

¿Debe ser la mediación judicial, prejudicial o intrajudicial, un ámbito exclusivo de los profesionales del Derecho?

Mención Especial. Concurso Académico Iberoamericano MEDIAL 2020

Sabemos por experiencia, que no suele haber una única respuesta para cualquier pregunta, siempre cabe el “depende”. En este caso me inclino por considerar que los profesionales del Derecho no tienen por qué ser los únicos profesionales que puedan ejercer de forma exclusiva, la mediación ya sea en el ámbito judicial, prejudicial o intrajudicial.

Me gustaría comenzar la defensa de mis argumentos remontándonos a los orígenes de la mediación en nuestra sociedad occidental. Hay quien los sitúa en la antigua Siria, que pasa por los comerciantes fenicios y llega a Roma a través de Grecia, pero si damos un salto en el tiempo, podremos situar los comienzos de la mediación en los términos que hoy la conocemos, en los Estados Unidos a partir de la segunda mitad del siglo XX, en el marco de los conflictos laborales e industriales de la década de los años 70.

En un contexto de descontento en relación con la gestión de la administración de justicia, surgieron distintas iniciativas, una de las cuales fueron del gobierno americano que empezó a atender ciertos conflictos sociales, impulsando la creación de los primeros centros de justicia vecinal, como una novedosa alternativa para resolver las disputas. Iniciativas pioneras como las del Tribunal de Arbitraje de la Corte Municipal de Filadelfia o el programa de la Oficina del Fiscal de la ciudad de Columbus (Ohio), fueron experiencias protagonizadas por personas del ámbito jurídico.

Quizás el debate sobre la pregunta inicial que nos interroga tenga algo que ver con que los pioneros de la mediación fueran profesores universitarios de Derecho provenientes de las universidades locales. En este sentido tenemos iniciativas desarrolladas por abogados que se convirtieron en los precursores de la mediación actual, como es el caso de Ray Schonholtz, abogado procesalista responsable en 1976 de la constitución del denominado “Community Boards of San Francisco Conflict Managers Program”, o en el Reino Unido de los años 70, donde un pequeño grupo de abogados independientes comenzaron a aplicar la mediación, constituyendo en 1989 el primer ente británico privado dedicado a la resolución alternativa de disputas.

¿Pero el hecho de que profesionales del Derecho hayan protagonizado los comienzos de la mediación, significa que la profesión de Derecho es la única adecuada para el ejercicio de la mediación profesional? ¿No será que siendo la vía judicial la forma tradicional que se venía (y se viene todavía) utilizando para resolver los conflictos, han sido los propios profesionales

¿Debe ser la mediación judicial, prejudicial o intrajudicial, un ámbito exclusivo de los profesionales del Derecho?

implicados en la misma, los primeros que han visto la necesidad de buscar formas alternativas de resolución de las controversias, fuera de los rígidos cauces de los tribunales?

Aunque aceptemos la generalizada definición de mediación, como una negociación asistida entre dos partes en disputa, con la ayuda de un tercero. ¿quiere esto decir que en definitiva la mediación no es más que una manera distinta de negociar, y por tanto los abogados son los más indicados para desarrollarla?

Los profesionales del Derecho están acostumbrados a afrontar negociaciones formales e informales para conciliar intereses contradictorios e intereses en conflicto, pero en la forma tradicional de ejercer la abogacía, el análisis del abogado frente a un conflicto, se basa en la revisión o estudio de la competencia judicial del asunto, la vía procesal y la estrategia a seguir, y suele seguir un modelo de negociación que mantiene la vista puesta sobre la posibilidad de verse abocado a continuar el conflicto en sede judicial. Este enfoque de la negociación significa que las conversaciones están condicionadas de entrada, ya que se considera que esa negociación, quizás solo es la antesala o paso previo de la vía jurisdiccional.

La mediación no solo es una negociación asistida por un tercero, o una forma distinta de negociar, es un enfoque distinto de resolución de los conflictos, la perspectiva de acudir a la vía judicial no puede ni debe condicionar el proceso mediador, quedando esa posibilidad solo como última opción una vez agotada la vía mediadora. En un conflicto, entendido como desacuerdo entre partes en disputa, donde prima la sensación de que los intereses son incompatibles, la mediación necesita de técnicas y habilidades, donde una simple reformulación de argumentos jurídicos para encontrar una solución no es suficiente, y a veces ni conveniente. Eso sin tener en cuenta que en ocasiones el conflicto se vuelve tan irracional que las apelaciones a la racionalidad de los intereses, por parte de alguno de los discordantes, no tienen ningún efecto.

En estas condiciones, aunque hablemos de mediación extrajudicial o intrajudicial, la realidad es que tendremos que afrontar la cuestión exactamente de la misma forma, se encuentre el conflicto en un momento procesal u otro. Los mediadores no podemos obviar la narrativa en aquellos casos en que exista un enfoque centrado en las posiciones legales asumidas por las partes, pero necesitamos trascender este planteamiento, de tal forma que, yendo más allá de las posiciones legales de las partes, podamos explorar los intereses subyacentes del conflicto. Con una visión profunda del problema, podremos reducir la insistencia en las

¿Debe ser la mediación judicial, prejudicial o intrajudicial, un ámbito exclusivo de los profesionales del Derecho?

posiciones, salir del encuadre jurídico, y centrar la solución en los intereses y necesidades, permitiendo abrir una perspectiva más amplia para encontrar una solución.

Por otro lado ¿Podemos encontrar razones legislativas-reglamentarias que nos señalen la obligatoriedad de que la figura del mediador sea un profesional del Derecho? En este punto debemos recordar que hay países en que se exige que los mediadores posean la condición de abogado, pero no hay unanimidad al respecto, puesto que en otras áreas geográficas como es el caso de España y por extensión al resto de Unión Europea, ya que nos regimos por directivas comunes, cuando nos referimos a la normativa que regula la práctica de la mediación, no encontramos ningún condicionante que nos indique la obligatoriedad de que el mediador profesional tenga que provenir del campo del Derecho.

Tanto en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se fijan las condiciones que todo profesional debe desarrollar en la función de mediación: “todo tercero a quien se pida que lleve a cabo una mediación de forma eficaz, imparcial y competente, independientemente de su denominación o profesión en el Estado miembro en cuestión y del modo en que haya sido designado o se le haya solicitado que lleve a cabo la mediación”.

En la Ley 5/2012 de mediación civil mercantil promulgada en España, se marca la vía de acceso a la profesión de mediador: “cualquier persona con título oficial universitario o de formación profesional superior que cuente con una formación específica para ejercer la mediación, mediante la realización de uno o varios cursos específicos impartidos por instituciones debidamente acreditadas”. Comprobamos por tanto que ni en la regulación de UE, ni en la española, se hace referencia alguna a dicha obligatoriedad.

Si nos fijamos en la autoridad española representativa del poder judicial, el Consejo General del Poder Judicial de España (CGPJ), en la Guía 2016 que recoge el funcionamiento de su actividad, hay un apartado donde se describe aquellos momentos en los que considera adecuado que el tribunal informe y/o invite a las partes a intentar la mediación, como es el caso en la parte dispositiva de las resoluciones definitivas del procedimiento o en la apelación. Tampoco en esta Guía aparece la condición de que el mediador deba tener el carácter de letrado, lo cual no significa que se haga una observación sobre la necesidad de “velar por la calidad de la mediación intrajudicial que se lleve a cabo en los órganos jurisdiccionales”.

Por último, podemos acercarnos a organizaciones de ámbito privado, de los que hemos elegido dos centros de mediación con gran tradición, como es el caso del estadounidense,

¿Debe ser la mediación judicial, prejudicial o intrajudicial, un ámbito exclusivo de los profesionales del Derecho?

“International Institute for Conflict Prevention & Resolution (CPR)” y el británico, “Centre for Effective Dispute Resolution (CEDR)”, y verificaremos que tampoco se requiere que sus mediadores asociados sean necesariamente profesionales del Derecho, según el CPR, “los candidatos son seleccionados por su experiencia y capacitación en ADR” y el CEDR asegura que los mediadores asignados cumplen los requisitos de calidad, entre los cuales no encontramos la condición de ser abogado o similar.

Así que si entre las leyes consultadas que regulan la mediación, las instituciones gubernamentales como el órgano jurisdiccional que las debe tener en cuenta, las organizaciones de mediadores de orden privado que hemos contemplado dentro del amplio espectro internacional, si en todos los casos coinciden en obviar la necesidad de que el mediador necesariamente provenga de la profesión de Derecho, tendremos que pensar que al menos por la parte normativa no existe un condicionante que nos indique una respuesta unívoca de la pregunta inicial.

Me gustaría recoger un aspecto que aparece de una u otra forma en las últimas fuentes apuntadas, el CGPJ de España y las entidades CPR y CEDR, como es el interés por garantizar la calidad de la mediación. Este aspecto, la calidad de la mediación, es motivo de debate en numerosos ámbitos de la mediación, lo cual justifica que nos detengamos un momento para valorar si el perfil jurídico aporta valor, e incluso es imprescindible como viene a sugerir la pregunta inicial, como elemento que pueda ayudar a asegurar la competencia del mediador profesional. Para este fin me voy a servir de la ayuda de Bennett G. Picker, de donde voy a destacar algunas de las habilidades que él propone que deben manejar los mediadores, para asegurar el éxito del proceso:

- Actuar con “absoluta” imparcialidad.
- Transmitir la confianza suficiente que motive a las personas a revelar esa información confidencial que guardan en su intimidad
- Una actitud proactiva de escucha a los participantes
- Mantener un tono abierto y flexible a las posibles soluciones.
- Desplegar paciencia en el desarrollo del proceso
- Y por qué no...sentido del humor

No parece que estas habilidades que consideramos son nucleares en el ejercicio de la mediación, tengan relación con los conocimientos jurídicos, y, es más, hasta donde yo sé, no recuerdo que, en los programas académicos del Derecho, ni en casi ninguna otra titulación reglada, por no cerrar totalmente las posibilidades, se ofrece una formación especializada en

¿Debe ser la mediación judicial, prejudicial o intrajudicial, un ámbito exclusivo de los profesionales del Derecho?

estas habilidades, salvo en los cursos postgrado o másteres de mediación. Por tanto, los profesionales que desean ejercer como mediadores si se preocupan por adquirir una capacitación especializada, precisarán de una actitud proactiva para adquirirla. Solo procurándose esta formación complementaria de sus estudios anteriores, sean o no necesariamente referidos al Derecho, unido al “expertise” desarrollado en su vida profesional, podrá garantizar un ejercicio de calidad.

Por finalizar con el tema de la calidad, y reconociendo que existe tanta diversidad de estilos y métodos de mediación como mediadores, no se debería confundir la calidad de la mediación con los distintos enfoques que se apliquen. Evitando entrar en la polémica de si la mediación es sobre todo un proceso facilitador o evaluativo, en la mayoría de las ocasiones se comprueba que el estilo de mediación es una opción personal del mediador, y aunque pueda haber cierta influencia por las deformaciones profesionales, todos los estilos se deben aceptar como válidos. Es razonable pensar que la calidad de la mediación depende más de la capacitación del mediador y no tanto de su estilo, por tanto, cualquier influencia que pueda ejercer la profesión de Derecho en los distintos estilos, esto no puede significar que supongan una mayor calidad de la mediación.

¿Y si hablamos de conflictos cuya solución está aparentemente relacionada con el Derecho, es decir, aparece un desacuerdo respecto a una norma – contractual o legal – que no ha sido respetada, podremos afirmar entonces, que los conocimientos jurídicos del profesional de Derecho son imprescindibles para mediar?

No me gustaría obviar, aunque sin extenderme, en el recurrente debate sobre si se debe aceptar como norma que el mediador debe ser un “experto” en la cuestión objeto de la disputa. Es habitual que las posiciones iniciales con que se presenta un conflicto casi nunca responden a los motivos reales (la punta del iceberg), los cuales se suelen mantener en un segundo plano, ocultos. Incluso en situaciones como la descrita anteriormente, de diferencias en la interpretación de las normas, suele este conflicto encubrir el verdadero motivo de la disputa.

El conflicto no suele venir solo, como nos indica Sara Cobb, hay que distinguir entre la historia y el discurso, entendido como la narración de esos hechos, entre los acontecimientos y su representación. Nos encontramos por tanto ante un escenario en que no podemos dar por sentado ninguna narrativa como única y verdadera, hasta que hayamos podido despejar la diferencia entre lo que parece ser el motivo del desacuerdo, con la causa real del problema. La “objetividad” que presuntamente dictan las normas de la mediación, debe estimular la profundización en el conflicto.

¿Debe ser la mediación judicial, prejudicial o intrajudicial, un ámbito exclusivo de los profesionales del Derecho?

Parece razonable que, en casos muy concretos, de una especial complejidad científica, técnica o jurídica, puede tener su sentido el considerar la necesidad de contar con un mediador experto en la materia, con capacidad para conjugar su pericia técnica mediadora con la competencia específica que requiera el ámbito en el que este inmerso el conflicto. Solo desde el punto de vista conceptual, podemos considerar que la profesión de Derecho puede ser necesaria en los casos de una especial complejidad jurídica, y por tanto responderíamos afirmativamente a la pregunta inicial, aceptando que fuera un profesional del Derecho, el profesional requerido para estas circunstancias.

Para terminar, como decíamos anteriormente, existe cierta inercia por parte de la sociedad en resolver los conflictos por la vía judicial, y que, cuando se plantea la fórmula de resolución de la disputa a través de la mediación, podamos entender que los afectados piensen en primer lugar en los profesionales más relacionados con la judicatura, los abogados, pero eso no debería justificar que se dé por sentado que los profesionales del Derecho, tienen que ser los mediadores “naturales” del conflicto. No se trata de contraponer la Mediación y el Derecho. Realmente la mediación se mueve en diferentes planos, y no podemos perder la perspectiva que la labor fundamental del mediador es facilitar la resolución del fondo del conflicto, que casi nunca tiene que ver con una formulación “técnica” del problema. Concluiremos por tanto que solo en ocasiones complejas vinculadas con aspectos del Derecho, será conveniente la intervención de un mediador profesional del Derecho, pero que en general, para la resolución de la gran inmensa mayoría de las disputas, lo que se necesita no es un mediador “experto técnico”, sino realmente, un mediador capacitado en mediación.

Jorge Miralles Andress
Mediador empresarial / Economista
Fundador de Acordemos