha efectuado el parafraseo. ¿Qué hacer ahora? No olvidemos que la mediación es un proceso informal, pero si queremos que salgan bien las cosas, debemos respetar ciertas reglas que forman parte, precisamente, de la estructura misma de ese proceso. Este es un aspecto verdaderamente fecundo de la actividad del mediador, porque debe ir armando ese gran rompecabezas que es el conflicto, de a poco, con la escasa información con la que cuenta hasta ese momento. En este tramo, el mediador debe ir lentamente, tratando de conocer no sólo lo que realmente ocurrió, sino los intereses y las necesidades de las partes involucradas, los que, como hemos visto, no siempre son explicitados por las personas. Es la hora de comenzar a interrogar a dichas partes, con preguntas lo suficientemente abiertas como para que su respuesta nos de un panorama amplio de los aspectos del conflicto que nos parezcan relevantes. Si queremos, en cambio, confirmar determinadas situaciones puntuales, haremos preguntas cerradas, de las del tipo que sólo puedan contestarse por un sí o por un no.

No nos olvidemos que las preguntas sirven para conocer el problema, explorarlo y redefinirlo, por lo tanto las usaremos como herramienta principal a lo largo de todo el proceso. El preguntar es un arte, por lo que consideramos que el mediador no debe nunca inquirir simplemente para satisfacer su curiosidad. En efecto, siempre la interrogación debe tener un objetivo; siempre se pregunta desde algo: palabras, gestos, algún dato del contexto y apuntan hacia algo, hacia una meta. No debemos olvidar, en consecuencia, que interrogo a las partes pero para lograr algo positivo y fructífero para la marcha de la mediación.

Por otra parte, si uno sabe preguntar va a tener claro *desde* donde parte y hacia *donde* quiere conducir el proceso, es decir, va a poder averiguar el porqué y el para qué, que en definitiva nos van a dar la respuesta de cuales son los intereses y necesidades que son la clave para ayudar a las partes a negociar y encontrar la solución al conflicto.





En otros términos, el mediador debe pasar de las posiciones a las necesidades. Si se quedara en la posición, la mediación se estancaría puesto que no habría ningún avance relevante. Si el mediador conoce las necesidades, mayores oportunidades tendrá de ayudar a las partes, éstas podrán pensar en que hay que ser duro con el problema y blando con las personas, y a partir de las respuestas que éstas den a las preguntas formuladas por el mediador, podrá tener mayor información, más material y mejor conocimiento. He aquí los tres pilares sobre los cuales se cimenta la mayor oportunidad de generar opciones .

Entramos aquí en una parte crucial del proceso de mediación: el replanteo. En efecto, en el planteo original, la posición de la parte “A” choca con la posición de la parte “B”. Pero sabemos que detrás de esas posiciones, se encuentran los intereses o las necesidades subyacentes. El replanteo es así como un “embudo”, una criba que me permite desechear lo inútil de la posición originaria, sobre la que si soy un buen mediador nunca debo volver. La fórmula clásica del replanteo podría enunciarse de este modo: ¿cómo podemos hacer para lograr satisfacer la necesidad prioritaria y subyacente de las partes “A” y “B”? . Nuestro embudo, nuestra criba, me ha dejado ni más ni menos que lo que necesito: los intereses. Por lo tanto, ¿cómo hacer para satisfacer ambos intereses simultáneamente?

Esa pregunta propia del replanteo provoca un cambio de clima. Hay un reencuadre del conflicto porque es la primera vez que las partes se encuentran con los intereses de ambas frente a frente, y perciben que esa pregunta efectuada por el mediador, efectuada sobre la base de las necesidades, apunta a satisfacerlas integralmente. Desde luego, en esta etapa el mediador debe lograr que las partes acepten la información acerca de los intereses, más que concentrarse en la obtención de un acuerdo. El compromiso en este punto es básico: las partes pueden aceptar que otros tienen intereses que son distintos que los que corresponden a aquéllas, y aun así buscar soluciones mutuamente aceptables. Por otra parte, el mediador deberá proceder a “filtrar” las opciones que puedan generarse a través de los denominados estándares objetivos (la ley, pericias, tasaciones) e incluso también (no nos olvidemos que la mediación es un proceso en el que participan personas) investigando cuáles son los estándares subjetivos que las partes puedan tener (pautas sociales, morales, alternativas fuera de la negociación) y que puedan influir en los acuerdos.





En consecuencia, una vez definidos los intereses, el objetivo de la mediación consiste en la generación de opciones y soluciones. Existen diversas técnicas para ayudar a las partes a generar propuestas de acuerdo, como las reuniones a puerta cerrada para concebir ideas conjuntas, al margen de lo poco realistas que puedan parecer (brainstorming = tormenta de ideas). En esta técnica, no se debe permitir a las partes que rechacen las opciones en el momento que se le ofrecen. El mediador debe asegurarse de ofrecer más de una sugerencia y presentar las opciones con frases como “Y si...” u “Otros en situaciones similares han intentado...” Otra técnica es ofrecer una solución inaceptable para ninguna parte; esto motiva a éstas para considerar propuestas más a su gusto⁶. Si una parte es continuamente negativa hacia las opciones sugeridas, se le debe pedir que reemplace una opción rechazada por otra. Una vez que están sobre la mesa varias opciones que pueden someterse a consideración, el mediador se debe asegurar de nuevo de que las partes están evaluando soluciones para los intereses, no para las posiciones.

Es importante aquí que el mediador eluda el negativismo que puedan expresar las partes, sobre su propia capacidad para resolver el caso. El mediador aquí puede tomarse unos instantes para recordar que un porcentaje muy elevado de individuos que participan en la mediación, logra resolver sus disputas. Este también puede ser un momento apropiado para comentar las alternativas al no acuerdo. Esta generación de confianza que parte del mediador y se dirige hacia las partes se denomina “empowerment” : fortalecer su propia conciencia de todo lo que pueden y son capaces. La mediación, que como vemos es un proceso que se va desarrollando a lo largo de reuniones, parte de una idea: *el concepto de estructura de confianza*. Ciertamente, los problemas que no podemos solucionar, minan la confianza en nosotros mismos. Si los individuos que participan en una mediación son los que tienen que tomar decisiones respecto de sus problemas,

⁶ Melinda Ostermeyer, “Realizar la mediación”, en *La mediación y sus contextos de aplicación*, AAVV, Paidós, 1996, p. 137. La autora precisa que a lo largo de la etapa de “regateo” y negociación, el mediador debe proceder a redefinir las posiciones. Por ejemplo, si se demandan cantidades específicas de dinero, podría decirle al requirente: “Necesitamos entender la cantidad de dinero que considera justa”. En todas las ocasiones, el mediador intenta desarrollar propuestas globales y satisfactorias para los intereses de ambas partes.





ellos deben sentirse capaces de tomar esas decisiones. Esta conciencia de la propia capacidad, es el empowerment.

Finalmente, en esta apretada síntesis de lo que constituyen los aspectos más salientes del proceso de mediación, hemos de mencionar el acuerdo. Se trata aquí de insistir en que las partes son las dueñas de ese acuerdo. Por ese motivo, el mediador no debe imponer soluciones. Como se trata de producir un documento que señale claramente las intenciones de los participantes, sus decisiones, su conducta futura, el mediador debe reflejar, con sus actitudes y su conducta, que él no tiene interés en el resultado, más allá de que sea un deber profesional facilitar las sesiones en la forma más competente posible. Este convenio o acuerdo, debe redactarse de forma que las partes lo puedan leer con facilidad, con un lenguaje que sea comprensible para ellas, no sólo para sus abogados. Por lo demás, el acuerdo de mediación puede incluir no sólo las medidas que se convinieran mutuamente, sino también una declaración que se refiera a su posibilidad de revisión y los procedimientos que deban seguirse cuando se presenten cambios que requieran una nueva redacción del documento.

Si la firma de un instrumento que refleje los acuerdos alcanzados y el plan para el futuro, es en sí mismo un símbolo de cooperación y cierre, el aspecto del mediador, como la persona que ayuda a los abogados a la redacción de ese convenio, posiblemente constituya el papel menos dramático, pero uno de los más importantes que ha de desempeñar en la culminación del proceso de mediación. Se ha de partir de la base, por supuesto, de que el acuerdo ha de mirar *al futuro*. Por ello, no sólo ha de reflejar las condiciones que las partes puedan aceptar, sino también las obligaciones que ellas puedan cumplir *y las consecuencias que puedan asumir*.

Hemos arribado a un acuerdo, al aplicar una regla básica de la mediación: *si uno se olvida de las posiciones y se preocupa por los intereses, generando opciones pasadas por el filtro de criterios objetivos, no habrá ningún obstáculo para lograr la autocomposición del conflicto.*

V. Conclusiones

Podemos efectuar, a esta altura de nuestra exposición, varias precisiones. En primer lugar, la tarea del mediador no es fácil: nece-





sita del manejo de muchas habilidades y conocimiento de diversas técnicas, dada la complejidad de los temas y de las personas que intervienen en el conflicto. El trabajo del mediador-abogado, sería menos complicado si se adoptase el trabajo en equipo, en forma interdisciplinaria. Daríamos paso aquí a la interesante experiencia de la co-mediación. En el transcurso de una sesión, resulta a veces difícil para una sola persona percibir y procesar toda la información que se presenta. La interacción entre el mediador y las personas involucradas en el conflicto, y con estas entre sí, es mucho más fácil de observar con la presencia de un co-mediador, lo que permitirá confeccionar la agenda de trabajo más fácilmente, comenzando a indagar rápidamente sobre los intereses ocultos de cada participante. En efecto, el equipo formado por profesionales de distintas disciplinas, permite intervenir eficazmente sobre los aspectos legales, emocionales y técnicos que se presentan en toda mediación. Ello indica, de todas maneras, una falla en la formación del abogado, al que se lo entrena para trabajar desde la posición y sólo desde la posición. La abogacía del futuro requiere necesariamente atender intereses y necesidades: no debemos perder una oportunidad única. Devolver a las partes la posibilidad de resolver ellas el conflicto implica el estudio de cómo llegar a acuerdos mutuamente satisfactorios.

En segundo lugar, no debe perderse de vista que en una escuela de abogacía, *lo que se forman son abogados*. Ello no resulta tarea fácil: debemos suministrarles el conjunto de herramientas que posibiliten el correcto ejercicio de la profesión en un mundo cada vez más complejo. El abogado de hoy en día, como ya lo adelantáramos, no podrá ser nunca un mero “repetidor” de leyes. Por ese motivo consideramos imprescindible la enseñanza de la mediación en el grado, no después. Todos los que somos mediadores –al menos esa es la realidad argentina–, hemos aprendido la actividad en cursos de posgrado. Incluso en nuestro país, se requiere tener tres años de ejercicio profesional para comenzar la actividad como mediador. ¡Qué equivocación! Se le suministran al abogado los principios propios de la actividad, cuando ya tiene la mente formada en el litigio. En este sentido, podemos decir con orgullo que nuestra tarea docente, al enseñar mediación en el grado, se ve ampliamente recompensada, porque le otorga al estudiante una perspectiva distinta: no sólo puedo atacar o defender algún derecho discutido en el contencioso. *También puedo ayudar a que las partes re-conozcan empáticamente a los demás. Les enseño a*

ver que ellos tienen capacidad de resolver sus conflictos, lo que no es poca cosa.

Por eso Carnelutti, ese gran jurista, advertía que la composición conflictual, posee a su vez una influencia sedativa y difusiva, que no puede ejercerse en sí y por sí, sino sólo en cuanto sea idónea para satisfacer la necesidad de justicia.

Por último, el método. Hay aquí también una diferencia importante con el case method de influencia anglosajona. Allí, el estudiante practica sobre un caso ya hecho, que ya fue decidido jurisprudencialmente. A partir de allí, se analizan todos los principios particulares de las diversas instituciones jurídicas en estudio. En la mediación, hay una diferencia: el caso lo construimos entre todos. Los alumnos, trabajan a partir de un caso que les ha dado el profesor, lleno de matices, complejo, para que el juego de roles sea más productivo. Y el alumno, ya en su papel de parte, ya en el de abogado o en el de mediador, interactúa con sus compañeros y también interviene en la construcción de ese caso. En las clases de mediación, nosotros y nuestros alumnos construimos el caso. En el llamado “método del caso”, éste viene ya fabricado, conocemos de antemano cómo y de qué manera ha sido decidido.

Cobra aquí sentido lo que enseñaba Vico –volvemos a citarlo ahora como ya lo hiciéramos al comienzo– cuando decía que los términos *verum* y *factum*, lo “verdadero” y lo “hecho” se toman el uno por el otro, se convierten. Lo verdadero es lo “hecho mismo”, pero no basta afirmar que “lo que hago es verdadero”, es necesario demostrar que “puedo hacer”. Y en este sentido, debemos decir con verdadera satisfacción, que nuestros alumnos “pueden hacer” el caso, porque ayudan a construirlo de una manera responsable. En las clases de mediación, el protagonista es el alumno y el profesor cumple hasta en el plano de la pura pedagogía una función “intermediaria” entre el saber y el estudiante: actúa como un “puente” (función terciaria) entre el conocimiento y el aprendiz. La mediación, al decir de Six, requiere ir de la teoría a la práctica y de la práctica a la teoría, de la reflexión a la acción y de la acción a la reflexión, sin que ninguno de esos dos términos se separe o predomine sobre el otro; una verdadera mediación nace de uniones, renovadas sin cesar, de esos términos⁷.

⁷ Jean-François Six, ob. cit., p. 192.



Ello ayuda, en fin, a que se medite sobre el Derecho desde una perspectiva diferente. La misma que permitió ni más ni menos que a Ghandi decir: *“Aprendí la práctica de la ley, aprendí a poner de manifiesto el mejor lado de la naturaleza humana y a penetrar en el corazón de los hombres. Me di cuenta de que la verdadera función de un abogado era unir a las partes que se habían partido en trozos. La lección se aprendió tan indeleblemente en mí, que una gran parte de mi vida, de mi tiempo, de los veinte años en los que ejercí como abogado, la dediqué a lograr compromisos privados en cientos de casos. A consecuencia de esto, no perdí nada, ni siquiera dinero, y mucho menos mi alma”*.