

la mediación y el abogado
por Eduardo Jos, C rdenas *

1. El creciente auge de una "cultura de la paz" o "cultura de los acuerdos" enfrenta a la "cultura del litigio" en la cual nos hemos formado los abogados y los jueces. Y significa un desafío: o tomamos la iniciativa, o muellemente nos adaptamos, o decididamente nos resistimos.

Quisiera con esta breve nota aclarar algunos puntos y ser de utilidad. Bien sabemos que la ley siempre ha privilegiado a los acuerdos entre las partes y les ha dado mayor importancia que a las normas positivas, con excepción de aquellos convenios que vulneran el orden público social. V,lez Sarsfield puso a los contratos como ley a la que deben sujetarse quienes los hacen y coloca a su propia obra, el Código Civil, como normativa subsidiaria, salvo - repito - cuando el orden público est en juego. Lo mismo sucede con la legislación comercial.

Es que en rigor todos nosotros sabemos que uno de los dos principios b sicos para el logro del bien común es aquel según el cual cada miembro de la sociedad tiene obligación de contribuir al mismo. Las normas que contienen estas obligaciones son tan importantes para la sociedad que nadie puede relevar a otro de cumplirlas: son llamadas de orden público. De esta naturaleza son, por ejemplo, las disposiciones sobre impuestos.

El otro principio b sico para el logro del bien común es permitir a cada individuo, en la medida de su capacidad y posibilidades, el m ximo de autonomía para desarrollar sus potencialidades. Se trata entonces de que la autoridad social, que gua a la comunidad hacia el bien común mediante el dictado y la ejecución de la ley, lo haga dejando el mayor margen de libertad posible a las personas y a las sociedades intermedias. Este es el principio de subsidiariedad: un contrato de compraventa, por ejemplo, puede celebrarse como las partes quieran, salvo algunos aspectos que son de orden público.

Entre estos dos principios se mueve todo el derecho. Por un lado, la autoridad tiene la obligación de dictarlo y hacerlo cumplir para "promover el bienestar general" (Pre mbulo de la Constitución Nacional). Por el otro, "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, est n sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados" (artículo 19 de la misma Constitución).

Casi toda la vida social se desenvuelve mediante acuerdos expresos o t citos, escritos u orales, efimeros o estables, grandes o pequeños, entre los ciudadanos. Son actos jurídicos, privilegiados por la legislación. Y una de las habilidades que tenemos los abogados es la de ayudar a celebrar estos contratos.

Sobre todo el abogado argentino, que es mucho menos litigante que el de otras regiones. Desde 1968 se entrenó en hacer acuerdos en los divorcios (que en ese entonces no disolvían el vínculo, pero podían hacerse de mutuo consentimiento), habilidad que se extendió a las demás cuestiones que presentaba la programación de la vida futura de una familia que estaba cambiando sus formas de convivencia. Hizo acuerdos comerciales, acuerdos laborales... acuerdos, en fin, en muchísimas áreas.

La "cultura del contrato" siempre fue patrimonio del abogado argentino. Luchó con los martilleros y los escribanos para preservarlo como suyo. La negociación y el plasmar por escrito aquello con que su cliente estaba modificando su vida personal o patrimonial (sea porque se divorciaba, o compraba una casa, o ponía una empresa, o alquilaba una propiedad, etc.) fue una de sus más caras especialidades.

También el abogado argentino tiene tradición negociadora antes de iniciar un pleito. Sabe que más vale un mal arreglo que un buen pleito. Se lo sabe decir a su cliente. Sabe convencerlo y sabe también diseñar los nuevos contratos: los provenientes de algún incumplimiento o reparación de daños.

2. Ahora bien ¿qu, pasa cuando la negociación se atasca? La tradición nos dice derechamente: Tribunales. Allí la parte contraria y hasta el propio cliente se "ablandan" y celebran un acuerdo, o un juez dicta sentencia.

Hoy se comienza a decir: hay profesionales de una nueva profesión, que ayudan a desestancar negociaciones empantanadas. Son los mediadores. Y se aconseja a los abogados enviar de común acuerdo a mediación estos casos o, como en la Capital Federal, directamente se les impone como obligatorio el paso por una mediación. Y el abogado se resiste.

¿Son válidos los motivos de esta resistencia? Dejemos de lado los motivos jurídicos (o sea si la mediación obligatoria es inconstitucional o no) y pasemos a examinar los otros.

a. "La experiencia me dice que si el abogado de la parte contraria y yo no hemos llegado a un acuerdo, ¿este es imposible, al menos sin la intervención de un juez. Perderemos tiempo y ese tiempo sólo beneficia a la otra parte."

b. "Temo que el mediador tome partido inconscientemente o conscientemente por la parte contraria y presione a mi cliente a llegar a un acuerdo que no le convenga."

c. "Los mediadores en nuestro país están todavía mal formados. En mi caso, que es complicado, no harán nada útil."

d. "Puede ser que mi parte, en mediación, llegue a un acuerdo, porque yo no voy a estar allí representándola. Pero este acuerdo será menos de lo que debería y podría obtener en el pleito. Se especulará con la urgencia de mi cliente en obtener algo."

e. "Si mi cliente llega a un acuerdo en mediación, no podrá cobrar mis honorarios a la otra parte. Y a mi cliente no podrá,

cobrar selos tampoco. "Perder, entonces tantas horas de trabajo? El pleito, en cambio, lo ganaría con costas."

f. En caso de mediación familiar: "Yo temo que mi cliente, en mediación, ceda en puntos esenciales que van a perjudicar muy seria y gravemente a los hijos, que son chicos. Esto no sucedería en el ámbito judicial."

g. Si el abogado es juez, como es mi caso, puede pensar estas mismas objeciones desde otro ángulo: "La mediación les har perder tiempo, puede llegar a resultados injustos si una de las partes tiene más poder que la otra o es más seductora con el mediador, y los acuerdos quizá perjudiquen a los hijos (en caso de mediación familiar). Yo, en cambio, con mi autoridad de magistrado, puedo guiarlos rápidamente a un buen acuerdo, si éste es posible. Y si no, dicto sentencia."

3. Partamos de la base de que todas estas objeciones son verdaderas o al menos reflejan una gran parte de la realidad. Y a cada una le subyace: EL ABOGADO Y EL JUEZ, SI PERMITEN LA IRRUPCIÓN DEL MEDIADOR, PIERDEN PODER SOBRE EL CASO. Y, concluyen, esto puede ser perjudicial para las partes, que muchas veces ignoran sus propios derechos o son débiles frente al adversario.

Sin embargo, pensemos también en lo siguiente:

A. Hay muchos casos en que también es impotente el sistema judicial. Son típicos los casos de insolvencia o de ocultamiento de bienes: la sentencia, aun favorable, no podrá ser ejecutada. Y son típicos también, en un buen porcentaje de los casos de familia, los alimentos seguir sin impagos y las visitas sin cumplirse, hasta con sentencia firme y multas de por medio.

B. Hay otros casos en que el sistema judicial puede hacer algo, pero si su intervención se cronifica, sobreviene la impotencia. En los casos de familia, muchas veces es bueno que el juez disponga la separación física de la pareja, alejando a alguno del hogar, pero si después de esto la pareja sigue litigando sin fin, se revela la inutilidad del litigio.

C. A veces el sistema judicial técnicamente es eficaz, pero el costo económico y emocional de su funcionamiento para la parte excede lo que ésta puede obtener luego.

D. En ocasiones el sistema judicial es eficaz y además es barato, pero la largura del proceso torna en inoportuna la satisfacción del derecho.

En estas cuatro hipótesis bien vale que el abogado realista explique a su cliente lo que la alternativa de la mediación le ofrece. Quizá menos de lo que reclama, quizá menos de lo que le corresponde en derecho, quizá menos de lo justo, pero lo recibirá efectivamente, sin riesgo de futuras venganzas, con un costo mucho menor y en un lapso breve. Son argumentos tentadores en ocasiones.

4. Pero hay algo más. En casi todas las cuestiones de familia y

en muchas otras (conflictos entre vecinos, entre padres o alumnos que concurren a una misma escuela, entre socios, entre patrones y trabajadores, etc.) las partes tienen que seguir conviviendo. Sus vínculos, malos o buenos, van a perdurar en el tiempo. De modo que un pleito ganado no es ganar la guerra: es ganar apenas una batalla, ya que el perdedor está preparándose para ganar la próxima. El padre obligado a pagar alimentos piensa en cómo descalificar a la madre en la mente de sus hijos, el patrón en cómo cerrar la fábrica o despedir obreros, etc. Y muchas veces es mejor ganar la paz, una paz estable, que ganar un pleito que traer un deterioro en las relaciones perjudicial para todos. Esta es una razón de peso para que el abogado realista presente a su cliente la mediación como una alternativa.

El abogado es, obviamente, fundamental para la suerte de la mediación. Lo ideal sería combinar con él que más puede sacar su cliente de una mediación; algo que no sacaría en la Justicia. Por ejemplo, la madre pide una cuota alimentaria. Pero además está muy abrumada y sola en la tarea de crianza de los hijos. O está asustada porque el padre ha presentado a sus hijos otra mujer y teme que ésta quiera reemplazarla. "¿Qué otros temores, qué otras necesidades tiene su cliente?" "Además de la imprescindible y justa cuota alimentaria ¿qué cosas podría lograr su cliente en mediación, imposibles de lograr ante la Justicia?" Por ejemplo, que el padre se comprometa más con sus hijos, o que al menos por un tiempo les reserve un tiempo especial, sin la presencia de "la otra"... Únicamente si el abogado se convence de que en mediación puede sacar más - no menos - se integrará al proceso. Y luego, una vez integrado, su sentido común lo invitará a permitir trueques, cediendo algunas posiciones para lograr otras cosas. Pero primero debe ampliar su punto de vista, añadir problemas a los que él trae, complejizar la cuestión.

Otra forma en que puede llegar el abogado a la mediación es ésta: "Hago este juicio por obligación (de parentesco, moral, social, económica, etc.) aunque prefiero no decirlo. Tampoco diré que mi cliente no podrá obtener en la práctica nada o casi nada de este juicio. Él es insolvente y no tiene trabajo (o: ella está muy enojada con él y no le dejará ver los chicos, es más, ellos mismos ya no quieren ver al padre, etc.) ¿Qué puedo lograr en un juicio, más que una orden judicial que, como tantas, no se cumpla nunca? Y las quejas de mi cliente (o clienta) seguirán hasta el infinito: La mediación es mi salvación."

Aquí la mediadora o el mediador la mediadora corre el riesgo del acuerdo fíctil y superficial. Pero éste no es el objetivo de una mediación. La verdadera paz no es la ausencia de guerra. Se trata de lograr cambios. De transformar el conflicto en colaboración. Al mediador de corazón no le interesa que una obligación contraída sea "ejecutable" o no; si le interesa que quien se obligó quiera y pueda cumplirla. Por consiguiente, su tarea con

el abogado peticionante de la mediación ser que, este se integre de veras al proceso (deje de verlo sólo como un recurso para sacarse de encima el caso), que comience a pensar en todos los problemas de su cliente (no sólo en aquellos que la otra parte no puede ayudar a resolver); en cómo el otro puede contribuir a disminuirlos, en los problemas que el otro tiene y en que su cliente también puede contribuir a aliviarlos.

Una tercera actitud del abogado frente a la mediación es: "Intentemos, que yo haya fracasado en la negociación no significa que el mediador no pueda ayudar a que, esta llegue a buen puerto. Además, en materia de familia no debe haber vencedores ni vencidos. Los vínculos deben mantenerse y, de ser posible, robustecerse." El mediador o la mediadora estar frente a un convencido y podrá empezar con optimismo la entrevista.

5. Tratando de contestar con todo el pragmatismo del mundo a las objeciones expuestas en el punto 2, que son las que normalmente abogados y jueces hacemos a la mediación (sea obligatoria u optativa) podemos decir lo siguiente:

a. Lo que no se logró en la negociación puede lograrse en mediación. La mediación es una instancia distinta, donde cada una de las partes va a reflexionar sobre lo que realmente le interesa para el futuro. En todo caso, no va a hacer perder mucho tiempo, comparado con lo que va a durar el litigio. Además, hay casos en que la intransigencia de la otra parte proviene fundamentalmente de su abogado. En mediación, esa parte escuchar los argumentos de todos, y podrá hacer una evaluación personal que la induzca a acordar, muchas veces a pesar de su abogado.

b. Si toca un mal mediador que toma partido por una de las partes, la otra podrá decirselo abiertamente o retirarse en silencio de la mediación.

c. Es cierto, por lo general los mediadores están todavía mal formados y tienen poca experiencia. Pero muchos son buenos y los abogados pueden elegir entre, estos.

d. El cliente, debidamente asesorado por su abogado, tomar decisiones que quizá a, este le parezcan malas, pero a aqu, l le sirvan. Recordemos que un buen asesoramiento debe ser realista, o sea que ha de comprender no sólo el pronóstico de la posible decisión del sistema judicial sobre el caso (incluyendo el margen de duda), sino también el costo económico y emocional y la largura del pleito, y las posibilidades reales de dar satisfacción al derecho después de la sentencia.

e. Es bueno tener presente esta objeción para que abogados y mediadores se ocupen de los honorarios de aquellos. De su monto, de quién y cuándo los pagar, etc. Si todo se habla, puede acordarse. Lo que es objeto de "olvidos" trae reacciones y resentimientos.

f. Es difícil que los dos progenitores acuerden irresponsablemente puntos que dañarán a sus hijos. También para

estos muchas veces vale aquello de que es mejor un mal arreglo (entre los padres, en este caso) que un buen pleito. Además, el mediador tiene recursos para guiar a los padres hacia un acuerdo que sirva a sus hijos. Si ,stos est n realmente en riesgo, puede hacer la denuncia.

g. Si estas objeciones son pensadas por un juez, puede que tenga que reflexionar alternativas como las indicadas en los puntos anteriores.

En resumen: la mediación no es una panacea. No reemplazar , ni pretende hacerlo, a las consultas evacuadas por los abogados ni a las negociaciones asesoradas o encabezadas por ellos. No reemplazar al sistema contradictorio ni a las sentencias judiciales, aunque quiz disminuya el volumen de trabajo de los tribunales. La mediación es uno de los recursos de la cultura de la paz. Lo mejor que podemos hacer los abogados y los jueces es hacerlo nuestro con entusiasmo y explorar todas sus posibilidades, que son muchas.

* Eduardo Jos, C rdenas es abogado, actualmente y desde hace veinte años juez de familia en la ciudad de Buenos Aires. Es profesor de mediación desde 1993. Ha escrito varias obras sobre temas relacionados con la familia, la mediación y el sistema judicial.