

RETROSPECTIVA Y RETOS PARA LOS ABOGADOS-MEDIADORES

RETROSPECTIVE AND CHALLENGES FOR LAWYERS-MEDIATORS

SALVADOR GARRIDO SOLER¹

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. BREVE PRECISIÓN CONCEPTUAL SOBRE LA MEDIACIÓN. III. NOTAS HISTÓRICAS SOBRE MEDIACIÓN Y PAPEL DE LA ABOGACÍA EN SU SURGIMIENTO Y DESARROLLO. IV. LOS ABOGADOS Y SUS FUNCIONES ANTE LA MEDIACIÓN. V. OPORTUNIDADES PARA EL CAMBIO. VIEJAS TÉCNICAS PARA NUEVOS PAPELES. VI. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN.

Summary: I. INTRODUCTION. II. BRIEF CONSIDERATION ON DEFINITION OF MEDIATION. III. HISTORICAL NOTES ON MEDIATION. THE ROLE OF ADVOCACY IN THE BIRTH AND EVOLUTION OF MEDIATION. IV. LAWYERS AND THEIR FUNCTIONS ON MEDIATION. V. OPPORTUNITIES TO CHANGE. OLD TECHNIQUES, NEW ROLES. VI. CONCLUDING THOUGHTS.

“Si presenciáis una pelea, por pequeña que sea, intervenid, separad a los combatientes y haced todo lo posible por reconciliarlos. Pues el fuego y las peleas son las dos únicas cosas que, en este mundo, pueden engendrar hijos más colosales que ellos mismos: un incendio o una guerra”.
Amadou Hambaté².

I. INTRODUCCIÓN

No hay disputa sin importancia; así reza la moraleja del relato tradicional africano cuya cita encabeza estas páginas y que ejemplifica a la perfección la necesidad de gestionar adecuadamente las discrepancias que pueden suscitarse en nuestro entorno más cercano. Un malentendido o una incomodidad a la que no se presta la debida atención pueden generar las más graves consecuencias. Puede resultar chocante para el lector de formación jurídica recurrir a sencillo cuento, género secreto y replegado en sí mismo, cual caracol del lenguaje como lo calificó Julio Cortázar, para llegar a esta razonable advertencia. Pero una de las primeras cosas que advierte cualquier profano que se adentre por primera vez en estas cuestiones es que el hecho comunicativo cobra una nueva dimensión en la que lenguaje y acción se hallan entretreídos más allá de los

¹ Abogado y Doctorando. Este trabajo ha sido elaborado en el marco de un proyecto de investigación para tesis doctoral sobre Abogacía y Mediación, adscrito al Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía Moral y Filosofía de la Universidad de Jaén. E-Mail: salvadorgarrido@icajaen.es.

² Vid. A. HAMBATÉ BA, *Cuentos de los sabios de África*, Paidós. 1ª ed., Madrid, 2010, p. 43.

discursos argumentativos³ y precisa de los recursos más insospechados para manifestarse. Quizás la liviana estructura de una narración pueda facilitar, aun en el caso de una rigurosa publicación científica, la transmisión de algunos conceptos relevantes. Se trata de un fenómeno que todavía hoy adolece de la adecuada comprensión, por la dificultad para asumir que, desvestida de toda interpretación taumatúrgica, representa una oportunidad para mejorar las relaciones interpersonales y el funcionamiento de los operadores jurídicos y los servicios públicos.

El objeto de este trabajo es, en definitiva, presentar la institución de la mediación a los integrantes de la profesión jurídica y compartir algunas ideas clave acerca de su papel respecto a esta novedosa técnica de gestión de conflictos. La mediación es una modalidad entre las denominadas técnicas alternativas para la resolución de conflictos (en adelante, ADR⁴) que en un plazo relativamente breve de tiempo ha alcanzado una mayor relevancia. La limitación de espacio impide desarrollar una adecuada explicación acerca de la naturaleza y filosofía de los distintos procedimientos que integran este movimiento (también identificado bajo los acrónimos TARC, MASC, PARC o MESC de acuerdo con distintas variaciones existentes). Puede resumirse que bajo el paraguas de los denominados mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos existe una amplia taxonomía de procedimientos clásicos e híbridos que se presentan como alternativos, complementarios o incluso sustitutivos a la vía jurisdiccional *pese a que la mayoría de los sistemas o métodos que se engloban bajo este acrónimo ni siquiera son equivalentes jurisdiccionales o formas de evitar los tribunales*⁵. Sin embargo, es todavía de una gran desconocida para muchos profesionales del Derecho, pues como señala uno de sus máximos impulsores, la gran masa de abogados⁶ tiene únicamente una vaga noción de su significado que, generalmente es errónea.

En la creencia y seguridad de sus beneficios frente al “enclaustramiento del proceso contencioso absoluto”⁷, esta metodología asiste a un vertiginoso ascenso en el que se multiplican las investigaciones y publicaciones que la abordan desde múltiples puntos de vista y disciplinas; para la filosofía jurídica es una nueva oportunidad de liberarse de los férreos cánones del dogmatismo jurídico para ayudar a “esclarecer las

³ Vid. G. CASUSO, “El enfoque de las capacidades y los límites del discurso argumentativo. La teoría de la democracia deliberativa de Habermas frente al fenómeno de la exclusión social”, *Arxius de Ciències Socials*, N° 22, Junio 2010, p. 78.

⁴ Acrónimo de “*Alternative Dispute Resolution*” de acuerdo con la acepción original en lengua inglesa. El estudio científico de este concepto y el desarrollo del movimiento han propiciado una evolución en la denominación, de modo que autores como PARKINSON o SCHRIFFIN defiendan una A de adecuada (“*appropriate*”) o incluso amistosa (“*amicable*”).

⁵ Vid. E. PAZ LLOVERAS, *Libro Blanco de los mecanismos extrajudiciales de solución de conflictos en España*, Ministerio de Ciencia y Tecnología/AENOR, Madrid, 2002, p. 13 y ss.

⁶ Vid. P. ORTUÑO MUÑOZ, *El futuro de la mediación: expectativas*, en L.M. RONDÓN GARCÍA y E. FUNES JIMÉNEZ (coords.), *Cambios Sociales y Perspectivas de la Mediación para el Siglo XXI*, I Congreso Internacional en Mediación y Conflictología, Sevilla, Universidad Internacional de Andalucía, pp. 115-116.

⁷ Vid. J.M. PRIETO FERNÁNDEZ-LAYOS, “¿Es conveniente un cambio legislativo que regule en mayor medida la mediación intrajudicial en evitación de actuaciones judiciales dispares?”, *Boletín de Derecho de Familia*, Año IX, N° 94, 2009, p. 1.

conexiones entre la Ciencia del Derecho y las ciencias sociales e históricas”⁸. Y esta información se hace más necesaria si cabe con las últimas reformas legislativas: la entrada en vigor de la Ley 5/2012, nacida con vocación de generalidad pero claramente insuficiente⁹, ha supuesto un hito en el camino iniciado en España a mediados de los años 80 del siglo pasado y que, actualmente, aguarda su desarrollo reglamentario con preocupación.

II. BREVE PRECISIÓN CONCEPTUAL SOBRE LA MEDIACIÓN

Una de las primeras dificultades con que se topa una persona que investiga sobre este tema es la necesidad de decantarse por una definición concreta¹⁰. Existen multitud, aportadas por cada autor y disciplina correspondientes, lo que dificulta enormemente la existencia de una definición consensuada y la formulación de una metodología y objetivos comunes. Algunas definiciones son tan abstractas y crípticas que pueden resultar incomprensibles¹¹, motivo por el cual ha llegado a ser calificada como una técnica pintoresca¹². Por lo general, las distintas aportaciones conceptuales ponen el énfasis en elementos tales como la naturaleza de la mediación, principios rectores o características de la mediación, papel y/o competencias de la persona mediadora, grado de participación de las partes, utilización de técnicas comunicativas o de negociación y finalidad del proceso. Es este último apartado en que se producen las diferencias más significativas porque revelan no sólo la formación de origen de la persona mediadora, sino también la ideología subyacente que sustenta su metodología. Un estudio sistemático del conjunto de definiciones de los autores más relevantes en la materia permite distinguir dos grandes concepciones dicotómicas sobre la mediación, tal y como se puede advertir en las dos que se aportan a continuación:

“Sistema o procedimiento mediante el cual un experto tercia, se coloca en medio de personas con posturas enfrentadas, con conflictos de intereses entre ellas, haciendo lo posible para que estos resuelvan y lleguen las personas dichas,

⁸ Vid. M. REALE, *Teoría tridimensional del Derecho. Una visión integral del Derecho*, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 27.

⁹ Vid. L. GARCÍA VILLALUENGA y C. ROGEL VIDE (dirs.), *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Editorial Reus, Madrid, 2012, p. 41.

¹⁰ Vid. I. BARROSO, B. HERMOSO y F. MORENTE, “La mediación institucional ante el conflicto social: ¿articulación o desarticulación de la participación ciudadana?”, en F. MORENTE MEJÍAS (coord.), *Mediación en tiempos de incertidumbre*, Editorial Dykinson, Madrid, 2010, p. 236.

¹¹ Piénsese, por ejemplo, en las propuestas por Leonardo Schvarstein (“técnica de encuentro en un contexto de alienación”) o en la de Lenard Marlow (“procedimiento imperfecto, que emplea una persona imperfecta, para ayudar a dos personas imperfectas, a concluir un acuerdo imperfecto en un mundo imperfecto”).

¹² “La mediación es una técnica de resolución de conflictos que podríamos calificar como singular, incluso me atrevería a decir que podría ser hasta bastante pintoresca y chocante, sobre todo para aquellos profesionales que inician su andadura en ella”. Vid. E. SOTO, “Las armas del mediador para lograr el acuerdo: las microtécnicas de la mediación”, en H. SOLETO MUÑOZ (dir.), E. CARRETERO MORALES y C. RUIZ LÓPEZ (eds.): *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 1ª edición, Madrid, 2011, p. 203.

incluso y llegado el caso, a suscribir un acuerdo transaccional que ponga fin a los mismos”¹³.

“Recurso humano y un instrumento cívico mediante el cual los integrantes de una sociedad pueden tramitar sus diferencias y/o gestionar los conflictos que se les presentan en el ámbito privado o público, así como también participar en la construcción de la sociedad que integran”¹⁴.

Estas dos visiones antagónicas, que se aprecian incluso entre los propios juristas, distinguen entre aquellas teorías o autores que centran su trabajo como mediadores en la consecución de acuerdos entre las partes (modelo de mediación tradicional-lineal o de negociación colaborativa, comúnmente conocido como Escuela de Harvard) frente a quienes defienden una mejora o transformación en las relaciones personales (modelos circular-narrativo, transformativo o sistémico). A partir de estos modelos denominados clásicos han surgido nuevas metodologías que desarrollan éstos, los combinan o afrontan desde nuevas perspectivas (llámense mediación estratégica, mediación apreciativa, enfoque socioafectivo, mediación trascendente, mediación pedagógica, etc.) cuyo alcance depende de reconocimiento explícito por un sector mayoritario de la literatura científica. Como bien podría concluir este apartado la profesora Soleto Muñoz, insistir en la diferenciación entre escuelas o modelos de mediación *resulta innecesario porque podrían ser innumerables si se basan en arrogarse tales diferencias, tendencias o especialidades como separadas de formulaciones más generales*¹⁵.

III. NOTAS HISTÓRICAS SOBRE MEDIACIÓN Y PAPEL DE LA ABOGACÍA EN SU SURGIMIENTO Y DESARROLLO

Se suele reconocer que como mecanismo de gestión de controversias la mediación es consustancial a la aparición misma de la humanidad. Toda relación humana es fuente de disputas y actualmente se asume que el recurso a la violencia (individual en forma de venganza privada o colectivamente a través de un conflicto bélico) es una solución extrema cuyos beneficios nunca satisfacen a los contendientes. La necesidad de articular alternativas pacíficas al uso de la violencia ha sido constante desde antiguo; se pueden encontrar ya en la *Ilíada*, que en su Canto XVIII describe a unos litigantes que reclaman el recurso a un árbitro para el veredicto tras exponer públicamente su testimonio frente a un grupo de ancianos “sentados sobre pulidas piedras en un círculo sagrado y tenían en sus manos los cetros de los claros heraldos”¹⁶.

¹³ Vid. R. VIDE, “Mediación y transacción en el derecho civil”, en L. GARCÍA VILLALUENGA y C. ROGEL VIDE (dirs.): *Mediación en asuntos civiles y mercantiles. Comentarios a la Ley 5/2012*, Editorial Reus, Madrid, 2012, p. 10.

¹⁴ Vid. A.J. NATÓ ET ALTER, *Mediación comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*, Editorial Universidad, 1ª edición, Buenos Aires, 2006, p. 27.

¹⁵ Vid. M. SOLETO MUÑOZ, “La mediación vinculada a los tribunales”, en M. SOLETO MUÑOZ, *op. cit.*, p. 249.

¹⁶ Vid. HOMERO, *Ilíada*, Biblioteca Clásica Gredos, RBA Coleccionables nº 1, Barcelona, 2006, p. 380.

Las denominadas costumbres de la mediación¹⁷ recuerdan que en distintas culturas antiguas, sociedades tradicionales y confesiones religiosas han abundado los ejemplos en los que una tercera persona, creíble y digna de respeto, ayudaba a dos personas para resolver su disputa y mejorar así su relación en el futuro. Las denominaciones, instituciones personales y metodologías son muy variadas y sin homologación posible fuera del contexto cultural donde se han acuñado, pero la esencia es la misma en todos los casos estudiados. Otra cosa distinta es la insistente búsqueda de referentes que legitime la utilización de este recurso y que ha propiciado lo que Susan Silbey ha denominado *mitología de la mediación*¹⁸ (y que no es sino una mirada autocomplaciente sobre las bondades del sistema que debe ser evitada por la persona mediadora¹⁹).

Más allá de cierta visión excesivamente optimista, que se remonta a un país lejano y a un pasado idílico, lo cierto es que el surgimiento de la denominada mediación moderna²⁰, se produce en un momento de crisis, que como recordaba otro genial cuentista argentino, es la situación normal en la que todo nace en este mundo. Como técnica diferenciada de la conciliación y del arbitraje, comienza a utilizarse en EE.UU en la década de 1930 (si se obvian antecedentes anteriores que dependiendo de los autores se remontan incluso al periodo colonial) para resolver conflictos laborales como un modo de abordaje alternativo a la justicia²¹. Su reconocimiento institucional se realiza a través del Servicio Federal de Mediación y Conciliación creado en 1947²² y queda inicialmente vinculada a las controversias surgidas en el seno de las organizaciones empresariales.

En esta primera fase la mediación es concebida como una vía intermedia entre la conciliación y la negociación, en la que el protagonismo de la persona mediadora varía por las estrategias seleccionadas durante el proceso negociador. Pronto se advierte la insuficiencia de esta novedosa técnica cuando la asimetría de poder y las condiciones socio-económicas impiden la consecución de un acuerdo y abocan a las partes a una

¹⁷ Vid. J. ALÉS SIOLI y J.D. MATA, *La magia de la mediación*, Aconcagua Libros, Sevilla, 2010, pp.11-24.

¹⁸ Vid. S.S. SILBEY, "Emperor's New Clothes: Mediation Mythology and Markets", *Journal of Dispute Resolution*, Vol. 2002, Nº 1, 2002, pp. 171-177.

¹⁹ "...y es fundamental, que el mediador en el conflicto no sea un agente idealizador del procedimiento ni de sus consecuencias y poder pedir a las partes el compromiso con el trabajo a realizar". Vid. J. ALÉS SIOLI y J.D. MATA, *op. cit.*, p. 69.

²⁰ "...y añadido el adjetivo "moderna" porque la mediación sin adjetivos es tan antigua como la humanidad". Vid. A. RIPOL-MILLET, *Estrategias de mediación en asuntos familiares*, Editorial Reus, Madrid, 2011, p. 39.

²¹ Vid. S. ROZENBLUM DE HOROWITZ, *Mediación: convivencia y resolución de conflictos en la comunidad*, Editorial Graó, 1ª edición, Barcelona, 2007, p. 16.

²² La constitución de esta institución está asociada a la aprobación en 1947 de la Ley de Relaciones Obrero-Patronales (popularmente conocida como Ley Taft-Harley) impulsada para impulsar "una paz social sólida y estable". Vid. R. DE DIEGO VALLEJO y C. GUILLÉN GESTOSO, *Mediación. Proceso, tácticas y técnicas*, Ediciones Pirámide, Colección Psicología, 3ª edición, Madrid, 2010, p. 27. No obstante, el impulso de estos mecanismos amistosos para la resolución de diferencias entre empleadores y trabajadores se promovió como sustitutivo para las graves restricciones a la libertad y acción sindicales aprobadas en la norma.

huelga laboral. Uno de los primeros en advertir esta dificultad fue Clark Kerr, quien diferenció entre mediación táctica y mediación estratégica²³. La primera de estas figuras se correspondía con una modalidad de negociación en la que el mediador no sólo sentaba a las partes a negociar y las asistía durante el proceso, sino que asumía un papel más directivo en la sugerencia de posibles soluciones y asesoraba a las partes según su propio punto de vista. La segunda, reservada más bien para la Administración e instituciones públicas, apuntaba hacia las causas económicas y sociales determinantes para el estallido de conflictos entre empresarios y trabajadores. La delicada situación política del momento desaconsejaba profundizar en exceso sobre esta posibilidad que no es sino un vaticinio de lo que sucedería años más tarde.

Una serie de fenómenos relevantes, bien estudiados desde la perspectiva sociológica, se suceden en la sociedad estadounidense en los años sesenta del siglo pasado: la progresiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo tras la positiva experiencia de la contribución femenina al esfuerzo bélico, los problemas de adaptación arrastrados por miles de veteranos de guerra en la II Guerra Mundial, Corea y Vietnam, el inusitado aumento de población escolar en las Universidades o la creciente tensión en las comunidades interraciales alentadas por la población negra. Estos y otros acontecimientos relacionados provocaron un aumento significativo de la conflictividad en los ámbitos comunitario, educativo y familiar, un espectacular aumento de la litigiosidad en los procesos de divorcio y un repunte en la delincuencia menor urbana. La pauta común para estos ejemplos revela la imposibilidad por parte de las autoridades para proporcionar soluciones adecuadas para los problemas de determinados colectivos que quedan al margen del sistema jurisdiccional o no confían en el mismo porque prefieren ventilar sus problemas personales en privado (uno de los pilares que sustentan la utilización de las técnicas ADR²⁴). Desde una perspectiva más propia de la particular idiosincrasia estadounidense, la mediación respondía a una reacción frente a un sistema de gobierno que invadía cada vez más esferas propias de la intimidad personal y familiar.

La mediación y el Derecho no se contraponen, sólo se mueven en diferentes planos. El aspecto jurídico es sólo uno más de los factores que entran en juego cuando se trata de gestionar un conflicto interhumano porque como recuerda Sánchez Durán la mediación es también un acto jurídicamente creativo²⁵. Esta idea es quizás la más difícil de asumir por los juristas y abogados cuando se acercan por primera vez a esta metodología. Hasta hace poco el desconocimiento de la misma se juzgaba razonable habida cuenta de su minoritaria difusión. Tampoco ha ayudado la confusión propiciada por la polisemia de un concepto que ha derivado en un marasmo semántico (que precisa

²³ Vid. C. KERR, "Industrial Conflict and its mediation", *American Journal of Sociology*, Vol. 60, No. 3, Noviembre de 1954, pp. 238 y ss.

²⁴ "En la mediación se alienta a las personas a evaluar y satisfacer sus propias necesidades y a resolver sus conflictos con responsabilidad, sin paternalismo profesional o interferencia del Estado". Vid. J. FOLGER y A. TAYLOR, *Mediación. Resolución de conflictos sin litigio*, Editorial Limusa, 1ª reimpresión, México, 1996, p. 52.

²⁵ Vid. A.M. SÁNCHEZ DURÁN, "La mediación, una alternativa...¿a qué?" Ponencia en la mesa redonda sobre ADR, Conferencia del Forum Europeo de Mediación Familiar, Caserta, 2006, p. 10.

ser esclarecido para permitir la inequívoca designación de un procedimiento de intervención sobre los conflictos²⁶). En la actualidad, los abogados pueden rechazar, evitar o infravalorar el funcionamiento de las modalidades extrajudiciales para la solución de disputas pero no podrán desconocerlas; el ordenamiento jurídico, pese a ser la más antigua estrategia disuasoria de prevención de conflictos, es sólo uno de los métodos disponibles en la sociedad moderna para la administración, gestión o resolución de conflictos²⁷.

Un repaso a las fuentes originarias sobre las que descansan los fundamentos de la mediación como técnica alternativa para la gestión o solución de los conflictos revela que, al menos en el caso de los EE.UU, los abogados y juristas siempre han estado al frente del carro²⁸ desde sus inicios. El Tribunal de Arbitraje de la Corte Municipal de Filadelfia en 1969 y el programa de la Oficina del Fiscal de la ciudad de Columbus (Ohio) en 1970 fueron las experiencias pioneras que exploraron las técnicas alternativas para la gestión de disputas comunitarias y de la delincuencia menor. Auspiciados por la Asociación Americana de Arbitraje y las autoridades judiciales municipales, estos programas proporcionaban a sus usuarios la posibilidad de que mediadores voluntarios estudiaran una solución extrajudicial basada en la conciliación, la mediación o el arbitraje. Curiosamente, los primeros que ejercieron como mediadores fueron profesores universitarios de Derecho provenientes de las universidades locales quienes a su vez formaron a sus propios estudiantes para que continuaran desarrollando sus funciones²⁹. Situación parecida ocurre con los primeros Centros de Justicia Vecinal que surgen al amparo de la ley de Derechos Civiles de 1964. Aunque uno de los axiomas del movimiento de justicia comunitaria y vecinal era un velado rechazo a las normas convencionales, fueron muchos abogados quienes de manera voluntaria colaboraron activamente en la puesta en marcha y posterior funcionamiento de estos centros³⁰. Entre ellas destaca la de Ray Schonholtz, abogado procesalista, quien en 1976 fue el responsable de la constitución del denominado *Community Boards of San Francisco Conflict Managers Program*³¹.

²⁶ Vid. I. EGGER, *Mediação comunitária popular: uma proposta para além da conflitologia*, Tesis doctoral, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2008, p. 241.

²⁷ “La resolución de conflictos entre individuos o colectivos puede realizarse por métodos alternativos a la Administración de justicia y otros métodos coactivos, pues también el proceso judicial es un mecanismo esencialmente violento”. Vid. R. ENTELMAN, *Teoría de Conflictos. Hacia un nuevo paradigma*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 44.

²⁸ Vid. L. RAY, “El sistema legal descubre nuevas herramientas: las técnicas de resolución de disputas”, en K. GROVER DUFFY, J.W. GROSCH, y P.V. OLCZAK (coords.), *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, Buenos Aires, Paidós, 1996, p. 246.

²⁹ Vid. D. MCGILLIS, “Community Mediation Programs: developments and challenges”, *Issues and Practices. National Institute of Justice*, U.S. Department of Justice, 1997.

³⁰ Vid. D. HENSLER, “Our Courts, ourselves. How the alternative dispute resolution movement is reshaping our legal system”, *Penn State Law Review*, Vol. 108, verano de 2003, Nº 1, pp. 165-197.

³¹ “Un programa de conciliación basado en el vecindario, el cual entrena a los miembros de la comunidad sobre solución de conflictos y las actividades relacionadas con ésta. Junto con el apego del personal, estos voluntarios entrenados les brindan a sus vecindarios un foro informal, de fácil comprensión y libre de costos, para la solución de una amplia variedad de problemas y discusiones”. Vid. R. ÁLZATE SÁEZ DE HEREDIA, “La mediación escolar. Proceso colaborativo de la educación en resolución de conflictos”, en

Otro hito que demuestra hasta qué punto estaba la profesión jurídica vinculada a este nuevo movimiento lo constituye la celebración en el año 1976 de la Conferencia Nacional sobre las Causas de la Insatisfacción con la Administración de Justicia (comúnmente conocida como Conferencia Pound³²). Este evento, organizado por la poderosa Asociación Americana de Abogados (en adelante, ABA) en colaboración con las asociaciones judiciales federales más representativas, presentó por primera vez a una audiencia estrictamente jurídica los diferentes mecanismos alternativos a los procedimientos judiciales y abogó por una *flexible y diversa panoplia de procesos de resolución de disputas*³³. Esto no significa una total coincidencia con las propuestas planteadas ni que las motivaciones *expuestas o inconfesadas* por sus participantes fueran altruistas³⁴, como bien se remarca por algunos autores.

Una de las consecuencias inmediatas de esta conferencia fue la constitución dentro de la ABA de un Comité Especial de Disputas Menores que fomentó la utilización de técnicas como el arbitraje y la mediación entre sus miembros. Las dudas acerca de la idoneidad de estas nuevas maneras de entender la abogacía y la solución de los problemas personales fueron al principio constantes. En el debate sobre si las técnicas ADR suponían una bendición o una maldición, el pronunciamiento favorable y reiterado de sus defensores sobre el necesario papel de la profesión jurídica permitió que se abriera el camino para su reconocimiento e institucionalización³⁵ gracias a la Ley de Resolución de Disputas Administrativas de 1990. Consecuencia de todo este proceso fue la activa participación de los profesionales del Derecho en la implantación de instituciones, normas y medidas vinculadas a las técnicas ADR y que comenzara a hablarse de un nuevo rol para los abogados: el abogado-mediador³⁶. Con esta

Trabajo Social Hoy, monográfico dedicado al Trabajo Social y la Mediación, Primer semestre 2006, pp. 74-75.

³² La denominación del evento aludía a un famoso discurso pronunciado setenta años antes por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia Roscoe Pound ante la Convención anual de la Asociación Americana de Abogados con las siguientes palabras: “La insatisfacción con la Administración de Justicia es tan antigua como la ley”.

³³ Vid. F.E.A. SANDER, “Varieties of dispute processing. The Pound Conference: perspectives on future of justice”, *Proceeding of the National Conference on the causes of popular dissatisfaction with de Administration of Justice*, West Publishing Co. Saint Paul, Minnesota, 1979, p. 83.

³⁴ “...convivían otras dos inconfesadas aspiraciones de signo radicalmente opuesto: liberar a los tribunales de la sobrecarga por aumento de causas de modesto asunto económico (...) y frenar el activismo de los jueces sustrayendo a su intervención, a menudo considerada demasiado progresista y desestabilizadora cuestiones de gran resonancia social y política, como las relativas a los derechos civiles, la tutela del consumidor, la protección del medio ambiente”. Vid. A.M. SÁNCHEZ DURÁN, *op. cit.*, p. 15.

³⁵ Vid. ABA: *Alternative Dispute Resolution: Bane or Boon to Attorneys?* American Bar Association Special Committee on Resolution of Minor Disputes. Washington, DC, 1983.

³⁶ La utilización del término está aceptada por la doctrina jurídica tanto para designar el papel de los profesionales de la Abogacía en la mediación como para referirse a un nuevo perfil profesional dentro de la Abogacía. Curiosamente, la variación del término que realiza PARKINSON resulta destacable. Al invertir la fórmula y hablar de mediadora-abogada (puesto que existe un predominio femenino en este sector) o de mediador-abogado, se dota de especial significación a este nuevo rol y responde de manera más adecuada a la naturaleza multidisciplinar de la mediación.

designación se hace referencia tanto a una nueva manera de designar el papel representado por los letrados como a un nuevo y emergente perfil profesional³⁷.

IV. LOS ABOGADOS Y SUS FUNCIONES ANTE LA MEDIACIÓN

Una de las reacciones más habituales entre abogados y abogadas es sorprenderse cuando se les señala que ellos, motu proprio, no son mediadores³⁸. Esta reacción resulta no obstante razonable cuando nos atenemos a estrictos términos lingüísticos, por ejemplo, acudiendo al Diccionario de la Lengua Española. En su segunda acepción de la palabra abogado, se recoge precisamente “intercesor, mediador”³⁹. Se trata de una cuestión semántica no exenta de polémica, habida cuenta de que ya existe un contrato atípico con la misma denominación que igualmente ofrece al jurista múltiples problemas⁴⁰ acerca de su naturaleza más allá de una simple relación de hecho. Esta confusión ha obligado a incorporar con frecuencia adjetivos calificativos para su diferenciación (mediación familiar, mediación comunitaria etc.) de su figura homónima.

Cuando hablamos del papel de los abogados hay que realizar una apreciación previa. Liliana Perrone precisa que al definir el papel (rol) de un profesional es preciso atenerse a aquella *función predeterminada para la cual está disponible y a la que imprime su propio estilo personal*⁴¹. Esto es, que cuando nos referimos al papel que, por ejemplo, desempeña un abogado ante un proceso de mediación, debemos atenernos a la función previa a que responde. Un abogado o abogada, fundamentalmente, es quien defiende decididamente los intereses del cliente y puede actuar extra o intrajudicialmente. Actúa extrajudicialmente cuando las partes intentan resolver sus conflictos sin tener que llegar a un proceso⁴², pero insistiendo en la posición del cliente. La profesión de abogado se puede observar así como una actividad que persigue y

³⁷ Vid. J.P. RYAN, *L'avocat médiateur: un nouveau rôle pour les avocats dans la pratique du divorce sans affrontement*, Institut canadien pour l'administration de la Justice, Ottawa, 1985.

³⁸ “Hemos escuchado decir a muchos abogados, contadores, terapeutas, que siempre han sido conciliadores en el ejercicio profesional y, por lo tanto, se consideran ya mediadores”. Vid. A. SCHRIFFIN, “La mediación: aspectos generales” en J. GOTTHEIL y A. SCHRIFFIN (comp.): *op. cit.*, *íd.*

³⁹ Vid. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª edición. Espasa Libros. Madrid, 2001.

⁴⁰ Vid. L. GÁZQUEZ SERRANO, *El contrato de mediación o corretaje*, Editorial La Ley, 1ª edición. Móstoles, 2007, p. 65.

⁴¹ Vid. L. PERRONE, “La mediación familiar: avances y perspectivas actuales. Una visión desde Francia”, en F. ROMERO NAVARRO (comp.): *La mediación: una visión plural. Diversos campos de aplicación*, Consejería de Presidencia y Justicia, Vicepresidencia de Justicia y Seguridad del Gobierno de Canarias, Las Palmas de Gran Canaria, 2005, p. 146.

⁴² Uno de los primeros vestigios escritos de esta labor conciliadora la recoge AGUDO RUIZ cuando se remonta a un caso del año 81 a.C. que Cicerón nos transmite acerca del juicio que tenía Publio Quintio contra Sexto Naevio, en que éste nombró como hombre bueno a su amigo M. Trebelio, mientras que el cliente de Cicerón nombró a S. Alfenio para que llegasen a una solución extrajudicial. Tras la imposibilidad de llegar a un acuerdo comenzó un proceso judicial que fue dirimido por el famoso jurisconsulto Aquilio Galo. Vid. A. AGUDO RUIZ, *Abogacía y Abogados. Un estudio histórico-jurídico*, Universidad de la Rioja, Egido Editorial, Zaragoza, 1997, p. 137.

justifica el egoísmo humano, puesto que el profesional en lo primero que piensa es en el interés particular de su cliente (e incluso en el suyo propio)⁴³.

Esta realidad difiere con las altas aspiraciones que desde antiguo se exigía de los profesionales para velar por el ciudadano en la sociedad⁴⁴ y defenderle de los ataques a los que se ve sometido por los poderes estatales (quienes siempre han desconfiado de éstos desde su nacimiento como figura profesional). Y es que la aparición y posterior evolución del *officium advocacionis* como dedicación del *advocatus* plenamente reconocida e institucionalizada se remonta al Bajo Imperio Romano. Como resume Barcia Lago, hubo de ser en el orbe romano donde se perfilasen, de manera ya irreversible, los trazos de la actividad profesional de postulación y patrocinio de intereses ajenos, que, al integrar el arte retórica y la experiencia práctica del foro con el conocimiento del Derecho, es decir, adquiriendo la condición de juristas, supieron atender las exigencias sociales, *haciendo de su profesión un modo de vida y un oficio imprescindible para el recto orden de la convivencia cívica*⁴⁵.

¿Qué supone realmente hablar de una persona que ejerce la abogacía? El surgimiento del Derecho como instrumento de civilización es un hecho clave para el nacimiento de un cuerpo de profesionales ligados a su aplicación, interpretación o defensa. Sólo existe Derecho en sociedad, ya que *un derecho robinsoniano es inconcebible*⁴⁶. La incipiente democracia en Grecia favoreció el derecho al uso de la palabra, única arma disponible cuando se utilizan argumentos humanos. Y con este nuevo derecho pronto se advirtió la ventaja que se presentaba para cualquier ciudadano que demostraba una mejor capacidad para la expresión de sus opiniones. Inicialmente concebida como defensa pública de las propuestas políticas planteadas ante la asamblea, la retórica, o *el arte de los rétores que hacen rétras*⁴⁷, pronto extendió su influencia a la defensa forense. La labor de logógrafos, síndicos y especialmente de sinégoros como asistentes del litigante en los procesos judiciales cobró cada vez mayor importancia en un sistema que formalmente tenía prohibida la representación procesal. Estos intervinientes en el proceso no se correspondían con profesionales que acudían habitualmente en auxilio de una parte ante los tribunales, sino con la de “amigos” escogidos por las partes para corroborar sus testimonios por sus habilidades oratorias, su respetabilidad y su prestigio político⁴⁸.

Por ello la gran innovación de Roma fue la aparición de un grupo de ciudadanos especializados en estudiar y ayudar a resolver los problemas que planteaban aquellas

⁴³ Vid. M. GRANDE YÁÑEZ, *Ética de las profesiones jurídicas*, Editorial Desclee de Brouwer, Bilbao, 2006, p. 181.

⁴⁴ Vid. M. GRANDE YÁÑEZ, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁵ Vid. BARCIAL LAGO, p. 198. M. BARCIAL LAGO, *Abogacía y ciudadanía: biografía de la abogacía ibérica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2007, p. 183.

⁴⁶ Vid. J. CARBONNIER, *Sociología Jurídica*, Editorial Tecnos, Colección de Ciencias Sociales, Serie de Sociología, Madrid, 1982, p. 99.

⁴⁷ Vid. A. LÓPEZ EIRE, “La etimología de *ρητωρ* y los orígenes de la retórica”, *Faventia*, N° 20/2, 1998, p. 66.

⁴⁸ Vid. L. RUBINSTEIN, *Litigation and cooperation: supporting speakers in the courts of classical Athens*, Editorial Steiner, Stuttgart, 2000, p. 61

necesidades sociales⁴⁹. Sobre esta idea se asientan las bases de la profesión, en las que se une un dominio del lenguaje, un conocimiento exhaustivo de las normas jurídicas y una capacidad para interpretar y aplicar en un supuesto concreto dichas normas favorablemente a los intereses de otra persona. La evolución desde el rétor hasta el advocatus será lenta y progresiva y no será hasta la época postclásica cuando se produzca la fusión entre ambas figuras, si bien en detrimento de sus capacidades oratorias⁵⁰.

Estos apuntes históricos suponen la verdadera esencia de la profesión de abogado y que es preciso tomar en cuanto cuando se aborda su encaje en las técnicas ADR. El papel de la abogacía en los procesos de mediación ha sido una cuestión objeto de debate desde los mismos inicios del movimiento en España. Si bien los primeros estudios sobre mediación se deben a psicólogos adscritos a Juzgados de Familia o a investigadores de la psicología social, en todos ellos se reconoce desde un primer momento la ineludible participación de jueces y abogados. Participación que se resume en algunas ideas clave que ya estableciera Coy Ferrer en la primera publicación en una revista jurídica sobre mediación familiar⁵¹ y cuyo contenido goza de plena vigencia, quizás porque a pesar del tiempo transcurrido los problemas persisten. Los primeros programas implantados en Madrid, Barcelona o Bilbao concedieron un papel destacado a los juristas, si bien por su escasa trascendencia su influencia quedaba confinada al espacio de los propios servicios de mediación o de las aulas universitarias. Bernal Samper fue la primera en señalar la necesidad de reformulación del rol del psicólogo y del abogado al intervenir como mediador⁵². Asimismo categorizó de manera sistemática los roles de estos profesionales distinguiendo según su participación en el proceso y reconociendo por primera vez la figura del abogado-mediador, “que ya no defiende ni asesora a sus clientes sino que diseña el proceso de mediación de la pareja, evitando el enfrentamiento y conduciéndole hacia la cooperación”⁵³. La tipología de roles expuesta resulta todavía muy útil para ilustrar que el papel desempeñado excede con mucho el tradicional papel litigante que se atribuye a los profesionales: abogado-defensor, abogado-negociador, abogado-colaborador y abogado-mediador. Afortunadamente la función social de la abogacía permite que pueda desarrollar papeles nuevos más allá de su primigenia función de defensa de parte, ya que como se recuerda habitualmente, el

⁴⁹ Vid. M. J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano*, Editorial Dyckinson S.L., Madrid, 1995, p. 83.

⁵⁰ Vid. A. AGUDO RUIZ, *op. cit.*, pp. 95-96.

⁵¹ Así, el fallecido autor recomendaba el fomento de la utilización de métodos alternativos a los procedimientos contenciosos, creación de asociaciones interdisciplinares, conocimiento por parte de la sociedad de la existencia y posibilidades de esos métodos alternativos, difusión de conocimientos y habilidades prácticas mediante formación universitaria de posgrado. Vid. A. COY FERRER, F. BENITO CASTRO y S. MARTÍN CORRAL, "Divorcio: ¿Justicia sin juzgados?", *Revista Jurídica Región de Murcia*, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, N° 3, 1986, pp. 86-101.

⁵² Vid. T. BERNAL SAMPER, “Primer programa público de mediación familiar: resultados 1993”, Publicación del Colegio Oficial de Psicólogos de Madrid, p. 15 (recurso electrónico en línea, disponible en www.cop.publicaciones/juridica/juridica.htm, fecha de consulta: 15.05.2013).

⁵³ Vid. T. BERNAL SAMPER, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid, Colex, 2008, pp. 35-39.

trabajo normal de los abogados consiste en *resolverles a los particulares problemas de la vida cotidiana que mayoritariamente son ajenos a los tribunales*⁵⁴.

Indudablemente, la presencia del abogado en la mediación es accesorio porque el protagonismo corresponde al ciudadano⁵⁵. Una vez asumida esta consideración, que para Lenard Marlow supone reformular el *mundo lineal de perfección humana* en que viven los abogados⁵⁶, éstos pueden adoptar nuevas funciones y desempeñar nuevas tareas. Así por ejemplo, una de las primeras decisiones que puede tomar desde su despacho es la derivación a mediación cuando la situación del cliente así lo requiera⁵⁷. Aquí resulta indispensable una adecuada acogida de los clientes que tras contratar sus servicios pueden derivados intrajudicialmente a un servicio de mediación o que requieran este mecanismo por propia iniciativa. De igual modo, puede contribuir positivamente mediante una preparación adecuada⁵⁸, *porque tiene el potencial para dar forma a las expectativas de las partes, para garantizar su preparación y compromiso con el proceso, y así como la equidad y los resultados del mismo*⁵⁹. Este es uno de los aspectos que precisa de un mayor desarrollo en nuestro país. Las desconfianzas y recelos hacia la institución y sus defensores han contribuido a que los mediadores hayan adoptado una actitud defensiva para favorecer su aceptación. Por el contrario, los colegiados apenas se han preocupado por la presencia cada vez mayor de estos nuevos operadores y realmente desconocen las estrategias que deben abordar si sus clientes les plantean esta alternativa al proceso judicial. La falta de una cultura sobre mediación y técnicas ADR en nuestro país conlleva así que tanto profesionales como usuarios se miren mutuamente con desconocimiento y expectación que frecuentemente concluye con un rechazo frontal de los letrados. En los países de cultura anglosajona, por el contrario, se recomienda la elaboración de un exhaustivo plan de representación aplicable durante todo el proceso⁶⁰ en el que, por ejemplo, se prevea la elección de la

⁵⁴ “Al estudiar, al seguir los cursos, conviene tener en cuenta esta particularidad de la práctica jurídica. Y tener en cuenta, más que el proceso judicial, los principios básicos de las relaciones sociales y los problemas de negociación de intereses”. Vid. J.V. CAPELLA, *El aprendizaje del aprendizaje. Una introducción al estudio del Derecho*, Editorial Trotta, Colección Estructuras y procesos, Serie Derecho, 5ª edición revisada Madrid, 2009, pp. 90-91.

⁵⁵ Vid. S. FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación: la gestión alternativa de los conflictos sociales*, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2009, p. 71.

⁵⁶ Vid. L. MARLOW, *Mediación familiar. Una práctica en busca de una teoría. Una nueva visión del Derecho*, Granica, Colección Mediación/Negociación, Barcelona, 1999, p. 373.

⁵⁷ Vid. P. CASANOVAS, J. MAGRE y M.E. LAUROBA (dirs.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, Barcelona, 2011, p. 862.

⁵⁸ “Lo que uno *no* debe hacer es preparar al cliente para la mediación diciéndole: “simplemente vayamos allí y veamos qué sucede”. Vid. D. MATZ, “Qué pasa en la mediación: una mirada a la caja de herramientas del mediador”, en J. GOTTHEIL y A. SCHRIFFIN (comp.), *op. cit.*, p. 64.

⁵⁹ No obstante, el “entendimiento de cómo los abogados ven la mediación, idean estrategias sobre la misma, la interpretan para sus clientes y hacen uso del proceso en su práctica está solo comenzando a emerger a través de la investigación”. Vid. C. McEWEN, “Examining mediation in context: Toward understanding variations in mediation programs”, en M.S. MARGARET, *Handbook of Mediation. Bridging Theory, Research, and Practice*, Blackwell Publishing, 1st. Edition, Malden, Massachusetts, 2006, p. 89.

⁶⁰ Vid. H.I. ABRAMSON, *Mediation representation. Advocating in a problem-solving process*, National Institute for trial litigation, Louisville, 2004, p. 154.

persona mediadora mediante la utilización de técnicas prospectivas idénticas a las que utilizaría ésta última. Y se han estudiado con mayor detenimiento las relaciones entre abogados y mediadores, que han transitado de la desconfianza a la asunción de que ambos conforman un equipo efectivo para animar a los mediados a superar sus diferencias⁶¹.

También pueden participar en el propio proceso de mediación. A diferencia de las experiencias argentina o estadounidense, donde resulta más habitual la presencia de abogados que acompañan a sus patrocinados como una parte más dentro del proceso, en España la práctica indica que no es recomendable que asistan a las sesiones de mediación ya que las partes pueden sentirse incómodas (delante, sobre todo, del letrado de la parte contraria)⁶². Su asistencia pues, puede ser puntual a alguna de las sesiones de mediación para garantizar los intereses de su cliente fuera del proceso *dado que su cliente podrá consultar con él la idoneidad y las consecuencias jurídicas de los acuerdos alcanzados durante la mediación*⁶³. Finalmente, la persona mediadora es responsable de la calidad del acuerdo, pero no de que las partes lleguen a un acuerdo⁶⁴, por lo que corresponde a los juristas *garantizar un tratamiento adecuado y una correcta articulación jurídica de los acuerdos alcanzados*⁶⁵.

Esta nueva figura no conlleva la suplantación del Abogado y que sus funciones no son antagónicas sino complementarias⁶⁶, pese a lo cual los mediadores siguen despertando los recelos de los compañeros de profesión, infravalorando a quienes se deciden a convertirse en mediadores e incluso en el seno de los propios Colegios que albergan servicios de mediación⁶⁷. Una mayor sensibilización por parte de un reducido sector de la abogacía ha favorecido que paulatinamente se profundice en el papel de estos nuevos profesionales, reconociéndose que en un procedimiento de mediación el

⁶¹ Vid. B.A. PHILLIPS, *The Mediation Field Guide. Transcending Litigation and Resolving Conflicts in Your Business or Organization*, Jossey-Bass, 1ª edición, San Francisco, 2001, p. 120.

⁶² Vid. P. CASANOVAS, J. MAGRE y M.E. LAUROBA (dirs.), *op. cit.*, p. 863.

⁶³ Vid. M. BLANCO CARRASCO, *Mediación y sistemas alternativos de resolución de conflictos. Una visión jurídica*, Editorial Reus, 1ª edición, Madrid, 2009, p. 185.

⁶⁴ Vid. L. MUNDUATE JACA y F.J. MEDINA DÍAZ (coords.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Ediciones Pirámide, Colección Psicología, Madrid, 2011, p. 270.

⁶⁵ Vid. J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ y M. DE PRADA RODRÍGUEZ (dirs.), *La mediación: pasado, presente y futuro de una institución jurídica*, Netbiblo, A Coruña, 2010, p. 156.

⁶⁶ Vid. L. GARCÍA GARCÍA, “La mediación: prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares”, en T. FABIAN, C. BÖHM y J. ROMERO (Hrsg.), *Nuevos conceptos y caminos en la psicología jurídica (Beiträge zur rechtspsychologischen Praxis)*, Lit Verlag, Berlín, 2006, pp.171-180.

⁶⁷ “Los mediadores no pretendemos invadir las competencias propias de los Abogados, que ambos profesionales podemos colaborar en beneficio de nuestros clientes, reduciendo costes y agilizando trámites interminables, y en nuestro propio beneficio al poder tener la satisfacción de lograr resolver casos que de otra manera se enquistan en el tiempo, complicándose y agravándose sin remedio”. Vid. A. VALL RIUS, B. RABASA SANCHÍS, M.C. GASCÓ BUENO, C. GÓMEZ HIDALGO y J. BARAT TREJO, “El centro de mediación del Colegio de Abogados de Valencia (CMICAV): una experiencia pionera”, *Actas de la VII Conferencia del Foro Mundial de Mediación*, Vol. 1, Valencia, 2012, pp. 80-86.

papel de cada uno deben quedar definidos de la forma más clara posible⁶⁸ para poder contribuir al éxito del proceso.

Quienes comprenden adecuadamente estas y otras implicaciones sufren un cambio actitudinal personal y profesional⁶⁹ en el manejo de los conflictos. Como mediadores y abogados, entienden que están desarrollando una modalidad especializada de ejercicio de la profesión⁷⁰. Este cambio no implica necesariamente que todos los profesionales se conviertan en mediadores; el principal cambio para el que quizás muchos no están preparados es aprender a facilitar la toma de decisiones por las partes y a suministrar información trascendente de una forma neutral y no directiva⁷¹. Existen incluso algunas opiniones que apuntan a que los abogados no sean quizás los más adecuados para esta función⁷², pero sí es precisa una mayor sensibilización y cooperación entre profesionales.

V. OPORTUNIDADES PARA EL CAMBIO. VIEJAS TÉCNICAS PARA NUEVOS PAPELES

1. Mediación y abogacía: más allá de la negociación.

Muchos juristas plantean como dificultad para comprender el funcionamiento de los mecanismos extrajudiciales con participación de una tercera parte que la intervención de un tercero queda sujeta a los términos propios de una negociación. No les falta razón porque, básicamente, la mediación consiste en una negociación asistida entre dos partes en disputa con la ayuda de un tercero. Esta acepción, carente de cualquier significación constituye un punto de partida para familiarizarse con esta institución. Si además se acude a fuentes jurídicas, que constituyen la materia prima fundamental para la elaboración de argumentos, existen definiciones más técnicas que tranquilizarán a quienes demuestren cierta inquietud⁷³. Entonces, ¿esto es todo, la mediación no es más que una manera distinta de negociar? No en vano es lo que siempre han hecho los profesionales, negociar con clientes, abogados, jueces o fiscales. Este es el primer paso del que parten muchos compañeros de profesión. La respuesta no es sin embargo tan sencilla. Una negociación es un procedimiento de discusión que se

⁶⁸ Vid. J.L. MARTÍN ANAYA, “Intervención de los Abogados en los protocolos de mediación”, *La Toga*, Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, N° 185, 2012, p. 62.

⁶⁹ Vid. VVAA, *De profesión abogado*, Editorial La Ley, Madrid, 2008, p. 315.

⁷⁰ Vid. R.A. CALCATERRA, *Mediación estratégica*, Gedisa Editorial, Colección Prevención, administración y resolución de conflictos, Serie académica/Métodos, 1ª edición. Barcelona, 2002, p. 146.

⁷¹ “...ya que el proceso [de mediación] se construye sobre la franqueza y no sobre la estrategia”. Vid. L. PARKINSON, *Mediación familiar. Teoría y Práctica: principios y estrategias operativas*, Gedisa editorial, Colección Prevención, administración y resolución de conflictos, Serie académica/Métodos, 1ª edición, Barcelona, 2005, p. 40.

⁷² “Como principal argumento se suele decir que el abogado es el mejor mediador. Este es un tópico que es necesario esclarecer. El papel del abogado y del mediador son muy diferentes, en consecuencia se ha de remarcar que un abogado no es un buen mediador. Puede ser un profesional con un gran talante conciliador, puede ser un hábil negociador, pero la función del mediador es distinta”. Vid. P. ORTUÑO MUÑOZ, “El papel del abogado en la mediación”, *Abogados*, N° 57, Octubre 2009, p. 32.

⁷³ Vid. artículo 1º de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles: “Aquel medio de solución de controversias, cualquier que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador”.

establece entre las partes adversas por medio de representantes oficiales y cuyo objetivo es el de llegar a un acuerdo aceptable por todos⁷⁴. Mediante la utilización de estrategias y tácticas que implican una interacción argumentativa⁷⁵ y en las que puede intervenir una tercera parte (mediadora o no) se llega a un acuerdo que satisface a una o a ambas partes en disputa. Las habilidades negociadoras siempre han estado asociadas a las profesiones jurídicas. En su día a día hombres y mujeres que ejercen la abogacía afrontan negociaciones formales e informales para conciliar intereses contradictorios e intereses en conflicto, lo que no significa que sea una finalidad para solucionar dichas contradicciones⁷⁶. El grado de desarrollo de las relaciones humanas posmodernas ha devenido en la necesidad de negociar cuestiones tanto públicas como íntimas. La monetización de las sociedades occidentales actuales desemboca en que existan continuos paralelismos y contrastes del manejo de la economía íntima en la vida cotidiana y en el terreno legal. Así, economía, derecho e intimidad se entrecruzan hasta límites insospechados y generalmente son los abogados quienes se encargan de mantener la coherencia del sistema mediante *la sutil tarea de traducir el lenguaje de las prácticas cotidianas a los idiomas especializados del derecho*⁷⁷ y sostener arduas negociaciones. Éstas pueden desembocar en acuerdos o en la preparación de un proceso jurisdiccional para el cual cuentan con una sólida argumentación respecto a comportamientos y actitudes, que, en última instancia, corresponden a la esfera más íntima de la vida privada. Las emociones, las necesidades psicológicas y las preferencias personales pueden intervenir para que fracasen negociaciones frágiles e impedir la solución a una disputa. Todos estos temas no tienen lugar en un juzgado, pero sí en una mediación⁷⁸.

Otro tanto ocurre con el uso del lenguaje utilizado en la mediación. Las habilidades comunicativas son básicas en cualquier profesional de la abogacía ya que diariamente utilizan los hechos proporcionados por los clientes como la base de su

⁷⁴ Vid. C.M. ALDADO-PIAZOLA, *La negociación. Un enfoque transdisciplinario con específicas referencias a la negociación laboral*, OIT/Cinterfor, Montevideo, 2009, p. 82.

⁷⁵ “Interacción argumentativa en un espacio de discurso público, sea institucional, profesional o común, que envuelve una confrontación explícita entre agentes que mantienen o representan diversas posiciones y diversos objetivos e intereses en juego, y discurre como un proceso complejo de razonamientos prácticos”. Vid. L. VEGA REÑÓN y P. OLMOS GÓMEZ (ed.), *Compendio de lógica, argumentación y retórica*, Editorial Trotta, Colección Estructuras y procesos, Serie Filosofía, Madrid, 2011, p. 426.

⁷⁶ “Por tradición, el Derecho no pasa de una forma de negociación de la segregación. La negociación, como bien indica DELEUZE, no es más que una forma de ocultar ciertas cuestiones, de bloquear los movimientos de los inconformistas”. Vid. L.A. WARAT, “A puertas abiertas: intensidades sobre el plano inconsciente en la filosofía del derecho”, Recurso electrónico en línea, disponible en www.periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/download/15897/14399 (fecha de consulta: 30/05/2013).

⁷⁷ Señala ZELIZER que los abogados, los jueces y los jurados realizan una clase especial de trabajo relacional, ya que se esfuerzan mucho por lograr combinaciones adecuadas dentro de categorías jurídicas que regulan las intersecciones de la intimidad (relaciones) con las transacciones económicas y los medios disponibles por las partes. Vid. V.A. ZELIZER, *La negociación de la intimidad*, Fondo de Cultura Argentina S.A., Sección de obras de sociología, 1ª edición, Buenos Aires, 2009, pp. 87 y ss.

⁷⁸ Vid. L. MUNDUATE JACA y F.J. MEDINA DÍAZ (coords.), *Gestión del conflicto, negociación y mediación*, Ediciones Pirámide, Colección Psicología, Madrid, 2011, p. 270.

argumentación; argumentación que, tanto en un plano racional como legal conforma el sustrato del discurso jurídico⁷⁹ desde los tiempos de Cicerón y Quintiliano. Tradicionalmente se ha dicho que la palabra para el profesional de la abogacía es un arma que siempre debe estar siempre limpia, dispuesta y útil⁸⁰, o más propiamente, la adecuada utilización de la palabra para los fines que se ha propuesto⁸¹. La argumentación jurídica debe ser por tanto reformulada bajo un nuevo prisma que distingue, como señala Sara Cobb, entre historia (el conjunto real de la mediación) y discurso (la narración de esos hechos), entre los acontecimientos y su representación, pues la mediación da por sentado que no existe ninguna historia verdadera⁸². Las dificultades que tienen muchas personas para comunicarse adecuadamente en el espacio público y aun el ámbito privado⁸³ justifican plenamente la existencia de mediadores con formación jurídica para el fortalecimiento de la comunicación entre los interlocutores.

Con todas estas apreciaciones, ¿estamos por ello ante algo distinto de una mera negociación? La contestación debe ser positiva ya que las habilidades para la negociación y comunicación resultan adecuadas, pero negociación no equivale a mediación⁸⁴. Como recuerda Haynes, el mejor negociador no aboga porque generalmente se deja convencer por su propia defensa⁸⁵. El debate sigue no obstante abierto por la insistencia en su carácter de proceso negociador desde planos cognitivos o motivacionales⁸⁶.

2. Ética y deontología de la abogacía y de la mediación.

La mediación es una herramienta radicalmente ética⁸⁷. En la actualidad se está intensificando el debate acerca de la deontología profesional y de la regulación de los

⁷⁹ Vid. C. CALONJE, *Técnica de la argumentación jurídica*, Aranzadi-Thomson Reuters, Colección Gestión de Despachos nº XX, 2ª edición, Madrid, 2009, p. 23.

⁸⁰ Vid. J.M. MARTÍNEZ DEL VAL, *Abogacía y Abogados. Tipología profesional-Lógica y Oratoria forense-Deontología jurídica*, Editorial Bosch, Barcelona, 1981, p. 140.

⁸¹ Vid. A. ATTANI, *Los usos de la retórica*, Alianza Editorial, Colección Ensayo, 1ª edición, 1ª reimpresión, Madrid, 2001, p. 41.

⁸² Vid. S. LERER, *Vamos a mediar*, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 2011, p. 165.

⁸³ “Creo que la programación de este tipo de cursos, que parece estar de moda hoy, responde a la constatación de que muchos ciudadanos tienen dificultades para comunicarse oralmente en el ámbito profesional o en otros ámbitos públicos, dificultades que derivan en gran medida de la nula atención prestada en la enseñanza general a este aspecto”. Vid. M.D. ABASCAL, *op. cit.*, p. 138.

⁸⁴ Christopher Moore señaló con acierto que la mediación supone una “ampliación de la negociación”.

⁸⁵ Vid. J.M. HAYNES, *Fundamentos de la mediación familiar. Manual práctico para mediadores*, Gaia Ediciones, Colección Kaleido/Scopio, 3ª edición, Móstoles, 2006, p. 173.

⁸⁶ “Como base fundamental de la interacción humana, negociación y mediación tienen lugar a diario y su conclusión con éxito tienen serias implicaciones para individuos, grupos, organizaciones y sociedades en general. La teoría e investigación sobre la negociación ha incrementado sustancialmente nuestro entendimiento sobre cómo piensan y sienten los negociadores, y cómo están motivados para actuar”. Vid. M. GELFAND ET ALTER (eds.): *American Psychological Association handbook of industrial and organizational psychology*, Vol. 3 (Maintaining, expanding, and contracting the organization), APA, Washington, 2011, p. 529.

⁸⁷ “Una mediación carente de preocupación ética corre el riesgo de quedarse en los contenidos, como si estos fueran los fines supremos del proceso educativo, y de olvidarse de los aprendientes”. Vid. J.A.

problemas éticos que surgen durante el proceso o por las relaciones entre sus participantes. La falta de consideración como profesión autónoma y diferenciada de otras relacionadas con la intervención, el hecho de que los profesionales de la mediación provienen de otras profesiones que traen sus propios códigos deontológicos⁸⁸ y los difusos límites de las conductas realizadas de la persona mediadora que se producen fuera y dentro del proceso dificultan la existencia de un marco claro. Como recuerda Hierro Sánchez-pescador, es necesario en primer lugar la identificación del rol del mediador para empezar a construir una ética profesional de la mediación que esté a la altura del sentido ético de la misma⁸⁹.

En este aspecto la abogacía, como sucede con la psicología u otras disciplinas con una dilatada experiencia corporativa, cuenta con una indudable ventaja. Dispone de un Código Deontológico propio que regula como conducta preceptiva los principios éticos inspiradores de la profesión⁹⁰. De esta forma se asegura la sujeción a los principios citados gracias a la existencia de unas normas comunes y que sea el propio colectivo quien las aplique. Obviamente existen problemas tanto de interpretación como de implementación que recuerdan la necesidad de un estudio constante de la materia desde distintos enfoques (ético, corporativo y ético) para los que será preciso acudir a la filosofía jurídica⁹¹.

La creciente profesionalización que se predica de los mediadores configura paulatinamente una nueva profesión que responde a las características tradicionalmente exigidas para las profesiones liberales. La confianza y la confiabilidad, al igual que sucede con la Abogacía, suponen los pilares fundamental tanto en la relación abogado-cliente⁹² como en la relación persona mediadora-mediados. Estos principios tienen repercusión en el proceso de mediación de manera específica; la confidencialidad como principio, deber y obligación⁹³ exigibles para la persona mediadora mediante el mantenimiento del secreto sobre información sensible tratada en el proceso con ambas

RUBÍ BARQUERO, “Una mediación ética, psicológica y ecologizante”, *Revista electrónica Educare*, Vol. XV, Nº 1, Enero-Junio 2011, p. 173.

⁸⁸ “La mediación como un servicio híbrido, no encaja de manera perfecta dentro de un estante convencional de normas profesionales, o códigos éticos existentes”. *Vid.* L.M. RONDÓN GARCÍA, *Bases para la mediación familiar*, Editorial Tirant lo Blanch, Colección Políticas de Bienestar Social, Valencia, 2012, p. 259.

⁸⁹ *Vid.* L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, “Aspectos éticos de los medios alternativos de solución de controversias (MASC): Ética y deontología de la mediación”, *Anales de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 11, 2007, p. 46.

⁹⁰ *Vid.* M.J. FERNÁNDEZ CULEBRAS, “La profesión de abogado. Aspectos generales y Deontología profesional”, *Documento de Trabajo del Seminario Permanente de Ciencias Sociales de la UCLM*, Cuenca, 2011, p. 11.

⁹¹ *Vid.* J. RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑOZ, “Deontología de las profesiones jurídicas y derechos humanos”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Nº 20, 2010, p. 97.

⁹² *Vid.* H.M. GARRIDO SUÁREZ, *op. cit.*, pp. 106-107.

⁹³ *Vid.* I. VIOLA DEMESTRE, “La confidencialitat en el procediment de mediació”, *Reviste d'internet, dret i política*, Universitat Oberta de Catalunya, Nº 11, 2010, p. 8.

partes⁹⁴, es un buen ejemplo de ello. En definitiva, será necesario concienciar a todo el sector de la necesidad de unos altos estándares éticos que fundamenten el ejercicio de la mediación y sobre todo tener la humildad suficiente como para reconocer la existencia de errores y sus consecuencias ético-jurídicas y profesionales, tal y como sucede en otros colectivos⁹⁵.

3. Hacia una visión más ambiciosa (y radical) sobre la mediación.

Resulta sintomático que la mediación como alternativa o complemento a la Administración de Justicia se implante cuando el país está atravesando “*una situación crítica, marcada por un contexto de empobrecimiento, vulnerabilidad social, tensión y crisis de representación política*”⁹⁶. Estas palabras, citadas como circunstancias imperantes durante el surgimiento de la mediación en Argentina a principios del siglo XXI provocan que la comparación con el panorama actual español sea inevitable; en la actualidad, se evidencia una enorme beligerancia en lo político, en lo económico, y, en general, en todas las facetas de la convivencia que chocan con la resistencia para aceptar soluciones alternativas a los juzgados y tribunales⁹⁷.

Mientras muchos juristas todavía intentan asimilar las consecuencias de la implantación de este proceso/institución que con mucho excede los rígidos corsés jurídico-legales, desde otras disciplinas la formulación resulta mucho más sencilla. Desde el Trabajo Social se concibe naturalmente como una “*técnica para potenciar la capacidad de transformación de las personas (...) así como el trabajo social promueve el cambio social*”⁹⁸. La reflexión sobre estas cuestiones exige una apertura de mente para quienes resultaba descabellado atisbar cualquier realidad que no sea la jurídica y advertir que, quizás, la ley no es la causa y ni la solución para todos los problemas. Es en este momento crucial cuando el jurista advierte una nueva realidad en la que la cooperación y la incertidumbre son las reglas básicas de un nuevo juego. Siguiendo el ejemplo que proponía Manuel Atienza, de la misma manera que el Barón de

⁹⁴ Que constituye una suerte de doble confidencialidad limitada. Vid. L. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, *op. cit.*, p. 45.

⁹⁵ “Las cosas pueden salir mal. Se pueden cometer errores. Ocurrirán incumplimientos. Los psicólogos necesitan enfrentarse a esto y asumir las consecuencias. Los psicólogos necesitan estar abiertos a que se examine críticamente su propio comportamiento y así cumplir con el requisito de ético de lealtad al permitir ser inspeccionado si se presenta una demanda contra ellos. O, mejor aún, para llegar a un acuerdo como resultado de un proceso de mediación”. Vid. C. KOENE, “Cuando las cosas salen mal: sobre la mediación, el arbitraje, la acción correctiva y la sanción disciplinaria”, *Papeles del Psicólogo*, Vol. 30 (3), 2009, p. 253.

⁹⁶ Vid. P. MUSSETTA, *Entre el derecho y la moral: un análisis de la mediación como estrategia para la resolución de conflictos*, Flacso México y UNAM, México DC, 2010, p. 47.

⁹⁷ Vid. L.A. GONZÁLEZ MARTÍN, “La mediación civil y mercantil: una necesidad y una obligación legal en el espacio de la Unión Europea. La importancia de la figura del profesional de la mediación”, *Revista de Mediación*, Asociación Madrileña de Mediadores, Año 5, Nº 9, 1ª semestre 2012, p. 6.

⁹⁸ Vid. M.P. MUNUERA GÓMEZ, “J.M. Haynes, Perlman, Chandler y otros autores internacionales en el recorrido de mediación y trabajo social”, *Portularia*, Vol. XII, Nº 2, pp. 97-108.

Münchhausen no podía salir del cenagal tirándose de sus propios pelos, *el jurista no puede resolver ningún problema sirviéndose sólo del derecho*⁹⁹.

Estas apreciaciones encajan a la perfección con una concepción mucho más ambiciosa de la mediación que excede de los estrechos márgenes de una negociación asistida para la consecución de un acuerdo y que asume las críticas relativas a su relativa capacidad para satisfacer las necesidades de los *desfavorecidos y de las personas sin poder*¹⁰⁰. Desde una visión mucho más radical, propia de la perspectiva francesa sobre mediación, se forma a intermediarios *con comportamientos y actitudes propios del activismo político*¹⁰¹. Sus defensores representan así las denominadas *personalidades flexibles*¹⁰² necesarias para la transformación de sus propias comunidades. Como suelen sostener los juristas comprometidos con la mediación y otras técnicas ADR, *podría establecerse una relación directa entre la calidad democrática y la cantidad de herramientas que ella posee para resolver sus conflictos*¹⁰³. Estas limitaciones obligan a reivindicar una nueva dimensión preventiva-rehabilitadora-creativa, *como una propuesta de participación cívica y como modo de incrementar el bienestar social*¹⁰⁴ que procure asimismo *la promoción del crecimiento moral en procura de la fuerza y la compasión*¹⁰⁵. En definitiva, como metodología, como cultura, busca *la conquista o la okupación* (sic) del espacio público¹⁰⁶.

⁹⁹ Vid. M. ATIENZA, *Tras la justicia. Una introducción al derecho y al razonamiento jurídico*, Editorial Ariel, 1ª edición, Barcelona, 1993, p. x.

¹⁰⁰ Vid. J. SASTRE PELÁEZ, “La mediación familiar como sistema de resolución de conflictos: características del proceso de intervención en mediación familiar frente al proceso judicial”, en N. BELLOSO MARTÍN y A. DE JULIOS-CAMPUZANO (coords.), *¿Hacia un paradigma cosmopolita del Derecho? Pluralismo jurídico. Ciudadanía y resolución de conflictos*, Dykinson S.L., Madrid, 2008, pp. 269-296.

¹⁰¹ Vid. A.J. NATÓ, M.G. RODRÍGUEZ QUEREJAZU y L.M. CARBAJAL, *Mediación comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*, Editorial Universidad, 1ª edición, Buenos Aires, 2006, p. 22.

¹⁰² “...son los nuevos organizadores, agitadores, activistas o propagandistas de la realidad que les rodea (...) con su curiosidad, irreverencia, imaginación, sentido del humor, desconfianza del dogma, naturaleza organizada y comprensión de lo irracional en el comportamiento humano”. Vid. S. ALINSKY, *Tratado para radicales. Manual para revolucionarios pragmáticos*, Traficantes de Sueños, Colección Útiles nº 13, Madrid, 2012, p. 105.

¹⁰³ “Si recurrimos a la mediación en busca de una solución no se delega la toma de decisiones, sino que se asume plenamente, privilegiando las necesidades, preocupaciones e intereses de la gente involucrada en el conflicto y buscando restablecer la paz”. Vid. C. ARES DE GIORDANO, “La mediación y el ciudadano: responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas”, en J. RUBIO CARRACEDO, J.M. ROSALES y M. TOSCANO MÉNDEZ (dirs.), *Democracia, ciudadanía y educación*, Universidad Internacional de Andalucía y Ediciones Akal, Madrid, 2009, p. 330.

¹⁰⁴ Vid. L. SCHVARSTEIN, “La mediación en contexto”, en J. GOTTHEIL y A. SCHRIFFIN, A. (comp.), *op. cit.*, p. 230.

¹⁰⁵ Vid. R.A. BARUCH BUSH y J.P. FOLGER, *La promesa de la mediación: cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Editorial Granica, Barcelona, 2006, p. 59.

¹⁰⁶ Vid. S. IANNITELLI MUSCOLO ET ALTER, “La mediación comunitaria como práctica de creatividad social y de construcción de ciudadanía”, *Revista de documentación social*, nº 148, p. 130.

El encorsetamiento propio de la concepción harvardiana choca con esta visión que es sino una proyección de todas las potencialidades que como metodología participativa puede desplegar. La dificultad para aceptar estas concepciones por parte de la profesión puede justificarse en el mero desconocimiento o en el temor a profundizar en funciones para las que no está habituada, limitándose a reproducir los esquemas dialécticos propios de un marco negociador. Los abogados empero están sobradamente capacitados para responder a estas y otras exigencias sociales. Los estudios psicológicos sobre socialización de los estudiantes de Derecho revelan una personalidad idealista y orientada hacia la ayuda social¹⁰⁷ como motivación inicial de los futuros juristas muy alejada de las enciclopedias jurídicas andantes en que se convierten desgraciadamente muchos tras sus estudios. Y a pesar de que su formación de base poco les ha informado a los abogados sobre el manejo de las emociones, incluidas las propias¹⁰⁸, son ávidos consumidores de conocimientos psicológicos¹⁰⁹ para estudiar las relaciones sociales desde su propia perspectiva. Por tanto, no resulta tan aventurado reconocerles un papel como agentes morales activos en la divulgación de emociones apropiadas para que el compromiso de la persona con lo público *se produzca, se mantenga y no desfallezca*¹¹⁰.

VI. REFLEXIONES A MODO DE CONCLUSIÓN

El panorama al que se enfrentan los juristas y los mediadores en la actualidad es desalentador. En un breve espacio de tiempo se han sucedido varias reformas legislativas que han reorganizado los estudios de grado en Derecho¹¹¹, el sistema de acceso a la profesión de la Abogacía¹¹², la aprobación de las nuevas tasas judiciales que condicionan el acceso a la jurisdicción por parte de la ciudadanía¹¹³ y la implantación a nivel estatal de la mediación civil y mercantil¹¹⁴ como fórmula encajada en los procesos jurisdiccionales. Estas reformas no se han quedado en estos temas que afectan a estudiantes y profesionales. La propia supervivencia de los Colegios de Abogados queda en entredicho a tenor del contenido del Anteproyecto de Ley de Sociedades

¹⁰⁷ Vid. M.A. SORIA, *Psicología y práctica jurídica*, Editorial Ariel, Colección Ariel Derecho, 1ª edición, Barcelona, 1998, p. 23.

¹⁰⁸ Vid. R.A. CALCATERRA, *op. cit.*, p. 178.

¹⁰⁹ Vid. J. SOBRAL, "Psicología y Justicia: el abogado como psicólogo intuitivo", *Anuario de Psicología Jurídica*, Nº 1, 1991, p. 7.

¹¹⁰ Vid. V. CAMPS, *El gobierno de las emociones*, Editorial Herder, Barcelona, 2011, pp. 32-33.

¹¹¹ La reforma defiende la necesaria renovación metodológica y la potenciación de la adquisición de las destrezas y habilidades específicamente jurídicas como son "la comprensión de textos jurídicos, redacción de todo tipo de documentos jurídicos, exposición oral y en público, debate en profundidad de argumentos jurídicos". Vid. *Libro Blanco del Título de Grado en Derecho*, ANECA, p. 240.

¹¹² Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (BOE núm. 260 de 31 de Octubre de 2006).

¹¹³ Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (BOE núm. 280 de 21 de Noviembre de 2012).

¹¹⁴ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (BOE núm. 162 de 7 de julio de 2012).

Profesionales prevista por el Gobierno y que culmina el proceso iniciado con la denominada Ley Omnibus¹¹⁵.

En un contexto de depresión económica en el que se han desplomado los ingresos de colegiados y despachos y cuando la competencia por el escaso número de clientes que actualmente puede permitirse litigar es feroz, quizás por primera vez los abogados se hayan percatado de la existencia de la mediación y la haya situado en su mapa de ejercicio profesional. Ahora bien, pese a que la defensa de parte es una vía de ingresos cada vez menos relevante¹¹⁶, en ningún caso puede concebirse la mediación como un sustituto para las funciones que realizan los abogados¹¹⁷.

Tras las etapas sucesivas de entusiasmo y posterior desencanto sufridas¹¹⁸ en el recorrido transitado para su implantación en nuestro país, el debate académico sobre la mediación se ha trasladado a otras cuestiones¹¹⁹ que obligan a considerar aspectos tales como la coordinación entre profesionales y la deontología profesional. Actualmente la materia ha alcanzado un estadio de madurez por el que se ya se plantea si está en condiciones de alcanzar su estatuto de ciencia, *pues posee, en mayor o menor medida, elementos epistemológicos que son propios de cualquier ciencia, como son objeto de estudio, una metodología, unas leyes y unas teorías*¹²⁰.

Los recelos y suspicacias propios del sector deben ser adecuadamente gestionados para evitar una reacción contraria a los intereses de toda la sociedad, como ha ocurrido en Italia por un importante sector de la Abogacía. Los Ilustres Colegios de

¹¹⁵ Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 308 de 23 de Diciembre de 2009).

¹¹⁶ “No se debe olvidar que los procesos civiles y penales no son la única fuente de ingresos para los abogados: los juicios ejecutivos, los asuntos de jurisdicción voluntaria, las diligencias administrativas, las transacciones, la simple consulta, constituyen a veces para el profesional fuentes no despreciables de ganancia. Pero, con todo, el trabajo judicial debería constituir para los abogados la parte más lucrativa —a la par que la más noble y más lucrativa— de su profesión (...) nos demuestra que en las condiciones actuales de la profesión el “pleito” representa para el abogado no ya la materia normal de su trabajo profesional, sino la rareza, la golosina exquisita, ¡el premio de la lotería!”. Vid. P. CALAMANDREI, *Demasiados abogados*, Editorial Reus, Colección *Scientia Juridica*, 2, Madrid, 2006, pp. 70-71.

¹¹⁷ “En definitiva, dejemos que la mediación sea ejercida por mediadores, tengan estos una formación jurídica, psicológica, economista, humanista, etc., y los abogados limitémonos a ejercer nuestras funciones de siempre, en modo alguno incompatibles con el procedimiento de la mediación, pero sí con el ejercicio de la mediación”. Vid. O. ROCES ÁLVAREZ, “Abogados y mediación”, *Abogados*, Nº 68, Febrero de 2011, pp. 36-37.

¹¹⁸ Vid. P. ORTUÑO MUÑOZ, “El reto de la mediación en el panorama internacional”, en F. ROMERO NAVARRO (comp.), *op. cit.*, pp. 57-58.

¹¹⁹ “El debate actual ya no está en si la mediación es o no una buena medida, sino si la mediación, por las características que la definen, tiene más sentido dentro o fuera de las instituciones (judiciales o sociales), quién puede ejercer como mediador y qué es lo que se media”. Vid. T. BERNAL SAMPER, “Implantación, extensión y futuro de la mediación en España”, en T. FABIAN, C. BÖHM y J. ROMERO (Hrsg.), *op.cit.*, p. 190.

¹²⁰ Vid. F. ROMERO NAVARRO, “Hacia el Estatuto Científico de la Mediación. Una propuesta de áreas temáticas que articulan un proyecto docente de formación universitaria en mediación familiar”, en L.M. RONDÓN GARCÍA y E. FUNES JIMÉNEZ (coords.), *op. cit.*, pp. 13-14.

Abogados y el Consejo General de la Abogacía Española deben jugar un papel fundamental no tanto como impulsores o promotores de instituciones de la mediación¹²¹, sino adoptando un papel más acorde con sus principios rectores de defensa de la leal y libre competencia entre sus colegiados. Por un lado, deberían cooperar estrechamente con otros Colegios Profesionales para luchar frente a la excesiva institucionalización, la burocratización o el intrusismo profesional. Por otro, deben favorecer una coexistencia pacífica entre sus miembros que ejerzan la abogacía en exclusiva y los que complementen sus actividades como mediadores. Carretero Morales ha resaltado así la contradicción existente entre la resistencia de los operadores jurídicos hacia la mediación (fundamentalmente por motivos de tradición jurídica) con la evidencia práctica de que cada vez más abogados se forman en técnicas de resolución alternativa de conflictos¹²². Por lo tanto, la coordinación entre ambas concepciones de la profesión jurídica resulta obligada para evitar el riesgo de que se desvirtúe la mediación por una inadecuada interpretación de sus objetivos¹²³.

Quizás no haya resultado por ello inapropiado iniciar este trabajo con una moraleja infantil. Por su potencia pedagógica, todo cuento responde a un objetivo en dos niveles diferenciados: por un lado, facilita a las personas mediadoras desplegar todos los recursos del lenguaje oral para trabajar con las percepciones y las narrativas de los mediados; por otro, y consideramos esto más relevante si cabe, facilita la difusión de una nueva cultura del acuerdo para la que los operadores jurídicos y especialmente los abogados están plenamente facultados. Y se podría concluir que de esta forma los letrados, desvestidos de su vieja toga, podrán cubrirse de nuevos ropajes que los lleven a transitar nuevos senderos.

RETROSPECTIVA Y RETOS PARA LOS ABOGADOS-MEDIADORES

Resumen: la entrada en vigor de la Ley estatal sobre mediación y la inminente aprobación de su norma de desarrollo reglamentario han situado, quizás por primera vez, a esta institución en el mapa de los abogados. La abogacía ha jugado un papel fundamental en el nacimiento y evolución de las técnicas ADR y actualmente desempeña una importantísima labor en la mediación. Su utilización permite a los profesionales renovar técnicas y habilidades comunicativas, negociadoras y pedagógicas propias de la profesión. Sin embargo, la urgencia de clientes e ingresos a que se ve abocado todo el sector por la grave situación económica existente pueden desvirtuar un

¹²¹ “Siendo ello así, resulta obligado que los Colegios de Abogados profundicen sobre la conveniencia de constituirse en Instituciones de Mediación”. Vid. P. HERNANDO LARA, “El papel del abogado y de los Colegios en la mediación en asuntos civiles y mercantiles”, *Abogados*, nº 61, 2010, p. 25.

¹²² Vid. E. CARRETERO MORALES, “La necesidad de cambios en los modelos de solución de conflictos”, en H. SOLETO MUÑOZ (dir.), E. CARRETERO MORALES y C. RUIZ LÓPEZ (eds.), *op. cit.*, p. 64.

¹²³ “Los abogados generalmente controlan el proceso de mediación, prefiriendo con frecuencia los modelos evaluativos más que los facilitativos. A menudo consideran la mediación como el equivalente funcional de una sesión para la obtención de un acuerdo judicial privado y actúan de acuerdo a un modo adversarial”. Vid. J. NOLAN-HALEY, “Mediation: The “New Arbitration”, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol .17, Nº 61, Verano 2012, p. 78.

movimiento que exige para su aplicación de la adecuada asimilación de sus profundas implicaciones para la transformación de las relaciones sociales.

Palabras clave: técnicas ADR. Mediación. Abogacía. Abogado-mediador. Deontología Profesional.

RETROSPECTIVE AND CHALLENGES FOR LAWYERS-MEDIATORS

Abstract: thanks to the enactment of the state law on mediation on civil and commercial affairs in Spain and the imminent approval of its development rules, many lawyers and Bars first attend on mediation. Implementation of mediation is connected to reorganization to the Bar. The lawyers have developed an important role in the birth and evolution of ADR techniques. In facts, they contribute to mediation with accurate communicative, relational and ethical skills. The traditional role as representation in legal proceedings is relegated to the background in order to play new roles required by civil society. However, the lack of customers and fees in legal sector can ruin a transformative movement on social relations and peace culture establishment.

Keywords: ADR techniques. Mediation. Advocacy. Lawyer-mediator. Corporative Ethics.

Artículo recibido: 5.6.2013
Artículo aceptado: 30.9.2013