

## REFLEXIONES EN TORNO AL PAPEL DEL ABOGADO DENTRO DE LOS PROCESOS DE MEDIACIÓN

Celia BLANCO ESCANDÓN\*

SUMARIO: I. *Los conflictos y las controversias*. II. *Los medios de resolución de conflictos*. III. *La resolución alternativa de conflictos*. IV. *La mediación y el mediador*. V. *El procedimiento de mediación*. VI. *El abogado en la mediación*. VII. *Dificultades y obstáculos*. VIII. *Bibliografía*.

Este texto pretende mostrar el mosaico de conceptos y posiciones en torno a la participación de los abogados dentro de los procesos de mediación, tanto en el papel de mediadores como cuando asumen el rol de representantes o colaboradores de alguna de las partes. Entendemos que el mediador es un operador de conflictos, y que su tarea está centrada en descubrir el verdadero problema que las partes deben resolver, luego de lo cual deben poner en juego múltiples recursos para conducir el proceso de mediación y facilitar el contexto apropiado para que los actores recuperen la responsabilidad que les corresponde en el conflicto y la capacidad de llegar a acuerdos respecto de los temas en disputa. En este contexto, ¿es el abogado el profesionalista adecuado para guiar la mediación?

### I. LOS CONFLICTOS Y LAS CONTROVERSIAS

Todo ser humano tiene intereses propios, por lo que es frecuente que éstos sean contrapuestos con relación a los intereses de un gran número

\* Académica de tiempo completo en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana campus Santa Fe. Directora del Programa para la Reforma de la Prisión Preventiva en México de la Fundación Internacional Open Society for Justice Initiative.

de personas, las cuales subjetiva, perceptiva u objetivamente pueden chocar entre sí, ya que no todas las personas pueden obtener lo que quieren, en el momento en que lo desean y de la misma manera, lo que finalmente desemboca en un conflicto.

Una típica definición de conflicto es aquella que señala que son un conjunto de propósitos, intereses, métodos o conductas divergentes. Son fenómenos universales, que se han presentado en todos los tiempos y en todas las culturas, y que han formado y forman parte de nuestro entorno social, laboral y familiar. Los conflictos son propios de la naturaleza humana, puesto que en toda relación de importancia existen diferencias de actitudes, valores, prioridades, estilos y formas de ver la vida, distintos intereses, por mencionar sólo algunos factores; pero a veces esas divergencias generan desavenencias nocivas para aquellos involucrados.

Las culturas occidentales consideraron a los conflictos o controversias como algo negativo; sin embargo, tratando de ser objetivos y haciendo a un lado esa noción cargada de prejuicios, podemos señalar que el conflicto en sí mismo no es algo deseable o indeseable, negativo o positivo, bueno o malo, debido a que los seres humanos, como individuos, con necesidades, gustos, puntos de vista, preferencias y valores diferentes, generan controversias inevitables. Debemos tener cuidado de no circunscribir necesariamente los conflictos a las guerras o conflictos armados; se pueden sin duda generar en muchos ámbitos, como son el familiar, social, educativo, político, empresarial, laboral, deportivo, etcétera.

El proyecto de construir una cultura y sociedad en paz nos hace abordar los conflictos de una manera distinta, por lo cual se hace necesario buscar la forma de afrontarlos y solucionarlos. Por ello, aprender a resolver conflictos es hoy una práctica social estudiada, y que requiere de habilidades, técnicas y de una metodología específica, que nos indica la necesidad de entender cómo comienza y termina el conflicto, cómo buscar una convergencia de intereses y respetar los derechos. Esto no significa necesariamente que haya que librarse del conflicto; tampoco implica librarse de él, sino simplemente reconocer sus consecuencias destructivas para buscar nuevas formas de avenencia. Es necesario mirar al conflicto como un elemento necesario en la construcción y organización de las realidades sociales. En este sentido, debe ser un eje central en la formación de los abogados del siglo XXI.

## II. LOS MEDIOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La resolución de un conflicto supone siempre necesariamente el conocer las causas que lo originaron, la habilidad para detectar sus raíces buscando facilitar la transformación voluntaria de los objetivos iniciales con la intención de lograr un acuerdo que funcione para todas las partes involucradas.

En sus primeras fases, independientemente del tipo de conflicto y de su naturaleza, hay invariablemente una serie de formas de reaccionar frente al mismo:

- a) *La superación del conflicto*: implica que se afronta el problema, se reconoce su existencia y hay voluntad para hacerle frente y vencerlo.
- b) *La negación*: se evita reconocer el conflicto, por lo cual hay inamovilidad y se permanece en el conflicto.
- c) *La evasión*: difiere de la negación por cuanto en la evasión el sujeto reconoce la existencia del conflicto, pero no lo afronta.
- d) *La arrogancia frente al conflicto*: aquí también el sujeto reconoce la controversia, pero se niega a darle una respuesta adecuada y pertinente.
- e) *La agresividad*: se reconoce el conflicto y se reacciona frente a éste mediante una respuesta hostil, violenta y agresiva.
- f) *La acomodación*: se reconoce el conflicto, y el sujeto aparenta adaptarse a la situación.

Elegir una actitud al inicio de una situación de conflicto, cuando apenas empieza el proceso de reconocimiento de él y se piensa en afrontar o no la situación, determinará su proceso y las posibilidades de transformación y de gestión ulteriores. Es por esta razón que frente a un conflicto y su posible solución siempre será necesario llevar a las partes en cuestión, a los sujetos sometidos en el problema, a un cambio de actitud, que será necesario e indispensable para que la problemática aflore, el conflicto sea reconocido y así lograr posicionarnos en forma tal que sea factible buscar la transformación y el cambio en un contexto positivo. Al abordar la situación conflictiva, nos daremos cuenta de que hay diversos factores que debemos considerar, los cuales están presentes y se pueden analizar, factores como las actitudes, las formas de comunicación, los roles, las estructuras de dominio, las jerarquías, etcétera. Ahora bien, para poder estudiar y apreciar el posible impacto de estos y otros factores debemos apro-

ximarnos al problema, reconocer que existe una controversia, y no ocultar el conflicto, evadirlo o negarlo. Frente a una desavenencia o a un choque de intereses o de razones, la gente, mayoritariamente, tiene la concepción de que es necesario para ganar y resolver el asunto, que el otro pierda. Este dogma debe ser cambiado para que la mediación pueda operar. El típico “yo gano-tú pierdes” o bien “si tú ganas-yo pierdo” se puede reemplazar por la idea de “todos ganamos”, o bien “yú ganas y yo gano” ¿Cómo? Cambiando el contexto y la forma de afrontar los problemas, eliminando el concepto adversario, la noción de enfrentar al otro, el “*versus*” por la negociación, la cooperación y el diálogo.

Existen una diversidad de mecanismos o medios para resolver conflictos o divergencias, más aún cuando éstos vulneran derechos o implican la inobservancia y cumplimiento de responsabilidades, deberes y obligaciones para con los demás. Los abogados hemos sido educados para entender que los conflictos que ocasionan consecuencias jurídicas deben ser resueltos mediante el litigio o la contienda de corte jurisdiccional; es decir, ante los tribunales de justicia, en donde las partes que se enfrentan y argumentan y prueban sus dichos frente al juzgador, quien pondrá fin a la disputa dirimiendo cuál de los actores resulta vencedor. Ahora bien, hoy en día existen otras formas de resolver los conflictos, incluso los conflictos que tradicionalmente se resolvían en la arena del litigio. Estos nuevos medios han sido denominados “medios alternativos de resolución de controversias”, e incluyen, entre otros, a los procedimientos de arbitraje, conciliación y a la mediación.<sup>1</sup>

*La mediación* es un procedimiento no adversarial en el cual un tercero neutral —el mediador— auxilia a las partes a negociar para llegar a un resultado mutuamente aceptable. El mediador actúa como un facilitador, y no como un juez que toma decisiones. El mediador no es tampoco un árbitro que asigna a cada uno de los mediados una parte de aquello en disputa; es más bien un comunicador y un negociador. Ahora bien, si las partes logran, gracias al proceso de mediación, una solución, celebrarán un acuerdo, que una vez homologado resuelve definitivamente la controversia. Si se realiza un intento frustrado de mediación, es decir, no se lle-

<sup>1</sup> Para más información véase Blanco Escandón, Celia, “Nuevas tendencias en el ámbito de la justicia de menores: la mediación víctima-infractor”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 33, 2003, pp. 285-302.

ga a un acuerdo, pueden los disputantes posteriormente recurrir a otras opciones, como lo son el arbitraje o el litigio.

*La conciliación* es un proceso utilizado generalmente en el fuero o ámbito laboral. En la conciliación existe un intento de llegar voluntariamente a un acuerdo, pero, a diferencia de la mediación, para lograrlo interviene un tercero —en calidad de juez o de autoridad pública— entre los disputantes o contendientes, y lo hace en forma oficiosa y estructurada.

*El arbitraje* es un método de resolución alternativa de conflictos de carácter adversarial, donde un tercero neutral es quien decide la cuestión planteada, siendo su decisión, en principio, obligatoria. El arbitraje es un procedimiento jurisdiccional en el cual uno o más árbitros son nombrados para resolver el litigio de manera definitiva.<sup>2</sup> Como en un juicio, las partes presentan demandas y contestaciones, argumentan (generalmente en audiencias orales), y tienen que respetar las decisiones del tribunal arbitral. Al final del procedimiento se rendirá una decisión definitiva que tiene el carácter de cosa juzgada y constituye un título ejecutivo.

### III. LA RESOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Podemos definir la resolución alternativa de conflictos como un conjunto de procedimientos, métodos, mecanismos o técnicas<sup>3</sup> que tienen por objeto solucionar las desavenencias, desencuentros o dificultades entre personas, grupos de personas u organizaciones sociales, que, sin recurrir a los tribunales de justicia ni a la decisión impuesta por un juez, con la característica de la intervención activa de todas las partes involucradas, llegan a una solución acordada y negociada entre todos y para todos. En los llamados medios alternos de solución de controversias la solución de conflictos nace de la confrontación y de la armonización de los valores e intereses contrapuestos de las partes, no de la imposición de los valores definidos por el juzgador. La resolución alternativa de conflictos no pre-

<sup>2</sup> En los Estados Unidos se ha llegado a aplicar obligatoriamente el sistema de arbitraje para la resolución de cuestiones de menor cuantía. Debe recordarse también la utilización de la instancia arbitral internacional.

<sup>3</sup> Entre los medios alternativos de resolución de controversias se encuentran la mediación, el arbitraje, la conciliación, la negociación, el “minijuicio”, los expertos neutrales, etcétera.

tende mirar exhaustivamente las normas y los códigos vigentes ni observar la costumbre jurídica o la jurisprudencia, sino que más bien se dirige al conflicto y a las personas mismas, así como a sus posibles consecuencias hacia el futuro, viendo las reacciones que las mismas ocasionan en las partes y en el entorno social y/o familiar.

La resolución alternativa de conflictos es un movimiento que surge sin desmedro de la actividad jurisdiccional, debido a que puede coexistir paralelamente a la misma, además de que intenta ir más allá, siendo un programa conexo a los juzgados. No constituyen dos una práctica antojadiza o de moda, sino que responden a una consecuencia natural de la coyuntura histórica que vivimos en la actualidad, en donde, a diferencia de épocas pasadas, los conceptos de “autodeterminación” y “autocomposición”,<sup>4</sup> así como los “usos participativos” y los “mecanismos de negociación” han invadido el campo del derecho.

No es ya posible ver a los mecanismos alternos de resolución de controversias como la antítesis de la administración de justicia y de todo el andamiaje de jueces y abogados que conforman el aparato jurisdiccional. Tampoco es el acuerdo en oposición absoluta a una sentencia judicial, ya que, como su nombre lo indica, son en realidad una fuente alternativa a la resolución de un conflicto a través de los tribunales de justicia.

El surgimiento de nuevos métodos de resolución de conflictos parece apuntar hacia una modificación sustancial, al menos en determinadas áreas, de lo que hoy llamamos derecho.

<sup>4</sup> *Autocomposición*: solución que los propios mediados en controversia proporcionan a su conflicto de intereses; por tanto, en la mediación, como mecanismo autocompositivo, serán los mismos mediados quienes logren la solución a su controversia, y el mediador sólo fungirá como facilitador de la comunicación. El proceso de mediación es autocompositivo, y debe responder a la determinación de los mediados para iniciar, permanecer, terminar o retirarse del procedimiento de mediación, así como resolver llegar o no a un acuerdo. De hecho, cualquiera de los disputantes puede retirarse aun sin haber llegado a un acuerdo, sin que ello implique perjuicio. La participación de los particulares en el sistema de la mediación debe ser bajo los principios de voluntariedad y autodeterminación, y nunca por obligación. En algunos modelos se regula la mediación como una instancia obligatoria, pero debe entenderse dicha obligatoriedad sólo en cuanto a asistir a las sesiones de mediación; no como la obligación de llegar a un acuerdo. El proceso debe reconocer que son únicamente los disputantes quienes tienen la facultad de tomar decisiones en la mediación.

## IV. LA MEDIACIÓN Y EL MEDIADOR

Diversos autores, entre ellos Christopher Moore,<sup>5</sup> son contestes en señalar que la mediación en una disputa o negociación se sustenta en la participación de un tercero aceptable, imparcial y neutral, que carece de un poder autorizado de decisión para ayudar a las partes a alcanzar voluntariamente su propio arreglo mutuamente aceptable. Esto es, que estamos frente a un proceso voluntario, en el que las partes sometidas a un conflicto determinado se dan cuenta de que solas no serán capaces de resolverlo, y que, por tanto, necesitan la ayuda y cooperación de un tercero imparcial: el mediador, el cual interviene en forma confidencial y ayuda a las partes a encontrar una solución cooperativa y negociada, que contemple los intereses de todos los involucrados, pero sin imponer decisiones. Más bien, a través de la mediación el mediador busca modificar la dinámica de poder de la relación conflictiva.

La mediación consta de una serie de elementos, herramientas, mecanismos, partes fundamentales e integrantes de este proceso, que son:

- a) Las partes
- b) El conflicto
- c) El mediador
- d) El procedimiento
- e) Las técnicas de mediación
- f) La solución del conflicto

El mediador, por su parte, es un profesional especialmente capacitado para dirigir los procesos de mediación. Su intervención es resuelta de común acuerdo por las partes, y consiste en ser un tercero neutral, imparcial, a quien las partes delegan la tarea de mediar entre ellas, y ayudar a procesar los datos y elementos que generan el conflicto, con una posición negociadora, conciliadora y de colaboración en la búsqueda de soluciones aceptables y satisfactorias para todos los afectados. Su óptimo desenvolvimiento dentro del proceso de mediación se verá reflejado en las características que debe reunir un buen mediador, como son la flexibilidad, la imparcialidad, la integridad, la objetividad y la confidencialidad.

Un buen mediador es quien tiene la misión de impulsar las negociaciones y busca llegar a la resolución del conflicto, pero para ser tal debe

<sup>5</sup> Véase Moore, E. Christopher, *El proceso de mediación*, Buenos Aires, Ediciones Garnica, 1995.

cumplir con ciertos criterios y parámetros, así como tener ciertas cualidades personales, una capacitación formal y comprensión del tema, además de ética y responsabilidad a prueba de todo.

## V. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

La mediación, a pesar de la creencia habitual y generalizada de que es un medio de resolver conflictos no formal, es decir, sin sujeción a reglas o pautas predeterminadas de conducta, exacta y minuciosa, sí consta de un procedimiento, el cual es necesario seguir. Dicho procedimiento, sin embargo, no es formalista ni se encuentra revestido de requisitos legales y plazos fijos, como el procedimiento jurisdiccional; pero sí tiene pautas mínimas que deben cumplirse y reglas a las cuales ceñirse. No hay que olvidar, sin duda, que las técnicas y los instrumentos utilizados serán distintos según el conflicto de que se trate. Estos instrumentos y técnicas constituyen alternativas entre las cuales deben escoger las partes sometidas al procedimiento de mediación, mismas que deben ser explicadas con claridad por el mediador para que sean entendidas a cabalidad, y así poder realizar una elección que resulte adecuada. Existen, empero, pautas mínimas que no distinguen el conflicto y, que por tanto, se deben llevar a cabo frente a cualquier situación.

Características del procedimiento de mediación:<sup>6</sup>

- a) Proceso voluntario. En este tipo de proceso la voluntad de las partes se considera una prioridad, ya que los sujetos tienen la libertad en todo momento de elegir lo que atañe al procedimiento mismo de mediación.
- b) Confidencial. La información que intercambian las partes entre ellas y a su vez con el mediador, indispensablemente debe estar protegida, y no puede ser utilizada por ninguno de los involucrados, sin importar la finalidad. De esta forma, la característica de confidencialidad del proceso hace que el mediador no deba revelar lo que escucha o lo que le haya sido dicho en confidencia por alguna de las partes, en las sesiones conjuntas o individuales, ya sea por escrito o de palabra, convirtiéndose esto en una obligación absoluta de guardar la discreción de callarse.

<sup>6</sup> Véase Schriffin, Adriana, *Mediación, una transformación de la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996.

- c) Formal, pero flexible. El proceso por medio del cual se da la mediación no se rige por estructuras formales, pero sin duda hay una serie de reglas o pautas mínimas de conducta que deben cumplirse.
- d) Limitado por el tiempo. Aunque el procedimiento de mediación no sigue un desenvolvimiento lineal, el tiempo siempre debe estar acordado y establecido de antemano por las partes o por el sistema. Tomando en consideración que es un proceso —por su propia naturaleza— rápido, sin mayores formalidades que cumplir, generalmente se establecen plazos máximos que no superan los dos años.
- e) Participación activa de las partes. Los sujetos que participan en los procesos de mediación tienen siempre un rol activo en el proceso, ya que la solución que se pretende encontrar deberá ser alcanzada por ellos mismos, no mediante la imposición de determinadas posturas por parte del mediador, sino con la ayuda de éste como guía.
- f) Las partes conocen y han acordado de antemano las etapas de la mediación. El mediador debe dar a conocer a las partes que participarán en el proceso de mediación, sus fases y etapas. Debe, asimismo, explicar en qué consisten y obtener de las partes el consentimiento sobre la forma como se desarrollará la mediación.
- g) Neutralidad e imparcialidad del mediador. El mediador, en calidad de tercero que guiará a las partes en sus negociaciones, deberá ser neutral e imparcial. Debe siempre cuidar que sus opiniones no favorezcan ni perjudiquen a ninguna de las partes.

## VI. EL ABOGADO EN LA MEDIACIÓN

Etimológicamente, la palabra “abogado” deriva del latín *advocatus*, que quiere decir “llamado”, “*ad auxilium vocatus*”, “llamar o hablar a favor de”, lo cual da una idea del carácter que desde siempre hemos tenido los abogados, profesión liberal cuyo papel es llevar a los tribunales su voz conocedora y experta del derecho, para ayudar al lego a quien representa en una contienda, a lograr el triunfo de sus argumentos. El *Diccionario* de la Real Academia Española define al abogado como “Perito del derecho positivo que se dedica a defender con juicio, por escrito o de palabra, los derechos o intereses de los litigantes y también dar dictamen sobre las cuestiones o puntos legales que se le consultan”.<sup>7</sup>

<sup>7</sup> Véase Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1992.

Las definiciones, en general, concuerdan en señalar que el papel del abogado es defender y hacer respetar los derechos de las partes en busca de la justicia. No se puede, sin embargo, restringir el rol del abogado únicamente a ello, por más complejo que resulte este papel. Desde su aparición hasta la actualidad, la función y la ocupación del abogado ha cambiado, debido a las múltiples transformaciones que ha sufrido la civilización humana. Así, no es sólo el abogado el que ha cambiado y evolucionado; el derecho tampoco ha resultado invulnerable a los cambios de carácter económico, cultural y social que se han dado a través de la historia. El abogado es un obrero de la justicia, del orden y la paz social, los que deberá amar como nada más en el mundo, y el derecho, a su vez, se ve como un medio para alcanzarlos, y no como un fin en sí mismo.

El abogado, con independencia de la actividad a la cual se dedique, sea como magistrado, juez, defensor de los derechos de una parte en juicio, de conciliador, o incluso, de mediador, deberá tomar conocimiento de los diversos conflictos presentados por la persona o cliente que a ellos concurrirán.

El abogado litigante suele ser criticado debido a que su forma de enfrentar los conflictos se ve asociada a litigios y contiendas belicosas, tardadas y costosas, que finalmente se solucionan, por la decisión de un tercero, el juez —también abogado—, quien la impone, generalmente por sobre las necesidades y posiciones de las partes, dando la razón a alguna de ellas, y donde la expresión “si yo gano, tu pierdes” entra en juego, porque en la mayoría de los casos al acoger el juez la posición de una de las partes lo coloca en la posición ganadora, lo que conlleva a que las partes perdedoras no queden contentas ni satisfechas.

Ahora bien, a pesar de lo anteriormente aseverado, es un hecho que cualquiera que sea la actividad a la que se dedique el abogado, como defensor de los derechos de las partes, como juzgador, como árbitro, como conciliador, como fedatario, etcétera, la profesión jurídica está siempre vinculada a los conflictos humanos. Lo anterior nos permite afirmar que es un profesional altamente capacitado para enfrentarlos, lo que le permite, al menos desde esta perspectiva, la posibilidad de incursionar en un proceso de mediación, ya sea como mediador o como representante de alguna de las partes, y además nos da a entender que lleva camino adelantado respecto de otros profesionales.

En un proceso de mediación participan, entre otros, el mediador, el comediador y el representante o colaborador de las partes; por ello, exis-

ten distintas posturas desde las cuales un abogado puede participar, “Mediador: Tercero neutral quien, considerando con imparcialidad los intereses de los mediados, establece puentes de comunicación entre ellos y los conduce hacia un acuerdo justo y perdurable”.<sup>8</sup>

Aquellos que están en contra de que los abogados participen en los procesos de mediación señalan que los abogados no deben ser mediadores, debido a que:

- a) Los abogados no están acostumbrados a resolver los conflictos por medio de un proceso que no sea el litigio ante los tribunales de justicia. En su etapa de formación profesional y durante el transcurso de su carrera profesional, aquéllos han solucionado los conflictos que les son presentados por sus clientes por medio del sistema tradicional de resolución de conflictos, y sólo en forma muy esporádica, a través de formas alternativas, como la mediación. Por ello, al ser el litigio ante los tribunales de justicia la manera más normal y común de actuar, tienden a pensar que es la más efectiva, desconfiando de los medios alternos.
- b) Los abogados adolecen de una mentalidad litigiosa, es decir, están acostumbrados a que los conflictos se resuelvan por medio de una contienda, con un rol adversarial, en la cual las partes son contrincentes. No buscan soluciones conjuntas, sino ganar.
- c) Para los abogados, las opciones frente a un conflicto son, por una parte, ganar y, por la otra parte, perder, no como en el proceso de mediación en el cual ambas partes pueden ser ganadoras.
- d) Para los abogados, las disputas de cualquier índole sólo pueden ser resueltas por medio de la aplicación de las leyes, la jurisprudencia, las costumbres jurídicas o principios generales del derecho, impuestos por medio de la decisión de un tercero, que en un litigio sería el juez.
- e) Los abogados piensan que por medio de la mediación no se estarían cumpliendo las normas fundamentales del debido proceso, ni los ordenamientos que regulan los derechos y deberes de las personas.
- f) No es necesario tener conocimientos jurídicos para ser mediador; por tanto, cualquier otro profesional podría desempeñar esta función y estaría más capacitado para ello que un abogado, quien por

<sup>8</sup> En la ciudad de México, el profesional de la mediación será formado y registrado por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

sus propios estudios y por su práctica profesional estaría viciado para el ejercicio de la mediación al poseer una visión deformada y una mentalidad litigiosa, de la que le es imposible desligarse, naturaleza que es contraria al espíritu y características mismas de la mediación. La mediación es considerada un proceso propio de la paz; el litigio, como mecanismo belicoso, implica combate, guerra.

Aquellos que piensan que el abogado puede y debe participar (como mediador) en los procesos de mediación sostienen que

- a) El abogado tiene conocimientos de cómo se tratan los conflictos, de cómo se enfrentan, de cuáles son los verdaderos intereses contrapuestos, de las necesidades de las partes; es capaz de reconocer, identificar y diferenciar entre sus posiciones y sus intereses. Sea cual sea su actividad profesional, el abogado en su ejercicio profesional siempre se enfrenta a los conflictos.
- b) El abogado debe poseer una formación humanista y debe tener conciencia social.
- c) El abogado mediador podrá orientar a las partes para que lleguen a acuerdos y soluciones al conflicto dentro del marco jurídico. Deberá únicamente orientar y no imponer, con objeto que el acuerdo alcanzado sea firme y eficaz, pudiendo dar a conocer a las partes los verdaderos alcances, efectos y consecuencias del posible pacto.
- d) Al ser la mediación un ámbito en el cual el principio de la autonomía de la voluntad está absolutamente presente, el mediador abogado estará en excelentes condiciones para determinar hasta dónde puede llegar dicha autonomía de la voluntad, misma que no deberá ir en contra del orden público ni del bien común.
- e) El abogado debe vivir para la justicia y comprender en toda su magnitud el concepto de la dignidad de la persona humana.
- f) El abogado, no por serlo, es una persona insensible y ajena a los valores humanos y a los sentimientos de las personas, afectos sólo a la contienda y al triunfo. Por el contrario, el abogado debe ser formado en valores y en el respeto de los derechos de los demás.
- g) Aun si se considerara la postura de que el mediador debe ser un especialista en la materia objeto del conflicto, y que por tanto, el abogado como otros profesionistas (psicólogos, pedagogos, trabajadores sociales, médicos) pueden ser mediadores, éstos deberían participar de la mano de otro mediador, el comediador, que en calidad de

tercero neutral vigile que las negociaciones dentro de proceso de mediación se apeguen al marco de legalidad. Así, por una parte tendremos a un profesional especializado en la materia objeto del conflicto, y que puede orientar a las partes en dichos temas, pero por otra parte tendremos al profesional abogado, quien cooperará proporcionando sus conocimientos jurídicos e indicando los parámetros legales dentro de los que las partes deberán negociar.

- h) El abogado, gracias a su formación profesional, puede analizar las causas del conflicto, determinar las situaciones críticas y diseñar estrategias para afrontarlas.

Después de revisar ambas posturas, resulta evidente que un abogado puede ser un mediador exitoso. En definitiva, no por el hecho de tener habilidades de litigio y mucho menos por haber sido formado como jurista, ni por haber ejercido profesionalmente como abogado, descalifica al profesional del derecho para el ejercicio de la mediación. El abogado puede desempeñarse como un tercero neutral y aportar sus conocimientos especializados y sus habilidades adquiridas frente al conflicto y de relación con otras personas.

Un abogado, no por ser tal, tiene o ha adquirido una mentalidad litigiosa y cerrada, según la cual un conflicto sólo podrá ser solucionado a través de un litigio, por medio de los tribunales de justicia y con estricto apego a las normas vigentes. Cualquier otra forma de resolución, según este paradigma, sería inválida. El abogado no es ajeno a los procesos de negociación ni a las conciliaciones pacíficas; por el contrario, estos mecanismos son práctica constante y cotidiana en su desempeño profesional.

Un abogado, no por ser tal, padece de una mentalidad belicosa o combativa, según la cual los conflictos sólo se pueden solucionar por medio de una actitud de ataque o de defensa, y cuanto más belicosa sea, mayores posibilidades tiene de triunfar en su posición o línea argumentativa. La disyuntiva es ganar o perder; por lo tanto, la obligación es ganar. Lo anterior es también un argumento falaz, puesto que los abogados también son formados para tener actitudes pacíficas, con vistas a resultados negociados y consensuados. Los abogados aprenden a negociar y a dialogar. Los abogados, más que triunfar, deben ser formados para buscar servir a las personas, para hacer que se respeten los derechos y se cumplan los deberes, para buscar acuerdos, para lograr que los valores e ideales del

derecho, como son la justicia, la equidad y el bien común, se vuelvan tangibles y asequibles.

“Comediación: Procedimiento de mediación con el cual se enriquece el mecanismo habitual de la mediación con la intervención de otros mediadores, a efecto de intercambiar e integrar habilidades”.<sup>9</sup>

El abogado como representante o colaborador de alguna de las partes en el proceso de mediación. El abogado, actuando como representante o colaborador de alguna de las partes en un proceso de mediación, es aquella persona cuya función será la de ayudar a una de las partes (su cliente) en su desempeño dentro de los procedimientos propios de la mediación, a partir de sus conocimientos específicos en materia jurídica, o simplemente como punto de referencia frente al conflicto o disputa que los afecta, apoyando a su representado para que pueda aportar en las discusiones y negociaciones, información adecuada y pertinente, o incluso, actuando como negociador subrogado. Esta última facultad ha sido muy criticada, puesto que el abogado puede utilizar dicha posición para influenciar a su cliente en la adopción de un acuerdo final, alejándose del objetivo central del proceso de mediación, que sería la autocomposición.

Siguiendo esta línea de análisis, resulta importante señalar algunas de las funciones más características y propias de los abogados colaboradores de las partes en los procesos de mediación para poder contrastarlas con las características y habilidades propias y específicas de los abogados.

En los procesos de mediación, el abogado colaborador buscará:

- a) Ayudar a las partes a entender el procedimiento de mediación.
- b) Aconsejar a las partes en cuanto a cuáles son sus intereses y cuál es el verdadero conflicto.
- c) Guiar a las partes dentro de la negociación. Propiciar el acercamiento y el diálogo, así como impedir, en la medida de lo posible, la discordia y el encono.
- d) Señalar la variedad de opciones y posibles compromisos que pueden solucionar el conflicto.
- e) Señalar los méritos y las flaquezas frente a los derechos, deberes, defensas, argumentos y posiciones asumidas frente al conflicto.

<sup>9</sup> Se debe diferenciar de antemano la participación del mediador de la del comediador. El comediador será el auxiliar del mediador y aportará sus conocimientos especializados, muchas veces, jurídicos.

- f) Determinar qué se puede considerar por justo, de acuerdo con las circunstancias, con imparcialidad y realismo.
- g) Ayudar a las partes a escuchar con una mentalidad abierta y con la predisposición hacia una evaluación positiva del problema.
- h) Identificar cuál es la mejor y la peor alternativa posible en cada caso, así como las consecuencias que surgirían de no lograrse un acuerdo.
- i) Explicar el derecho, las estrategias y las obligaciones de las partes, así como el derecho de confidencialidad.
- j) Ayudar a las partes en las presentaciones iniciales y brindar el apoyo necesario a lo largo del procedimiento.

Aquí, como en los casos anteriores, existen posturas opuestas en cuanto a la posibilidad de que un abogado se desempeñe exitosamente como sujeto en los procedimientos de mediación, incluso, tratándose del rol de colaborador o representante de una de las partes.

Las posiciones que señalan la no conveniencia de que participen abogados como representantes o colaboradores de las partes sostienen que:

- a) Al ser abogado y ayudar a las partes mediante sus consejos y opiniones jurídicas, induciría a los sujetos a la contienda, a la lucha por obtener lo más que se pueda sin ceder ni conceder, lo cual atenta contra los principios mismos de la mediación, y da paso a un sentimiento de litigiosidad y combate que pone en riesgo las negociaciones.
- b) Una gran parte de los abogados sienten la necesidad de presentar su caso al mediador, cargado de argumentos adversariales que pueden viciar y contaminar la postura tanto de las partes como del mediador.
- c) Al no haber la exigencia de contar con un representante o colaborador, la parte que no lo tuviera se sentiría en desventaja, e inevitablemente se generarían sentimientos de desconfianza y alejamiento.
- d) La presencia de personas ajenas al conflicto en los procesos de mediación, por regla general, no contribuye a su eficacia, ya que provoca desorden, además de restar celeridad.
- e) La presencia de un abogado en el proceso de mediación encarecería en costo.
- f) La gran mayoría de los abogados tienen la convicción absoluta de que deben proteger a sus clientes, lo cual los lleva a interrumpir las sesiones, hablar en lugar del cliente, cuestionar en exceso, etcétera.

Hay, por otra parte, opiniones que señalan que la incorporación de representantes o abogados colaboradores de las partes en la mediación sería un buen mecanismo en el proceso, porque:

- a) Las personas que participen en este proceso de mediación estarían bien asesoradas y conocerían sus derechos y deberes.
- b) El abogado está familiarizado con el uso de medios de probanza, y puede llevarlos al ámbito de la mediación para favorecer las negociaciones. Hablamos de introducir elementos, como testimonios, fotografías, vídeos, documentos, presunciones, etcétera. También se encuentra capacitado para determinar el peso de dichos elementos y para verificar su legalidad, su pertinencia y su idoneidad.
- c) El abogado puede ayudar a plantear acuerdos y soluciones, incluso puede redactar un convenio que satisfaga a ambas partes y que respete los derechos de todos los involucrados.
- d) Muchos mediadores, de hecho, solicitan que todas las decisiones tomadas y los acuerdos a los que lleguen las partes sean revisados por un abogado antes de que se firmen y formalicen.

El tema de la participación de los abogados en los procesos de mediación, así como las diferentes posiciones revisadas anteriormente, dan cuenta de lo discutido del tema, particularmente porque la mediación, como mecanismo de resolución de controversias, es una materia bastante nueva, si se le compara con los juicios tradicionales, sean orales o escritos, adversariales o inquisitivos. Además, en muchos países —como en el nuestro— su empleo es poco frecuente, y su regulación es escasa.

## VII. DIFICULTADES Y OBSTÁCULOS

Algunos de los obstáculos que ven los abogados en cuanto a su intervención en los procesos de mediación se pueden resumir en los siguientes puntos:

- a) Los abogados y sus clientes no están familiarizados con la mediación, y muchos no han recibido capacitación ni instrucción formal al respecto.
- b) Los abogados y sus clientes están acostumbrados a recurrir a los procedimientos conocidos; tienen, por tanto, una adhesión habitual a los medios jurisdiccionales de resolución de disputas y se resisten a probar los mecanismos alternos de resolución de controversias.

- c) Si el abogado sugiere formas alternativas de resolución de conflictos, suele ser visto por los clientes y por la contraparte como inseguro y carente de estrategias y argumentos para ganar un juicio.
- d) Los abogados temen ser objeto de críticas acerca de su desempeño profesional si se dedican a la mediación.
- e) Los abogados sienten que optar por la mediación les perjudica económicamente, ya que los juicios son más costosos que los procesos de mediación.
- f) Muchos rechazan a la mediación, pues permite la participación de profesionistas de diversas áreas, lo cual abre la competencia y permite a personas ajenas al derecho ocupar espacios hasta ahora reservados para los abogados.

Estas opiniones, como las anteriores, pueden ser desvirtuadas si logramos ver a la mediación como una forma válida y eficaz de resolver conflictos alternativa a los procesos jurisdiccionales. Los medios alternos no pretenden acabar con los litigios, únicamente pretenden ser opciones viables que ayuden a descongestionar el sistema de justicia. Con el paso del tiempo, los abogados seguramente acabaremos por darnos cuenta de que los mecanismos alternativos de resolución de controversias, incluyendo la mediación, permiten que se abra para nuestra profesión todo un campo nuevo de posibilidades.

### VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BLANCO ESCANDÓN, Celia, *Derecho procesal penal: enseñanza por casos*, México, Porrúa, 2004.
- , “Nuevas tendencias en el ámbito de la justicia de menores: la mediación víctima-infractor”, *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, núm. 33, 2003.
- BARUCH, BUSCH Y FOLGUER, J. P., *La promesa de la mediación*, Barcelona, Granica, 1994.
- DÍAZ, Luis Miguel, *Moralejas para mediar y negociar*, México, Themis, 1999.
- FLOYER ACLAND, A., *¿Cómo utilizar la mediación en las organizaciones?*, Barcelona, Paidós, 1993.
- LERITZ, Len, *Negociación infalible, ¿cómo resolver problemas, lograr acuerdos y solucionar conflictos?*, Barcelona, Paidós, 1993.

- M. HAYNES, J., *Fundamentos de la mediación familiar*, Madrid, Gaia, 1995.
- MOORE, E. Christopher, *El proceso de mediación*, Buenos Aires, Ediciones Garnica, 1995.
- NATÓ, Alejandro Marcelo y QUEREJAZU, María Gabriela, *Las víctimas de las drogas*, Buenos Aires, Universidad, 2001.
- , *Mediación x 7*, Barcelona, Atelier, 2001.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*, Madrid, Espasa Calpe, 1992.
- SCHRIFFIN, Adriana, *Mediación una transformación de la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996.
- SUARES, M., *Mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*, Barcelona, Paidós, 1996.