

ESTRATEGIA DE LA MEDIACIÓN

Un punto de partida para la implementación de reformas en la administración de justicia

RUBÉN ALBERTO CALCATERRA

Resumen: La incorporación de cualquier metodología nueva para el abordaje de los conflictos que involucran derechos, demanda de la previa determinación e implementación de iniciativas que abarcan tanto la generación de un debate que concluya con la delimitación de los alcances del método tanto en sus aspectos técnicos como procedimentales, así como educadoras de sus destinatarios, formadoras de sus operadores, legislativas y evaluadoras. Este trabajo tiene por objeto el análisis estratégico del proceso que comienza con el establecimiento del método de la mediación como requisito previo obligatorio al proceso judicial en la Argentina -el aspecto descriptivo de la decisión que determina esa incorporación al sistema de administración de justicia- y termina con la propuesta de cómo, desde el punto de vista del autor, debería ser ese proceso y la integración de todas las metodologías -el aspecto prescriptivo de la decisión- en un renovado sistema de administración de justicia.

Palabras Clave: Justicia, conflicto, métodos, estrategia.

Abstract: The incorporation of any new methodology to approach conflicts that involve rights, demands previous determination and the implementation of initiatives that, in one hand, include the generation of a debate that concludes with the definition of the method's technical and procedural scope, and on the other hand, that become educators of their recipients, trainers for their operators, legislative and evaluative. This paper goal is the strategic analysis on the process that begins with the establishment of mediation as a previous and mandatory requirement to judicial processes in Argentina -the descriptive aspect of the decision that determines its incorporation to the justice administration system- and ends with the proposition on how, from the author's point of view, should the process and the integration of all the different methodologies be -the prescriptive aspect of that decision- in one renewed justice administration system.

Keywords: Justice, conflicto, methods, strategy.

Introducción

1. Ámbito del trabajo

Este trabajo tiene lugar en el marco de las Jornadas de Teoría General del Derecho y Estrategia Jurídica que se desarrollaron en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario los días 1, 2 y 3 de septiembre 2011, organizadas por el Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social y la Cátedra C de Filosofía del Derecho de dicha Facultad, a las que fui invitado a exponer sobre el tema que informa su título.

2. El objeto del trabajo

El objeto de este trabajo es, pues, recrear la exposición realizada por mi parte en aquella oportunidad y, siendo que referirse a la mediación implica introducirse en el campo de su adopción como método para abordar conflictos que comprometen derechos, reiterar mis ideas sobre la necesidad de introducir modificaciones en la organización de la administración de justicia actual, proponiendo para ello un modelo operativo.

La utilización intencionada de la palabra *reiteración* tiene por objeto dejar debidamente aclarado que mis ideas acerca del tema del subtítulo no son originales de este trabajo, ya que han sido planteadas por mi parte en oportunidades anteriores¹, aunque lo novedoso de este trabajo es que se sostienen desde un razonamiento estratégico.

La mediación es una práctica híbrida cuya tecnología puede aplicarse a todo tipo de conflictos y puede presentarse como una práctica social o como una práctica legal.

A su vez, hablar de estrategia de la mediación convoca al abordaje de dos cuestiones:

¹ CALCATERRA, Rubén Alberto, “Hacia un nuevo paradigma en el sistema de administración de justicia. El modelo de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos”, en ARGENJUS Argentina Justicia, “Justicia y medios alternativos. Trabajos del Concurso Argenjus 2009 – 2010: 10 años por la Justicia”, Buenos Aires, Editorial La Ley, 2011, págs. 56 a 75.

A. La cuestión interna al método, es decir, aquello relativo a los principios y a las tácticas en torno a los que se estructuran los diversos modelos operativos.

B. La implementación del método en determinado ámbito.

Teniendo todo ello en cuenta, este trabajo expondrá sin límites mis ideas acerca de la cuestión interna, pero sufrirá una limitación en cuanto a la cuestión externa, ya que trataré lo atinente al método como práctica incorporada al sistema de administración de justicia.

Desarrollo

3. La cuestión interna: Estrategia de la mediación

Ubicada en el sector de los denominados Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos o ADR (sigla que tiene por objeto identificar a los Alternative Dispute Resolution), su práctica es muy antigua sobre todo en los países de Oriente, aunque ha sido rescatada para Occidente en los Estados Unidos de Norteamérica durante los años 70 del siglo pasado e incorporada como práctica legal en la Argentina por la ley 24.573.

El modelo que orientó la formación de sus primeros operadores siguió al método de la Escuela de Harvard, lo que permite suponer que lo que se adoptó para introducirla como práctica legal, fue el método entendido como una negociación colaborativa facilitada por un tercero; así, al menos, surge de uno de los trabajos paradigmáticos publicados en el país².

Desorientado sobre el arribo a nuestra práctica de una metodología que se definía por lo que no era –lo alternativo-, escribí durante el año 1996 un artículo³ que trataba de despejar la metáfora que la palabra mediación implicaba. Un par de años más tarde, el 26 de noviembre de 1998, el prestigioso procesalista Michele Taruffo, de la Universidad de Pavía, confesó similar desorientación señalando que “los ADR adoptan numerosas versiones

² HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S., “Mediación para resolver conflictos”, 1ª edición, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995, págs. 206/213.

³ CALCATERRA, Rubén Alberto, “La Metáfora Mediación”, en Suplemento de Resolución de Conflictos (Mediación y otras alternativas) de La Ley, Buenos Aires, 16 de diciembre de 1996, págs. 11 a 14.

distintas en los distintos ordenamientos, y muchas son las manifestaciones concretas que la justicia alternativa puede tener”, apareciendo también como significativo que “el ADR no es un fenómeno unitario y homogéneo sino en negativo, vale decir, en función de ser alternativo respecto del método del proceso judicial” y se trata, además, de “un universo variado y variable y fuertemente diferenciado, en el cual existen muchas formas de arbitraje (...) junto a aún más numerosas formas de conciliación, mediación, negociación, técnicas de compromiso que, en cada caso, son modeladas según las necesidades”, lo que “induce, finalmente, a una advertencia crítica: si las cosas están así, cualquier juicio global en torno a los métodos alternativos resulta ser irremediablemente vago y, por tanto, casi completamente infundado”⁴.

Refiriéndose a la implantación del método en la Argentina, el recordado profesor Remo F. Entelman comenzó el prólogo de mi libro referido al tema de la exposición expresando: “Este libro versa sobre un tema cuyo nacimiento y desarrollo en la Argentina debe calificarse, al menos, como infeliz y accidentado si uno quiere ser neutral respecto de versiones que tornan perversas algunas de las etapas críticas de su historia”⁵.

3.1. Es que el nacimiento y el desarrollo aludidos, además de la improvisación con la que se introdujo el método, estuvieron marcados por las consecuencias de la adopción de un modelo que:

A. Responde a un esquema de causalidad lineal, de causa - efecto, en el que la causa está representada por las diferencias entre los conflictuantes, cuyo efecto es el conflicto. A partir de un esquema así, la metodología para solucionar el conflicto pasará por disminuir o eliminar las diferencias alentando la búsqueda de semejanzas. Pero resulta que el camino hacia “lo mismo” no da ninguna información, no permite hacer diferencias y, con ello, se desvanece la capacidad que tenemos los seres humanos de hacer diferencias para poder establecer qué es esto y qué es aquello.

B. La relación entre las partes en conflicto aparece así descontextualizada y a-histórica.

⁴ TARUFFO, Michelle, “Aspectos de crisis de la justicia civil: fragmentación y privatización” conferencia dictada en el Seminario de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid 3, Madrid, 1999.

⁵ CALCATERRA, op.cit., pág. 21.

C. El modelo lineal cree que el conflicto es caótico, por eso sigue una dirección del caos al orden, es decir, trata de ordenar el caos. Creo firmemente que esto ocurre porque se concibe al conflicto como un objeto y no como un sistema, dado que, si se lo enfoca desde esta última perspectiva, se advierte de inmediato que resulta imposible conocer cómo funciona un sistema caótico porque la palabra clave que ordena todo sistema, la organización, está ausente. Sin la posibilidad de aislar las leyes que gobiernan la organización del sistema resulta imposible operarlo o, al menos, sus resultados serán pobres.

D. Las emociones representan una dificultad. En el intento de apartarlas del mismo es que se alienta de entrada la expresión y la aireación de las emociones. Pero el caso es que la mediación es un proceso que se juega en el discurso⁶ y esa estrategia parece desconocer el esquema que domina a los actos de habla en el contexto del conflicto: lo primero que hace cuando expone quien conflictúa es quejarse y acusar; si ese movimiento, absolutamente previsible, no es controlado por el operador que todavía lo alentará a expresar sus emociones, el proceso intrapsíquico del sujeto producirá un discurso que puede graficarse como una escalera en sentido ascendente que presenta el siguiente escenario:

┌ Peldaño 4: Queja y acusación = enojo y más sentimiento de víctima

┌ Peldaño 3: Queja y acusación = enojo y más sentimiento de víctima

┌ Peldaño 2: Queja y acusación = más enojo y más sentimiento de víctima

Peldaño 1: Queja y acusación = enojo

Queda conformada así una escalada en la que no solo el que habla se autoconviene cada vez más de que su posición es la legítima, de que *tiene razón*, sino que también el otro sujeto del conflicto queda cada vez más deslegitimado y obligado, por la ley del comportamiento empírico del conflicto,

⁶ Íd., págs. 37 a 40.

“a responder con una conducta de magnitud mayor”, ya que, “mantener su conducta anterior y soportar la escalada del adversario supone, o un sometimiento a éste, o el fomento de su vocación de escalar. La respuesta con intensidad mayor, genera a su vez el círculo de provocar en el otro, autor de la escalada originaria, una nueva reacción de ascenso de la conducta”⁷.

E. Focaliza en lo intrapsíquico, ya que está basado en la búsqueda de las necesidades y de los intereses de cada uno de los que conflictúan.

F. Naturalmente que, partiendo del foco intrapsíquico, el supuesto es la exclusión del otro.

G. La meta de este modelo es lograr el acuerdo.

3.2. La primera reacción a este modelo es encabezada por la llamada mediación transformadora, que incorpora al campo el paradigma circular, pierde vista el eje de la satisfacción y el arreglo, incorpora una visión transformadora del conflicto y de la mediación. Coloca como objetivo “el mejoramiento de las propias partes” por sobre “el mejoramiento de la situación de las partes comparada con lo que era antes”; resignifica el concepto de éxito, que se alcanza “cuando las partes realizan la experiencia del crecimiento en las dimensiones del desarrollo moral [...]: la capacidad para fortalecer el yo y la capacidad para relacionarse con otros. Estos son los objetivos de la revalorización y el reconocimiento”⁸.

3.3. Durante el mes de octubre de 1991 se lleva a cabo en Buenos Aires uno de los acontecimientos científicos, a mi juicio, más importantes del siglo pasado, el Encuentro Interdisciplinario Internacional Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad que, organizado por la Fundación INTERFAS, nuclea desde el 23 hasta el 26 de ese mes a los popes de la sistémica mundial encabezados por figuras como la de Ilya Prigogine, Edgar Morín, Heinz von Foerster, Ernst von Glasersfeld, Evelyn Fox Keller, Mario Castagnino, Félix Guattari, Mony Elkaïm, Gianfranco Cecchin y Carlos Sutzki, entre otros.

⁷ ENTELMAN, Remo Fernando, “Teoría de Conflictos”, 1º ed., Barcelona, Editorial Gedisa, 2002, pág. 178.

⁸ BARUCH BUSH, Robert A. y FOLGER, Joseph P., “La Promesa de Mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros”, 1º ed., Buenos Aires, Granica, 1996.

Durante las actividades Pre-Encuentro, la Doctora Sara Cobb, profesora visitante de los Departamentos de Comunicaciones y de Ciencias Políticas de la Universidad de California, dicta un taller denominado “La pragmática de la neutralidad en la mediación de disputas”, en el que enuncia una serie de tecnologías para el abordaje de conflictos sobre la base de las Narrativas. Diseñadas en un medio circular, rápidamente esas tecnologías pasaron a conformar lo que se dio en llamar el modelo Circular Narrativo, aunque en realidad no llegan a conformar un modelo en su estricta formulación científica.

3.4. Imbuido por la influencia de la obra del abogado, psicólogo y profesor de Psicología Social de la Universidad de Cagliari, Guglielmo Gulotta, y del psicólogo y sociólogo del Centro para el Estudio de la Familia de Milán, Giuseppe Santi⁹, y por la sistémica de Milán, regresé en el año 1989 de mi viaje de estudios a Italia con una idea absolutamente clara de la filosofía que debe dirigir la implementación de estrategias de administración de conflictos. La relación con los trabajos que venía llevando a cabo el profesor Remo Fernando Entelman en la Argentina, ese mismo año, y las tecnologías recibidas de Cobb, cimentaron las bases del modelo de mediación estratégica que fue en definitiva publicado durante el mes de abril de 2002.

Ante todo, cabe aclarar, como ya se ha hecho¹⁰, que si bien las propuestas que responden al paradigma circular hoy existentes son tres: el Transformativo, el Circular Narrativo y el Estratégico, la diferencia sustancial entre los tres es que, en mi opinión, solo el estratégico trasciende la propuesta para constituirse en modelo según la estricta significación del término en el ámbito académico y científico, “porque integra un sistema que recorta una parte del universo limitada en tiempo y espacio, la ha sometido a observación, desarrollado la explicación del fenómeno incluyendo la predicción, con una modelización sobre la base de un estilo, una técnica, la experiencia, el desarrollo de habilidades y la posibilidad de utilizar medios materiales; se somete a la comparación y a nuevas observaciones, lo que

⁹ GULOTTA, Guglielmo y SANTI, Giuseppe, “Dal conflitto al consenso. Utilizzazione di strategie di mediazione in particolare nei conflitti familiari”, 1º ed., Milán, Giuffrè Editore, 1988.

¹⁰ CALCATERRA, op.cit., pág. 61.

permite la falsación de sus principios. Según las más modernas clasificaciones, se ubica en la categoría de modelo mental, porque construye una representación mental de estructuras y procesos, y semántico, porque realiza una formalización lingüística del modelo mental”.

Las propuestas circulares, centran toda su atención a los aspectos relacionales de los conflictuantes para modificar los patrones de interacción y proveer cambios de significados. Desarrollan el foco interpersonal. El conflicto representa un orden sujeto a reglas de interacción que hay que desestabilizar para alcanzar un nuevo orden.

El modelo estratégico sostiene que la mediación es, sobre todo, un proceso formal que trasciende el contenido del conflicto que se pretende resolver.

Este primer supuesto fundamenta una organización de proceso altamente estructurado cuyo manejo demanda un conocimiento técnico operativo de sus etapas, estadios y pasajes que, sintéticamente puede resumirse de la manera que sigue.

Durante la etapa I -Preliminar-, todo el primer estadio de la Convocatoria informa estrategias acerca de quién convoca y cómo convocar. Incluye la entrevista previa destinada a evaluar el caso y acordar los términos de la mediación (elección del mediador, determinación de los honorarios y de su forma de pago, quiénes asistirán al proceso y el alcance de las cuestiones a tratar en él). La entrevista previa opera como un verdadero modelado del proceso en la medida que reúne información básica al mediador, trabaja la derivación y la reticencia y provee a las partes la primera estructuración de la tarea. Sus objetivos son generar y preparar el proceso y predisponer a las partes.

La etapa II -Enmarcamiento de la disputa- incluye los estadios Propedéutico y Exploratorio. El primero de ellos se propone contextualizar y estructurar el proceso, generar en las partes seguridad y confianza tanto en el proceso como en el mediador y en la mediación como método, construir una alianza de trabajo y crear el espacio para una recíproca evaluación mediador/partes. Sin perjuicio de la disposición del ambiente, el pasaje central de este estadio es el discurso inicial del mediador, que estratégicamente acepta el conflicto que traen las partes, lo legitima y redefine así percepciones; refiere la esencia, la estructura y las reglas del proceso así como la ideología de la mediación; define roles, realiza maniobras de anticipación, de control del proceso y de devolución del poder a las partes. El segundo, se centra en la

búsqueda de datos, en la definición y descomposición de los problemas y en la delimitación de las áreas de acuerdo y de desacuerdo. Aquí comienza el trabajo del mediador con las narrativas, que constituye una de las herramientas centrales del modelo, así como la pesquisa de las palabras clave que, una vez aisladas, le servirán de orientación y guía durante todo el desarrollo del proceso.

La etapa III -Actuación de la Disputa-, abarca los estadios de Deconstrucción del Conflicto, de Reconstrucción de la Relación, Negocial y Decisional. El primero de ellos tiene por finalidad desarrollar y analizar el conflicto, identificar cuestiones, posiciones, intereses, necesidades y valores de las partes. El mediador trabaja aquí sobre la comunicación, sus contenidos y niveles y el manejo de la información. Se intensifica el trabajo sobre las narrativas, tanto en el análisis de la estructura del discurso de las partes como de la intervención en el proceso de contar la historia y en el contenido de la misma, a través de la movilización de los recursos que procuran la legitimación y la alteración de las pautas interaccionales, sin perjuicio de destacar la importancia de la escucha activa, la lectura de los mensajes a niveles verbal y corporal, la reformulación de las cuestiones, la paráfrasis, el resumen y la técnica de formulación de preguntas. El segundo de ellos se propone la redefinición de interacción y contexto a través de la presentación de la historia alternativa. El tercero se dirige en forma directa a generar ideas y a la búsqueda de opciones resolutivas, apoyando sobre los pilares de la flexibilidad, la innovación y la creatividad. El modelo provee aquí técnicas de facilitación tanto para enfrentar estilos competitivos como colaborativos. Finalmente, el cuarto, trata de la decisión informada como pauta reguladora de acuerdos estables y duraderos.

La IV etapa -Cierre del Proceso- comprende dos estadios y ambos abarcan dos supuestos: el primero distingue entre la necesidad de Puesta de Límites, con los pasajes de reflexión y de impasse y el supuesto de Acuerdo; ambos conectan con el último de los estadios, el de Clausura, que también discrimina entre el supuesto Sin Acuerdo, con las previsiones de envío o no envío a otro sistema y el Acuerdo que contiene previsiones sobre la elaboración de los preliminares y la revisión jurídico-legal del mismo. La etapa sugiere técnicas para motivar el acuerdo, lo cual informa que ella comienza mucho antes que el momento mismo de la mera clausura por acuerdo o por desacuerdo.

En materia de comunicación incluye los aspectos digitales o verbales y los analógicos o para-verbales (corporales, gestuales). Los elementos analógicos califican a los digitales, razón por la cual son considerados meta-comunicacionales.

La epistemología de la complejidad lo lleva a sostener que en los conflictos no hay una causa única, sino una serie de causas que se retroalimentan de manera permanente.

Incluye la noción de contexto y los aspectos tanto espaciales como históricos del conflicto.

La metodología consiste en aumentar las diferencias de manera controlada, porque son ellas las que proveen información y permiten la modificación de las historias de las partes, que son las que contienen el conflicto.

Las emociones son controladas y se fomenta la reflexión.

El supuesto es la complementariedad, porque la finalidad es que, si se alcanza el acuerdo, se lo haga respetando las diferencias.

3.5. Afortunadamente, de un principio en el dominó un marcado desconcierto en torno a la adopción de propuestas operativas y a la formación de sus operadores, en el momento actual se puede afirmar que la integración de lo lineal y de lo circular está justificando la incorporación de esta metodología a la práctica legal.

4. La cuestión externa: la incorporación del método al sistema de administración de justicia

Para esta cuestión utilizaré elementos de estrategia y de las teorías de la decisión.

En primer lugar, un desarrollo razonado del proceso estratégico de toma de decisiones, deberá tener en cuenta que la eficacia de ese proceso depende de la percepción lo más realista posible de un determinado escenario, y que lleva implícito un intento deliberado de gobernar o modelar el futuro en áreas limitadas.

En segundo lugar, y siempre desde el análisis de la decisión estratégica, habrá de recorrer todo el camino del análisis estratégico, es decir:

A. A qué «filosofía» respondió la adopción del método, siendo que toda filosofía debe basarse, a su vez, en una concepción del devenir o de los escenarios de futuro del decisor.

B. Qué «política» se correspondió a esa filosofía.

C. Qué «táctica» se utilizó para responder a la «planificación estratégica» de esa política.

En tercer lugar, todo ello para concluir:

4.1. Cómo ha sido esa decisión estratégica, lo que compromete el análisis de la misma en su faz «descriptiva».

4.2. Como debería haber sido y, por defecto de lo que fue, cómo debería ser, a juicio de quien aquí escribe, lo que importa una propuesta efectuada desde la faz «prescriptiva» de la decisión.

Un buen punto de partida sería preguntarse: ¿Qué percepción tenía el decisor estatal acerca del escenario imperante en la administración de justicia argentina para decidir como lo hizo al implementar el método de la mediación?

No cabe duda alguna sin perjuicio de su extremado simplismo: una justicia sobrecargada por el desbordante ingreso de causas.

En tal contexto, la verdad es que dudo que se haya seguido alguna filosofía; se propuso una solución directamente desde la política, que fue adoptar el proceso de mediación obligatorio con el objetivo, según surge del mensaje del propio Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, de reducir el ingreso de demandas al fuero y descomprimir, aunque sea parcialmente, el sistema judicial¹¹.

¿Cuál fue la planificación de la táctica? Más allá de los contenidos de publicaciones oficiales¹², lo cierto es que se promulgó la ley y se la reglamentó a las apuradas sin tener en cuenta que para operar un método primero se deben llevar a cabo muy serias y variadas iniciativas previas, como, a título ejemplificativo, aconsejamos en oportunidad de responder a la

¹¹ Ley 24.573, sancionada: Octubre 4 de 1995, Promulgada: Octubre 25 de 1995.

¹² SECRETARÍA DE JUSTICIA, MINISTERIO DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, “Mediación. Proyecto Piloto. Implementación. Desarrollo. Evaluación”, Buenos Aires, La Ley, 1996.

requisitoria de la Unión Europea en el proceso de elaboración del Libro Verde:

“El enfoque general que proponemos en referencia al tratamiento por parte de las instituciones de la Unión Europea con relación a las ADR es claramente activo. Esta idea puede ser concretada en dos aspectos: por un lado, y en virtud de los argumentos esgrimidos anteriormente, consideramos que la viabilidad de las ADR en un contexto comunitario está directamente vinculada con la actuación de las instituciones europeas. En este sentido, defenderíamos el carácter promotor de sus iniciativas. Por otro lado, dadas las distintas experiencias ya concretadas en diferentes naciones cabrá exigir un carácter integrador de las acciones de las instituciones de la Unión Europea. Esta dualidad de acción queda puesta de manifiesto al enumerar las iniciativas que consideramos pertinentes así como su alcance. Las iniciativas que consideramos cabría emprender pueden ser enumeradas de la siguiente forma:

A. Iniciativas unificadoras, que tienen como objetivo la generación de un debate que concluya con la delimitación de las ADR. Estas iniciativas deberían generar una unificación del debate tanto en sus aspectos terminológicos como procedimentales.

B. Iniciativas educadoras intentan lograr un adecuado conocimiento de las ADR por parte de la ciudadanía, esto es, de los destinatarios de este tipo de Métodos.

C. Iniciativas formadoras, encaminadas a la definición y control de la formación de los terceros (operadores de conflictos).

D. Iniciativas legislativas, que deberían concretar los parámetros de las ADR y determinar los procedimientos de éstas.

E. Iniciativas evaluadoras, que apuntarían tanto al posible desarrollo de programas piloto como al control de la implementación de los diferentes procedimientos”¹³.

Frente a tanta distancia entre políticas de implementación, cómo evitar regresar a esta altura del análisis a las expresiones de Entelman en el prólogo a mi libro ya citado, teniendo especialmente en cuenta que lo que

¹³ CALCATERRA, Rubén Alberto y CALVO SOLER, Raúl, “Aportes para el Libro Verde de la Comisión Europea”, Dirección General de Justicia y Asuntos de Interior, Unidad A3 - Cooperación judicial en materia civil, LX 46 5/152, Bruselas, 2002.

sigue lo dice el desaparecido profesor en el año 2002, es decir, siete años después del dictado de la ley 24.573.

“¿A quien intenta el autor dirigirse? Varios podrían ser los destinatarios para los que escribe. En primer lugar, podría hacerlo para los profesionales de la mediación, sedientos de enseñanzas que no fueran más de lo mismo, otra vez las recetas a las que los tienen acostumbrados la moda editorial, que tanto en negociación como en mediación han liderado algunos modelos que se exhiben con el sello de prestigiosas universidades extranjeras [...] otro universo de destinatarios [...] miles de abogados a quienes, en su función de litigar, la legislación federal ha impuesto la tarea de asistir a las partes en una previa etapa de mediación forzosa, no emanada de un proceso racional de decisión, omitiendo el hecho de que su educación terciaria no los capacita para desempeñarse como negociadores. Y al pensar en esos abogados [...] aparece el universo de los propios conflictuantes, obligados a transitar por un proceso autoritariamente impuesto, administrado por el lenguaje del poder, del que nada saben y del que nada pueden aprovechar”¹⁴.

Ahora bien, a pesar que la realidad obligó a la autoridad de aplicación a implementar planes que indudablemente mejoraron la calidad de la formación de los mediadores, que la política hacia el sector logró que hoy se cuente con una ley¹⁵ que ha establecido el método con carácter permanente, que se hayan multiplicado los trabajos doctrinarios sobre el tema, que se hayan acuñado términos como acceso a justicia para diferenciarse de acceso a la justicia, lo cierto es que se fue delineando una filosofía que, antes ausente, ahora, a mi juicio, representa un verdadero obstáculo para una solución de fondo y para una verdadera modificación del sistema de administración de justicia.

Esa filosofía es la «desjudicialización» del conflicto.

Asumo plenamente que muchos pensarán que esta afirmación es producto de un desvarío de mi parte, porque hoy prima de manera prácticamente unánime ese principio y no solo en nuestro país; el Consejo de Ministros aprobó hace unos días en España la remisión a las Cortes Generales del Proyecto de Ley de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles. La iniciativa, que se enmarca en el Plan de Modernización de la Justicia 2009-

¹⁴ ENTELMAN, op.cit., pág. 22.

¹⁵ Ley 26.589. Mediación y Conciliación. Sanción: 15/04/2010; Promulgación: 03/05/2010; Publicación en el Boletín Oficial: 06/05/2010.

2012, también sigue una política cuya estrategia es de impulso normativo para aliviar de carga de trabajo a juzgados y tribunales mediante la resolución de este tipo de conflictos en el ámbito extrajudicial, a la par que persigue que los ciudadanos puedan resolver sus diferencias sin necesidad de acudir a un juicio.

Sin perjuicio del peso de la unanimidad apuntada y respetándola, no puedo dejar de señalar que desjudicializar el conflicto, en el ámbito del Derecho, me hace tanto ruido como un aguacero golpeando en un techo de chapas. Puede resultar placentero para unos y hasta romántico para otros, pero frente al estado de crisis del sistema judicial, que perdura aún después de diecisiete años de vigencia del intento de renovación vía la tibia táctica de dictar leyes de mediación como planificación de una estrategia que sigue a una política de disminuir la sobrecarga de los tribunales, a su vez apoyada en la filosofía de desjudicializar el conflicto que compromete derechos, creo que ha llegado el momento de dejar placeres y romances de lado para impulsar una profunda modificación.

5. El adiós a los métodos. La bienvenida al proceso como sistema

También ya ha sido objeto de señalamiento de mi parte que las metodologías imperantes hasta ahora, tanto en el ámbito de lo no alternativo -el proceso judicial- como en el de lo alternativo -la mediación-, para seguir la terminología criticada pero todavía vigente, siguen una “práctica unánime, corriente y cotidiana, que concibe el abordaje del fenómeno conflicto directamente a partir de alguno de los métodos”¹⁶.

No hace falta remontarse demasiado en la evolución de las ciencias para advertir que este paradigma sigue respondiendo al principio de la ciencia clásica que, a partir de una simplificación no complejizadora basada en hacer más sencillos los fenómenos para favorecer a su comprensión, nos enseñó a dividir, a separar; cimentó un pensamiento disyuntivo, reductor, que desemboca en la especialización a ultranza¹⁷.

¹⁶ CALCATERRA, op.cit., pág. 57.

¹⁷ Ver MORÍN, Edgard, “Epistemología de la complejidad” en “Nuevos Paradigmas, Cultura y Subjetividad”, Buenos Aires, Paidós, 1º ed., 1994, pág. 424/425.

La consecuencia, en el plano de las políticas de administración de los conflictos sigue esa simplificación: por ley enviemos todo lo que no se exceptúa al método mediación primero, y, agotado sin solución éste, al método de resolución por adjudicación de derechos.

Pero la dificultad del principio simplificador es que provoca diversas disfuncionalidades porque, reitero, mientras el foco está puesto en la atención primaria a cuestiones del método, antes que al conflicto mismo, y el abordaje se hace sin un adecuado diagnóstico ni pronóstico del conflicto, las estrategias se reducen a las necesidades procedimentales.

El giro, pues, que estoy proponiendo en este trabajo, es abandonar la filosofía de la desjudicialización para adoptar la de «integración» de todos los métodos en un único proceso sistémico que empiece por el conflicto, lo analice y establezca la o las hipótesis por las que se produce; siga por el abordaje de esas hipótesis con los recursos que el sistema prevé para provocar el cambio en la interacción que promueva conductas colaborativas dirigidas a encontrar soluciones consensuadas, dejando para la resolución por adjudicación de derechos los casos que aún en ese supuesto, o bien porque no se ha podido despejar la confrontación, no resulten funcionales las técnicas de solución por consenso.

Pero todo esto dentro del sistema judicial, en un único proceso integrado por el abordaje del conflicto y sus hipótesis y operado por el conjunto de técnicas provenientes de todos los métodos.

El largo camino que siguió a la formulación de la Teoría de Conflictos y que hoy se enuncia como el modelo sistémico de Análisis y Gestión Estratégica de Conflictos, está proponiendo claramente esa integración operativa a través de sus ejes verticales de Deconstrucción del Conflicto, de Reconstrucción de la relación y de la Co-construcción de la solución, atravesados por el eje horizontal que avanza en cada uno de ellos con la administración del proceso de decisión.

Su adopción como modelo para provocar ese cambio profundo en el sistema de administración de justicia también ha sido objeto de propuesta concreta en trabajos anteriores¹⁸, que incluyeron un diagrama primario de funcionamiento.

Si la idea disyuntiva de denominar métodos a las técnicas que cada uno de ellos prevé para el abordaje a los conflictos, es remplazada por la idea

¹⁸ CALCATERRA, “Hacia...” Op. cit.53 a 75.

de proceso operativo único que nuclea esas técnicas, tal vez encontremos la fórmula para superar la incertidumbre, la confusión, la timidez de las reformas y la homeostásiscibernética del sistema actual.

Y también para que la querida Ciencia del Derecho abra una reflexión filosófica profunda acerca de los desafíos y necesidades que la evolución científica y la realidad social actual plantean, sin dejar de advertir sobre las acechanzas que la desjudicialización de los conflictos que afectan derechos puede implicar.