

Abogados y mediación: caminando juntos

AMPARO QUINTANA GARCÍA

Abogada y Mediadora

Iuris, Nº 219, Sección Análisis, Quincena del 1 al 15 Sep. 2014, Editorial LA LEY

Tanto la abogacía como la mediación son disciplinas centradas en la resolución de los conflictos, aunque desde perspectivas muy distintas. Saber dónde están los límites de una y otra, lejos de entrañar una barrera o traba, permitirá que ambas profesiones ocupen el lugar que les corresponde, sin sentirse invadidos en sus respectivos ámbitos de actuación. Los abogados pueden jugar un papel muy importante dentro de una mediación eligiendo a los mediadores, asesorando a sus clientes o dando forma y trámite jurídico a los acuerdos de las partes.

I. INTRODUCCIÓN

En su preámbulo, el Código Deontológico de la Abogacía Europea recoge que la función del abogado «no se limita a ejecutar fielmente un mandato dentro del marco legal», concibiéndolo como un colaborador indispensable para la Administración de Justicia. Por lo tanto, es pieza clave dentro del Estado de Derecho.

Asimismo, el Estatuto General de la Abogacía Española, en su art. 1, establece que «la abogacía es una profesión libre e independiente que presta un servicio a la sociedad en interés público y que se ejerce en régimen de libre y leal competencia, por medio del consejo y la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídicas, en orden a la concordia, a la efectividad de los derechos y libertades fundamentales y a la Justicia.» Es decir, el buen hacer de los abogados pasa necesariamente por promover esa concordia a través de sus conocimientos específicos de Derecho. Sin duda, la mayoría de ellos promueven pactos antes de llegar al litigio y tal vez sea esta el motivo por el cual, en muchas ocasiones, se incluye la mediación entre las tareas o funciones que desarrolla el abogado, lo que entraña confusión para quienes no estén familiarizados con el tema. Un abogado puede ser mediador y viceversa, pero nunca las dos cosas en un mismo asunto, pues se trata de métodos distintos de gestión de conflictos, con sus propias reglas y pautas cada uno de ellos.

Ahora bien, lejos de configurarse como dos figuras antagonistas y confrontadas, la abogacía y la mediación se necesitan mutuamente, dado que los conflictos son consustanciales a la naturaleza humana y, a pesar de que en sí mismos no son ni positivos ni negativos, lo que puede resultar destructivo es la manera de afrontarlos. En este sentido, abundan las resoluciones judiciales y pactos *inter partes* que, lejos de resolver el problema de fondo, generan a su vez otras disputas, dando lugar a una sucesión indeterminada de reclamaciones que agotan a las partes, a los profesionales y al propio sistema de Justicia.

II. QUÉ HACEN LOS ABOGADOS Y QUÉ HACEN LOS MEDIADORES

Tradicionalmente, los abogados son profesionales que previenen y resuelven conflictos a través del asesoramiento, la negociación o la defensa ante los tribunales. De hecho, cuando alguien tiene un problema del que pudieran derivarse consecuencias jurídicas, normalmente busca un abogado para pedirle consejo, pues socialmente se tiene asumido que ellos son los encargados de tales cuestiones. Además, se les exige que luchen hasta el final y que defiendan las peticiones de sus clientes como si fueran propias, de lo que pueden extraerse estas consecuencias:

- Cuando asesoran, los abogados lo hacen desde el punto de vista del cliente, ofreciéndole las opciones que más le favorezcan. Debiendo actuar dentro de la ley, le ayudan a hacer cosas que no le perjudiquen, lo que muchas veces entrará en colisión con los intereses de la contraparte.
- Cuando negocian, también lo llevan a cabo bajo la óptica de la defensa de los intereses de su cliente y, en este sentido, la idea de una buena negociación suele ir aparejada a la mayor ventaja que pueda obtenerse, dentro de la idea de que ganar lo máximo es acercarse lo más posible al 100% del todo. Por eso y en general, las negociaciones se basan en ser duro con el contrario, hacer concesiones de vez en cuando y regatear todo lo que se pueda. Raras veces se vislumbra la posibilidad de negociar desde la colaboración.
- Cuando ejercitan acciones ante los tribunales, se percibe a las otras personas como las causantes del litigio; son enemigas y los canales de comunicación se establecen entre abogados, no entre las partes involucradas.

Como consecuencia de todo lo anterior, el abogado no puede ser imparcial, pues debe tomar partido por quien contrata sus servicios. Tampoco va a ser neutral, ya que se espera de él que aconseje, que indique el camino a seguir tome por él las decisiones oportunas para que su cliente pueda alcanzar sus objetivos. Hasta hoy, la formación encaminada al ejercicio de la abogacía se centra en la adquisición de destrezas para saber batirse en el pleito: desde el modo de redactar un escrito hasta la forma de interrogar en un juicio y, como se ha aludido anteriormente, es lo que se espera del buen abogado.

Por su parte y de manera sucinta, [los mediadores](#) no asesoran, ni opinan, ni dan consejos. Mucho menos aun toman decisiones por las partes. Su labor consiste principalmente en facilitar el diálogo entre los mediados y ayudarles a generar opciones que les permitan poner fin al conflicto.

Durante la mediación, los interesados negocian desde la colaboración, tomando como referencia no lo que cada uno quiere (las posiciones), sino por qué lo quiere (intereses) y para qué lo quiere (necesidades que desea cubrir). El mediador articula un proceso para que afloren los verdaderos intereses de las partes, de tal modo que, cuando se llega a un acuerdo, este satisface a todos porque todos obtienen lo que realmente querían.

Los mediadores amplían la concepción del conflicto, sacándolo del binomio ganar/perder, para situarlo en un campo donde todos ganan. En cierta forma, abren el abanico de las posibilidades más allá de lo que pueda ser usual en otros ámbitos, como por ejemplo el jurídico, favoreciendo que los mediados generen soluciones creativas.

El mediador sí tiene, por tanto, la obligación de permanecer imparcial y neutral, debiéndose abstener de valorar, prejuzgar o aleccionar. Es más, aunque por su formación o conocimientos estuviera capacitado para adelantar una solución que pudiera poner fin al conflicto, no debe hacerlo, ya que el acuerdo pertenece a las partes y es consecuencia de su implicación directa en la manera de resolverlo. La mediación se fundamenta en la responsabilidad de todos para gestionar adecuadamente la disputa que les perturba. Es, por todo lo dicho, un sistema autocompositivo y no adversarial de resolución de controversias.

III. LA SOMBRA DE LA MUTUA DESCONFIANZA

Hablando en términos generales, la relación entre abogados y mediadores no siempre es pacífica, recelando los unos de los otros por diferentes motivos.

En ocasiones, los primeros dudan de los segundos porque desconocen el trabajo que estos realizan, pensando muchas veces que los mediadores no se encuentran facultados para encargarse de los asuntos que les

corresponden a ellos, y sólo a ellos, como abogados. Conciben la mediación como una puerta falsa por donde pueden colarse los intrusos, máxime si la persona que media carece de formación jurídica. Pertenerían a este grupo aquellos que opinan que, «al fin y al cabo, mediar ya lo hacen ellos» o «llevan mediando desde que empezaron a ejercer» (craso error; en las facultades de Derecho a ninguno se nos ha enseñado a mediar y ni tan siquiera a negociar).

Otras veces, aun conociendo en qué consiste la mediación, proyectan sobre ella su temor a perder clientela y, por ende, a que disminuyan sus ingresos. Y por supuesto, no faltan quienes, habiendo seguido de cerca alguna mediación, si esta no terminó en acuerdo, propagan el rumor de que «eso no sirve para nada, es perder el tiempo».

Todas estas actitudes y algunas otras más que no se enumeran para no resultar demasiado prolija la exposición, desembocan en que a dichos profesionales jamás se les ocurrirá recurrir a otros para colaborar en la solución del problema de sus clientes.

Desde la otra orilla, no son pocos los mediadores que desconfían de los abogados porque piensan que pueden boicotear las mediaciones, ya no solo por algunas de las razones expuestas anteriormente, sino porque también en ocasiones vacían de contenido los acuerdos logrados por las partes en el proceso de mediación, cuando aquellas se los llevan con el fin de homologarlos judicialmente, por ejemplo. Se han visto documentos que poco o nada tienen que ver con la verdadera voluntad de los mediados y que, a corto o medio plazo, han desembocado en otro conflicto, ya que las personas, cuando van a cumplir con lo convenido, normalmente no se ciñen solo a la letra del instrumento que se supone lo recoge, sino que nunca falta quien rememora los pactos que se cerraron, la forma en que se llevaron a cabo, su contexto y hasta las palabras literales de los participantes. Es decir, la gente tiene memoria y la hace valer cuando un contrato o convenio no funciona.

Por otro lado y a pesar de sus imperfecciones, la Ley 5/2012, de 5 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en su art. 13 recoge cómo deben actuar los mediadores y, entre otras cosas, su apartado 1 establece que velarán para que las partes «dispongan de la información y el asesoramiento suficientes». Es decir, dado que aquellos han de mantenerse neutrales y evitar todo juicio de valor, procurarán que los mediados cuenten con los elementos necesarios que les permitan tomar sus decisiones en condiciones óptimas, sin errores que, de no corregirse, pudieran ponerles más adelante en algún aprieto.

Este «asesoramiento suficiente», si bien no se refiere únicamente al ámbito legal (puede ser necesario recabar una opinión técnica, científica o de otra índole), lo cierto es que muchas de las cuestiones que se llevan a mediación suelen tener un aspecto jurídico muy marcado.

IV. ¿CÓMO PUEDEN INTERVENIR LOS ABOGADOS EN EL PROCESO DE MEDIACIÓN?

La tendencia mundial, cuando surge un conflicto, es la de acudir a un abogado, a un mediador o a otros profesionales (trabajadores sociales, asesores, etc.). Lo importante es tener claro el papel de cada cual, pues solo así se consigue una relación de confianza entre las personas que quieren gestionar su problema y el experto al que visitan. De la misma forma que, cuando se está delante de un árbitro es necesario saber cómo va a actuar, qué se puede esperar del mismo y qué aspectos le estarían vedados, no por su incapacidad o falta de pericia, sino porque caerían fuera de sus facultades, abogados y mediadores, aun en aquellos supuestos en que coincidan sus formaciones de origen (existen mediadores que han estudiado Derecho e, incluso, han ejercido o ejercen como abogados), deben cuidar sus respectivas funciones, sucintamente expuestas en el apartado II del presente artículo.

Ahora bien, lejos de concebirse como cuestiones excluyentes y antagónicas, debería optarse por un punto de vista integrador, colaborativo y, por qué no, coaligado en aquellos supuestos en los que la disputa tenga o pueda tener consecuencias jurídicas.

De este modo, los abogados pueden intervenir en el proceso de mediación de alguna de las siguientes maneras:

1.º Informando a sus clientes acerca de la mediación

La labor de asesoramiento implica orientar de manera integral a quien acude a un despacho de abogados. Esto quiere decir que, cuando el cliente expone su problema, el letrado viene obligado a informarle sobre todas y cada una de las opciones que tiene y la manera de defender sus intereses: procedimiento judicial, arbitraje, negociación o mediación, por citar unas cuantas, indicándole también cómo se desarrollan cada uno de esos cauces.

Hay que tener en cuenta que las personas visitan los bufetes, en general, para solucionar su asunto y si esto puede alcanzarse más rápidamente y con menor desgaste emocional y económico, lo prefieren. La satisfacción de sus intereses se puede alcanzar previniendo el litigio y, según se ha visto al comienzo, es un mandato deontológico para los abogados intentar en primer lugar un acuerdo consensuado.

Por lo que a la mediación respecta y para poder informar correctamente, se hace necesario que los abogados cuenten con conocimientos veraces y reales de lo que es, sus principios y reglas, la labor de los mediadores, así como estar familiarizados con la teoría del conflicto y cómo surge y se desarrolla, para poder evaluar si el asunto que se le ofrece es mediable o no. Además, cada día es más frecuente toparse con empresas que les indican a sus abogados que traten de resolver el caso sin acudir a pleito, porque necesitan una solución más ágil, rápida y flexible que la que pudieran obtener en los tribunales, así como que no trascienda el conflicto más allá de las partes implicadas.

En países como Canadá, Argentina, Estados Unidos, Italia, Bulgaria y otros más, las normas exigen en muchos casos que, cuando se interponga una demanda, a esta la acompañe o bien un certificado acreditativo de que el abogado ha informado a la parte de que existe la posibilidad de valerse de la mediación para resolver el litigio, o bien un documento que confirme haber intentado dicha mediación. Es decir, en el Derecho comparado esa información se ha convertido en requisito de procedibilidad para la admisión de la demanda.

Si bien en España no existe todavía ninguna norma similar, lo cierto es que el art. 414 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, en su apartado 1, al hablar de la audiencia previa, establece que en la misma, «si no se hubiera realizado antes, se informará a las partes de la posibilidad de recurrir a una negociación para intentar solucionar el conflicto, incluido el recurso a una mediación...»

Igualmente y en materia de Derecho de Familia, en el Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental, se aboga por la intervención judicial mínima en las cuestiones derivadas de la nulidad, separación y divorcio, primando la regulación negociada entre las partes y estableciendo expresamente que los jueces puedan derivar a mediación. En este mismo orden de cosas, el Anteproyecto de Código Procesal Penal prevé introducir la mediación penal como fórmula de resolución del conflicto entre el infractor y la víctima.

Ante este panorama de extensión de la mediación en el ámbito intraprocesal, se hace muy necesario que los abogados sepan informar correctamente a sus clientes.

2.º Acompañando a las partes a la sesión informativa

No existe ningún obstáculo para que los abogados acudan a una sesión informativa con sus clientes. Es más, sería conveniente que, en aquellos supuestos en que los posibles mediados cuenten con letrado, fueran con ellos a esa

primera entrevista y esto por dos motivos fundamentales:

- Para que el abogado conozca y tenga claro cómo se va a desarrollar el proceso de mediación, quiénes son los mediadores, su manera de trabajar, qué se espera de él como letrado de parte y, en general, cualquier otro punto relacionado con la mediación concreta de que se trate. En resumen, que esté al tanto de qué va a pasar con el asunto y con su cliente si este decide iniciar esa vía alternativa.
- Para generar confianza, porque es importante que todos cuantos vayan a intervenir en la mediación lo hagan desde la transparencia y buena fe, contribuyendo así a borrar cualquier atisbo de sospecha o suspicacia respecto al trabajo realizado por unos profesionales u otros (ya se ha comentado en el punto III que pueden existir recelos entre abogados y mediadores).

3.º Orientando a sus clientes hacia unos mediadores u otro

Ningún caso es igual a otro, por mucho que se asemejen entre sí. Esta diferencia puede venir determinada por el tipo de conflicto, pues no es igual un problema de donde la relación ha sido, es o puede seguir siendo importante (pensemos en una disputa entre un comerciante y su proveedor habitual de determinada mercancía), que otro en que el elemento distorsionador es la interpretación de una cláusula contractual. El hecho diferencial de un asunto también puede venir marcado por el ámbito en que se desarrolle (penal, familiar, mercantil...) e, incluso, por las propias características de las partes (colaboradoras, manipuladoras, poderosas, etc.).

Todo ello conlleva que el abogado sepa a qué mediador recomendar o a qué institución dirigirse, para contar con los profesionales que resulten más idóneos y adecuados al caso concreto.

4.º Representando a su cliente (Personas Jurídicas)

Es habitual que los representantes legales de las compañías mercantiles y otras entidades sean los abogados de las mismas. En estos casos, acudirían a la mediación no como asesores o defensores, sino como parte del proceso, por lo que estarían sujetos a las mismas obligaciones e idénticos derechos que quienes asisten en su propio nombre.

Desde el punto de vista de los mediadores, conviene cerciorarse del contenido y alcance del poder de representación que tengan esas personas.

5.º Asesorando a las partes durante la mediación

Como se ha comentado anteriormente, es misión del mediador velar porque las partes cuenten con la información y asesoramiento que precisen. Pero, además, los mediados pueden en cualquier momento dirigirse a un abogado para que les oriente sobre determinadas cuestiones legales que hayan surgido en el transcurso de la mediación, o que revise los acuerdos que se vayan alcanzando, etc.

Esto puede llevarse a cabo fuera de las sesiones de mediación, o bien interviniendo en ellas, en cuyo caso deben seguirse las siguientes pautas:

- No conviene que participe si no existe anuencia expresa de las demás partes para que lo haga. De lo contrario, podría percibirse cierta parcialidad o favoritismo, e, incluso, provocar algún desequilibrio de poder entre los mediados.
- Dejarle claro al abogado cómo se desarrolla y discurre el proceso de mediación, subrayando que es su cliente quien debe intervenir activamente y tomar las decisiones que estime oportunas, para

evitar ciertos paralelismos con ámbitos adversariales en los que quienes llevan las riendas del proceso son los defensores de parte. Igualmente se le comentarán aquellas pautas o reglas especiales de procedimiento que hayan pactado las partes.

- Indicarle al abogado que el proceso es confidencial y que no podrá utilizar ninguna información aportada por quien no es su cliente y de la que haya tenido conocimiento durante la mediación, si no es con autorización expresa de la parte que la suministra.
- Si el abogado se incorpora a las sesiones desde el principio y se prevé que va a asistir hasta su finalización, conviene que tal circunstancia conste en el acta inicial de la mediación y la firme junto con las partes y el mediador o mediadores. Si se une cuando ya se ha iniciado el proceso, dependerá de la práctica procedimental o protocolo que siga cada mediador o institución; aquellos que acostumbren o vengán obligados a levantar acta de cada sesión, pueden hacerlo constar allí.

6.º Dando forma jurídica al acuerdo de mediación

Una vez que las partes han llegado a un acuerdo y sobre todo si este va a incorporarse a un procedimiento judicial, bien porque se trate de una mediación intraprocesal o bien porque sea necesario (el acuerdo de divorcio, por ejemplo), el abogado que se encargue de esos menesteres revisará el citado acuerdo, entresacará del mismo aquellas estipulaciones que resulten metajurídicas o no se refieran al caso y lo acomodará a las previsiones legales en cuanto a forma del mismo.

Como se ve, los abogados pueden intervenir en las mediaciones de distintas formas. Su papel no solo no queda mermado, sino que puede resultar de mucha ayuda en aquellos supuestos donde el elemento jurídico en la disputa es importante.

V. ¿QUÉ VENTAJAS TIENE LA MEDIACIÓN PARA LOS ABOGADOS?

En un mundo cada vez más especializado, donde abundan los conflictos complejos o de naturaleza múltiple y donde lo jurídico se mezcla a menudo con lo emocional, la mediación puede verse como una fórmula aliada en lugar de contrapuesta o enemiga, pues le brinda al abogado la posibilidad de gestionar los conflictos que él no llevaría ante un Tribunal, bien por falta de prueba, por su escasa cuantía, porque trascienden de lo legal, etc.

Normalmente, cuando han resuelto el problema a través de la mediación, sus clientes se sienten más satisfechos porque se han sentido escuchados, reconocidos y empoderados. Asimismo, han resuelto el verdadero fondo del asunto, al haber trabajado desde los intereses y necesidades de las partes y no solo desde las posiciones. Además, la mediación es mucho más rápida que un proceso judicial.

Tampoco debe olvidarse que es más fácil que las personas colaboren a solucionar sus cuitas si no se sienten atacadas o juzgadas; en este sentido, los mediadores son expertos en técnicas de comunicación y buscan el equilibrio entre las partes.

Los clientes esperan que su abogado les oriente y asesore de manera eficaz, pues quieren resolver el problema que les lleva hasta su despacho. Casi nadie se siente a gusto dentro de un conflicto y busca la fórmula de solucionarlo, lo que no siempre tiene que pasar por acudir a los juzgados o a cualquier otra vía adversarial.

El momento que vivimos es una buena oportunidad para que quienes ejercen la abogacía avancen hacia la colaboración con otros profesionales, ya que la interdisciplinariedad es un factor que contribuye a gestionar positivamente los conflictos, donde entre todos se tiende una red que agrupa multitud de puntos en interacción y porque no existe una sola forma de dirigir los asuntos.

Para finalizar, la mediación no es solamente una vía alternativa de gestión de conflictos, sino una manera de concebirlos, entenderlos y actuar ante ellos. Es importante que los abogados puedan contribuir al desarrollo de la llamada cultura de la paz, en que lo importante es esa búsqueda de la concordia que resaltan los códigos deontológicos y que tantas veces se deja de lado.

También sería deseable que, en los planes de estudios de Derecho, cursos de práctica jurídica y de acceso, se optara por un cambio de perspectiva, concibiendo el conflicto de otra forma y enseñando que, para ganar un caso, no siempre se precisa vencer al contrario.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Código Deontológico de la Abogacía Europea (2002):
http://web.icam.es/bucket/1383561228_CodigoDeontologicoDeLaAbogaciaEuropea.pdf
- Estatuto General de la Abogacía Española (2001):
http://web.icam.es/bucket/1383560991_EstatutoGeneralAbogaciaEspañola.pdf
- Moore, Christopher (1995): «El proceso de Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos». Ed. Granica.

