

APORTES METODOLOGICOS TRIALISTAS SOBRE LA MEDIACION (*) (Compresión integral de los «lugares» jurídicos y de su «desplazamiento»)

Miguel Angel CIURO CALDANI (**)

a) Los medios de solución de controversias en general

1. Los diversos estilos de vida y las diferentes culturas se valen de distintos complejos de medios para la solución de controversias. Si culturas muy teocéntricas llegaron a valerse de los «juicios de Dios» y la más antropocéntrica modernidad fue desarrollando un complejo concebido para sujetos fuertes, que tenían vocación de litigios a resolver con importante presencia del Estado; si en el Derecho Comparado impresiona la baja litigiosidad judicial que históricamente tuvo el Japón, porque se preferían y potenciaban las vías extrajudiciales, hoy en la **postmodernidad** (1), en la cual viven **sujetos débiles**, decae el papel estatal y avanzan arrolladoramente el protagonismo empresario y las exigencias de la **utilidad** (2), se produce otro complejo de medios de solución de controversias, en el que ganan terreno no sólo el **arbitraje**, sino la **conciliación** y la **mediación** (3).

Ya no goza de tanta simpatía la «lucha por el Derecho» en sí, que reclamaba Ihering, pero de todos modos, pese a la **globalización** con predominio anglosajón, por lo menos hasta el presente no pueden ser los mismos los criterios de las «quijotescas»

* Ideas básicas de una disertación del autor en el Colegio de Abogados de San Nicolás sobre «Medios tradicionales y nuevos para la solución de controversias».

** Investigador del CONICET. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

1. Puede v. nuestro estudio «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», N° 19, págs. 9 y ss.; también, en colaboración con Mario E. CHAUMET, «Perspectivas jurídicas «dialécticas» de la medievalidad, la modernidad y la postmodernidad», en «Investigación y Docencia», N° 21, págs. 67 y ss. Entre la gran cantidad de bibliografía sobre la postmodernidad v. por ej. LYOTARD, Jean-François, «La condición postmoderna», trad. Mariano Antón Rato, 2a ed., Bs. As., R.E.I., 1991. BEST, Steven - KELLNER, Douglas, «Postmodern Theory», Nueva York, Guilford, 1991. HELLER, Agnes - FEHER, Ferenc, «Políticas de la posmodernidad», trad. Montserrat Gurgui, 2a ed., Barcelona, Península, 1994. Asimismo puede v. por ej. SIMPSON, Lorenzo C., «Technology, time, and the conversations of modernity», Nueva York, Routledge, 1995.

2. Puede v. nuestro estudio «Filosofía de la parte especial del Derecho Internacional Privado (del tiempo de la ley y el Estado nacional al tiempo del contrato y la empresa)», en «Investigación y Docencia», cit., N° 26, págs. 20 y ss.

3. En relación con el tema v. por ej. GOZAINI, Osvaldo A., «Formas alternativas para la resolución de conflictos», Bs. As., Depalma, 1995. HIGHTON, Elena I. - ALVAREZ, Gladys S., «Mediación para resolver conflictos»,

sociedades hispánicas que los de la más «mercantil» cultura de origen inglés (4). La **recepción** de modelos jurídicos debe hacerse siempre considerando cuáles son sus **posibilidades** y sus **valores reales** respecto de los medios receptores (5).

2. 1. En general el panorama que pasa desde las vías judiciales al arbitraje y desde éste a la conciliación y la mediación significa, desde el punto de vista **jurístico-sociológico**, un recorrido que parte de más autoridad y más planificación gubernamental en marcha, con los correspondientes valores poder y previsibilidad, y pasa a más despliegues de la autonomía y la ejemplaridad, con los pertinentes valores cooperación y solidaridad (6).

Las tradicionales enseñanzas trialistas acerca del carácter jurídico de los repartos autónomos y de la jerarquía de la ejemplaridad hoy tienen notable confirmación en la realidad.

2. 2. En el enfoque **jurístico-normológico**, se trata del curso de más juego de la institucionalidad a mayor despliegue de la negociabilidad. En el ordenamiento normativo, se pasa de un mayor imperio de las relaciones verticales entre normas a una atención más equilibrada de las vinculaciones horizontales.

2. 3. Desde la perspectiva **jurístico-dikelógica**, en el recorrido que nos ocupa la actuación judicial significa más referencia a la justicia en sentido más «puro», a las vías de descubrimiento extraconsensual, gubernamental y general y a cierta aristocracia del «saber» jurídico tradicional y más correspondencia con la «res publica» y la protección del individuo contra los demás y respecto de sí mismo. En cambio, en las soluciones entre nosotros más «nuevas» de arbitraje, conciliación y mediación hay más pretensiones de integración con la utilidad, más recurso a la justicia consensual, «partial» y particular, más legitimación autónoma, más afinidades con el liberalismo e incluso con la democracia y más búsqueda de protección del individuo contra el régimen y «lo demás» (a través de la celeridad en las soluciones).

Bs. As., Ad-hoc, 1995; JAEF, Víctor Jorge. «Ley 24 573 Mediación y conciliación civil y comercial - Análisis exegético», Rosario, Juris, 1997. Asimismo cabe tener en cuenta nuestro artículo «La necesidad de la «Complejidad pura» de la jurisdicción judicial y arbitral» en «Zeus», t. 69, págs. D-83/84

(4) IHERING, Rodolfo von, «La lucha por el Derecho», trad. Raffaele Mariano - Luis M. de Cádiz, Bs. As., Atlántida, 1954

Acerca de la globalización es posible c. por ej. nuestro artículo «Comprensión de la globalización desde la Filosofía Jurídica», en «Investigación ...» cit., N° 27 págs. 9 y ss

Puede v. nuestro estudio «Notas para una comprensión jusfilosófica del Quijote», en «Boletín ...» cit., N° 9, págs. 33 y ss.

(5) Es posible v. nuestros artículos «Hacia una teoría general de la recepción del Derecho extranjero», en «Revista de Direito Civil», 8, págs. 73 y ss., «Originalidad y recepción en el Derecho», en «Boletín ...» cit., N° 9, págs. 33 y ss.

(6) Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987. CIURO CALDANI, Miguel Angel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

b) Aportes metodológicos trialistas para la mediación

3. 1. En ese complejo panorama de soluciones los aportes metodológicos que el trialismo puede brindar específicamente a la mediación y en el horizonte a la conciliación, el arbitraje e incluso a la propia judicialidad merecen particular atención.

Para el mejor desarrollo de la mediación es imprescindible reconocer el «**lugar**» **jurídico** actual y deseado de cada parte y el «**lugar**» hacia el cual ella puede desplazarse. Este reconocimiento requiere, en general, el método de las **variaciones** que, con apoyo en la imaginación, pueda reconocer modificaciones aceptables. El éxito depende también del descubrimiento de los «**denominadores particulares**» y «**comunes**» de las posiciones en todas las situaciones de referencia, a fin de que los despliegues comunes indiquen mejores sendas para el obrar.

3. 2. 1. Desde el punto de vista **jurístico-sociológico** hay que reconocer el **reparto** y las **distribuciones** en que cada parte está y desea estar instalada y hacia los cuales puede desplazarse.

Hay que saber, respecto de los repartos, quiénes son los repartidores y los beneficiarios, cuáles son las potencias e impotencias recibidas (lo que favorezca o perjudique las vidas), si hay audiencia y de qué tipo y cuáles son los móviles y en su caso las razones alegadas y las razones sociales. Vale saber si se trata de repartos **autoritarios** o **autónomos**.

Puntos de especial interés son el reconocimiento de los reales repartidores en cada posición y los móviles respectivos y los diversos niveles en que las medidas propuestas por el mediador pueden alcanzar razonabilidad no sólo para la sociedad sino para las propias partes.

Paralelamente, en cuanto a las distribuciones, se debe reconocer qué fuerza, de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar adjudica; quiénes son los beneficiarios; cuáles son las potencias e impotencias recibidas y cuáles son, en su caso, las razones sociales.

Se ha de reconocer, asimismo, la posición en que está, desea estar y puede llegar a estar cada parte en cuanto al **plan de gobierno** en marcha y a la **ejemplaridad** e incluso acerca de los **límites necesarios** (impuestos por la naturaleza de las cosas).

También tiene gran relieve el reconocimiento de los significados **económicos**, **psicológicos**, **religiosos**, etc. que tengan los «lugares» respectivos.

3. 2. 2. El mediador es a su vez él mismo un **repartidor** que debe reconocerse como tal con todos los alcances recién señalados.

Importa que sepa apreciar los despliegues de su propia actividad y promover **cambios** en los repartidores y los beneficiarios (transmutación de los repartos), en las

potencias e impotencias (transustanciación), en la forma (transformación), en las razones (transfiguración) y en la clase de reparto y su ordenación (transmutación).

Ocupa un lugar destacado que el mediador reconozca los límites (físicos, psíquicos, económicos, políticos, etc.) que se opongan a su obrar. Es notorio que la capacidad de alegar con miras a acercar a las partes posee gran significación. Aquí posee alta utilidad la teoría de la argumentación.

Conviene que el mediador levante un «mapa» de las **fuerzas sociales** que se mueven en el caso para elaborar una **estrategia** y una **táctica** de su labor.

3. 3. 1. Desde el punto de vista **jurístico-normológico** importa que el mediador reconozca las posiciones en que las partes se encuentran, a las que desean llegar y hacia las que pueden arribar atendiendo a la normatividades existentes y **conjeturando** las que pueden producirse. El conjeturar exige saber cuáles serían los pronunciamientos, en última instancia de los jueces, que en los diversos niveles irían solucionando los casos.

Mucho importa también el papel de las partes en cuanto a dominio del **lenguaje** del caso y de la **formalización**.

3. 3. 2. Tiene gran relieve, por otra parte, la idoneidad técnica de quien **formalice** las soluciones alcanzadas con la mediación a fin de que se alcancen normas fieles, exactas y adecuadas. Si el mediador formaliza, ésta es una de las perspectivas más importantes de su responsabilidad.

Como en todo caso de «**contacto de respuestas**», en la mediación es importante saber quién calificará las realidades, si hay posiciones fraudulentas, si se produce el reenvío de posiciones, cuál es la aceptación o el rechazo de las soluciones, etc. (7).

3. 4. 1. Desde la perspectiva **jurístico-dikelógica**, el mediador ha de reconocer las posiciones que tienen, desean y pueden llegar a tener las partes en cuanto a los valores (o sea, más o menos realizaciones y pretensiones de justicia, utilidad, amor, salud, verdad, etc.), respecto de los caminos para el descubrimiento de la justicia (clases de justicia), acerca de la atención a las influencias de la «pantomía» de la verdad, la utilidad y la justicia (**pan** = todo; **nomos** = ley que gobierna), con referencia a criterios generales orientadores o a valoraciones completas, respecto a la legitimidad de los elementos de los repartos (aristocracia y autonomía, merecimientos, salud, creatividad, propiedad, etc., audiencia y fundamentación) y con miras a la realización del humanismo del régimen.

3. 4. 2. Como cualquier repartidor, el mediador debe contribuir, por sobre todo, a la realización del valor **justicia** aunque, como ya señalamos, se trate en su caso de una justicia más «útil». La mediación no es un fin, sino un **medio** para que la justicia se realice más plenamente.

(7) Es posible v. nuestro estudio «Aportes para una teoría de las respuestas jurídicas», Rosario, Consejo de Investigaciones de la UNR, 1976.

Los distintos **valores** en juego y las diversas **clases de justicia** pueden ser utilizados para que el mediador ayude a las partes a llegar a posiciones más coincidentes. Con miras al despliegue de su labor ha de procurar de manera destacada que la justicia monolocal (de una sola razón de justicia) pueda equilibrarse con la justicia **dialogal**.

La **pantomía** de la verdad, de la utilidad y de la justicia brinda enfoques que el mediador debe poder utilizar para que las partes comprendan mejor los puntos de vista de sus oponentes. Aunque no todos los valores, los senderos de descubrimiento y los despliegues de las influencias de valor tienen igual jerarquía, siempre vale reconocer, sobre todo con miras a arribar a un acuerdo, cuáles son los sentidos de valor que pueden esgrimir las otras partes. El mediador debe desarrollar su idoneidad para **«construir»** los casos de manera que las partes lleguen a una mayor comprensión y aceptación recíproca.

Para una mejor apreciación de la diversidad de perspectivas aunque sea minimamente legítimas en la composición de los casos vale tener en cuenta, como un ejemplo extremo, que pese a la justicia que puede sostenerse respecto de la solución del conflicto de «El Mercader de Venecia» también hay quienes, no sin cierta razón, lloran por la pérdida de su derecho por un acreedor perteneciente a una raza perseguida, que tenía motivos históricos para afirmarse en su propio patrimonio (8).

Es relevante asimismo que el mediador guíe a las partes para alcanzar las **valoraciones completas** que superen los meros criterios generales orientadores de los que puede surgir una separación «pre-juiciosa».

El mediador debe saber cuáles son los **«límites axiológicos»** de su obrar, incluyendo el reconocimiento de las partes que en justicia tiene su caso (a menudo no del todo presentes, aunque los fraccionamientos de la justicia permitan muchas veces recortarlos). Un acuerdo en que hay partes ausentes o que no pueden intervenir en plenitud no es cabalmente tal y en principio no es valioso.

Creemos que el empleo de la mediación tiene su centro de gravedad en áreas jurídicas más particularizadas, pero consideramos de todos modos que con moderación puede ser legítimamente utilizada en otros ámbitos «públicos» como el Derecho Penal.

La «mediación» debe estar «en medio» de un campo de justicia y no sólo entre algunas partes que lleguen a cualquier acuerdo. Al fin el mediador ha de lograr un reparto **justo**, con el pertinente aporte de valor para el régimen en su conjunto (9). Su desempeño legítimo es generador de **responsabilidad**.

Vale apreciar que la mediación es mucho más que una manera de solucionar las controversias: contribuye a que las partes asuman una de las tareas más dignificadoras para el ser humano, que es la **propia conducción** en la realización de su personalidad.

4. 1. La mediación es una tarea difícil que no puede tener alcances mágicos. Por su pretensión de llegar a resolver controversias jurídicas mediante repartos de potencias

8. V. por ej. PRAZ, M., «Mercader de Venecia (El) (The Merchant of Venice)», en GONZALEZ PORTO - BOMPIANI, «Diccionario Literario», 2a. ed., Barcelona, Montaner y Simón, t. VII, 1967, págs. 101 y ss.

9. En el horizonte del tema v. por ej. MOSSET ITURRASPE, Jorge, «Cómo contratar en una economía de mercado», Bs. As., Rubinzal - Culzoni, 1996.

e impotencias captados por normas y valorados (los repartos y las normas) por la justicia exige la participación de **profesionales juristas**.

4. 2. Las profesiones incluyen siempre una triada axiológica que incluye la **verdad**, **valores específicos** del área de que se trate y la **utilidad**. En el caso de las profesiones jurídicas los valores específicos culminan en la justicia. Es por la utilidad en relación con esos valores que se perciben «honorarios».

Esa composición «triádica» debe iluminar el desempeño de todos los abogados, incluso los mediadores. Han de comprender que más allá del lucro personal está el deber, también el deber social, de realizar la verdad con recursos científicos para la justicia.

Aunque la **preparación** de grado de los abogados debería ser tal vez suficiente, dada la orientación limitativa que prevalece en la formación actual de los abogados conviene que se desarrollen cursos de formación de **postgrado** para la mediación.

Las universidades y los colegios profesionales tienen una importante tarea que desarrollar en tal sentido y los segundos incluso en cuanto al **control** profesional (10).

(10) De cierto modo, un antecedente de la comprensión de los «lugares» de las partes está en la teoría de la situación jurídica de James Goldschmidt (v. por ej. GOLDSCHMIDT, Werner. «Explicación de la teoría de la situación jurídica», por ej. en «Conducta y norma», Bs. As., Abeledo, 1955, págs. 225 y ss.)