

EL PAPEL DEL ABOGADO EN LA MEDIACION

Pascual Ortuño Muñoz¹

En un sentido amplio, la función del abogado es la del profesional que presta asesoramiento legal a los ciudadanos, analiza preventivamente los negocios jurídicos en los que su cliente interviene al objeto de evitar posteriores conflictos, le auxilia en la solución de sus controversias jurídicas, defiende sus intereses extrajudicialmente y, finalmente, le defiende ante los Tribunales de Justicia dirigiendo técnicamente su posición en los procesos judiciales en los que se ve obligado a intervenir.

Desde las raíces de nuestro sistema jurídico el abogado ha desempeñado un papel central en el fortalecimiento del estado de derecho. Su función en el proceso judicial es la plasmación del derecho fundamental al acceso a la justicia y a la defensa. Pero, aun siendo ésta la actividad más llamativa por su teatralidad, socialmente es más relevante el papel que la abogacía juega desde los despachos en la pacificación de los conflictos, en la negociación y en el asesoramiento legal. Si hiciéramos un símil con las tareas de los profesionales de la medicina, la cirugía hospitalaria representaría el papel del litigio ante los tribunales de justicia, mientras que la función extrajudicial sería comparable a toda la actividad preventiva que realizan la atención médica primaria y los denominados actos médicos singulares de los especialistas sanitarios.

Nuestra sociedad ha cambiado. La complejidad de las relaciones económicas y personales del mundo del siglo XXI comporta el incremento geométrico de los conflictos legales. Los ámbitos de intervención se han ampliado a nuevas esferas. La actividad económica tiene un volumen hoy que era inimaginable hace unos años. Además, los procesos comerciales y fabriles se han incorporado al mundo globalizado mucho antes de que exista un sistema legal internacional completo y eficaz. Lo que antes era anecdótico, hoy es frecuente. Por otra parte, la revolución social que ha significado la liberación de la mujer ha afectado a instituciones que en décadas pasadas no exteriorizaban su problemática, que quedaba la mayoría de las veces en el ámbito privado de las familias.

El conjunto de circunstancias enunciado ha dado lugar a la saturación de los tribunales de justicia, que está incidiendo muy negativamente en el funcionamiento del sistema. De un volumen total de 500.000 expedientes judiciales en 1985, se ha pasado a más de 5.000.000 en el pasado año. Una gran parte de las estructuras sociales que anteriormente cumplían la función de amortiguar la conflictología primaria, hoy han perdido su eficacia, como ocurre con la familia extensa, con la empresa familiar, con las propias organizaciones religiosas. Por otra parte, la metodología clásica de confrontación judicial se ha mostrado inapropiada para determinados tipos de conflictos. La sentencia judicial, la intervención de los tribunales no da solución eficaz a un buen número de asuntos que llegan a los mismos, por lo que la propia sociedad se resiente, y la percepción subjetiva de una justicia ineficaz se expande de forma muy negativa para la consolidación del estado de derecho.

¹ PASCUAL ORTUÑO es actualmente el Director de la Escuela Judicial del CGPJ. Ha sido magistrado, profesor de derecho civil, Director General de Derecho privado de la Generalitat de Cataluña y abogado en ejercicio. Ha sido el representante de España en la negociación de la Directiva europea sobre mediación en conflictos de derecho civil y mercantil.

Entre las muchas iniciativas que se proponen, el método de gestión de conflictos y resolución de controversias que representa la mediación, entendida como procedimiento técnico, aparece como una posible vía alternativa a la del modelo judicial clásico que, en determinados casos, puede dar una respuesta más eficaz y satisfactoria a los ciudadanos. Esto ocurre especialmente en los casos que se califican como de “litigiosidad judicial impropia”, es decir, en la que no hay una confrontación real de posiciones jurídicas, sino un mero desencuentro originado por la ausencia de comunicación entre las partes, por diversas etiologías. En los países de tradición “common law” se ha calculado que la mediación absorbe hasta un 30 % de los tradicionales litigios en los que las partes deben seguir manteniendo relaciones personales o económicas en el futuro, puesto que los intereses en juego pueden encontrar una mejor solución que la que les puede ofrecer una sentencia impuesta coactivamente.

Desde principios de los años 1990 se viene introduciendo a nivel experimental en la Europa continental la utilización de la mediación como instrumento auxiliar de la justicia, precisamente por la adaptación de esta metodología a determinados tipos de conflictos en los que es conveniente recomponer una relación posterior viable: comunidades de propietarios, socios de pequeñas y medianas empresas, consumidores, conflictos de familia (separaciones, sucesiones), seguros, arrendamientos, etc.

La mediación, que hasta ahora ha sido típica de Estados con sistemas jurídicos de tradición anglosajona, caracterizada por la existencia de filtros previos al planteamiento de los litigios ante los tribunales, como el arbitraje y el mini trial, (también el coste económico), está llamada a convertirse en un referente del espacio común europeo en materia de justicia.

La Directiva 52/2008 de la Unión Europea, de 24 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en el ámbito civil y mercantil, que ha de ser incorporada al derecho interno antes del mes de septiembre de 2011, pretende establecer unas reglas homogéneas para permitir que la mediación sea un instrumento eficaz de resolución de conflictos internacionales, dentro de las fronteras de la UE.

La apuesta comunitaria valora la utilidad de la mediación como instrumento facilitador de la resolución de litigios en un espacio en el que existen múltiples sistemas legales. Se ha sido capaz de hacer desaparecer las fronteras para la libre circulación de capitales, de mercancías y de personas, pero no resulta fácil construir un espacio de justicia común. El principio de soberanía nacional reclama para sí la plenitud de la jurisdicción, que permanece fragmentada e impenetrable. Pese a la actividad normativa del Parlamento europeo y de la Comisión, los ámbitos comunitarizados son todavía pocos.

En consecuencia, una metodología que favorezca la resolución de conflictos transfronterizos de determinación del fuero y de concreción de la ley aplicable, puede ser muy útil europeos, especialmente si se considera que el grado de cumplimiento de los acuerdos, cuando éstos son de calidad es muy alto, por lo que se puede evitar la litigiosidad derivada de la ejecución forzosa de sentencias, lo que aporta también importantes ventajas respecto de otro medio alternativo al judicial, que es el arbitraje.

La mediación tiene, además, otra característica que favorece su desarrollo, pues mientras la cláusula arbitral o la interposición de una demanda implican la vinculación definitiva al

proceso, la mediación es voluntaria, de tal manera que en cualquier momento las partes pueden desistir individualmente de continuar con la negociación. Las ventajas respecto de la pura negociación entre las partes o sus abogados son, esencialmente, que, además de que interrumpe la prescripción y la caducidad, la mediación está protegida por el deber de confidencialidad.

En conclusión, acudir a un proceso de mediación favorece que se agoten las posibilidades de solución extrajudicial, sin perjudicar en absoluto al derecho de acudir, en cualquier momento, ante los tribunales de justicia. Cuando un ciudadano está ante un conflicto de dimensión transfronteriza, acudir a la mediación puede ahorrarle mucho tiempo y mucho dinero, tanto en asuntos comerciales, en compraventas y suministros, como en el derecho societario o en la responsabilidad civil y el derecho de seguros. Si el caso fuera de familia, puede además evitar mucho sufrimiento para todas las personas que padecen el conflicto, y especialmente a los hijos.

El papel del abogado en la mediación es esencial. No obstante es frecuente que se genere un inicial rechazo por algunos profesionales, que suele estar justificado por la ausencia de tradición de esta institución en nuestro país y por la información errónea que se transmite sobre la misma. Como principal argumento se suele decir que el abogado es el mejor mediador. Este es un tópico que es necesario esclarecer. El papel del abogado y el del mediador son muy diferentes, en consecuencia se ha de remarcar que el abogado no es un buen mediador. Puede ser un profesional con un gran talante conciliador, puede ser un hábil negociador, pero la función del mediador es diferente. El mediador es un tercero neutral e imparcial, lo que significa que las partes le han de reconocer estas cualidades desde el inicio del proceso de mediación, es decir, es una persona en la que ambas deben confiar plenamente, teniendo la certeza de que si se apartan de la mediación esta persona va a desaparecer completamente del conflicto, y nunca va a acudir ante un tribunal para favorecer o perjudicar a ninguno de ellos. Además debe ser un profesional legalmente habilitado, que conozca y se haya entrenado en técnicas de gestión de conflictos. El mediador no es un asesor legal, puesto que durante el proceso de mediación cada parte debe tener su propio abogado que le asesora y aconseja.

La función del abogado en la mediación necesita también que esté bien clarificada, bien acotada. La idea fundamental es la de que su papel, también en la mediación, es el de defender los intereses de su cliente.

En primer lugar, es precisamente el abogado quien mejor puede informar al cliente de la posibilidad de acudir a la mediación, e incluso recomendar ésta metodología cuando las circunstancias del caso lo aconsejen. El abogado debe sopesar en cada caso las circunstancias personales, económicas y sociales de su cliente y de la parte con la que mantiene el conflicto, para ver si la solución puede requerir un acto judicial de autoridad, o si es posible la búsqueda de un acuerdo dialogado. Cuando la mediación se sugiere por el juez, una vez entablado el litigio, el abogado debe reforzar ésta opción cuando considere que puede ser idónea. Incluso es conveniente una primera entrevista de los abogados con el mediador.

Durante el desarrollo de la mediación, el abogado debe seguir la evolución de las sesiones, y mantener un diálogo constructivo con el cliente respecto de las propuestas que se formulen.

Cuando existan dudas serias sobre la idoneidad del método, debe aconsejar al cliente que se aparte del proceso y entable la vía judicial, haciéndole ver las consecuencias de su decisión, o solicitando una reunión directa entre el mediador y los abogados de ambas partes para aclarar los problemas que se hayan planteado.

Finalizada la mediación con acuerdo, parcial o total, los abogados de las dos partes han de trabajar para la adecuación del mismo al instrumento legal que resulte más idóneo en aras a la efectividad de lo acordado, tras analizar las consecuencias jurídicas, fiscales, personales y de toda índole que resulten de la voluntad expresada por las partes y, en su caso, retomar la negociación para que se tomen en consideración aspectos omitidos.

El Ministerio de Justicia está elaborando un proyecto de ley para regular la introducción de la mediación en el derecho interno español. Es una asignatura pendiente, que concreta una común aspiración de todos los partidos políticos, reflejada en los programas electorales presentados en las últimas elecciones. Es también una obligación derivada de la Directiva 52/2008 de la UE. En la época de crisis económica en la que vivimos, que ha hecho saltar todas las alarmas del sistema judicial, la opción por la mediación es una decisión que debe formar parte de lo que se denomina “política de estado”, especialmente cuando se está en pleno proceso de modernización de la justicia.

La abogacía va a contar con un nuevo recurso para cumplir la misión que tiene encomendada. Por consiguiente es necesario un esfuerzo formativo a desarrollar desde los colegios profesionales y desde el Consejo General de la Abogacía española, que ha de ir en tres direcciones: la primera, formar a abogados para que puedan intervenir como mediadores, terceros neutrales, en los litigios que les confíen sus compañeros; la segunda, en crear en el seno de los colegios, servicios e institutos de administración de la mediación que puedan recibir demandas de particulares, de los propios abogados litigantes, o desde los tribunales de justicia; y en tercer lugar, explicar a los colegiados qué es la mediación, las ventajas que puede reportar para sus clientes, y el papel del abogado en su proceso.

La mediación no es la panacea, pero es un paso más para conseguir una importante mejora en el sistema de administración de justicia.