

MEDIACIÓN, DERECHO Y ABOGADOS

Dra. María Rosa Fernández Lemoine

Abogada - Mediadora (mat 113)

El objeto de este trabajo es reflexionar sobre el papel del mediador abogado a diez años de vigencia de la ley 24.573 y los cuestionamientos al rol del abogado mediador desde otras profesiones y también desde la misma profesión legal.

INTRODUCCIÓN

Una continua y permanente práctica de la mediación desde el inicio de la ley que rige en el ámbito nacional, como así también la participación en distintos ámbitos vinculados con la mediación y también como abogada, me ha permitido observar el cuestionamiento del ejercicio profesional de la mediación desde distintos ámbitos y contextos, incluido el ámbito judicial y de abogados.

Los debates parlamentarios sobre los proyectos de ley de Mediación, hemos podido apreciar las objeciones a que el mediador fuese abogado no obstante que que los conflictos que se debata fueran jurídicos..

Ambas cuestiones entendemos están relacionadas en tanto comparten:

- Una visión exclusivamente adversarial sobre la forma de resolver conflictos sociales;
- La desvalorización del papel del Derecho (Law) dentro de la sociedad argentina;
- La construcción social del rol del abogado dentro de esa visión;
- Una concepción reduccionista del Derecho;

RAIGAMBRE DEL TEMA.

La ley de mediación prejudicial ha permitido introducir esta práctica en la sociedad argentina y su afianzamiento depende de una serie de hechos de hecho entre las cuales entiendo se encuentran los planteados en esta ponencia.

En el ejercicio de la Mediación advertimos -y ésto se pone de relieve en la temática familiar- que a través del proceso mediatorio encuentran solución casos que no han podido ser solucionados en negociaciones previas entre las partes, asistidos por sus letrados a pesar de la labor desplegada por éstos.

La pregunta es ¿por qué sucede ésto?

La normativa legal exige a los mediadores además de su calidad de abogado y un plazo mínimo de ejercicio profesional, un entrenamiento adecuado para el ejercicio del rol.

Esta capacitación significa un cambio de postura del mediador frente a quienes solicitan su intervención y lo habilita para indagar acerca de los intereses de los participantes abandonando el presupuesto legal de que los mismos están necesariamente en conflicto y que ellos agotan la relación entre ambos.⁽¹⁾

Un mito consagrado en parte por el sistema legal y reforzado por una capacitación de los profesionales del Derecho enderezada, fundamentalmente, hacia un sistema adversarial, privilegia una visión de los intereses en conflicto que "exige" respuestas diferentes a la misma pregunta: ¿cuál es mi derecho?.⁽²⁾

En cambio en el proceso de Mediación el mediador trabaja en primer lugar sobre los intereses que las partes tienen en común, luego sobre los intereses diferentes de manera que adviertan que ellos no son (totalmente) excluyentes para arribar, finalmente, a un **compromiso** respecto a aquellos intereses que no puedan ser compatibilizados. El compromiso es el resultado del hecho de que la ley no brinda una protección igual o equivalente para ambas partes y la alternativa, finalmente, será la decisión del Juez quien deberá dar una única respuesta con un alto costo para las partes sin que satisfaga a ambas por igual.

En oportunidades no obstante que el mediador -en el trabajo con los participantes- vislumbra alternativas para llegar a una solución que satisfaga a ambos encuentra, sin embargo, que ello no es posible porque la formulación de los derechos y obligaciones de las partes hecha por sus asesores legales les impiden aceptar propuestas de arreglo que para uno significa "dar demasiado", mientras que para el otro significa "recibir demasiado poco".⁽³⁾

Los abogados conocen las reglas legales y son quienes tienen competencia en la materia. Cuando actúan en un esquema adversarial, reafirman una concepción del Derecho (Law), donde los derechos se les aparecen como derechos naturales (natural rights) de acuerdo a la tradición liberal que se remonta hasta Locke. Esta postura -no sometida a crítica- justifica y refuerza la opción por el esquema adversarial en el cual los abogados no aplican "las mismas reglas en la misma forma", ⁽⁴⁾ y en el que uno debe ganar y otro perder.

⁽¹⁾ Entendemos que toda relación constituye también, una relación jurídica.

⁽²⁾ Maslow Lenard "Conflicting Interest" Adapted from the Handbook of Divorce Mediation, by Lenard Maslow and S. Richard Sauber. Plenum Press. 1990.

⁽³⁾ Idem.

⁽⁴⁾ Maslow Lenard "The Rule of Law in Divorce Mediation" Adapted from The Handbook of Divorce Mediation., Plenum Press, 1990.

La Mediación no tiene exclusivamente por objeto los derechos sino, sobre todo, los intereses y sobre esta base -y como la Mediación misma está encuadrada dentro de un marco legal ⁽⁵⁾, ofrece una mayor amplitud para promover los intereses de las partes y obtener así el mutuo consenso.

La visión del Derecho (Law) como instrumento de convivencia humana que regula conductas -de manera justa o injusta- según las expectativas que tengan las partes involucradas en el conflicto, es el marco dentro del cual ellas deben moldear esas expectativas. A ello contribuyen las respuestas que den sus abogados enmarcadas en esta visión.

ROLES

Los "roles" en la sociedad están estrechamente vinculados con las conductas que se asignan a quienes los desempeñan.

En los "roles" aparecen tipificaciones de comportamientos que se dan en la interacción social y se tornan exigibles por los miembros del grupo a partir de las expectativas que el desempeño de esos roles genera. ⁽⁶⁾

Sin embargo, si admitimos el carácter de "construido" que tienen los roles es posible introducir cambios. Un "cambio" de "segundo orden" ⁽⁷⁾ es una diferencia cualitativa y no meramente cuantitativa.

Desde el momento, entonces, que el "rol" es "construido", la Mediación introduce un "cambio de segundo orden", respecto al "rol" del abogado, sin perjuicio de otras formas de introducción de cambios de segundo orden. Ese cambio necesita para afianzarse, de la inserción del abogado en un contexto más amplio que el tradicional adversarial en el cual las respuestas del profesional sean dadas a partir de preguntas como "¿en qué consiste la situación?" "¿qué está sucediendo aquí y ahora?". ⁽⁸⁾

VISION REDUCCIONISTA DEL DERECHO

⁽⁵⁾De alguna forma la decisión de un conflicto, aún en aquellos casos en que la interferencia de conductas entre en el área permitida, si las partes no encuentran forma de resolverlo, finalmente quedará deferida a la decisión de un Juez, quien ampliando o restringiendo el campo de acción de algunas normas jurídicas, deberá dar solución al caso.

⁽⁶⁾ Berger Peter y Luckmann "La Construcción Social de la Realidad". Amorrortu. 1976

⁽⁷⁾ Watzlawick Paul, Weakland John y Fisch Richard "Cambio". Herder Editorial. 1995

⁽⁸⁾ Idem.

Para terminar, el cuestionamiento del papel del abogado como mediador se debe, sobre todo, a la enseñanza tradicional de las Escuelas de Abogacía, que a su vez ve en el "Derecho adversarial" el campo más propio del desempeño de los profesionales que se gradúan.

De esta manera las capacidades del abogado quedan restringidas al "pleito", como único ámbito de sus incumbencias.

Por otra parte, esta posición olvida que el Derecho es una Ciencia Social - la más antigua- que se fecunda, mutuamente, con el conocimiento que brinda el conjunto de las ciencias sociales.

CONCLUSION

La mediación introdujo en la sociedad argentina un "cambio de segundo orden".

El marco adversarial para la resolución de los conflictos, que privilegia la visión de los "intereses en conflicto", ha sido reemplazada por un marco donde el mediador abandona el presupuesto legal de "intereses en conflicto" y que ellos agotan la relación entre ambas y trabaja sobre los intereses que tienen en común.

El nuevo esquema requiere, para su afianzamiento, la inserción del abogado en un contexto más amplio que el tradicional adversarial, que restringe las capacidades del abogado al pleito como único ámbito de sus incumbencias.

Una posición reduccionista, olvida que el Derecho es la Ciencia Social más antigua y se fecunda, mutuamente, con el conocimiento que brinda el conjunto de las ciencias sociales.