

## ¿Qué ven los abogados cuando mediamos?\*

“Para dialogar, preguntad primero; después... escuchad”  
Antonio Machado

Por Sandra M. Leone y Amalia C. Tumini

### 1. Introducción

Los mediadores solemos hacernos esta pregunta en nuestra reflexión cotidiana independientemente de que nuestra elección haya sido tomada en base a nuestra trayectoria profesional, hayamos sido designadas por sorteo o nos hayan elegido.

A la mayoría de nuestros colegas abogados, inmersos en el intenso ritmo profesional en que se vive, les resulta innecesario el discurso inicial de mediador. Tal vez no saben que es el momento cuando los mediadores utilizamos el *lenguaje afirmativo y descriptivo*, que es cuando hablamos en vez de preguntar.

### 2. ¿Por qué damos un discurso luego de tantos años de instaurada la mediación?

Para los mediadores el discurso inicial es necesario porque les informa a los participantes las características y principios de la mediación (obligatorio por el art. 7, ley 26.589), diferencia a la mediación de otros métodos de resolución de controversias, les dice a las partes que ellos son los “protagonistas”, define el rol del mediador, el rol de los abogados de las partes, establece pautas del procedimiento (audiencias conjuntas y audiencias privadas) y pautas o reglas de comportamiento.

Todo lo enunciado es conocido por los abogados, ya que la ley 26.589 de mediación se presume conocida para todas las personas de derecho. Pero para las partes, los verdaderos y únicos protagonistas, puede ser que en otras mediaciones los mediadores intervinientes no hayan pronunciado el discurso inicial o que lo hayan realizado con un estilo diferente y nuestro discurso aporte a su entender, algo diferente. Pero cualquiera sea la experiencia previa o el conocimiento del derecho, la buena práctica aconseja no obviarlos jamás, sobre todo en lo que respecta a los principios de la mediación: voluntariedad, confidencialidad, comunicación directa entre las partes, imparcialidad del mediador, etcétera.

Este discurso tiende a generar confianza en el procedimiento de mediación y en la persona del mediador, por ende a generar empatía.

Más allá de que las partes hayan concurrido a otra mediación o su abogado les haya informado sobre las características y sus principios, estas ideas pueden estar teñidas de preconceptos o concepciones equivocadas o una buena o mala experiencia.

El abogado de parte debe asesorar a su cliente sobre el método de resolución de disputas más convenientes a su problemática y determinar si el conflicto es mediable o no. Pero es competencia exclusiva del mediador informar a ambos los me-

---

\* Bibliografía recomendada.

canismos que hacen a la mediación y ello se logra a través del discurso como recurso inicial, de allí la importancia del mismo.

El mediador no podrá asesorar a las partes sobre el derecho bajo ningún aspecto (ya es que ésta es labor exclusiva del abogado)<sup>1</sup>, y la asistencia letrada a las audiencias de mediación es obligatoria<sup>2</sup>, pero se informará adecuadamente sobre este método de resolución pacífico de disputas no adversarial, con sus ventajas, principios y reglas.

Una vez concluido el discurso inicial le preguntamos a las partes si lo dicho ha sido comprendido, si la respuesta es afirmativa, comenzamos la etapa de exploración del conflicto en donde utilizamos el modo interrogativo. Nuestra herramienta fundamental que es la “pregunta”.

### **3. ¿Para qué preguntamos?**

Las preguntas que formulamos los mediadores son de diverso tipo y responden a distintos objetivos y a cada etapa del proceso. Todas obedecen a un fin o a una estrategia predeterminada. Los abogados que han participado en audiencias de mediación habrán notado que son diferentes a las que se realizan en las audiencias judiciales o que no responden a la lógica propia del estudio de las ciencias jurídicas.

Desde el instante mismo de la recepción de las partes hasta la finalización del proceso, hacemos uso de lo que en nuestra jerga se conoce como *escucha activa*, que no es sólo comprensivo de la acción de escuchar u oír a quien tenemos enfrente, sino que es abarcativo de las percepciones visuales, lenguaje verbal y corporal.

En nuestra práctica cotidiana y en la mediación prejudicial obligatoria, le otorgamos la palabra a la parte requirente o quien ha solicitado la mediación. Sugiriéndole a nuestro colega abogado patrocinante de la misma –límite– su actuación en una primera instancia a escuchar a su cliente, a la otra parte, realizar el asesoramiento jurídico mientras dure el proceso, y sobre todo no adelantar posibles soluciones, que por una lógica natural siempre será beneficiosa a su representado y que puede generar una reacción no deseada en su contraparte antes de haber escuchado.

La imparcialidad del mediador, o equidistancia de sus intereses o el mismo tratamiento que brindará a todos los participantes y abogados, implica que cada uno tendrá la misma atención (tiempo del relato, intereses, etcétera).

Le damos la palabra a las partes, y si por ejemplo uno de los abogados, inmediatamente prefiere hablar sobre el motivo de la mediación, el problema, la disputa, y cual es su pretensión. El mediador realizará las intervenciones adecuadas, recordará de ser necesario los principios de la mediación y la necesidad de que sean las partes las que se expresen, a fin de retomar su rol de conductor o director del proceso. Este comportamiento del mediador no deberá ser visto con enojo por parte de los letrados. Deben entender que tanto el protagonismo de las partes como la autocom-

---

<sup>1</sup> Ley 26.589, art. 15, prohibición para el mediador.

<sup>2</sup> Ley 26.589, art. 19 “se tendrá por no comparecida a la parte que concurriera a las audiencias sin asistencia letrada”.

posición y la presencia del mediador como conductor o director del proceso, hacen a la esencia misma de la mediación. El letrado acompaña, asesora jurídicamente a su cliente y también tiene su rol de importancia, pero no es protagonista en el sentido de actor principal. Si cupiera aquí expresarnos siguiendo la jerga teatral, el papel del abogado sería la de un actor de reparto, papel fundamental sin el cual el protagónico no podría realizarse. Sin perjuicio de todo lo dicho hasta aquí, es cierto que sólo en algunos casos y bajo determinadas y específicas circunstancias se le otorga a él y sólo a él la palabra.

La mediación ha sido definida como un proceso de comunicación, un proceso conversacional, asistido por un tercero imparcial: el mediador, tendiente a “promover la comunicación directa entre las partes”<sup>3</sup>.

Reconocemos y comprendemos el rol del abogado (asesor, protector, contenedor de su patrocinado) pero a veces asumir todos los roles, no resulta lo más conveniente a los fines del proceso, y quizás al resultado del mismo.

Negociación cooperativa vs. negociación distributiva. ¿Para qué sirve el mediador? Fisher, Ury y Patton haciendo referencia a la negociación basada en posiciones aconsejan: “Si usted no puede cambiarla de tal manera que se busque una solución basada en los méritos de la cuestión, quizás una tercera persona pueda hacerlo. Es más fácil para un mediador que para las personas directamente interesadas separar las personas y el problema y orientar la discusión hacia los intereses y las opciones”<sup>4</sup>.

El mediador colaborará con las partes para que ellas asuman una negociación colaborativa, que no se base en posiciones.

Una mesa de mediación conformada por colegas que cuentan con una formación inclusiva de los diferentes métodos alternativos de resolución de disputas, le brinda al mediador la certeza de tener frente a sí a profesionales que tienen un manejo de la situación, diferente de aquellos que no poseen esa formación. No obstante es justo aclarar que en la actualidad todos los abogados han leído o estudiado sobre negociación colaborativa (abandonando la negociación posicional competitiva). Es una realidad que ante los tiempos que insumen los litigios, la mayoría de los colegas terminan utilizando estas técnicas tan necesarias a la hora de obtener resultados rápidos y duraderos. En cualquier biblioteca encontramos obras de Ury y Fisher y su mundialmente famoso “Sí, de acuerdo” “¡Supere el No! Cómo negociar con personas obstinadas” y para citar autores argentinos, nos basta nombrar a Roberto Luchi, Alejandro Zamprile, Nicolás Luzuriaga y su magnífica obra: “El arte de la negociación posicional”, por supuesto, entre muchos otros.

#### **4. ¿Qué son el parafraseo, el resumen o la agenda de trabajo?**

Estas intervenciones del mediador son diferentes a las preguntas que comentamos párrafos anteriores, en esta etapa utilizamos el modo afirmativo en lugar del interrogativo.

---

<sup>3</sup> Ley 26.589, art. 1°.

<sup>4</sup> Fisher, Roger - Ury, William - Patton, Bruce, *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Bogotá, Norma, 1996.

No vamos a dar aquí una definición exhaustiva de cada una de estas herramientas o técnicas, pero si aclaramos que los mediadores estamos preparados para utilizarlas siempre en el momento preciso u oportuno y día a día tratamos de perfeccionarlas no sólo por el uso, sino a través de estudios de profundización que realizamos cuando debemos encarar la actualización permanente que el Ministerio nos exige o bien por inquietud personal en aquellos de nosotros que hacemos de la mediación una forma de vida.

Lo que debe saber el colega abogado frente al recurso del parafraseo es que, cuando el mediador repite los dichos de los protagonistas, por ejemplo:

Dice el mediador: —¿a ver si comprendí bien? Usted dice que desea que le reparen el vehículo....

Esto no quiere significar que el mediador no estuvo atento o que no comprendió los dichos. De ninguna manera es así. Se trata de una herramienta comunicacional tendiente a que el que habla en primera persona pueda escuchar sus dichos en segunda persona y por ende corroborarlos o bien corregirlos o modificarlos si advierte que quiso decir otra cosa. También para que el otro participante escuche ese relato en boca de un tercero imparcial que es el mediador.

Para que las partes y sus abogados continúen en la mediación deben estar cómodos, es decir legitimados en su persona, en su conducta y en su rol. Para que todos se encuentren a gusto y deseen continuar en la mediación es que tratamos de darle a las herramientas un uso adecuado, por eso también realizamos resúmenes de las narrativas, conocidas en el ambiente como parafraseos, de cada una de las partes y en algunas ocasiones de sus abogados, libres de toda connotación negativa.

La legitimación que usamos los mediadores no es en el sentido jurídico procesal; sino que “legitimar” significa crear las condiciones para que la gente pueda acceder a la participación. Para ello debe sentirse cómoda en sentido técnico: localizada positivamente. Sólo cuando las personas encuentran ese lugar positivo —en el contexto de la mediación— es posible que pueda pasar de la dinámica de interacción negativa —la confrontación— a una dinámica de interacción positiva que pueda construir el puente de la colaboración... Alguien quedará legitimado cuando haya logrado justificar o al menos explicar de algún modo más positivo sus actitudes, atributos, pretensiones, procedimientos, etcétera, frente a su contraparte”<sup>5</sup>.

Otras veces resumimos de manera más textual todo lo tratado en la audiencia del día, o hacemos un resumen antes de comenzar una segunda o tercera audiencia para ponernos en situación y en muchos casos para reforzar la legitimación. Es dable hacer un buen resumen de todo lo realizado o conversado al momento de generar opciones.

La agenda de trabajo es una herramienta comunicacional del mediador que es diferente a cualquier otra agenda profesional ya que la organiza el mediador estableciendo prioridades (que respondan a temas o subtemas o a intereses) y luego la presenta en la mesa a las partes y sus letrados para consensuarla. Un ejemplo típico

---

<sup>5</sup> Diez, Francisco - Tapia, Gachi, *Herramientas para trabajar en mediación*, Bs. As., Paidós, 2010, p. 99 y siguientes.

lo encontramos en aquellas audiencias en las que el tema central es el régimen de visitas e incluimos en la agenda tenencia y alimentos siempre y cuando hayan sido traídos al proceso por las partes como una necesidad, interés o preocupación.

Una vez que llegamos a la etapa en la que la generación de ideas es lo que corresponde instamos a las partes a que colaboren en la gestación de ideas tendientes a llegar a la solución del problema. ¿Cómo lo logramos? Una técnica conocida como “torbellino o tormenta de ideas o *brainstorming*” es ideal para generar una cantidad de concepciones diversas que conduzcan a una solución satisfactoria en interés de ambas partes. Este torbellino lo realizamos con papel y marcadores, solicitándoles a las partes que generen la mayor cantidad de ideas y suspendan el juicio y análisis de las ideas propias y ajenas. Luego vendrá la etapa de análisis de cada una de esas ideas o de la unión de una y varias de ellas.

Luego las opciones que se generaron, deberían pasar por el filtro de los criterios objetivos. Y en una privada, pasaremos al análisis del MAAN<sup>6</sup> con cada una de las partes. Es decir intentaremos hacerles pensar en cuál sería la solución de la disputa si no pudieran llegar a un acuerdo en esa instancia mediadora (mejor alternativa al acuerdo negociado).

También el mediador utiliza otras herramientas comunicacionales como actuar de “agente de realidad” y otras veces “abogado del diablo”. “El objetivo buscado será que esa parte pueda obtener una visión realista de sus posibilidades”<sup>7</sup>.

Cabe aclarar que el mediador no debe explicar cada una de las técnicas o herramientas que utiliza en cada proceso, quizás la única técnica del procedimiento que merezca aclaración sea la de la audiencia privada antes de ser utilizada por primera vez. “Las reuniones privadas... son una herramienta procedimental que utilizaremos cada vez que tengamos la percepción de que hay cuestiones que requieren de una conversación por separado... la manera de conocer es preguntar, y si detectamos que las preguntas provocan en el destinatario algún grado de incomodidad para contestar, lo hace por medio de respuestas evasivas, o repite sus dichos con tenacidad, ello es un indicio de la conveniencia de recurrir a una reunión privada”<sup>8</sup>.

A través de este artículo hemos querido hacer visibles algunas herramientas o técnicas utilizadas por nosotras en nuestras mediaciones, para que nuestros colegas abogados puedan comprenderlas y así brindarles un servicio de mediación de calidad.

© Editorial Astrea, 2014. Todos los derechos reservados.

---

<sup>6</sup> Fisher - Ury - Patton, *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, cap. 6 “Encuentre su MAAN: mejor alternativa a un acuerdo negociado”.

<sup>7</sup> Caram, María E. - Eilbaum, Diana T. - Risolía, Matilde, *Mediación. Diseño de una práctica*, 4ª ed. Bs. As., Astrea, 2013, p. 475.

<sup>8</sup> Caram - Eilbaum - Risolía, *Mediación. Diseño de una práctica*, p. 257.