



Universitat Autònoma de Barcelona

ADVERTIMENT. L'accés als continguts d'aquesta tesi queda condicionat a l'acceptació de les condicions d'ús establertes per la següent llicència Creative Commons:  http://cat.creativecommons.org/?page_id=184

ADVERTENCIA. El acceso a los contenidos de esta tesis queda condicionado a la aceptación de las condiciones de uso establecidas por la siguiente licencia Creative Commons:  <http://es.creativecommons.org/blog/licencias/>

WARNING. The access to the contents of this doctoral thesis it is limited to the acceptance of the use conditions set by the following Creative Commons license:  <https://creativecommons.org/licenses/?lang=en>

La mediación reflexiva como mecanismo de regulación social

Tesis doctoral

AUTORA: Daniela Gaddi

DIRECTORA: María José Rodríguez Puerta

**Programa de Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídico-Política
Departamento de Ciencias Políticas y Derecho Público**

Bellaterra, septiembre 2016

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona

*You can't open up your mind, boys,
to every conceivable point of view
(Bob Dylan, High Water)*

*Hablando se entiende la gente
(Adagio popular)*

*Vi que las frases salían de su boca como pompas de las que las palabras
eran sólo el revestimiento externo que, al deshacerse en sonido,
dejaban al descubierto un volumen etéreo: el significado.
(Eduardo Mendoza, El misterio de la cripta embrujada)*

*Los teóricos del conflicto, aunque afirmen lo contrario, frecuentemente se aferran
también al sueño de una sociedad sin conflicto. En parte se supone que los
conflictos movilizan fuerzas para su propia solución; en parte se buscan caminos
para una regularización lo más libre posible de daños y «pacífica». Se trata de
programas más o menos políticos: reducción de la violencia y aumento del consenso
al mantener el orden. Como programas políticos tienen su propio derecho (así como
el derecho a ser apoyados científicamente). En el marco de una concepción teórica
que no pretende ser amable ni estar dispuesta a cooperar, sino que se interesa por
la normalización de lo improbable, es necesario aspirar, sin embargo, a términos
distintos y más generales del problema, en convenio con los cuales «la solución de
conflictos» no es una meta, sino un producto accesorio que se puede juzgar
escépticamente.
(Niklas Luhmann, Sistemas Sociales)*

Mis agradecimientos especiales...

A la profesora María José Rodríguez Puerta, cuya dirección sabia, experta, apasionada, optimista, paciente y “reflexiva” me ha permitido, finalmente, cumplir con un objetivo que debí postergar durante demasiado tiempo

A quienes me concedieron las becas, materiales e inmateriales, que hicieron posible este trabajo: Alida y Pino Gaddi, Charo Soler Roque y Ana Díaz Pérez, Vicenç Arranz Álvarez y Dan Lee Miller, Héctor Ayles, Mónica Markwald y Gabriel Tubio

A todos los mediadores, responsables y personal de las entidades donde realicé mi trabajo de campo:

- Centro de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Barrio Obrero Carlos Mugica (Villa 31), sector Güemes.
- Servicio de Mediación Prejudicial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.
- Centro de Mediación Comunitaria del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Villa 31).
- Servicios de Mediación Comunitaria y/o Ciudadana de L'Hospitalet de Llobregat y de Rubí.

A mis amigos mediadores:
Adriana, Aidá, Alejandro, Belén, Gabriel, Isabel, Joan, Josep Maria, Laia, Lola, Manel, Marta, Mónica, Nélica, Oscar, Patricia, Raquel, Stella, Teresa, Vanessa, Xavi, Xavi y Xavi

A los amigos que, queriéndolo o no, se han convertido en expertos en mediación:
África, Delphine, Fabrizia, Fausto, Flavia, Francesca, Giu, Jordi, Laura, Lorella, Luca, Mónica, Patrizia, Pepa, Sara y Tania

A los amigos del CAJ:
Anahi, Carla, Clara, Iris, Mabel, María, Martín, Silvana, Tina

A la paciencia de Pilar Alcaraz Aparicio

A Patrizia Ciardiello, Valeria Gherardini y Gabriele Colla, mediadores dialógicos

A las profesoras Francesca Puigpelat Martí y
Pilar Jiménez Alcover, y al profesor Josep Cid Moliné

A la profesora Margarita Bonet Esteva y al profesor Rafael Rebollo

Al profesor Carlos Elbert
A la profesora Laura Nader

A mi formador, Thierry Dudreuilh

A Mariana Indart. Ella sabe por qué

A Dodó, Milú y Nina

A Paola, y a su recuerdo

A Gabriel, por todo lo que hemos hecho en tan poco tiempo
y por lo mucho que nos queda por hacer

A mis padres

Índice

INTRODUCCIÓN.....	11
-------------------	----

PRIMERA PARTE: La necesidad de un acercamiento cauteloso al tema de la mediación.....15

1. Order from noise: destilando una definición elemental de mediación.....	16
2. Comunicación y diálogo en la literatura sobre mediación.....	24
2.1. Concepto de comunicación en mediación.....	24
2.2. Los estudios sobre la interacción comunicativa en mediación.....	29
3. La mediación como mecanismo de regulación social.....	32
4. Mediación y derecho: ¿una relación conflictiva?.....	39
5. Los fundamentos teóricos de la mediación: razones, proposiciones y propósitos del presente trabajo.....	43
5.1. Una aún frágil miscelánea de objetos, conceptos y teorías (y mitos).....	43
5.2. Observando mediaciones: el programa de esta investigación.....	48

SEGUNDA PARTE: Encuadre teórico

1. La teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas.....	53
1.1. Introducción.....	53
1.2. Acción comunicativa.....	55
1.2.1. Una pragmática universal.....	55
1.2.2. Racionalidad comunicativa y racionalidad discursiva.....	56
1.2.3. Tipos y componentes estructurales de los actos de habla y pretensiones de validez.....	60
1.2.4. Conceptos de entendimiento y acuerdo.....	62
1.2.5. Argumentación, discurso y situación ideal de habla.....	67
1.3. Acción estratégica y acción comunicativa.....	71
1.3.1. Acción comunicativa en sentido débil (orientada al entendimiento) y acción comunicativa en sentido fuerte (orientada al acuerdo).....	73
1.4. Acción comunicativa y mediación: perspectivas habermasianas.....	76
1.4.1. La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación en Carabante Muntada.....	76
1.4.2. El mediador y las reglas de conversación en el análisis de Chilton y Cuzzo.....	78
1.4.3. El actuar comunicacional del mediador: el planteamiento de Bonafé-Schmitt.....	82
1.4.4. Actos de habla y mediación: el intento de comprobación empírica de Restrepo Espinosa.....	84
1.4.5. Acción comunicativa y diplomacia de segundo nivel: la propuesta de Wehrenfennig.....	86
1.5. El derecho formal y la colonización del mundo de vida.....	89
1.5.1. La función estabilizadora del derecho.....	90
1.5.2. Resolución de conflictos y derecho.....	94
1.5.3. Colonización de los mundos de vida.....	98

1.6. Dos planteamientos críticos a las propuestas teóricas habermasianas.....	103
2. La teoría de Sistemas Sociales Autopoiéticos.....	108
2.1. Autopoiesis y sistemas sociales.....	108
2.1.1. De los sistemas a la autopoiesis.....	109
2.1.2. Características de los sistemas sociales autopoiéticos.....	110
2.2. La comunicación como unidad básica de los sistemas sociales.....	112
2.3. La cuestión de la doble contingencia y la formación del orden social.....	114
2.4. El conflicto como sistema.....	117
2.5. El derecho.....	121
2.5.1. Naturaleza y funciones del derecho.....	121
2.5.2. El código de funcionamiento del sistema legal.....	127
2.5.3. El derecho y sus alternativas.....	129
2.5.4. ¿Es el derecho un medio adecuado de gestión de la complejidad social?	
.....	132
2.6. Gunther Teubner.....	134
2.6.1. Autopoiesis legal	134
2.6.2. Juridificación.....	138
2.6.3. El derecho reflexivo.....	141
2.6.4. Irrelevancia de las alternativas al derecho.....	144
3. Las teorías sobre el Pluralismo Jurídico.....	145
3.1. Introducción	145
3.2. Origen y desarrollo del concepto de Pluralismo Jurídico.....	145
3.2.1. Los precursores.....	148
3.2.2. Un nuevo enfoque pluralista.....	154
3.3. Análisis de algunos autores.....	156
3.3.1. Leopold Pospisil y la multiplicidad de niveles jurídicos.....	156
3.3.2. El ataque al centralismo jurídico: el pensamiento de John Griffiths.....	157
3.3.3. Tribunales, regulación privada y “derecho indígena”: los estudios de Marc Galanter.....	162
3.3.4. Sally Falk Moore y los campos sociales semi-autónomos.....	164
3.4. Pluralismo jurídico y autopoiesis: Gunther Teubner.....	167
3.5. Los estudios de Boaventura de Santos Sousa y el “derecho de las favelas”	
.....	171
3.6. La mirada crítica al pluralismo jurídico.....	175
3.6.1. Sally Engle Merry.....	175
3.6.2. Los estudios de Tamanaha.....	176
3.6.3. La visión crítica de Simon Roberts.....	183

TERCERA PARTE: Una lectura funcionalista de los procesos de mediación y de su relación con el derecho

1. Derecho y órdenes menores.....	189
2. La construcción de pactos como forma de regulación de la convivencia.....	191
3. La mediación con respecto al derecho.....	193
3.1. La mediación judicial.....	193
3.2. La mediación extra-judicial.....	196
4. El valor vinculante del acuerdo depende de procesos de comunicación.....	197

4.1. La interacción como sistema.....	198
4.2. Leer la mediación como una acción comunicativa.....	201
4.3. Características y desarrollo de la interacción entre las partes en mediación	202
4.4. El valor normativo del proceso y de los acuerdos.....	204
5. La mediación como forma de regulación social.....	206
6. Mediación y juridificación.....	208
6.1. La juridificación de la mediación.....	209
6.1.1. El contexto extra-judicial.....	209
6.1.2. El contexto judicial.....	211
6.1.3. La mediación como vehículo de juridificación.....	213
6.2. Los efectos de la juridificación de la mediación.....	213
7. Derecho y mediación: una nueva relación a la luz de un paradigma reflexivo.....	214

CUARTA PARTE: La investigación

1. Premisa metodológica.....	221
1.1. Tipo de observación.....	222
1.2. Circunscripción del campo.....	224
1.3. Población.....	225
1.4. Dispositivo de recopilación de datos.....	226
1.5. Método de recopilación de datos.....	229
1.6. Tipo de análisis de la información recogida.....	232
2. Los contextos de observación.....	233
2.1. El Centro de Acceso a la Justicia de la Villa 31 de Buenos Aires.....	233
2.2. El Servicio de Mediación Prejudicial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.....	242
2.3. El Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.....	246
2.4. El Centro de Mediación Comunitaria del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Villa 31).....	249
2.5. Los Servicios de Mediación Comunitaria y/o Ciudadana de L'Hospitalet de Llobregat y de Rubí.....	250
2.6. El Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (CMDPC).....	254
3. Los resultados.....	256
3.1. El intercambio comunicacional entre las partes.....	256
3.2. La relación de las partes con el mediador.....	261
3.2.1. El efecto des-integrador del tercero.....	261
3.2.2. El “mandato” al mediador.....	263
3.2.3. El intento de forzar la neutralidad.....	266
3.3. Uso comunicativo y estratégico del lenguaje.....	269
3.3.1. Uso comunicativo del lenguaje.....	270
3.3.2. Uso estratégico del lenguaje.....	274
3.3.3. El mediador y otros factores.....	281
3.4. La intervención de otros actores.....	286
3.5. Los acuerdos.....	291
3.5.1. Acuerdos logrados.....	292

3.5.2. Acuerdos fallidos.....	296
3.6. La percepción de las partes acerca de derecho y mediación.....	300
3.7. Resumen de los resultados.....	306

PARTE QUINTA: Conclusiones

1. La perspectiva descriptiva.....	315
1.1. La mediación es una fuente de producción normativa.....	317
1.1.1. La mediación como forma de autopoiesis.....	317
1.1.2. La mediación no es una forma de acción comunicativa.....	320
1.2. La autonomía de la producción normativa en mediación.....	322
1.3. La mediación no es un mecanismo de regulación (macro) social	322
1.4. La relación entre mediación y derecho.....	324
1.4.1. La mediación en la espiral de la juridificación.....	325
2. La perspectiva programática.....	326
3. Indicaciones para futuras investigaciones.....	329

BIBLIOGRAFIA.....	331
--------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo de tesis es analizar la mediación como fuente de producción normativa y como mecanismo de regulación social, desde una perspectiva iusfilosófica y socio-jurídica.

El estudio teórico se complementa con una exploración empírica del fenómeno, por medio de la observación de sesiones de mediación judicial y extra-judicial, en contextos legales y para-legales, nacionales e internacionales.

La Primera Parte de la tesis está dedicada a encuadrar el tema desde un punto de vista definitorio y a exponer las razones y los propósitos del trabajo. El análisis de la literatura especializada se centra en el papel de la interacción comunicativa en la construcción de acuerdos, y en las hipótesis planteadas por algunos autores sobre la posibilidad de que la mediación pueda entenderse como una forma de regulación social. Después de mencionar cómo la relación entre mediación y derecho está representada en literatura, se describe el programa de investigación.

En la Segunda Parte se expone el marco teórico que sirve de fundamento a todo el trabajo y a la parte empírica. Se analiza primeramente la noción de Acción Comunicativa de Habermas, así como las propuestas de algunos autores acerca de la posibilidad de enfocar la práctica de la mediación según un modelo de racionalidad comunicativa. Se da cuenta también de la visión iusfilosofica del pensador alemán, con especial referencia al fenómeno de la juridificación y a la función del derecho para la integración social y para la regulación de las interacciones negociales. Finalmente, se examinan dos posiciones críticas, que señalan el excesivo idealismo y el carácter “eurocéntrico” de la reflexión habermasiana.

Se introduce a continuación el paradigma de los Sistemas Sociales Autopoiéticos,

analizando, en primer lugar, la teoría de Luhmann y profundizando en los conceptos de comunicación, doble contingencia y conflicto. Se expone la visión luhmaniana del derecho, haciendo hincapié en su función de regulador de la complejidad social y en su relación con los medios alternativos de resolución de conflictos. En segundo lugar, se presenta el punto de vista de Teubner sobre el derecho como sistema autopoietico de segundo orden y su articulación con los demás subsistemas, también desde la perspectiva de la juridificación y de las alternativas al derecho. Por último, se examina el concepto de derecho reflexivo, propuesto por el autor, en su calidad de marco jurídico estructural para la auto-regulación social.

El análisis de los estudios sobre pluralismo jurídico completa la presentación del marco teórico. Después de revisar sumariamente la historia del concepto de pluralismo jurídico, se consideran algunos de los autores más representativos, cuyas reflexiones se enderezan a describir las relaciones entre formas de regulación autónomas, y a demostrar que la organización de la convivencia está a cargo de una pluralidad de fuentes normativas y/o jurídicas. La visión de Teubner sobre pluralismo jurídico y autopoiesis y los estudios de Boaventura de Sousa Santos, especialmente aquellos sobre los sistemas normativos que operan en lugares caracterizados por una condición de para-legalidad, completan la reseña, junto con la descripción de algunas posiciones críticas.

En la Tercera Parte se examinan las condiciones en base a las que la mediación puede contribuir a la regulación de la sociedad. Concretamente, se analiza su capacidad de producir obligaciones vinculantes y la naturaleza de su normatividad, de acuerdo con el marco teórico expuesto en la segunda parte. Se enfoca por lo tanto la mediación como un sistema de interacción cuya autopoiesis permite el emerger de un orden normativo vinculante, y se examina la posibilidad de que pueda interpretarse como una forma de acción comunicativa. El análisis de la relación entre derecho y mediación, y del paulatino proceso de juridificación al que ésta está sometida, nos lleva a plantear la necesidad de una regulación jurídica alternativa que, en línea con el derecho reflexivo propuesto por Teubner, se limite a proporcionar normas procedimentales mínimas, sin intervenir en los contenidos de los procesos de autorregulación.

La Cuarta Parte está dedicada a la descripción del trabajo de campo. La

investigación tenía el objetivo de averiguar si la mediación puede ser interpretada como una clase de acción comunicativa, en el sentido habermasiano, además de constatar la existencia de eventuales diferencias en el diálogo entre las partes en contextos legales y para-legales, y entre las mediaciones extra-judiciales y las mediaciones judiciales. Finalmente, se quería recolectar informaciones acerca del actuar del mediador en el intercambio comunicacional entre las partes y de su función en la gestión del conflicto y en la construcción de acuerdos.

Se da constancia, en esta parte, del tipo de observación llevado a cabo, del campo y de la población objeto de indagación, de los instrumentos utilizados para recoger los datos y de las modalidades de análisis del material obtenido. A continuación, se describen los contextos donde se han realizado las observaciones y se exponen los resultados, con especial mención del intercambio comunicacional entre las partes, de la relación de éstas últimas con el mediador, del tipo de uso que las partes hacen del lenguaje, de la influencia de otros actores presentes en la mediación, de las condiciones que permiten o dificultan el acuerdo, y de la percepción que las partes demuestran tener acerca de la mediación y del derecho.

La quinta parte está dedicada a la exposición de las conclusiones, donde se contesta a la pregunta inicial y se propone una forma de regulación reflexiva de la mediación.

PRIMERA PARTE

La necesidad de un acercamiento cauteloso al tema de la mediación

Desde que dio sus primeros pasos, en los Estados Unidos de los años '70¹, el ascenso y la difusión de la mediación han sido impetuosos.

Hoy en día, es uno de los instrumentos de gestión de las disputas² que más interés suscita en lo contencioso, y casi no existe sector del derecho donde no se lo use: desde el penal y el familiar, pasando por el comercial, el sanitario, el de consumo, para llegar finalmente al derecho privado, que prácticamente regula cualquier expresión de la vida cotidiana³.

Además, forma parte integrante del repertorio discursivo de las políticas sociales que pretenden fomentar una mejor convivencia entre individuos y grupos, generar

-
- 1 La fecha de nacimiento se identifica con la famosa Conferencia sobre las Causas de la Insatisfacción Popular acerca de la Administración de la Justicia (*Pound Conference*), realizada en Sant Paul, Minnesota, en el 1976. Una reflexión similar se estaba llevando a cabo en el mismo periodo en Europa (*The Florence Access to Justice Project*), aunque ésta no tuvo igual resonancia. Cfr. GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro, "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective", *Buffalo Law Review*, Vol. 27 (1978), pp. 181-292
 - 2 Por "disputa" entendemos, con Mather y Yngvesson, aquella etapa "de una relación social en la que un conflicto entre dos partes (individuos o grupos) es declarado públicamente, esto es, delante de una tercera parte". Cfr. MATHER, Lynn; YNGVESSON, Barbara, "Language, audience, and the transformation of disputes", *Law & Society Review*, Vol. 15, N. 34 (1980), pp. 775-821, p. 776 [trad. mía]
 - 3 Una descripción puntual y exhaustiva del extendido uso de la mediación en el marco del derecho se encuentra en CASANOVAS, Pompeu; MAGRE Jaume; LAUROBA, María Elena (dirs.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, 2011

conductas “cívicas”, favorecer el diálogo y la integración, y sanear el tejido social. Es por ello que se la utiliza con mayor frecuencia en contextos que se consideran caracterizados por altos niveles de conflictividad: barrios “en riesgo”, escuelas, centros penitenciarios, etc.

Además, prueba del formidable atractivo de la mediación son el gran interés académico, el impresionante número de publicaciones sobre el tema, tanto divulgativas como científicas, la expansión de la oferta formativa, y naturalmente, las numerosas tesis doctorales dedicadas a ella.

Frente a semejante fenómeno, el presente trabajo de tesis pretende realizar una reflexión pausada acerca de algunas cuestiones generales que conciernen a la relación entre mediación y derecho, en cuanto dispositivos de resolución de disputas.

Me pregunto, por ejemplo, por la función que la mediación cumple con respecto al derecho; si es legítimo considerarla una fuente de producción normativa y eventualmente en qué condiciones; qué papel juega la comunicación en la formación de los acuerdos y, por último, en qué posición se encuentra la mediación con respecto al problema de la gestión de la complejidad social.

Para contestar a estos interrogantes, es necesario aclarar previamente algunas cuestiones preliminares.

Se dará cuenta por lo tanto, en este capítulo introductorio, de las ambigüedades presentes en los “discursos científicos” sobre mediación; de ciertas carencias teóricas y de la confusión conceptual correlativa; de las intenciones, sino de las esperanzas, de los defensores de la mediación; de algunas creencias erróneas o cuando menos imperfectas, y de sus secuelas.

Al final, se propondrá una perspectiva teórica desde la que observar la mediación y que servirá de orientación para todo el trabajo de tesis.

1. *Order from noise*: destilando una definición elemental de mediación

Uno de los primeros problemas con el que se encuentra alguien que quiere estudiar la mediación, es orientarse entre las innumerables definiciones presentes en la

literatura especializada⁴.

La búsqueda de elementos comunes es un buen criterio de ordenación, porque permite desvelar una estructura compartida por todas, pese a la gran heterogeneidad de escuelas y modelos⁵. En este sentido, las definiciones están generalmente organizadas según el siguiente guión (aunque no necesariamente se

4 A título de ejemplo, señalo a continuación algunas de las definiciones que es posible encontrar en la literatura española de los últimos 10 años.

- *“La mediación es una forma alternativa y complementaria a la vía judicial, pacífica de resolución de conflictos, en la que las partes enfrentadas, ayudadas por un mediador, puedan resolver sus disputas, en un foro justo y neutral, hasta llegar a una solución consensuada, que se traduce en un acuerdo satisfactorio y mutuamente aceptado por las partes”*, MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid: El Derecho, 2009, p. 71
- *“Procedimiento pacífico de resolución de conflictos basado en el acuerdo alcanzado por las partes, que sacrifican equitativamente sus pretensiones iniciales para llegar a un punto que recoge el interés común de las mismas con la ayuda de una persona que facilita la consecución del mismo”*, en MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, cit., p. 17
- *“La mediación es un procedimiento no adversarial en el que un tercero neutral ayuda a las partes a negociar mutuamente para llegar a un acuerdo satisfactorio para ambas”*, en GONZÁLEZ-CAPITEL, Celia, *Manual de mediación*, Barcelona: Atelier, 2001, p. 21
- *“el mecanismo que permite a las partes llegar a un acuerdo que satisfaga al máximo sus intereses con la ayuda de un tercero, que es el mediador ... las partes no reciben asesoramiento... simplemente se les sugiere una propuesta de acuerdo que las partes aceptarán o no: depende de ellas. De ahí que se diga en ocasiones que la mediación es un proceso de negociación asistido o ayudado, pero, en definitiva, sigue siendo una negociación”*, en GALEOTE MUÑOZ, María Pilar, “La mediación”, en HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coord.), *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, pp. 61-90, p. 64;
- *“la mediació es defineix com un procés complementari pel qual un tercer imparcial i independent intenta, a través de l'organització d'intercanvis entre les parts d'un conflicte, confrontar els punts de vista d'ambdues i buscar, amb el seu ajut, una solució al conflicte que les oposa”*, en MUNNÉ TOMÀS, Maria; VILLANUEVA REY, Núria, “Assaig sobre la mediació”, en: VILLAGRASA, Carlos (coord.), *La mediació. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*, Barcelona: ECSA, 2004, pp. 17-37, p. 23.
- *“... podemos entenderla como un conjunto de técnicas que tratan de resolver posibles conflictos en el que las partes enfrentadas se ponen en manos de una tercera persona imparcial, el mediador, sin otro poder que la autoridad reconocida por las partes, al objeto de buscar una salida asumida por todos”*, en GARCÍA RAGA, Laura; LÓPEZ MARTÍN, Ramón, “Mediación y sistema escolar. La convivencia como horizonte”, en: LÓPEZ MARTÍN, Ramón, *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse ...*, Valencia: Universidad de Valencia, 2007, pp. 71-114, p. 81
- *“La mediación es un procedimiento, compuesto por una serie de estrategias y técnicas, mediante el cual las partes implicadas, con la participación y ayuda de un mediador imparcial e independiente, identifican, formulan y analizan las cuestiones en disputa, con el objetivo de desarrollar y proponer ellas mismas opciones o alternativas que les permitan llegar a un acuerdo que solucione el conflicto o mejore las relaciones entre las*

presentan en el mismo orden):

- a. *Aclaración de lo que la mediación “es”*: es decir, un procedimiento (o proceso)⁶, un conjunto de técnicas⁷, una forma alternativa y complementaria a la vía judicial/no adversarial⁸, una resolución autocompositiva del conflicto⁹, etc..
- b. Descripción de sus *principios*: imparcialidad y neutralidad (del mediador y/o

partes.”, en ALCOVER DE LA HERA, Carlos M^a, “La mediación como estrategia para la resolución del conflicto. Una perspectiva psicosocial”, en: GONZALO QUIROGA, Marta, *Métodos Alternativos Para La Solución De Conflictos*, Madrid: Dickinson, 2008, pp. 113-130, p. 117.

- “*un proceso de resolución de controversias en el cual las partes en conflicto, acuerdan de forma voluntaria que una o más personas imparciales intervengan en ese conflicto y les ayuda a encontrar un acuerdo satisfactorio para ellas. El mediador no se pone del lado de ninguna de las dos partes ni decide sobre la disputa que se está resolviendo.*”, en ÁLVAREZ TORRES, Manuel, “La mediación”, en: ÁLVAREZ TORRES, Manuel et al., *Mediación civil y mercantil*, Madrid: Dickinson, 2013, pp. 57-65, p. 59.
- “*La mediación es, ciertamente, un proceso – considerados por muchos transformativo – que ordena el fluir en medio de los conflictos, colocando las personas al centro. No prescribe qué hacer y qué no en tal o cual circunstancia. Tampoco se parte de preconcepciones y las situaciones se interpretan bajo parámetros de originalidad e irrepetibilidad. La lógica de la mediación es ternaria y, consecuentemente, abierta, motivo por el cual permite la circulación de verdades múltiples.*”, en BOQUÉ TORREMORELL, María Carme, *Cultura de mediación y cambio social*, Barcelona: Gedisa, 2003, p. 116

Señalan el riesgo de apostar por una definición u otra Barroso y colegas, en BARROSO, Inmaculada, et al., “La mediación institucional ante el conflicto social: ¿articulación o desarticulación de la participación ciudadana?”, en: MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid: Dyckinson, 2010, pp. 229-270.

- 5 Algunos, en cambio, optan por el método inverso: generalizar las diferencias y reagruparlas en categorías conceptuales. Ésta es la elección de Merino Ortiz, quien propone un meta-modelo, esto es, una “hoja de ruta conceptual” para identificar y describir todas aquellas actuaciones que se refieren al concepto de mediación. La autora identifica así 6 categorías conceptuales: mediación *dirigida al acuerdo*, mediación *facilitadora*, mediación *transformativa*, mediación como *asesoramiento técnico*, mediación como *consejo sabio* y mediación *tradicional*. Cfr. MERINO ORTIZ, Cristina, *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Madrid: Reus, 2013.
- 6 En la literatura española sobre mediación, numerosos autores usan el término proceso/procedimiento. Cfr., por ejemplo, MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, cit.; GONZÁLEZ-CAPITEL, *Manual de mediación*, cit.; MUNNÉ TOMÀS/VILLANUEVA REY, “Assaig sobre la mediació”, cit.; ALCOVER DE LA HERA, “La mediación como estrategia para la resolución del conflicto”, cit.; ÁLVAREZ TORRES, “La mediación”, cit.; CORSÓN PEREIRA, Francisco; GUTIÉRREZ HERNANZ, Eva, *Mediación y teoría*, Madrid: Dickinson, 2014. SAN MARTÍN LARINNOA, María Begoña, *La Mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español)*, Gobierno Vasco, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social, 1997.
- 7 GARCÍA RAGA, Laura; LÓPEZ MARTÍN, Ramón, “Mediación y sistema escolar. La convivencia como horizonte”, en: LÓPEZ MARTÍN, Ramón (coord.), *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse ...*, Valencia: Universidad de Valencia, 2007, pp. 71-114

del proceso)¹⁰, voluntariedad¹¹, confidencialidad¹², autodeterminación de las partes¹³.

- c. Descripción de sus *características*: otorga poder a las partes¹⁴ y trabaja desde sus potencialidades¹⁵; es recíproca, cooperativa¹⁶; conduce a acuerdos creativos¹⁷ y equos¹⁸; tiene un efecto pedagógico¹⁹, provoca el *deutoaprendizaje* y proyecta su acción hacia el futuro²⁰; es amistosa, cercana

-
- 8 MEJÍAS GÓMEZ, “La mediación como forma de tutela judicial efectiva”, cit.; MUNNÉ TOMÀS/ VILLANUEVA REY, “Assaig sobre la mediació”, cit.; FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio, *Teoría y práctica de la mediación. La gestión alternativa de los conflictos sociales*, Murcia: Editum, 2009; GONZÁLEZ-CAPITEL, *Manual de mediación*, cit.
- 9 VALL RIUS, Anna Maria, “La mediació familiar: gestionar pacíficament el conflicte i preservar la relació”, en: VILLAGRASA, Carlos (coord.), *La mediació. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*, Barcelona: Portic, 2004, pp. 57-78.
- 10 En el sentido de que el mediador no tiene interés en el conflicto y que no puede imponer decisiones o dar soluciones propias. Cfr. ALARTE HOYOS, Flor, “Mediación y mediación social”, en: LÓPEZ MARTÍN (coord.), *Las múltiples caras de la mediación*, cit., pp. 16-38; ÁLVAREZ TORRES, Manuel, “La mediación”, cit.; BOTANA CASTRO, Ana Vanesa, “Conceptos básicos de referencia”, en: SOUTO GALVÁN, Esther (coord.), *Mediación familiar*, Madrid: Dickinson, 2012, pp. 27-44; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; FUSTERO BERNAD, Amalia, “La mediación en los delitos de violencia de género”, *Revista Internacional de Mediación*, N. 1 (2014), pp. 8-23; FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.. En el sentido de un mayor protagonismo del mediador, véase en cambio BELTRÁN VILLALVA, Miguel, “Conflictos y resolución de conflictos: el papel de la mediación”, en: MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid: Dyckinson, 2010, pp. 27-46; y BARONA VILAR, Silvia, “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, *InDret*, N. 4 (2014), pp. 2-29
- 11 ALCOVER DE LA HERA, “La mediación como estrategia para la resolución del conflicto”, cit.; ÁLVAREZ TORRES, “La mediación”, cit.; BOTANA CASTRO, “Conceptos básicos de referencia”, cit.; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; FUSTERO BERNAD, “La mediación en los delitos de violencia de género”, cit.; HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.; FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.; BARONA VILAR, “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, cit.
- 12 ALARTE HOYOS, “Mediación y mediación social”, cit.; GONZÁLEZ-CAPITEL, *Manual de mediación*, cit.; GALEOTE MUÑOZ, “La mediación”, cit.; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás; PENÍN ALEGRE, María Luisa, “Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología”, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás et al., *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid: Constitución y Leyes, 2010, pp. 7-20; ÁLVAREZ TORRES, Manuel, “La mediación”, cit.; BOTANA CASTRO, “Conceptos básicos de referencia”, cit.; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; FUSTERO BERNAD, “La mediación en los delitos de violencia de género”, cit.; HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.
- 13 MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, cit.; ALCOVER DE LA HERA, “La mediación como estrategia para la resolución del conflicto”, cit.; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.; BARONA VILAR, “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, cit.
- 14 GONZÁLEZ-CAPITEL, *Manual de mediación*, cit.
- 15 ALARTE HOYOS, “Mediación y mediación social”, cit.

y accesible, inteligible²¹; es informal y flexible²²; es eficaz y rápida²³; independiente²⁴; democrática²⁵; supone un equilibrio de poder entre las partes²⁶.

- d. Exposición de sus *objetivos*: lograr (o alcanzar) acuerdos, resolver el conflicto²⁷, aproximar las partes a un interés común²⁸, generar cambios a nivel micro-social (o incluso macro-social), facilitar el diálogo y restablecer la comunicación para lograr acuerdos²⁹, mejorar la relación entre las partes, mejorar la comunicación entre las partes, transformar las relaciones sociales, alcanzar la paz social, resolver problemas, prevenir conflictos, reducir costos, prevenir la reincidencia.... Como dicen Wall y Dunne: “*Muchos estudiosos y profesionales consideran la mediación como una excelente navaja suiza – capaz de realizar cualquier tarea – y creen que los mediadores también deberían tener objetivos acordes con esa visión*”³⁰.

16 ALARTE HOYOS, “Mediación y mediación social”, cit.

17 ALARTE HOYOS, “Mediación y mediación social”, cit.

18 CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.

19 MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, cit.; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.

20 ALARTE HOYOS, “Mediación y mediación social”, cit., citando a Marinés Suares, 1996. El deutoaprendizaje es un concepto propuesto por Bateson, y se refiere a la capacidad de aprender la manera de aprender.

21 ALARTE HOYOS, “Mediación y mediación social”, cit.

22 ALARTE HOYOS, “Mediación y mediación social”, cit.; GONZÁLEZ-CAPITEL, *Manual de mediación*, cit.; BOTANA CASTRO, “Conceptos básicos de referencia”, cit.; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; SAN MARTÍN LARINNOA, *La Mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos*, cit.; FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.; BARONA VILAR, “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, cit.

23 ALARTE HOYOS, “Mediación y mediación social”, cit.; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, “Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología”, cit.

24 CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación. La gestión alternativa de los conflictos sociales*, cit.

25 GONZÁLEZ-CAPITEL, Celia, *Manual de mediación*, cit.

26 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, “Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología”, cit.; al mediador compete el equilibrar el poder, según SAN MARTÍN LARINNOA, *La Mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos*, cit.

27 Véanse, por ejemplo, CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.

28 MEJÍAS GÓMEZ, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, cit.

29 GARCÍA GARCÍA, Lucía, *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dickinson, 2003

30 Traducción mía, original en inglés: “*Many current scholars and practitioners consider mediation to be an industrial-grade Swiss army knife — capable of accomplishing any task — and expect mediators to set their goals accordingly.*”. Cfr. WALL, James A.; DUNNE Timothy C., “Mediation Research: A Current Review”, *Negotiation Journal*, April (2012), pp. 217-244

- e. Explicación de sus *fórmulas operativas* (es decir, cómo logra sus resultados): facilitando el diálogo y restableciendo la comunicación, poniendo en evidencia intereses en vez que posiciones, induciendo modificaciones en las estructuras narrativas de los relatos de las partes, empoderando las partes, transformando las actitudes de las partes, etc.
- f. Descripción de sus *instrumentos*: encuentros directos o indirectos, *caucus*, preguntas, re-formulaciones y replanteos o, más en general, planificación creativa³¹.
- g. Reseña de sus *modelos de aplicación*. Además de los más citados (Harvard, o Tradicional Lineal³², Transformativo³³ y Circular Narrativo³⁴), se pueden encontrar: el Modelo de Mediación Familiar Terapéutica³⁵, el Modelo

31 MUNNÉ TOMÀS/ VILLANUEVA REY, "Assaig sobre la mediació", cit.

32 ALARTE HOYOS, "Mediación y mediación social", cit.; GONZÁLEZ-CAPITEL, *Manual de mediación*, cit.; GALEOTE MUÑOZ, "La mediación", cit.; MUNNÉ TOMÀS/ VILLANUEVA REY, "Assaig sobre la mediació", cit.; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, "Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología", cit.; BOTANA CASTRO, "Conceptos básicos de referencia", cit.; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; FERRI DURÁ, Jaime, "Del conflicto a la mediación, un recorrido por la evolución de la política y su ciencia", *Política y Sociedad*, Vol. 50, N. 1 (2013), pp. 13-38; HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.; MERINO ORTIZ, Cristina, *La mediación familiar en situaciones asimétricas*, cit.; FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.

33 ALARTE HOYOS, "Mediación y mediación social", cit.; GONZÁLEZ-CAPITEL, *Manual de mediación*, cit.; GALEOTE MUÑOZ, "La mediación", cit.; MUNNÉ TOMÀS/ VILLANUEVA REY, "Assaig sobre la mediació", cit.; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, "Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología", cit.; BOTANA CASTRO, "Conceptos básicos de referencia", cit.; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; FERRI DURÁ, "Del conflicto a la mediación", cit.; HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.; MERINO ORTIZ, *La mediación familiar en situaciones asimétricas*, cit.; FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.

34 ALARTE HOYOS, "Mediación y mediación social", cit.; GONZÁLEZ-CAPITEL, Celia, *Manual de mediación*, cit.; GALEOTE MUÑOZ, "La mediación", cit.; MUNNÉ TOMÀS/ VILLANUEVA REY, "Assaig sobre la mediació", cit.; GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, "Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología", cit.; BOTANA CASTRO, "Conceptos básicos de referencia", cit.; CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.; FERRI DURÁ, "Del conflicto a la mediación", cit.; FUSTERO BERNAD, "La mediación en los delitos de violencia de género", cit. (a pesar de que describe el proceso de mediación según las fases del modelo lineal); HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.; MERINO ORTIZ, *La mediación familiar en situaciones asimétricas*, cit.; FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación. La gestión alternativa de los conflictos sociales*, cit.

35 MERINO ORTIZ, *La mediación familiar en situaciones asimétricas*, cit.. En este modelo, el mediador plantea otras intervenciones previas al encuentro de mediación para preparar las partes, o propone actividades alternativas, cuando las partes no están (o no se sienten) preparadas para un encuentro cara a cara. El objetivo no es tanto llegar a acuerdos, sino el lograr una mejora sustancial de la comunicación y la ampliación de las capacidades de

Ecosistemico Familiar (Parkinson 2005), el Modelo Contingente de Mediación (Bercovitch), el Modelo de Selección Estratégica o Modelo de Carnevale, el Modelo de Mediación Reparadora, el Modelo Tópico de Bandieri (2005)³⁶, el Modelo de Mediación Humanista (Umbreit y Coates, 2006), el Modelo Generativo (Schnitman, 2000)³⁷, el Modelo Dialógico de Turchi (2014)³⁸, etc.³⁹.

Como se puede notar, las definiciones contienen *aspectos tanto descriptivos como prescriptivos*, esto es, no sólo describen lo que en la mediación “sucede”, sino también lo que debería suceder. Ello se debe, verosímilmente, al hecho de que, en las publicaciones sobre mediación, prevalece el interés operativo. En este sentido, podría decirse que las definiciones propuestas aportan informaciones, sobre todo, sobre sí mismas, pero apenas documentan cómo se desarrolla efectivamente el proceso de mediación.

Es frecuente además que *la prescripción se formule como una descripción* (por ejemplo, como cuando se afirma que las partes *son* las protagonistas del proceso), lo que contribuye a generar cierta confusión conceptual.

Solamente concentrando la atención en los elementos puramente descriptivos podemos llegar a una definición elemental de mediación, de la que arrancar para emprender el análisis. Concretamente, nos encontramos con que:

- La mediación consiste en *uno o más encuentros entre dos partes en conflicto en presencia de un mediador*. Los encuentros pueden tener lugar en un

autodeterminación de las partes. El encuentro se caracteriza por una negociación basada en intereses.

36 MERINO ORTIZ, *La mediación familiar en situaciones asimétricas*, cit.

37 SCHNITMAN, Dora Fried (ed.), *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas*, Buenos Aires: Granica, 2000

38 TURCHI, Gian Piero; GHERARDINI, Valeria, *La mediazione dialogica. Fondazione scientifica, metodo e prassi in ambito penale, civile e commerciale, familiare e di comunità*, Milano: FrancoAngeli, 2014

39 Señalan Wall y Dunne que en la literatura sobre mediación se pueden encontrar un centenar de técnicas de mediación, por ejemplo: analytic (e.g., Birke 2000); broad/focused (e.g., Currie 2004); bottom up (e.g., Mars 2001); differentiated (e.g., Regina 2000); evaluative (e.g., Lande 2000); facilitative (e.g., Gabel 2003); insight (e.g., Picard and Melchin 2007); mediation-arbitration (e.g., Ross and Conlon 2000); narrative (e.g., Hardy 2008); neutral (e.g., Kydd 2003); power broker (e.g., Chayes 2007); power-political (e.g., Jones 2000); pressing (e.g., Kichaven 2008); problem solving (e.g., Harper 2006); proper sequenced (e.g., Weiss 2003); pragmatic (e.g., Alberstein 2007); story telling (e.g., Pinto 2000); strategic (e.g., Kressel 2007); transformative (e.g., Alberstein 2007); transformative-narrative (e.g., Harper 2006), and understanding-based (e.g., Friedman and Himmelstein 2006). Cfr. WALL/ DUNNE, “Mediation Research: A Current Review”, cit.

contexto judicial o extra-judicial, las partes pueden incluir más de un sujeto, el conflicto puede referirse a diferentes temáticas (familiares, vecinales, penales, etc.), el mediador puede trabajar solo o en co-mediación con otros mediadores u otros profesionales, etc.

- *Sirve para gestionar/terminar conflictos.* Gestionar puede significar: alcanzar acuerdos, reconstruir la comunicación, transformar la relación, elaborar una narrativa común, etc.
- El mediador interviene a *petición de las partes* para facilitar el encuentro y *no está involucrado* en el conflicto⁴⁰.
- El desenlace es el resultado de una *decisión consensuada entre las partes y no de una resolución impuesta por el mediador (al menos, no de forma directa)*. El desenlace puede tomar las siguientes formas: acuerdo/no acuerdo; reconstrucción/no reconstrucción de la comunicación; transformación/no transformación de la relación; construcción/no construcción de una narrativa común, etc.⁴¹.
- Para la gestión de la disputa y la construcción de acuerdos, la mediación se *basa en la comunicación*.

Sobre la base de estos elementos fundamentales, trataré de desarrollar mi razonamiento a lo largo del trabajo.

40 Como suele decirse, el mediador es un simple “catalizador” en la interacción entre las partes. Véase, por ejemplo, SENDRA MONTES, Joan, “La mediación comunitaria, una eina per a la convivència”, en: VILLAGRASA, Carlos (coord.), *La mediación. L’alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*, Barcelona: Portic, 2004, pp. 113-133

41 Hay que señalar que el tema de la falta de poder del mediador como para imponer soluciones a las partes ha sido cuestionado en numerosas ocasiones. Véase, por ejemplo, PINZÓN, Luis Arturo, “The Production and Knowledge of Power in Mediation”, *Mediation Quarterly*, Vol. 14, N. 1 (1996), pp. 3-20. En el mismo sentido, SILBEY, Susan S.; MERRY, Sally E., “Mediator Settlement Strategies”, *Law and Policy*, Vol. 8, N. 1 (1986), pp. 7-32. Por su parte, Fajardo Martos observa como el mediador, aunque no tome decisiones, dirige el proceso, siendo una nota distintiva de esta figura su proactividad. Vista en estos términos, la mediación sería de entender como un mecanismo heterocompositivo *sui generis*, no decisorio. Cfr. FAJARDO MARTOS, Paulino, “Estrategia y mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la Mediación”, en: BAZAGA FERNÁNDEZ, Isabel et al., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 69-84. Veremos más adelante como también en la presente investigación se pudo observar que el mediador influye en el proceso de comunicación y, por ende, sobre el desenlace de la mediación.

2. Comunicación y diálogo en la literatura sobre mediación

2.1. Concepto de comunicación en mediación

La afirmación de que la comunicación juega un papel fundamental en la mediación es, como vimos arriba, una constante indiscutida.

Concretamente, se le atribuye una importancia crucial a la hora de construir acuerdos, y por ende, de establecer criterios normativos para la regulación de la conducta futura de las partes.

Es por ello que, para empezar a entender el cómo la comunicación consigue un tal resultado, es necesario ante todo profundizar en la visión que emerge de los trabajos sobre mediación con respecto a este componente del proceso.

Desde la perspectiva de un enfoque pragmático, dirigido a la solución de problemas, se sostiene que la comunicación permite que se transmitan informaciones⁴², y que salgan a la luz *“las posiciones, intereses y necesidades de las personas: la descripción del oponente, la interpretación del problema, la visión del proceso, la proyección de la posible solución futura, etc.”*⁴³.

En cambio, según los enfoques transformadores o humanistas, que conciben la mediación como un *“escenario conversacional”* para investigar posibilidades presentes y futuras de reconstrucción de contexto, personas y relaciones⁴⁴, donde es importante que las partes recuperen la capacidad de gestionar sus relaciones personales a partir del reconocimiento de la humanidad del otro⁴⁵, la comunicación

42 PÀMIES ROVIRA, Jordi, “Comunicació i mediació”, en: MORENO OLIVER, Francesc Xavier, *Bases de Mediació*, Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, pp. 51-54

43 FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit., p. 146

44 BOQUÉ TORREMORELL, *Cultura de mediación y cambio social*, cit.

45 “[...] si se trata por ejemplo de un conflicto de tipo comercial o empresarial, o incluso de un conflicto laboral como puede ser pactar una rescisión de contrato, parece evidente que el objetivo ha de ser lograr un acuerdo que acepten ambas partes, de manera que en estos casos será más recomendable utilizar modelos como el de Harvard. Pero hay otras situaciones donde lo importante no sea lograr un acuerdo definitivo o que cierre un conflicto (quizá también porque esto no sea posible), sino perseguir que las partes implicadas logren recuperar o establecer su capacidad de diálogo, de escucha, de consideración o de respeto mutuo, es decir, que sean capaces de asumir la creencia sobre su propia capacidad de resolver sus diferencias o enfrentamientos sin recurrir a terceras partes, ya sea un mediador o un juez. Se alude, entre otros muchos, a conflictos familiares, relacionales, organizacionales, institucionales, comunitarios, etc., en los que se desea -o resulta imposible que sea de otra manera - que las

debe entenderse y tratarse como un vehículo de transformación.

Pese a las diferencias, ambos enfoques describen la comunicación mayoritariamente como un *proceso bidireccional* entre un emisor y un receptor, con *feed-back* o retroalimentación, caracterizado por mecanismos de codificación y decodificación⁴⁶, un canal de transmisión, códigos propios y un contexto determinado⁴⁷. Una de las consecuencias de una interpretación de este tipo es que, en la mediación, la comunicación se concibe y se trata exclusivamente como un fenómeno que se ha *interrumpido o muestra algún tipo de mal funcionamiento*, que hay que corregir⁴⁸.

Debido al mal funcionamiento, el mensaje no lograría alcanzar el interlocutor⁴⁹, o le llegaría distorsionado, provocando malentendidos que las partes no son capaces de aclarar⁵⁰.

En numerosas ocasiones, los autores atribuyen a la influencia negativa de perturbaciones emocionales el que el mensaje no llegue a destinación como debería. Como explican por ejemplo Gonzalez-Cuellar Serrano y Penín, "*Los marcos negativos de las afirmaciones que vierte del emisor condicionan la reacción que provocan en el receptor, por lo que su modificación es importante.*"⁵¹.

relaciones se mantengan a medio o largo plazo.". Cfr. ALCOVER DE LA HERA, "La mediación como estrategia para la resolución del conflicto", cit., p. 118. Da cuenta de cómo también los defensores de la justicia restaurativa sostienen la importancia del diálogo entre las partes, pese a que no siempre se logre realizarlo, Larrauri en LARRAURI, Elena, "Tendencias actuales de la justicia restauradora", en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 439-465

46 "La comunicación es una secuencia de sucesos entre dos o más partes: un emisor A y un receptor B. A intentará llevar un mensaje (información) a B pero tendrá que codificarlo (pensarlo) antes de emitirlo. El mensaje pasa a B que a su vez lo decodifica (entiende) y lo recibe (llega a su destino)". Cfr. GONZÁLEZ-CAPITEL, cit., p. 105-106

47 La referencia constante es al modelo de comunicación propuesto por Paul Watzlawick y colegas, sobre todo a WATZLAWICK, Paul et al., *Teoría de la comunicación humana*, Barcelona: Herder, 1985

48 A esta idea correspondería, según algunos, una visión del conflicto como un fenómeno disfuncional con respecto al orden social. Cfr. por ejemplo NADER, Laura, "From legal process to mind processing", *Family And Conciliation Courts Review*, Vol. 30, N. 4, (1992), pp. 468-473

49 HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.

50 "Cuando el emisor de una comunicación detecta a través del feedback que existe un problema ha de intentar establecer la causa y una vez conseguido (supongamos que se trata de problemas en el canal, o en el código, o en el contexto, etc.) modificar la parte del esquema de la comunicación que suponga problemas". Cfr. SENENT SÁNCHEZ, Joan M^a, "Las técnicas de comunicación en las situaciones de conflicto y mediación", en: LÓPEZ MARTÍN, *Las múltiples caras de la mediación*, cit., pp. 41-67, p. 43

51 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, "Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología", cit., p. 19. Sobre el papel de las emociones en mediación, véase

Otras veces, se hace hincapié en fallas en los procesos de codificación/descodificación, o en la falta de escucha, o en la tendencia a reiterar, o en el uso de expresiones negativas. Algunos incluso identifican en el uso inexperto de una comunicación estratégica la incapacidad de los interlocutores de alcanzar sus objetivos⁵².

La idea central que emerge es, por lo tanto, que lo que permite la formación de acuerdos no es la comunicación en sí misma, sino alguna forma de “buena comunicación”.

Dado que las partes, por sí solas, no consiguen comunicarse de forma adecuada, el *mediador es el encargado* de restablecer el diálogo entre ellas: para ello, actúa como un traductor, de manera que el mensaje pueda llegar a destinación liberado de su perturbación emocional⁵³.

Los *instrumentos* que permiten al mediador restablecer la comunicación entre las partes son:

- Una *actitud genérica de apertura* hacia las partes: es necesario, por ejemplo, que sepa escuchar, que mantenga una actitud mental positiva, que esté abierto a la búsqueda de conocimiento (de uno mismo, de la situación y del otro), que sepa observar, que sea asertivo y capaz de escucha empática⁵⁴.
- *Técnicas de comunicación* de varia naturaleza: el mediador impide las interrupciones, utiliza la comunicación en V “*para evitar discusiones inútiles y estériles*”⁵⁵, balancea la comunicación para evitar que una parte prevalezca

también JONES, Tricia S.; BODTKER, Andrea, “Mediating with Heart in Mind: Addressing Emotion in Mediation Practice”, *Negotiation Journal*, Vol. 17, N. 3 (2001), pp. 207–244

52 Véase en este sentido GALEOTE MUÑOZ, quien, censurando la expresión emocional por impedir una comunicación efectiva, afirma que la comunicación falla cuando no existe la necesaria tensión entre persuasión y autoafirmación y por tanto no conseguimos “*crear el efecto pretendido en la conducta del otro*”. Y añade: “*debo defender mis argumentos para conseguir mis objetivos, sin someterme a los del otro y sin tener que atacarlos: por tanto, el equilibrio adecuado para persuadir será el que me sitúa ante el otro en una situación de cooperación*”. Cfr, GALEOTE MUÑOZ, “La mediación”, cit., p. 74. Habla abiertamente de la posibilidad y de la oportunidad de inducir cambios en la conducta del otro a través de una comunicación persuasiva en la mediación MARTÍNEZ, José-Pedro, “Un momento de poder: ¿podemos realmente ser capaces de persuadir en la mediación?”, *Revista Internacional de Mediación*, N. 1 (2014), pp. 56-73

53 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, “Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología”, cit.

54 PÀMIES ROVIRA, Jordi, “Comunicació i mediació”, cit.

55 CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit., p. 133, y HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.

sobre la otra⁵⁶; usa la escucha empática, se expresa en términos positivos, evita que se hable del pasado, transforma los mensajes negativos, hace devoluciones, resúmenes y repeticiones, re-formula, procura no sobreponerse a las partes; utiliza preguntas elitivas⁵⁷, la escucha activa, la paráfrasis positivadora, el resumen positivador y la reformulación positivadora (para cuestionar una intervención considerada incompatible con el proceso, la mediación o el contexto); aclara y trata divergencias, tanto objetivas como subjetivas, fomenta el lenguaje de las necesidades y de los intereses, propicia la humanización del otro, estimula el lenguaje de la responsabilidad, en vez del lenguaje de la culpa, busca elementos de conexión, tanto materiales como intangibles (*nosotros*, en vez que *tú y yo*, los hijos, la historia de la relación, etc.)⁵⁸; detecta las palabras clave⁵⁹. A veces, el uso de la reformulación implica cambiar algunas palabras o toda la expresión usada por las partes⁶⁰.

- La *organización del intercambio*: organiza el contenido de la comunicación (prepara con las partes lo que dirán o no dirán, o influye en el contenido con traducciones o reformulaciones), encauza el modo de comunicar los mensajes, arregla quien comunica, determina el destinatario de la comunicación y/o el momento de entrega de un mensaje, señala el lugar de entrega de un mensaje, mejora la capacidad para recibir mensajes⁶¹.

Todos estos instrumentos tienen el *objetivo* de estimular un intercambio “efectivo”, de lograr que las partes abandonen sus percepciones falsas por percepciones realistas, de obtener informaciones y de profundizar sobre los intereses, para poder identificar y transmitir a las partes los aspectos esenciales del problema⁶², de obtener opciones

56 CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.. Véase también, de nuevo, HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.

57 Es decir, todas aquellas preguntas abiertas que estimulan la reflexión y la ampliación de los temas en discusión.

58 FARRÉ SALVÁ, Sergi, *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Barcelona: Ariel, 2004. En el mismo sentido, SARRADO SOLDEVILA, Juan José, et al., “La antropología comunicativa mediadora: un itinerario de aprendizaje en entornos sociopersonales y comunitarios conflictivos”, en: MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid: Dyckinson, 2010, pp. 83-137

59 FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.

60 GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, “Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología”, cit.

61 FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.

62 FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit.

y alternativas, de verificar el acuerdo⁶³. Además, están dirigidos a lograr que las partes se sientan ayudadas y comprendidas, para que puedan expresar libremente sentimientos e ideas, identificándose con el interlocutor⁶⁴.

Algunos autores señalan la necesidad de que incluso los abogados presentes en las sesiones de mediación ayuden en la tarea del mediador, alentando la comunicación en sus clientes. En este sentido, se recomienda que el abogado neutralice las emociones de su asistido, ayudándole para que haga las preguntas más oportunas, para que escuche activamente y para que formule expresiones que sirvan para persuadir la otra parte⁶⁵.

Las técnicas de comunicación ilustradas en los diferentes manuales parecen en definitiva dirigidas a la “*manipulación*” de la comunicación por parte del mediador⁶⁶.

63 Por ejemplo, GONZALEZ-CAPITEL, cit.. Hay que señalar que, a veces, esta manera de dirigir la comunicación “no funciona”. Como observan Bush y Folger, por ejemplo, las normas discursivas utilizadas en mediación pueden no tener suficientemente en cuenta las especificidades culturales: “*el énfasis puesto en el turno de palabra, en el dar relativamente el mismo tiempo a ambas partes, en el animar discusiones racionales sobre problemas y soluciones y en el desalentar explosiones emocionales fuertes y prolongadas [...] tiende a aventajar las partes que pertenecen a grupos mayoritarios, que culturalmente son más en sintonía con estos modos dominantes de conversar, mientras que representan una desventaja para las partes que pertenecen a grupos minoritarios, que están acostumbrados a otras maneras de conversar*”. Cfr. BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER Joseph P., “Mediation and Social Justice: Risks and Opportunities”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, N. 1 (2012), pp. 1-52, p. 28

64 FERNÁNDEZ RIQUELME, *Teoría y práctica de la mediación*, cit. Por su parte, Poitras encontró que una comunicación constructiva, entendida como una que les permita entender el punto de vista del otro, es el segundo factor más importante para que las partes asuman una actitud cooperativa (siendo el primero el deseo de encontrar una solución). Cfr. POITRAS, Jean, “A Study of the Emergence of Cooperation in Mediation”, *Negotiation Journal*, Abril (2005), pp. 281-300

65 HINOJOSA SEGOVIA, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, cit.

66 Se pregunta, por ejemplo, Martínez: “¿Cómo podemos hacer que un mediador pueda aumentar significativamente la probabilidad de conseguir que una de las partes en conflicto pueda aceptar una propuesta?” y a continuación enumera una serie de estrategias a tal fin. Cfr. MARTÍNEZ, “Un momento de poder”, cit.. Véase también el estudio de Stark sobre el correcto uso de la persuasión en mediación, en STARK, James H.; FRENKEL, Douglas N., “Changing Minds: The Work of Mediators and Empirical Studies of Persuasion”, *The Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 28, N. 2 (2013), pp. 263-352. Hablan abiertamente de *manipulación*, entre otros, SILBEY/ MERRY, “Mediator Settlement Strategies”, cit., mientras Bush y Folger mencionan una frase de Heynes para evidenciar como el mediador puede controlar la comunicación: “[*En una ocasión, el marido había provocado la mujer no contestándole y diciéndole que su versión era absurda, y la mujer explotó, cayendo en la provocación*]. Estirando mi brazo para detenerla, volví a exponer su posición sin los adjetivos y los decibelios innecesarios. Eso forzó el marido a responder al contenido del mensaje y lo privó de la posibilidad de provocar en su mujer una reacción irracional. Le privé a él de su poder y la empoderé a ella ayudándole a mantener el control de sí y de la situación”. Cfr. HAYNES, John, “Power balancing”, en: FOLBERG, Jay; MILLNE Anne (Eds.), *Divorce Mediation. Theory and Practice*, New York: Guilford Press, 1988, pp. 280 ss., citado en BARUCH BUSH/ FOLGER, “Mediation and Social Justice”, p. 17 [trad. Mía].

Según algunos autores, el uso de técnicas de comunicación sería típico de los modelos más instrumentales, como el Lineal, mientras que en los modelos comunicacionales y transformativos, el diálogo fluiría de manera libre para permitir una construcción continua de significados⁶⁷.

Desde los enfoques humanistas, sobre todo, se considera necesario prestar especial atención a la comunicación entre las partes, tanto antes, como durante, y después del encuentro. Es por ello que inicialmente el mediador dedica a cada una de las partes un espacio reservado para escuchar, informar, construir la relación, aclarar expectativas y ofrecer un “entrenamiento” comunicativo. Durante el encuentro, el mediador se esfuerza en promover el intercambio directo entre las partes, estimulando la escucha y la expresión verbal. Después del encuentro, el mediador puede ofrecer sesiones de seguimiento para que el “trabajo” del proceso de mediación pueda continuar, aunque las partes hayan conseguido un acuerdo⁶⁸.

Desde esta perspectiva, entonces, la mediación se presentaría como un proceso que se basa en las palabras, y no en los hechos, y que deja espacio a que las verdades subjetivas emerjan a través de la comunicación⁶⁹.

2.2. Los estudios sobre la interacción comunicativa en mediación

Pese a la importancia atribuida a la comunicación en mediación, es infrecuente encontrar estudios que describan directamente el proceso de intercambio entre las partes, esto es, la dinámica de su interacción comunicacional⁷⁰.

67 BOQUÉ TORREMORELL, *Cultura de mediación y cambio social*, cit.

68 LEWIS, Ted; UMBREIT, Mark, “A Humanistic Approach to Mediation and Dialogue: An Evolving Transformative Practice”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 33, N. 1 (2015), pp. 3-17. Gran atención y espacio al intercambio comunicacional entre las partes se dedica también desde el enfoque humanista y centrado en las personas propuesto por Morineau. Cfr. MORINEAU, Jacqueline, *Lo spirito della mediazione*, Milano: FrancoAngeli, 2003 (2ª ed).

69 CORSÓN PEREIRA/ GUTIÉRREZ HERNANZ, *Mediación y teoría*, cit.

70 Una de las pocas excepciones es la de Restrepo Espinosa, que se analizará en la segunda parte. Cfr. RESTREPO ESPINOSA, María Helena, “Análisis del proceso de comunicación en un proceso de mediación de conflictos con una pareja de separados, basado en la teoría de la acción comunicativa de Habermas y el modelo relacional simbólico”, *Diversitas. Perspectivas en Psicología*, Vol. 6 N. 1 (2010), pp. 123-134. Un enfoque teórico del tema es la propuesta de Winslade sobre el uso de la teoría del posicionamiento discursivo en la práctica de la mediación. Cfr. WINSLADE, John, “Mediation with a Focus on Discursive Positioning”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 23, N. 4 (2006), pp. 501-515. Son en cambio numerosos los estudios sobre la interacción comunicativa en general. Para una reseña, véase BERGER, Charles S., “Interpersonal Communication: Theoretical Perspectives, Future Prospects”, *Journal of Communication*, Septiembre (2005), pp. 415-447

Mayor atención se dedica al *uso del lenguaje por parte del mediador*⁷¹, también desde una perspectiva crítica. En este sentido, existen investigaciones que evidencian el hecho de que el mediador controla la comunicación, permitiendo o impidiendo la interacción directa entre las partes, o controlando los temas objeto de discusión, esto es, ampliándolos, reduciéndolos, posponiéndolos o eliminándolos⁷².

Un reciente estudio sobre los modelos de comunicación entre las partes, que usa la metodología del análisis conversacional, se ha ocupado de la *dinámica entre expresiones emocionales y argumentación racional* en las sesiones de mediación⁷³. Según los autores, en los encuentros se puede observar una estructura de interacción recurrente:

1. una *introducción*, donde aparece un material conflictivo determinado (emocional o práctico);
2. una *escalada*, donde una de las dos partes amplifica el conflicto;
3. un *cambio de tema*, donde se introducen cuestiones menos conflictivas; y
4. una *re-orientación*, cuando las partes se dirigen hacia contenidos menos conflictivos.

Éste último es el momento en el que se abriría una “ventana de mediación”, que permite a las partes negociar tanto cuestiones emocionales como cuestiones prácticas.

El pasaje a la fase de re-orientación se debe al control del flujo comunicacional por parte del mediador. Según los autores, en definitiva, es la capacidad del mediador de gobernar la estructura del intercambio lo que permite a las partes recuperar su autonomía a la hora de negociar.

Por su parte, el estudio de Ridao Rodrigo analiza *diferencias en el marco comunicativo de juicios, arbitrajes, conciliaciones y mediaciones*, a través de la

71 Cfr., por ejemplo, MALEY, Yon, “From Adjudication to Mediation: Third-Party Discourse in Conflict Resolution”, *Journal of Pragmatics*, Vol. 23 (1995), pp. 93-110. Señalo también el trabajo de Szmania sobre la comunicación del mediador, concretamente sobre el discurso de introducción al encuentro. Se trata de un estudio descriptivo de mediaciones entre víctimas y ofensores en caso de delitos graves, con el uso del modelo humanista de Umbreit, donde el papel del mediador es especialmente pasivo. Cfr. SZMANIA, Susan J., “Mediators’ Communication in Victim Offender Mediation/Dialogue Involving Crimes of Severe Violence: An Analysis of Opening Statements”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 24, N. 1 (2006), pp. 111-127.

72 Cfr. por ejemplo, SILBEY/ MERRY, “Mediator Settlement Strategies”, cit..

73 KIØS, Peder et al., “The mediation window: regulation of argumentation and affect in custody mediation”, *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 55, N. 7 (2014), pp. 527-538

observación empírica de 35 horas de material grabado, 10 en juicio y 5 por cada una de los procesos “alternativos”⁷⁴. La autora evidencia como el proceso de comunicación es mucho más complicado en la mediación que en el juicio, por ser la estructura triádica, porque los *feedback* se cruzan rápidamente y porque las relaciones de poder suelen condicionar el intercambio⁷⁵.

Otro trabajo en el que se toma en consideración, entre otros aspectos, la *interacción entre las partes* es la investigación de Meléndez sobre Justicia Restaurativa y desistencia⁷⁶. Concretamente, el estudio se centra en la observación de las actitudes de las partes (si defensivas, ofensivas, apáticas o abiertas al diálogo), del proceso de comunicación a través de una clasificación del nivel de participación (alto, medio o bajo⁷⁷), de la presencia de valores restaurativos y de la conductas de las partes con respecto al otro.

En cuanto al *intercambio comunicacional*, la autora evidencia que, en las entrevistas sucesivas al encuentro, casi todos los infractores declararon que habían podido decir lo que necesitaban, que se habían sentido respetados y que consideraban el proceso justo (*fair*). Sin embargo, en la observación se hizo manifiesto también que la mayoría de los infractores mostraban un nivel de participación bajo o medio: es decir, se limitaban a contestar a las preguntas y muy raramente tomaban la palabra

74 RIDAO RODRIGO, Susana, “El marco comunicativo en las resoluciones de conflictos: juicios, arbitrajes, conciliaciones y mediaciones”, *Círculo de Lingüística Aplicada a la Comunicación*, N. 57 (2014), pp. 85-112.

75 Hay que tener presente que la autora ha observado casos de conflictos laborales. Por lo tanto, el hecho de que estuvieran presentes tanto los representantes de la empresa como los representantes de los trabajadores puede haber dificultado el intercambio. También va señalado que la autora describe el proceso de comunicación según el esquema emisor/receptor, evidenciando como el conflicto y la dificultad en resolverlos se debe a fallos en la descodificación de los mensajes y a la presencia de interferencias (ruidos, filtros...) en el proceso de comunicación. De ahí, la necesidad de que el mediador actúe como facilitador de la comunicación.

76 MELÉNDEZ PERETÓ, Anna, *Restorative Justice and desistance. The impact of victim-offender mediation on desistance from crime*, Tesis Doctoral, Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídico-Política, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, Junio 2015. La autora realizó una observación no participante de 40 encuentros de mediación entre víctimas e infractores, 23 de los cuales directos, esto es, con encuentro cara a cara entre las partes

77 *Alto*: los participantes están centrados en las preguntas, mantienen contacto ocular, contribuyen a la conversación, incluso aportando informaciones relevantes, o introduciendo temas.

Medio: las intervenciones son más reducidas en términos de contenido y duración.

Bajo: los participantes se limitan a contestar preguntas, mantienen una actitud pasiva, miran a la ventana o a la mesa, demuestran bajo interés hacia la mediación. Cfr: MELÉNDEZ PERETÓ, *Restorative Justice and desistance*, cit.

para empezar una conversación o cambiar de tema. En opinión de la autora, la circunstancia se debería a una carencia de capacidades comunicacionales en los entrevistados, a causa de su juventud. Pese a ello, la autora valora como exitoso el proceso de comunicación, dado que todos los participantes fueron capaces de expresar su punto de vista, se sintieron escuchados y entendieron lo que la otra parte le decía. En cuanto a la participación, si bien con diferencias en el nivel de implicación, la autora afirma que todos habían podido hacer comentarios, sugerir ideas y mostrarse de acuerdo o en desacuerdo con lo que se estaba diciendo en el diálogo. Por otro lado, también observa que para los infractores fue más difícil tomar la iniciativa en la conversación, y que sus aportaciones fueron generalmente breves y poco detalladas.

Merece la pena notar que, en las entrevistas de seguimiento, la mayoría de los infractores define el acuerdo como el resultado de una discusión equilibrada con la otra parte.

El análisis de los diálogos relatados evidencia que:

- casi nunca hay interacción comunicacional directa entre las dos partes, sino que ambas se limitan a contestar a las preguntas del mediador⁷⁸;
- el mediador interrumpe el intercambio para hacer preguntas acerca de otros temas⁷⁹;
- el mediador impide el intercambio cuando la situación se pone tensa⁸⁰;
- hay comunicación entre una de las partes y el mediador⁸¹.

3. La mediación como mecanismo de regulación social

Es sobre todo en los trabajos sobre mediación comunitaria, que aparece de forma evidente la idea de que la mediación, en tanto que mecanismo de resolución de conflictos, puede considerarse *tout court* un mecanismo de regulación social.

78 Véanse las citas 10 a p. 145-146 y las citas 24 y 25, a p. 168. Los casos de interacción directa se observan en la cita 26 a p. 169, en la 30 a p.171-172, y en la 9, a p. 139. Es necesario de todas formas tener presente que la autora no ofrece el registro completo de las conversaciones, por lo tanto mi análisis es forzosamente incompleto.

79 Véase la cita 12 a p. 152

80 Véase la cita 21 a p. 162

81 Véase la cita 7 a p. 138, cuando el mediador invita al infractor a ponerse en el lugar de la víctima

La convicción de que es posible garantizar una mejor justicia a través de formas auto-compositivas de regulación de los conflictos, más cercanas a las reales necesidades de las partes y liberadas del control de la justicia formal y del Estado, dio paso a la idea de que los barrios y las comunidades pueden y deben dirimir sus controversias de forma autónoma y encontrar así la mejor forma de convivencia.

Al calor de esta idea, algunos autores plantearon la posibilidad de que la mediación pudiera entenderse como una forma de regulación social⁸².

En esta línea, Bonafé-Schmitt y otros⁸³ afirman que los mecanismos tradicionales de regulación social están en crisis, debido a la industrialización, a la urbanización, a la movilidad social, y al intervencionismo estatal. Éste último habría contribuido especialmente al deterioro de las estructuras intermedias entre Estado y sociedad civil: es por ello, afirman los autores, que las personas se dirigen cada vez más a la policía o a los juzgados para tratar cuestiones que antes se resolvían en el ámbito de la familia o del barrio.

Sin embargo, según explican los autores, la evolución de nuestras sociedades hacia una mayor de-centralización, y una demanda de participación más activa de las personas en sus problemas, evidencian la incapacidad del sistema judicial de resolver problemas, especialmente aquellos que se manifiestan en el marco de las relaciones que tienen continuidad: vecindario, trabajo, etc.

Dado que las sociedades pos-industriales, caracterizadas por un alto nivel de diferenciación, se descomponen en subsistemas que generan sus propios sistemas de regulación, los autores avanzan la hipótesis de una evolución hacia un mayor pluralismo de sistemas de regulación social y concretamente, hacia un cambio de paradigma en materia de resolución de conflictos, con la substitución de un modelo conflictivo por un modelo más consensual⁸⁴.

En este contexto, la mediación jugaría un papel fundamental, permitiendo la

82 Además de BONAFÉ-SCHMITT, que veremos a continuación, véase ALBERSTEIN, Michal, "The jurisprudence of mediation: between formalism, feminism and identity conversation, *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11, N. 1 (2009), pp. 1-28

83 BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre et al., *Mediation et Regulation Sociale*, Documents GLYSI, N. 2, 1992

84 En precedencia, Bonafé-Schmitt había hablado de *pluralismo judicial* y de *justicia plural*. Cfr. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, "Le part et le rôle joués par les modes informels de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (Étude comparative France-USA)", *Droit et Société*, N. 6 (1987), pp. 253-275

reconstrucción de los lugares de socialización, y participando en la crisis de un modelo de regulación social basado en la delegación.

Especialmente la mediación de barrio o comunitaria es la que contribuye a llevar a cabo un programa de integración y de re-apropiación. Ello es así porque su objetivo es el de crear nuevos lugares de regulación en los barrios, apelando a la participación de los vecinos en el manejo de los conflictos. Una vez que los vecinos reconozcan su legitimidad de intervención, y que alcance un buen nivel de integración en el barrio, la mediación puede crear “nuevas solidaridades” a partir de la regulación de los litigios⁸⁵.

Los autores expresan la convicción de que nuevas modalidades de regulación como la mediación se traducen no tan sólo en cambios en la distribución y en la organización del poder, sino también en una re-definición de las relaciones entre la sociedad civil y el Estado y, más concretamente, de la legitimidad del poder para regular los litigios.

En este sentido, las primeras experiencias de mediación comunitaria, tanto en los Estados Unidos como en Europa, insistían en separar, conceptualmente y en la práctica, sus actividades de las actividades “institucionales”⁸⁶.

Experiencias como la de Community Boards en San Francisco, o de las Boutiques de Droit en Lyon, nacieron precisamente con el propósito de detectar y resolver los conflictos surgidos en los barrios antes de que fueran judicializados, remarcando su compromiso social para empoderar a las comunidades y poner en marcha mecanismos de auto-regulación de la conflictividad. Los primeros centros de mediación comunitaria generalmente rechazaban cualquier tipo de contacto con agencias institucionales, no aceptaban casos que se les derivaran de los juzgados o de la policía y privilegiaban la participación de mediadores voluntarios, preferiblemente vecinos del mismo barrio. Con la perspectiva de realizar una

85 BONAFÉ-SCHMITT, *Mediation et Regulation Sociale*, cit., p. 37

86 Bonafé-Schmitt, uno de los fundadores de las Boutiques de Droit en Francia, propuso distinguir entre instancia de mediación y actividades de mediación. Mientras que éstas últimas son realizadas por los profesionales que intervienen para gestionar un conflicto, o para restablecer una comunicación o para preservar la seguridad (trabajadores sociales, agentes de policía, jueces), y se caracterizan por un tipo de racionalidad meramente instrumental, las instancias de mediación son aquellas actividades llevadas a cabo por un tercero cuya intervención está marcada por una racionalidad comunicacional.

“Justicia Popular” alternativa⁸⁷, su intervención iba dirigida hacia la de-legalización, la de-profesionalización, la de-centralización de las modalidades de gestión y regulación de conflictos.

Con el paso del tiempo, tal vez por la dificultad de auto-sustentarse, tal vez por tener que constatar que sus esfuerzos iban consiguiendo sólo exiguos resultados, estas organizaciones fueron poco a poco abandonando la ortodoxia inicial, y actualmente proveen servicios gratuitos de mediación a la ciudadanía, sin la pretensión de poner en marcha mecanismos de autoregulación⁸⁸.

De todas formas, la confianza en las potencialidades de la mediación para remediar la fragmentación y el deterioro de los vínculos sociales, con la idea de que la resolución de los conflictos a nivel micro-social pueda generar una transformación en el nivel macro-social, sigue intacta⁸⁹.

Es por ello que la mediación comunitaria, que interviene en todos los conflictos que surgen en el marco de una determinada comunidad, sigue considerándose una herramienta indispensable para la convivencia⁹⁰.

Es esta la perspectiva desde la que algunos países han apostado por la creación de servicios públicos que respondieran a las necesidades de la ciudadanía en orden a la resolución de sus conflictos.

La experiencia catalana, en este sentido, es ejemplar. Desde la puesta en marcha del servicio de El Prat de Llobregat, en 1996, la creación de centros municipales de

87 Véase MERRY, Sally Engle; MILNER, Neal (Eds.), *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press, 1995

88 El caso de Community Boards es uno de los más emblemáticos. Nacida en 1976, la organización tuvo inicialmente un crecimiento muy rápido: en 1983, se habían abierto 6 centros, en diferentes barrios, que cubrían una población de 220.000 habitantes. Después de 10 años de funcionamiento, se habían formado 440 mediadores voluntarios, que vivían en los barrios y eran conocidos por todos. Actualmente, la organización gestiona un solo centro, situado en un barrio céntrico de San Francisco, que ofrece servicios de mediación y formación, sin realizar otro tipo de tareas comunitarias. Las mediaciones en conflictos barriales, que pueden derivarse por actores institucionales (policía, juzgados), tienen un costo mínimo de 40 dólares (más una oferta a discreción), mientras que por las “profesionales” se requieren 180 dólares por hora, más 70 dólares de apertura del expediente. Los cursos básicos de formación a la mediación (40 horas) tienen un costo de unos 700 dólares. El pasaje de un concepto de Justicia Popular a uno de Justicia a Precios Populares es evidente de por sí. Sobre el fracaso de las experiencias pioneras en mediación comunitaria, véase también CLARK, Brian, *Lawyers and mediation*, Berlin: Springer, 2012.

89 Para una exhaustiva reseña del debate sobre el tema en cuestión, véase BARUCH BUSH/FOLGER, “Mediation and Social Justice”, cit.

90 SENDRA MONTES, “La mediació comunitària, una eina per a la convivència”, cit.

mediación comunitaria ha crecido de manera exponencial, sostenida por una consistente inversión de recursos públicos, sólo parcialmente frenada por la última crisis económica.

Lo mismo se puede decir de Argentina, país pionero en temas de mediación en Latinoamérica, que desde 1994 ha ido abriendo centros de mediación comunitaria en todo el país, dependientes tanto de Entidades locales (Provincias y Ciudad Autónoma de Buenos Aires), como del Gobierno Nacional (como los Centros de Acceso a la Justicia del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos).

Si bien la forma institucional de los centros argentinos y catalanes (y de otros que han surgido en el resto de España⁹¹) marca una diferencia significativa con las experiencias estadounidense y francesa, la idea de base sigue siendo la misma: la mediación, como proceso que permite una gestión participada y pacífica del conflicto es *eo ipso* condición constitutiva de las relaciones sociales, y de unas relaciones sociales más igualitarias.

La mediación se presenta entonces, desde esta perspectiva, como *“Un recurso humano y un instrumento cívico mediante el cual los integrantes de una sociedad pueden tramitar sus diferencias y/o gestionar los conflictos que se les presentan en el ámbito privado y/o público, así como también participar en la construcción de la sociedad que integran”*⁹². O también como no solamente *“[...] un servicio de la Administración de Justicia o una forma «alternativa» de resolución de conflictos, sino una manera de que los ciudadanos tomen el derecho en sus manos. Es decir: es una forma jurídica de participación política.”*⁹³. O, de nuevo, como *“una resposta a una necessitat comunitària i social, com és el conflicte, a favor del diàleg i la convivència, i a partir de la creació, manteniment i execució de processos, per assolir acords com per generar consens, per part d’institucions públiques i d’entitats privades.”*⁹⁴.

91 Véase por ejemplo el caso de Andalucía en BARROSO, Inmaculada, et al., “La mediación institucional ante el conflicto social”, cit.

92 NATÓ Alejandro Marcelo; QUEREJAZU RODRÍGUEZ, María Gabriela; CARBAJAL, Liliana María, *Mediación comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*, Buenos Aires: Universidad, 2006, p. 27

93 CASANOVAS, Pompeu, Intervención en :SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción (coord.), *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pp. 91-95, p. 94

94 PASTOR I PÉREZ, Xavier; CARRERA I FOSSAS Eduard, *La gestió del conflicte públic i la*

Es por ello que algunos afirman que la mediación es importante a la hora de democratizar la justicia y desjudicializar la sociedad⁹⁵.

Los términos que aparecen más a menudo asociados⁹⁶ a la práctica de la mediación, en tanto que mecanismo de regulación social, son sobre todo los que se refieren a:

- La Cultura de Paz, o de la no violencia: evolución hacia..., justicia, democracia, pacificación de las relaciones sociales, convivencia pacífica, respecto de las diferencias, cooperación⁹⁷. En ese marco, los teóricos de referencia son Johan Galtung y J.P. Lederach.
- La idea de Progreso del género humano hacia mejores condiciones de convivencia: desarrollo comunitario, educación permanente de la ciudadanía, bienestar social, desarrollo humano, gestión de la diversidad cultural.⁹⁸

mediació comunitària a Catalunya. El cas del cost dels conflictes a les comunitats de propietaris i veïns, WP 316, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 28. De “des-juridificación” habla también Bonafé Schmitt, quien la vincula con la pérdida de eficacia de la racionalidad instrumental propia de las instituciones judiciales. Cfr. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “La part et le role joués par les modes informel de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (Étude comparative France-USA)”, *Droit et Société*, N. 6 (1987), pp. 253-275

95 TORRES BUJALANCE, Joan Manel, *Ciutat i conflicte. Explorant tendències de mediació comunitària a l'àrea metropolitana de Barcelona*, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2010

96 Véanse, por ejemplo, MARTÍNEZ MANENT, Joan, “Mediació comunitària: de la «promesa de mediació» a la cultura de pau i mediació”, en: MORENO OLIVER, Francesc Xavier, *Bases de Mediació*, cit.; SENDRA MONTES, “La mediació comunitària, una eina per a la convivència”, cit.; SARRADO SOLDEVILA, “La antropología comunicativa mediadora”, cit.; ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón, et al., “Desarrollo de la cultura de paz y la convivencia en el ámbito municipal: la mediación comunitaria”, *Política y Sociedad*, Vol. 50, N. 1 (2013), pp. 179-194

97 Véase, por ejemplo, Sendra: “*Avui, estem parlant de normalitzar l'ús de la mediació; demà – permetem-nos una dosi d'utopia i esperança - , potser, en les societats que vindran – imbuïdes de la cultura de pau i els seus mecanismes d'implantació, com l'educació per la pau - , els individus podran prescindir d'estaments «aliens i superiors» per a resoldre els seus conflictes i trobar solucions pròpies i democràtiques als problemes.*” Cfr. SENDRA MONTES, “La mediació comunitària, una eina per a la convivència”, cit., p. 117

98 En definitiva, se trata de expresiones que remiten a la ideología descrita por la antropóloga estadounidense Laura Nader, quien indica que los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se basarían en un “modelo de la armonía”, funcional a la normalización del conflicto social. En sus mismas palabras: “*El modelo de la armonía se constituye alrededor de valores como el consenso en la construcción de acuerdos y la gestión del desorden social a través de 'sanadores del conflicto humano' que minimizan las diferenciales de poder (clase, raza y género), y expresa la idea de que las disputas en las relaciones se generan debido a que los individuos fracasan en el intento de actuar como deberían.*” Cfr. NADER, “From legal process to mind processing”, cit., p. 469 [trad. mía]. Cfr. también NADER, Laura, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford: Stanford University Press, 1990; y sobre todo, NADER, Laura, “Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology”, *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 9, N. 1 (1993), pp. 1-25

Ahora bien, una cosa es afirmar en abstracto que la mediación es un mecanismo de regulación social, por sus potencialidades en cuanto a resolución de conflictos, reconstrucción de los vínculos sociales, pacificación de las relaciones, etc.; y otra cosa es decir que es una fuente de producción normativa.

Sobre este punto, es Bonafé-Schmitt el que se ha pronunciado muy abiertamente. No se puede ignorar que la mediación concurre en la producción de un derecho negociado que estaría en la base de un nuevo orden social, en el que la clásica diferencia entre normas jurídicas y normas sociales perdería todo sentido⁹⁹.

Sea como fuere, una vez más es evidente la naturaleza prescriptiva o condicional de afirmaciones de este tipo. La mediación, en efecto, no *sucede: deberá suceder* o, a lo sumo, *sucedería*. De nuevo, entonces, el condicional tiene forma de indicativo¹⁰⁰, el futuro es revelado como presente y la esperanza se exterioriza como un estado de cosas, o como una posibilidad concreta¹⁰¹.

De hecho, a más de 20 años de la implantación de la mediación en Europa, poco o nada se puede apreciar del anhelado pase a sociedades más pacíficas o incluyentes¹⁰².

Con ello no se quieren, obviamente, negar los beneficios que la mediación puede aportar en casos puntuales, ni que hayan intervenciones de calidad que permitan a los ciudadanos una gestión más satisfactoria de sus disputas: lo que no parece comprobado es que haya resultados a nivel macro-social¹⁰³. Es por lo tanto

99 BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, "L'évaluation de l'activité de médiation de quartier", *Esprit Critique*, Vol. 6, N. 3 (2004), pp. 120-155

100 No está claro, para usar las palabras que Luhmann dedicó al principio discursivo de Habermas, "*como el conjuntivo deviene un indicativo, como el potencial deviene realidad o, por ejemplo, como el poder brota de la libre discusión de la sociedad civil, que naturalmente no existe*". Cfr. LUHMANN, Niklas, "*Quod omnes tangit. Remarks on Jürgen Habermas's legal theory*", *Cardozo Law Review*, Vol. 17 (1995-1996), pp. 883-899, p. 891 [trad. mía]

101 Hay que reconocer, naturalmente, que algunos manifiestan mayor prudencia, a la hora de describir la mediación como una herramienta de construcción de la sociedad. Pero se trata de una posición minoritaria. Cfr. ad esempio, el mismo Sendra.

102 El mismo Bonafé-Schmitt lo reconoce: "*al día de hoy, la mediación no constituye un modo autónomo de regulación social y representa todavía una actividad accesorio de muchos profesionales del ámbito jurídico y social*". Cfr. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, "Les médiations", *Communication et organisation*, N. 11 (1997), <http://communicationorganisation.revues.org/1914> [visitado el 20 de noviembre de 2013] [trad. mía]. Los resultados de una investigación más reciente del mismo Bonafé-Schmitt tampoco son muy alentadores. Cfr. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, "Évaluation des effets des processus de médiation", *Informations Sociales*, Vol. 2, N. 170 (2012), pp. 122-129, www.cairn.info/revue-informations-sociales-2012-2-page-122.htm.

103 Acerca de los escasos resultados de la mediación en cuanto a su capacidad de producir

razonable dudar que la mediación pueda definirse como un mecanismo de regulación social en sentido general. Volveremos sobre el tema más adelante.

4. Mediación y derecho: ¿una relación conflictiva?

En la literatura sobre mediación, la relación con el derecho se define mayoritariamente en términos de oposición y, con frecuencia, la mediación ocupa el lado positivo de las antinomias propuestas. Considérense las siguientes:

- *Rigidez frente a flexibilidad*: en la mediación las partes tienen la posibilidad de encontrar soluciones que se adaptan mejor a sus exigencias, mientras que el derecho decide casos diferentes adoptando siempre los mismos criterios.
- *Autoridad frente a autodeterminación*: el derecho es una expresión del poder, impone decisiones e impide que las partes puedan decidir por sí mismas la manera mejor de solucionar su disputa, mientras que la mediación favorece su autodeterminación¹⁰⁴. En el mismo sentido se hace referencia a los binomios *vertical/horizontal* y *derecho impuesto/derecho negociado*, que sugieren una mayor inclinación de la mediación por procesos abiertos y democráticos.
- *Parcialidad frente a globalidad*: la mediación permite tener en cuenta aspectos excluidos en la perspectiva jurídica.
- *Comunicación dicotómica/comunicación cooperativa*: el derecho y el proceso judicial estarían caracterizados por una comunicación basada en la rivalidad, mientras que en la mediación las partes se confrontan sobre una base de colaboración.
- *Lógica binaria frente a lógica ternaria*: el procedimiento lógico del derecho se basaría en un razonamiento lineal de causa-efecto, mientras que la mediación

cambios en las personas, y en la sociedad en general, véase PINCOCK, Heather, "Does Mediation Make Us Better? Exploring the Capacity-Building Potential of Community Mediation", *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 31, N. 1 (2013), pp. 3-30

104 Para algunos, no sería tan claro el que en la mediación las partes puedan expresar plenamente su capacidad de autodeterminación. Junto a los estudios que señalan la manipulación del proceso de comunicación por parte del mediador, hay por ejemplo quien sostiene, sobre la base de un análisis comparativo de mediación y adjudicación como prácticas discursivas, que la diferencia estaría solamente en cuan explícitamente el tercero ejerce el control en una y en la otra. Cfr. MALEY, "From Adjudication to Mediation", cit.

usaría un tipo pensamiento más complejo, que incluye la casualidad, la contingencia, la transformación de las relaciones.

- *Centralidad frente a alternatividad o complementariedad*: desde la perspectiva de la alternativa, la mediación se concibe como un proceso de gestión de las controversias completamente diferente con respecto al derecho, y por lo tanto independiente. Optan por su carácter complementario quienes conciben la mediación como una opción más en el abanico de soluciones judiciales¹⁰⁵.

En la literatura crítica, en cambio, es el derecho el que ocupa el lado positivo. Véanse por ejemplo las antinomias:

- *Certeza frente a discrecionalidad*: mientras que el derecho garantiza criterios ecuanímenes para la protección de los derechos, la mediación dejaría abierta la puerta a posibles abusos, por su indeterminación. Además, la falta de normas sustanciales y procesales abre la posibilidad que el mediador utilice de manera impropia sus técnicas para forzar las partes a un acuerdo que es injusto para una de ellas¹⁰⁶.
- *Público frente a privado*¹⁰⁷: se trata de la controversia entre los que reivindican

105 De complementariedad con el sistema de justicia penal habla, por ejemplo, Deklerck en DEKLERCK, Johan, "Restorative Justice, Freedom, and the Limits of the Law", en: CLAES, Erik, et al., *Facing the Limits of the Law*, Berlin: Springer, 2009, pp. 161-175. Algunos hablan en cambio de coexistencia. Barona Vilar, por ejemplo, afirma que la jurisdicción y los sistemas de gestión alternativos de conflictos (ADR) "*coexisten como mecanismos complementarios en ese nuevo concepto de Access to Justice*". Cfr. BARONA VILAR, "Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*", cit., p. 6. Por el concepto de Justicia Coexistencial, véase CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee : studi di diritto giudiziario comparato*, Milano: Giuffrè, 1994. El autor valora positivamente la existencia de soluciones conciliadoras, especialmente para todos aquellos casos en los que las partes tienen una relación continuada. Por otro lado, señala el riesgo de que se produzcan presiones e interferencias en el proceso, debido a la falta de garantías procesales. La solución pasaría por hacer facultativa la participación en los procesos "coexistentes", y por someter los resultados al control judicial, al menos por lo que se refiere a los vicios más graves (nulidad, por ejemplo).

106 Véanse por ejemplo las tempranas advertencias de Nader acerca de la incapacidad de las formas alternativas de litigio de garantizar un trato equo y resultados ciertos, especialmente cuando existe disparidad de poder entre las partes. Cfr., entre otros trabajos, NADER, Laura, "Disputing without the force of law", *The Yale Law Journal*, Vol. 88, N. 5, (1979), pp. 998-1021. En una publicación sucesiva, la autora advierte sobre el peligro que puede conllevar la informalidad de los procesos de mediación: "*La ley informal de la mediación es verbal, lo cual añade la posibilidad de abusos, y en su mayoría es percibida inconscientemente.*". Cfr. NADER, Laura, "Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology", *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 9, N. 1 (1993), pp. 1-25, p. 13. [trad. mía]

107 Señala el riesgo de una privatización de la justicia, por ejemplo, BARONA VILAR, Silvia,

una posición central del Estado en el impartir justicia y dirimir las controversias según el derecho positivo, y los partidarios de una justicia “negociada”. Según los primeros, los sistemas de resolución alternativa de las disputas representarían un retroceso en cuanto a la protección jurídica de los derechos individuales y colectivos, ya que los convertirían en un mero objeto de negociación entre privados. Ello dejaría a la parte más débil expuesta a la arbitrariedad del proceso, sin tipo alguno de garantía legal¹⁰⁸. Además, aún cuando la mediación entre dos partes en desequilibrio de poder logre un resultado “justo”, sus efectos se limitarían a las partes implicadas, sin repercusiones a nivel general¹⁰⁹.

- *Consenso frente a justicia* (armonía/adversarial¹¹⁰ o consenso/conflicto¹¹¹): este binomio se usa tanto desde las posturas favorables a la mediación, como desde las posiciones adversas. Las primeras resaltan las ventajas inherentes a que las controversias se gestionen a través de procesos que favorecen soluciones consensuadas; las segundas, en cambio, denuncian una utilización ideológica del consenso para erosionar los derechos de las minorías o de las partes más débiles.

No faltan naturalmente posiciones intermedias y, por así decirlo, más conciliadoras. Según Fuller, por ejemplo, la mediación es tan sólo uno de los 6 procesos que contribuyen al orden social, junto con legislación, adjudicación, acción administrativa, acuerdos contractuales, y derecho consuetudinario¹¹².

En tiempos más recientes y en contextos más cercanos, otros, por ejemplo Barona Vilar, han evidenciado como, con la introducción de los sistemas de gestión alternativas de las disputas (*Alternative Dispute Resolution*, en adelante, ADR), el número de los medios de tutela a disposición de los ciudadanos para acceder a la

“Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, cit.

108 La autora que mejor representa esta posición es, de nuevo, Laura Nader. Cfr., por ejemplo, NADER, “Disputing without the force of law”, cit.

109 BARUCH BUSH/ FOLGER, “Mediation and Social Justice”, cit.

110 NADER, Laura, “The globalization of law: ADR as “soft” technology”, *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting*, (1999), pp. 304-311

111 BONAFÉ-SCHMITT, *Mediation et Regulation Sociale*, cit.

112 FULLER, Lon L., “Mediation. Its forms and functions”, *California Law Review*, Vol. 44 (1971), pp. 305-339

justicia aumenta notablemente¹¹³. La autora interpreta la integración de los ADR en el sistema judicial como un elemento esencial de un modo nuevo de entender la justicia.

Sin embargo, la historia relativamente reciente de la mediación, su “repentina” aparición en la escena, y su rápida expansión, suscitan también interrogantes sobre su función y su forma de articularse con el derecho.

El popular argumento de que la justicia está colapsada y existe un alto nivel de insatisfacción de los ciudadanos hacia el sistema judicial¹¹⁴, y que por tanto la mediación, junto a otras modalidades de resolución de conflictos, permitiría una gestión más eficiente de la justicia, no es del todo adecuado para dar cuenta de un fenómeno que ha adquirido semejante complejidad.

Lo mismo hay que decir con respecto a las explicaciones concernientes a la necesidad de construir sociedades más justas, respetuosas, igualitarias, resolviendo pacíficamente las diferencias y “empoderando” a los ciudadanos.

Desde esta óptica, creo debe darse un paso más allá de las antinomias, y buscar respuestas a otros interrogantes como, por ejemplo,:

1. ¿Existe, en definitiva, alguna relación entre mediación y derecho?
2. Y si existe, ¿cuál es su naturaleza?
3. ¿Cuáles son, si las hay, las mutuas contribuciones entre los dos campos?
4. ¿Puede entenderse la mediación como una fuente de producción normativa?

Y en caso de que sí, ¿en qué condiciones?

113 BARONA VILAR, “Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*”, cit. No obstante, la autora advierte que su uso no está todo lo extendido que se podría esperar, y que hace falta comunicar mejor a los ciudadanos las ventajas de recurrir a la mediación y transmitir una mayor credibilidad.

114 Véase por ejemplo MORALES FERNÁNDEZ, Gracia, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la Mediación. Sistemas complementares al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, Sevilla: Hispalex, 2014. El argumento del colapso del sistema judicial a causa del incremento desmesurado de los juicios ha sido objetado en numerosas ocasiones. Véase, por ejemplo, NADER, Laura, “The ADR explosion - the implications of rhetoric in legal reform”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, N. 8 (1988), pp. 269-291; NADER, Laura, “A Litigious People?”, *Law and Society Review*, Vol. 22, N.15 (1988), pp. 1017-1022; NADER, Laura, *The life of the law: anthropological projects*, Berkeley: University of California Press, 2002; FRIEDMAN, Lawrence M., *Litigation and society*, *Annual Review of Sociology*, N.15 (1989), pp. 17-29; GALANTER, Marc, “The hundred-year decline of trials and the thirty years war”, *Stanford Law Review*, Vol. 57 (2005), pp. 1255-1274; MATTEI, Ugo; NICOLA, Fernanda G., “A ‘social dimension’ in European private law? The call for setting a progressive agenda”, *New England Law Review*, Vol. 41, N. 1 (2006-2007), pp. 1-66.

5. Si la mediación produce normas, entonces: ¿Cómo se vincula su orden normativo con el derecho?
6. ¿Puede una intervención que se limita a gestionar una controversia concreta entre dos partes privadas, sin hacer referencia a normas generales y abstractas, lograr una regulación estable de la convivencia?
7. ¿Es posible concebir la mediación como una institución que vincula aspectos de la vida social con el derecho?

5. Los fundamentos teóricos de la mediación: razones, proposiciones y propósitos del presente trabajo

5.1. Una aún frágil miscelánea de objetos, conceptos y teorías (y mitos)

Como hemos venido observando, si bien existe una vasta literatura en torno a la mediación y gestión de conflictos, el fundamento teórico de la disciplina es aún extremadamente confuso, y el enfoque prescriptivo prevalece sobre el descriptivo.

El intento de teorizar sobre la mediación, además, evidencia una gran variedad de unidades de análisis, entre las que la dinámica del intercambio comunicacional entre las partes figura en muy contadas ocasiones: en el centro del interés de la literatura sobre mediación están objetos tan variados como el conflicto, el actuar del mediador, un concepto abstracto de comunicación, el uso de la mediación en diferentes contextos, la eficacia de la mediación en alcanzar resultados determinados, o los peligros que el uso de la mediación implica en algunos contextos, etc.

A pesar del enorme interés que la práctica de la mediación ha despertado y sigue despertando, los aportes teóricos son en definitiva exiguos y a menudo basados en supuestos idealizantes.

Como indican Wall y Dunne en cuanto al contexto estadounidense (pero igual discurso se puede hacer extensivo a nuestra realidad¹¹⁵), la literatura de la década

115 Señalan Barroso y colegas que en España hay “escasa investigación teórica, siendo aun menos frecuentes los trabajos de naturaleza empírica. Buena parte de las publicaciones en español son traducciones de trabajos extranjeros que se han consolidado como obra de referencia y justificación teórica de la práctica. Algunos otros han surgido convocación aplicada, ocupándose directamente de los pormenores técnicos de la mediación, sin entrar a valorar su oportunidad o sentido social”. Cfr. BARROSO et al., “La mediación institucional ante el conflicto

2000-2010 ha sido redundante¹¹⁶.

Si por un lado reconocen que es difícil investigar sobre mediaciones en proceso, por el otro, los autores señalan que no hay investigaciones sobre cómo el mediador influye en el proceso, o sobre los efectos de la interacción entre las partes y el mediador; que las investigaciones sobre los efectos de las diferentes técnicas son muy escasas así como, en general, los estudios empíricos. Además, los artículos casi no aportan datos o, si lo hacen, faltan las comparaciones con grupos de control. En particular, advierten Wall y Dunne, no hay datos que confirmen las siguientes aseveraciones: que la mediación muestra altos niveles de resolución y satisfacción, que disminuye la violencia, que reduce la reincidencia, que aumenta el entendimiento, que empodera a las partes, que mejora las relaciones, que les da a las partes el control del proceso, que facilita la justicia social, o que previene los conflictos.

Por su parte, Bush y Folger indican que hay muy pocas investigaciones sobre la equidad de los acuerdos alcanzados en mediación, especialmente cuando hay desequilibrio de poder entre las partes, y sobre la capacidad del mediador de garantizar la equidad de los acuerdos¹¹⁷

Otros señalan que muy pocas investigaciones buscan aclarar si las partes prefieren que sus controversias sean tratadas sobre la base de normas jurídicas públicas o sobre la base de normas negociadas de manera privada y que, en general, no hay evidencia empírica de que con la mediación se ahorren tiempo y dinero¹¹⁸ o, en el ámbito penal, de que se reduzca la reincidencia¹¹⁹.

La falta de investigación empírica y la escasez de enfoques críticos, han permitido propagar y estabilizar una retórica idealizadora construida alrededor de algunas aseveraciones que difícilmente encuentran confirmación concreta.

En esta línea, por ejemplo, Wall y Dunne¹²⁰ señalan que:

- Lejos de favorecer un ahorro de tiempo y dinero, la mediación necesita tiempo

social”, cit., p. 239

116 WALL/ DUNNE, “Mediation Research: A Current Review”, cit.

117 BARUCH BUSH/ FOLGER, “Mediation and Social Justice”, cit.

118 HENSLER, Deborah R., “Suppose It’s Not True: Challenging Mediation Ideology”, *Journal Of Dispute Resolution*, Vol. 2002, No. 1 (2002), pp. 81-99

119 WILCOX, Aidan; YOUNG, Richard; HOYLE, Caroline, *Two-year resanctioning study: a comparison of restorative and traditional cautions*, London: Home Office, 2004

120 Véase también HENSLER, “Suppose It’s Not True”, cit.

y puede resultar muy cara¹²¹;

- Lejos de favorecer un mayor acceso a la justicia, la mediación puede resultar inaccesible para ciertas categorías; y aún cuando éstas consiguen acceder, generalmente se encuentran en una posición desfavorecida.
- La confidencialidad no siempre está garantizada, tanto que a veces las partes ocultan información para evitar que se la utilice en su contra.
- La autodeterminación de las partes puede resultar comprometida toda vez que el mediador trata de influenciar el proceso y sus resultados, para servir a sus propios intereses o aquellos de la organización, olvidando los intereses de las partes¹²².

Además, la mediación recibe gran parte de su impulso a partir del presupuesto de que las partes la preferirían a otras formas de gestión y resolución de conflictos (por ser más satisfactoria de los intereses de ambos, por permitir un mayor protagonismo, y por alentar la participación de las partes).

Sin embargo, esta aserción no parece capaz de superar la prueba empírica que evidencia una preferencia hacia mecanismos, más o menos formales, de adjudicación.

Concretamente, según Hensler, hay evidencia empírica mayoritaria que las partes, cuando menos en el ámbito civil, prefieren procedimientos adjudicativos¹²³.

Su *satisfacción* se relaciona sobre todo con la ecuanimidad del proceso, que las partes identifican con la imparcialidad del tercero al escuchar las pruebas, con su meticulosidad entendida como atención a los hechos, y con la dignidad del proceso.

La *participación* es valorada positivamente por las partes cuando se manifiesta como posibilidad de presentar los hechos desde su punto de vista.

Un elemento importante a tener en cuenta es que las partes otorgan importancia al

121 WALL/ DUNNE, "Mediation Research: A Current Review", cit.; en el mismo sentido, HENSLER, "Suppose It's Not True", cit.

122 Según refieren Bush y Folger en su reseña de la literatura sobre mediación y justicia social, los mediadores a menudo están más preocupados de alcanzar el acuerdo que por la calidad del mismo, especialmente cuando trabajan para clientes institucionales. En tales contextos, como por ejemplo en el caso de las mediaciones vinculadas al sistema judicial, el mediador podría forzar el acuerdo para lograr el resultado, y esto podría perjudicar a la parte más débil. Cfr. BARUCH BUSH/ FOLGER, "Mediation and Social Justice", cit.

123 Véase HENSLER, "Suppose It's Not True", cit., y las múltiples investigaciones sobre justicia procedimental (*procedural justice*) citadas en su trabajo.

hecho de poderse defender públicamente en juicio, aún cuando el resultado les sea desfavorable. En consecuencia, tanto el juicio como el arbitraje parecen satisfacer a las partes. En otros términos, como sugiere Hensler, “*las partes quieren que un tercero neutral resuelva su controversia sobre la base de los hechos*”¹²⁴.

La investigación de Merry y Silbey, por otro lado, sugiere que las personas que viven un conflicto prefieren evitarlo o hablar directamente con la otra parte, es decir, sin intermediarios. Si la situación llega al punto en que ya no es posible hacer ni una cosa ni la otra, de considerar necesario el dirigirse a un tercero, entonces prefieren la intervención de alguien que determine quién tiene la razón en base a los hechos. Según las palabras de las autoras, “*en el momento en el que se deciden a buscar ayuda en otras personas, las partes ya no quieren resolver la disputa con el diálogo y la negociación. En ese punto, las partes conceptualizan sus problemas como una cuestión de principio a resolver con una solución autoritaria y obligatoria, no como un conflicto de intereses en el que tienen objetivos limitados y negociables ... [En ese punto] es muy poco probable que ella o él se muestre entusiasmada con la oferta de una resolución alternativa a la disputa.*”¹²⁵.

Por otra parte, esas mismas prácticas que la literatura describe como formas autocompositivas de resolución de conflictos, y que se usan para demostrar una suerte de “impulso innato” a la mediación, revelan en realidad una preferencia hacia modelos adjudicativos.

Así sucede, por ejemplo, con los Nuer descritos por Evans-Pritchard, que en numerosas ocasiones se citan como ejemplo de la universalidad de la mediación¹²⁶. Poca atención se presta al dato antropológico de que se trataba de un grupo

124 Traducción mía, original en inglés: “[...] *people want neutral third parties to resolve their disputes on the basis of the facts.*”. Cfr. HENSLER, “Suppose It's Not True”, cit., p. 95

125 Traducción mía, original en inglés: “[...] *by the time they are willing to turn to others for help with their problems, the parties no longer wish to settle the dispute by discussion and negotiation. At this point they conceptualize their problem as a principled grievance for which they seek an authoritative and binding solution, not as a conflict of interest in which they have limited and negotiable goals ... [at this point] she/he is least like to be enthusiastic about the offer of an alternative dispute resolution.*”. Cfr. MERRY, Sally Engle; SILBEY, Susan S., “What do Plaintiff Want. Reexamining the Concept of Dispute”, *The Justice System Journal*, Vol. 9, N. 2 (1984), pp. 151-177, p. 154

126 Por ejemplo según Corsón y Gutierrez, en los procedimientos de los Nuer “*aparecen muchos de los principios que hacen que a un proceso de mediación se le reconozca claramente como tal.*”. Cfr. CORSÓN PEREIRA/ GUTIERREZ HERNANZ, *Mediación y Teoría*, cit., p. 73

extremadamente violento, cuyo estilo preferencial de gestión del conflicto era la lucha y que en muy pocas ocasiones recurrían a la intervención de un tercero para solucionar sus disputas. Además, en esas pocas oportunidades, el procedimiento estaba muy lejos de ser autocompositivo¹²⁷.

Análogas consideraciones pueden hacerse con respecto a numerosos ejemplos: el Hilakata y el Comité de Las Rondas Campesinas de Perú¹²⁸; el Ma'ünai Wayuu o Guajiro de la zona del Caribe¹²⁹; la Biblia, el Corán, las viejas culturas tribales, las culturas orientales¹³⁰, etc.

127 Según relata Evans-Pritchard en el caso de robo de ganado, el asunto se trataba en una reunión donde estaban presentes ancianos de la aldea del demandante, ancianos de la aldea del demandado, y el jefe piel-de-leopardo. Cuando la discusión terminaba, los ancianos y el jefe se retiraban para elaborar su decisión: *“Cuando todo el mundo ha dicho lo que tenía que decir, el jefe y los ancianos se retiran a discutir la cuestión entre ellos y a acordar una decisión. Los litigantes aceptan el veredicto del jefe y de los ancianos y, después, el dueño del animal da al jefe un novillo o un carnero, a no ser que sea pobre, en cuyo caso no le da nada.”*. Cfr. EVANS-PRITCHARD, Edward Evan, *Los Nuer*, Barcelona: Anagrama, 1992 (ed. orig. 1940), p. 181. En el caso de homicidio, el jefe podía llegar a amenazar con la maldición a los parientes de la víctima, si éstos no aceptaban la compensación que se les ofrecía.

128 CORSÓN PEREIRA/ GUTIERREZ HERNANZ, *Mediación y Teoría*, cit.

129 CORSÓN PEREIRA/ GUTIERREZ HERNANZ, *Mediación y Teoría*, cit.

130 Por ejemplo, COY FERRER, Antonio, “La mediación: una nova metodología profesional”, en: AA.VV., *La mediació familiar*, Centro d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada: Barcelona, 2001, pp. 223-231, p. 224-225: *“Les cultures orientals utilitzen la mediació des de fa mil lennis. En realitat, la intervenció d'un tercer respectat i neutral per dirimir les disputes familiars i comunitariès és tan vella com la societat mateixa, cosa que podem comprovar a la Bíblia, l'Alcorà i a les velles cultures tribals. De fet la Bíblia i l'Alcorà reflecteixen, almenys en algún sentit, aquestes velles cultures tribals”*. Igualmente, GONZÁLEZ-CAPITEL, *Manual de mediación*, p. 19: *“la mediación como alternativa en la solución de conflictos, en los que una o varias personas ayudan a otra u otras a tomar sus propias decisiones, probablemente sea tan antigua como la humanidad. No es una creación actual, sino una adaptación moderna basada en culturas antiguas, sociológicamente diferentes unas de otras, en distintos periodos históricos.”*. Véase también GALEOTE MUÑOZ, cit., p. 61-62: *“la mediación ha existido desde la antigüedad en países como Japón y China, así como en ciertas comunidades de África. En España, el Tribunal de Aguas de Valencia, desde 1238, media entre los agricultores que presentan problemas para el riego de sus terrenos”*. En el mismo sentido, GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO/ PENÍN ALEGRE, “Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología”, cit., p. 9: *“Con frecuencia se considera la mediación una novedad, pero en realidad su historia es tan larga como dilatado el tiempo de las civilizaciones. De hecho, los conflictos relacionales y las interacciones humanas para su superación surgen desde el momento en que el individuo convive con más seres de su especie. Si nos remontamos a la China antigua observamos como Confucio, en el siglo V antes de Cristo, predicaba la preferencia de la persuasión sobre la coacción y recomendaba la mediación como alternativa al litigio ante el tribunal, para evitar el resentimiento que un hombre bueno y desinteresado que ayudara a alcanzar un acuerdo podría evitar”*. Haciendo hincapié en la influencia de la cultura china, algunos atribuyen directamente a los inmigrantes chinos en Estados Unidos los comienzos de la mediación. Por ejemplo, CÁNOVAS LEONHARDT, Paz; SAHUQUILLO MATEO, Piedad, “La mediación familiar”, en LÓPEZ MARTÍN, Ramón, *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse ...*, Valencia: Universidad de Valencia, 2007, pp. 115-166, p. 134: *“la mediación como herramienta en la que participa una tercera persona – imparcial – en el conflicto entre dos*

En muchas ocasiones, las interpretaciones erróneas y la utilización parcial, acrítica y ahistórica de la literatura antropológica¹³¹ convergen en una especie de narración fundacional mítica, que se encuentra repetida una y otra vez, y que se debe verosímilmente a la pobreza teórica de la disciplina.

Es muy posible, en cambio, que, si es que hay una repetida tendencia hacia una forma determinada de resolución de conflictos, ésta sea la heterocomposición. Y que el juicio, esto es, una forma tríadica en la que un tercero neutral emite una decisión basándose en los hechos, sea su resultado evolutivo.

5.2. Observando mediaciones: el programa de esta investigación

Dado lo expuesto, queda por entender a qué tipo de fenómeno estamos asistiendo con la expansión de la práctica de la mediación y, más específicamente, qué función cumple la mediación como mecanismo de resolución de conflictos en una realidad en la que el derecho, y sus fórmulas adjudicativas, siguen siendo la opción privilegiada para el tratamiento de las controversias.

Para contestar a esta pregunta, habrá primeramente que analizar lo que efectivamente sucede en la mediación, para después ampliar la mirada hacia los efectos “generales” de este suceder.

El problema se sitúa, ante todo, en *identificar un marco teórico* que

1. Permita profundizar en las dinámicas presentes en los procesos de mediación.
2. Permita, de modo especial, entender cómo las partes llegan (o no llegan), por

*partes no es algo novedoso, sino mas bien la recuperación de una técnica cuyo fundamento teórico podemos situar en alguno de los textos de la Biblia o del Corán. Con amplia incidencia en la cultura oriental desde hace miles de años. Precisamente fue introducida en los Estados Unidos por los inmigrantes chinos y, a finales del siglo XIX, se utilizaba para intentar resolver conflictos entre obreros y patrones”. En el mismo sentido, MUNNÉ TOMÀS/ VILLANUEVA REY, “Assaig sobre la mediació”, cit., p. 17: “Es creu que foren els immigrants xinesos dels Estats Units els que introduïren la mediació en el món occidental, amb l'establiment de la Chinese Benevolent Association per a resodre, per mitjà de la mediació, desavinences entre membres de la comunitat i dins de la família”. La creencia de que la mediación haya sido introducida por los inmigrantes chinos no solamente es un falso histórico, sino que es probablemente fruto de una lectura apresurada del conocido artículo de Doo: DOO, Leigh-Wai, “Dispute Settlement in Chinese-American Communities”, *American Journal of Comparative Law*, Vol. 21, No. 4 (1973), pp. 627-663. Para un exhaustivo análisis de la influencia de los diferentes grupos inmigrantes que fueron conformando la sociedad estadounidense y su tradición e instituciones jurídicas, véase AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law?*, New York: Oxford University Press, 1983*

131 Circunstancia confirmada por Laura Nader en una comunicación personal, octubre 2012.

medio de un proceso de intercambio comunicacional, a construir acuerdos que tengan cierta eficacia entre ellos.

3. Permita comprender qué tipo de relación existe entre mediación y derecho, teniendo en cuenta que habrá que averiguar:
 - a) si es posible afirmar que la organización de la convivencia está a cargo de una pluralidad de fuentes normativas y/o jurídicas (entre las cuales, el Estado), es decir si diferentes órdenes normativos operan simultáneamente en un determinado “campo social”.
 - b) si tales órdenes tienen la capacidad de crear y mantener un sistema de obligaciones recíprocas, capaz de garantizar estabilidad en el campo social de referencia.
4. Nos proporcione instrumentos para investigar acerca de la repetidamente alegada función de regulación social de la mediación, esto es, nos ayude a entender el si y el cómo la mediación contribuye al gobierno de la complejidad social, o qué condiciones son necesarias para que cumpla con tal función.

Para ello, propongo utilizar los enfoques teóricos de Niklas Luhmann y de Jürgen Habermas, y anticipo así mi posición.

Pese a la disputa teórica entre los dos autores propuestos y al carácter irreconciliable de algunas de sus posiciones, considero razonable la posible integración y la síntesis en relación a algunos temas puntuales.

Primeramente, ambos construyen sus aportaciones teóricas sobre la idea de *intersujektividad*¹³², aunque Habermas la vincula con la consciencia, mientras que Luhmann la relaciona con la autopoiesis social¹³³.

Para ambos autores, concretamente, es la *intersubjetividad de la comunicación* el factor que está en la base de la formación del orden social. Pero mientras que para

132 HABERMAS, Jürgen, “Teoria della società o tecnologia sociale? Una discussione con Niklas Luhmann”, en: HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas, *Teoria della società o tecnologia sociale. Cosa offre la ricerca al sistema sociale?*, Milano: Etas Kompass, 1973, pp. 95-195

133 Como aclara Teubner: “Ciertamente es que los individuos reaparecen en el mundo de la comunicación, pero sólo como construcciones comunicativas, como artefactos semánticos sin correspondencia con la consciencia o con los procesos autopoieticos del mundo psíquico”. Cfr. TEUBNER, Gunther, *El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 25 (2002), pp. 1-88, disponible a la página: <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD37473068.pdf> [visitado el 15.2.2016], p. 28

Luhmann el problema de la sintonización de la conducta, que deriva de la doble contingencia, se resuelve a través de la secuencia temporal de comunicación y sucesivas conductas de enlace (sin importar que sean conductas de aceptación o rechazo), en Habermas, lo que determina la coordinación de sus respectivos planes de acción es la consecución de un acuerdo sobre las pretensiones de validez planteadas y defendidas por los participantes con buenas razones.

Ambos, además, conciben el *lenguaje* como medio de la comunicación y vehículo de la interacción: para Luhmann, es lo que posibilita la autopoiesis de un sistema de comunicación, mientras que para Habermas es lo que permite el entendimiento en el marco de una acción comunicativa.

Finalmente, los dos articulan sus postulados fundamentales en una *teoría general del derecho y de la sociedad*, que es la perspectiva desde la que queremos observar la mediación en el presente trabajo.

Es sobre la base de esta convergencia, que considero legítimo operar una síntesis y construir un esquema de interpretación para aplicar al estudio de la mediación.

Para terminar, los estudios sobre *pluralismo jurídico* ofrecerán los instrumentos para entender la relación entre diferentes órdenes normativos.

Con la ayuda de tales dotaciones conceptuales, es posible construir un programa de investigación articulado en las siguientes líneas de análisis.

Primero, *para profundizar en las dinámicas de los procesos de mediación*, enfocaré la mediación como un sistema, con una estructura, características y dinámicas propias e identificables.

Concretamente, a la luz de la perspectiva ilustrada por Luhmann, leeré la mediación como una interacción que se “autoproduce”, y por lo tanto como un sistema autopoietico, que constantemente crea las condiciones para su transformación hacia un sistema emergente de orden superior, fruto del condicionamiento de las relaciones entre los elementos del sistema (en este caso, las comunicaciones relativas al conflicto) y la propia comunicación.

Desde esta óptica, la comunicación no se concibe como una mera transferencia de informaciones, como un alternarse de input/output, aunque teniendo en cuenta las influencias del contexto, ni como un mecanismo deteriorado que necesita algún tipo

de reparación. Ello es así porque la comunicación, según indica Luhmann, es una operación que, incesantemente y en virtud de la intersubjetividad, produce un terreno común, una estructura de sentido. Y es al calor de este sentido que se construye, se regula y se (re)produce la interacción¹³⁴.

De esta forma, disponemos de un dispositivo de observación que permite describir el modo en que las comunicaciones en la mediación se entrelazan y se condicionan, re-generándose y transformándose en nuevas comunicaciones, esto es, en nuevos sistemas de relación.

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la mediación no es una interacción cualquiera, sino que es *un sistema que “pretende” construir acuerdos a partir de una situación de conflicto, por medio de la comunicación.*

Concretamente, el uso que las partes hacen del lenguaje en mediación va configurando, dialécticamente, tanto la línea de producción de las oraciones, como la formación de significados (en este caso, relacionados con el conflicto), en un proceso de generación y transformación continua¹³⁵.

En este sentido, resulta útil añadir, como herramienta ulterior para el análisis del proceso de comunicación entre las partes, el concepto de Acción Comunicativa propuesto por Habermas, es decir, el de una acción orientada al entendimiento y al acuerdo.

Con esta perspectiva, intentaré observar empíricamente cómo el proceso de comunicación llega a configurar acuerdos en un trabajo de campo cuya *unidad de análisis será el intercambio comunicacional* entre las partes.

Si la mediación es un proceso de comunicación en el que se producen acuerdos, esto es, nuevas configuraciones de sentido y, de allí, nuevos sistemas normativos a partir de la doble contingencia negativa (el conflicto), parecería razonable la afirmación de Bonafé-Schmitt, de que la mediación es una *forma de regulación social*.

134 O, según las palabras del mismo Luhmann, que se regulan las “sorpresas” recíprocas. Cfr. LUHMANN, Niklas, “Il senso come concetto fondamentale della sociologia”, en: HABERMAS/ LUHMANN, *Teoria della società o tecnologia sociale*, cit., pp. 14-66

135 En el mismo sentido en el que Luhmann entiende la discusión como un sistema social que sirve como “aclaración de sentido”, incluso de pretensiones prácticas de validez. Cfr. LUHMANN, Niklas, “Argomentazioni teorico-sistemiche. Una réplica a Jürgen Habermas”, en: HABERMAS/ LUHMANN, *Teoria della società o tecnologia sociale*, cit., pp. 196-274

La tesis afirmativa será contrastada examinando la relación entre mediación y derecho, nuevamente, desde una perspectiva funcionalista, incluyendo como herramienta conceptual ulterior la *noción de derecho reflexivo* de Gunther Teubner.

Es a la luz de los expuestos fundamentos teóricos que pretendo verificar mi tesis:

La mediación es un proceso de intercambio que puede dar lugar a fenómenos de regulación normativa autónoma, generando nuevos sistemas normativos a partir de la confrontación directa entre las partes en conflicto. Tal proceso constituye, al igual o más que el ordenamiento jurídico estatal, un medio funcionalmente adecuado de gobierno de la complejidad y posibilita el reconocimiento y el desarrollo de un pluralismo normativo para la gestión diferenciada del sistema social.

SEGUNDA PARTE

Encuadre teórico

1. La teoría de la Acción Comunicativa de Jürgen Habermas

1.1. Introducción

La construcción teórica de Habermas es una teoría del lenguaje y de la comunicación cuya formulación permite que se la pueda utilizar:

- a. Para dar respuesta a la pregunta fundamental de la sociología: *¿cómo es posible el orden social?*
- b. Para fundamentar una teoría del conocimiento, como teoría consensual de la verdad.
- c. Para construir una propuesta de ética cognitivista.
- d. Para fundar una teoría del derecho de naturaleza discursiva.
- e. Para proponer una teoría discursiva de la democracia.

Un pensamiento cuyo eje central son el lenguaje y el proceso de comunicación, como medios de coordinación entre actores sociales, se presenta aparentemente como un recurso imprescindible para analizar la mediación.

Ante todo, puede ayudarnos a entender el cómo las partes llegan (o no llegan) a construir acuerdos que tengan cierta eficacia entre ellos.

En segundo lugar, nos proporciona instrumentos para investigar acerca de la

repetidamente alegada función de regulación social de la mediación.

Por último, nos da indicaciones acerca de qué relación existe entre mediación y derecho.

Centraré por tanto mi análisis de la teoría habermasiana en los puntos a) y d).

Soy consciente de que una construcción teórica de tal envergadura estimula también preguntas de naturaleza filosófica, relativas, por ejemplo, a la posibilidad de que las partes, en el encuentro de mediación, construyan “verdad” o estructuras éticas compartidas. Sin embargo, se trata de cuestiones que no se pueden afrontar en este estudio y que, en todo caso, no entran, cuando menos en forma directa, en los objetivos propuestos.

Soy consciente también de que existe una multitud de estudios sobre comunicación, y de que las perspectivas son tan diferentes como las disciplinas que aportan su mirada al tema: sociología, psicología, economía, política, antropología, historia, lingüística, semiótica, etc.

Asimismo, conozco el uso extenso que, en las prácticas de la mediación, se hace de las teorías de Watzlawick¹ y de Bateson², entre otros. Más infrecuentes han sido, en cambio, los intentos de aplicar en este campo la teoría de la acción comunicativa, lo que resulta sorprendente, si se considera que su objeto de indagación es el intercambio dialógico dirigido a alcanzar acuerdos.

Además, el alcance más general del pensamiento de Habermas permite explorar en términos “discursivos” aquellos territorios que, como el derecho, permanecen al margen de las teorías que hasta el momento han encontrado resonancia en la literatura especializada sobre mediación.

Esta es la razón de proponer una lectura de los procesos de mediación en clave habermasiana, lo que hace necesario revisar previamente los conceptos básicos de la reflexión de este autor.

1 WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet H.; JACKSON, Don D., *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*, Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1974

2 BATESON, Gregory, *Pasos hacia una ecología de la mente*, Buenos Aires: Carlos Lohlé, 1985

1.2. Acción comunicativa

1.2.1. Una pragmática universal

Habermas entiende su programa como una *pragmática formal y universal*, esto es, un análisis sistemático del uso que los sujetos hacen del lenguaje en sus conversaciones, y de los presupuestos universales de este uso. En este sentido, su intención es la de reconstruir de manera orgánica las intuiciones lingüísticas comunes que los hablantes utilizan en sus comunicaciones cotidianas. En especial, el objetivo de la pragmática universal es el estudio de las condiciones universales que hacen posible el entendimiento mutuo entre hablantes competentes³. Dicho de otra manera, la pragmática universal se propone identificar el sistema de reglas que cualquier hablante asume implícitamente al realizar un acto de habla⁴.

Para ello, Habermas basa su reflexión en dos hipótesis, la una complementaria de la otra, a saber:

- Una *hipótesis sociológica*, por la que la acción social es interacción, y la interacción es un proceso de comunicación a través del que los sujetos pueden llegar a entenderse sobre algo en el mundo.
- Una *hipótesis lingüística*, según la que el fin del lenguaje es la comunicación, es decir un proceso orientado al entendimiento. En otros términos, plantea la hipótesis de que el lenguaje es el fundamento último del orden social⁵.

Dadas tales premisas, está claro que limitarse a analizar el lenguaje en términos de unidades lingüísticas no es suficiente. El objetivo de la observación, en este contexto, no son las “frases”, sino las “afirmaciones”, porque lo que hay que entender es, sobre todo, el significado de una expresión en su uso pragmático. Como lo explica Fabra, “*La unidad mínima a analizar – la unidad «portadora» de significado – no es ya el término lingüístico, ni tan sólo la oración, sino el acto de habla en su totalidad («aquello que se dice, tal como se dice»)*.”⁶.

3 HABERMAS, Jürgen, “What is universal pragmatic? (1976)”, en: HABERMAS, Jürgen, *On the Pragmatics of Communication*, Cambridge: The MIT Press, 1998 (ed. por COOKE Maeve), pp. 21-103

4 Cfr. también CORBI, Josep, “J. Habermas: pragmática universal y normatividad”, *Daimon*, N. 1 (1989), pp. 39-57

5 FABRA, Pere, *Habermas: lenguaje, razón y verdad. Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*, Madrid: Marcial Pons, 2008, p. 150

6 FABRA, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, cit., p. 150

Para ello, es necesario examinar, de manera simultánea, tres dimensiones en el uso del lenguaje:

- *Lo que el hablante quiere decir con la expresión*, lo que remite a una dimensión subjetiva y a una pretensión de veracidad de la expresión misma.
- *Aquello que se dice*, lo que remite a una dimensión objetiva y a una pretensión de verdad.
- *El modo en que se usa el lenguaje en los actos de habla*, que remite a una dimensión social y a una pretensión de corrección normativa.

Es necesario además evitar una perspectiva de análisis monológica: en un proceso de comunicación orientado al entendimiento, el lenguaje tiene un valor de vínculo que depende tanto de la aceptabilidad de las expresiones del hablante, como de la aceptación por parte del oyente. El vínculo depende, en última instancia, de la interacción entre hablantes y no puede existir sin ella.

1.2.2. Racionalidad comunicativa y racionalidad discursiva

Acción comunicativa es, para Habermas, una acción orientada al entendimiento y al acuerdo. Más precisamente, una acción comunicativa implica la concurrencia de al menos dos sujetos que realizan un intercambio verbal orientado al entenderse y a alcanzar un consenso sobre algo en el mundo⁷.

En consecuencia, la interacción comunicativa es una situación en la que los actores coordinan sus planes de acción de forma dialógica, con el uso de la argumentación⁸.

Una acción de esta naturaleza es expresión de un tipo de racionalidad que el autor define “comunicativa”, distinguiéndola de la racionalidad técnico-científica que la tradición moderna occidental había designado como única fuente posible de saber⁹.

Habermas propone, en definitiva, un tipo de racionalidad que sirve de base para la interacción y el entendimiento entre actores sociales, y no simplemente para la

7 Como veremos, la acción comunicativa es distinta de la acción estratégica, esto es, la acción de un sujeto que persigue sus fines particulares en solitario, ejerciendo poder o manipulando la comunicación, a detrimento de los objetivos de los demás.

8 En palabras de Habermas, es una acción en la que tienen “... *el propósito de llegar a un acuerdo que sirva de base a una coordinación concertada de los planes de acción individual*”. Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, Madrid: Ed. Taurus, 1987, p. 379

9 Como es notorio, se trata de un tema central de la teoría crítica. Ya Adorno y Horkheimer habían señalado que la racionalidad técnico-científica, entendida como saber al servicio de la técnica y del dominio del hombre sobre el hombre y la naturaleza, estaba en la base de un saber manipulador y funcional al poder.

modificación causal de condiciones en el mundo objetivo.

En tal sentido, el autor define la *racionalidad* como la característica propia de sujetos “*capaces de lenguaje y acción*”, que se manifiesta “*en formas de comportamiento para las cuales existen en cada caso buenas razones*”¹⁰. Esto significa que, en la comunicación con el otro, cualquier hablante reclama, para cada una de sus manifestaciones verbales, una pretensión de validez susceptible de crítica, es decir, toda manifestación verbal está sujeta a la posibilidad de que el otro cuestione la pretensión de validez que el hablante plantea con ella. Tal es, por ejemplo, el caso del hablante que, al emitir un acto de habla *constatativo*, plantea una pretensión de “verdad” sobre algo en el mundo objetivo, y puede, frente a una crítica, defender con buenas razones la “verdad” de su emisión. Asimismo, es el caso del hablante que, con un acto de habla *regulativo*, plantea una pretensión de “corrección” o “rectitud” sobre algo en el mundo social o que, con un acto de habla *expresivo*, plantea una pretensión de “veracidad” acerca de una vivencia subjetiva.

Para Habermas, la racionalidad tiene un *carácter intrínsecamente dialógico*, es decir, no puede prescindir de la participación del otro. Incluso cuando un actor, para decidir su curso de acción, reflexiona individualmente sobre sus creencias, acciones y expresiones lingüísticas, lo hace gracias a que adopta la perspectiva de una segunda persona: “*La reflexión se produce también gracias a una relación dialógica previa y no se mueve en el vacío de una interioridad constituida al margen de toda comunicación.*”¹¹. En este sentido, según el autor, sería poco conveniente considerar la racionalidad como una calidad propia de los individuos, independiente de la interacción dialógica.

La racionalidad comunicativa tiene además un *contenido normativo*, aunque no en el sentido de fuente de normas de acción, como pasa con la razón práctica. El contenido normativo de la razón comunicativa reside en que quién actúa comunicativamente está obligado, por una “coerción trascendental de tipo débil”, a asumir algunos presupuestos contrafácticos: “*Tiene que emprender idealizaciones,*

10 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit., p. 42-43. La visión subyacente a la teoría de Habermas es la de un sujeto capaz de responder de sus actos, capacidad que adquiere anticipando la objeción que el otro podría avanzar con respecto a la pretensión de validez que él plantea con su propuesta comunicativa. Viéndose de tal manera con los ojos del otro, el sujeto adquiere una relación reflexiva consigo mismo, tornándose capaz de autocrítica.

11 HABERMAS, Jürgen, *Verdad y justificación*, Madrid: Ed. Trotta, 2002 (ed. or. 1999), p. 100

por ejemplo, atribuir a las expresiones significados idénticos, asociar a sus manifestaciones o elocuciones una pretensión de validez que trasciende el contexto, suponer a sus destinatarios capacidad de responder de sus actos, esto es, autonomía y veracidad, tanto frente a sí mismos como frente a los demás [...] Una corona de presuposiciones inevitables constituye el fundamento contrafáctico del habla fáctica y del entendimiento intersubjetivo fáctico, una corona de idealizaciones, pues, que se enderezan críticamente contra los propios resultados de ese entendimiento, el cual puede, por tanto, trascenderse a sí mismo.”¹².

Más tarde, en *Verdad y justificación*, Habermas propone distinguir entre *racionalidad epistémica, teleológica y comunicativa*¹³. Las tres se encuentran entrelazadas en la *racionalidad discursiva* y corresponden a los diferentes tipos de estructuras que la constituyen.

En general, explica el autor, podemos decir que un sujeto es racional cuando puede justificar con razones su orientarse por pretensiones de validez. Cuando es capaz de dar cuenta de sus actos. Habermas denomina *responsabilidad* a este tipo de racionalidad. Gracias a ella, el sujeto asume una actitud reflexiva sobre lo que cree, hace o dice y, de esta forma, consigue distanciarse de sí mismo y de sus manifestaciones, lo que hace posible su *libertad*¹⁴.

La *racionalidad epistémica*, es decir, la racionalidad del saber, se manifiesta en el hecho de que, cuando sabemos algo, también sabemos por qué ese “algo” es verdadero. Esto es, cuando afirmamos saber algo, es porque podemos justificar nuestra afirmación. En ello va implícita la naturaleza discursiva de la racionalidad epistémica.

No se trata de que las ideas o las creencias “falsas” (esto es, no verdaderas) no sean racionales: lo irracional sería defenderlas dogmáticamente, sin aportar buenas

12 HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid: Ed. Trotta, 1998 (ed. or. 1992-1994), p. 66

13 La racionalidad comunicativa ha ido perdiendo, en el desarrollo del pensamiento de Habermas, la centralidad que tenía en su Teoría de la Acción Comunicativa. En los trabajos más recientes, la racionalidad comunicativa queda al mismo nivel de la epistémica y de la teleológica, las tres reunidas en la racionalidad discursiva, que adquiere ahora un lugar de preeminencia. Cfr. FABRA, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, cit.

14 Concretamente, el sujeto estará libre de expresarse en la medida en que consigue desvincularse de su perspectiva egocéntrica; podrá ejercer su libertad de arbitrio si será capaz de elegir racionalmente el curso de acción; y finalmente estará libre en cuanto a su voluntad en la medida en que ésta se auto-vincule por convicción moral. Cfr. HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

razones que puedan fundamentarlas. En palabras de Habermas, “*Para calificar una creencia como racional es suficiente que pueda ser sostenida como verdadera, basándose en buenas razones, en el contexto dado de justificación, es decir, que pueda ser racionalmente aceptada.*”¹⁵.

En el intercambio discursivo, en la medida en que nuestras razones sean refutadas, podemos revisar nuestras afirmaciones y nuestro saber.

En su expresión lingüística, la racionalidad epistémica se expresa a través de *oraciones asertivas*.

La *racionalidad teleológica* es la que caracteriza la acción de un sujeto que consigue sus objetivos a través de medios seleccionados y empleados de manera intencionada. En otras palabras, un agente actúa de manera racional: a) cuando conoce (es consciente de) los motivos por los que su acción ha tenido el efecto esperado, y b) si su actuar se basa en esos motivos¹⁶.

En su expresión lingüística, la racionalidad teleológica se expresa a través de *oraciones de intención*.

La *racionalidad comunicativa*, es decir, la racionalidad del uso del lenguaje orientado al entendimiento, se manifiesta en la comprensibilidad y en la aceptabilidad de los actos de habla, que hacen posible, para el hablante, conseguir sus objetivos ilocutivos (es decir, los objetivos ilocutivos del entendimiento, que son propios del lenguaje, como se verá más adelante). Existe pues racionalidad comunicativa cuando el hablante puede sostener:

- a. que las condiciones que hacen válido un acto de habla se cumplen, y
- b. que puede ofrecer una garantía creíble de que, llegado el caso, podrá sostener discursivamente sus pretensiones de validez¹⁷.

Se trata de un tipo de racionalidad que tiene que ver con el uso de las expresiones lingüísticas, más que con el lenguaje en sí mismo, y sirve tanto para expresar las intenciones del hablante, como para representar estados de cosas, como para instaurar relaciones con otros.

Tanto la racionalidad epistémica como la racionalidad teleológica no implican

15 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit., p. 104

16 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

17 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

necesariamente, *per se*, un uso ilocutivo del lenguaje. Una oración enunciativa utilizada epistémicamente sirve para *representar* un estado de cosas. El aspecto ilocutivo se hace evidente cuando el hablante utiliza su emisión para *afirmar* un estado de cosas, buscando de esta forma no solamente que el otro entienda que está hablando de algo (o que lo considera verdadero): también está pretendiendo que el otro reconozca que el estado de cosas que afirma es verdadero¹⁸.

Asimismo, una oración de intención no acarrea fines ilocutivos, a menos que el hablante no anuncie sus intenciones con el objetivo de que el oyente las tome en serio y sepa que el hablante las realizará.

Con ello, el autor está diferenciando un *uso comunicativo del lenguaje*, de uno *no comunicativo*, distinción que examinaremos más adelante.

1.2.3. Tipos y componentes estructurales de los actos de habla y pretensiones de validez

Como vimos anteriormente, la acción comunicativa es aquella en la que “*todos los participantes armonizan entre sí sus planes individuales de acción y persiguen por ende, sin reserva alguna sus fines ilocucionarios*”¹⁹.

Habermas se refiere aquí a la distinción entre tipos de actos de habla propuesta por Austin, quien distingue entre actos *locucionarios* (que poseen significado y con los cuales el hablante dice algo), actos *ilocucionarios* (que poseen una cierta “fuerza” ya que con ellos, el hablante hace algo al decirlo) y actos *perlocucionarios* (con los cuales el hablante intenta causar un efecto en el oyente por el hecho de decir algo).

Un acto de habla, explica el autor, consta de *tres componentes*: uno proposicional, uno ilocucionario y uno expresivo. Cada uno tiene un uso propio y diferente: el primero sirve para representar un estado de cosas, el segundo para establecer relaciones con un oyente, y el tercero para expresar intenciones o vivencias. En una expresión verbal, el hablante puede privilegiar uno de los componentes, o usarlos todos.

Cada componente se refiere a una *pretensión de validez* diferente, a saber:

- Verdad: cuando el hablante, privilegiando el componente proposicional,

18 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

19 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit., p. 376-377

plantea una pretensión de que lo que dice es verdadero, con un acto de habla *constatativo/descriptivo*.

- Rectitud/corrección: cuando el hablante plantea, privilegiando el componente ilocucionario, una pretensión acerca de que su comunicación es coherente con un conjunto de normas compartidas, a través de un acto de habla *regulativo/normativo*,
- Veracidad: cuando el hablante plantea, privilegiando el componente expresivo, una pretensión acerca de que lo que está diciendo sobre una vivencia propia, a la cual tiene un acceso privilegiado, refleja un estado interior real, y a tal fin utiliza un *acto de habla expresivo*.

A su vez, cada pretensión de validez se relaciona con un *concepto formal de mundo*: el *objetivo*, en el caso de la pretensión de verdad, el *social*, en el caso de la pretensión de rectitud, el *subjetivo*, en el caso de la pretensión de veracidad.

Toda pretensión de validez puede ser *cuestionada* por el interlocutor: la racionalidad de cada una depende de la capacidad de argumentación²⁰ del hablante para defenderlas.

En otros términos, todos los actos de habla pueden ser rechazados, tanto bajo el aspecto de la verdad, como de la rectitud, como de la veracidad. Cuando el oyente rechaza la propuesta comunicativa del hablante, está expresando que dicha propuesta, en su visión, no cumple con los requisitos de establecer una relación interpersonal, o de expresar un estado de cosas o de describir una vivencia subjetiva.

Según Habermas, el componente ilocucionario - a través del cual el hablante manifiesta al oyente su pretensión de validez acerca de lo dicho - es el que permitiría que se genere un *vínculo entre los interlocutores*: la aceptación por parte del oyente de la propuesta comunicativa del hablante, en efecto, se concreta en un acuerdo acerca del contenido de la emisión, de sus pretensiones de validez y de las obligaciones relativas a las interacciones futuras: "*con la fuerza ilocucionaria de una emisión puede un hablante motivar a un oyente a aceptar la oferta que entraña su*

20 Como veremos, Habermas define la argumentación como aquel tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos.

*acto de habla y con ello a contraer un vínculo racionalmente motivado*²¹.

En definitiva, es la posibilidad de decir que “sí” o que “no”, lo que genera los vínculos impulsados por las fuerzas ilocucionarias²².

Esta posibilidad no existe, en cambio, en los actos de habla perlocucionarios. Dado que en éstos la finalidad estratégica del hablante permanece latente, ya no le es posible al oyente el contradecir.

1.2.4. Conceptos de entendimiento y acuerdo

Si el lenguaje sirve para entendernos sobre algo en el mundo (objetivo, social y subjetivo), y si la acción comunicativa es una acción orientada al entendimiento, ¿qué es, exactamente, entendimiento?

En la propuesta de Habermas, *entendimiento (Verständigung)* significa, en su expresión mínima, que dos sujetos competentes, tanto desde el punto de vista lingüístico como interaccional, *comprenden* de manera idéntica la misma expresión lingüística²³. Pero además, el entendimiento es “*la 'obtención de un acuerdo' (Einigung) entre los participantes en la comunicación acerca de la validez de una emisión*”²⁴.

El *acuerdo (Einverständnis)* en cambio sería “*el reconocimiento intersubjetivo de la pretensión de validez que el hablante vincula*”²⁵ a su emisión.

El acuerdo debe tener base racional, lo que para Habermas significa que *no puede ser forzado o impuesto con el engaño o la violencia*. Un acuerdo alcanzado por estos

21 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit., p. 358

22 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit.

23 La *comprensibilidad* era una de las pretensiones de validez del habla que Habermas había identificado en un primer momento, junto con verdad, veracidad y corrección normativa. En la reflexión habermasiana posterior, la comprensibilidad se presenta como una condición que posibilita los actos de habla. Chilton desentraña el concepto de comprensibilidad, evidenciando que el término tiene múltiples significados: 1. que los participantes dominen el mismo idioma al mismo nivel (a veces las dificultades de comprensión lingüística de este tipo se pueden usar de manera estratégica, sobre todo en situaciones de conflicto); 2. que los participantes compartan el mismo léxico o las mismas construcciones gramaticales (piénsese en las dificultades que pueden derivar del uso de vocabularios muy técnicos, o de las diferencias en la destreza lingüística). Si no se cumplen estas condiciones, observa el autor, no solamente no puede haber acción comunicativa: ni siquiera puede haber un uso estratégico del lenguaje, esto es, no funcionan ni el engaño, ni la ocultación de informaciones, etc. Cfr. CHILTON, Paul, “Argumentos criticables: repensando a Habermas a la luz de la lingüística”, *Discurso y Sociedad*, Vol. 5, N. 1 (2011), pp. 71-95

24 HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, Madrid: Ed. Taurus, 1987, p. 171

25 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 171

medios, tendría una validez objetiva, pero no (ínter)subjetiva. El acuerdo vale intersubjetivamente cuando el hablante plantea una pretensión de validez a la que el oyente puede contestar con un sí o con un no, y cuando tanto la pretensión como la respuesta se basan en razones potenciales. Sólo de esta forma, puede decirse que un acuerdo es racional y que posee validez (una validez intersubjetiva).

El entendimiento y el consentimiento no se limitan sin embargo a las pretensiones de validez planteadas por el hablante: se extienden también a la *definición de la situación* en la que la comunicación se está llevando a cabo. Es decir, es necesario también llegar a una definición común de la situación, mediante continuas comprobaciones que los participantes realizan hasta llegar a un consenso. Ello es así porque, para que se dé una acción orientada al entendimiento, es preciso que los hablantes traten de realizar su planes “de común acuerdo”, sobre la base de una definición común de la situación.

Es importante, para comprender este punto, la distinción que el autor propone entre mundo de vida y los conceptos formales de mundo (el objetivo, el social, y el subjetivo). El mundo de vida, concepto que Habermas entiende como complementario del de acción comunicativa, es el trasfondo siempre presente para los participantes en la interacción, una realidad presupuesta con la que los hablantes están “intuitivamente” familiarizados, “*un depósito de autoevidencias o de convicciones incuestionadas, de las que los participantes en la comunicación hacen uso en los procesos cooperativos de interpretación*”²⁶.

Se trata por lo tanto de un conjunto de presuposiciones implícitas para la comunicación, de una fuente de saber disponible para la interpretación de las situaciones y de un horizonte de la experiencia y de las comunicaciones cotidianas²⁷. Mientras que el mundo de vida representa la base misma del entendimiento, los conceptos formales de mundo, en cambio, les sirven a los hablantes para clasificar las situaciones que en el mundo de la vida se han vuelto problemáticas, esto es, que necesitan de acuerdo. En este sentido, los participantes tienen que poderse entender sobre algo en el mundo objetivo, en el mundo social y en el mundo

26 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 176

27 FULTNER, Barbara, “Intelligibility and conflict resolution in the lifeworld”, *Continental Philosophy Review*, Vol. 34 (2001), pp. 419–436

subjetivo.

La situación, sobre la cual los hablantes tienen que llegar a una definición común, no es sino un “fragmento” del mundo de vida que sale de su condición de indefinición (se “tematiza”, se problematiza), poniendo de relieve una realidad contingente sobre la cual serían posibles diferentes interpretaciones.

Para llegar a una definición común de la situación, los hablantes tienen que modificar su definición inicial y hacerla concordar con las definiciones de los demás participantes. Ello para evitar que fracasen tanto el entendimiento como la acción: *“Los participantes no pueden alcanzar sus fines si no son capaces de cubrir la necesidad de entendimiento preciso para aprovechar las posibilidades de acción que la situación ofrece – o en todo caso ya no pueden alcanzarlos por vía de acción comunicativa”*²⁸.

En una fase más reciente de su reflexión, Habermas plantea la diferencia entre acuerdo y entendimiento en los siguientes términos²⁹.

El *acuerdo* (*Einverständnis*) se puede conseguir solamente en la medida en que los participantes pueden aceptar, *por las mismas razones*, una determinada pretensión de validez.

Se puede en cambio hablar de *entendimiento* (*Verständigung*) cuando el oyente considera que el hablante tiene buenas razones (cuando menos, buenas para él) para sostener lo que declara. En este caso, no es necesario que el oyente “haga suyas” las razones del hablante.

Como explica Pere Fabra, la nueva distinción es fundamental para sostener la teoría: *“Si todos los participantes aceptan la pretensión de validez inscrita en el acto de habla por las mismas razones, podemos decir que existe pleno acuerdo (Einverständnis), mientras que si los participantes aceptan y dan por buena la pretensión de validez, cada uno por razones diferentes, propias, nos encontramos ante un simple entendimiento.”*³⁰.

El entendimiento, a su vez, puede tener un modo fuerte o un modo débil.

El *modo fuerte* sería propio del entendimiento que busca llegar a un acuerdo. En

28 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 181

29 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

30 FABRA, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, cit., p. 227

este sentido, sólo se puede hablar de reconocimiento intersubjetivo, de acuerdo, si los participantes reconocen que algo es “*p*” (por ejemplo, que es verdadero, en el caso de las pretensiones de verdad) *por las mismas razones*. En otras palabras, si las razones que sostienen un argumento son “buenas” tanto para el uno como para el otro. Si ambos reconocen que algo es “*p*” por razones distintas, estaríamos delante de un *compromiso*, a menos que, en el intercambio discursivo no se llegue a reconocer que existen razones *independientes* a los hablantes, que comprueben “*p*”³¹.

El *modo débil* sería relativo a actos de habla que contienen anuncios de intención (“hoy iré a ver a mi madre”) o imperativos simples (“levántense!”). En estos casos, no podemos decir que el hablante está buscando generar consenso. En cambio, sí se puede hablar de *entendimiento*, aunque en un sentido más débil. Ello es así porque es posible de todas formas plantear una pretensión que el otro puede aceptar o rechazar. En estos casos, a pesar de no adoptar como suyas las razones que el hablante tiene para emitir el aviso, el oyente puede tomarlo en serio, es decir, tiene buenas razones para pensar que el otro llevará a cabo su intención.

Por lo tanto, aunque en el caso de las declaraciones de intención y de los imperativos no se pretenda llegar a un acuerdo, estamos todavía en el campo de la racionalidad comunicativa porque ambas plantean pretensiones de validez que pueden ser cuestionadas.

La distinción entre los dos modos de entendimiento, es la de que el autor deriva también el uso comunicativo y no comunicativo del lenguaje.

El *uso comunicativo* aparece cuando el hablante persigue el objetivo ilocutivo de que el oyente llegue a su misma idea (es decir, que adopte las mismas razones del hablante para afirmar “*p*”) o tome en serio su intención.

El *uso no comunicativo* es propio de las afirmaciones monológicas, es decir de aquellas emisiones con las que se quiere representar un estado de cosas, o manifestar intenciones, sin pretender que el oyente reconozca a su vez como

31 Un ejemplo de ello son las *razones normativas* que sostienen las manifestaciones de voluntad como los actos de habla compromisorios que sirven para concluir un contrato. Éstos, por hallarse insertos en contextos normativos, están basados en razones que ya no son propias de las partes que se vinculan, si no que remiten a una autorización normativa, independiente de las partes. Cfr. HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

verdadera la emisión o digno de consideración el plan de acción.

Sin embargo, cuando el hablante afirma algo o manifiesta una intención de manera monológica, y el oyente cuestiona la representación o el plan de acción del hablante, vuelve a aparecer un uso comunicativo del lenguaje. En este caso, en efecto, el hablante está obligado a justificar discursivamente sus planteamientos *frente a otros*, lo que da inicio a la confrontación por pretensiones de validez, en un proceso de argumentación en el que las partes buscan entenderse: “*La diferencia entre este uso y el uso no comunicativo del lenguaje resulta de la entrada en juego de una pretensión de validez con la que el hablante confronta a su oyente.*”³². En otras palabras, la objeción del oyente transforma el uso del lenguaje de no comunicativo a comunicativo.

Ahora, no solamente las acciones comunicativas, sino también las estratégicas³³ son interacciones mediadas lingüísticamente. La diferencia es que, en la acción estratégica, el lenguaje se usa como un medio para transmitir informaciones, o manipular el otro, mientras que en la acción comunicativa es una fuente de integración social. En el primer caso, pues, se trata de un uso estratégico del lenguaje, en el segundo de un uso comunicativo.

Solamente éste último sería, según Habermas, el “modo original” del lenguaje, sobre el que el uso estratégico se “apoya” de manera parasitaria³⁴.

El uso estratégico puede ser manifiesto o latente³⁵. Es *manifiesto* en el caso de las amenazas abiertas, de los imperativos o de las peticiones ostensivas (*ostensive requests*). Aquí, la interacción no se construye sobre la base de un entendimiento mutuo, más bien a través de la advertencia, más o menos explícita, de consecuencias empíricas. En el caso de las amenazas, por ejemplo, la mención explícita del efecto del realizarse de la condición (“si no haces lo que te digo, mataré a tu familia”) es la causa de la decisión del oyente. Si se omite la parte condicional,

32 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit., p. 111

33 Recordamos que las acciones estratégicas son interacciones dirigidas a la obtención de objetivos individualistas, sin atención para el consenso.

34 HABERMAS, *On the pragmatics of communication*, citado por NIEMI, Jari I., “Jürgen Habermas's theory of communicative rationality: the foundational distinction between communicative and strategic action”, *Social Theory and Practice*, Vol 31, N. 4 (2005) pp. 513-532

35 HABERMAS, Jürgen, *On the pragmatics of communication*, citado por NIEMI, “Jürgen Habermas's theory of communicative rationality”, cit.

el efecto no se produce.

El uso estratégico *latente* se da cuando las intenciones del hablante permanecen ocultas, esto es, cuando el éxito de este tipo de expresiones depende justamente del ocultamiento de las intenciones. En este caso, al oyente le es absolutamente imposible contradecir al otro, precisamente porque no tiene manera de ver lo que se oculta tras la emisión del hablante.

Dentro del uso comunicativo, Habermas introduce otra nueva distinción, la del uso del *lenguaje orientado al entendimiento* y la del *lenguaje orientado al acuerdo*.

El primero se manifiesta cuando el hablante simplemente quiere que el oyente tenga conocimiento o “tome nota” de lo que le dice el hablante. Con el segundo, el hablante quiere que el oyente acepte las razones que sostienen aquello que dice (es decir, que haga suyas las razones del hablante).

A partir de esta distinción, Habermas también propone diferenciar entre una *acción comunicativa (débil) orientada al entendimiento* y una *(fuerte) orientada al acuerdo*³⁶.

En el primer caso, se trata de un acuerdo limitado a la racionalidad teleológica, donde el oyente no comparte las razones del hablante, pero las acepta. En el segundo caso, el entendimiento se extiende a un contexto normativo común. Volveremos más detalladamente sobre este punto en el apartado 1.3.1.

1.2.5. Argumentación, discurso y situación ideal de habla

La práctica de la *argumentación* es, en la teoría de Habermas, una *forma (reflexiva) de la acción comunicativa*, es decir, una interacción regulada de manera tal que los participantes se reparten, alternativamente, la tarea de analizar las pretensiones de validez y de reconocerlas o no, basándose en buenas razones.

La racionalidad de un interlocutor se expresa en su disponibilidad en participar formalmente en una argumentación, exponiéndose a críticas, en la capacidad de aprender de los desaciertos y de la refutación de hipótesis, y de justificar sus actuaciones haciendo referencia a los órdenes normativos en vigor. Es racional además cuando no sucumbe a las pasiones y no actúa estratégicamente, cuando trata de juzgar de forma imparcial el asunto en cuestión y de resolverlo de forma

36 Distinción que no estaba presente en la Teoría de la Acción Comunicativa. Cfr. FABRA, *Habermas: lenguaje, razón y verdad*, cit.

consensuada.

A través de la argumentación se producen los argumentos sobre cuya base se puede construir un reconocimiento intersubjetivo de la pretensión avanzada hipotéticamente, transformando así una simple opinión en “saber”³⁷.

El *discurso* es una forma reflexiva de la acción orientada al entendimiento³⁸. En ella, el juego de las argumentaciones se presenta como el intercambio de las mejores razones, tanto favorables como contrarias, respecto a una pretensión de validez que ha sido cuestionada. En este sentido, la argumentación “*sirve a la búsqueda cooperativa de la verdad*”³⁹.

Para que puedan intercambiar argumentaciones en esta búsqueda compartida, los interlocutores tienen que suponer la existencia de *algunas condiciones ideales de diálogo*, es decir, “*suponen, normalmente de forma contrafáctica, una situación de diálogo que satisface condiciones poco probables: apertura al público e inclusión, participación igualitaria, inmunización frente a coacciones externas o internas, así como orientación al entendimiento de todos los participantes (es decir, expresiones sinceras)*.”⁴⁰.

En otras palabras, los participantes en una discusión intuitivamente saben, según el autor, que la seriedad de una argumentación depende del cumplimiento de tales condiciones.

Que se argumente con vista a un consenso libre es un presupuesto que los participantes dan por sentado, de manera que quien lo contradice (manipulando, adoptando una actitud egocéntrica, etc.) incurre en una *contradicción pragmática o realizativa*. Cualquier hablante que participe en una argumentación de manera racional está vinculado a tal fundamento normativo de la comunicación. Debe por lo tanto regularse según los únicos presupuestos que, según Habermas, permiten un acuerdo, esto es, las proposiciones verdaderas son preferibles a las falsas, y las

37 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit.

38 HABERMAS, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid: Trotta, 2000. En *Teoría de la Acción Comunicativa*, el autor había definido de la misma manera la argumentación: “*la argumentación puede entenderse como una continuación con otros medios, ahora de tipo reflexivo, de la acción orientada al entendimiento*.”. Cfr. HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit., p. 46

39 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit., p. 244

40 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit., p. 249

justas a las injustas⁴¹.

El resultado de una argumentación racional, entonces, será un acuerdo sobre el que todos pueden convenir, esto es, un acuerdo que (por lo menos hasta la siguiente discusión) se presume universalmente válido por todos los participantes.

Este “principio de universalización” se aplica a cualquier forma de discusión y argumentación, tanto cuando tenga por objeto la verdad de un enunciado, como cuando se refiere a la justicia de una norma⁴².

Cierto es que la realización de los presupuestos de una “situación ideal de habla” es extremadamente difícil, y Habermas se muestra consciente de ello: *“Todo hablante sabe intuitivamente que una pretendida argumentación no es una argumentación seria cuando se violan las correspondientes condiciones, cuando por ejemplo no se admite a determinados participantes, se reprimen ciertos temas o aportaciones, se fuerzan tomas de postura del tipo sí/no mediante la sugestión o la amenaza con sanciones, etc. Ahora bien, a causa de su fuerte contenido idealizante los presupuestos universales de la argumentación no son fáciles de cumplir. Los discursos racionales tienen un carácter improbable, y se elevan como islas sobre el mar de la praxis cotidiana.”*⁴³.

En *Facticidad y Validez*, el autor vuelve sobre el tema, afirmando que los participantes en una argumentación deben poder partir de una “suposición idealizadora” de que están justificando sus pretensiones de validez frente a una audiencia amplia, a una comunidad ideal de comunicación. Tal suposición sirve también, explica Habermas, como un experimento conceptual, un modelo de “*sociación comunicativa pura*”⁴⁴, donde se podrían resolver sin violencia todos los conflictos a través del entendimiento discursivo, sin que haga falta (todavía) recurrir a la política o al derecho. En un contexto de esta naturaleza, el entendimiento discursivo garantiza el tratamiento racional de “*temas, razones e informaciones*”⁴⁵.

41 Cfr. GARCIA AMADO, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá: Universidad Externado, 2006

42 Cfr. GARCIA AMADO, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, cit.. Sobre el mismo tipo de razonamiento, como veremos más adelante, Habermas funda su paradigma discursivo del derecho.

43 HABERMAS, *Aclaraciones a la ética del discurso*, cit, p. 168

44 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 405

45 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 403

Habermas vuelve a mostrarse consciente de que un modelo tan fuertemente idealizador no tiene en cuenta todos los obstáculos que pueden encontrarse en el desarrollo del procedimiento discursivo: por ejemplo, prescinde de las capacidades individuales, de la irracionalidad, del auto-engaño, de la debilidad de la voluntad, de la presión del tiempo, de la desigualdad en la distribución de recursos y conocimientos, etc... Es por ello que insiste en aclarar que el modelo de “sociación comunicativa pura” debe servirnos como una ficción metodológica para medir, de alguna forma, los bloqueos que la complejidad social puede determinar en la libertad comunicativa.

Como veremos, la única forma de que este modelo pueda realizarse sería, según Habermas, a través del derecho.

A pesar de la naturaleza idealizadora que el autor reconoce a su *situación ideal del habla*, cabe preguntarse si las presuposiciones que la fundan no puedan encontrar en realidad algún fundamento en el uso mismo del lenguaje.

Sugere en este sentido parece la reflexión del lingüista Paul Chilton sobre las presuposiciones de verdad, corrección y veracidad.

Por lo que se refiere a las primeras, Chilton observa que el *uso de modales epistémicos*, tales como “posiblemente”, “probablemente”, “debería”, “podría”, indicaría que el hablante está afirmando ciertas cuotas de verdad. Ello significa que el lenguaje esté construido para afirmar la verdad, al menos parcialmente.

Por otro lado, el *uso de modales deónticos*⁴⁶, o de *imperativos*, parece presuponer alguna forma de autoridad en el hablante. En el caso de *modales deónticos débiles*⁴⁷, el oyente puede suponer, si no una autoridad en el hablante, al menos la existencia de normas sociales o de principios éticos que justifican el uso del modal. Aunque el oyente no los acepte, estas estructuras lingüísticas tienen sentido sólo si los interlocutores pueden referirse a un contexto normativo que las soportan. Dicho con otras palabras, la existencia de estructuras lingüísticas de este tipo demuestra que los hablantes se refieren necesariamente a un contexto normativo común.

En cuanto a la presuposición de veracidad, es decir, la presuposición de que el otro es sincero, podemos encontrarle un fundamento lógico en el concepto de *mentira*.

46 Por ejemplo: *tienes que, debes, hay que...*

47 Por ejemplo: *tendrías que, deberías, habría que...*

Como lo explica Chilton, no es posible mentir a menos que no exista la expectativa de que el otro sea veraz, lo que implica que la presuposición de veracidad es una característica ética inscrita en el uso del lenguaje: “*Está en la naturaleza misma del uso del lenguaje entre los humanos presuponer la ética de la veracidad. Tampoco podemos descartarla porque es pasada por alto diariamente - este pasar por alto en sí es prueba de su existencia.*”⁴⁸.

1.3. Acción estratégica y acción comunicativa

Habermas describe la *acción estratégica* como la acción a través de la que el hablante persigue egoísticamente sus planes de acción, sin tener en cuenta la posibilidad de llegar a un acuerdo “verdadero” con el oyente⁴⁹. En su accionar estratégico, basado principalmente en el uso de *perlocuciones*, el hablante se dirige hacia la realización de sus fines personales objetivizando el interlocutor, es decir, tratándole como un mero elemento a tener en cuenta para la ejecución de su plan de acción⁵⁰. En las acciones estratégicas, explica el autor en *Verdad y justificación*, el lenguaje no se usa de manera comunicativa, sino como orientado a las consecuencias. Las partes no se proponen lograr un entendimiento intersubjetivo de las pretensiones de validez planteadas, sino un resultado cualquiera en el mundo objetivo.

En algunas circunstancias, puede darse también la posibilidad de que el hablante, *con la finalidad perlocucionaria de influenciar al otro, utilice contenidos ilocucionarios*: ello es así porque el hablante sabe que, para conseguir sus fines, tiene que hacerse entender por el oyente y lograr que éste asuma las obligaciones que conlleva la aceptación de la propuesta. Estaríamos entonces en presencia de acciones estratégicas “encubiertas”, en las que el hablante en realidad está engañando al otro para conseguir sus fines, y que carecen por tanto del efecto de vínculo típico de las acciones comunicativas⁵¹. Es decir, el hablante estaría utilizando el elemento ilocucionario en el marco de una acción teleológica, esto es, manifestando una actitud orientada a la consecución de objetivos y no a la

48 CHILTON, “Argumentos criticables”, cit., p. 87

49 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit.

50 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

51 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit.

construcción de acuerdos.

Habermas señala asimismo que, en algunas ocasiones, los participantes en la interacción, pese a adoptar una actitud comunicativa entre ellos, pueden tener la *intención de producir efectos estratégicos sobre terceros*. No se debería entonces hablar de acción comunicativa en sentido propio: “*Por tanto, considero acción comunicativa todas aquellas interacciones mediadas lingüísticamente, en las que todos los participantes, con sus actos de habla, persiguen objetivos ilocucionarios, y sólo ilocucionarios*”⁵².

Diferente es el caso en el que una acción comunicativa produce efectos estratégicos, *a pesar de las intenciones comunicativas* del hablante. Aquí, dado que los interlocutores persiguen sin reservas el entendimiento mutuo, cabe la posibilidad de que la intención perlocucionaria sea desvelada por el oyente, lo que ofrece al hablante la posibilidad de desmentirla, ofreciendo explicaciones y, si se da el caso, disculpas, si no quiere que el oyente adopte a su vez una actitud estratégica⁵³.

A diferencia de las estratégicas, las *acciones comunicativas* tienen la característica de generar entendimiento y consonancia en la interacción y son, por lo tanto, *intrínsecamente sociales*. Es el acto de comunicarse, lo que permite la construcción del orden social. La convicción común que se genera a través de la comunicación (por lo tanto, del reconocimiento intersubjetivo de la validez de la pretensión planteada) implica la aceptación tácita de las obligaciones necesarias para la acción futura. En este sentido, dice Habermas, “*la convicción común crea un nuevo hecho social*.”⁵⁴.

Cómo lo explica García Amado: “*En última instancia, hablar es comprometerse en la generación de expectativas y entenderse es compartir expectativas. Expectativas que, en cuanto compartidas, hacen posible la coordinación social*.”⁵⁵.

Las acciones comunicativas se realizan, empero, sólo cuando los planes de los participantes se coordinan a través de “actos de entendimiento” y no “a través de un

52 Traducción mía, original en inglés: “*Thus, I count as communicative action those linguistically mediated interactions in which all participants pursue illocutionary aims, and only illocutionary aims, with their speech acts.*”. Cfr. HABERMAS, *On the pragmatics of communication*, cit., p. 129

53 HABERMAS, *On the pragmatics of communication*, cit.

54 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 215

55 GARCIA AMADO, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, cit., p. 79

calculo egocéntrico⁵⁶. Esto es, cuando utilizan el potencial de la racionalidad comunicativa⁵⁷.

Los efectos de una acción estratégica se pueden describir, según Habermas, como estados de cosas producidos por intervenciones en el mundo. En las acciones comunicativas, en cambio, el resultado es el entendimiento mutuo de los participantes sobre algo en el mundo. En consecuencia, no tienen el propósito de producir algún tipo de efecto, por así decirlo, de manera causal.

Mientras está claro que Habermas concibe la acción comunicativa como la única forma de interacción capaz de producir acuerdos que no se basen en la manipulación, podemos preguntarnos si es también la única forma de comunicación que permite el orden social. Una respuesta la ofrece Niemi, para quien la acción estratégica también es una forma de interacción legítima⁵⁸, a pesar de que no se pueda, por ella sola, explicar la gran parte de las interacciones cotidianas que se basan en la cooperación⁵⁹.

1.3.1. Acción comunicativa en sentido débil (orientada al entendimiento) y acción comunicativa en sentido fuerte (orientada al acuerdo)

Consecuente a la distinción vista más arriba, entre entendimiento débil y fuerte, Habermas propone distinguir también entre *acción comunicativa en sentido débil* y *en sentido fuerte*⁶⁰.

La *primera*, es un tipo de acción comunicativa *orientada al entendimiento*, y se realiza en el caso en que el entendimiento concierne a expresiones de voluntad unilaterales, que se refieren a hechos y a razones del actor. En ella, los participantes presuponen la existencia de un mundo objetivo que es el mismo para todos. En este caso, aunque los actores se orienten por el éxito (esto es, en el marco de una racionalidad teleológica), los objetivos ilocutivos todavía predominan sobre los perlocutivos.

La *segunda*, en cambio, es un tipo de acción comunicativa *orientada al acuerdo*, que

56 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, cit.

57 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

58 Por otro lado, el mismo Habermas afirma que los procesos de negociación implican el uso de una comunicación estratégica. Es por ello que, como se verá más adelante, propone una regulación jurídica que limite sus efectos negativos.

59 NIEMI, "Jürgen Habermas's theory of communicative rationality", cit.

60 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit.

se realiza cuando el entendimiento comprende también las razones normativas de la expresión de voluntad del hablante. Ésta se produce cuando el entendimiento se funda en un conjunto de orientaciones de valor compartidas intersubjetivamente, en base a las que se vinculan las voluntades de los participantes, independientemente de sus preferencias individuales. En este sentido, por ejemplo, las aseveraciones, con las que se manifiestan pretensiones de verdad, pueden ser criticadas a partir del contexto normativo y, por lo tanto, consideradas como inoportunas, o deshonestas, etc., sobre la base de razones independientes a las de cada parte.

En la acción comunicativa fuerte, las razones normativas están siempre presentes. En palabras de Habermas: *“En la acción comunicativa fuerte, los participantes no sólo dan por supuesto que se guían por hechos y que dicen aquello que creen y tienen por verdadero, sino que suponen también que persiguen sus planes de acción solamente dentro de los límites de las normas y los valores válidos.”*⁶¹.

En ella, los participantes presuponen la existencia de un mundo social que todos comparten intersubjetivamente.

Resumiendo todo lo visto hasta el momento, podemos decir que, en la visión de Habermas, no todo el lenguaje es comunicativo, ni todas las comunicaciones aspiran a un entendimiento intersubjetivo.

Algunas oraciones se usan, en efecto, con el propósito de conseguir un resultado favorable a intereses personales. Se trata por tanto de un uso del lenguaje orientado a consecuencias y no a un entendimiento con el otro. Las acciones en las que se manifiesta son de tipo estratégico.

Otras oraciones producen el efecto de representar estados de cosas o intenciones, pero carecen de propósitos ilocutivos y no conducen ni a un entendimiento, ni a un acuerdo. Se trata de un uso no comunicativo del lenguaje, que se manifiesta en acciones sin algún significado social.

Otras, en cambio, buscan un entendimiento “simple”, es decir, sencillamente buscan que el otro reconozca que el hablante tiene buenas razones para sostener sus pretensiones de validez, aunque no las comparta. Se trata de un uso comunicativo del lenguaje, orientado al entendimiento, que se manifiesta en acciones

61 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit., p. 119

comunicativas débiles.

Otras, finalmente, tienen el objetivo de que el oyente reconozca como suyas las razones que el hablante plantea. Tienen por tanto el objetivo de llegar a un entendimiento “cualificado”, esto es, a un acuerdo con el oyente. Se trata de un uso comunicativo del lenguaje, orientado al acuerdo. Las acciones en las que se manifiesta son acciones comunicativas fuertes.

A fines aclaratorios, me parece útil reproducir aquí las tablas que el mismo autor utiliza para aclarar su reflexión⁶².

TIPOS DE USO DEL LENGUAJE

<i>Expresiones</i>	<i>Modos de uso</i>
Oraciones enunciativas y oraciones de intención in mente («pura» representación y planificación «monológica» de la acción)	No comunicativo
Manifestaciones de voluntad no insertas en contextos normativos (imperativos simples, anuncios)	Orientado al entendimiento
Actos ilocutivos completos (normativos, constataivos, expresivos)	Orientado al acuerdo
Perlocuciones	Orientado a las consecuencias (entendimiento indirecto)

TIPOS DE ACCIÓN

<i>Uso del lenguaje</i>	<i>Actitud del actor</i>		
	Objetivante	Realizativa	
No comunicativo	Intervención orientada a finalidades	—	Acción no social
Orientado al entendimiento	—	Acción comunicativa débil	Interacciones sociales
Orientado al acuerdo	—	Acción comunicativa fuerte	
Orientado a las consecuencias	Interacciones estratégicas	—	

62 HABERMAS, *Verdad y justificación*, cit., p. 124

1.4. Acción comunicativa y mediación: perspectivas habermasianas

En la literatura sobre mediación, se encuentran escasos ejemplos de referencia al pensamiento de Habermas.

Se trata en general de simples hipótesis de aplicación⁶³, o de propuestas operativas más estructuradas, que se basan en supuestas potencialidades de la teoría, para su aplicación en el campo de la resolución de conflictos⁶⁴.

Se ha encontrado un solo intento de observación empírica que utiliza las categorías habermasianas para el análisis de los actos de habla utilizados por las partes a lo largo del proceso de mediación⁶⁵.

A continuación, propongo una breve reseña de los trabajos a mi juicio más significativos para el presente estudio.

1.4.1. La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación en Carabante Muntada

Carabante Muntada propone identificar, en el concepto de racionalidad discursiva de Habermas, uno de los fundamentos de la mediación como institución alternativa⁶⁶.

63 Como la de Nató, Querejazu y Carbajal que así concluyen una breve reseña del pensamiento de Habermas: *“Este fundamento teórico puede guiar nuestras intervenciones hacia la facilitación del diálogo, a establecer condiciones de enunciación y recepción, y a desplegar en los actores que intervienen en estos procesos la capacidad para asumir la «condición de la pluralidad».*”. Cfr. NATÓ Alejandro Marcelo; QUEREJAZU RODRÍGUEZ, María Gabriela; CARBAJAL Liliana María, *Mediación comunitaria*, Buenos Aires: Universidad, 2006, p. 71. O la de FRUTOS, Susana, “Algunas reflexiones teóricas sobre la perspectiva comunicacional en el abordaje de conflictos”, *Anuario del Departamento de Ciencias de la Comunicación - Facultad de Ciencia Política y RRH – UNR*, Vol. 4 (1999), pp. 285-290. Finalmente, en Morales Fernández, el pensamiento habermasiano es uno de los pilares sobre los que la autora construye su apasionada defensa de la mediación como instrumento de un nuevo modelo de Sistema Universal de Justicia (siendo los otros la Teoría General de Sistemas y la Teoría de la Comunicación Humana de Watzlawick). Cfr. MORALES FERNÁNDEZ, Gracia, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la Mediación. Sistemas complementares al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, Sevilla: Hispalex, 2014.

64 Como la de Fultner, acerca de la construcción del espacio de acuerdo y de la necesidad de reconocer las divergencias. Cfr. FULTNER, “Intelligibility and conflict resolution in the lifeworld”, cit.. También Fernández y Franco se basan en el trabajo de Habermas para construir su modelo lingüístico-comunicativo para el tratamiento informativo del conflicto. Cfr. FERNÁNDEZ Sylvia; FRANCO Antonio, “Fundamentos epistemológicos para un modelo de comunicación en situaciones de conflicto”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, N. 51 (2010), pp. 113-125

65 RESTREPO ESPINOSA, María Helena, “Análisis del proceso de comunicación en un proceso de mediación de conflictos con una pareja de separados, basado en la teoría de la acción comunicativa de Habermas y el modelo relacional simbólico”, *Diversitas. Perspectivas en Psicología*, Vol. 6, N. 1 (2010), pp. 123-134

66 CARABANTE MUNTADA, José María, “La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación”, en: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes

Su objetivo es acreditar filosóficamente y teóricamente la práctica de la mediación, basándose en el nuevo concepto de razón propuesto por el filósofo alemán, junto con su concepción dialógica y comunicativa de la vida social.

La mediación, según el autor, es una práctica típica y espontánea de la sociedad civil, que sirve para resolver conflictos con la ayuda del lenguaje, y que no comparte el estilo lingüístico prolijo, formalista o esotérico del derecho.

La forma judicial de resolver conflictos, que asigna a un tercero la tarea de decidir quien gana y quien pierde la disputa, sería, a juicio del autor, expresión de una razón instrumental nacida con la Modernidad y que se ha convertido en razón sistémica. Una razón, explica el autor, que estimula una visión conflictiva de las relaciones humanas, en la que no hay espacio para una solución discursiva de las controversias.

La razón comunicativa, en cambio, sí garantizaría esta posibilidad, al tratarse de:

- Una *racionalidad discursiva, lingüística y pragmática*. Dado que el lenguaje sirve a la comunicación, la razón queda vinculada con el dialogo y la intersubjetividad.
- Una *racionalidad universal y normativa*. Para servir de criterio normativo de regulación de procesos sociales, se basa en condiciones procedimentales ideales o contrafácticas que todos los hablantes suponen en su praxis argumentativa. De ahí que, según el autor, “*la corrección racional de la mediación puede medirse por las propias reglas del discurso.*”⁶⁷.
- Una *racionalidad ampliada*, superadora de la visión positivista y de la racionalidad cognitivo-instrumental, que valoriza como susceptibles de verdad las cuestiones prácticas y estéticas, además de las científicas.
- Una *racionalidad formal*, no material, esto es, procedimental y discursiva.

La mediación, que basa sus intervenciones en una racionalidad de este tipo, puede considerarse, a juicio del autor, como la “*antesala de la acción comunicativa.*”⁶⁸.

(coords.), *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, España: Netbiblo, 2010, pp. 35-46

67 CARABANTE MUNTADA, “La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación”, cit., p. 44

68 CARABANTE MUNTADA, “La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación”, cit., p. 46

Ello es así, primero, porque responde a la exigencia evidenciada por Habermas, de fortalecer las dinámicas comunicativas que están inscritas en la regulación de las esferas informales, frente a la materialización del derecho y a la cosificación de los mundos de vida. A juicio de Carabante Muntada, no es casual que la familia y la escuela, dos de los ámbitos donde la mediación se realiza de forma privilegiada, sean también los ámbitos que Habermas indica como más vulnerables a la penetración de la regulación “cosificadora” del derecho.

Segundo, el modelo de acción delineado por Habermas aparece especialmente indicado para resolver conflictos en la vida social. Se trata, en efecto, de una acción orientada al entendimiento, de un proceso que busca lograr acuerdo entre sujetos discursivamente racionales, de un contexto en el que la búsqueda del entenderse es el modo originario del lenguaje.

Además, frente al carácter contrafáctico de la situación ideal de habla descrita por Habermas, *la mediación añade un elemento de realidad*: reconociendo todas las dificultades del “ponerse de acuerdo”, incorpora un tercero para guiar el proceso.

El mediador, en efecto, vela por la simetría, la razonabilidad, la igualdad y por la corrección del acuerdo; contiene las derivas instrumentalistas y corrige los equilibrios de poder; en definitiva, hace realidad que *“el potencial de la razón dialógica despliegue sus efectos pacificadores.”*⁶⁹.

En este sentido, la mediación es, según el autor, una institución jurídica que tiene un vínculo profundo con el mundo de la vida. Ésta puede garantizar, concluye el autor, que se conserven, en la sociedad civil, *“su dinamismo y sus potenciales de conflicto”*, y manifiesta toda su eficacia en *“sociedades maduras, responsables y conscientes de la relevancia de la práctica comunicativa.”*⁷⁰.

1.4.2. El mediador y las reglas de conversación en el análisis de Chilton y Cuzzo

Chilton y Cuzzo también proponen el uso de la teoría de la acción comunicativa como base teórica para la práctica de mediación⁷¹.

69 CARABANTE MUNTADA, “La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación”, cit., p. 46

70 CARABANTE MUNTADA, “La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación”, cit., p. 46

71 CHILTON, Stephen; STALZER WYAN CUZZO, Maria, “Habermas's theory of communicative

Los autores se refieren especialmente a los presupuestos de la argumentación analizados por Habermas en "*Consciencia moral y acción comunicativa*"⁷².

Según Habermas, los participantes en una interacción comunicativa aceptan, de forma implícita y compartida, unos presupuestos universales que les permiten llevar a cabo una conversación destinada a la obtención de acuerdos.

Un buen ejemplo de tales presupuestos, explica el pensador alemán, se encuentra en las reglas de conversación propuestas por Alexy⁷³, a saber:

- a. *reglas de conversación lógicas y semánticas* (por ejemplo: un hablante no puede contradecirse),
- b. *reglas necesarias para la búsqueda de la verdad* (por ejemplo, el hablante debería afirmar sólo lo que efectivamente cree),
- c. *reglas necesarias para alcanzar un acuerdo motivado racionalmente* (por ejemplo, todos deben poder participar en la discusión, cuestionar cualquier afirmación, hacer cualquier afirmación, etc.)⁷⁴.

Chilton y Cuzzo formulan la hipótesis de que la dificultad en resolver un conflicto y reparar una relación deriva de la violación de algunos de los presupuestos descritos. En consecuencia, el mediador, si quiere obtener resultados positivos, debería conocerlos y velar para que se cumplan: "*Por lo tanto el proceso de mediación se convierte, para el mediador personalmente, en el compromiso de asegurar que todos esos presupuestos se establezcan, se cumplan y se persigan. El conocer esos*

action as a theoretical framework for mediation practice", *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 22, N. 3 (2005), pp. 325-348

72 HABERMAS, Jürgen, *Consciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona: Ed. Península, 1985

73 ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

74 La formulación exacta de las reglas de conversación en cuestión es la siguiente:

Para la *esfera lógico-semántica*: (1.1) Ningún hablante debe contradecirse. (1.2) Todo hablante que aplica el predicado F a un objeto debe estar dispuesto a aplicar el predicado F a todo objeto que se parezca a a en todos los aspectos importantes. (1.3) Diversos hablantes no pueden emplear la misma expresión con significados distintos.

Para la *esfera procedimental para la búsqueda de la verdad*: (2.1) Cada hablante sólo puede afirmar aquello en lo que verdaderamente cree. (2.2) Quien introduce un enunciado o norma que no es objeto de la discusión debe dar una razón de ello.

Para la *esfera de proceso que garantiza una comprensión motivada racionalmente*: (3.1) Todo sujeto capaz de hablar y de actuar puede participar en la discusión. (3.2) a) Todos pueden cuestionar cualquier afirmación. b) Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso. e) Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades. (3.3) A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos en (3.1) y (3.2) por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso.

Cfr. HABERMAS, *Consciencia moral y acción comunicativa*, cit., pp. 110-114

presupuestos puede proporcionar al mediador un práctico listado de áreas de potencial ruptura en el proceso, y le permite sugerir oportunidades o direcciones diferentes."⁷⁵.

Así las cosas, los autores proponen un programa de actuación del mediador articulado como sigue.

1. Para evitar la confusión que puede derivar de las contradicciones, el mediador debería fomentar la coherencia en el intercambio entre las partes, por ejemplo señalando la aparición de contenidos discordantes.
2. Para estimular la búsqueda de la verdad, el mediador debería animar a las partes para que hablen abiertamente y con honestidad, y para que dejen de lado las objeciones sin importancia o los temas que no están relacionados con el conflicto. Al mismo tiempo, el mediador debería estimular que las partes fundamenten con razones cualquier afirmación aparentemente inoportuna.
3. Para garantizar que todos los interesados puedan participar en la construcción del acuerdo, el mediador debería cuestionar sus propias convicciones acerca de la capacidad de las personas de participar personalmente en la conversación, sin asistencia de representantes.

Menos claro aparece el intento de los autores de utilizar las reglas procedimentales descritas por Alexy para garantizar una comprensión motivada racionalmente. Los autores las definen como "*reglas de compromiso con una comunicación auténtica y honesta entre las partes*"⁷⁶.

Chilton y Cuzzo interpretan la regla "*Todos pueden cuestionar cualquier afirmación*" en el sentido de que el mediador tiene que asegurar que el cuestionar se mantenga justo/objetivo (*fair*), dado que la capacidad de las partes de preguntar y contestar es mermada por el conflicto. Por lo tanto, el mediador tendría que crear una zona de

75 Traducción mía, original en inglés: "*The process of mediation then becomes, for mediators personally, a commitment to ensure that these presuppositions are established, fulfilled and pursued. Knowing these presuppositions can give the mediator a practical checklist of potential areas of breakdown in the process, thereby allowing him or her to suggest opportunities or different directions.*" Cfr. CHILTON/STALZER WYAN CUZZO, "Habermas's theory of communicative action", cit., p. 327-328

76 Traducción mía, original en inglés: "*rules of engagement for authentic, honest communication between parties*". Cfr. CHILTON/STALZER WYAN CUZZO, "Habermas's theory of communicative action", cit., p. 331

seguridad, reforzando el valor intrínseco de las objeciones en su rol esclarecedor. Por ejemplo, el mediador podría intervenir preguntando si alguien tiene alguna duda, o preguntar acerca de un determinado tema, o recordar que preguntar sirve para entender mejor, etc.

En cuanto a la regla *“Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso”*, los autores subrayan como, en un conflicto, las afirmaciones de las partes a menudo pueden interrumpir la conversación, y no estimularla. Por lo tanto, el mediador debería invitar a las partes a dejar de lado las afirmaciones rígidas y a plantear afirmaciones que hagan posible un desarrollo racional de la discusión, señalando las potencialidades positivas o negativas de una aserción. Por ejemplo, el mediador puede preguntar si alguien tiene ideas o puntos de vista diferentes acerca de una determinada cuestión.

Por lo que se refiere a la regla *“Todos pueden manifestar sus posiciones, deseos y necesidades”*, Chilton y Cuzzo la interpretan como una pieza clave de una comunicación efectiva. En el conflicto, explican los autores, las partes tienden a deshumanizar el adversario, lo que impide el pleno reconocimiento del otro y frena cualquier avance significativo. Es por ello que la expresión de sentimientos sería importante, en la mediación, ya que permite reconocer la riqueza y la unicidad del otro como ser humano. Dado que, en una situación de conflicto, las partes a menudo no se sienten suficientemente seguras como para expresar sus emociones, el mediador debería alentarles en este sentido, recordándoles la necesidad de asumir actitudes auténticas en la mediación: *“Mencionando la necesidad inherente a las personas de ser entendidas, e invitando las partes a manifestarla a través de actos de auto-expresión, el mediador se apoya en la presuposición de que a las personas les importa poder expresarse – esto es, ser capaces de revelar al otro sus verdaderas actitudes, sus deseos y sus necesidades”*⁷⁷. Por ejemplo, el mediador podría preguntar a las partes cuáles son sus sentimientos con respecto a un determinado tema.

77 Traducción mía, original en inglés: *“By naming the inherent need for people to be understood, and then inviting the parties to carry out those acts of self-expression that reveal, the mediator calls forth the presupposition that people care about being expressive—being able to reveal their true attitudes, desires, and needs to the other.”*. Cfr. CHILTON/STALZER WYAN CUZZO, “Habermas’s theory of communicative action”, cit., p. 332

Finalmente, por lo que se refiere a la regla “*A ningún hablante puede impedírsele el uso de sus derechos reconocidos en (3.1) y (3.2) por medios coactivos originados en el exterior o en el interior del discurso*”, los autores recuerdan la importancia de evitar cualquier forma de coerción en el proceso de mediación, aunque para sí mismos los mediadores generalmente interpretan la ausencia de coerción en formas diferentes y más o menos rigurosas. Por ejemplo, el mediador podría hacer manifiestas eventuales coerciones, preguntando si existen temores o perplejidades en manifestar una idea o un punto de vista.

Según los autores, el uso de los presupuestos de argumentación de Habermas puede resultar de gran utilidad en la mediación, ante todo porque las partes los aceptarían implícitamente por su naturaleza de “seres comunicativos”. Además, el respeto de los presupuestos puede constituir la base de un acuerdo sobre la relación, más allá de que las partes hayan alcanzado un acuerdo sobre cuestiones sustantivas.

Potenciales aplicaciones pueden darse en el discurso de apertura del proceso, donde el mediador recuerda a las partes los presupuestos de la argumentación, o a lo largo del proceso, o en caso de “impasse”. Incluso cuando las partes deciden dejar la mediación e ir a juicio, según los autores, el mediador puede trabajar para que se restablezcan las condiciones de una “relación comunicativa”, tanto durante el proceso judicial como después de la sentencia.

El uso de las categorías habermasianas permitiría en definitiva lograr los objetivos de alcanzar acuerdos y reconstituir la relación entre las partes.

1.4.3. El actuar comunicacional del mediador: el planteamiento de Bonafé-Schmitt

Como vimos arriba, entre los expertos de mediación, Bonafé-Schmitt ha sido uno de los primeros en definir la mediación como una forma de regulación social.

Aunque a lo largo de sus publicaciones no se encuentre una exploración sistemática de las teorías habermasianas, el autor se refiere repetidamente al pensador alemán, definiendo la mediación como una *forma de racionalidad comunicacional* basada en la “intercomprensión”. Es por ello, explica Bonafé-Schmitt, que se trata de una modalidad de comunicación y gestión de las relaciones sociales, y no de una mera

técnica para la gestión de los conflictos⁷⁸.

Desde esta perspectiva, el mediador es un tercero neutral que se diferencia de otros actores que operan en situaciones de conflicto, por fundamentar su intervención en un “actuar comunicacional”, esto es, basado en la búsqueda del consenso y de la comprensión recíproca entre las partes⁷⁹.

Por lo tanto, mientras que el ritual judicial está impregnado de formalismo y de racionalidad legal, el proceso de mediación está animado por una racionalidad caracterizada por la oralidad y por una serie de normas comunicacionales que ordenan rigurosamente la expresión del conflicto. Su objetivo es el de fomentar la comunicación entre las partes⁸⁰, y evitar que éstas utilicen el encuentro de manera instrumental para lograr objetivos individuales. La mediación tiene éxito, en definitiva, tan sólo cuando se cumplen las condiciones para una comunicación verdadera, donde las partes sean protagonistas de sus decisiones⁸¹.

Para conseguir ese resultado, el mediador encuentra preliminarmente las partes en entrevistas separadas, que tienen el objetivo de producir confianza, de dar a las personas la posibilidad de expresar su punto de vista, sus sentimientos y sus necesidades, y de crear las condiciones para un intercambio comunicacional basado en el respeto y en la escucha recíprocos⁸².

En un estudio basado en entrevistas a mediadores profesionales y voluntarios⁸³, el autor pudo comprobar empíricamente que revisten gran importancia los *rituales de presentación*, esto es, el conjunto de actividades iniciales destinadas a garantizar, desde el comienzo del proceso, la seguridad del espacio y las posibilidades de comunicación. A ello responderían, por ejemplo, la disposición de las partes en el espacio, o la explicación inicial de las fases y reglas del proceso por parte del

78 BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “Les médiations”, *Communication et organisation*, N. 11 (1997), <http://communicationorganisation.revues.org/1914> [visitado el 20 de noviembre de 2013]

79 BONAFÉ-SCHMITT, “Les médiations”, cit.

80 BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “Los mediadores: el actuar comunicacional”, *La Trama*, n. 18 (2006), disponible en http://revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=115&ed=18 [visitado el 20 de noviembre 2013]

81 BONAFÉ-SCHMITT, “Les médiations”, cit.

82 BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “La médiation. ¿Une technique ou un nouveau mode de regulation sociale?”, Acta du Colloque *La Médiation*, du 10 octobre 1996, *Travaux CETEL*, N. 49 (1997), pp. 1-14

83 BONAFÉ-SCHMITT, “Los mediadores: el actuar comunicacional”, cit.

mediador.

También es fundamental el *ritual del encuentro* de mediación, concretamente, la *entrevista conjunta* sirve para restablecer la comunicación y facilitar la “intercomprensión”, con una distribución controlada de los turnos de palabra y la reformulación para favorecer la comprensión y la escucha mutua.

Con el *ritual de búsqueda de soluciones*, los mediadores ayudan a las partes a construir un acuerdo fruto del consenso y no del ejercicio de poder y, en ocasiones, proponen una solución que las partes pueden aceptar o no.

El uso del modelo de mediación basado en el actuar comunicacional, a juicio del autor, aunque muy prometedor, es todavía muy limitado: “*la mediación no es todavía un modo autónomo de gestión de los conflictos, lo que explica en gran parte que el tipo ideal de mediación que acabamos de presentar, basada en el actuar comunicacional, sigue siendo un fenómeno minoritario.*”⁸⁴.

1.4.4. Actos de habla y mediación: el intento de comprobación empírica de Restrepo Espinosa

El trabajo de Restrepo Espinosa resulta de especial interés porque persigue comprobar empíricamente el funcionamiento de los actos de habla en mediación, basándose directamente en la Teoría de la Acción Comunicativa. Además, los criterios de análisis empleados presentan ciertas afinidades con los que utilizo en la presente tesis⁸⁵.

La autora examina un caso de mediación familiar llevado a cabo, empleando el modelo relacional simbólico, en el Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario (Bogotá). El objetivo era analizar la acción comunicativa identificando los actos de habla utilizados por las partes, y analizar sus efectos. En definitiva, se trataba de evaluar si, y eventualmente cómo, la mediación constituye un medio para la realización de las condiciones que Habermas señala como factores de entendimiento recíproco.

La autora parte del supuesto de que la mediación es un proceso en el que las partes confrontan sus diferencias a través de mecanismos de comprensión recíproca, para

84 BONAFÉ-SCHMITT, “Los mediadores: el actuar comunicacional”, cit., p. 18

85 RESTREPO ESPINOSA, “Análisis del proceso de comunicación en un proceso de mediación de conflictos”, cit.

llegar a un consenso sobre cuya base construir un nuevo conjunto de acciones a realizar en sus relaciones sociales. En particular, un tipo de mediación donde las partes se orienten hacia la comprensión, y no hacia la eliminación de las diferencias a través de un uso estratégico del encuentro, les permitiría construir acuerdos basados en el consenso y no en la imposición.

Dado que los actos de habla que facilitan un tal resultado serían los constatativos, los regulativos y los expresivos, mientras que los perlocucionarios e imperativos estarían vinculados a una acción estratégica, la autora formula la hipótesis de que son los primeros los actos de habla que, en la mediación, pueden promover un acercamiento entre las partes y fortalecer el vínculo que las une. Los segundos, en cambio, estimularían el distanciamiento y la destrucción del vínculo.

Al fin de comprobar su hipótesis, Restrepo Espinosa registró y clasificó los actos de habla utilizados por la pareja a lo largo de todo el proceso de mediación, esto es, tanto en la pre-mediación como en el encuentro cara a cara⁸⁶. La evaluación, después, se extendió al proceso completo.

Desde el punto de vista cuantitativo, la autora relevó una preeminencia de actos de habla constatativos (48%), frente a los expresivos (23%), a los perlocucionarios (20%) y a los regulativos (9%). Se relevó una menor ocurrencia de perlocucionarios e imperativos en la fase de pre-mediación (13%) que en la mediación (27%), lo que sugiere un cambio de actitud de las partes a medida que el proceso avanza⁸⁷.

Para comprobar la hipótesis de que: *“es posible suponer que existe una diferencia visible entre la orientación de la acción comunicativa en las diferentes fases de la mediación. Por ejemplo, en el inicio de la mediación (premediación) los actos de habla estarían mayormente orientados hacia la acción estratégica para influenciar al otro o lograr el éxito, pero que en la medida en que se desarrolla la mediación, se van orientando hacia una acción comunicativa más regulativa”*⁸⁸, la autora señala la necesidad de ulteriores estudios.

86 En el texto del artículo consultado no se encuentran indicaciones acerca de las modalidades de registro, ni de los criterios utilizados por la clasificación de los actos de habla registrados.

87 Aunque la autora no indica en qué dirección, limitándose a valorar como positivo el funcionamiento de la metodología utilizada. Cfr. RESTREPO ESPINOSA, “Análisis del proceso de comunicación en un proceso de mediación”, cit.

88 RESTREPO ESPINOSA, “Análisis del proceso de comunicación en un proceso de mediación”, cit., p. 132.

1.4.5. Acción comunicativa y diplomacia de segundo nivel: la propuesta de Wehrenfennig

Pese a que no se refiera directamente a la mediación, el trabajo de Wehrenfennig sobre las así denominadas *intervenciones diplomáticas de segundo nivel (Second-Track Diplomacy)*⁸⁹ resulta, en todo caso, interesante porque ofrece un ejemplo de cómo podría tratarse un conflicto adoptando las categorías habermasianas.

El término “diplomacia de segundo nivel” define el conjunto de actividades realizadas en zonas de conflicto por organismos no gubernamentales o actores privados y que suelen incluir a las comunidades directamente afectadas en la gestión y resolución de la controversia.

El autor observa que en la diplomacia tradicional, donde los encargados de llevar a cabo las negociaciones son los jefes de Estado o sus representantes oficiales, las intervenciones no ofrecen una posibilidad real de solución o transformación y sólo consiguen posponer el problema, sin resolverlo. En otros términos, la diplomacia oficial acomoda la situación temporalmente, con acuerdos frágiles, y por lo tanto el conflicto puede resurgir, incluso con mayor fuerza, en un segundo momento.

Habermas también era consciente de la debilidad de acuerdos generados por procesos de negociación de esta naturaleza, hace notar el autor citándolo: “*Debería explicarse cómo contextos de interacción, que emergen solamente del ejercicio de la influencia recíproca por parte de actores orientados al éxito, puedan crear ordenes estables*”⁹⁰.

Además de la inestabilidad que suponen, por tratarse de interacciones basadas en intereses individuales, otra dificultad de los procesos de negociación, sobre todo en los conflictos internacionales, es que implican la participación exclusiva de representantes.

En tal sentido, observa el autor, la diplomacia de segundo nivel permite superar los

89 WEHRENFENNIG, Daniel, “Conflict Management and Communicative Action: Second-Track Diplomacy from a Habermasian Perspective”, *Communication Theory*, Vol. 18 (2008), pp. 356–375. Se las denomina también *gestión de la paz no gubernamental*, o *diplomacia no oficial*, o *diplomacia ciudadana*, etc.

90 Traducción mía, original en inglés: “*It has to be explained how contexts of interaction that emerge solely from the reciprocal exertion of influence upon one another of success-oriented actors can establish themselves as stable orders.*”. Cfr. HABERMAS, Jürgen, “Action, speech acts, linguistically mediated interactions, and the lifeworld”, en COOKE, Maeve (Ed.), *On the pragmatics of communication*, Cambridge, MA: MIT Press, pp. 215–236, p. 234, citado por WEHRENFENNIG, “Conflict Management and Communicative Action”, cit., p. 357

inconvenientes inherentes a la diplomacia tradicional, porque implica la participación de un gran número de personas (y generalmente de aquellas que están sufriendo directamente las consecuencias del conflicto) en reuniones donde los grupos adversarios pueden encontrarse, confrontarse e incluso crear ocasiones para interactuar con las autoridades oficiales.

En el propósito y en las modalidades operativas de la diplomacia no oficial, el autor vislumbra afinidades notables con algunos de los asuntos del pensamiento de Habermas, concretamente con el concepto de acción comunicativa, de esfera pública y de modelo “compuerta” de democracia (*sluice model*).

Por lo que se refiere a la *acción comunicativa*, el autor ve similitudes entre lo que Habermas plantea, en términos de acción comunicativa y acción estratégica, y el objetivo de la diplomacia de segundo nivel, de fomentar un proceso de entendimiento y restauración de las relaciones. Mientras que las nuevas formas de diplomacia apuntan a la (re)creación de las relaciones a través del entendimiento recíproco, la diplomacia tradicional está basada en negociaciones en las que las partes tratan de influenciarse mutuamente para alcanzar un éxito individual. En otras palabras, la primera se basa en la acción comunicativa, la segunda en acciones estratégicas.

El autor es consciente de que las condiciones que Habermas indica para la realización de una acción comunicativa representan un ideal, sobre todo en una situación de conflicto: percepciones incorrectas del otro, falta de información, intentos de manipulación, dependencia de los grupos de referencia son los obstáculos que tiene que afrontar un mediador en las intervenciones diplomáticas de segundo nivel.

Sin embargo, aplicando las pre-condiciones que Habermas indica para la acción comunicativa, el mediador construye una intervención en la que: reúne las partes en una interacción directa, fomenta una participación voluntaria, impide el uso de la fuerza o de amenazas, invita a las partes a que se escuchen, gestiona el turno de palabra, pone énfasis en la relación entre los participantes, excluyendo temas políticos.

Aún cuando la intervención no cumple con todos los presupuestos habermasianos, este tipo de diplomacia genera un entorno favorable para que haya racionalidad

comunicativa o responsabilidad comunicativa, porque: a) crea un espacio seguro para las partes; b) fomenta la empatía y el entendimiento recíproco; c) estimula al mismo tiempo la diferenciación y la integración entre los participantes.

El autor es consciente también de que Habermas nunca pone el acento en la reconstrucción de relaciones entre las partes. Sin embargo, interpreta en este sentido la afirmación de Habermas de que el objetivo de la búsqueda de entendimiento es inherente al lenguaje humano.

En cuanto al concepto de *esfera pública*, el autor adopta la postura habermasiana de la necesidad de que todos los interesados estén involucrados en el debate, y por lo tanto sostiene la necesidad de expandir el número de personas y grupos implicados, de manera que resulten más representativos de la población afectada por el conflicto. Esto permite abrir una “esfera pública para la gestión del conflicto”, donde todos puedan expresar su autodeterminación comunicativa a través de la participación directa.

En cuanto al concepto de *modelo “compuerta” de democracia*, Habermas, basándose en la descripción de Bernhard Peters, delinea una situación en la que el centro (es decir, el conjunto “familiar” de instituciones públicas) y la periferia (la asociación indefinida de ciudadanos y grupos reunidos en una esfera pública no coordinada) comunican entre sí a través de la “compuerta” de los procedimientos democráticos constitucionales: *“Ambos centro y periferia son parte integral del sistema político. La periferia asegura que una opinión y una formación de voluntad democráticas sean canalizadas a través de las compuertas de procedimientos democráticos y constitucionales (como el voto y los grupos de presión) en el centro del sistema político y del proceso de decisión”*⁹¹.

Según Wehrenfennig, la diplomacia de segundo nivel sería un ejemplo de “compuerta”, dado que permite la inclusión de la opinión pública en los procesos de gestión de conflictos.

En cuanto a la eficacia de las intervenciones de la diplomacia no oficial, el autor

91 Traducción mía, original en inglés: “Core and periphery are both integral parts of the political system. The periphery guarantees that a democratic opinion and will-formation is channeled through the sluices of democratic and constitutional procedures (such as voting or lobbying) into the core of the political system and decision making.”. Cfr. WEHRENFENNIG, “Conflict Management and Communicative Action”, cit., p. 365

presenta un estudio sobre 76 casos de “resolución interactiva de conflictos”⁹², que demuestra, en mayor o menor grado, la utilidad de este tipo de enfoque en casi todas las actuaciones llevadas a cabo entre 1965 y 1995.

En mayor detalle:

- En 10 casos, mejoraron el entendimiento y las actitudes recíprocos.
- En 31 casos, influenciaron el proceso de paz.
- En 13 casos contribuyeron al proceso de paz con documentos, planes, iniciativas.
- En 20 casos, contribuyeron a la negociación (con análisis, elaboraciones e infraestructuras).
- En 2 casos, los efectos no pudieron comprobarse.

La conclusión del autor es que, a pesar de que el trabajo de Habermas reciba muchas críticas por su inutilidad práctica, su idealismo o su falta de comprobación empírica, la aplicación de sus principios a la diplomacia de segundo nivel demuestra su relevancia, como herramienta tanto analítica como operativa.

1.5. El derecho formal y la colonización del mundo de vida

Aplicando los conceptos de su teoría de la acción comunicativa, Habermas propone un acercamiento “discursivo” al derecho, como medio de integración social cuya legitimidad descansa sobre procesos participativos de construcción de las normas jurídicas.

Sus reflexiones afrontan numerosas cuestiones (validez de las normas, legitimidad del ordenamiento jurídico, relación entre derecho y moral, derechos fundamentales, administración de la justicia, jurisprudencia constitucional, política deliberativa, etc.) y convergen en la construcción de un nuevo paradigma de derecho, el *paradigma jurídico procedimental o discursivo*.

A los fines del presente trabajo, concentraré mi análisis en tres aspectos específicos, a saber: función del derecho, mecanismos de resolución de conflictos y concepto de

92 Se trata de intervenciones cuyo objetivo no es la simple negociación hacia una resolución del conflicto, sino el restablecimiento de vínculos y relaciones entre las partes. Si bien se refieren a marcos operativos y teóricos diferentes, todas hacen referencia a la necesidad de estimular procesos de comunicación entre las partes (en el sentido habermasiano). Cfr. WEHRENFENNIG, “Conflict Management and Communicative Action”, cit.

colonización del mundo de vida.

1.5.1. La función estabilizadora del derecho

En la más reciente visión de Habermas, el derecho es un elemento fundamental de la sociedad: reduce complejidad social, contribuye a la estabilización de expectativas de comportamiento, es un mecanismo de coordinación funcional de las acciones, protege la acción comunicativa de los asaltos de las fuerzas sistémicas y además no existen otras opciones normativas que puedan cumplir la misma función⁹³.

Concretamente, el derecho juega un papel fundamental a la hora de *garantizar estabilidad de los lazos* que se crean en el intercambio de pretensiones de validez orientado a alcanzar el entendimiento mutuo entre actores sociales.

El efecto de vínculo que las energías ilocucionarias provocan a la hora de coordinar las acciones es, según Habermas, demasiado frágil. Para lograr una coordinación estable, entonces, hacen falta normas jurídicas que posibiliten “*comunidades altamente artificiales, que se entienden a sí mismas como asociaciones de miembros libre e iguales, cuya cohesión descansa en la amenaza de sanciones externas y simultáneamente en la suposición de un acuerdo racionalmente motivado.*”⁹⁴. En otros términos, una socialización basada en tomas de postura afirmativas o negativas tiene que contar, para su estabilidad, no solamente con el mundo de vida, sino también con el derecho.

La *inestabilidad de los procesos de formación del consenso*, que se basan en suposiciones contrafácticas y de difícil realización, se manifiesta, observa el autor con Parsons, en la situación de doble contingencia típica de cualquier interacción⁹⁵.

En la acción comunicativa, la doble contingencia genera un alto *riesgo de disentimientos*, que es inherente a los propios procesos de entendimiento y que puede comprometer la coordinación de la acción. Frente al disentimiento, afirma el autor, los participantes pueden operar reparaciones, renunciar a ciertas pretensiones

93 VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000

94 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 70

95 Como es sabido, según Parsons, la doble contingencia se manifiesta en la complementariedad de las expectativas y de las selecciones de Alter y Ego, y sólo puede resolverse por medio de convenciones sociales que ambas partes observan. Cfr. PARSONS, Talcott; SHILS, Edward A. (dirs.), *Hacia una teoría general de la acción*, Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968. Sobre el concepto luhmaniano de doble contingencia, véase *infra*, apartado 2.3.

de validez, recurrir a discursos “costosos con resultado incierto”, romper la comunicación y abandonar el juego o pasar a la acción estratégica. Todo ello tiene consecuencias nefastas para la integración social.

Mientras la acción comunicativa se realiza dentro de mundos de vida que proporcionan a los participantes un *horizonte común de convicciones no problemáticas* y un extenso consenso de fondo, el riesgo se mantiene en un nivel aceptable. Allí, en efecto, es donde los peligros, que derivan de la contingencia y de la contradicción, encuentran un obstáculo que los limita y los contiene.

Ello es así porque, como vimos más arriba, el mundo de vida, que es el trasfondo de la acción comunicativa, sirve como fuente de interpretación, como depósito de certezas inmediatas y familiares, como una forma de saber intuitivo e inconsciente sobre el que los participantes pueden contar para organizar su intercambio comunicacional.

Pero cuando este “saber” se hace manifiesto, pues se tematiza al plantear pretensiones de validez susceptibles de crítica, entonces se vuelve problemático y los procesos de entendimiento peligran.

Una integración social tan frágil, nos dice el autor, consigue perdurar tan sólo en grupos pequeños y relativamente indiferenciados.

A medida que avanzan la *evolución y la diferenciación social*, las posibilidades de *disentimiento aumentan*. Por un lado, se reducen los espacios de intersección y coincidencia de las suposiciones comunes propias de los mundos de vida. Por el otro lado, la diferenciación social permite el incremento de opciones y favorece la autonomía de la acción comunicativa, pero al mismo tiempo abre espacios para la acción guiada por intereses y orientada al éxito individual.

En un contexto semejante, ¿cómo es posible garantizar la estabilidad del orden social?

Habermas parte del supuesto de que no es posible construir estabilidad social por la vía de un recíproco influenciarse entre actores orientados a sus propios intereses: *la integración social es posible sólo por medio de la acción comunicativa*.

Pero entonces hay que preguntarse bajo qué condiciones la acción comunicativa puede llevarse a cabo de manera satisfactoria en contextos tan fuertemente diferenciados como lo son las sociedades modernas. El mecanismo del

entendimiento ya no es suficiente.

Cuando se presenta un *conflicto*, según Habermas, los actores que actúan comunicativamente tienen que decidir si romper la comunicación o emprender una acción estratégica, esto es, si “*dilatar el conflicto no resuelto o pasar a dirimirlo*”⁹⁶. Si deciden dirimirlo, entonces es necesario prever una *regulación normativa de las interacciones estratégicas*⁹⁷, sobre cuya base los actores puedan ponerse de acuerdo o entenderse. La integración social, en suma, puede darse gracias a normas de regulación que todos los participantes puedan considerar vinculantes y que, por un lado, organicen sus conductas y, por el otro lado, les impongan obligaciones.

Normas de este tipo, explica el autor, son las que conforman el “*sistema de derechos que dota a libertades subjetivas de acción de la coerción del derecho objetivo*.”⁹⁸.

El derecho, entonces, interviene para “*reducir la complejidad social, compensando la indeterminación cognitiva, la inseguridad motivacional y la reducida capacidad de coordinación que tienen las normas morales y en general las normas informales de acción*.”⁹⁹.

El derecho, en este sentido, estabiliza la integración social de dos maneras diferentes: 1) desde la perspectiva de un actor orientado a sus propios intereses, restringiendo fácticamente sus posibilidades de acción, y 2) desde la perspectiva del actor comunicativo, integrándose como una de las condiciones que los participantes en la comunicación tienen que conocer y tener en cuenta para la coordinación de sus planes de acción, reconociendo la pretensión normativa de validez que la regla plantea (o criticándola, llegado el caso).

En este sentido, “*el derecho constituye (como derecho positivo) el elemento fundamental y único de garantía de los acuerdos morales y sociales a los que se*

96 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 88

97 Según parece, Habermas está convencido de que no hay alguna posibilidad de que, frente a un conflicto, las partes asuman una actitud comunicativa y emprendan una acción orientada al entendimiento y al acuerdo. Es por ello que el autor plantea la necesidad de limitar las actitudes estratégicas de los contendientes.

98 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 89-90

99 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 405

llegue mediante el diálogo y la acción comunicativa”¹⁰⁰. Además, facilita la toma de decisiones, porque las normas jurídicas tienen una eficacia práctica inmediata que los juicios morales no tienen.

Ahora, para lograr ese resultado, explica el pensador alemán, *el derecho tiene que ser legítimo*. La legitimidad le deriva al derecho de un proceso de producción de las normas, en el que se pueda dar por supuesta su aceptabilidad racional, de manera que los ciudadanos puedan verse como autores racionales de las normas mismas: “... sólo puede tenerse por legítimo el derecho que pudiese ser racionalmente aceptado por todos los miembros de la comunidad jurídica en una formación discursiva de la opinión y de la voluntad comunes.”¹⁰¹.

Sólo entonces, el derecho puede cumplir con su función de “*liberar de la carga de la integración social a las operaciones de entendimiento de los actores que actúan comunicativamente, operaciones que de otro modo quedarían sujetas a exigencias excesivas.*”¹⁰².

La situación se complica aún más si tenemos en cuenta que, en las sociedades modernas, a la integración social se suma lo que Habermas define *integración sistémica*, es decir, aquella integración que responde a las exigencias de los mercados y del poder administrativo.

Dinero y poder administrativo también son sistemas que dan lugar a la coordinación de las acciones. Pero esa coordinación se produce sin que los participantes en la interacción se den cuenta, es decir, sin que las energías comunicativas puedan desplegar su potencial integrador. Frente a semejante situación, el derecho cumple también la función de coordinar los sistemas económico y administrativo con las esferas del mundo de vida, que funcionan según los mecanismos de la acción comunicativa.

La función de coordinar sistemas y mundo de la vida, el derecho la realiza “*traduciendo*” en sus propios términos las comunicaciones que provienen de los dos ámbitos y, de allí, haciéndoselas recíprocamente comprensibles: “*sin la traducción al*

100 AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando, “La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico”, *Opinión Jurídica*, Vol. 7, N. 13 (2008), pp. 139-162, p. 154

101 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 202. El autor considera que la posibilidad de una tal formación discursiva queda garantizada por esos espacios de comunicación donde se expresa una soberanía popular sin sujeto, como los foros o los organismos deliberativos y decisorios.

102 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 96

complejo código que el derecho representa, abierto por igual a sistema y mundo de la vida, esos mensajes chocarían con oídos sordos en aquellos ámbitos de acción regidos por medios sistémicos de regulación o control."¹⁰³.

El derecho cumple en definitiva *una función de bisagra* entre la facticidad del dinero y del poder, y la validez normativa de la moral¹⁰⁴. Actuando como una especie de "transformador", el derecho garantiza que la integración social no se deteriore bajo la presión de los imperativos sistémicos.

Habermas reconoce que, en el cumplimiento de esa tarea, el derecho puede, en ocasiones, mostrarse equivoco. De hecho, puede terminar por legitimar un poder que en realidad no es legítimo.

Sin embargo, mientras que no puede sustraerse a los "imperativos sistémicos" del sistema económico y del aparato estatal, el derecho siempre está obligado a legitimarlos a través de procesos discursivos. Ello es así porque *"la acreditación formal de los procedimientos de creación de normas jurídicas remite a la fundamentación moral de principios universalistas."*¹⁰⁵. De esta forma, el derecho consigue cumplir plenamente su función, sin correr el riesgo de instrumentalizaciones.

1.5.2. Resolución de conflictos y derecho

Dada la magnitud del poder de integración que reconoce al derecho, no sorprende que Habermas excluya decididamente la posibilidad de que instituciones "no jurídicas", como el arbitraje y la conciliación, sean herramientas útiles para resolver conflictos en sociedades complejas. Sólo en un nivel evolutivo precedente a la organización del poder en forma estatal, tales instituciones podían cumplir con la función de resolver conflictos asegurando estabilidad social, gracias a un poder social basado en el prestigio y en un consenso de fondo de naturaleza mítica.

Habermas reconstruye la transición desde ese "fundamento arcaico de integración social" a las sociedades modernas, analizando los mecanismos que sirven a la gestión de conflictos y a la formación de la voluntad colectiva. Me concertaré en la

103 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 120

104 Cfr. VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho*, cit.

105 CARABANTE MUNTADA, José María, "La Teoría discursiva del Derecho de Habermas como paradigma para la ciencia del derecho", *Foro, Nueva época*, N. 13 (2011), pp. 203-225, p. 222

primera cuestión.

Como vimos anteriormente, a partir de Parsons sabemos que las interacciones sociales están sometidas a la presión de la doble contingencia, lo que hace necesarios, en vista de la estabilidad del orden social, mecanismos de coordinación de la acción. Por lo general, observa Habermas, los participantes en la interacción utilizan a tal fin los mecanismos de la influencia y del mutuo entendimiento.

Si éstos fallan, entonces se producen situaciones que los participantes perciben como problemáticas: generalmente se trata, o de conflictos que derivan de la incompatibilidad entre planes de acción, o de la realización cooperativa de objetivos colectivos.

Cuando se trata de un conflicto, en la hipótesis más sencilla, las partes se disputan el mismo bien y quieren llegar a un acuerdo común. En esta situación, se encuentran con la necesidad de estabilizar expectativas, resolviendo la cuestión conforme a qué reglas tienen que convivir.

Según se guíen por una acción orientada a valores o por intereses personales, los actores buscarán un entendimiento/consenso o un compromiso. En el primer caso, el resultado es un consenso, en el segundo, un *arreglo*. En el primer caso, las partes apelan a normas y valores, en el segundo a la valoración de constelaciones de intereses.

La formación del consenso que se apoya en normas y valores se da, explica el autor, en contextos donde las partes pueden pedir la intervención de alguna autoridad moral que decide la controversia en base a una cierta forma de procedimiento (por ejemplo, los oráculos de los sacerdotes)

La consecución de un arreglo correspondería, en cambio, a una forma de solución de la controversia en la que se implica un tercero neutral con la función de poner en marcha y regular el proceso de intercambio: *“Con la estructura de esta solución se corresponde el recurso a un mediador (o árbitro) que ponga en marcha y facilite las negociaciones, pero que no puede tomar decisiones vinculantes porque no se halla situado por encima de las partes.”*¹⁰⁶.

106 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 208

Ambas soluciones son típicas de sociedades arcaicas, basadas en relaciones de parentesco.

En el curso de la evolución, la concentración progresiva del poder da vida, primero, al derecho consuetudinario típico de los contextos pre-estatales, sucesivamente, a la diferenciación de roles para la administración de la justicia, y finalmente, a la positivización del derecho. En esta última fase es donde los ciudadanos pueden contar con un conjunto de normas capaces de asegurar estabilidad, siendo ellas escritas, generales, inteligibles, exentas de contradicciones y de eficacia retroactiva, etc.

En las sociedades modernas las *negociaciones* se manifiestan como situaciones donde las partes persiguen el éxito personal, orientando su acción según intereses individuales, y donde el principio discursivo puede manifestarse sólo indirectamente. Considérese, por ejemplo, el proceso de formación discursiva de una voluntad política común. Allí, frente a un desacuerdo acerca de cómo encarar el tema de que se trata, puede que sea indispensable recurrir a negociaciones. Éstas tienen que contar con la disponibilidad a cooperar de actores orientados al éxito personal, y están dirigidas a la obtención de compromisos.

Negociaciones “espontaneas o no reguladas” de esta naturaleza producen *compromisos aceptables*, siempre y cuando se den tres condiciones: a) la solución tiene que ser para todos más conveniente que la ausencia de solución, por lo tanto: b) la solución tiene que excluir los que no cooperen, así como c) a los que pongan en la cooperación más de lo que obtienen.

Ahora, los compromisos alcanzados a través de la negociación, a pesar de ser aceptables, *no son racionales*. Ello es así porque, en las negociaciones, el principio discursivo no vale en forma directa: allí, mediante amenazas y/o promesas (esto es, mediante un uso estratégico del lenguaje), las partes ejercen la una sobre la otra un poder que neutraliza el valor de vínculo de las fuerzas ilocucionarias.

Así las cosas, para que el proceso negocial resulte justo (*fair*), es necesario regularlo indirectamente: “*Así, por ejemplo, el poder de negociación no neutralizable ha de quedar al menos disciplinado mediante su equidistribución entre las partes. En la medida en que la negociación de compromisos discurra conforme a procedimientos que aseguren a todos los interesados iguales oportunidades de participar en las*

*negociaciones y durante las negociaciones les otorguen iguales oportunidades de ejercer mutuamente influencia unos sobre otros y, por tanto, en términos generales, creen también iguales oportunidades para que se hagan valer todos los intereses afectados, en la medida, digo, en que se den estas condiciones, habrá base para presumir que los acuerdos y arreglos a que se llega son fair.*¹⁰⁷. Así es como el principio de discurso puede intervenir indirectamente en las negociaciones, regulando el proceso y no el contenido, y garantizando la ecuanimidad de los resultados.

Con una regulación de este tipo, las negociaciones también, pese a que su objetivo es el mero equilibrio entre poderes contrapuestos, pasan por una comprobación de tipo moral, esto es, están sometidas al principio discursivo: hay que averiguar, por ejemplo, que los intereses que están en juego en la negociación realmente se refieran a un ámbito particular, y que no sean susceptibles de universalización (en este caso, la negociaciones no serían admisibles ni necesarias).

La regulación de las negociaciones puede referirse tanto a quienes deben ser los participantes, como a sus derechos, a la duración del proceso, a los turnos de intervención, al tipo de temas, etc.

Se trata, en definitiva, de evitar que hayan desequilibrios de poder entre las partes, y de garantizar que se tengan en cuenta todos los intereses en juego. También se trata de evitar que se traten de forma estratégica cuestiones morales o éticas.

Diferentes de los procedimientos que regulan la formación de compromisos (que siempre tienen que ver con la organización de interacciones estratégicas), son los procedimientos que regulan discursos, es decir, los procedimientos que reglamentan aquellos contextos argumentativos en los que sí el intercambio se dirige a la formación de consenso.

Este sería el caso de los *procedimientos judiciales*, donde los procesos de argumentación son reglamentados y restringidos por el derecho, sin que por ello pierdan su lógica interna.

El procedimiento judicial compensa el falibilismo intrínseco de una argumentación que deja siempre abierta la posibilidad de revisar ideas en la medida en que vayan

107 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 234-235

apareciendo nuevas “buenas razones”. En este sentido, el derecho puede garantizar estabilidad en cuanto al respeto de las normas procedimentales, y en cuanto a la consistencia de las decisiones: “Así, la obligatoriedad social que el código jurídico presta a un resultado obtenido de conformidad con el procedimiento viene a sustituir a la racionalidad procedimental sólo inmanente, es decir, asegurada por la forma de la argumentación.”¹⁰⁸.

1.5.3. Colonización de los mundos de vida

Un tema especialmente sugerente para analizar la relación entre mediación y derecho¹⁰⁹ es el concepto habermasiano de “*colonización del mundo de vida*”, expresión que se refiere a una creciente juridificación de las esferas privadas, que limita el potencial de las libertades comunicativas.

Hemos visto como el mundo de vida constituye, para el autor, el ámbito privilegiado para que se realice plenamente la acción comunicativa, es decir esa acción orientada al entendimiento y al acuerdo, que constituye la base misma de la integración social¹¹⁰.

Es en el mundo de la vida, en efecto, que los hablantes encuentran el terreno privilegiado para alcanzar un consenso sobre sus diferentes planes de acción, a partir de una definición común de la situación en la que se mueven.

En el curso de la evolución, sin embargo, aparecen dos tendencias contrapuestas: por un lado, la racionalización del mundo de la vida se expresa en una utilización cada vez mayor de acciones orientadas al entendimiento, y en una progresiva emancipación de la necesidad de constricciones normativas. Por el otro lado, los imperativos sistémicos tienden a invadir y a sustituirse al mundo de la vida, por medio de estructuras como el Estado, la Economía o el Derecho. Éstas, en vez de limitarse a cumplir sus propias funciones, colonizan y restringen la comunicación en el mundo de vida, limitando así la posibilidad de que la integración social pueda darse a través de mecanismos lingüísticos de comunicación orientados al consenso.

De esta manera, la acción comunicativa como mecanismo de coordinación sería

108 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 247

109 Me refiero a la creciente juridificación de las prácticas de mediación que tuvo lugar a partir de los años '70 en Estados Unidos y de los años '90 en Europa. *Vid infra*, parte tercera.

110 El mundo de la vida está constituido por una red de acciones comunicativas y está formado por tres componentes: socialización, cultura y estructuras de la personalidad.

sustituida por una acción técnico-instrumental, caracterizada por el empleo de medios de comunicación de tipo no verbal¹¹¹.

El ejemplo más evidente del mecanismo descrito lo ofrece Habermas en *Facticidad y Validez*, hablando de las sociedades totalitarias del socialismo de Estado, donde se destruye la racionalidad comunicativa tanto a nivel público como en los ámbitos privados. En palabras del autor, “*Las intervenciones administrativas y la supervisión constante desintegran la estructura comunicativa del trato cotidiano en la familia y en la escuela, en el municipio y en el vecindario. La destrucción de los modos de vida solidarios y el entumecimiento y paralización de la iniciativa y la actividad autónoma en ámbitos que quedan inundados por una superregulación a la vez que caracterizados por su inseguridad jurídica, se dan la mano con la destrucción de grupos sociales, de asociaciones y redes de comunicación, con la imposición doctrinaria (y con la disolución) de identidades sociales, con la estrangulación de la comunicación pública espontánea.*”¹¹².

Esta tendencia a una progresiva penetración del derecho en los mundos de vida, que el autor, usando la expresión acuñada por Kirchheimer, llama *juridificación*, puede entenderse como “extensión” y/o como “adensamiento” de la esfera de regulación jurídica. En palabras de Habermas, la expresión “*se refiere, dicho en términos muy generales, a la tendencia que se observa en las sociedades modernas a un aumento del derecho escrito. En esta tendencia podemos distinguir entre la extensión del derecho, es decir, la regulación jurídica de nuevos asuntos sociales regulados hasta el momento de manera informal, y el adensamiento del derecho, es decir, la desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares.*”¹¹³.

En el curso de la historia moderna, aclara Habermas, se observan diferentes *fases de juridificación*. Una primera “hornada”, que se dio en el periodo del Absolutismo en Europa¹¹⁴, es la que originó el *Estado burgués*. Aquí, el proceso de normación creó un sistema de derecho privado que sirvió para regular las relaciones contractuales

111 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit.

112 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 449

113 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 504

114 HABERMAS, Jürgen, “Law as medium and law as institution”, en: TEUBNER, Gunther (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin: Walter de Gruyter, 1986, pp. 203-220

entre personas jurídicas que se comportaban “estrategicamente”¹¹⁵. El nuevo orden normativo cumplía la función de garantizar la libertad y la igualdad de todas las personas jurídicas ante la ley.

En la segunda fase, que tiene su expresión más representativa en la monarquía alemana del siglo XIX, la institución de un sistema de garantías constitucionales da vida a la formación del *Estado burgués de derecho (o Estado Constitucional)*¹¹⁶. En este caso, la juridificación sirve para limitar y contener el dominio de los poderes públicos, reconociendo a los ciudadanos derechos que pueden hacer valer frente al soberano.

La tercera, donde se juridifican los derechos de participación política, coincide con la aparición del *Estado democrático de derecho (o Estado Constitucional democrático)*. Es el periodo donde se difunden los valores de la Revolución francesa.

La cuarta y actual fase, donde se institucionaliza el *Estado democrático y social de derecho (o Estado Constitucional democrático y social)*, supone la juridificación de los derechos económicos y sociales, como resultado de las luchas del movimiento europeo de los trabajadores en el siglo XX.

Mientras que en las primeras 3 fases el proceso de juridificación discurre paralelo a una progresiva ampliación de las libertades, la cuarta fase está caracterizada por una profunda ambigüedad estructural. Ello es así porque el incremento de regulación normativa, por un lado, lleva consigo una “garantía de libertad”, pero por el otro lado supone una restricción de la libertad misma. Paradojicamente, las intervenciones estatales, que deberían ampliar el margen de autonomía de los actores sociales, al mismo tiempo dilatan los espacios de intromisión del Estado en las esferas privadas de los ciudadanos, determinando la modificación y la cosificación de las relaciones sociales. En palabras de Habermas, “*esa juridificación de los medios con que se hace frente a los riesgos de la existencia se cobra un notable precio en forma de intervenciones reestructuradoras en el mundo de la vida de los beneficiarios. Son costes que se siguen del cumplimiento burocrático y de la satisfacción monetaria de los derechos y demandas de los afectados.*”¹¹⁷.

115 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 505

116 Habermas utiliza definiciones diferentes en *Teoría de la Acción Comunicativa* y en el artículo posterior “Law as medium and law as institution”. En el texto, cito ambas, en ese mismo orden.

117 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 512

En la fase del estado social de derecho, el “remolino de la juridización”¹¹⁸ sirvió en un primer momento a la implantación de los principios del Estado de Derecho en ámbitos como la familia y la escuela. Principios como la igualdad de derechos y el bienestar del niño consiguen una distribución más equilibrada de las competencias y de los títulos en el marco de la familia. En la escuela, la juridificación sirvió para sustraer al arbitrio de la informalidad los mecanismos de enseñanza y las medidas disciplinarias.

En esta fase, la juridización funcionaba todavía como un complemento de una red de normas ya existentes en estos contextos, que se basaban en el entendimiento como mecanismo de regulación y que podían funcionar independientemente de las regulaciones jurídicas.

Pero al mismo tiempo, tanto la familia como la escuela quedaron bajo el control burocrático y judicial. Se puede observar entonces como la progresiva penetración del medio “derecho” en tales contextos produjo una “desmundanización” de la convivencia, determinando la asunción progresiva de una actitud “objetivante” en los participantes, que ya no se mueven orientados hacia el entendimiento, sino hacia el éxito. En este sentido, el derecho “*violenta las estructuras comunicativas del ámbito de acción juridizado*”¹¹⁹.

Dentro la familia, por ejemplo, formas de relación definidas jurídicamente sustituyen los mecanismos de entendimiento cotidiano¹²⁰. Piénsese en el caso de los ancianos. El cuidado geriátrico, explica Habermas, influye negativamente tanto en la imagen que el anciano tiene de sí, como en sus relaciones familiares, además de inhibir las redes comunitarias de apoyo¹²¹.

A través de intervenciones de este tipo, en las que la regulación jurídica se corta a medida de exigencias burocráticas, las historias personales son objeto de una abstracción violenta. La identificación de las necesidades a proteger y de los criterios de distribución de los beneficios están a cargo de instituciones centralizadas, y por lo tanto distantes de las esferas objeto de su intervención.

Allí aparece la naturaleza dilemática de este tipo de juridificación: “[...] *si por un lado*

118 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 520

119 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 524

120 VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho*, cit.

121 HABERMAS, “Law as medium and law as institution”, cit.

las garantías del estado del bienestar tienen el objetivo de garantizar la integración social, por el otro promueven la desintegración de las relaciones en los mundos de vida. Éstas últimas, debido a la intervención social legalizada, se separan de los mecanismos consensuales que coordinan la acción y se transfieren bajo el dominio de medios como el poder y el dinero¹²².

Es por esta razón que el Autor propone que ámbitos como la familia o la escuela, que por su naturaleza son estructurados comunicativamente, utilicen otras formas de regulación de los conflictos que no sean el medio derecho: *“El uso del derecho como medio debe sustituirse por procedimientos de regulación de los conflictos, que se ajusten a las estructuras de la acción orientada al entendimiento – por procesos de formación discursiva de la voluntad individual y colectiva y por procedimientos de negociación y decisión orientados hacia el consenso”*¹²³.

Habermas se refiere aquí a la distinción entre *derecho como medio* y *derecho como institución*¹²⁴. El derecho como medio responde a las exigencias sistémicas del poder y del dinero y está desvinculado de las instancias morales que discurren dentro de la sociedad. Responde a exigencias funcionales, exactamente como la política y la economía, y se articula en los términos de una racionalidad puramente instrumental. El derecho como institución, en cambio, guarda una íntima relación con la moral y, por ende, con las prácticas discursivas que están a cargo de la regulación social de los mundos de vida. Se trata de un tipo de derecho que está al servicio de las fuerzas normativas de la sociedad y que necesita encontrar una justificación en términos de ética discursiva. En otras palabras, se articula en los términos de una racionalidad exquisitamente comunicativa.

En su reflexión más reciente, una vez adoptada una visión del derecho en la que el principio discursivo sirve de garantía y de contrapeso a una utilización instrumental de las normas jurídicas, Habermas abandonará esa distinción¹²⁵.

122 Traducción mía, original en inglés: “... while the welfare state guarantees are intended to serve the goal of social integration, they nevertheless promote the disintegration of life relations. These become separated, through legalized social intervention, from consensual mechanism that coordinate action, and are displaced into such media as power and money.”. Cfr. HABERMAS, “Law as medium and law as institution”, cit., p. 211

123 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit., p. 524

124 HABERMAS, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, cit. Cfr. también DEFLEM, Mathieu, “Law in Habermas’s theory of communicative action”, *Vniversitas*, N .116 (2008), pp. 267-285

125 VELASCO ARROYO, *La teoría discursiva del derecho*, cit.

En *Facticidad y validez*, el derecho asume ya esa función coordinadora que examinamos más arriba, por la que es posible la penetración del principio discursivo en el proceso de legitimación del derecho y, por ende, una conversión del poder comunicativo en poder administrativo. Es en este sentido que Habermas propone: “considerar el derecho como el medio a través del cual el poder comunicativo se transforma en administrativo. Pues la transformación de poder comunicativo en poder administrativo tiene el sentido de un facultamiento o autorización, es decir, de un otorgar poder en el marco del sistema o jerarquía de cargos establecidos por las leyes. La idea de Estado de derecho puede interpretarse entonces en general como la exigencia de ligar el poder administrativo, regido por el código «poder», al poder comunicativo creador de derecho, y mantenerlo libre de las interferencias del poder social, es decir, de la fáctica capacidad de imponerse que tienen los intereses privilegiados. El poder administrativo no tiene que reproducirse a sí mismo, sino sólo regenerarse a partir de la metamorfosis del poder comunicativo.”¹²⁶.

1.6. Dos planteamientos críticos a las propuestas teóricas habermasianas

Las críticas que la reflexión de Habermas ha recibido, y sigue recibiendo, aluden generalmente a su falta de comprobación empírica y a su excesivo idealismo¹²⁷. Las objeciones de los filósofos tienen que ver con la solidez de la estructura misma de la teoría, mientras que los juristas le imputan una imperdonable desconexión con la realidad.

Quisiera examinar aquí dos posiciones, la primera de un jurista y la segunda de una filósofa, que afrontan la cuestión del excesivo idealismo y de la falta de contacto con el real, resaltando el carácter “eurocéntrico” del razonar de Habermas.

I. Desde el punto de vista jurídico, Brian Tamanaha propone una lectura de Habermas “desde abajo”. Se refiere con ello, por un lado, a la posición de quien, en cuanto profano, no participa del discurso académico iusfilosófico. Por el otro lado,

126 HABERMAS, *Facticidad y validez*, cit., p. 217-218

127 Especialmente apasionante, en este sentido, es el debate entre Habermas y Luhmann. Un interesante ejemplo de las críticas luhmanianas se puede encontrar en LUHMANN, Niklas, “*Quod Omnes Tangit*. Remarks on Jürgen Habermas legal theory”, *Cardozo Law Review*, vol. 17 (1995), pp. 882-899

alude a la perspectiva de las sociedades no occidentales¹²⁸.

El autor se propone revisar algunos de los puntos de la teoría de Habermas, que resume como sigue:

- “1. *La sociedad corre el riesgo de quebrarse debido a la anomia;*
2. *El derecho debe rescatar a la sociedad;*
3. *Sin embargo, el derecho precisa ser legítimo para ser efectivo;*
4. *La teoría del discurso rescata el derecho;*
5. *La sociedad está a salvo.*¹²⁹”

En cuanto a los dos primeros puntos, Tamanaha observa que la amenaza de anomia, que generó la idea de que el derecho fuera necesario para contenerla, fue en realidad más un temor de los sociólogos que una circunstancia concreta. En efecto, ninguna sociedad “colapsó”, desde el comienzo de la Modernidad, y menos por el hecho de no contar con dispositivos jurídicos de contención. Algunas, sin duda, sufrieron graves crisis de origen político y/o económico, sobre todo fuera de Occidente (a veces como propia consecuencia del impacto de la Modernidad), pero ninguna podía definirse anómica. Si consideramos que muchas de ellas no contaban con una sólida tradición jurídica, entonces, razona el autor, no podemos dar por sentado que el derecho es un componente indispensable para la integración social.

Es más: frente a la afirmación de Habermas de que el derecho supliría la falta de otros mecanismos de integración, la observación empírica demuestra que, en realidad, el derecho mismo no podría ser efectivo, si la sociedad no funcionara ya suficientemente bien: “*La sociedad podría estar ordenada sin derecho (aunque no sin reglas), pero el derecho no podría existir sin una sociedad ya organizada*”¹³⁰.

El orden, entonces, precede el derecho, y las fuentes de integración social son innumerables. Todo lo que no tiene efectos destructivos para la sociedad, a juicio de Tamanaha, produce orden social: desde la intersubjetividad, al compartir valores,

128 TAMANAHA, Brian, “View of Habermas from below. Doubts about the Centrality of Law and the Legitimation Enterprise”, *Denver University Law Review*, Vol. 76, N. 4 (1998-1999), pp. 989-1008

129 Traducción mía, original en inglés: “1. *Society is in danger of falling apart owing to anomie;* 2. *Law must rescue society;* 3. *But law needs legitimation to be effective;* 4. *Discourse theory rescues law;* 5. *Society is saved*”. Cfr. TAMANAHA, “View of Habermas from below”, cit., pp. 991-992

130 Traducción mía, original en inglés: “*Society may be ordered without law (though not without rules), but law cannot exist without an already organized society.*”. Cfr. TAMANAHA, “View of Habermas from below”, cit., p. 995

prácticas, o lenguas; desde las instituciones, hasta el instinto de supervivencia y el altruismo; desde el mercado, hasta las organizaciones sociales espontáneas, etc. Sobre todo si observamos muchos de los países en vía de desarrollo, nos encontramos con que el derecho tiene allí un papel absolutamente marginal, si no del todo irrelevante, en cuanto factor de integración social.

Atribuir al derecho la función de estabilizar expectativas, es también extremadamente cuestionable. A este propósito, el autor recuerda que, gracias a los estudios empíricos del realismo jurídico y de la sociología jurídica, sabemos que el público general no conoce el derecho, o lo conoce sólo parcialmente, o lo ignora. Aún cuando, por alguna razón específica, entra en contacto con él, el conocimiento que llega a tener es tardío, o limitado y erróneo.

En definitiva, no es el derecho positivo el factor decisivo de la integración social, sino las costumbres o las convicciones normativas circulantes por la sociedad.

En cuanto al tercer y cuarto punto, Tamanaha crítica la participación de Habermas en la “empresa de legitimación” del derecho. El autor sostiene que el estándar de legitimación adoptado por el pensador alemán (esto es, el principio discursivo) es de imposible realización empírica, además de revelarse inmune a las críticas, vago (*forgetfulness*) y resbaladizo, debido a su naturaleza ideal y contrafactual.

Asimismo, el carácter universal del principio discursivo delata una especie de “imperialismo filosófico”, es decir, afirmar su universalidad equivale a un intento de legitimar, e imponer como ideal al resto del mundo, la tradición de las democracias liberales occidentales. Hace falta una “democracia fuerte”, para que el principio discursivo funcione, explica el autor. Por lo tanto, no puede aplicarse del todo a las formas no occidentales de generación de derecho, a no ser que se les imponga el modelo político occidental.

Tamanaha se pregunta también si el público general, con el que el principio discursivo tendría necesariamente que contar, estaría de acuerdo con que es suficiente un “buen” procedimiento de construcción de las normas jurídicas, para que éstas sean también efectivas. En la realidad, observa, no se puede separar el procedimiento del resultado. La obediencia a las normas se basa también en que las personas estén o no de acuerdo con su contenido. Además, si reflexionamos sobre las numerosas operaciones de “trasplante de derecho” que se han llevado a cabo en

el mundo, nos damos cuenta de cómo la legitimación deriva (si es que lo hace), no tanto de un procedimiento de producción discursiva abierto a todos los interesados, sino del prestigio de la ley estatal, del recíproco acomodamiento, o de la inercia.

Otro contexto en el que el principio discursivo “fracasa miserablemente”, observa el autor, es el del *common law*. Un sistema de derechos consuetudinarios, basado en la idea de un consenso antiguo y de un respeto persistente y generalizado de las normas, cuya legitimación nunca pudo ser aclarada de manera resolutiva, evidentemente no responde a las exigencias procedimentales de Habermas. Pese a ello, no solamente una buena parte del derecho privado anglosajón se basa en el *common law*, sino que éste ha venido funcionando desde hace siglos sin que se planteasen dudas acerca de su legitimidad.

Tamanaha concluye observando que la teoría de Habermas también oculta la posibilidad de cuestionar el derecho en el mérito (en su contenido). Ello es así porque derivar la legitimidad del derecho tan sólo de la estricta observancia de los procedimientos, no nos ayuda a contestar a la pregunta “crucial” de si el derecho es “bueno” o “malo”, algo que sin embargo deberíamos hacer, dado que el derecho está vinculado con el ejercicio de la coerción.

II. Desde una perspectiva filosófica, Cynthia Kauffmann insiste en el carácter eurocentrista de la posición de Habermas, que en su opinión pondría en serias dudas el valor mismo de su teoría¹³¹.

Concretamente, la autora sostiene que el concepto de racionalidad comunicativa refleja la idea de una supuesta supremacía de la cultura occidental.

Sabemos que, para Habermas, un discurso puede considerarse racional cuando su resultado es fruto del libre consenso de los participantes y se basa en la fuerza natural del mejor argumento. En una situación ideal de habla, los participantes intercambian argumentos hasta llegar a un acuerdo.

Sin embargo, sabemos también que son muy poco frecuentes las ocasiones en las que los participantes en una conversación actúan acordes con la situación ideal de habla descrita por Habermas: “*Los hablantes rutinariamente mienten, intentan hacer*

131 KAUFMAN, Cynthia, “The unforced force of the more familiar argument. A critique of Habermas’ theory of communicative rationality”, *Philosophy Today*, Vol. 43, N. 4 (1999), pp. 348-360

*descarrilar la conversación planteando cuestiones que ellos saben que son irrelevantes, transgreden sus mismos principios morales o demuestran falta de comprensión acerca de sus propias motivaciones*¹³².

El filósofo alemán responde a esta crítica apelando a un argumento evolutivo: si no se dan las condiciones para la situación ideal de habla es porque, en el curso de la evolución, el número de asuntos que pueden ser objeto de discusión han ido aumentando, y la sociedad no ha alcanzado todavía el grado de evolución suficiente para que el principio discursivo se puede realizar plenamente.

Es precisamente en esta clase de afirmaciones que, a juicio de la autora, se puede vislumbrar el carácter de superioridad que Habermas le asigna a la forma moderna de comprender el mundo, en comparación con las formas míticas de las sociedades menos desarrolladas. El eurocentrismo de esta posición reside en que supone una tendencia evolutiva de la sociedad humana, cuyo nivel más avanzado está representado por las modernas sociedades occidentales.

Asimismo, la posibilidad de “cuestionar”, esto es, la apertura de una sociedad al criticismo, es un criterio que Habermas utiliza para distinguir la visión moderna del mundo de la visión mítica. Mientras la segunda se caracterizaría por la estrechez de su mirada, debido a su insuficiente diferenciación y a su falta de reflexividad, además del carácter sagrado e incuestionable de sus creencias, la primera estaría abierta a la discusión, a la crítica, al cambio.

En realidad, el concepto de racionalidad discursiva no tiene en cuenta el hecho de que diferentes culturas o grupos sociales podrían, incluso en una situación ideal de habla, rechazar como injustificadas las conclusiones de la discusión. Con este argumento, la autora cuestiona directamente la idea de la universalidad de las pretensiones de validez.

Otro punto sobre el que la autora manifiesta sus perplejidades, es el hecho de que Habermas define como racional también aquella persona que hace sus afirmaciones en consonancia con las expectativas garantizadas por el sistema normativo en el que se mueven los interlocutores. Si es así, se pregunta Kauffmann, ¿qué podemos

132 Traducción mía, original en inglés: “*Speakers routinely lie, attempt to derail the discussion by raising point they know are irrelevant, violate their own moral principles, or show a lack of understanding as to their own motivations.*”. Cfr. KAUFMAN, “The unforced force of the more familiar argument”, cit., p. 350

decir de un participante que rechaza las pretensiones de validez de su interlocutor, basándose en interpretaciones diferentes o incomprensibles para los demás? No está claro por qué deberíamos considerarlo irracional, sostiene la autora, sobre todo si se considera que los que sostienen posiciones inusuales tienen generalmente menor acceso a premisas de fondo y a pre-conceptos dominantes.

2. La teoría de Sistemas Sociales Autopoiéticos

2.1. Autopoiesis y sistemas sociales

Para comprender la mediación como un mecanismo regulador de la convivencia, nos aparece imprescindible hacernos con unas herramientas conceptuales que, entre otras cosas: a) nos permitan profundizar en las dinámicas presentes en los procesos de mediación, b) nos ayuden a entender el si y el cómo la mediación contribuye al gobierno de la complejidad, y c) contribuyan a esclarecer que tipo de relación existe entre mediación y derecho.

La teoría de sistemas sociales es una herramienta de este tipo.

En este marco, la mediación puede analizarse como:

- a. Un sistema de interacción que presenta ciertas regularidades en su interior y en su relación con el entorno.
- b. Un dispositivo funcional propio del sistema social
- c. Un subsistema social, paralelo/externo al derecho

Es por lo tanto necesario ilustrar los fundamentos básicos de la teoría de sistemas, y concretamente de la teoría de sistemas sociales autopoiéticos formulada por Niklas Luhmann, y más tarde empleada y desarrollada por Gunther Teubner.

La elección de este marco teórico se debe a que, como se verá, representa el planteamiento más prometedor para nuestros objetivos, gracias a la complejidad y profundidad de análisis, por un lado, y la originalidad de algunas de las propuestas conceptuales, por el otro.

Si es verdad que la teoría de sistemas tiene ya una larga trayectoria, Luhmann es el primero que aplica el concepto de autopoiesis a los sistemas sociales, y al derecho en especial, lo cual permite comprender ciertas regularidades que no se explicarían, basándose solamente en elementos como la intencionalidad o las influencias

causales entre sistema y entorno. Prometedora aparece además su concepción de la comunicación como elemento fundamental de los sistemas sociales y motor de su autopoiesis.

Ello no significa negar la utilidad de otras perspectivas teóricas, ya utilizadas para fundamentar ciertas prácticas de mediación, como pudiera ser la aplicación de la teoría de sistemas a la psicología. Sin embargo, el análisis de la interacción entre individuos en el proceso de mediación, típico de este enfoque, se orienta mayoritariamente a la construcción de técnicas de intervención. Además, no profundiza en las funciones que la mediación cumple dentro del sistema social, ni en su relación con el derecho.

2.1.1. De los sistemas a la autopoiesis

La Teoría General de Sistemas es un contenedor (podríamos decir: un sistema o, como dice Luhmann, “*una superteoría bastante impresionante*”¹³³) de teorías pertenecientes a distintas disciplinas. Nacida con Von Bertalanffy en la primera mitad del 1900, la idea de un sistema como el producto de la interacción de un conjunto de elementos, en constante y abierta relación con su entorno, fue después desarrollada en campos tan diferentes como la psicología, la economía, la biología, la cibernética, la ingeniería, etc...

Por lo que se refiere a la sociología, si bien ya Durkheim y Parsons operaron según unas líneas conceptuales que se pueden definir “sistémicas”, es con la propuesta teórica de Luhmann que la idea de sistema encuentra su aplicación más original y fructífera.

La idea de una totalidad constituida por partes, observa Luhmann, nos viene desde la antigüedad. En ese contexto, los seres humanos estaban concebidos como elementos de la sociedad, o como partes respecto al todo.

En la versión moderna, la distinción todo/partes se sustituye por la distinción sistema/entorno, y se propone una teoría de la diferenciación entre sistemas. Característico de las primeras versiones de la teoría era distinguir entre *sistemas abiertos* y *sistemas cerrados*, considerar éstos últimos como casos límite y por tanto

133 LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, Barcelona: Ed. Anthropos, 1998, p. 30

dirigir los esfuerzos hacia la comprensión de los sistemas abiertos. Éstos, se decía, están abiertos a los estímulos del entorno y responden de manera adaptiva. La relaciones entre sistema y entorno eran por tanto de tipo causal, aunque se trataba de una causalidad circular: input/output, *feedback*, retroacciones negativas, etc...

Más tarde, la introducción del concepto de *auto-referencialidad* de los sistemas cambia completamente el escenario.

La necesidad de explicar el cómo los sistemas consiguen diferenciar sus operaciones de las del entorno¹³⁴ lleva a elaborar el concepto de *cierre autorreferencial*. Pierde sentido así la distinción sistemas abiertos/sistemas cerrados y los teóricos empiezan a interrogarse por la inestabilidad y la imprevisibilidad de los sistemas, más que por su estabilidad¹³⁵.

La causalidad también pierde su sentido, dado que la auto-referencialidad permite al sistema ordenar las causalidades según sus necesidades.

Más adelante, el concepto de *autopoiesis*, es decir, la idea de que un sistema produce sus elementos a partir de sus propios elementos, ampliará el alcance de comprensión de la teoría de sistemas y, por lo que nos concierne, de la teoría de sistemas sociales.

2.1.2. Características de los sistemas sociales autopoieticos

En el intento de construir una teoría capaz de ofrecer una lectura omnicomprendiva de la sociedad, Luhmann se sirve de las aportaciones de la Teoría de Sistemas Autopoieticos, basándose en los trabajos de los biólogos chilenos Maturana y Varela. En ese marco, el autor concibe los sistemas sociales (y entre ellos, el derecho), como *sistemas autopoieticos, autoreferentes y cerrados, y autoorganizados*.

En cuanto que sistemas *autopoieticos*, los sistemas sociales producen sus propios elementos a partir de los elementos mismos (por ejemplo, los sistemas psíquicos, cuyas unidades fundamentales son los pensamientos, producen sus propios pensamientos, a través de los pensamientos mismos). El concepto de autopoiesis del sistema implica que no hay un mecanismo de input/output del sistema con su

134 LUHMANN, Niklas, "Law as a social system", *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, N. 1-2 (1988-1989), pp. 136-150

135 URTEAGA, Eguzki, "La teoría de sistemas de Niklas Luhmann", *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, Vol. XV (2010), pp. 301-317

entorno, y por lo tanto que el entorno no ejerce fuerzas causales en el sistema y viceversa, o al menos no puede hacerlo directamente. Sin embargo, sistema y entorno entran en contacto entre sí a través de un mecanismo concreto, el *acoplamiento estructural*, que Luhmann define como la operación mediante la cual el sistema canaliza una “*causalidad que produce efectos que son aprovechados por el sistema*”¹³⁶. El acoplamiento estructural es por lo tanto el mecanismo que permite al sistema prestar atención a los estímulos del entorno, seleccionarlos e incluirlos para su autopoiesis. Un sistema psíquico, por ejemplo, se acopla con el entorno, seleccionando ciertas informaciones que le sirven para producir nuevos pensamientos.

Además que autopoieticos, los sistemas se caracterizan por su *cierre auto-referente*. Como anticipado, cierre no significa, como en las primeras versiones de la teoría de sistemas, indiferencia hacia el entorno, sino más bien, que el sistema se reproduce gracias a sus mismas operaciones. Por tanto, el sistema es, sí, sensible a su entorno, pero al mismo tiempo conserva su propia autonomía. Ello es así porque los sistemas no pueden importar operaciones desde el entorno: por ejemplo, no es posible una comunicación de consciencia a consciencia, porque una consciencia puede pensar solamente dentro de sí misma, y no dentro de otra consciencia. Además, en su relación con el entorno, el sistema hace uso de sus propias posibilidades de negación, actuando según el código sí/no y volviendo a negar frente a las concomitantes negaciones¹³⁷.

Una tercera característica de los sistemas es la de ser *auto-organizados*, esto es, los sistemas producen sus propias estructuras. Por ejemplo, explica Luhmann, en el proceso de socialización, el sistema psíquico de un niño no importa las estructuras de los padres (que son su entorno): sólo puede importar informaciones que luego le servirán para producir sus propias estructuras.

Por todas estas razones, los sistemas no están pasivamente condicionados por su entorno, esto es, el entorno no puede provocar cambios en el sistema (de forma directa) sino que responden al entorno desde su posibilidad de autodeterminación.

136 LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, México, Anthropos, 1996, p. 99

137 LUHMANN, Niklas, “The unity of legal system”, en: TEUBNER, Gunther (ed.), *Autopoietic law: a new approach to law and society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 12-35

2.2. La comunicación como unidad básica de los sistemas sociales

A diferencia de la tradición sociológica que concibe como unidad básica de la sociedad la acción o el individuo, Luhmann afirma que *los sistemas sociales están formados por redes de comunicaciones* y que, por lo tanto, la posibilidad de lo social se da únicamente a través de comunicaciones.

Desde esta perspectiva, la consciencia y la subjetividad constituyen, para el autor, tan sólo un entorno de los sistemas sociales. Aunque no puede negarse que es necesario el concurso de un cierto número de sistemas psíquicos para que ocurra, la comunicación, considerada como “unidad”, no puede imputarse a un sistema psíquico en particular¹³⁸. Ello es así porque, aunque el proceso de comunicación necesite de al menos dos procesadores de información que pueden referirse el uno al otro, el resultado final es un “acuerdo selectivo” que surge de su acción combinada¹³⁹.

El proceso de comunicación, en suma, necesita de una “reducción a la acción”, para determinar quién puede comunicar con quien¹⁴⁰, pero no se le puede apreciar en toda su complejidad si nos limitamos a concebirlo como una acción imputable a un sistema (o a una selección individual).

Es por ello que la comunicación tampoco se puede reducir a la emisión de una información, ni a un simple mecanismo de envío/recepción de un mensaje. Razonar con la metáfora de la transmisión, según Luhmann, implica:

- Limitar la mirada a lo que se transmite, y por ello concluir que el “mensaje” es (o debería ser) el mismo tanto para el emisor como para el receptor.
- Interpretar la comunicación como un “proceso de dos cifras”, donde A comunica algo a B, y viceversa, y nada más.

Por el contrario, podemos decir que estamos en presencia de una comunicación cuando observamos tres “procesos de selección”, a saber:

1. La *información*, entendida como selección de un “repertorio de posibilidades” (es decir, como selección entre las muchas informaciones posibles).
2. El *acto de comunicar*, entendido como selección de una conducta que

138 LUHMANN, Niklas; DE GIORGI Raffaele, *Teoria della Società*, Milano: Ed. FrancoAngeli, 1994

139 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit.

140 LUHMANN, “The unity of legal system”, cit.

comunique la información “deliberada o impreviamente”.

3. El *acto de entender (comprensión)*, en que se opera una diferenciación entre información y acto de comunicar, se la observa, se la comprende y se la usa como base para la siguiente comunicación (o, en palabras de Luhmann: “para la selección de la siguiente conducta de enlace”). El entender y saber manejar la diferencia entre información y conducta comunicativa (podríamos decir también: el interpretar) es lo que distingue la comprensión de la simple percepción de un evento informativo¹⁴¹. Naturalmente, la posibilidad del malentendido está siempre presente. Es por ello que la comunicación siguiente sirve de prueba de que la comunicación anterior ha sido entendida. La comprensión constituye el punto de cierre de la comunicación.

Vista como un proceso de tres cifras, a cuya síntesis concurren ambos participantes en el proceso (es decir, tanto Ego como Alter), la comunicación muestra entonces muy claramente su significado social: para que se dé la posibilidad de lo social, es necesario el desarrollo del entero proceso comunicacional.

En el momento en que la comunicación se realiza, se manifiesta la posibilidad de que ésta sea *aceptada o rechazada*. Después de información, acto de comunicación y comprensión, la *aceptación* y el *rechazo* son una cuarta forma de selección de la que los sistemas disponen para reaccionar a la selección propuesta. Sin embargo, aceptación y rechazo no son elementos de la comunicación, sino *actos de enlace* para las conductas futuras, generados por la propia comunicación. Como explica Luhmann, una cosa es comprender la comunicación, otra cosa es aceptarla.

Desde esta perspectiva, entonces, el “éxito” de la comunicación no se mide sobre la base de su aceptación: la comunicación tiene “éxito”, esto es, genera la posibilidad de lo social, tan sólo cuando Ego acepta la información de Alter como *premisa para su conducta* sucesiva.

Asimismo, no es el consenso, el resultado de la comunicación. Al contrario, la comunicación produce, por un lado, *redundancia* (de la información, del sentido, o del conocimiento), lo que permite al sistema disponer de un “excedente de

141 Falta comunicación, por ejemplo, cuando observamos un andar rápido como signo de prisa y no logramos entenderlo como demostración de prisa, o de no querer hablar, etc. Cfr. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit.

posibilidades informativas” que le proporcionan seguridad e independencia. Pero por el otro lado, la comunicación produce *diferencias*, que sirven al sistema para la crítica y la auto-corrección. Si el sistema dispusiera solamente de redundancias, no podría evitarse el riesgo de un error generalizado. Es por ello que un sistema de comunicación no está estructurado para la aceptación (ni siquiera, añade Luhmann, para una preferencia hacia la aceptación), más bien para la negación.

Volveremos sobre el punto tratando el tema del conflicto.

2.3. La cuestión de la doble contingencia y la formación del orden social

Toda comunicación se da, y es posible en una situación de “doble contingencia”.

Luhmann propone entender la (doble) contingencia, como todo aquello que no es “*ni necesario, ni imposible; es decir, aquello que puede ser como es (fue, será) pero que también puede ser de otro modo*”¹⁴². En otros términos, se trata de un espacio de incertidumbre, en el cual ambos participantes, Ego y Alter, se enfrentan en el momento del encuentro, cuando ambos son todavía dos “cajas negras” el uno para el otro.

Concebida en estos términos, la doble contingencia es, ante todo, el punto inicial y necesario de un proceso que da lugar a un sistema social, como fenómeno emergente del encuentro de Ego y Alter. Dicho de otra manera, la contingencia es la “oportunidad para la selección” de nuevas posibilidades¹⁴³.

Al mismo tiempo, es el trasfondo sobre el que se proyectan todas las selecciones y las operaciones del sistema, en su gestión del encuentro con el otro.

Cuando Alter y Ego se encuentran, la doble contingencia se actualiza “como problema de sintonización de comportamientos”¹⁴⁴. Para resolverlo, los sistemas pueden (y deben, si es que quieren continuar el contacto) confrontar y estabilizar sus expectativas y, a partir de allí, orientar sus conductas. Cada oferta es fruto de selecciones que los sistemas operan con respecto a las posibilidades infinitamente abiertas de las que disponen: en otros términos, los sistemas seleccionan con el fin

142 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit. p. 115

143 Es por esta razón que Luhmann dice que cualquier problema sirve para la emersión de nuevos sistemas sociales

144 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 116

de reducir la doble contingencia. El proceso es extremadamente complejo debido a que, primero, las selecciones de cada uno dependen de la expectativa de la selección del otro; segundo, que la selección se forma y opera en un proceso que se alimenta de las contribuciones de ambos; y tercero, que las selecciones se transforman a medida que la secuencia temporal se desarrolla.

Lo que resuelve el problema de la doble contingencia, observa Luhmann, es el *tiempo*.

Bajo el impulso de la indefinición de la situación, el sistema echa a andar una secuencia temporal, en la que Alter¹⁴⁵ presenta a Ego una comunicación, que Ego puede aceptar o rechazar, y así sucesivamente. Lo que a continuación pasará es, por lo pronto, imprevisible, pero la posibilidad de que ambos sistemas pongan a disposición su complejidad, para la construcción de un orden emergente, está presente. Así es cómo el tiempo es “... *el desencadenante del orden social. El orden social se lleva a cabo cuando alguien hace una propuesta o efectúa una acción que pone a los otros en una situación de reacción: aceptar o rechazar la propuesta.*”¹⁴⁶.

La experiencia contingente hace posible también explotar y transformar las *casualidades* en posibilidad de construir estructuras.

El sistema emergente, a su vez, genera y proyecta contingencia en su entorno (y a cada uno de los sistemas participantes, con sus respectivos entornos), de manera que ésta no se limita a las relaciones intersistémicas, sino que se expande produciendo efectos “universales”.

Ahora bien, el hecho de que la experiencia de la doble contingencia dispare el proceso de formación de un sistema emergente, no asegura que éste sea también estable. Sin embargo, observa Luhmann que, vistas en una perspectiva temporal, las selecciones se consolidan a medida que se las usa en el proceso de selección siguiente, y así sucesivamente, haciendo cada vez más difícil que el sistema se disuelva. Éste es el mecanismo que, según el autor, genera la estabilidad del compromiso en los contratos: en ese caso también, la combinación entre contingencia y tiempo permite la coordinación “inexorable” de las selecciones: “Lo

145 Recordamos que Luhmann hace un uso invertido de los términos Ego y Alter, para subrayar que Alter es siempre también un Alter Ego

146 LUHMANN, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, cit., p. 236

que «vale» como forma jurídica del contrato no es sino el marco condicional para la coordinación de las selecciones que se comprometen a sí mismas, al trabar relaciones mutuas, al utilizarse, al basarse unas en otras, al deshacer alternativas. Para ello necesitan y tienen tiempo. En el interaccionismo simbólico se habla de «orden negociado» o «identidades negociadas» [...] La base del compromiso es ambas cosas a la vez: contingencia y tiempo, y el contrato es la forma que hace posible este a la vez”¹⁴⁷.

Este planteamiento trae consigo consecuencias importantes.

- *Primero*, de que la conducta se genere a partir de un previo cotejo y ajuste de expectativas, deriva que es imposible conocer y calcular la conducta del interlocutor. Si uno se propone “pronosticarla”, la hace en realidad más indeterminada (cuando menos, por el intento del otro de sustraerse al pronóstico).
- *Segundo*, de que el sistema emergente sea la resultante de la “interacción” de los sistemas de base, se desprende que ya no nos sirve analizar los “motivos”: todo “lo que se genera es nuevo”¹⁴⁸.
- *Tercero*, si ambos sistemas experimentan una duplicación de la contingencia, ello significa que existe una convergencia, no tanto entre las perspectivas de cada uno, que son diferentes, sino en el hecho mismo de tener un interés para la determinación, esto es, un interés para gestionar la incertidumbre. Esto, por así decirlo, constituye una *disposición del sistema*, o una posibilidad en “estado de espera”, que puede utilizar cualquier evento para poner en marcha la autopoiesis.
- *Cuarto*, dado que lo que permite la formación de sistemas emergentes es la secuencia temporal de las selecciones, el *concepto de “consenso” pierde mucha de su fuerza*, si no incluso su sentido.
- *Quinto*, debido a su naturaleza autoreferencial, los sistemas *no pueden conocerse el uno al otro, o entenderse, o “ponerse en la piel” del otro*. Lo único que ambos pueden conocer (y comprender) son las selecciones que van apareciendo a lo largo del encuentro.

147 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit. p. 130-131

148 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit. p. 124

2.4. El conflicto como sistema

Como se ha visto anteriormente, cada vez que se realiza una comunicación, existe la posibilidad del rechazo, esto es, las comunicaciones llevan implícita la posibilidad de que se manifiesten contradicciones.

En los sistemas sociales, las contradicciones son un momento de la auto-referencia del sistema, esto es, no son una “contra-respuesta”, ni vienen desde el exterior del sistema. Forman parte de la unidad de la comunicación e incorporan la expectativa de la eventual contro-afirmación.

Las contradicciones cumplen la función de desestabilizar el sistema, poniendo en duda la seguridad de las expectativas, es decir, poniendo de manifiesto que hay expectativas irreconciliables¹⁴⁹. De este modo, las contradicciones hacen posible corregir o eliminar las desviaciones, pero no en el sentido de una re-estructuración de un estado anterior, sino más bien como posibilidad de seleccionar cambios útiles. Funcionan por tanto como un sistema de inmunidad, que gestiona lo improbable, lo extraño, sin eliminarlo, y protegiendo de la destrucción las funciones y las estructuras: *“El sistema no se inmuniza contra la negación, sino con ayuda de la negación; no se protege contra los cambios, sino con ayuda de los cambios, se protege contra la rigidez de los patrones de comportamiento habituales que han perdido vigencia respecto al entorno. El sistema de inmunidad no protege la estructura, sino la autopoiesis.”*¹⁵⁰.

Las contradicciones no son conflictos: para Luhmann, sólo se puede hablar de *conflictos* cuando una contradicción es comunicada, o cuando “se contradiga una comunicación”. El conflicto se compone por tanto de dos comunicaciones contradictorias: *“Tales casos (...) se convierten en perturbaciones de la comunicación cuando a un no se responde con una contra-negación [Gegennein],*

149 Sostiene Luhmann que la desestabilización no es disfuncional, porque en realidad los sistemas complejos necesitan producir inestabilidad para poder reaccionar, tanto hacia sí mismos que a su entorno. En otros términos, la inestabilidad es aquella “inseguridad del valor de enlace de los acontecimientos”, que estimula la reproducción autopoietica del sistema. En este contexto, sigue el autor, *“(la contradicción) Destruye por un momento la pretensión global del sistema de ser complejidad ordenada y reducida. Por un momento es, entonces, restituida la complejidad indeterminada, por un momento todo es posible. Simultáneamente, la contradicción tiene la forma de garantizar, sin embargo, la capacidad de enlace del proceso comunicacional del sentido... La señal misma sólo advierte, se enciende, es sólo acontecimiento – e insinúa, entonces, la acción que debería seguir”*. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 337.

150 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 335-336

porque esto trae consigo la tentación a permanecer en la negación y a reforzar el no de ambas partes mediante más comunicación. En tales circunstancias, hablaremos de un conflicto."¹⁵¹.

En el momento en que se comunica una expectativa, y una comunicación sucesiva hace presente la no aceptación de esa expectativa, allí es donde se puede observar un conflicto: "... *el concepto de conflicto se refiere a un procedimiento de comunicación preciso y empíricamente concebible, se refiere a un «no» comunicado que responde a una comunicación anterior.*"¹⁵².

Por tanto, el conflicto no es una falla en el proceso de comunicación, más bien es una forma de la comunicación que emplea una de las posibilidades que él mismo mantiene abiertas, esto es, la utilización de la negación.

En el juego de las expectativas recíprocas, lo que genera un conflicto no es, nos dice el autor, la reacción de A a una conducta hostil por parte de B, ni la expectativa de A con respecto a una tal conducta, sino el hecho de que A define la conducta de B como hostil, basándose en el hecho de que espera que B espere de él una actitud de enemistad. En una versión sistémica del teorema de Thomas, el esquema ilustrado determina el que A pueda ser enemigo y no serlo al mismo tiempo: es decir, que pueda ser "*un enemigo que, en un primer momento, es inocente porque existe tan sólo en la expectativa que A tiene con respecto a B, y que sin embargo sucesivamente demuestra con su conducta una enemistad cada vez mayor, deviniendo así culpable.*"¹⁵³.

Para Luhmann, el conflicto es un sistema social particular, por el hecho de poderse entender como una forma especial de doble contingencia y, más específicamente, una versión negativa de la doble contingencia. Sin embargo, se trata de un sistema "parásito", porque se forma dentro de otros sistemas y vive, por así decirlo, a costa de ellos.

Los conflictos, en la visión luhmanniana, son sistemas arbitrarios, fuertemente

151 LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, Mexico D.F: Universidad Iberoamericana, 2002, p. 643

152 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 350

153 Traducción mía, original en italiano: "*di essere cioè un nemico che dapprima è incolpevole perché esiste solo nell'aspettativa che A possiede dell'aspettativa di B, e che, però, realizza successivamente una sempre maggiore inimicizia col proprio comportamento e quindi diventa colpevole.*" LUHMANN, Niklas, *Sociologia del diritto*, Bari: Laterza, 1977, p. 44

integradores, con frecuencia banales, y peligrosos.

Son *arbitrarios* porque la contingencia negativa presente en ambos lados los hace surgir casi sin razón aparente: es suficiente el que ambos supongan (tengan la expectativa de) que el otro está aplicando los patrones del conflicto (esto es, “lo que daña al otro es una ventaja para mí”), para que reaccionen al no con otro no.

Son *integradores*, porque limitan las posibilidades de las partes¹⁵⁴. El potencial integrador no es aquí un elemento positivo, más bien es problemático. Luhmann entiende la integración como una reducción de la libertad de los participantes. Decir que los conflictos tienen un nivel de integración demasiado alto, significa que todas las acciones de los participantes tienden a desarrollarse según el esquema de la rivalidad, y que por tanto el sistema alcanza un nivel excesivo de interdependencia, con lo cual se vuelve insensible frente a su entorno y pierde complejidad. Se manifiesta una utilización recursiva del no, se agudiza la dinámica de “lo que le produce daño al otro es un beneficio para mí”, y se echa a andar un mecanismo de generalización por el que uno empieza a oponerse a todo¹⁵⁵. El problema, con el conflicto, es que las partes deben movilizar muchos recursos que sustraen a otras disponibilidades¹⁵⁶.

Los conflictos además, suelen ser *frecuentes y banales* y, a menos que no se den algunas circunstancias específicas, tienden a desaparecer por sí solos. En palabras de Luhmann: “*Los conflictos son formaciones cotidianas, surgen en todas partes y con frecuencia constituyen banalidades que se resuelven rápidamente*”¹⁵⁷. En la mayoría de los casos, evidencian una tendencia a la entropía, en el sentido de que tienden a debilitarse, a desaparecer, o a lo sumo, quedan “encapsulados” sin generar efectos negativos.

Sin embargo, si cobran relevancia social más allá de la interacción entre presentes, si el conflicto es significativo no solo para el sistema de interacción, sino también fuera de los límites de éste, entonces las probabilidades de que el conflicto se acentúe y se perpetúe, aumentan.

154 Como puede verse, el concepto de integración no indica, como a menudo se sostiene (sin fundamento, según Luhmann), que de los conflictos derivan consecuencias positivas para las relaciones sociales.

155 LUHMANN, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, cit.

156 Cfr. LUHMANN/DE GIORGI, *Teoría della società*, cit.

157 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 352

Este sería el caso en que los conflictos encuentran un punto de apoyo externo, por ejemplo si algún tema del conflicto se relaciona con la política, o con la moral, o con el derecho: “... *la moral y el derecho tienden a fomentar el conflicto al hacer creer a uno de los rivales que su posición es correcta y que es posible exponer el adversario al rechazo público o aún a la sanción de los tribunales*”¹⁵⁸.

La moral y el derecho, en este caso, sirven para designar qué conflictos particulares asumen interés general, y relevancia social. El Derecho, en particular, proporciona la forma de comunicación adecuada para tratarlos.

Finalmente, los conflictos son *peligrosos* y producen daños en el sistema en el cual se originan (el vecindario, el matrimonio, la familia, etc.). De aquí, su naturaleza parasitaria: el conflicto tiende a absorber toda la atención y todos los recursos del sistemas anfitrión.

La peligrosidad de los conflictos reside además en su ser expansivos, recursivos y en que tienden a reproducirse y a crecer. En esto se puede identificar su naturaleza de sistemas autopoieticos.

Dado que los conflictos son dañinos para el sistema, éste “crea” *sistemas de inmunidad* para condicionarlos¹⁵⁹.

A tal propósito, es necesario aclarar que el objetivo de la reflexión de Luhmann es explorar las condiciones bajo las cuales los conflictos son despotenciados o aislados, y no aquellas que favorecen su “solución”. En sus palabras: “*Bajo una óptica sistémico teórica, no nos preguntamos por la «solución», menos todavía por el «feliz término» de los conflictos, sino, sobre todo, por su condicionabilidad. Los teóricos del conflicto, aunque afirmen lo contrario, frecuentemente se aferran también al sueño de una sociedad sin conflicto. En parte se supone que los conflictos movilizan fuerzas para su propia solución; en parte se buscan caminos para una regularización lo más libre posible de daños y «pacífica». Se trata de programas más o menos políticos: reducción de la violencia y aumento del consenso al mantener el orden. Como programas políticos tienen su propio derecho (así como el derecho a ser apoyados científicamente). En el marco de una concepción teórica que no pretende ser amable ni estar dispuesta a cooperar, sino que se interesa por*

158 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 353

159 Entre los sistemas de inmunidad está el derecho, como se verá más adelante.

*la normalización de lo improbable, es necesario aspirar, sin embargo, a términos distintos y más generales del problema, en convenio con los cuales «la solución de conflictos» no es una meta, sino un producto accesorio que se puede juzgar escépticamente.*¹⁶⁰.

Bajo estas premisas, Luhmann indica que hay dos formas distintas de condicionamiento de los conflictos como sistemas:

- a. *la restricción de medios*: restringir los medios (por ejemplo, prohibir la violencia) tiene como objetivo el de impedir daños, pero al mismo tiempo, aumenta la complejidad del sistema de conflicto, lo perfecciona, lo hace continuar;
- b. *el incremento de inseguridad*: Luhmann se refiere aquí a la introducción de *terceros* en el sistema del conflicto. Se trata de un evento que posibilita la “desintegración” del conflicto, ya que la atención de las partes se mueve de la contradicción inicial al intento de ganar al tercero. Dicho de otra manera, la inestabilidad se conserva, pero cambia de forma.

La introducción del tercero hace inciertas las expectativas y por lo tanto, genera nuevas contingencias, esto es, nuevas posibilidades de selección y nuevas posibilidades de formación de estructuras. El conflicto se transforma, podría decirse, en otras posibilidades de comunicación.

Además, la presencia del tercero hace posible retirarse del conflicto (del sistema), sin que esto signifique debilidad.

De lo expuesto deriva, según Luhmann, que “*la participación de terceros se haya convertido en la forma más importante de regulación de conflictos*”¹⁶¹.

2.5. El derecho

2.5.1. Naturaleza y funciones del derecho

En cuanto a su *naturaleza*, el derecho, según Luhmann, es un subsistema de la sociedad, que existe solo en cuanto comunicación, o perspectiva de comunicación (al menos, en términos psicológicos), y como cualquier otro sistema, es auto-

160 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 354

161 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 356

referente¹⁶², auto-organizado y autopoietico: es decir, los elementos del sistema reproducen los elementos del sistema sobre la base de una normatividad circular y recursiva¹⁶³.

Su cierre operacional le asegura autonomía con respecto a su entorno, en cuanto a sus operaciones. Es por ello que sólo el derecho puede definir y tratar material del entorno cómo “jurídico”, refiriéndose de manera circular a los resultados y a las consecuencias de sus mismas operaciones.

Al mismo tiempo, explica el autor, es su autonomía lo que le permite abrirse a su entorno¹⁶⁴.

Más concretamente, el derecho es un sistema *cerrado normativamente, pero cognitivamente abierto*.

En otras palabras, su autopoiesis es cerrada en cuanto que sólo el sistema legal puede otorgar la calidad de validez normativa a sus elementos (y con ello, constituirlos como sus propios elementos). No es del entorno, es decir, desde fuera del sistema, que sus elementos reciben la calificación de jurídico.

Al mismo tiempo, para su reproducción, el sistema tiene que poder determinar, en su apertura cognitiva, si se han cumplido o no ciertas condiciones: en este sentido, el sistema depende de las circunstancias factuales de su entorno. Es por ello que Luhmann habla de una autoreferencia “concurrente” (*concomitant*).

En síntesis, mientras que la normatividad le sirve para su auto-reproducción, su calidad cognitiva permite al sistema coordinarse con el entorno.

Finalmente, el derecho es un subsistema que, además de mantener su mismo proceso de autopoiesis, *actúa dentro y para la autopoiesis de la sociedad entera*, contribuyendo con ello a la construcción social de la realidad¹⁶⁵.

En cuanto a sus *funciones*, el derecho sirve ante todo para *estabilizar expectativas*.

En otras palabras, el derecho es necesario para garantizar, según dinámicas propias y exclusivas, la seguridad de las expectativas de comportamiento no evidentes.

Según el autor, la situación de complejidad y doble contingencia en la que están

162 LUHMANN, “Law as a social system”, cit.

163 LUHMANN, “The unity of legal system”, cit.

164 LUHMANN, “Law as a social system”, cit.. Por esta razón, así como pasa por los demás sistemas, también por lo que se refiere al derecho es incorrecto hablar de dependencia o independencia causal del entorno.

165 LUHMANN, “Law as a social system”, cit.

inmersos los sistemas hace necesaria, para la convivencia, una *orientación a la conducta por expectativas recíprocas*¹⁶⁶. Dado que la posibilidad de selección es, al menos en principio, infinitamente abierta en ambos lados de una interacción, se pone el problema de cómo sintonizar las conductas de manera estable.

La *sincronización de las conductas* necesita no solamente de expectativas acerca de lo que hará el otro: necesita también de expectativas acerca de las mismas expectativas de éste, es decir de expectativas en cuanto a su selectividad de entre las múltiples y diferentes posibilidades de conducta¹⁶⁷.

Es la *expectativa de expectativas*, según Luhmann, lo que asegura que la interacción se base en algo más estable que una simple actitud de conformidad.

Dado lo expuesto, podemos entonces afirmar que la interacción se basa, ante todo, en expectativas *aprendidas* en la interacción.

Pero es que, además, la multiplicidad de situaciones y de interacciones, en la que se encuentran los sistemas, determina la imposibilidad de prefigurarse todas las combinaciones posibles: es por lo tanto necesario que el aprendizaje se realice a un nivel más abstracto. Es decir, es necesario que el individuo pueda orientarse a través de estructuras de expectativas, de marcos generales de la experiencia y de la conducta, que permiten selecciones y decisiones rápidas.

Ahora, tanto las expectativas, como las estructuras de expectativas, varían y están expuestas al riesgo de decepción. De hecho, se encuentran frustradas a menudo¹⁶⁸.

Frente a la decepción, un sistema puede entonces decidir si aprender o si mantener firme la expectativa, es decir, si *asumir una actitud cognitiva o normativa*¹⁶⁹. A pesar de que, en general, la alternativa sobre el tipo de actitud a elegir frente a la decepción está pre-establecida socialmente, explica el autor que existe un grupo considerable de expectativas concretas, donde la distinción no aparece tan clara.

166 LUHMANN, Niklas, "Le norme nella prospettiva sociologica", en: LUHMANN, Niklas, *La teoria funzionale del diritto*, Milano: Unicopli, 1981, pp. 51-83

167 LUHMANN, *Sociologia del diritto*, cit.. Es lo que el autor llama también *expectativas reflexivas*. Cfr. LUHMANN, Niklas, "The self-reproduction of law and its limits", en: TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin:Walter de Gruyter, 1986, pp. 111-125, p. 116

168 LUHMANN, Niklas, *La differenziazione del diritto*, Milano: Il Mulino, 1990

169 Dicho de otra forma, frente a la frustración, los sistemas pueden reaccionar con la adecuación a la situación, y por tanto modificar sus expectativas para el futuro (se habla en este caso de expectativas cognitivas); o bien, los sistemas pueden mantener firmes sus expectativas, reaccionando a la frustración con una modalidad "normativa" (se habla entonces de expectativas normativas).

Es por esta razón que es necesario que podamos tener claro cuáles de nuestras expectativas podemos mantener firmes y qué tipo de actitudes encuentra consenso social: en otras palabras, cuando podemos decir que estamos “en nuestro derecho”¹⁷⁰.

El sistema encargado de *proporcionar a los sistemas las informaciones necesarias acerca de las expectativas que pueden ser mantenidas firmes*, es decir, de aquellas que cuentan con el apoyo social y que pueden ser reclamadas en caso de conflicto, es el *derecho*.

Concretamente, el derecho cumple la función de estabilizar las expectativas normativas de conducta, identificando aquellas que pueden asumir el rango de norma jurídica, en base a la intersubjetividad y a la compatibilidad de su contenido con el ordenamiento jurídico (legitimidad de la expectativa)¹⁷¹.

Para asegurar la estabilidad de las expectativas normativas, nos dice Luhmann, hay que presuponer un mínimo de *generalización* de las normas (todos los casos de las mismas características tienen que ser tratados de forma igual), por un lado, y de *institucionalización* (entendida como consenso que se puede esperar de cualquier tercero¹⁷²), por el otro.

Cuando un amplio número de expectativas se sistematizan en el saber jurídico, el resultado es (y es percibido como) “derecho”¹⁷³.

La fijación normativa es necesaria porque continuar aprendiendo significaría prolongar la búsqueda de más posibilidades, generando inestabilidad en el sistema. La normatividad, en este sentido, sería la calidad de una expectativa de conducta que se puede mantener firme¹⁷⁴.

Además, es necesario que las expectativas tengan como objeto también *la conducta que cabe esperarse en caso de decepción* (por ejemplo, aunque no necesariamente,

170 LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit.

171 Para la formación y la reproducción de expectativas de conducta generalizada de manera congruente, el derecho utiliza las perspectivas de conflicto, que sirven como principio de selección sobre cuya base “testar” la generalización. Cfr. LUHMANN, “The unity of legal system”, cit.

172 Un consenso factual no es posible, porque es impensable que se realice para todas las expectativas posibles. A través de la institucionalización, se logra que el consenso se pueda dar por supuesto, de manera que no hay que buscarlo para cada circunstancia concreta. Cfr. LUHMANN, “Le norme nella prospettiva sociologica”, cit.

173 LUHMANN, “The unity of legal system”, cit., p. 28

174 LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit.

una conducta sancionadora) y que sirve para reafirmar la expectativa. En otras palabras: no basta con definir la normatividad de la expectativa, esto es, no basta con decir que ésta existe y que es jurídicamente relevante. Hace falta también confirmarla en caso de decepción, porque, como dice Luhmann, “*conservar la expectativa es más importante que realizarla.*”¹⁷⁵. Es en este sentido que las disculpas sirven incluso cuando son ficticias: el mero acto de pedir disculpa contiene el reconocimiento de que una norma existe, y por lo tanto la reafirma, más allá de otras consideraciones de orden moral o psicológico¹⁷⁶.

La identificación, institucionalización y generalización de las expectativas normativas se logra a través de lo que Luhmann llama “*positivización del derecho*”¹⁷⁷.

El derecho vale positivamente solo si es experimentado como válido sobre la base de una decisión, entendida como selección con respecto a otras posibilidades, y por lo tanto se asume como variable en cualquier momento (esto, es, cualquier decisión puede ser revocada). Cada decisión puede revocarse y por ello deben permanecer disponibles selecciones alternativas para cuando se necesite un cambio: el mismo proceso de selección y decisión deviene entonces parte de la auto-reflexión del sistema, en el sentido de la decisión de si mantener o modificar lo existente. El derecho positivo, por lo tanto, es contingente y su validez se basa justamente en su contingencia.

Por lo que se refiere a la *garantía de las expectativas normativas*, Luhmann explica que para esta finalidad se han diferenciado en la sociedad roles bien definidos, por ejemplo, los jueces. Para garantizar las expectativas cognitivas, en cambio, no parecen existir roles análogos¹⁷⁸.

Los jueces cumplen con la función de identificar expectativas en caso de decepción y de transformar un conflicto normativo en disenso, esto es, transformarlo en una

175 Traducción mía, original en italiano: “*la conservazione dell’aspettativa è più importante che recarla ad effetto.*”. Cfr. LUHMANN, “Le norme nella prospettiva sociologica”, cit., p. 69

176 Más adelante se verá qué problemas implica utilizar dispositivos como las disculpas para una estabilización generalizada de las expectativas.

177 LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit.

178 Solo allí donde se da la posibilidad de un aprendizaje adaptivo que no esté vinculado a la frustración de las expectativas, se crean roles diferenciados para la misma finalidad (por ejemplo, la ciencia). Luhmann formula la hipótesis de que las expectativas normativas gozan de mayor protección porque, ya que aprender de las frustraciones es difícil, se prefiere en general seguir afirmando las expectativas normativamente. Cfr., LUHMANN, “Le norme nella prospettiva sociologica”, cit.

divergencia cognitiva, donde se examinan detalladamente todos los elementos de la controversia y las partes se muestran, al menos en principio, dispuestas a aprender¹⁷⁹. Con la decisión judicial, se aclara quien de los dos puede seguir manteniendo una actitud normativa con respecto a su expectativa y quien, en cambio, debe aprender.

Ulterior función del derecho, según el autor, es la de anticipar posibles conflictos, extrayendo de la masa de expectativas, aquellas que podrían dar un buen resultado. En este sentido, el derecho es un sistema de inmunidad¹⁸⁰.

El derecho como sistema de inmunidad, según el autor, es adecuado para la sociedad *“no sólo cuando puede constatar los conflictos existentes, sino, en realidad, sólo cuando puede producir los suficientes conflictos y poner a disposición su propia complejidad para tratarlos”*¹⁸¹.

Por un lado, entonces, el derecho sería una especie de proceso de “domesticación” de los conflictos.¹⁸²

Sin embargo, por el otro lado, el derecho también aumenta las probabilidades de conflicto. Por ejemplo, el derecho de la sociedad moderna se caracteriza por elevar a la categoría de conflictos *“circunstancias inéditas en las cuales nadie pensaría si no existiera el derecho, y las expectativas que de allí se siguen son declaradas como derecho”*¹⁸³.

En relación al conflicto, por tanto, el derecho cumple la función de evitar su expresión violenta y de proporcionar para cada caso “la forma adecuada de comunicación”.

Por último, el derecho cumple con la función de *guiar la conducta*¹⁸⁴. Por ejemplo, la legislación o la conclusión de contratos tienen como objetivo influenciar en el comportamiento de las personas y modificar sus opciones de conducta para el futuro. En este caso, el derecho se usa como mecanismo sancionador, dado que la

179 LUHMANN, “Le norme nella prospettiva sociologica”, cit.

180 Recordemos que, según Luhmann, la mayoría de los conflictos que se dan en la vida cotidiana, son acontecimientos banales: el sistema de inmunidad tiene la función de seleccionar las contradicciones que son importantes, las “negaciones prometedoras”.

181 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 339

182 LUHMANN, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, cit.

183 LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 338

184 LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit.

finalidad perseguida no es la de garantizar expectativas, sino de asegurar determinados efectos concretos.

2.5.2. El código de funcionamiento del sistema legal

El derecho, nos explica Luhmann, es un sistema que funciona según el código binario legal/ilegal.

Se trata de un esquema binario que cumple dos funciones. La primera es la de diferenciar el sistema legal con respecto a otros sistemas, esto es, de establecer su identidad¹⁸⁵. La segunda es la de permitir al sistema averiguar su propia congruencia, y en este sentido sirve a la autopoiesis del sistema¹⁸⁶.

El código legal/ilegal es exclusivo del derecho, es decir, todo lo que no funciona según este esquema queda necesariamente fuera del ámbito conceptual del derecho (por ejemplo, quedan excluidas del derecho la ciencia, que funciona según el esquema verdadero/no verdadero, o la política, que funciona según el esquema gobierno/oposición, o la economía, que funciona con el código tener/no tener).

El código binario, además, determina una duplicación de la calidad normativa en un valor positivo y uno negativo, que permite excluir que algo pueda ser contemporáneamente legal e ilegal.

De lo expuesto se deriva que la de resolver conflictos no puede considerarse como la función primaria del derecho: el uso del código binario, de hecho, dificulta la resolución de las dísputas, en vez de facilitarla. A lo sumo, el derecho puede constituir el “trasfondo amenazante” de negociaciones dirigidas a lograr un acuerdo amistoso.

El código constituye también una fuente de contingencia interna del sistema legal, es decir que lo que aparece en la “esfera de relevancia” del derecho podría ser tanto legal como ilegal. Solo los objetos a los que pueda aplicarse el código son relevantes para el sistema. Todos los demás asumen importancia sólo en cuanto representan una cuestión preliminar con respecto a una decisión acerca de lo que es justo y lo que no lo es¹⁸⁷.

Cuando una comunicación contiene una afirmación legal, o una contradicción de esa

185 LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit.

186 LUHMANN, “Law as a social system”, cit.

187 LUHMANN, “Law as a social system”, cit.

afirmación, entonces podemos hablar de una operación interna del derecho. Es así cómo el sistema establece las fronteras entre sí mismo y el entorno.

Cualquier “significado” puede asumir relevancia jurídica, cualquiera que sea su origen¹⁸⁸, si así lo determina el sistema legal (es decir, si entra a formar parte de su auto-referencia): *“El sistema legal [...] consiste solamente en acciones comunicativas que generan consecuencias jurídicas – no consiste, por ejemplo, en eventos físicos o en conductas individuales aisladas que nadie ve u oye. Consiste solamente en la tematización de esos y de otros eventos en una comunicación que los trata como jurídicamente relevantes y que por ello se inscribe en el sistema legal.”*¹⁸⁹.

En la atribución de la cualidad normativa a nuevas expectativas (o en las transformaciones de la ley) es posible observar cómo funciona la auto-reproducción del derecho¹⁹⁰.

Mientras que el código legal/ilegal está en el fundamento de la autonomía del sistema y define su identidad, las normas que forman parte del ordenamiento jurídico serían, según el autor, *“programas condicionales”*. Éstos son sistemas de criterios para decidir si un evento concreto entra en la esfera del derecho o no.

Para determinar si una comunicación, o una relación o un resultado tienen calidad normativa, es decir si cumplen o no con las condiciones necesarias, tales programas establecen una *“relación «si A/entonces B» entre las condiciones (que deben ser averiguadas cognitivamente) y el otorgamiento de la calidad normativa”*¹⁹¹.

188 Traducción mía, original en inglés: *“even if it is occasioned by a dispute among neighbors, a traffic accident, a police action or any other event.”*. Cfr. LUHMANN, “Law as a social system”, cit., p. 141

189 Traducción mía, original en inglés: *“The legal system [...] consists only of communicative actions which engender legal consequences – it does not, for example, consist of physical events nor of isolated individual behavior which no one sees or hears. It consists solely of the tematization of these and other events in a communication which treats them as legally relevant and thereby assigns itself to the legal system”*. Cfr. LUHMANN, “The unity of legal system”, cit., p. 19

190 LUHMANN, “The unity of legal system”, cit.

191 Traducción mía, original en inglés: *“if a/then b relation between the conditions (which have to be cognitively ascertained) and the conferment of norm quality”*. Cfr. LUHMANN, “The unity of legal system”, cit., p. 24

La calidad normativa, explica Luhmann, no puede depender de condiciones futuras, porque de esta manera el derecho no podría cumplir su función de generalizar expectativas. Otra cosa es que las normas contengan referencias a situaciones futuras: en este caso, no pierden su validez si el futuro no se cumple¹⁹².

Los programas condicionales también permiten al sistema aprender e introducir modificaciones. Mientras el código no varía, los programas sí pueden variar según las circunstancias, y son expresión de la autopoiesis del sistema.

2.5.3. El derecho y sus alternativas

Como hemos visto, Luhmann identifica como función primaria del derecho la de formar y reproducir expectativas de conducta generalizadas de manera congruente. En segunda instancia, la de proveer los mecanismos que aseguren su cumplimiento. En cuanto al *primer aspecto*, el autor señala que la función de “síntesis reguladora” del derecho no es ajena a otras formas de “normatividad”, como las normas sociales, que constituyen un fundamento imprescindible de las interacciones¹⁹³. Cotidianamente, en efecto, los individuos se guían por mecanismos elementales de formación de expectativas, que producen “*ordenamientos estables*” (aunque todavía inexplorados) y que Luhmann define como una *subyacente estructura de certeza* de las expectativas, que refuerza el mismo derecho positivo¹⁹⁴.

El problema, explica el autor, es que en la experiencia factual, esto es, en las *configuraciones normativas de los sistemas menores*¹⁹⁵, una regla siempre puede modificarse para armonizar las expectativas de manera concreta, caso por caso. El derecho, en cambio, regula expectativas de manera general, garantizando de esta forma su estabilidad.

Por lo que se refiere al *segundo aspecto*, nos encontramos con un problema similar. La incertidumbre derivada de las decepciones no se puede resolver, dice el autor, caso por caso. Ni es posible dejar el tratamiento de las decepciones al individuo concreto, ya que su reacción podría ser imprevisible. Es por ello que es necesario prever el cómo se pueden mantener, o incluso realizar, las expectativas de uno, a

192 LUHMANN, “The self-reproduction of law and its limits”, cit.

193 LUHMANN, *Sociologia del diritto*, cit., p. 49-50

194 LUHMANN, “Le norme nella prospettiva sociologica”, cit., p. 83

195 LUHMANN, *Sociologia del diritto*, cit., p. 49

pesar de su decepción. La expectativa, en otras palabras, debe poder permanecer firme, más allá de la decepción.

Ahora, en situaciones de interacción no equivocadas, existen diferentes estrategias para cumplir con esta función: explicaciones, justificaciones, disculpas, etc.. Las disculpas, por ejemplo, sirven para confirmar que la expectativa era justificada, y eso más allá de que sean ficticias o no: “*lo importante es que se pueda pensar en general en un consenso general sobre la obligatoriedad*”¹⁹⁶ de la expectativa. Sin embargo, se trata de mecanismos que pueden, a lo sumo, estabilizar las expectativas de manera temporal, no social o material. Para eso, serían necesarios procesos de institucionalización y generalización, que formaciones normativas diferentes al derecho no pueden asegurar.

Considérese por ejemplo, el vínculo que se origina en un *contrato*.

Los procesos de comunicación, explica el autor, obligan a auto-representaciones vinculantes¹⁹⁷. Más precisamente, *cualquier auto-representación, que se efectúe en presencia de terceros, genera alguna forma de vínculo*. Ello es así porque, en la interacción social, la identidad se construye sobre la base de expectativas recíprocas: si yo quiero mantener firme mi identidad, presupongo que el otro también lo quiera. Por lo tanto, si declaro algo, mi declaración genera una expectativa normativa en el otro, cuya violación tendré que justificar. Este sería, en opinión de Luhmann, el mecanismo que está en la base de principios (de otra forma demasiado indefinidos) del tipo *pacta sunt servanda* y del vínculo con la palabra dada.

Ese tipo de vínculo es necesario tanto dentro como fuera del campo de las obligaciones jurídicas, sobre todo en condiciones de alta complejidad social.

El contrato va más allá: deja que las partes se vinculen con declaraciones recíprocas y utiliza la aceptación para corregir la posibilidad de arbitrio. Además, libera el ordenamiento jurídico de la tarea de proveer regulaciones: “*Los acuerdos se fundan por ellos mismos y no necesitan presuponer o crear normas, en el contexto objeto de su regulación.*”¹⁹⁸.

196 Traducción mía, original en italiano: “l'unica cosa importante è che si possa pensare, in generale, ad un consenso sulla doverosità”. Cfr. LUHMANN, *Sociologia del diritto*, cit., p. 76

197 LUHMANN, *Sociologia del diritto*, cit. p. 43, Véase también *supra*, a propósito de la consolidación de las selecciones en el proceso de gestión de la doble contingencia.

198 Traducción mía, original en italiano: “Gli accordi si fondano da soli e non hanno bisogno, nell'ambito da essi regolato, né di presupporre, né di creare norme.”. Cfr. LUHMANN, *Sociologia*

Sin embargo, el vínculo que las partes contraen en estos contextos *no es generalizable*, en el sentido de que no se puede esperar que se repita socialmente.

Además, es frágil y puede romperse en cualquier momento. Es por ello que hace falta institucionalizar roles como garantía de la estabilidad del vínculo, cuyas decisiones sean eficaces de manera general (los jueces).

Los movimientos para la *de-legalización o la justicia informal*, según Luhmann, no tienen en cuenta tales aspectos.

Su crítica a la proliferación de leyes, a la inflación del derecho, y a la juridificación de los mundos de vida, pierde de vista el punto esencial, que es el de si y del cómo el sistema legal puede convivir con la economía monetaria y con políticas del estado del bienestar.

Advierte el autor que los promotores de la des-legalización no distinguen entre derecho e instituciones jurídicas, y es por ello que propugnan un desplazamiento de algunos aspectos específicos del derecho hacia otros campos (ej., de la decisión judicial al arbitraje), o la completa exclusión de determinadas áreas de la esfera del derecho.

Sin embargo, limitar o eliminar el derecho abriría la puerta a intervenciones arbitrarias por parte de quienes detentan el poder, o a las presiones morales de “ciudadanos bienintencionados”¹⁹⁹.

Por ejemplo, los equivalentes funcionales que el movimiento de de-legalización va impulsando en el campo de la resolución de conflictos representan, en opinión de Luhmann, una renuncia a generar y a reproducir derecho. Ello es así porque los conflictos, tratados de forma alternativa, dejan de representar una fuente para la generalización de expectativas: “ [...] *el uso efectivo de estas alternativas significa una renuncia a razones, ocasiones y situaciones que permiten establecer y reproducir el derecho. Los conflictos ya no se usan para generalizar expectativas, sino que se los consideran como conflictos de una manera ad hoc y se los elimina cada vez que sea posible.*”²⁰⁰.

del diritto, cit. p. 92

199 LUHMANN, “The unity of legal system”, cit., p. 30

200 Traducción mía, original en inglés: “*But the actual use of these alternatives means a renunciation of motives, occasions and situations for the establishment and reproduction of law. Conflicts are no longer used to generalize expectations but are regarded as conflicts in ad hoc fashion and are eliminated whenever possible.*”. Cfr. LUHMANN, “The unity of legal system”, cit., p. 31

Además hay que considerar que, dado que el sistema legal contiene todas las comunicaciones que pueden inscribirse dentro del código legal/ilegal, incluso la decisión de tratar un caso sin utilizar instrumentos jurídicos, es una comunicación que se inscribe dentro de ese código.

Es por ello que cualquier estrategia de de-legalización puede considerarse, a lo sumo, una propuesta para reestructurar el sistema legal²⁰¹.

Y es por ello también que, por mucho que se trate de desalentar a las personas a usar el derecho (con la argumentación de que es costoso, lento, congestionado o no está de moda), se trata de intentos poco afortunados de hacer del derecho algo irrelevante.

Asimismo, Luhmann está convencido de que no tiene mucho sentido hablar de “alternativas” fuera de un (sub)sistema.

Por la propiedad del cierre operacional, la sociedad no puede “proveer alternativas” a los sistemas parciales (ni un subsistema a otro): es decir, no puede proporcionarles equivalentes funcionales, porque éstos están organizados con vista a las funciones de cada subsistema y son internos a ellos: en este sentido, “*ningún subsistema funcional puede resolver los problemas internos de otro sistema.*”²⁰².

Si concebimos la alternativa como algo que viene desde fuera del sistema (como su entorno), entonces tenemos que admitir que los efectos que tenga dependen de como el sistema la integre en su autopoiesis.

Por lo tanto, podemos concluir que lo que se llama “alternativa” termina siendo un producto de la autopoiesis del derecho, y por lo tanto, derecho mismo.

Diferentes son los intentos de desplazar el problema de resolver la complejidad “fuera” del sistema legal. En estos casos, según Luhmann, tampoco tiene sentido hablar de alternativa, dado que se trata de soluciones construidas *extra-legal*²⁰³.

2.5.4. ¿Es el derecho un medio adecuado de gestión de la complejidad social?

Con el incremento de la diferenciación funcional y estructural típica de la sociedad

201 LUHMANN, “The self-reproduction of law and its limits”, cit.

202 Traducción mía, original en inglés: “*no functional subsystem is able to solve the core problems of another system.*”. Cfr. LUHMANN, “The self-reproduction of law and its limits”, cit., p. 120. Además, no hay manera de ver la “alternativa” como algo que no sea un equivalente funcional y el hecho de ser un “equivalente” incluye necesariamente la “alternativa” dentro al sistema.

203 LUHMANN, “The self-reproduction of law and its limits”, cit., p. 123

moderna, se produce también una sobrecarga de expectativas incompatibles de crecimiento, es decir, se incrementa el número de las expectativas hacia el futuro que, aunque se basen en posibilidades concretas, no se pueden realizar todas juntas. En tal contexto, cabe preguntarse si el derecho pueda cumplir efectivamente con su función de garantizar expectativas.

El problema, según Luhmann, es si el derecho puede normativizar cada vez más, o si en cambio el límite de lo que puede normativizarse, en una forma que tenga sentido, no haya sido ya alcanzado. El aumento de derecho puede, en efecto, resultar contraproducente²⁰⁴.

La cuestión es que, cuanto más aumenta la complejidad social, tanto más aumenta la complejidad del derecho (en términos de incremento de regulaciones, cambios legislativos, etc.). En este sentido, su plasticidad le permite al derecho anticipar la contingencia y, consecuentemente, hacer frente a la complejidad de la sociedad, aumentando su complejidad interna. Sin embargo, el derecho necesita mantener también su congruencia interna, y por lo tanto no puede seguir expandiendo indefinidamente su complejidad: el sistema necesita alcanzar y mantener un nivel de complejidad adecuada²⁰⁵.

Ante tal situación, el autor señala la oportunidad de que la sociedad proceda a una ulterior diferenciación y especificación de las funciones. El derecho no puede cumplir con funciones de planificación social, además porque es imposible controlar los efectos subsiguientes y colaterales de las intervenciones sociales a través del derecho. Es por tanto necesario, *primero*, mantener separados el derecho (en cuanto instrumento de garantía de las expectativas y de regulación de conflictos) de los demás instrumentos que sirven a la planificación social, al menos desde el punto de vista analítico. En *segundo* lugar, cabe plantearse el problema de la compatibilidad (adecuación) del derecho en una situación en la que la programación social se construye según los criterios propios de otros subsistemas funcionales.

Para que pueda seguir cumpliendo su función en una situación de cada vez mayor contingencia e interdependencia, entonces, es necesario que el derecho se haga

204 LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit.

205 LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit.

más abstracto, incluso utilizando recursos funcionalmente equivalentes²⁰⁶.

La propuesta reaparece elaborada de manera original en los estudios de Gunther Teubner sobre derecho reflexivo.

2.6. Gunther Teubner

Teubner puede considerarse uno de los más representativos continuadores de la reflexión de Luhmann, sino el más representativo.

Basándose ampliamente en la teoría de su maestro, Teubner desarrolla una línea de pensamiento original, que va desde una elaboración propia del concepto de autopoiesis legal, hasta la propuesta de un derecho reflexivo. Sus ideas sobre un derecho que limita su alcance a la regulación indirecta de procedimientos, sin organizar directamente la “vida” de los diferentes subsistemas que componen la sociedad, es de gran interés para comprender el papel de la mediación como fuente de regulación social.

2.6.1. Autopoiesis legal

Uno de los méritos de la teoría de sistemas sociales autopoieticos, con respecto a las viejas teorías sistémicas, ha sido – según el autor - el de haber aclarado la razón del fracaso de muchos de los intentos de introducir cambios en los diferentes subsistemas sociales a través de la legislación.

Tratándolos simplemente como sistemas abiertos, adaptables a su entorno, y por lo tanto causalmente influenciados y modificables por la acción de éste, las antiguas teorías no tenían en cuenta su naturaleza auto-organizadora, y por lo tanto no tenían una capacidad de análisis y de comprensión suficientemente compleja.

En cambio, poner el acento en el aspecto de la autopoiesis significa reconocer que un sistema forma sus elementos a partir de sus propios elementos, que es autónomo, que está operacionalmente cerrado, y que reproduce circularmente sus elementos, sus estructuras, sus límites y su unidad.

En consecuencia, no es correcto afirmar que el sistema se adapta a su entorno, sino que se adapta a sí mismo, a su autodescripción: “[...] una auto-descripción que,

206 LUHMANN, *La differenziazione del diritto*, cit.. La mediación podría entenderse como un recurso de este tipo, si se averiguara que es capaz de cumplir las mismas función del derecho (*vid infra*, tercera parte)

*como un programa interno de regulación, organiza los procesos del sistema de manera que éste corresponde a esta auto-descripción en su operaciones y en consecuencia se autoreproduce continuamente a través de su operaciones*²⁰⁷.

Si estuviera expuesto a la influencia causal del entorno (esto es, si fuera un sistema abierto), el sistema perdería su estabilidad: esta es la razón por la que hay que postular la auto-referencialidad de los sistemas.

En otras palabras, si el sistema fuera abierto, su mantenimiento y reproducción estarían basadas en factores externos y en la casualidad, en vez de estarlo en operaciones organizadas sistemáticamente, es decir, en un programa interno de regulación.

Concretamente, el derecho es un sistema autopoietico de segundo orden con respecto a la sociedad.

El derecho es por lo tanto un (sub)sistema *autónomo*, que constituye sus propios elementos (los actos jurídicos) y los reproduce según un mecanismo de circulación autopoietica: acto jurídico → cambio legal → acto jurídico (*legal act – legal change – legal act*).

Asimismo, el derecho es un sistema *autopoietico* en la medida en que, no solamente sus elementos, sino también sus estructuras, sus procesos, sus límites y sus entornos, son ciclicamente auto-constituidos de manera congruente.

El camino del derecho hacia la autopoiesis empieza cuando la comunicación jurídica se especializa, esto es, se diferencia de la comunicación social general y, de manera inevitable, empieza a aplicarse a sí misma. En palabras de Teubner: "*las comunicaciones legales tematizan las comunicaciones legales en términos legales*"²⁰⁸.

El derecho empieza así, de forma emergente, a describir sus componentes según categorías jurídicas, es decir, empieza a establecer las premisas para la validez de

207 Traducción mía, original en inglés: "[...] a self-description which, as an internal regulation program, organizes the system processes in such a way that it corresponds to this self-description in its operations and consequently produces itself continuously by means of its operations.". Cfr. TEUBNER, Gunther, "Evolution of autopoietic law", en: TEUBNER, Gunther, *Autopoietic law: a new approach to law and society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 217-241, p. 220

208 Traducción mía, original en inglés: "*legal communications thematizes legal communications in legal terms*". Cfr. TEUBNER, "Evolution of autopoietic law", cit. p. 222

actos o normas jurídicas. De allí la afirmación de Teubner, de que en la auto-referencialidad está la base de la autonomía del derecho: “*De este modo, actos jurídicos, reglas jurídicas, procedimientos jurídicos y doctrinas jurídicas emergen como un fenómeno auto-referencial. Esta auto-referencia es la fundación misma de la autonomía legal.*”²⁰⁹.

El conflicto social es el punto donde arranca el proceso de evolución. En otros términos, el “derecho” emerge cuando: a) los conflictos evidencian una diferencia entre expectativas que requieren una decisión, b) una de las dos expectativas es definida como válida y, por lo tanto, c) una determinada conducta es declarada correcta²¹⁰.

Estamos aquí observando todavía un derecho creado “allopoieticamente”, porque las expectativas siguen derivando de fuentes externas como, por ejemplo, una comunicación difusa que produce normas sociales, o dinámicas de poder que determinan autoritariamente la validez de las expectativas, o religión, o moral, etc.

Es cuando la comunicación legal se especializa, y por tanto cuando la distinción entre lo correcto y lo incorrecto se universaliza, que podemos empezar a hablar de cierta diferenciación del derecho. La auto-referencialidad es el paso sucesivo: el sistema vuelve de nuevo a crear sus componentes, que son ahora diferentes a los de otros subsistemas sociales.

La organización autopoietica del sistema está completa cuando una circularidad de producción de elementos emerge, por la que actos, normas, procedimientos y doctrina se constituyen de manera auto-referente y congruente²¹¹.

A partir de ese momento, explica Teubner, ya no puede decirse que la evolución del derecho se debe a mecanismos externos, o sociales (lo cual sólo puede afirmarse en relación a un estadio “pre-autopoietico”²¹²). Eventuales cambios evolutivos en el

209 Traducción mía, original en inglés: “*Thus, legal acts, legal rules, legal procedures, and legal doctrines emerge as self-referential phenomena. Their self-referentiality is the very foundation of legal autonomy.*”. Cfr. TEUBNER, “Evolution of autopoietic law”, cit. p. 222

210 En tal sentido, la mediación no es “todavía” derecho, según el autor: “*en particular, la terminación del conflicto a través de la opresión, la reivindicación basada en el puro poder, la mediación, el arbitraje, el puro compromiso, etc., todavía son formas no jurídicas de resolver el conflicto*” [trad. mía]. Cfr. TEUBNER, “Evolution of autopoietic law”, cit. p. 222

211 Ejemplo de este tipo de mecanismo, nos dice el autor, son las normas secundarias de Hart, que permiten al sistema disponer de criterios internos para la creación de otras normas.

212 En un estadio pre-autopoietico, la variación del derecho depende de la variación de las estructuras sociales, mientras que la selección de las normas se basa en la aprobación social y

sistema legal, entonces, pueden darse cuando circunstancias externas los “estimulan”, pero ya no se puede hablar de una relación causal. En otras palabras, pueden ocurrir *variaciones* si, y sólo si, éstas están determinadas estructuralmente dentro del sistema: los estímulos externos pueden, a lo sumo, “modular” la variación. Es por ello que, según el autor, los conflictos sociales pueden solamente estimular, nunca “causar”, la definición jurídica del conflicto. Y es por ello también que ésta resultará diferente a la que puedan utilizar dos contendientes. En palabras de Teubner: “*Los conflictos sociales estimulan procesos legales internos; modulan la formulación jurídica de los conflictos normativos, que en última instancia son responsables de las innovaciones legales, pero que tienen poco en común con los conflictos socio-normativos de las partes en disputa. De aquí, la protesta en contra de «la expropiación de los conflictos» [...] De aquí la razón de un movimiento idealista de de-legalización [...] y de las alternativas al derecho*”²¹³.

Debido a su autonomía, explica el autor, el derecho incorpora los discursos cotidianos de otros subsistemas, pero al mismo tiempo los modifica, los reconstruye, les atribuye un significado algo diferente. Si se trata de contenidos que tienen que ver con el conflicto, los reemplaza con constructos jurídicos.

El derecho, por tanto, produce una realidad legal autónoma y. sin embargo, al mismo tiempo no queda inmune de las interferencias de otros discursos. Es lo que Teubner llama “trampa epistémica”²¹⁴.

Ello no significa que los diferentes discursos se mezclen en una especie de discurso superior, o que haya un intercambio de información entre ellos. Lo que pasa es que en cada uno de los subsistemas, la información se vuelve a constituir de nuevo (*constituted anew*)²¹⁵.

la retención en mitos sociales, doctrinas, filosofías e ideologías. Cfr. TEUBNER, “Evolution of autopoietic law”, cit.

213 Traducción mía, original en inglés: “*Societal conflicts trigger off internal legal processes; they modulate the legal formulation of norm conflicts, which in the end are responsible for legal innovations, but which have little in common with the social norm conflicts of the disputing parties. Hence the protest against 'expropriation of conflicts' [...]. Hence the motive for an idealistic de-legalization movement [...] and for alternatives to law.*”. Cfr. TEUBNER, “Evolution of autopoietic law”, cit. p. 233. Asimismo, el proceso de selección ya no se basa en la aprobación social, sino en la aprobación interna del sistema, que define las pre-condiciones para que se dé un cambio, mientras que la retención está a cargo de la auto-referencia

214 TEUBNER, Gunther, “How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law”, *Law & Society Review*, Vol. 23, N. 5 (1989), pp. 727-758, p. 745

215 Sobre el tema de las mutuas influencias entre discursos, se volverá más adelante. Véase

Por último, hay que tener en cuenta que la evolución de un sistema se da dentro de un sistema más amplio, que es la sociedad. En otras palabras, el proceso de evolución avanza junto con el proceso de evolución de otros sistemas. Teubner habla por tanto de co-evolución y de la necesidad de coordinar los procesos de interacción entre los diferentes subsistemas²¹⁶.

2.6.2. Juridificación

La juridificación es una hiper-regulación de las diferentes áreas sociales a través de intervenciones legislativas. Éste fenómeno ha sido ampliamente estudiado por la sociología del derecho²¹⁷. Se trata de un aspecto de especial interés, en el marco del presente trabajo, porque la mediación misma está siendo progresivamente sometida a una intensa actividad de regulación jurídica.

En relación a esta cuestión, Teubner no niega las evidencias empíricas que señalan la tendencia hacia la juridificación, sin embargo afirma que el tema está mal enfocado.

Primeramente, entiende que se lo define de manera imprecisa. Para él, la juridificación es un fenómeno complejo, que va más allá de una supuesta proliferación de leyes, y que tiene que ver, más bien, con un tipo concreto de derecho, es decir, con aquel propio del Estado del bienestar.

Describirlo como un problema de *crecimiento*, esto es, como una imparable expansión de normas y reglamentos que mermaría la credibilidad y la legitimidad del derecho, no ayuda a su comprensión. Se trata, según el autor, de una lectura reduccionista, que olvida el análisis de los aspectos cualitativos, es decir el análisis del cómo el crecimiento afecta al derecho y qué cambios produce en él y en otros subsistemas. Además, no considera la perspectiva histórica, que da cuenta de cómo la preocupación por el incremento de legislación no sería una novedad reciente.

Sería más útil, en cambio, analizar cómo el fenómeno se produce en las

también TEUBNER, Gunther, "*De collisione discursuum*: communicative rationalities in law, morality, and politics", *Cardozo Law Review*, Vol. 17 (1995-1996), pp. 901-918

216 TEUBNER, "Evolution of autopoietic law", cit.

217 Una reseña significativa por lo que se refiere a América del Norte puede encontrarse por ejemplo en GALANTER, Marc, "Law abounding: legalisation around the North Atlantic", *The Modern Law Review*, Vol. 55, N.1 (1992), pp. 1-24. Alude a una tendencia opuesta en América Latina: PERUZZOTTI, Enrique, "Modernization and juridification in Latin America: a reassessment of the Latin American developmental path", *Thesis Eleven*, N. 58 (1999), pp. 59-82

circunstancias históricas presentes, donde el Estado intervencionista genera un modelo de derecho que pretende regular de forma directa el funcionamiento de los diferentes subsistemas sociales. El análisis debería por lo tanto centrarse en lo apropiado o lo inapropiado de los procesos de juridificación, desde el punto de vista social y político, en determinadas áreas sociales.

Los intentos recientes de la sociología jurídica, para describir el fenómeno desde una *vertiente cualitativa*, tampoco aparecen del todo adecuados a su comprensión.

Ello es así porque, desde la perspectiva sociológica, la juridificación se describe como un proceso en el que la formalización y la judicialización “expropián” los conflictos y los distorsionan, es decir, los “arrancan” de sus contextos “naturales” y los transforman. De esta forma, se pone en duda la capacidad del derecho de cumplir con su supuesta función primaria, que sería la de resolver conflictos: “*En esta visión, la juridificación no resuelve los conflictos, sino que los aliena. Mutila el conflicto social, reduciéndolo a un caso legal y por ende excluye la posibilidad de una resolución adecuadamente orientada al futuro y socialmente satisfactoria*”²¹⁸.

Desde esta perspectiva es lógico entonces que se propongan procedimientos informales para resolver los conflictos. Estas propuestas se basan en la idea de que las personas tienen la capacidad para gestionarlos y están inspiradas en experiencias culturalmente e históricamente ajenas: mediación, arbitraje, procedimientos extrajudiciales, *community courts*²¹⁹.

Como se verá más adelante, Teubner critica el movimiento a favor de las alternativas por su irrelevancia, tanto para dar satisfactoriamente cuenta del fenómeno de la juridificación, como para cumplir con la función típica del derecho, como para contrarrestar el supuesto aluvión legislativo en los mundos de vida.

El incremento de leyes, entonces, hay que analizarlo como medio de control e

218 Traducción mía, original en inglés: “*In this view juridification does not solve conflicts but alienates them. It mutilates the social conflict, reducing it to a legal case and thereby excludes the possibility of an adequate future oriented, socially rewarding resolution.*”. Cfr. TEUBNER, Gunther, “Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions”, en: TEUBNER, Gunther (Ed.), *Juridification of social spheres. A comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, pp. 3-48, p. 8

219 “*Estudios comparativos jurídicos y antropológicos de las conversaciones Kbelle en Africa, del fenómeno del arbitraje en Japón y de las cortes populares bajo el socialismo real sirven de inspiración a estas «alternativas al derecho»*”. Cfr. TEUBNER, “Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions”, cit., p. 18 [Trad. mía]

intervención, típico del Estado del bienestar, y preguntarse por su deseabilidad y su legitimidad.

Teubner afirma que la juridificación representa una fuente importante de autonomía y seguridad jurídica. Sin embargo, al mismo tiempo también limita la libertad de los individuos, además de ser un proceso que no se puede ni parar ni revertir.

Por lo tanto, es necesario tratar de contener sus consecuencias disfuncionales, conservando su función de garantía. El problema no es, en definitiva, la cantidad de derecho presente en la sociedad, sino las modalidades de su funcionamiento.

De allí deriva la propuesta de Teubner por un derecho que no regule directamente las áreas sociales, sino que *controle sus procesos de auto-regulación*.

Los efectos negativos de la juridificación, señala el autor, aparecen porque el derecho regulador aplica sus propios criterios en áreas donde operan otros criterios: cada subsistema opera con su propia lógica, que no siempre se armoniza fácilmente con la lógica de los demás subsistemas.

La introducción de “*estrategias de derecho constitutivas*”, es decir, de marcos jurídicos estructurales para la auto-regulación social, resolvería el problema: “*En síntesis: en vez de regular directamente la conducta social, el derecho se limita a regular la organización, los procedimientos y la redistribución de las competencias*”²²⁰.

Procedimentalización, regulaciones negociadas, programas relacionales, procedimientos semi-formales, coordinación jurídica de racionalidades sistémicas diferentes, son los conceptos clave del programa propuesto por el autor.

Con especial referencia a las regulaciones negociadas, Teubner plantea una intervención donde el derecho substantivo crea y regula sistemas de negociación a *la sombra de la ley*²²¹. La creación de un marco jurídico para las negociaciones, donde esté presente la amenaza de la sanción, permitiría a las partes lograr

220 Traducción mía, original en inglés: “*In short: instead of directly regulating social behavior, law confines itself to the regulation of organization, procedures and the redistribution of competences*”. Cfr. TEUBNER, “Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions”, cit., p. 34

221 El autor toma prestada la expresión de un conocido artículo de Robert H. Mnookin and Lewis Kornhauser, en el que los autores analizaban el papel del derecho en proporcionar un marco legal a las regulaciones privadas elaboradas en las negociaciones en los casos de separación y divorcio. Cfr. MNOOKIN, Robert H., KORNHAUSER, Lewis, “Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce”, *The Yale Law Journal*, Vol. 88 (1978-1979), pp. 950-997

soluciones cooperativas, más respetuosas de las exigencias específicas de la situación concreta²²².

Hay aquí, *in nuce*, la idea de *derecho reflexivo*, es decir la de un derecho cuya tarea no es la modificación directa de las estructuras de los subsistemas, sino la de estimular una transformación interna y de regular la interacción entre sistemas.

2.6.3. El derecho reflexivo

El autor construye su propuesta acerca de la función que el derecho cumpliría en las sociedades modernas altamente diferenciadas, sirviéndose de los aportes de las teorías neo-evolucionistas de Nonet y Selznick, por un lado, y de Habermas y Luhmann, por el otro.

Partiendo de que la crisis del derecho moderno tiene que ver con las tendencias hacia la re-materialización del mismo y con su utilización para finalidades de regulación directa de los diferentes subsistemas sociales, Teubner plantea la *necesidad de pensar el derecho en su dimensión reflexiva*.

Como señala Habermas, en el capitalismo organizado, los diferentes subsistemas sociales experimentan crisis sucesivas que el Estado intenta resolver parcialmente y que dan lugar a cambios en las estructuras normativas. El derecho formal, entonces, *“desarrolla una racionalidad material caracterizada por el particularismo, la orientación hacia los resultados, un enfoque de política social instrumentalista y una legalización en aumento en lo que anteriormente eran procesos sociales autónomos”*²²³.

Mientras que el derecho formal clásico proveía un marco abstracto dentro del cual tenía la posibilidad de desarrollarse la autonomía social, el nuevo derecho (que el autor llama *regulador*): a) se caracteriza por una racionalidad material, b) tiene la función de realizar las exigencias del estado social, c) encuentra su legitimación en los resultados que logra y d) su estructura tiende a ser particularista, orientada a los

222 Una demostración empírica del funcionamiento de este modelo de derecho se puede encontrar en el derecho laboral y en el régimen de contratación colectiva. Según Teubner, sin embargo, el modelo podría no tener otro tanto éxito en otros campos, cuya capacidad de organización no es tan eficaz como la de los sindicatos (por ej. en el campo de consumo).

223 BOURDIEU Pierre; TEUBNER Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2000, p. 124

propósitos y dependiente de la contribución de las ciencias sociales²²⁴.

La tendencia hacia la materialización del derecho, sin embargo, encuentra límites importantes en la complejidad de los procesos sociales y económicos, frente a la que las estructuras burocráticas y legales no disponen de modelos de realidad que sean lo suficientemente sofisticados para intervenir de manera eficaz.

Debido a la alta diferenciación funcional de los subsistemas, cada uno con su propia racionalidad, el derecho pierde su capacidad de integrar normativamente la sociedad. Es más: si la tendencia hacia la materialización se volviera estable, explica el autor, esto causaría una “regresión” de la sociedad, y no una re-integración²²⁵.

Para evitar tal resultado, hace falta pensar en mecanismos integradores que funcionen de manera descentralizada. En otras palabras, es necesario un derecho que pueda compatibilizar las diferentes racionalidades y los diferentes propósitos de los subsistemas sociales, resolviendo los conflictos intersistemicos a través de una regulación procedimental específica²²⁶.

Ello es así porque toda la sociedad es un sistema a cuya autoreferencialidad contribuye cada uno de los subsistemas. La interacción de los diferentes subsistemas se puede ver como una interacción autoproductora entre elementos de un sistema más amplio.

En este contexto, siendo diferente de los programas condicionales del derecho formal y de los propósitos del derecho instrumental, el tipo de derecho propuesto por el autor sirve para hacer compatibles las autopoiesis de los subsistemas, garantizando su autonomía y al mismo tiempo la estabilidad del sistema social.

Para ello, el derecho necesita desarrollar su *dimensión reflexiva*.

Sabemos por Luhmann que, como cualquier otro subsistema, el derecho también dispone de 3 orientaciones diferentes: función (hacia el sistema social), operación

224 TEUBNER, “Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions”, cit.. Un ejemplo de esta forma de proceder se encuentra en el derecho de contratos, donde se puede observar la tendencia hacia una materialización en la identificación de las condiciones mínimas y en el control judicial del contenido de los acuerdos. Asimismo, señala el autor, el derecho de las organizaciones privadas ha ido “materializándose”, a través de una cada vez más profunda regulación estatal del comportamiento asociativo. Cfr. BOURDIEU/TEUBNER, *La fuerza del derecho*, cit.

225 BOURDIEU/TEUBNER, *La fuerza del derecho*, cit.

226 El autor usa la expresión “*relational program*” para describir este tipo de regulación. Cfr. TEUBNER, Gunther, “After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law”, en: TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin: Walter de Gruyter, 1986, pp. 299-321

(hacia otros subsistemas) y reflexividad (hacia sí mismo). Sabemos también que: a) su *función* es la de identificar, para toda la sociedad, expectativas generalizadas de manera congruente; b) su *operación* es la de resolver aquellos conflictos que los subsistemas no pueden resolver por sí solos, y que c) su *reflexividad* sirve para armonizar función y operación mediante la imposición de restricciones internas.

Según Teubner, restringiendo la dimensión de la operación, el derecho puede cumplir mejor su función. El derecho funcionará mejor si la operación legal fuera limitada a “*formas más indirectas, más abstractas de control social*”²²⁷. Ello permitiría tener en cuenta la diferenciación entre subsistemas y la correspondencia necesaria entre normas jurídicas y estructuras de oportunidad subsistemicas. De otro modo, las estructuras sociales podrían no acatar la regulación legal.

El derecho reflexivo, por tanto, no impone regulaciones externas sobre funciones y operaciones, sino que *proporciona normas procedimentales y promueve mecanismos de reflexividad interna de cada subsistema*. En palabras del autor: “*El papel del derecho es decidir sobre decisiones, regular regulaciones y establecer premisas estructurales para decisiones futuras en cuanto a organización, procedimiento y competencias. Los resultados específicos en otros subsistemas sociales estarán influenciados por el papel del derecho a la hora de establecer los parámetros del procedimiento de decisión. Pero no serán mandatos legales, porque el derecho no habrá determinado taxativamente esas decisiones [...] El derecho realiza su propia orientación reflexiva en tanto que proporciona las premisas estructurales para los procesos reflexivos en otros subsistemas sociales.*”²²⁸.

El derecho reflexivo, en definitiva, sólo controla los procesos auto-reguladores de los diferentes subsistemas. Sería éste el caso del derecho laboral, donde la regulación de la contratación colectiva se centra en la organización de la negociación a través de normas procedimentales. También las normas que regulan la tutela de los consumidores, donde el sistema legal asume la tarea de coordinar el proceso y obligar al acuerdo, podrían en futuro representar una forma de derecho reflexivo²²⁹.

227 BOURDIEU/TEUBNER, *La fuerza del derecho*, cit., p. 133

228 BOURDIEU/TEUBNER, *La fuerza del derecho*, cit., p. 135-136

229 BOURDIEU/TEUBNER, *La fuerza del derecho*, cit.

2.6.4. Irrelevancia de las alternativas al derecho

Frente al fenómeno de la materialización del derecho, y considerando que los conflictos modernos han alcanzado un grado tal de complejidad y de especialización que el derecho ya no tiene la capacidad de enfrentarlos, una parte importante de literatura sociológica se inclina, no hacia un derecho reflexivo, sino hacia la de-legislación, las alternativas al derecho, la justicia informal, etc.

El autor considera *idealistas* las pretensiones de resolver el problema de la inflación del derecho a través de un movimiento hacia “menos derecho”.

- En *primer* lugar, no todas las soluciones institucionalizadas a los conflictos deberían identificarse con el derecho. Para que se dé derecho, como vimos arriba, hace falta un proceso de identificación, definición y solución de los conflictos que determine qué expectativas son válidas y qué conducta es la correcta, sobre la base de criterios universales (según el código legal/ilegal). En procesos como la mediación, el arbitraje, o el puro compromiso, tales condiciones no se realizan: se trata por tanto de formas normativas no jurídicas, que además tratan el conflicto de forma particular y no generalizable²³⁰.

Es por ello que no cumplen con la función más importante del derecho, que es la de generalizar y estabilizar expectativas y, en definitiva, de regular el funcionamiento de la sociedad²³¹.

- En *segundo* lugar, la de-regulación no puede considerarse una estrategia de contraste de la inflación de legislación. Ello es así porque la juridificación es un proceso que no se puede revertir, y que como mucho se puede canalizar, por tanto de-legalizar no serviría de nada: “Y es probable que, desde una perspectiva de desarrollo más amplia, cualquier de-legalización de los conflictos se revelaría meramente marginal. La ya completa diferenciación funcional de las sociedades con estructuras de estado del bienestar no permite alternativas al derecho; como mucho permite alternativas dentro del derecho.”²³².

230 TEUBNER, “Evolution of autopoietic law”, cit.

231 TEUBNER, “Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions”, cit.

232 Traducción mía, original en inglés: “And in the larger perspective of development any delegalization of conflicts is likely to be merely marginal. The already completed functional

Por tanto, hay que abandonar las pretensiones de de-legalización, porque son ilusorias.

- Finalmente, el autor indica que un retorno a la justicia informal dejaría campo libre a que los conflictos se solucionen según imprevisibles dinámicas de poder.

3. Las teorías sobre el Pluralismo Jurídico

3.1. Introducción

Numerosos estudios dedicados al fenómeno del pluralismo jurídico han evidenciado la existencia de formas reguladoras autónomas, demostrando que la organización de la convivencia está a cargo de una pluralidad de fuentes normativas y/o jurídicas (entre las cuales, el Estado). En otras palabras, han constatado que, en un determinado “campo social”, operan simultáneamente diferentes órdenes normativos que tienen la capacidad de crear y mantener un sistema de obligaciones recíprocas, apto a garantizar estabilidad en el campo social de referencia.

Dado que nos estamos planteando la hipótesis de que la mediación es un procedimiento capaz de generar una regulación normativa autónoma, cuya efectividad está vinculada a la intersubjetividad del intercambio comunicacional en la formación de los acuerdos, más que a garantías jurisdiccionales, se hace necesario dar cuenta de las teorías que han venido documentando la existencia de fuentes heterogéneas de regulación²³³.

3.2. Origen y desarrollo del concepto de Pluralismo Jurídico

La producción científica sobre Pluralismo Jurídico es extenuada y por tanto propongo ordenarla según los criterios disciplinar, histórico y de relación con el derecho oficial.

differentiation of societies with welfare state structures does not permit 'alternatives to law'; at best it permits alternatives within law.”. Cfr. TEUBNER, “Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions”, cit., p. 12

233 Los estudiosos del pluralismo jurídico coinciden en rechazar la idea de que el ordenamiento jurídico estatal detenta el poder exclusivo de definir qué es derecho y qué no lo es: en examinar sus teorías, por lo tanto, sea tal vez necesario mencionar que el término “jurídico” no es usado, o no lo es casi nunca, como sinónimo de “normativo”.

a. El criterio del enfoque disciplinar.

El pluralismo jurídico ha sido estudiado tanto por juristas (iusfilósofos y sociólogos, sobre todo), como por antropólogos del derecho. En algunos casos, se trata de juristas más propensos a un estudio interdisciplinar, o de antropólogos con una formación jurídica previa.

Otras disciplinas, como la historia del derecho o la ciencias políticas, también han despertado el interés de los pluralistas²³⁴, si bien en épocas más recientes.

b. El criterio de desarrollo histórico del concepto

Se suele distinguir entre un pluralismo jurídico “clásico”, uno “nuevo” o moderno²³⁵ y uno pos-moderno.

El *pluralismo jurídico clásico* nace a caballo entre el siglo XIX y el XX, gracias a los estudios de antropología del derecho sobre los órdenes normativos de las sociedades coloniales y postcoloniales (Malinowski, Evans-Pritchard, Radcliffe-Brown, Hoebel, Mauss, etc), y también alimentado por las corrientes iusfilosóficas antiformalistas, pragmáticas y sociológicas (véase por ejemplo sociólogos como Georges Renard, Eugene Ehrlich, y Georges Gurvitch, y filósofos del derecho, como Santi Romano y Maurice Hauriou)²³⁶.

El *nuevo pluralismo jurídico* se desarrolla en la década de los '70, cuando se empieza a extender el concepto a las modernas sociedades industriales. El análisis de las relaciones entre ordenes jurídicos diferentes se centra entonces en las múltiples formas de regulación social, incluidos procesos como las transacciones cotidianas, que operan con relativa autonomía

234 TWINING, William, “Normative and legal pluralism: a global perspective”, *Duke Journal of Comparative & International Law*, Vol. 20 (2010), pp. 473-517

235 MERRY, Sally Engle, “Legal pluralism”, *Law & Society Review*, Vol. 22, N. 5 (1988), pp. 869-896. La definición encuentra un consenso casi unánime, aparece reiteradamente en las publicaciones sobre el tema y muy pocos autores ofrecen formulaciones alternativas. Una excepción en este sentido es Von Benda Beckmann, quien la rechaza por encontrarla artificial y engañosa, y propone a su vez hablar de un primer descubrimiento y de un descubrimiento tardío de órdenes normativos plurales. Cfr. VON BENDA BECKMANN, Franz, “Comment on Merry”, *Law & Society Review*, Vol. 22, N. 5 (1988), pp. 897-901, p. 900

236 Hay que añadir también la influencia del historicismo jurídico, la difusión de una visión conflictualista de los orígenes del Estado y los numerosos y acelerados cambios sociales de esa época. Cfr. GALLINO, Luciano, *Diccionario de Sociología*, Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2005

respecto al ordenamiento jurídico oficial (estatal): es decir, aquellas “*otras formas de regulación social que, en mayor o menor medida, se basan en los símbolos de la ley, pero que operan en su sombra, en sus recovecos, e incluso por la calle en las oficinas de mediación*”²³⁷.

Mientras que en un primer momento el nuevo pluralismo jurídico se interesó sobre todo por el carácter de dominación del derecho oficial, interpretado como un instrumento de represión de los mecanismos informales de regulación normativa, a partir de los años '80 los estudios empezaron a centrarse sobre las mutuas influencias entre las esferas formales e informales.

Con el término *pluralismo jurídico pos-moderno*, finalmente, los autores suelen referirse a la aparición de nuevas formas de autorregulación jurídica supranacional, generadas por la globalización, como la *lex mercatoria*, el derecho de internet, etc.²³⁸.

c. El criterio de la mayor o menor independencia de las fuentes normativas informales con respecto al ordenamiento jurídico estatal. La distinción, propuesta por Griffiths, entre un pluralismo jurídico “débil” y uno “fuerte”, es un ejemplo de este criterio de selección²³⁹. Entre las diferentes posiciones teóricas, entonces, se pueden distinguir las “débiles”, esto es, variantes del centralismo jurídico, que señalan la presencia de subsistemas o subtipos de regulación jurídica, admitidas y por tanto incluidas dentro del ordenamiento jurídico estatal; y las “fuertes”, que califican de “ilusión” la idea de que existe tan sólo una realidad jurídica y que por lo tanto cuestionan radicalmente la suposición de que el Estado sea la única fuente de legitimidad posible.

En mi reseña, utilizaré, por un lado, un criterio histórico, lo que permite apreciar la evolución, si no del fenómeno, al menos del concepto. Por otro lado, iré seleccionando aquellos autores que han hecho hincapié en aspectos especialmente

237 Traducción mía, original en inglés: “*other forms of social regulation that draw on the symbols of the law, to a greater or lesser extent, but that operate in its shadows, its parking lots, and even down the street in mediation offices*”. Cfr. MERRY, “Legal Pluralism”, cit., p. 874

238 Véase por ejemplo, *infra*, los aportes de Boaventura de Santos Sousa y de Gunther Teubner.

239 Cfr. GRIFFITH, John, “What is Legal Pluralism”, *Journal of Legal Pluralism*, N. 24 (1986), pp. 1-55

beneficiosos para la comprensión de los procesos de mediación, independientemente de su enfoque disciplinario o de su mayor o menor proximidad con posiciones “centralistas”.

3.2.1. Los precursores

Como anticipado, el concepto de *pluralismo jurídico* encuentra sus orígenes en la nueva mirada empirista propia del periodo a caballo entre los siglos XIX y XX. En este contexto, una visión sociológica, según la cual el Derecho no sería otra cosa que una construcción abstracta, de ninguna forma correspondiente con la realidad, empezó a contraponerse a una idea puramente normativa del derecho²⁴⁰.

La tradición del “monismo jurídico”, que abarca todas aquellas teorías que identifican en el Estado la única fuente posible de producción de normas jurídicas, y cuya representación más elocuente es la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen (1881-1973)²⁴¹, comenzó a ser cuestionada de manera firme y entusiasta²⁴².

Según la tradición monista, tan solo las normas que se pueden jerárquicamente referir, y que han sido producidas de manera conforme a la *norma básica*, constituyen un orden normativo jurídico²⁴³.

240 LLANO, Jairo Vladimir, “Teoría del Derecho y Pluralismo Jurídico”, *Criterio Jurídico*, Vol. 12 n.1 (2012), pp. 191-214.

241 Como es sabido, Kelsen describe el derecho como un conjunto de normas, organizadas según una pirámide jerárquica, cuyo fundamento último se encuentra en una norma superior, hipotética y abstracta, la norma básica (*Grundnorm*), la cual consiste en la aserción que “toda norma jurídica legítima (o sea, establecida con arreglo a derecho) debe ser observada”. HESPANHA, Antonio Manuel, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*, Ed. Tecnos: Madrid, 2002, p. 227

242 El monismo jurídico es una tradición derivada del nacimiento del Estado-nación a partir de la Revolución Francesa. La idea de que el Estado detenta el poder legítimo y exclusivo de vincular a los ciudadanos, imponiéndoles deberes y concediéndoles derechos, bien sea en fuerza de un contrato social preexistente, o de un interés general del que el Estado mismo es encarnación o garante, culmina en el advenimiento del Estado Constitucional, a nivel político, y en el desarrollo del positivismo legalista, a nivel teórico. Cfr. VOLKMER, Antonio Carlos, “Pluralismo Jurídico: Nuevo Marco Emancipatorio en América Latina”, en: AAVV., *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Ed. ILSA: Bogotá, 2003. El “monismo” ha sido y sigue siendo la doctrina predominante en Teoría del Derecho.

243 KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981. Kelsen reconoce que también el negocio jurídico, y el contrato como negocio jurídico típico, es un “hecho productor de derecho”, pero siempre y cuando se perfeccione según las normas generales que regulan la estipulación de contratos y que estatuyen sanciones: “*En un contrato acuerdan las partes contratantes deber comportarse recíprocamente de una determinada manera ... este acto es un hecho productor de normas jurídicas, en tanto y en cuanto el orden jurídico otorgue a ese hecho esa calidad, y se la otorga en tanto hace de la realización del hecho del negocio jurídico, junto con una conducta contraria a él, condición de una sanción civil. Al establecer el orden jurídico al negocio jurídico como un hecho productor de derecho, autoriza a*

Es obvio que, al establecerse criterios formales para distinguir lo que es jurídico (es decir, todo lo que está en conformidad con la norma fundamental) de lo que no lo es (todo el resto), cualquier regulación o práctica normativa ajena al ordenamiento jurídico estatal queda excluida de la definición de derecho y su eficacia subordinada o negada por el derecho estatal.

Los teóricos del pluralismo jurídico se oponen firmemente a esta visión, considerándola excesivamente abstracta y además limitada a las categorías de la racionalidad jurídica occidental.

Entre los exponentes más destacados de la primera fase de la historia del pluralismo jurídico en la Europa continental, se pueden mencionar, entre otros, a *Max Weber*, *Otto von Gierke*, *Eugen Ehrlich*, *Georges Gurvitch* y *Santi Romano*.

En los Estados Unidos, *Karl Llewellyn* y *Adamson Hoebel*, el primero jurista y el segundo antropólogo, fueron los precursores más reconocidos, por su trabajo sobre el “derecho” Cheyenne.

A continuación, analizaré brevemente el aporte de estos estudiosos al desarrollo del concepto de pluralismo jurídico.

Como es sabido, según *Max Weber* (1864-1920), el derecho, definido desde el punto de vista sociológico²⁴⁴, está presente toda vez que encontramos una autoridad, aunque no necesariamente de tipo político, que pueda ejercer alguna forma de coerción sobre la conducta de los miembros del grupo: *“Hablabamos de 'orden jurídico' cuando exista la perspectiva de aplicar cualquier medio coactivo, físico o psíquico, ejercido por un aparato coactivo, esto es, por una o varias personas que están dispuestas a manejarlo caso de que se presente la situación; cuando, por tanto, existe una forma específica de socialización a los fines de la 'coacción*

los individuos sujetos al negocio a regular sus relaciones recíprocas, en el marco de las normas jurídicas generales producidas por vía de legislación o costumbre, por las normas que son producidas mediante el negocio jurídico” (KELSEN, *Teoría pura*, cit., p. 264).

244 Weber hace una distinción muy clara entre un concepto jurídico y uno sociológico de derecho. El primero define el derecho en sus criterios generales y abstractos de validez y coherencia; el otro considera el actuar concreto de los preceptos que orientan la conducta de los individuos, en una realidad determinada. Cuando afirma la multiplicidad de órdenes jurídicos, Weber se refiere al concepto sociológico. Cfr. WEBER Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, 1964 (Ed. or. 1922)

jurídica’.”²⁴⁵.

La existencia de un centro de coerción está en la base de lo que Weber denomina *derecho extraestatal*: “... Cuando entran en juego otros medios coactivos que los de la autoridad política -por ejemplo, una autoridad hierocrática- y constituyen la garantía de un “derecho”, debe hablarse de derecho “extraestatal.”²⁴⁶.

El sistema estatal, por tanto, no detenta el monopolio de lo jurídico: “rechazamos como cosa evidente el que se hable sólo de “derecho” cuando, gracias a la garantía de la autoridad política, se disponga de coacción jurídica.”²⁴⁷.

Es más: existen grupos cuya fuerza coercitiva es mayor a la del sistema oficial:

“La coacción jurídica violenta mediante el aparato coactivo de la comunidad política a menudo ocupa el segundo lugar respecto a los medios coactivos de otros poderes, por ejemplo, los religiosos [...] Estos otros medios siguen siendo en su realidad sociológica ‘coacción jurídica’ en la medida en que sus fuerzas ejercen una acción social relevante.”²⁴⁸.

Por mucho que el Estado trate de censurarlos o prohibirlos, estos “otros medios” siguen vigentes para los individuos que pertenecen al subgrupo en cuestión. Medios coactivos como los códigos de honor, el boicot o el duelo como forma de resolución de las controversias, demuestran un rigor y una efectividad que el hecho de que el Estado no les reconozca, o que incluso los interdiga, no consigue mermar.

La presencia de órdenes jurídicos extra-estatales y su capacidad para forzar el cumplimiento de obligaciones son, por lo tanto, los elementos clave de la contribución de Weber a la formación de la idea de pluralismo jurídico.

Por su parte *Otto von Gierke* (1841-1921), jurista alemán de origen polaco, desarrolló la idea de que lo jurídico se encuentra en los mecanismos de regulación propios de esas colectividades humanas, formada por grupos y subgrupos, que él denomina *asociaciones*²⁴⁹.

Tales formaciones sociales, en la visión de este autor, no estarían guiadas por la

245 WEBER, *Economía y Sociedad*, cit., p. 256

246 WEBER., *Economía y Sociedad*, cit., p. 255

247 WEBER, *Economía y Sociedad*, cit., p. 256

248 WEBER, *Economía y Sociedad*, cit., p. 255

249 Cit. in POSPISIL, Leopold, “Legal Levels and multiplicity of legal systems in human societies”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11, N. 1 (1967), pp. 2-26

simple suma de las voluntades de todos sus miembros, sino por una especie de *voluntad colectiva mística*, perteneciente al grupo.

La idea de von Gierke será re-elaborada por *Eugen Ehrlich* (1862-1922) para plasmar la noción de *derecho viviente*, un tipo de derecho presente en la sociedad de manera generalizada, aunque no necesariamente en forma de derecho positivo: *“El derecho viviente es el derecho que domina la vida misma, aunque no haya sido formulado en proposiciones jurídicas”*²⁵⁰.

Considerándolo como un mecanismo de creación de orden, Ehrlich sostenía que el derecho puede encontrarse en cualquier *asociación humana*, bajo la forma de normas de control social²⁵¹. Además, en cuanto mecanismo de regulación del orden social, el derecho viviente puede ejercer, dentro de la asociación, una fuerza vinculante superior a la de las normas del derecho oficial.

En contra de las perspectivas legalistas o formalistas, Ehrlich afirmaba que el único ámbito donde el derecho se puede conocer es la vida social misma: concretamente se lo puede encontrar en la documentación legal, en los usos y las costumbres, en las relaciones comerciales, en las asociaciones, sean éstas reconocidas o no reconocidas por, o incluso contrapuestas al derecho oficial²⁵².

Ehrlich tuvo gran influencia en los estudios posteriores sobre pluralismo jurídico, y su noción de derecho viviente sigue estimulando la reflexión, tanto en la sociología jurídica, como en teoría del derecho²⁵³.

El papel de las asociaciones en la creación de “derecho” está también en la base de

250 Traducción mía, original en inglés: *“The living law is the law which dominates life itself even though it has not been posited in legal propositions.”*. Cit. en NELKEN, David, “Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities”, *Theoretical Inquiries in Law*. N. 9-2 (2008), p. 6, en <http://www.bepress.com/til/default/vol9/iss2/art6> 978-1841135960 [visitado el 08/12/2014]

251 Cfr. DUPRET, Baudouin, “Pluralismo Jurídico, Pluralidad de Leyes y Prácticas Jurídicas. Teorías, críticas y reespecificación praxiológica”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 1 (2007), en <http://www.ejls.eu/1/14ES.pdf> [visitado el 12/12/2014]

252 *“La fuente de nuestro conocimiento de este derecho es, primero, la documentación jurídica moderna; segundo, la observación directa de la vida, de los negocios, de las costumbres y de los usos y de todas las asociaciones, no solamente las que el derecho ha reconocido, sino también aquellas que ha ignorado, e incluso aquellas que ha desaprobado”*. Cfr. EHRLICH, Eugen, *Fundamental principles of the sociology of law*, New York: Russell and Russell, 1936/1962, p. 493. Citado por NELKEN, “Eugene Ehrlich”, cit, p. 5. [Trad. mía]

253 NELKEN, “Eugen Ehrlich”, cit.

la reflexión del jurista italiano *Santi Romano* (1875-1947), a quién también se le considera entre los precursores del pluralismo jurídico, aunque su posición teórica no fuera del todo “anticentralista”.

Según Santi Romano, la crisis del Estado moderno fomentaría la creación de diferentes órdenes jurídicos, paralelos o incluso opuestos al Estado: se trataría de asociaciones (“*instituciones*”) cuya organización el autor define como miniaturas de la organización estatal.

Tales instituciones crean en su interior una estructura en base a la que pueden “legislar” y administrar la justicia. Es por ello que cada una de ellas es autónoma e independiente, y que su derecho es efectivo, no porque sean reconocidas por el derecho estatal, sino por sus características intrínsecas²⁵⁴.

De hecho, la legitimidad de un sistema jurídico no debería, según el autor, ser evaluada por comparación con otros sistemas, sino en sí mismo.

A lo sumo, el reconocer o no reconocer estas instituciones sería consecuencia de una evaluación ética, afirma el filósofo italiano, ya que a veces se trata de organizaciones criminales o inmorales: sin embargo, por ser inmorales, las normas que se crean dentro estas asociaciones no pierden su naturaleza de ley²⁵⁵.

Después de que Ehrlich desarrollase su noción de derecho viviente, también *Georges Gurvitch* (1894-1965), desde una postura profundamente antiestatalista, subrayó como no se puede considerar el Estado como la única fuente de lo jurídico, ya que en la sociedad existen grupos y/o entidades supranacionales, independientes del Estado, capaces de producir normas que sirven a la regulación interna del grupo o entidad, y cuya eficacia es independiente del poder estatal.

Según este autor, el monismo jurídico no sería otra cosa que la manifestación contingente de la creación de los Estados Modernos entre el siglo XV y el siglo XIX, mas no existe en la realidad un principio fundamental como la supuesta “unidad del derecho”.

Desde esta perspectiva, Gurvitch identifica tres tipos de derecho: un derecho estatal,

254 Cfr. SANCHEZ-CASTAÑEDA Alfredo, “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano. Historia del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 471-485

255 Cfr. LA TORRE, Massimo, *Law as an Institution*, London:Springer, 2010

un derecho interindividual o intergrupar (que regula el intercambio entre individuos o en el grupo, y que se basa en la desconfianza) y un *derecho social* (que reúne a los individuos para formar una entidad colectiva y que tiene la finalidad de armonizar la vida social, más allá de los intereses individuales)²⁵⁶.

En los Estados Unidos, *Karl Llewellyn* (1893-1962) y *Adamson Hoebel* (1906–1993) fueron los primeros en formular la idea de la presencia simultánea de una multiplicidad de sistemas jurídicos²⁵⁷, en su estudio sobre los procesos de resolución de las disputas en una tribu de “indios” del Norteamérica²⁵⁸.

Realizado en 1935 en una tribu de Cheyenne del Estado de Montana, el estudio tenía el objetivo de entender el cómo fuese posible organizar la convivencia en un contexto social privo de un sistema jurídico, por lo menos sin un sistema jurídico entendido según las categorías del derecho occidental, a través del análisis del método de resolución de conflictos utilizado por la tribu.

Más concretamente, la investigación apuntaba a demostrar que existe un “derecho”, basado en la práctica, aunque no esté redactado en forma de derecho “positivo”; que es posible el orden social, pese a la ausencia de agencias formales para el cumplimiento de las normas; que el derecho no es ninguna entidad abstracta, sino que se manifiesta concretamente en la sociedad; y finalmente, que existen otras formas de organización social, igualmente racionales que las occidentales²⁵⁹.

Los autores en verdad dudaban que lo que iban observando, por ejemplo las dinámicas de intercambio y las obligaciones cuasi-contractuales vigentes en el sistema Cheyenne, fuese algo que pudiese calificarse como “derecho”. Ni los “contratos” ni las formas de uso de la propiedad regulados por las costumbres les parecían cumplir con los requisitos necesarios para poderse hablar de ellos como de hechos jurídicos. Sin embargo, el estudio de *The Cheyenne Way* está en línea con y

256 Cfr. DUPRET, “Pluralismo jurídico”, cit.

257 Cfr. POSPISIL, “Legal Levels”, cit.

258 En su estudio, los autores analizaron 50 casos ocurridos entre 1820 y 1880, basándose por tanto en testimonios de segunda mano. Cfr. LLEWELLYN, Karl; HOEBEL, Adamson, *The Cheyenne way. Conflict and Case Law in Primitive Jurisprudence*, Norman: University of Oklahoma Press, 1941, citado por PES, Luca, *Teorie dello sviluppo giuridico. Dal movimento di «law and development» all'esperienza neoliberale*, Trento: Tangram, 2012, p. 20.

259 Cfr. PES, *Teorie dello sviluppo giuridico*, cit.

confirma la idea de una costumbre viviente, reflejo de una tradición abstracta que se manifiesta en la resolución concreta de los casos²⁶⁰.

Su ulterior contribución a la idea de pluralismo jurídico fue el hecho de confirmar que, en las sub-unidades de la sociedad, existen diferentes formas de regulación jurídica. En sus palabras: “*The total picture of law-stuff in any society includes, along with the Great Law-stuff of the Whole, the sublaw-stuff, or by-law stuff of the lesser working units.*”²⁶¹.

3.2.2. Un nuevo enfoque pluralista

Hacia la mitad del siglo XX, el interés por el pluralismo jurídico recobra vitalidad y se enriquece con nuevos enfoques conceptuales.

El análisis pluralista del derecho se hace multidisciplinario (sirviéndose de los aportes de la antropología, de la sociología jurídica, de la investigación histórica y de la filosofía), se mantiene la crítica de fondo a la concepción monista del derecho, y se confirma la idea de que el ordenamiento jurídico estatal es tan sólo uno de los posibles ordenamientos que regulan la convivencia y las disputas en la sociedad²⁶².

Ejemplos de las nuevas tendencias intelectuales son los movimientos *Critical Legal Studies* en Estados Unidos y *Law in Context* en el Reino Unido.

El primero realiza una crítica de la teoría jurídica liberal norteamericana y afirma la necesidad de promover formas locales para ampliar la regulación jurídica y de allí, impulsar un movimiento de transformación social²⁶³. El análisis se centra en el cómo, a través del derecho, se mantienen relaciones de poder y, concretamente, en cómo el derecho construye categorías aparentemente incuestionables, capaces de modelar las conciencias y de ejercer, por lo tanto, un poder hegemónico²⁶⁴.

Por otro lado, en los años '70, los autores ingleses del movimiento *Law in Context*, dedicándose al estudio del derecho comparado, señalan como la perspectiva positivista, con su visión del derecho estatal como fuente exclusiva de lo jurídico,

260 TUORI, Kaius, *Lawyers and savages: ancient history and legal realism in the making of legal anthropology*, Oxon: Routledge, 2015

261 LLEWELLYN/ HOEBEL, *The Cheyenne way*, cit., p. 28, citado por POSPISIL, “Legal levels”, cit., p. 8

262 HESPANHA, *Cultura jurídica europea*, cit.

263 LLANO, “Teoría del derecho”, cit.

264 Cfr. MERRY, Engle Sally, “Anthropology, Law and Transnational Processes”, *Annual Review of Anthropology*, Vol. 21 (1992), pp. 357-379

sería del todo insuficiente frente a la compleja realidad jurídica de nuestros tiempos, donde los ordenamientos estatales se contaminan los unos con los otros y las fuentes del derecho ya son transnacionales²⁶⁵.

En el mismo periodo, en Francia nace la *Asociación Crítica del Derecho*, que cuestiona la idea de que el Estado encarna el interés general o pueda realmente realizar algún ideal abstracto de justicia. En tal contexto, *Jean Carbonnier* (1908-2003) señala la existencia de espacios sociales donde la experiencia humana no queda sometida al derecho estatal, esto es, de espacios de “no-derecho”, de los cuales el derecho se ha retirado o que nunca ha ocupado: se trataría pues de una “autolimitación” o una “autoneutralización” del derecho o del resultado de una “resistencia del hecho al derecho”²⁶⁶. Según el autor, tales “fenómenos de pluralismo jurídico” surgen de múltiples experiencias, tanto individuales como colectivas, tanto de las reglas como de las diferentes maneras de aplicarlas.

A diferencia que en el pasado, los nuevos estudios sobre pluralismo jurídico se centraron más en analizar las mutuas influencias entre los diferentes órdenes normativos presentes en las sociedades desarrolladas, pasando de una concepción estática a una dinámica²⁶⁷, y apuntando, entre otras cosas, a esclarecer las modalidades a través de las que las estrategias de litigio (*disputing strategies*) de usuarios subordinados re-modelan el sistema dominante.

Sobre todo en antropología legal, un tal modelo de análisis permitió, según Merry, salir de los viejos enfoques centrados en las normas y poner de manifiesto que a través de los mismos procesos de resolución de las disputas podrían generarse sistemas normativos, además que construirse y transformarse sistemas de significado.

Las características principales de los nuevos estudios de antropología legal son identificados por Merry en:

- Un desplazamiento del foco de interés, desde contextos nacionales a contextos transnacionales.
- Una atención siempre mayor hacia el análisis cultural.

265 LLANO, Teoría del derecho”, cit.

266 Cfr. SANCHEZ-CASTAÑEDA, “Los orígenes del pluralismo jurídico”, cit.

267 MERRY, “Anthropology”, cit.

- Un interés renovado hacia el pluralismo jurídico, definido en términos de la relación existente entre diferentes conjuntos de prácticas y discursos culturales.
- Un interés creciente acerca de la manera en que el derecho construye/deconstruye relaciones de poder.

Se pone atención, además, en fenómenos supranacionales, como la *lex mercatoria* o la regulación de internet, que tienen que ver, el primero, con un sistema “intersticial” de normas creado por los hombres de negocios, el segundo con la organización de un espacio supuestamente virtual²⁶⁸.

3.3. Análisis de algunos autores

3.3.1. Leopold Pospisil y la multiplicidad de niveles jurídicos

El aporte de Pospisil (1923) al concepto de pluralismo jurídico está vinculado sobre todo con su célebre definición de “multiplicidad de sistemas jurídicos” y de “niveles jurídicos”, propuesta en un artículo de 1967.

Fruto de la reflexión de por lo menos una década, esa definición era su manera de formular lo que años más tarde devendría el concepto de pluralismo jurídico.

La intención de Pospisil era la de describir la manera en que el pluralismo jurídico refleja la estructura de la sociedad y de sus sub-grupos, en toda su enorme variabilidad²⁶⁹.

Según el autor, cada uno de los sub-grupos que conforman la sociedad cuenta con su propio sistema jurídico.

Los diferentes sistemas jurídicos de los sub-grupos están entre ellos en una relación de dependencia jerárquica, según su grado de capacidad (*inclusiveness*). El conjunto de todos los sistemas del mismo tipo, y que cuentan con el mismo grado de capacidad, constituye un “*nivel jurídico*”²⁷⁰. Existe por lo tanto una *multiplicidad de*

268 NELKEN, “Eugen Ehrlich”, cit., p. 16

269 Ello, sin alguna pretensión de proponer un modelo general que se pudiera aplicar de manera trans-cultural. Cfr. POSPISIL, Leopold, “Correction on A Reappraisal of Leopold Pospisil”, *Journal of Legal Pluralism*, N. 46 (2001), pp. 115-120

270 “Cada uno de los sub-grupos que funcionan en una sociedad tiene su propio sistema jurídico que es necesariamente diferente en algunos aspectos del de otros sub-grupos [...] Propongo llamar «nivel legal» a la totalidad de los sistemas jurídicos de los sub-grupos del mismo tipo y capacidad (por ejemplo, la familia, el linaje, la comunidad, la confederación política)”. Cfr.

niveles jurídicos, por la que un individuo puede estar sometido a tipos de derecho distintos, y hasta contradictorios entre sí.

En las sociedades occidentales, tal multiplicidad puede observarse en la subdivisión de las unidades administrativas, autónomas o semi-autónomas, y en aquellas asociaciones cuya organización interna se basa en conjuntos de reglas que son esencialmente jurídicas: según las mismas palabras del autor, aquellos que “*en su esencia, pertenecen al campo del derecho, especialmente cuando son reconocidos como válidos por el derecho estatal sobrepuesto*”²⁷¹.

La actividad reguladora de los diferentes sub-grupos sería “jurídica”, según Pospisil, cuando en ellos la justicia está administrada por líderes cuyas decisiones cumplen con los criterios de *autoridad, universalidad, sanción y obligación*.

Cuando reúne tales características, cada sub-grupo, desde las familias hasta las bandas criminales de Cosa Nostra, cuenta con su propio orden jurídico, no importando que el sistema jurídico estatal reconozca su legalidad o ilegalidad.

Los sistemas jurídicos de los sub-grupos, además, poseen mayor fuerza de vinculación sobre la conducta de sus miembros, respecto al sistema estatal, tanto que el Estado no siempre consigue limitarla, aunque lo intente.

Pospisil considera el derecho como indisolublemente vinculado al control social. Es por ello que la expresión *multiplicidad de sistemas jurídicos* se puede leer como *multiplicidad de sistemas de control social*.

3.3.2. El ataque al centralismo jurídico: el pensamiento de John Griffiths

Según *John Griffiths*²⁷² (1940), el pluralismo jurídico es una situación que se presenta en cualquier “campo social” donde la conducta tenga que conformarse a las reglas de múltiples órdenes jurídicos²⁷³, es decir, donde existan diferentes fuentes

POSPISIL, “Legal Levels”, cit., p. 9 [trad. mía]

271 Traducción mía, original en inglés: “*in essence, [they] belong in the field of law, especially when they are recognized as valid by the superimposed state law*”. Cfr. POSPISIL, “Legal Levels”, cit., p. 13

272 John Griffiths, nacido en Berkeley en 1940, es profesor de sociología del Derecho en la Universidad de Groningen, Holanda. Filósofo y jurista, promotor de una mutua contaminación entre sociología y antropología del derecho, utilizó instrumentos propios de esta disciplina para sus investigaciones sobre el suicidio asistido en Holanda. Cfr. VAN ROSSUM, Wibo, BÖCKER, Anita, “Death and Resurrection of Anthropology of Law. Introduction to the Special Issue”, en: VAN ROSSUM, Wibo, BÖCKER, Anita (coords.), *Legal Anthropology from the low Countries*, Amsterdam:Reed Business, 2009, pp. 9-22

273 Traducción mía, original en inglés: “*That state of affairs, for any social field, in which behaviour*

de derecho: “*Cuando en un campo social se pueden observar más de una fuente de derecho o más de un orden jurídico, entonces se puede decir que ese campo presenta una situación de pluralismo jurídico*”²⁷⁴.

La relación entre órdenes normativos diferentes no es necesariamente de rivalidad. Más bien, éstos a menudo se integran y se complementan, incluso cuando se refieren a la misma persona: por ejemplo, se pueden mezclar “instituciones facilitativas” de un orden con las “instituciones obligatorias” de otro, de manera que los mecanismos típicos del primero realizan funciones prescritas por el segundo (por ejemplo, las disposiciones testamentarias y la herencia matrilineal).

Una situación de Pluralismo jurídico es compleja y variable, y el derecho efectivamente “vigente” en la sociedad, explica el autor, es el resultado “*de patrones de competencia, interacción, negociación, etc., enormemente complejos y generalmente impredecibles en la práctica*”²⁷⁵.

Por lo tanto, la del monismo jurídico sería tan sólo una postura ideológica, ya que se basa en supuestos meramente hipotéticos, sin fundamento concreto (tales serían tanto las posiciones del iusnaturalismo, como las del contractualismo, en sus diferentes declinaciones), mientras que la del pluralismo jurídico sería una postura empírica, ya que trata de hechos que se pueden observar en la realidad: “*El pluralismo jurídico es un hecho. El centralismo jurídico es un mito, un ideal, una pretensión, una ilusión*”²⁷⁶.

Concretamente, las características propias del Pluralismo Jurídico serían, según el autor, las siguientes.

- Primero, la *variabilidad*. Se trataría de un estado de cosas extremadamente variable, por lo que sería imposible utilizar un criterio taxonómico para enumerar los diferentes tipos de órdenes jurídicos presentes en una

pursuant to more than one legal order occurs”. Cfr. GRIFFITH, “What is Legal Pluralism”, cit., p. 2
274 Traducción mía, original en inglés: “*it is when in a social field more than one source of 'law', more than one 'legal order', is observable, that the social order of that field can be said to exhibit legal pluralism*”. Cfr. GRIFFITH, “What is Legal Pluralism”, cit., p. 38

275 Traducción mía, original en inglés: “*of enormously complex and usually in practice unpredictable patterns of competition, interaction, negotiation, isolationism, and the like*”. Cfr. GRIFFITH, “What is Legal Pluralism”, cit., p. 39

276 Traducción mía, original en inglés: “*Legal pluralism is the fact. Legal centralism is a myth, an ideal, a claim, an illusion*”. Cfr. GRIFFITH, “What is Legal Pluralism”, cit., p. 4

determinada situación social. Ni sería útil, para analizar el fenómeno, aplicar un enfoque estático, que omita poner atención en los procesos.

- Segundo, la *no territorialidad*. El Pluralismo Jurídico no sería, en otras palabras, un atributo típico de unas áreas geográficas determinadas.
- Tercero, su *“indiferencia”* con respecto al ordenamiento jurídico estatal. El reconocimiento, o la incorporación, o la validación por parte del Estado no son prerequisites para la existencia empírica de un determinado orden legal.
- Cuarto, se refiere a un *grupo social determinado*. Se trata, en palabras de Griffiths, de “una característica que puede predicarse de un grupo social”²⁷⁷, es decir, un atributo de un campo social, no una característica del derecho o de un ordenamiento jurídico.
- Quinto, no necesita la coexistencia de sistemas jurídicos “completos”: para que pueda hablarse de Pluralismo Jurídico, es suficiente constatar la presencia de *“múltiples mecanismos jurídicos”*, tales como normas, o grupos de normas, o instituciones.
- Sexto, su *universalidad*. El derecho debe entenderse, afirma el autor, como el conjunto, más o menos diferenciado, de los mecanismos de (auto)regulación presentes en todos los campos sociales semi-autónomos. Por esa razón, y dado que la sociedad se compone de múltiples campos semi-autónomos, hay que entenderse el pluralismo jurídico como una característica “universal” de la organización social.

El derecho es, por tanto, un mecanismo de regulación social. En cuanto tal, es sinónimo de control social, ya que, para producir orden, los grupos humanos someten la conducta a reglas.

Sin embargo, el derecho es (o se concibe como) el conjunto de las reglas de los grupos sociales conocidos como Estados.

Lo que, al menos en apariencia, distingue las instituciones jurídicas de otras formas de control social, según Griffiths, no sería otra cosa que su colocación en una escala

277 Traducción mía, original en inglés: “a characteristic which can be predicted of a social group”. Cfr. GRIFFITHS, “What is Legal Pluralism”, cit., p. 12

que representa los grados de diferenciación del control social²⁷⁸, donde el derecho ocuparía la posición más alta, por ser una forma de control social altamente diferenciado, dado que está compuesto no solamente por reglas, sino por reglas sobre reglas, por reglas sobre reglas sobre reglas, etc.

Por lo tanto, diferenciar derecho y control social, como si fueran entidades distintas, además de ser contraproducente para el análisis empírico, no corresponde con la realidad²⁷⁹. Es por ello que la relación entre derecho y demás formas de control social hay que entenderla como continua, y no como dicotómica²⁸⁰.

Dado lo anterior, también la expresión pluralismo jurídico, por lo menos en su vertiente sociológica²⁸¹, deja de ser del todo correcta. Ello es así porque, desde esta perspectiva, describiría una situación en la que están presente no ya diferentes “normas jurídicas”, sino diferentes *formas de condicionamiento de la conducta*, es decir, una situación “*en la que la conducta de un actor está sometida al control social de más de un campo social semi-autónomo*”²⁸². Es por esta razón que, en 2006, Griffiths re-conceptualiza el pluralismo jurídico como *pluralismo normativo*, o *pluralismo del control social*.

En la nueva conceptualización, el centralismo jurídico sigue siendo, para Griffiths, una idea inaceptable, por ser una mera creencia. El autor insiste en afirmar que el Estado es tan sólo una entre muchas formas de regulación de la conducta, y a menudo la menos efectiva, si consideramos que las “expectativas de conducta” reflejadas en el derecho estatal son menos conocidas, menos claras y menos coactivas de otras que los actores perciben como más cercanas.

La idea de que el Estado detentaría el monopolio de la regulación de las

278 GRIFFITHS, John, “The idea of sociology of law and its relation to law and sociology”, en: FREEMAN, Michael, *Law and sociology*, New York; Oxford:Oxford University Press, 2006, pp. 49-68

279 El derecho, como comúnmente se lo entiende, sería un “*folk concept*” derivado de la perspectiva interna de los juristas que, en sus actividades, necesitan distinguir lo jurídico de otras formas de regulación.

280 Es por ello también que la sociología del derecho hay que entenderla como el estudio del control social y de su diferenciación, concretamente de las formas más complejas de diferenciación.

281 En un sentido “jurídico”, el término describe una situación determinada en el derecho positivo: el derecho es “pluralista” si proporciona “*reglas diferentes para grupos diferentes en la población (basados, por ejemplo, en la etnia, en la religión, en la nacionalidad, en la profesión, y así sucesivamente)*”. Cfr. GRIFFITHS, “The idea of sociology of law”, cit., nota 35, p. 60 [Trad. mía]

282 Traducción mía, original en inglés: “*in which an actor's behaviour is subject to the social control of more than one semi-autonomous social field.*”. Cfr. GRIFFITHS, “The idea of sociology of law”, cit, p. 60

interacciones sería por tanto ilusoria y fruto del paradigma dominante en teoría de las normas, que Griffiths denomina “*paradigma instrumental*”²⁸³.

La realidad es que cada campo social semi-autónomo (en adelante, SASF²⁸⁴) regula la conducta de sus miembros junto (*in addition to*) al Estado, pese a que éste limite su autonomía²⁸⁵.

Un SASF, afirma Griffiths, mientras que es el lugar fundamental del control social, de la socialización y del aprendizaje de las normas, también es el lugar donde las normas emergen y se elaboran, se usan y se aplican²⁸⁶.

Es más: las normas que surgen en los SAFS son a menudo mucho más efectivas que las del ordenamiento estatal, por ser más cercanas e inmediatas, y a veces son tan relevantes que ponen límites a la misma capacidad reguladora del Estado: “*En breve: el carácter generalizado del pluralismo normativo de la vida social es uno de los principales factores responsables de que la legislación a menudo no consiga los resultados esperados*”²⁸⁷.

Entre la producción normativa del SASF y la del Estado, explica el autor, hay una relación de continuidad: las normas jurídicas emergen, primero, como normas locales de la actividad auto-reguladora del SASF. Se trata de normas que, por alguna razón, tienen buenas probabilidades de ser cumplidas.

Pero, ¿cómo emerge una norma? En algunos casos, nace sobre la base de algún

283 GRIFFITHS, John, “The social working of legal rules”, *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 35, N. 48, (2003), pp. 1-84. Según el paradigma instrumental, una norma legislada sería un instrumento en las manos de *policy-makers* ocupados en realizar o impedir algún tipo de cambio social, un comando al que se tiene que ajustar la conducta para realizar conformidad. Semejante idea se basa (además que en la suposición de un “individualismo atomístico”, de un perfecto conocimiento del derecho y de la autonomía legislativa con respecto al contexto social) en el postulado del “monismo jurídico”. De allí que cualquier conducta, que obedezca a otras fuentes de regulación, no es vista como tal, sino como “desviada” o “recalcitrante”.

284 El autor utiliza la célebre definición propuesta por Moore, de *Semi-Autonomous Social Field*. Véase *infra*, en el apartado 3.3.4.

285 Recordamos que los seres humanos, por pertenecer a más de un SASF, están sometidos a una pluralidad de pretensiones normativas concurrentes y conflictivas. Cfr. GRIFFITHS, “The social working of legal rules”, cit.

286 Un SASF sería además el lugar fundamental de producción de reglas no solamente “primarias”, sino también de las secundarias, esto es, de las reglas acerca de las reglas. A través de este segundo nivel de producción normativa, el SASF puede “diferenciar” los mecanismos de control social interno, así como regular las relaciones con las fuentes normativas externas, especialmente con el Estado y su derecho.

287 Traducción mía, original en inglés: “*In short: the pervasive normative pluralism characteristic of social life is one of the main factors responsible for the fact that legislation often does not produce the intended results.*”. Cfr. GRIFFITHS, “The social working of legal rules”, cit., p. 27

tipo de consenso: es decir, una norma emerge como solución a un problema concreto sobre la base de un acuerdo acerca de la manera de resolverlo. Según Griffiths, la hipótesis es posible, pero infrecuente: más a menudo, una norma emerge para resolver un conflicto.

Sin embargo, la norma emergente, contenida en el acuerdo al que los participantes llegan para solucionar el conflicto, no es una regla nueva. Dado que un conflicto supone la (pre)existencia de una regla que ha sido violada, es más correcto hablar de adaptación: no se trata en suma de un proceso de creación, sino de especificación.

Por lo tanto, en general los procesos de producción normativa son más bien procesos de especificación: son las normas existentes las que generan normas “nuevas”. Existe además, en el proceso de cambio normativo, una continuidad tal, un tal movimiento de recíproca influencia entre control social no jurídico y derecho estatal, que se hace muy difícil distinguir el carácter jurídico de una norma del no jurídico, al menos en el momento de su génesis.

En todo caso, según el autor, las normas que se generan de esa forma, dentro de un SASF, tienen probabilidades especialmente altas de ser cumplidas, de manera que, concluye Griffiths, “[...] *no es el estado quien regula la vida social, sino que es la sociedad que se regula a sí misma.*”²⁸⁸.

3.3.3. Tribunales, regulación privada y “derecho indígena”: los estudios de Marc Galanter

La idea de que la justicia sea algo producido y distribuido exclusivamente por el Estado, es decir la visión típica del “centralismo jurídico”, es puesta en discusión también por Galanter (1931), en su célebre artículo de 1981, “*Justice in many rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law*”²⁸⁹.

288 Traducción mía, original en inglés: “... *it is not the state that regulates social life, but society that regulates itself.*”. Cfr. GRIFFITHS, “The social working of legal rules”, cit., p. 73

289 GALANTER, Marc, “Justice in many rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law”, *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 19 (1981), pp. 1-47

El autor llama la atención sobre el hecho de que la actividad judicial “resuelve” una parte mínima de las disputas sometidas a su atención. Éstas, además, constituyen tan sólo un pequeño fragmento de todas las que podrían llegar al tribunal, y un fragmento aún más pequeño de todas las disputas posibles.

Ello es así porque gran parte del contencioso encuentra otras vías para su gestión, tal vez porque las partes pueden encontrar soluciones más satisfactorias, o tal vez porque una gestión informal permite tener en cuenta aspectos o preferencias que no encontrarían atención en una gestión formal²⁹⁰.

La justicia, por lo tanto, no se encuentra tan sólo en los tribunales, sino también en otros contextos, como la familia, los lugares de trabajo, las transacciones comerciales (*business deal*), donde se realiza una serie de actividades, más o menos formales y organizadas, que sirven para organizar la convivencia²⁹¹. El autor propone utilizar el término *regulación indígena* y *derecho indígena* para definir el complejo de normas y actividades reguladoras utilizado en tales contextos: “*Por convención, usaré los términos «regulación indígena» y «derecho indígena» para referirme a una regulación social que es indígena en el sentido de que es familiar para y aplicada por los participantes en la actividad cotidiana regulada. Con derecho indígena no me refiero a alguna forma de conciencia popular difusa, sino a patrones concretos de conducta en una multiplicidad de situaciones institucionales – en universidades, ligas deportivas, centros residenciales, hospitales, etc.*”²⁹².

290 Un gran número de disputas, o se resuelve a través de una negociación entre las partes (bien directamente, bien con el soporte de alguna figura que forma parte del contexto social de donde las partes provienen), o se concluye por abandono o retiro de las partes. Los casos resueltos por los tribunales, en una vasta proporción, no tienen un carácter contencioso, porque las partes ya lo han resuelto, como en los casos de divorcio, o porque una de las partes no se presenta. Cfr. GALANTER, “Justice in many rooms”, cit.

291 En un trabajo posterior al que estamos comentando, Galanter ofrece un detallado análisis de los mecanismos a través de los que se administra el castigo en las sociedades, describiendo el funcionamiento y la relación entre los castigos formales y los informales impartidos en contextos “indígenas”. En algunos casos, la complejidad procedimental del *forum* indígena es tal que podría hablarse de castigos “casi-legales”, en vez que extra-legales. Cfr. GALANTER, Marc, “Poetic Justice. Punitive Damages and Legal Pluralism”, *The American University Law Review*, Vol. 42 (1993), pp. 1393-1463

292 Traducción mía, original en inglés: “*For convenience I shall use the terms “indigenous ordering” and “indigenous law” to refer to social ordering which is indigenous--i.e., familiar to and applied by the participants in the everyday activity that is being regulated. By indigenous law I refer not to some diffuse folk consciousness, but to concrete patterns of social ordering to be found in a variety of institutional settings - in universities, sports leagues, housing developments, hospitals, etc.*”. Cfr. GALANTER, “Justice in many rooms”, cit. p. 17-18

Entre derecho formal, exógeno, y derecho indígena, parece haber, según el autor, una relación de continuidad, a cuyos extremos están, por un lado, el derecho oficial, y por el otro el conjunto de normas informales interiorizadas y aplicadas de manera no especialista por los participantes, y que son efectivas gracias a procesos de control social informal (presión social difusa)²⁹³.

El sistema oficial es a menudo sólo un mecanismo secundario de regulación social y, pese a que trate de apartarlos y subordinarlos, los demás mecanismos reguladores presentes en la sociedad siguen existiendo, más o menos formales y más o menos dependientes. El autor describe un panorama atravesado por redes intrincadas de derecho indígena, frente a las que el derecho no consigue intervenir, sino de manera transitoria y problemática. En semejante situación, la relación entre los dos órdenes normativos podría representarse con la expresión “*derecho en la sombra de la regulación indígena*”²⁹⁴.

Sin embargo, según Galanter, para entender mejor cómo trabaja el sistema oficial, qué relación existe entre derecho oficial y derecho indígena, y para afrontar el problema de la validez de las modalidades de regulación difusas en la sociedad, falta todavía una exploración sistemática de estos contextos de autorregulación.

3.3.4. Sally Falk Moore y los campos sociales semi-autónomos

La definición de Moore (1924), de *Campos Sociales Semi-Autónomos* (Semi-Autonomous Social Fields – SASF), ha sido y sigue siendo una de las definiciones más relevantes en la historia del concepto de pluralismo jurídico.

Según la autora, en las sociedades complejas pueden observarse “campos sociales” caracterizados por su semi-autonomía: por un lado, son capaces de producir normas, así como de implementar mecanismos para asegurar su cumplimiento. Sin embargo, por el otro lado, no pueden resistir del todo a la penetración de normas externas: “*Los campos sociales semi-autónomos tienen la capacidad de producir normas y los medios para inducir o forzar la obediencia; sin embargo se encuentran simultáneamente en una matriz social más amplia que puede, y de hecho lo hace,*

293 Afirma el autor que “*la vida social está llena de actividades reguladoras*”. Cfr. GALANTER, “Justice in many rooms”, cit., p. 18

294 GALANTER, “Justice in many rooms”, cit., p. 23

*influenciarlos e invadirlos*²⁹⁵.

Los SASF no se definen por su organización, sino por una característica procesal, es decir por su capacidad de producir normas y hacerlas cumplir: pueden ser, por lo tanto, también grupos, o “arenas” en las que se pueden observar procesos de transacción. En palabras de Moore, “... *no solamente los grupos empresariales, sino también otros complejos transaccionales menos definidos pueden tener estas capacidades de producir reglas y hacerlas cumplir*”.²⁹⁶

Un SASF tiene una duración variable y puede ser creado a propósito (por ej., los grupos que tienen que cumplir determinadas funciones) o tener un carácter más espontáneo, por ejemplo derivar de transacciones.²⁹⁷

Dado que tienen la capacidad de generar normas y hacerlas cumplir, en los SASF se pueden observar órdenes jurídicos. Sin embargo, Moore observa que extender el término “derecho” a las normas producidas por los SASF puede ser una operación no siempre oportuna: “[...] *en cuanto a mezclarlos todos como derecho, se trata de lo que uno está intentando enfatizar para su análisis*”²⁹⁸. En determinadas circunstancias, puede ser importante distinguir las fuentes de las normas y las fuentes de la coerción, sobre todo cuando se pretende usar el derecho como instrumento de cambio social. Ello no tiene que ver con adoptar una perspectiva “centralista”, explica la autora, sino que es así por razones analíticas, además que por necesidades prácticas²⁹⁹.

El derecho estatal, de todas maneras, es tan sólo uno de los factores que pueden incidir en las decisiones de las personas, en sus acciones o en sus relaciones interpersonales.

295 Traducción mía, original en inglés: “*The semi-autonomous social field has rule-making capacities, and the means to induce or coerce compliance; but it is simultaneously set in a larger social matrix which can, and does, affect and invade it*”. Cfr. MOORE, Sally Falk, “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, *Law & Society Review*, Vol. 7, N. 4 (1973), p. 719-746, p. 720

296 Traducción mía, original en inglés: “... *not only corporate groups, but other, looser, transactional complexes may have these rule-making and rule enforcing capacities*.” Cfr. MOORE, “Law and Social Change”, cit., p. 745

297 “... *algunos se desarrollan en el mercado, o en el vecindario o dondequiera que haya una transacción*”. Cfr. MOORE, “Law and Social Change”, cit., p. 745 [Trad. mía]

298 Traducción mía, original en inglés: “[...] *on the point of melting it all together as law, this a question of what one is trying to emphasize for analysis*.”. Cfr. MOORE, “Law and Social Change”, cit., p. 745

299 MOORE, Sally Falk, “Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999”, *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 7, No. 1 (2001), pp. 95-116.

El derecho no tiene una influencia absoluta en las “transacciones” a través de las cuales las personas dirimen su convivencia, entre otras cosas porque la legislación es a menudo fragmentada y deja espacios al libre mutuo acuerdo entre personas. La conducta de las personas y sus decisiones están guiadas tanto por el derecho estatal que por las normas de los SASF a los que pertenecen.

Si es verdad que ambos sistemas de regulación pueden entrar a dirigir el “juego” de los intercambios que se realizan cotidianamente en la vida social, la influencia del derecho estatal está, sin embargo, sobrestimada, mientras que estaría subestimado el peso que los procesos de regulación de los SASF pueden tener con respecto al derecho estatal.

La capacidad de generar reglas vinculantes y de hacerlas cumplir mediante sanciones no es, entonces, monopolio del Estado: normas jurídicas y no jurídicas coexisten y tienen la misma fuerza vinculante. Ambas disponen de sanciones para garantizar su cumplimiento, pero difieren en cuanto a la autoridad que puede imponerlas³⁰⁰.

Al mismo tiempo, los procesos que garantizan el respeto de las normas producidas internamente por los SASF son los mismos que tienen que ver con el respeto o la transgresión del ordenamiento jurídico estatal. Es por ello que las sanciones legales se vuelven inútiles, cuando están disponibles sanciones extra-legales³⁰¹.

En cuanto al concepto de pluralismo jurídico, éste tiene que ver, según la autora, con el debate sobre el Estado, y más precisamente, sobre en qué lugar reside realmente el poder. En una época en la que el Estado parece perder parte de su poder, debido a los procesos de globalización, al fortalecimiento de entidades colectivas sub-nacionales y a fenómenos trans-nacionales, el pluralismo jurídico puede referirse a más temas³⁰²:

300 Por ejemplo, el Estado detenta el monopolio del uso legítimo de la fuerza, lo que no puede obviamente decirse de otras formas de coerción o de inducción. Cfr. MOORE, “Law and Social Change”, cit.

301 Un ejemplo del peso de las fuerzas vinculantes presentes en los SASF es la resistencia que puede darse frente a los intentos de cambio social impuestos mediante legislación: la nueva ley no produce los efectos esperados cuando invade espacios ya ocupados por “obligaciones vinculantes” preexistentes, esto es, por acuerdos sociales que tienen mayor efectividad.

302 MOORE, “Law and Social Change”, cit.

- A la manera en que el Estado reconoce diferentes campos sociales y se relaciona con ellos, tanto desde el punto de vista ideológico, cómo desde el punto de vista organizativo.
- A la diversidad interna al sistema de la administración del Estado y a las dinámicas a través de las que se desarrollan la lucha y la competencia para la autoridad legal.
- A las modalidades según las que el Estado compite con otros Estados en arenas regionales o mundiales.
- A la manera en la que el Estado se integra, tanto internamente como externamente, con campos sociales semi-autónomos no gubernamentales que generan sus propias normas obligatorias (no jurídicas).
- A la forma en que el derecho puede depender de los campos sociales semi-autónomos para asegurar su cumplimiento.

3.4. Pluralismo jurídico y autopoiesis: Gunther Teubner

En Teubner (1944), la pregunta de cómo pueda concebirse una sociedad en la que estén presentes de manera simultánea diferentes órdenes jurídicos encuentra una respuesta a través de una sofisticada re-lectura de la teoría de sistemas autopoieticos propuesta por Niklas Luhmann.

En opinión del autor, los estudios sobre pluralismo jurídico no resuelven el problema de la interconexión y de las recíprocas influencias entre los distintos sistemas jurídicos. Las relaciones entre lo jurídico y lo social, al menos por como descritas por los pluralistas, son confusas, ambiguas, cuando no paradójicas: “*separados, pero entrecruzados, autónomos pero interdependientes, cerrados pero abiertos*”³⁰³.

Por ello, propone aplicar al pluralismo jurídico los principios de la teoría de sistemas autopoieticos y por tanto definirlo como: “*una multiplicidad de procesos comunicativos diversos que observan la acción social a través del código binario legal/ilegal*”³⁰⁴.

303 Traducción mía, original en inglés: “*separate but intertwined, autonomous but interdependent, closed but open*”. Cfr. TEUBNER, Gunther, “The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism”, *Cardozo Law Review*, Vol. 13, N. 5 (1992), pp. 1443-1462, p. 1443

304 Traducción mía, original en inglés: “*no longer [as] a set of conflicting social norms in a given social field, but [as] a multiplicity of diverse communicative processes that observe social action under the binary code of legal/illegal.*”. Cfr. TEUBNER, “The Two Faces of Janus”, cit., p. 1451

En este sentido, todos los procesos reguladores que funcionan según el código legal/ilegal, en sentido amplio, son “derecho”. En otras palabras, el derecho estatal no tiene el monopolio de su aplicación.

La “invocación” del código legal/ilegal es constitutiva del pluralismo jurídico cada vez que se la pueda aplicar a fenómenos en principio no jurídicos, tanto que se trate de las reglas informales que gobiernan los intercambios comerciales o las regulaciones privadas, como de las normas aplicadas por grupos clandestinos abiertamente ilegales, como la mafia.

Mientras que el referirse al código binario ayuda en discriminar qué sistemas son jurídicos y cuales no lo son, por sí mismo no da cuenta de la naturaleza de las relaciones intra-sistémicas, ni de sus características o de su desarrollo.

Es por ello que Teubner propone una “especificación” de la teoría de sistemas autopoieticos, mediante la introducción de los conceptos de malinterpretaciones productivas, instituciones de enlace y sensibilidad (*productive misreading, linkage institutions y responsiveness*).

Como ilustrado en la descripción de la teoría luhmaniana, el derecho se concibe como un sistema autónomo, autoreferencial y autopoietico. De la misma forma que los demás sistemas sociales, el derecho también entra en contacto con su entorno a través del mecanismo del *acoplamiento estructural*, lo que le permite prestar atención a los estímulos del entorno, seleccionarlos e incluirlos para su autopoiesis. El sistema además reacciona al entorno conservando al mismo tiempo su propia autonomía: es lo que se define como *cierre operacional (operational closure)*, es decir el fenómeno por el que los sistemas no pueden importar operaciones desde otros sistemas: solamente pueden usarlas como estímulos para su propia transformación.

La relación entre sistemas operacionalmente cerrados, que a primera vista parecería imposible, se da, primero, a través de la selección que el sistema opera con respecto a las perturbaciones provenientes de su entorno. Y segundo, mediante el uso que el sistema hace de las perturbaciones, para construir o modificar sus estructuras. En palabras de Teubner: “[...] es el sistema mismo el que define su restricciones ambientales proyectando las expectativas como eventos perturbadores. El evento perturbador, entonces, es interpretado como cumplimiento o decepción de la

expectativa. Y esta bifurcación decide la manera en que las operaciones internas continúan."³⁰⁵.

Aunque parecería ilustrar bien las relaciones entre derecho y sociedad, y por lo tanto descifrar el enigma de la vinculación entre ellos (que las teorías sobre pluralismo jurídico no resuelven), el mecanismo descrito aún no es, según el autor, lo suficientemente complejo.

Dado que derecho y demás campos sociales pertenecen al mismo sistema social, es preciso hablar de *autopoiesis dentro de la autopoiesis*, lo que significa, primero, que el modelo analítico de dos sistemas autopoieticos independientes ya no es idóneo, y segundo, que también el concepto de perturbación queda insuficiente.

Es por ello que Teubner introduce los conceptos antes referidos de 1) *malinterpretaciones productivas*, 2) *instituciones de enlace*, y 3) *sensibilidad*.

1. En condiciones de pluralismo jurídico, el derecho utiliza los otros discursos sociales no como simples perturbaciones, sino que los usa como fuentes de producción normativa, "malinterpretándolos" de manera provechosa.
2. La instituciones de enlace son responsables de estabilizar las recíprocas "contaminaciones" de los diferentes discursos sociales. Concretamente, enlazan el derecho con una serie de otros subsistemas funcionales y organizaciones formales. Por ejemplo, las instituciones de enlace de la propiedad privada y del contrato favorecieron una extrema responsividad del derecho a las exigencias del sistema económico.
3. En condiciones de pluralismo jurídico, el derecho se vuelve más responsivo a través: a) de la sincronidad de las operaciones legales y sociales , y 2) de la transformación de procesos sociales autopoieticos en fuentes de producción de derecho³⁰⁶.

En este sentido, el pluralismo jurídico representa la apertura del derecho a la sociedad.

305 Traducción mía, original en inglés: "... it is the system itself that defines its environmental constraints by projecting expectations as perturbing events. The perturbatory event then is interpreted as the expectation's fulfillment or its disappointment. And this bifurcation decides about the way how to continue internal operations.". Cfr. TEUBNER, *The Two Faces of Janus*, cit., p. 1446

306 TEUBNER, "The Two Faces of Janus", cit., p. 1460

En la periferia del sistema, representada por aquellas formas de derecho, tanto oficial como no oficial, que están estructuralmente acopladas con otros discursos sociales, el derecho puede hacerse “responsivo”, gracias a la presencia de las instituciones de enlace.

A través de éstas, explica Teubner, el derecho “resuena” en la sociedad civil.

Ahora bien, en la práctica institucionalizada, el derecho sigue reproduciendo sus propias operaciones, ordenándolas en una jerarquía que recibe su legitimación de una constitución política, sea ésta escrita o oral. De manera que, en palabras del autor, *“la práctica legal continúa adscribiéndose una identidad autónoma, usando la distinción institucionalizada entre legislación y adjudicación, y autolegitimándose con el recurso a la representación democrática y a los derechos constitucionales.”*³⁰⁷.

Es por ello que cualquier otro fenómeno normativo (el autor pone el ejemplo de los regímenes de regulación privada) sigue designándose como “no jurídico”, en base a un criterio de selección jerárquica según el que las normas “superiores” legitiman a las “inferiores”. En este contexto, los procesos de adjudicación judicial siguen siendo vistos como dependientes de la legislación, y a la producción normativa que deriva de la actividad contractual no se le atribuye el carácter de jurídica, a menos que no esté legitimada en este sentido por el ordenamiento jurídico oficial.

La globalización está evidenciando sin embargo unos mecanismos de autoregulación que funcionan con una relativa independencia con respecto a las normas jurídicas de los Estados³⁰⁸. Emergen por lo tanto dos grandes paradojas: la de un derecho no oficial que se auto-valida, y la de un derecho oficial que sigue considerándose fundacional con respecto a todas las demás formas de regulación.

Teubner propone definir el manifestarse de regulaciones que carecen de fundamento en una autoridad soberana como *“derecho policontextural”* (*policontextural law*). Si la condición fundamental de las sociedades contemporáneas es la de una “doble

307 Traducción mía, original en inglés: *“legal practice continues to ascribe to itself an autonomous identity, to use the institutionalized distinction between legislation and adjudication, and to legitimate itself by the appeal to democratic representation and constitutional rights.”*. Cfr. TEUBNER, Gunther, “The king's many bodies: The self-deconstruction of Law's hierarchy”, *Law & Society Review*, Vol. 31, N. 4 (1997), pp. 763-787, p. 768

308 El Autor señala no solamente la *lex mercatoria*, sino también formas de regulación como la estandarización técnica, la difusión de los derechos humanos, las normas de internet o de los movimientos ambientalistas, o del deporte. Cfr. TEUBNER, “The king's many bodies”, cit.

fragmentación”, entre policentrismo cultural y diferenciación funcional, el derecho tiene que analizarse bajo una perspectiva diferente. El autor pone el acento sobre el hecho de que, dado que ya no es posible hablar de acoplamiento estructural entre derecho y política a través de una constitución, hace falta una lógica diferente, donde la mediación política pierde su función de asignar el carácter de jurídicas a formas de autorregulación supraestatales (que él llama *transjunctional operations*). Es a través de las instituciones de enlace, como el nuevo derecho se forma sin ser traducido en política. En este contexto, las instituciones de enlace traducen discursos que se basan en una multiplicidad de códigos binarios, y los conectan a través de *transjunctional operations*. Así, a través de la combinación de diferentes códigos binarios (legal/ilegal, verdadero/falso, etc.), las nuevas formas de regulación resuelven la paradoja de su auto-legitimación³⁰⁹. Las normas emergentes de las nuevas prácticas externalizan sus paradojas creando sus propios mitos fundacionales, malinterpretando como precedente un material jurídico preexistente. Por ejemplo, en las prácticas arbitrales que se refieren a disputas de comercio internacional, los árbitros usan antiguas decisiones arbitrales basadas en la equidad, o en simples expectativas sociales, COMO SI fueran precedentes jurídicos a los que hay que hacer referencia para decidir.

3.5. Los estudios de Boaventura de Santos Sousa y el “derecho de las favelas”

Los trabajos de Santos (1940) son un punto de referencia imprescindible, tanto por su interpretación del pluralismo jurídico, como por sus estudios de campo en los asentamientos informales de Rio de Janeiro³¹⁰.

Santos define las sociedades modernas, en términos socio-jurídicos, como *formaciones jurídicas o constelaciones jurídicas*, que “*En vez de ordenarse según un*

309 Nobles y Schiff describen este proceso como la capacidad de diferentes órdenes jurídicos de incorporar las semánticas de otros subsistemas sociales, mientras generan su propia configuración legal de sentido. Cfr. NOBLES, Richard, SCHIFF, David, “Using system theory to study legal pluralism: what could be gained?”, *Law & Society Review*, Vol. 46, N. 2 (2012), pp. 265-296

310 Por “asentamiento informal” se entiende un conjunto de edificios, más o menos extensos, construido por sus habitantes en terrenos de propiedad pública o privada, ocupados (*tomados*) con fines habitacionales. Se caracteriza por la precariedad de los edificios y la carencia (o la ausencia) de servicios básicos (cloacas, agua corriente, electricidad). En Brasil, los barrios de este tipo se denominan *favelas*, en Argentina *villas*.

único sistema jurídico, [...] se rigen por una pluralidad de órdenes jurídicos que se interrelacionan y distribuyen socialmente de distintas formas en el campo social”³¹¹.

En semejante contexto, el término pluralismo jurídico describe la existencia de “diferentes espacios legales superpuestos, interpenetrados y mezclados en nuestras mentes como lo están en nuestras acciones”³¹². Las personas se encuentran en estas “intersecciones” entre sistemas normativos, constituyendo su vida por *interlegalidad*.

Según Santos, el derecho opera en 3 escalas (local, nacional y global) y en 6 espacios-tiempo estructurales:

1. El ámbito de las relaciones laborales, del cual resulta el *derecho de la producción*.
2. El ámbito de las relaciones comerciales, del cual resulta el *derecho de los intercambios*.
3. El ámbito de la ciudadanía, del cual resulta el *derecho comunitario*.
4. El Estado, del cual resulta el *derecho estatal*.
5. El “conjunto de sistemas mundiales”, cuya forma legal sería el *derecho sistemático*.

Todos estos sistemas se interponen, entrelazan y cruzan, dando vida y forma a una pluralidad compleja de órdenes jurídicos.

A pesar de la existencia de órdenes normativos diferentes, éstos no se reconocen como derecho porque el derecho estatal todavía es un factor político de importancia decisiva, que moldea el canon de la socialización y de la aculturación de las personas. En palabras del autor: “[...] existe también un canon legal que establece lo que es o no es derecho. Dado que están permanentemente (aún si de forma contradictoria) socializadas y aculturadas en tipos de escalas, proyecciones y simbolizaciones que son característicos del orden estatal nacional, las personas se niegan a reconocer como jurídicos esos órdenes normativos que usan escalas,

311 SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá: ILSA, 2009, p. 60

312 Traducción mía, original en inglés: “*differents legal spaces superimposed, interpenetrated and mixed in our minds as much as in our actions*”. Cfr. SANTOS, Boaventura de Sousa, “Law: a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 14, N. 3 (1987), pp. 279-302, p. 279-302

proyecciones y simbolizaciones diferentes."³¹³.

El pluralismo jurídico, según Santos, es un *concepto central en una visión pos-moderna* del derecho, en la que éste se presenta como una serie de espacios que se entrelazan en redes múltiples de órdenes jurídicos diferentes. La interlegalidad, es decir, la intersección de esos órdenes, representa el segundo concepto clave: representa el equivalente fenomenológico del pluralismo jurídico, y se presenta como un proceso "altamente dinámico"³¹⁴.

El tercer concepto clave de una concepción pos-moderna del derecho es un nuevo sentido común legal, es decir, un *sentido común pluralista*.

En este contexto, le compete a la sociología jurídica contribuir a desvelar aquellas formas de legalidad latentes o suprimidas, donde se ocultan, según Santos, varias formas de opresión social y personal.

De especial interés en el marco de la presente tesis, es la investigación que Santos llevó a cabo en Pasárgada, una *favela* de Rio de Janeiro³¹⁵, en los años '70.

El autor concentró su atención en los mecanismos de prevención y resolución de conflictos utilizados por los mismos vecinos de la *favela*, llegando a identificar la presencia de dinámicas específicas de regulación social que denominó derecho de Pasárgada. Ese derecho incluía también normas del ordenamiento estatal, haciéndolas funcionar según articulaciones propias.

Por ejemplo, en relación a la propiedad, el Autor registró una especie de "inversión": mientras que según el derecho oficial³¹⁶ la toma de tierra era ilegal, ésta era legal según el derecho de la *favela*. A partir de allí, los vecinos aplicaban las normas del derecho oficial en cuanto al uso de la tierra: eran por tanto presentes mecanismos y categorías tales como compraventa, arrendamiento, etc.

Los intercambios estaban regulados por la Asociación de Vecinos, que actuaba

313 Traducción mía, original en inglés: "[...] *there is also a legal canon that establishes what is and what is not law. Because people are permanently (even if inconsistently) socialized and acculturated in the types of scale, projection and symbolization that are characteristic of the national state order, they refuse to recognize as legal those normative orders that use different scales, projections and symbolizations*" SANTOS, "Law: a map of misreadings", cit., p. 298

314 SANTOS, "Law: a map of misreadings", cit., p. 298

315 SANTOS, Boaventura de Sousa, "The Law of The Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality en Pasargada", *Law & Society Review*, Vol. 12, N. 1 (1977), pp. 6-126

316 El derecho estatal era denominado, por los vecinos de Pasárgada, *derecho del asfalto*, dado que se trataba del derecho vigente en las áreas urbanizadas, donde las calles estaban asfaltadas o pavimentadas.

como un “registro”, esto es, como un ente que garantizaba que los “contratos” tuvieran efecto.

En cuanto a la vertiente “procesal”, la tarea de dirimir las controversias era asignada a unos “jueces” que, en palabras de Santos, trabajaban desde una *perspectiva de mediación*³¹⁷, más que adjudicatoria. El Autor explica la circunstancia con el hecho de no existir en la *favela* un sistema de sanciones que pudiese hacer efectiva la decisión. El proceso era informal, y objeto de análisis no era solo la demanda en sí, sino también otros elementos ético-sociales. Además, a diferencia del derecho oficial, el derecho de la *favela* usaba un lenguaje fácilmente comprensible por todos. De hecho, la *retórica*, es decir un estilo de composición amistosa de las controversias, era la componente estructural principal que gobernaba todos los procedimientos y los mecanismos de prevención y resolución de conflicto en Pasárgada³¹⁸.

Según Santos, el derecho de Pasárgada podía definirse como un sistema informal, no oficial, que permitía a los habitantes encontrar formas de regulación social para la subsistencia de la comunidad. La relación entre el derecho de Pasárgada y el derecho estatal era de mutua evitación, si bien dentro de una latente confrontación. A lo largo del tiempo, el Estado estuvo tolerando la existencia de Pasárgada, lo que permitió que el asentamiento adquiriese un carácter que Santos define como *paralegal o extrajurídico*.

317 El Autor define la mediación como una especie de compromiso amistoso donde las partes se hacen recíprocas concesiones (“*da un poco, recibe un poco*”. Cfr. SANTOS, *Sociología Jurídica Crítica*, cit., p. 120) y donde el mediador participa en la definición de los temas a tratar y del “horizonte” de las concesiones, mediante “*la elaboración de criterios ad hoc de razonabilidad y de expectativas legítimas. Al hacer visible este horizonte, lo transforma*” (ib., p. 132).

318 La *retórica* es una “... *forma de comunicación y una estrategia de toma de decisiones basada en la persuasión o convicción mediante la movilización del potencial argumentativo de secuencias y artefactos verbales y no verbales que han sido aceptados*”. Cfr. Cfr. SANTOS, *Sociología Jurídica Crítica*, cit., p. 55. La *retórica* es uno de los tres componentes estructurales del derecho identificados por Santos, junto a la *burocracia* (típica del derecho estatal, se basa en la imposición y la adjudicación) y a la *violencia* (típica de agentes gubernamentales, como la policía, o no gubernamentales, como las mafias, que usan la amenaza de la fuerza física para imponer el derecho estatal o el código que regula las actividades de los grupos delincuenciales). Todo espacio jurídico es un conjunto de las tres componentes.

3.6. La mirada crítica al pluralismo jurídico

3.6.1. Sally Engle Merry

Autora de una de las reseñas más completas sobre el pluralismo jurídico, Merry (1944) forma parte del grupo de aquellos que Griffiths llamaría *pluralistas débiles*.

Ante todo, Merry duda de que sea de alguna utilidad (o incluso, que sea posible) definir como derecho las variadas formas de regulación presentes en las sociedades complejas. Además observa que no solamente es muy difícil encontrar el límite que separa el derecho de la simple vida social, sino que, incluso una vez que nos hayamos liberado de la idea de centralismo legal, seguir utilizando el término “derecho” podría generar confusión.

Es por ello que, según Merry, es necesario mirar al derecho estatal como a una forma de ordenación fundamentalmente diferente de todas las demás, porque es la única que usa el poder coercitivo, real y simbólico, del Estado³¹⁹.

Pese a sus dificultades conceptuales, la autora recalca la utilidad de utilizar un enfoque pluralista en la investigación socio-jurídica, porque:

- Primero, es capaz de generar atención hacia las formas de regulación que no forman parte del derecho estatal y a las relaciones entre ellos.
- Segundo, conlleva un desplazamiento del foco de interés desde la búsqueda de una definición esencialista de derecho hacia una comprensión histórica de los sistemas jurídicos y de las relaciones entre ellos.
- Tercero, permite examinar la naturaleza ideológica y cultural del derecho y de las demás formas de regulación normativa.
- Cuarto, permite pasar de un análisis centrado en las situaciones de disputas a uno centrado en las formas de regulación de las situaciones no conflictivas.
- Quinto, la perspectiva pluralista abre la puerta a la posibilidad de analizar la distribución del poder y las formas de dominación a través del derecho, y las resistencias que éste genera³²⁰.

319 MERRY, “Legal pluralism”, cit.

320 MERRY, “Legal pluralism”, cit.

- Sexto, demuestra que el derecho influye en la vida social tanto a través de las instituciones formales como de las informales, y que está presente en innumerables espacios, incluidos los centros de mediación comunitaria³²¹.
- Séptimo, señala que las múltiples instancias de derecho “informal” son fragmentarias, inconsistentes y contradictorias, y aún así pueden estar más en armonía con las prácticas locales que una ley estatal lejana.
- Octavo, evidencia que las concepciones locales de justicia y el derecho formal estatal pueden ser muy diferentes.
- Noveno y último, describe adecuadamente el cómo sistemas múltiples están en una relación dinámica entre ellos y de esta forma se re-definen mutuamente³²².

Sin embargo, concluye la autora, los estudios pluralistas tienen el defecto de descuidar el análisis de los cambios que se manifiestan en el interior de un campo social determinado y de las variaciones que se producen a nivel local.

3.6.2. Los estudios de Tamanaha

Uno de los estudiosos contemporáneos más destacados en el campo del pluralismo jurídico, Tamanaha (1960) ofrece una visión original, basada en un minucioso análisis de los puntos críticos que, en su opinión, han caracterizado, y siguen caracterizando, este campo de investigación.

Ante todo, el concepto de pluralismo jurídico, según su parecer, se ha construido sobre una base analítica inestable³²³.

No hay acuerdo entre los pluralistas sobre el concepto de “derecho” y la definición que se ofrece es tan amplia que podría incluir cualquier forma de control social. Tanto es así que podría hablarse de “una pluralidad de pluralismos jurídicos”³²⁴.

Faltan en efecto criterios para distinguir lo que es jurídico de lo que no lo es, y lo que

321 MERRY, Engle Sally, “Legal pluralism in practice”, *McGill Law Journal*, Vol. 59 (2013), pp. 1-8

322 MERRY, “Legal pluralism in practice”, cit. La autora propone el término “vernaculización” para designar los mecanismos de incorporación y “traducción” de los principios de la legislación internacional sobre derechos humanos por parte de los movimientos sociales locales.

323 TAMANAHA, Brian, “The folly of Social Scientific Concept of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, Vol. 20, N. 2 (1993), pp. 192-217

324 TAMANAHA, Brian, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, N. 2 (2000), pp. 296-321, p. 297

es derecho y lo que es vida social, especialmente en los casos límite.

Estando así las cosas, los pluralistas no pueden fundamentar sus investigaciones de manera coherente.

La confusión conceptual se incrementa, además, por la variedad de enfoques disciplinarios, típica de los estudios sobre pluralismo jurídico, que usan categorías conceptuales, orientaciones y propósitos diferentes y que se refieren a distintos paradigmas epistemológicos (pos-modernismo, autopoiesis, feminismo, etc.)³²⁵.

En segundo lugar, los estudiosos del pluralismo jurídico no han cumplido con sus objetivos, a saber: 1. combatir lo que se ha ido llamando, desde Griffiths en adelante, la “ideología del centralismo jurídico”; 2. combatir el etnocentrismo; y 3. afirmar la superioridad científica del pluralismo jurídico.

En cuanto a:

1. La lucha en contra del centralismo jurídico, los pluralistas no ofrecen pruebas de la existencia de una tal ideología, ni se preocupan de discutir su naturaleza. Si es verdad que el centralismo jurídico puede tener implicaciones ideológicas, eso no significa que sea una ideología en sí mismo. Además, hablar de ideología en relación al centralismo, significa dar por descontado que el pluralismo es LA posición correcta. Por último, el que exista una tal cosa como el centralismo es una afirmación contrastada por los hechos, porque no es verdad que todos los órdenes normativos están en una posición de subordinación, como demuestra por ejemplo el caso de la ley religiosa en Irán.
2. Combatir el etnocentrismo. Para tan loable objetivo, se pregunta el autor, ¿es necesario afirmar la existencia de un pluralismo jurídico?
3. Afirmar, como hace Griffiths, que el pluralismo jurídico, contrariamente al centralismo, es un hecho empíricamente observable, significa ignorar que el derecho es un constructo social.

En tercer lugar, el autor no encuentra las ventajas de aplicar la etiqueta “derecho” a las manifestaciones informales de regulación normativa o de control social que se

325 TAMANAHA, Brian, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sidney Law Review*, Vol. 30 (2008), pp. 375-411

pueden observar en los grupos sociales³²⁶. Además, etiquetar como Derecho fenómenos normativos diferentes del Derecho estatal conllevaría efectos perversos o indeseables. Si, por ejemplo, tratáramos como derecho a las normas que regulan el orden familiar, terminaríamos por legitimar, o al menos les asignaríamos el valor simbólico de ley, aquellas normas familiares que promueven el uso de la violencia hacia las mujeres en el contexto familiar.

Además, el uso de la etiqueta Derecho, junto con el uso de un lenguaje técnico (jurídico) inadecuado al contexto, agregaría dificultad para el análisis de mecanismos normativos como, por ejemplo, el de la familia³²⁷.

En opinión del autor, se debería por tanto hablar de “*Pluralismo normativo*” o de “*Pluralismo de sistemas de reglas*”³²⁸, dado que tales sistemas comparten la característica de estar conformados por reglas y que están difundidos en la vida social. De esta forma, se abriría la posibilidad de análisis mucho más detallados y profundos de los que se pueden hacer utilizando el término “derecho”.

En cuarto lugar, el concepto de pluralismo jurídico, con su equivalencia entre derecho estatal y no estatal, ofrece la impresión de que el Derecho estatal sería un mecanismo de organización social, lo que hace perder de vista la posibilidad de estudiarlo en su vertiente de instrumento de poder utilizado por las élites para perseguir sus propios intereses, sobre todo en las regiones post-coloniales. En efecto, explica el autor, “[...] *El derecho a menudo hace más cosas, o se lo utiliza para hacer más cosas, que simplemente mantener el orden social, incluyendo, entre otras funciones o fines, el permitir, el facilitar, el performar, el conferir estatus, el*

326 TAMANAHA, “The folly of Social Scientific Concept of Legal Pluralism”, cit., p. 199

327 TAMANAHA, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, cit.. Correlativa a la circunstancia señalada por el autor es la cuestión de la así denominada “*defensa cultural*”, es decir el uso de argumentaciones basadas en las diferencias culturales para mitigar o evitar la condena en caso de delitos como el homicidio. Interpretar una acción como “provocadora”, desde una perspectiva culturalmente específica, podría llevar a una descriminalización de hecho de algunos de los delitos de los que son en mayoría víctimas las mujeres. Cfr. SHARAFI, Mitra, “Justice in Many Rooms Since Galanter. De-Romanticizing Legal Pluralism”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, N. 139 (2008), pp. 139-146

328 Se trata de una expresión propuesta en el 1993. Introduce la expresión “*pluralismo regulador (regulatory)*” en su trabajo del 2008, donde también señala como incluidos dos eminentes estudiosos del pluralismo jurídico, Griffiths y Falk Moore, prefieren no utilizar el término “jurídico” (en el caso de Griffiths, como vimos, se trató de una rectificación posterior). Cfr. TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism”, cit., p. 394. La sustitución del calificativo “jurídico” con “de sistemas de reglas” permitiría, según el autor, ampliar la mirada. En cuanto a fines de investigación, habría que usar el término derecho tan sólo para referirse al derecho estatal.

*definir, el legitimar, el distribuir, el conferir poder, el representar; o ser usado como instrumento de acoso, venganza o justificación, o como un recurso de poder puro.*³²⁹.

En quinto lugar, los intentos de definir el derecho por parte de los pluralistas no dejan de basarse en el derecho estatal. El concepto mismo de pluralismo jurídico es una extrapolación del concepto de derecho estatal, privado de las características que lo hacen “estatal”³³⁰.

Y es que no es posible, según Tamanaha, liberarse de la relación conceptual entre Derecho y Estado, primero porque el modelo de Derecho estatal es el núcleo desde el que se definen todos los demás “Derechos”.

Segundo, no sorprende que los pluralistas vean el Derecho en cualquier lado, si consideramos que casi todos ellos provienen de estudios de derecho. Después de todo, *“sólo se le podría ocurrir a una persona entrenada en derecho concebir el que las relaciones normativas dentro de la familia constituyen un «orden jurídico»”*³³¹.

Fueron factores como el mismo concepto de derecho, su valor simbólico y sus connotaciones de poder, certeza y derechos, a determinar la idea de que se pueda hablar de un derecho que *impregna* las sociedades, en vez que de simples normas o reglas.

En sexto lugar, Tamanaha ofrece una explicación crítica del nacimiento y del éxito del concepto de pluralismo jurídico, especialmente de la versión “fuerte” descrita por Griffiths, es decir “la observación científica del hecho” de que una pluralidad de órdenes jurídicos efectivamente existe en todas las sociedades.

Ante todo, se trataría de un producto de los científicos sociales, sobre todo de los antropólogos o de los juristas interesados en la antropología.

Además, es un concepto desarrollado por estudiosos pertenecientes a sociedades occidentales que, en un momento determinado, empezaron a interesarse por las

329 Traducción mía, original en inglés: “[...] law often does more things, or is used to do more things, than just maintain social order, including, among other functions or purpose, enabling, facilitative, performative, status conferring, defining, legitimated, distributive, power-conferring, and symbolic; or being used as an instrument of harassment, revenge or vindication, or as a resource of raw power.” TAMANAHA, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, cit., p. 301

330 TAMANAHA, “The folly of Social Scientific Concept of Legal Pluralism”, cit., p. 201

331 Traducción mía, original en inglés: “After all, it would only occur to persons trained in the law to conceive that the normative relations within the family constitute a ‘legal’ order.”. Cfr. TAMANAHA, “The folly of Social Scientific Concept of Legal Pluralism”, cit., p. 205

manifestaciones de pluralismo jurídico en sus propias sociedades. De alguna manera, aplicando las categorías conceptuales de sus disciplinas, empezaron a mirar a los fenómenos de ordenación normativa propias de las sociedades occidentales de la misma forma en que los antropólogos habían observado las formas de regulación social típicas de las sociedades post-coloniales.

La misma existencia de la antropología jurídica como disciplina académica dependía de la existencia de algo así como el Derecho no estatal.

Y finalmente, el autor señala que el proyecto del pluralismo jurídico ha sido y sigue siendo impulsado por un considerable ímpetu ideológico.

Además, los análisis pluralistas se basan, según Tamanaha, en una visión esencialista del concepto de derecho, es decir una visión del derecho como algo que pueda entrar en una formula cuyo *incipit* es “el derecho es ...”³³².

El defecto de las visiones esencialistas sería el de definir el derecho desde sus componentes funcionales, resultando tal definición o demasiado amplia (por comprender fenómenos de regulación propios de contextos como la familia o las corporaciones), o demasiado ajustadas (por excluir todos los fenómenos que no cumplen las funciones descritas en la definición, o en general todo lo que las personas calificarían como derecho, por ejemplo el derecho consuetudinario o religioso).

Si en cambio adoptamos una visión *convencionalista*, mirando por tanto al derecho como a un constructo cultural, nos damos cuenta de que, contrariamente a lo que piensan los pluralistas, no existe una tal cosa como “el derecho”, con un sinnúmero de variantes, sino innumerables fenómenos jurídicos, cada uno de los cuales cumple diferentes funciones³³³.

Los intentos de encontrar la esencia del derecho han fallado porque, según el autor, el derecho no tiene esencia. Por ello, es inútil intentar formular un concepto de derecho. Sin embargo, sí necesitamos una manera para reconocerlo, esto es, necesitamos un marco conceptual que especifique los criterios para su identificación. La propuesta de Tamanaha, en este sentido es la siguiente: “*El derecho es lo que la*

332 Según el autor, el pensar que exista algo más allá del concepto, generado culturalmente, de Derecho estatal, es una cuestión de fe: el derecho no es una “categoría fundamental” que se pueda identificar o describir, sobre todo en términos esencialistas.

333 TAMANAHA, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, cit.

gente identifica y trata en sus prácticas sociales como «derecho» (o *recht*, o *droit*, etc.).³³⁴. Es decir, el derecho es un concepto popular (“*folk concept*”³³⁵), por tanto es lo que es definido por las personas que lo usan y que a él se refieren en sus prácticas sociales, no el que viene definido de antemano por las teorías del derecho³³⁶.

Basándose en una tal interpretación, una situación de pluralismo jurídico existiría, según el autor, “*siempre que se pueda reconocer más de un tipo de «derecho» a través de las prácticas sociales de un grupo en una arena social determinada, lo que es una situación relativamente común.*”³³⁷.

De esta forma, la regulación normativa de las familias, por ejemplo, sería considerada derecho tan sólo si los integrantes de esa arena social³³⁸ la definieran convencionalmente de esa forma.

El estudio de las prácticas y de los fenómenos que las personas consideran derecho podría permitir la construcción *a posteriori* de categorías analíticas, extraídas del fenómeno observado, a usarse para análisis comparativos más detallados y prometedores.

Permitiría por ejemplo preguntarse *quién* identifica a *algo* como derecho (consuetudinario, estatal, religioso, etc), y *por qué*.

El mismo Tamanaha reconoce que su enfoque no es exente de debilidades y cuestiones abiertas, entre las que están: la de quién tiene que identificar un fenómeno como derecho para que sea tal (según el autor, cualquier grupo dentro de la arena social); y la de cuántas personas tienen que ver el fenómeno como derecho para que pueda calificarse como jurídico (a lo que Tamanaha responde: algún grado,

334 Traducción mía, original en inglés: “*Law is whatever people identify and treat through their social practices as 'law' (or recht, or droit, and so on).*”. Cfr. TAMANAHA, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, cit., p. 313

335 TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism”, cit., p. 396.

336 Según las arenas sociales en las que se encuentren, la personas pueden referirse por ejemplo a la ley estatal, o al derecho consuetudinario, o indígena, o internacional, o religioso, o natural, etc.. Cfr. TAMANAHA, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, cit.

337 Traducción mía, original en inglés: “*whenever more than one kind of 'law' is recognized through the social practices of a group in a given social arena, which is a relatively common situation.*”. Cfr. TAMANAHA, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, cit., p. 315

338 Lo de “arena social”, aclara el autor en 2008, es un término neutro (*bland*) o un marco vacío, que sirve para designar un determinado campo de análisis. Puede usarse para describir una nación entera, o una comunidad local, o un red internacional de comercio. Cfr. TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism”, cit.

aunque mínimo, de presencia social continua, lo que excluye definiciones transitorias o idiosincráticas).

En general, el criterio distintivo sería el siguiente: “[...] aunque se puedan seleccionar otros límites, un umbral mínimo para la calificación es si un número suficiente de personas con la suficiente convicción consideran que algo es derecho y se comportan según esa convicción, con modalidades que tienen influencia en la arena social”³³⁹.

Una concepción no esencialista no renuncia a desafiar la visión centralista del derecho. De hecho, según el autor, no es ni posible ni deseable que el derecho del Estado sea la única fuente de normas que gobiernan el “orden social”³⁴⁰.

Dentro de una arena social determinada, en efecto, son activas múltiples fuentes de ordenación normativa, cuyas formas el autor propone subdividir en 6 categorías³⁴¹:

1. *Sistemas jurídicos oficiales, o positivos*. Se trata de los sistemas vinculados a instituciones jurídicas, que se manifiestan a través de los órganos legislativos, de los tribunales, de las fuerzas del orden, y los que en general administran la justicia.
2. *Sistemas normativos consuetudinarios*: incluyen costumbres y reglas sociales, así como mecanismos e instituciones sociales (por ej., reciprocidad, tribunales de resolución de las controversias, o comités de dirigentes locales).
3. *Sistemas normativos religiosos*: si bien podrían incluirse en la categoría de los sistemas consuetudinarios, estos sistemas a menudo se presentan como específicamente religiosos, en cuanto a su origen y a su orientación, y cuentan con fuentes escritas e instituciones formales propias.
4. *Sistemas normativos económicos/capitalistas*: cuentan con una serie de normas e instituciones que regulan, en las arenas sociales, la producción capitalista y las transacciones comerciales. Ejemplos de ello serían: las normas informales que gobiernan las relaciones en las comunidades

339 Traducción mía, original en inglés: “[...] although other cut-off points may be selected, a minimum threshold to qualify is if sufficient people with sufficient conviction consider something to be 'law', and act pursuant to this belief, in ways that have an influence in the social arena.” Cfr. TAMANAHA, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, cit., p. 319

340 TAMANAHA, Brian, “The rule of law and legal pluralism in development”, *Hague Journal on the Rule of Law*, N. 3 (2011), pp. 1-17

341 TAMANAHA, “Understanding Legal Pluralism”, cit.

empresariales, los estándares contractuales, la auto-producción normativa en forma de códigos de conducta, normas para el comercio internacional, instituciones de arbitraje, etc.

5. *Sistemas normativos funcionales*: sirven a cumplir funciones diferentes a las estrictamente comerciales. Ejemplos de sistemas normativos funcionales son las Universidades, el sistema escolar, los hospitales, las ligas deportivas, etc. Pueden operar a nivel local o nacional, o trans-nacional, y cuentan con un cierto grado de autonomía y capacidad de auto-gobierno.
6. *Sistemas normativos comunitarios/culturales*: consistirían en la identificación, por parte de un grupo determinado, de un estilo de vida común (idioma, historia, normas de interacción compartidas, etc.). El grupo puede identificarse con un territorio determinado, o constituir una comunidad indefinida geográficamente, como la de ciertos usuarios de Internet.

La heterogeneidad de los sistemas y la diferencia de poder entre ellos pueden determinar situaciones de enfrentamiento. Se trata sin embargo de un ejercicio del poder biunívoco: no siempre prevalece el Estado, sino que, en algunas ocasiones, determinados grupos sociales tienen un desproporcionado poder de influenciar, e incluso de penetrar, el sistema legal oficial.

Para gestionar las heterogeneidades, el sistema legal oficial puede asumir una actitud de neutralidad, de identidad, de condena, de apoyo cuando menos formal, de absorción, o de supresión.

Los demás sistemas también utilizan estrategias de gestión de las heterogeneidades, que van desde un enfrentamiento abierto hasta el uso estratégico del sistema oficial para perseguir finalidades internas.

La relación entre sistemas normativos diferentes es extremadamente compleja y tiene que examinarse en términos de influencia mutua y de uso de esta influencia por parte de los individuos y de los grupos.

3.6.3. La visión crítica de Simon Roberts

Pese a su firme convicción de que el derecho estatal no es la única fuente de regulación social existente, Roberts (1941-2014) mantiene una posición

extremadamente crítica hacia los estudios sobre pluralismo jurídico.

En su opinión, extender el concepto de derecho más allá de los límites del derecho del Estado, es problemático³⁴²: primero, porque una tal operación responde a intenciones ideológicas; segundo, porque el pluralismo jurídico es un constructo intelectual de los juristas; tercero, porque los pluralistas mismos son víctimas de una concepción legalista y centralista; cuarto, porque se utilizan categorías propias del derecho occidental; y quinto, porque el derecho, en definitiva, es el derecho del Estado.

Veamos como desarrolla su crítica.

1. Si bien los pluralistas hayan insistido en definir el “centralismo jurídico” como nada más que una ideología, que ha contribuido a destruir una vasta gama de órdenes jurídicos no estatales, su discurso también es ideológico, por su insistencia en etiquetar muchos órdenes normativos como “derecho”.
2. El pluralismo jurídico es, según Roberts, una criatura de los juristas. Antes de los años '70, la existencia de diferentes órdenes jurídicos había sido un tema de interés para los antropólogos, pero raras veces había despertado la atención de los juristas. En definitiva, se trataría simplemente de un concepto nacido a raíz de intereses académicos y profesionales, con el que se ha ido ampliando de manera a-problemática la lista de las formas normativas que se etiquetan como derecho (y a las que por lo tanto se aplican las categorías propias del discurso legal occidental)³⁴³.
3. La “creación” del concepto de pluralismo jurídico es fruto de una manera legalista (*lawyerly*) de mirar a la realidad. En definitiva, los mismos pluralistas están influenciados por una visión centralista, al insistir en utilizar el término “derecho”.
4. El uso del calificativo “jurídico” se aplica, según Roberts, de manera no sólo indiscriminada, sino también “desde afuera” del orden normativo observado, sin preocupación por las “auto-representaciones” del orden en cuestión: “*Los pertenecientes a los pueblos originarios, por ejemplo, ¿de verdad quieren*

342 ROBERTS, Simon, “Against Legal Pluralism”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 30, n. 42 (1998), pp. 95-106

343 ROBERTS, “Against Legal Pluralism”, cit.

*aceptar para su organización esa etiqueta tan potencialmente emotiva, por mucho que haya sido promovida como emblema de «civilización»?*³⁴⁴. Los pluralistas en definitiva analizan otras culturas, y otros fenómenos normativos, en los términos de nuestra concepción del derecho, sin tener en cuenta que nuestras teorías del derecho no son otra cosa que una característica de una determinada sociedad en un momento histórico determinado, y que por tanto no son válidas para efectuar comparaciones trans-culturales. Dado que nuestras formas de organización jurídica no coinciden con los mecanismos de control social que podríamos encontrar en otras culturas y que, en consecuencia, nuestras categorías teóricas resultan inaplicables, mejor sería dejar completamente de lado el uso del concepto de derecho³⁴⁵.

5. El proceso histórico de centralización y de formación de los Estados modernos nos ha dejado una identidad legal definida en el sentido del centralismo³⁴⁶. El nuestro es un sistema legal que se caracteriza por su relativo aislamiento del resto de la sociedad, por la presencia de una fuente central de legislación, de normas recogidas en textos legales, de fuerzas de seguridad y de agencias para la resolución de disputas (los tribunales), que cuentan con personal especializado y cuyos resultados están determinados por las normas jurídicas. Gracias a sus características, no es difícil, según el autor, distinguir el Derecho de otras formas normativas (como las normas morales y de etiqueta): su organización, su formas de operar, sus fuentes bien identificables (leyes, sentencias, textos jurídicos), su poder vinculante y coercitivo específico, lo hacen fácilmente reconocible.

Roberts dirige también una crítica específica hacia la teoría de sistemas sociales autopoieticos.

344 Traducción mía, original en inglés: *“Do the people of ‘first nations’, for example, necessarily want to accept this potentially emotive label for their arrangements however strongly it may have been promoted as the badge of ‘civilisation’?”*. Cfr. ROBERTS, Simon, “After Government? On Representing Law Without the State”, *The Modern Law Review*, Vol. 68, N. 1 (2005), pp. 1-24, p. 12

345 ROBERTS, Simon, *Order and dispute. An Introduction to Legal Anthropology*, New York: St. Martin's Press, 1979. Es por ello que el autor propone concentrarse, por un lado, en el estudio de los mecanismos a través de los que las sociedades garantizan el orden en su interior, es decir, ese nivel de regularidad que les permite sobrevivir. Por el otro lado, dado su carácter universal, invita a examinar el conflicto y las modalidades establecidas para su gestión.

346 ROBERTS, “After Government?”, cit.

Según el autor, el criterio de Teubner y Luhmann para distinguir un sistema jurídico de otro (es decir, el uso del código binario legal/ilegal) termina por incluir numerosas formas de ordenación normativa. Sin embargo, no resulta convincente porque falta definir qué es “legal/ilegal” y explicar qué es lo que distingue el derecho de otras categorías de discurso normativo, lo que no está claro en la propuesta de Luhmann y Teubner³⁴⁷.

Además, se trata de un criterio construido alrededor de una concepción jurídica típica de las sociedades diferenciadas, de allí que resultaría imposible aplicarlo a otros contextos: “*Para referirnos a un etnógrafo bien conocido (Gulliver, 1963), ¿podemos ver en las comunicaciones Arusha la observancia del código legal/ilegal?*”³⁴⁸. Otra cuestión crítica es el concepto de cierre normativo, que haría imposible explicar los intercambios desde una forma normativa a otra.

Dado todo esto, concluye el autor, cuando hablamos de derecho siempre deberíamos hacer referencia al derecho estatal, aunque el proceso de globalización parecería poner en duda una tal afirmación. Ello es así porque actualmente vivimos en “*en un mundo supraestatal y acéfalo*”³⁴⁹, donde es posible prever el nacer de instituciones propias de órdenes de naturaleza negocial.

Aún así, Roberts duda que tales órdenes puedan calificarse como “derecho”. Ello es así, primero, porque son significativamente diferentes de los órdenes jurídicos propios de los Estados.

Segundo, porque los órdenes negociales tienen “su propia racionalidad”: esto es, su manera de entender el “normativo”, unos mecanismos consensuales propios para la toma de decisiones y una concepción distinta de la confianza. Se trata de un tipo de racionalidad que no goza de la misma credibilidad, ni de la misma legitimidad de la que gozan los órdenes legales vinculados al Estado³⁵⁰.

En definitiva no estamos asistiendo a una disolución del derecho estatal a favor de un orden negociado, sino que, simplemente, el que había sido el proceso de evolución hasta la forma Estado, se está replicando a nivel regional y global. En

347 ROBERTS, “Against Legal Pluralism”, cit.

348 Traducción mía, original en inglés: “*Can we, to take a familiar ethnography (Gulliver, 1963), see Arusha communications as observing the code legal/illegal?*”. Cfr. ROBERTS, “Against Legal Pluralism”, cit., p. 100

349 ROBERTS, “After Government?”, cit., p. 18

350 ROBERTS, “After Government?”, cit., p. 23

palabras de Roberts, la centralización está dando “un paso adelante”.

TERCERA PARTE

Una lectura funcionalista de los procesos de mediación y de su relación con el derecho

Como vimos en la primera parte, la mediación es una técnica de gestión de las disputas, que consiste en la realización de encuentros entre las partes, en presencia y con la asistencia de un tercero no involucrado en la controversia. Su objetivo es la terminación del conflicto, su instrumento el intercambio comunicacional, y su característica la “falta de poder” del mediador, al menos en cuanto a la imposición de decisiones.

Por tanto, son las partes mismas las que, a lo largo del encuentro y coadyuvadas por el mediador, tratan de producir acuerdos que les vinculan para el futuro y que, bajo ciertas condiciones, tienen una fuerza normativa propia y peculiar, pese a que la naturaleza de ese vínculo no pueda definirse “jurídica”.

1. Derecho y órdenes menores

¿Dónde colocar, pues, la normatividad propia de la mediación, y cómo interpretarla en el marco de su aplicación concreta?

El regular la convivencia mediante la gestión de los conflictos es una de las principales prerrogativas del derecho positivo y de la actividad judicial.

En nuestra tradición legal, existe la idea de que solamente las normas que puedan calificarse de jurídicas, esto es, que pertenecen a un ordenamiento jurídico, representan un medio adecuado para gobernar la convivencia. En consecuencia, la

fuerza normativa de los “órdenes menores” está subestimada, cuando no desacreditada.

Lo mismo ocurre con respecto a la actividad de producción normativa que surge de la autonomía de los privados: para obtener el reconocimiento del ordenamiento estatal y para que, por consiguiente, se le otorgue protección jurídica, tiene que cumplir necesariamente con unos requisitos formales. En esta línea, un acuerdo alcanzado por las partes en mediación sólo se considerará “válido” si cumple con los requisitos formales que permiten su homologación.

Se genera así la idea de que los pactos no jurídicos serían un instrumento inadecuado para gestionar la convivencia, dado que no pueden contar con un sistema de sanciones formales que los refuerce.

Los pluralistas, como vimos, intentan superar este inconveniente afirmando que cualquier orden normativo debería calificarse de jurídico. Sin embargo, al asimilar simplemente los dos conceptos, sus conclusiones son de dudosa utilidad. Ante todo, los términos “jurídico” y “normativo” se usan comúnmente para referirse a dos dimensiones diferentes, la del derecho positivo por un lado y la de las normas sociales, por el otro, que deberían mantenerse separadas, cuando menos a los efectos analíticos. Pero sobre todo, el definir como jurídica la producción normativa de sistemas menores no aportaría beneficios reales y concretos, no modificaría su capacidad de vincular a los actores sociales, ni lograría atribuir mayor peso social a los “derechos informales”.

Parece más beneficioso, en cambio, sondear si la fuerza normativa de los sistemas menores es suficiente para lograr la estabilización de la convivencia y, a partir de allí, tratar de entender su papel en relación con el derecho y la sociedad.

En cualquier caso, hay que tener presente que el limitarse a concebir la regulación de la convivencia desde el derecho no sólo desacredita cualquier forma de ordenación extra-jurídica, sino que también facilita el que haya una tendencia a reglamentar jurídicamente áreas y prácticas que no lo necesitan, como sucede con la mediación. Volveremos sobre este tema más adelante.

2. La construcción de pactos como forma de regulación de la convivencia

Como vimos en la segunda parte, los estudios sobre pluralismo jurídico han mostrado claramente que la convivencia está a cargo de una pluralidad de fuentes normativas y/o jurídicas (el Estado, entre ellas), y que, en un determinado campo social, diferentes órdenes normativos pueden operar de manera simultánea.

Cuando hablan de “campo social”, los pluralistas se refieren, por un lado, a espacios dotados de determinadas características estructurales. Se trata, en este caso, de agrupaciones identificables, ubicadas en un espacio físico, temporal, social y cultural determinado, que utilizan unos mecanismos de regulación social concretos, lo que implica la existencia de un colectivo de sujetos que comparten “algo”. Algunos ejemplos son los grupos o los subgrupos sociales, las asociaciones, las instituciones (formales o informales), etc.

Por otro lado, el término “campo social” puede también describir procesos, como las interacciones cotidianas, las transacciones comerciales, las regulaciones privadas, y también *las situaciones* en las que dos o más sujetos tratan de dar solución a un conflicto.

Más concretamente, un campo social es un espacio *capaz de producir normas y hacerlas respetar*, aunque en el marco de una autonomía parcialmente limitada por la interferencia de otros sistemas¹. Si cumple con estos requisitos, incluso una situación negocial espontánea puede identificarse como un campo social.

Un ejemplo de *producción normativa*, propia de un campo social de estas características, es la construcción de acuerdos entre dos partes para resolver un conflicto².

Ello es así porque el conflicto indica que ha habido violación de una regla y que las partes tienen que encontrar una solución que les permita adaptarse a la nueva situación. Se presenta por lo tanto la necesidad de re-configurar la relación y de establecer nuevos criterios de acción. El resultado de la confrontación entre las

1 Cfr. el concepto de Campo Social Semi-Autónomo (*Semi-Autonomous Social Field - SASF*) propuesto por Moore, en el apartado 3.6.1.

2 Véase el apartado 3.3.2, en la segunda parte. GRIFFITHS, John, “The social working of legal rules”, *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 35, N. 48 (2003), pp. 1-84

partes será una nueva norma, que sustituye o especifica la anterior. En este sentido, el acuerdo es el reflejo de la actividad auto-reguladora del campo social.

El *poder vinculante* de este tipo de configuración normativa reside, según indican los pluralistas, en mecanismos sociales de refuerzo de la conducta conforme a las reglas, que se basan en un horizonte de valores compartidos (por ejemplo, sobre lo que es “justo” o “bueno”), además de en sanciones sociales en caso de incumplimiento. Se trata de los mismos procesos que aseguran el respeto del derecho formal, cuya observancia se basa menos en la amenaza del castigo, que en dispositivos de esta naturaleza³.

La fuerza coactiva de un campo social se presenta, en definitiva, como la expresión de un control social informal que, no por ser más indiferenciado, es menos eficaz que el control social formal ejercido por el derecho estatal. Más bien lo contrario, el potencial de coacción de las reglas producidas en un campo social puede ser incluso mucho más efectivo, dado que son más cercanas y accesibles que las normas estatales y, por ello, más adecuadas a las exigencias concretas del campo en cuestión.

Desde la perspectiva pluralista, entonces, la mediación se configuraría como un campo social capaz de producir normas y hacerlas respetar. Ello es así porque:

- Se trata de una interacción en la que las partes, a partir de una situación de conflicto, tratan de construir una estructura normativa para regular sus relaciones futuras. Para conseguir tal resultado, utilizan una multiplicidad de criterios normativos, incluida una forma lega de episteme jurídica, que influyen sus selecciones y sus intercambios comunicacionales.
- El acuerdo de mediación sería idóneo para obligar a las partes gracias a mecanismos sociales asociados con patrones normativos que sostienen principios generales de cumplimiento, del tipo *pacta sunt servanda*. En otros términos, las partes utilizan fórmulas de vinculación recíproca que se refieren a preceptos sociales de reciprocidad compromisoria y de confianza mutua. Por tanto, la fuerza vinculante de los acuerdos alcanzados sería

3 Es por ello que en presencia de sanciones extra-legales, nos dice Moore, las sanciones legales se vuelven inútiles. Cfr. MOORE, Sally Falk, “Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study”, *Law & Society Review*, Vol. 7, N. 4 (1973), p. 719-746

independiente de su naturaleza “jurídica”.

3. La mediación con respecto al derecho

Pese a que sus características la erigen como fuente de producción normativa (semi)autónoma, en un momento determinado y relativamente reciente de la historia evolutiva del derecho, se dieron las condiciones para que la mediación fuese considerada como un instrumento idóneo para la regulación del contencioso.

Una de estas condiciones fue la difusión de la idea de que el encomendar a las partes mismas la búsqueda de soluciones a su propia contienda, determinaría una mejor gestión de las situaciones susceptibles de litigio. El popular argumento del colapso del sistema judicial y de la insatisfacción constante de los ciudadanos con respecto a la justicia sirvieron, en este sentido, de cimiento a la implementación de formas “alternativas” de gestión de los conflictos⁴.

Otra condición que podría explicar el ímpetu hacia la mediación es la tendencia a la progresiva juridificación de ámbitos de regulación privada. Volveremos más adelante sobre el tema. Únicamente quiero ahora remarcar que la expansión e intensificación de lo jurídicamente relevante genera el problema de mantener la congruencia interna del sistema. Tal y como lo entendió Luhmann, el derecho no puede expandir ilimitadamente su complejidad sin perder su congruencia. Necesita por lo tanto hacerse más abstracto, utilizando equivalentes funcionales para la estabilización de las expectativas.

En este sentido, es posible leer la mediación como un equivalente funcional que el derecho utiliza para resolver el problema de una creciente complejidad interna. Sensible a los “discursos cotidianos” de otros subsistemas, el derecho incorpora la mediación y la transforma para incluirla en su autopoiesis, aunque de forma diferente en la mediación judicial y en la extra-judicial.

3.1. La mediación judicial

En el contexto judicial, la mediación puede representar una instancia previa al juicio,

4 Ello, a pesar de que ambos argumentos hayan sido desmentidos por investigaciones recientes (*vid supra*, nota 114, en la parte primera). Además, no deja de sorprender el que ciudadanos descontentos con la justicia persistan en su supuesta litigiosidad, al punto de atestar los tribunales hasta el colapso.

tanto obligatoria como facultativa⁵, o también puede llevarse a cabo en el transcurso del juicio mismo, dejando momentáneamente en suspenso el proceso hasta conocerse el resultado del encuentro entre las partes⁶.

En este caso, la mediación opera como un verdadero dispositivo procesal.

Ello se puede observar en la definición del objeto litigioso, por lo que las expectativas sobre las que la mediación trabaja están definidas y determinadas de antemano por el derecho, y además tratadas con el lenguaje técnico y con las formas típicas del proceso judicial (formalidad del ritual, presencia de los abogados, posibilidad de reconvenir, etc.).

En un contexto de tal naturaleza, la solución encontrada, a pesar de ser el resultado de una negociación entre privados, debe someterse a la homologación, esto es, debe verificarse su congruencia con las disposiciones legales que regulan la materia específica, para que se la considere jurídicamente relevante.

Existe por lo tanto una clara subordinación del proceso de mediación a las normas procesales y, por ende, las partes dependen, aunque indirectamente, de las decisiones de terceros.

Por estas razones, la mediación judicial podría interpretarse, en términos evolutivos, como el resultado de un proceso de diferenciación del derecho, concretamente del derecho procesal, tanto en ámbito civil, como en el penal. Es precisamente en tales términos que se puede leer el surgir y el desarrollo del fenómeno de las “alternativas”, a partir de los años '70: ADR en materia civil⁷; mediación penal,

5 Por lo que se refiere al ámbito civil, la gran mayoría de los países europeos deja a las partes la decisión de intentar una mediación antes de promover un juicio. Algunos ordenamientos, sin embargo, establecen como obligatoria la participación a una sesión informativa previa. Otros países, en cambio, han optado por instituir la mediación como paso previo obligatorio, sin el cual es imposible empezar el pleito, al menos por lo que se refiere a ciertas materias. Es éste el caso, por ejemplo, de Argentina o de Estados Unidos.

Por lo que se refiere al penal, la iniciativa de empezar un proceso de mediación se debe mayoritariamente al impulso de las Fiscalías. Pese a que las partes pueden rechazar la “invitación”, resulta complicado distinguir lo que es obligatorio de lo que no lo es, especialmente en el caso de los infractores, dado que su rechazo puede influir negativamente en el proceso de formación de la decisión final.

6 En las dos hipótesis, la mediación está vinculada al contexto judicial, y es por ello que uso el término “judicial” para referirme a ambas. Por el contrario, reservaré la expresión “extra-judicial” a las mediaciones que se llevan a cabo en contextos ajenos al contencioso, como por ejemplo las mediaciones comunitarias.

7 *Faster and cheaper*, los métodos alternativos de solución de las controversias en materia civil y comercial (*Alternative Dispute Resolution - ADR*) obtuvieron su consagración en Europa con la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre

conferencing, círculos restaurativos, en materia penal⁸.

Pese a que el término “alternativas” se use comúnmente para definir todos estos fenómenos, su relación con el derecho es interna. Ello es así porque las expectativas normativas gestionadas por este tipo de procesos se definen en los términos del derecho o, como diría Luhmann, según el código legal/ilegal. Asimismo, el funcionamiento de las alternativas también es determinado por el derecho, en cuanto a participantes, formas del proceder, resultados esperados y sanciones para el incumplimiento.

Dada su breve historia y su limitada aplicación⁹, sería prematuro afirmar que la mediación judicial tiene la posibilidad de asentarse definitivamente como equivalente funcional para la reafirmación de las expectativas normativas frustradas.

Por lo pronto, podemos empezar con notar que la posibilidad real de que la mediación judicial cumpla con sus funciones tropieza con el hecho de que el litigio está presente en todo caso como posibilidad sucesiva y trasfondo amenazante. Ello es así porque:

- Cuando es obligatoria, las partes pueden transitar por ella solamente para cumplir con una mera formalidad que les permite acceder al juicio.
- El intercambio comunicacional se realiza con la idea de que, si no es posible ganar en la mediación, siempre cabe la posibilidad de hacerlo en el juicio. Por lo tanto, puede resultar superficial y apresurado.
- La falta de acuerdo o de su homologación remite a la necesidad de volver a gestionar la disputa en un juicio.

La decisión sobre la controversia se desplaza así a un momento sucesivo, con una duplicación de la intervención.

ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

8 Véase la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, por la que los Estados miembros procurarán impulsar la mediación en el ámbito penal.

9 Véanse los resultados de un reciente estudio del Parlamento Europeo, según el que la mediación en ámbito civil y comercial se aplica en menos del 1% de los casos. Cfr. DE PALO, Giuseppe, et al., *'Rebooting' the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, European Parliament, Brussels, 2014, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies>, [visitado el 12/04/2016]

3.2. La mediación extra-judicial

El discurso se complica cuando concentramos la atención sobre aquella forma de mediación que opera fuera del derecho y del contexto judicial, paralelamente a él, y/o en espacios donde el derecho, por la razón que sea, está “ausente”.

Existen situaciones en las que la protección jurídica es imposible, porque las disputas se refieren a objetos que no tienen relevancia jurídica (no poseen una calificación jurídica tal que justifique la puesta en marcha de una acción judicial), o porque ya ha habido una acción judicial que no ha producido los efectos esperados; o porque los lugares donde el conflicto se manifiesta están caracterizados por una condición de para-legalidad (las *favelas* descritas por Santos, o las *villas* donde he realizado parte de mi trabajo de campo, por ejemplo) y por lo tanto es imposible – tanto formalmente como *de facto* - pedir amparo judicial sobre derechos subjetivos. En casos como éstos, la estabilización de expectativas a través del derecho, incluso a través de la mediación judicial, es imposible. Es por ello que, frente a tales circunstancias, las personas acostumbran a evadir el conflicto y, a veces, recurren a formas de “justicia privada”.

Existen, por otro lado, situaciones menos problemáticas que, pese a no estar desprovistas de salvaguardias jurídicas, se prefiere tratar extra-judicialmente.

Me refiero, por ejemplo, a los casos en los que las partes en conflicto, no queriendo emprender una acción judicial, deciden dirigirse a centros municipales o privados para resolver su disputa con la ayuda de un mediador.

Aquí, a pesar de que el conflicto pueda derivar de la violación de derechos individuales, la forma en que se trata está completamente desvinculada del ámbito judicial. Tanto la definición del objeto de la controversia, como la forma de su resolución, no dependen de una regulación jurídica y las comunicaciones no están caracterizadas por el código del derecho.

A diferencia de la mediación judicial, la extra-judicial no empieza con una demanda, no hay por lo tanto un demandante y un demandado y el objeto de la controversia no se define en términos jurídicos.

Más allá de que exista o no exista la posibilidad de ejercer la acción judicial en un segundo momento, las partes deciden cómo dar solución a la controversia de forma autónoma, y la eficacia de sus eventuales acuerdos no depende del filtro previo de la

homologación.

En términos sistémicos, podríamos entender la mediación extra-judicial como una operación que sirve a estabilizar expectativas en sistema normativos “menores”.

En todo caso, falta entender los mecanismos en base a los que una forma de resolución de conflictos de esta naturaleza consigue generar un vínculo que pueda definirse estable, y después analizar en qué relación está esta forma de normatividad con aquella propia del ordenamiento jurídico.

4. El valor vinculante del acuerdo depende de procesos de comunicación

Atribuir a mecanismos de control social informal el valor vinculante del acuerdo de mediación, como hacen los pluralistas, es sin duda pertinente, pero también ofrece una explicación sólo parcial del cómo las partes se obligan recíprocamente al cumplimiento de lo pactado.

Si aplicamos una lectura que, según las indicaciones luhmanianas, tiene en cuenta la autopoiesis de los sistemas sociales, su cierre operacional y la manera en la que se acoplan con su entorno, logramos tener en cuenta también la manera en que las personas, por así decirlo, se dejan “influir” por el control social, tanto formal como informal.

Además, no podemos ignorar la naturaleza intersubjetiva del proceso de mediación o de los pactos. Tanto el uno como los otros son la expresión y el resultado de un intercambio de comunicaciones en el que la selectividad (y las selecciones) de las partes se entrelazan, se toman en cuenta recíprocamente, y se modifican a medida que el proceso avanza¹⁰. En semejante contexto, el posible impacto de los mecanismos de control social, pongamos de un orden normativo menor, pasa por el ulterior filtro previo de la interacción entre las partes. En consecuencia, sus resultados son tan difíciles de prever, que un modelo de explicación basado exclusivamente en el control social se vuelve algo improductivo.

10 Como vimos arriba, en opinión de Luhmann la comunicación se desarrolla según el esquema tripartito de información, acto de comunicar, comprensión, por lo que es necesario el aporte de ambas partes. Un acto de enlace, generado por la comunicación, lleva a la siguiente comunicación, concretamente una aceptación o un rechazo.

Además, tanto Moore como Griffiths, mientras afirman que una interacción puede producir un orden normativo, no explican el “cómo” un tal resultado se daría en lo concreto.

Dado lo expuesto, para describir adecuadamente la dinámica de la mediación, el proceso de formación de los acuerdos y su carácter vinculante, es necesario tener en cuenta que:

- Las partes en mediación confrontan y estabilizan sus expectativas (esto es, asumen obligaciones) a través de *comunicaciones*.
- Tales comunicaciones surgen, se transforman y producen incesantemente nuevos contenidos (nuevas comunicaciones) *en virtud del intercambio* y a medida que el proceso avanza.
- Los acuerdos son expresión de un *orden normativo emergente, construido de manera intersubjetiva*.
- El *poder de vínculo de los acuerdos se debe a la naturaleza y a la calidad del proceso* de intercambio comunicacional.

4.1. La interacción como sistema

Si analizamos la mediación como *un sistema autopoiético* según las indicaciones de Luhmann, entonces podemos dar mejor cuenta de cómo la estructura de la interacción y las características del entorno influyen en la dinámica del proceso.

En este sentido, la mediación puede entenderse como un sistema de interacción que presenta una estructura determinada, y unas formas específicas de relación con su entorno.

Además, dado que la interacción en mediación está compuesta, como cualquier otro sistema, por una red de comunicaciones, este enfoque permite centrar la atención en el flujo comunicacional y en la generación de nuevas comunicaciones a partir de las comunicaciones mismas.

Vista desde esta perspectiva, entonces, la mediación es una interacción caracterizada por un intercambio comunicacional que se pone en marcha para gestionar aquella forma peculiar de doble contingencia que es el conflicto.

Debido a que las partes en mediación son partes en conflicto, las comunicaciones se configuran, al menos inicialmente, como *negaciones* que se reproducen

recursivamente, según el código de la rivalidad. En este contexto, la introducción del mediador en el conflicto permite *reconfigurar* el sistema, porque rompe su tendencia hacia una excesiva integración, liberando de esta forma la posibilidad de que las partes descubran nuevas opciones para la acción¹¹.

El tercero logra “desintegrar” el conflicto, porque dirige hacia sí (cataliza) la atención que las partes, en su actitud de rivalidad, dirigían el uno hacia el otro dentro del sistema del conflicto. Según las palabras de Luhmann, las partes “quieren ganarle al tercero”. Es así como la intervención del mediador *aporta inestabilidad* en el sistema, abriendo nuevas posibilidades de seleccionar alternativas.

Pese a que sepan que el mediador no tiene poder para decidir e imponer soluciones, las partes tienen la expectativa de poder hacer valer sus pretensiones, de manera que se les reconozca la razón en contra del otro. Al menos en las entrevistas previas y en los primeros “turnos” del intercambio en la sesión conjunta, las partes se empeñan en construir un relato que convenza al mediador de las buenas razones de su actuar. Haciéndolo, están *obligadas a salir del círculo de la negación reiterativa* y la comunicación se modifica, generando nuevas comunicaciones.

Aún así, un conflicto “desintegrado” por la presencia de un tercero no es todavía una situación en la que las partes llegan necesariamente a acuerdos. Podemos decir que es tan sólo un terreno favorable, que simplemente les ofrece la posibilidad de pasar de un tipo de comunicación basado en la rivalidad, a otro basado en la colaboración y en el consenso. En otros términos, las partes tienen ahora más posibilidades de selección, pero no podemos saber de antemano qué conductas de enlaces seleccionarán.

Sin embargo, la mediación es una interacción organizada para alcanzar acuerdos, esto es, una interacción en la que las partes buscan resolver la violación de una expectativa, intentando coordinar y estabilizar sus expectativas futuras.

Es por ello que la mediación tiene una estructura determinada, que parcialmente reproduce la forma triádica del juicio.

Como explica Luhmann, en el juicio las partes reivindican la satisfacción de sus expectativas normativas, pero también *el conflicto se transforma en un disenso*

11 Recordemos que la introducción del tercero es, según Luhmann, uno de los modos que los sistemas de inmunidad usan para condicionar los conflictos.

cognitivo sobre lo sucedido, mediante la exposición “minuciosa y detallada” de las argumentaciones. Por ello, las partes están obligadas a asumir una actitud cognitiva, esto es, tienen que mostrarse dispuestas a aprender, aunque de mala gana.

Pero mientras que en el juicio el tratamiento de la decepción de la expectativa se resuelve normativamente, es decir, a través de una decisión del tercero sobre cuál de las dos expectativas puede mantenerse firme (y correlativamente, sobre cuál de las dos partes está obligada a aprender), *en la mediación las partes no pueden contar con ello.*

En una mediación las partes no tienen más remedio que seguir con la actitud cognitiva, porque no quedan expectativas normativas para reclamar. Si siguen con el proceso, entonces, están obligadas a perseguir *cognitivamente* la estabilización de sus expectativas seleccionando alternativas, hasta llegar a la solución, esto es, al acuerdo.

Un tal resultado es posible, naturalmente, siempre y cuando el mediador se mantenga fiel a la consigna de no asignar la razón a una de las partes y de no imponer decisiones. De lo contrario, las partes perderían interés en una solución conjunta y volverían a asumir una actitud normativa, con la esperanza de ganar el favor del tercero.

Vista desde esta perspectiva, la mediación se presenta entonces como una forma de autopoiesis, en la que las partes gestionan una situación de doble contingencia negativa (el conflicto), para transitar a un sistema emergente, a un “nuevo nivel de orden”¹², utilizando la incertidumbre para generar la posibilidad de nuevas selecciones. En otros términos, la comunicación desarrollada en la mediación permite que emerja un nuevo sistema normativo, ya libre de las fuerzas integradoras y parásitas del conflicto.

Desde esta perspectiva, entonces, la comunicación no es un proceso defectuoso que hay que corregir, sino que es simplemente... lo que es: un sistema autopoietico que procede por selecciones progresivas hacia la estabilización de las expectativas de las partes. La cuestión, por lo tanto, no es lo que el mediador hace, sino lo que no hace, tanto con sus propias comunicaciones como con las de las partes.

12 LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales. Lineamentos para un teoría general*, Barcelona: Ed. Anthropos, 1998, p. 127

4.2. Leer la mediación como una acción comunicativa

Como vimos, Luhmann considera que el intercambio de argumentaciones, en el marco de un proceso judicial, transforma el conflicto en un disenso cognitivo que se resuelve gracias a la decisión impuesta por el tercero.

En la mediación, donde este elemento no está presente (al menos en principio), el disenso cognitivo debe encontrar otra forma de resolución. En este sentido, la reflexión luhmaniana no proporciona instrumentos para profundizar en este tipo de dinámica.

Para observar el cómo la comunicación se desarrolla en la mediación, y para comprender el cómo las partes llegan concretamente a comprometerse con el otro en un proceso de diálogo de esta naturaleza, trataré entonces de utilizar la noción de Acción Comunicativa propuesta por Jürgen Habermas, cuya correspondencia con la definición de mediación es apreciable a primera vista.

Soy consciente de que mi propuesta puede parecer una hibridación desafortunada entre dos sistemas teóricos aparentemente irreconciliables. Sin embargo, si entendemos el intercambio de razones como el resultado de procesos de selección y conductas de enlace, observar la mediación como un sistema que se orienta a modo de acción comunicativa, puede resultar no del todo insensato.

Como vimos en el apartado 1 de la segunda parte, para Habermas una acción comunicativa es un medio para lograr una coordinación de la acción que tenga su base en el consenso. Más concretamente, se trata de una situación en la que por lo menos dos sujetos realizan un intercambio verbal orientado a entenderse y a alcanzar un consenso sobre algo en el mundo, coordinando sus planes de acción de forma dialógica, con el uso de la argumentación¹³. En ella, cada actor intenta motivar al otro racionalmente hacia una acción compartida y consensuada, sobre la base del valor de vínculo que tienen los actos de habla.

Aplicando la teoría habermasiana, la mediación se configuraría como una acción comunicativa en la que dos partes en conflicto, asistidas por un mediador, intercambian argumentos con el objetivo de dar solución a la disputa a través del

13 Habermas define la argumentación como aquel tipo de habla en que los participantes tematizan las pretensiones de validez que se han vuelto dudosas y tratan de desempeñarlas o de recusarlas por medio de argumentos.

entendimiento mutuo y del establecimiento de acuerdos acerca de futuras obligaciones recíprocas.

Ello nos permitiría, de un lado, dar cuenta de cómo el uso del lenguaje conduce a las partes a comprenderse y a sellar pactos y, del otro, de explicar la fuerza vinculante de los acuerdos.

4.3. Características y desarrollo de la interacción entre las partes en mediación

Para que podamos establecer una equivalencia entre acción comunicativa y mediación, tenemos que asumir, primero, que en la mediación se confrontan dos sujetos capaces de racionalidad comunicativa, la cual les permite plantear sus pretensiones de validez, argumentándolas y defendiéndolas con razones.

Tenemos que asumir además que las partes no harán uso de componentes perlocucionarios, para imponer sus expectativas en contra de las del otro.

Con estas premisas, el proceso de mediación puede describirse como un progresivo acercamiento entre las partes, a partir de una situación inicial de rivalidad, a través de un proceso de exploración recíproca, de confrontación y de construcción común.

En una primera etapa, cada una de las partes representa su punto de vista sobre lo sucedido, de manera que las respectivas “narraciones” obtienen el efecto de reestructurar el espacio de conocimiento sobre el conflicto.

El intercambio comunicacional define progresivamente los términos de la controversia y permite a las partes entenderse y llegar a una definición común de la situación.

Las partes además llegan a entenderse y a concordar sobre las pretensiones de validez que sus actos de habla entrañan: verdad, rectitud y veracidad son las componentes sobre las que descansa la posibilidad de una acción comunicativa. Y es justamente sobre estas pretensiones de validez que las partes se confrontan en mediación: la pretensión de que lo dicho es verdadero, o conforme a una norma de conducta, o verídico, es decir, correspondiente a las vivencias personales de cada uno. Usando el lenguaje de forma comunicativa, las partes argumentan acerca de la validez de sus pretensiones hasta llegar a un reconocimiento intersubjetivo y, de allí, a compartir expectativas.

Es por ello que pueden alcanzar un consenso sobre la coordinación de sus planes de acción para el futuro, esto es, pueden construir un sistema de criterios normativos para la acción futura, que tiene para ellos un efecto vinculante gracias a la naturaleza del intercambio comunicativo llevado a cabo.

Ahora bien, la acción comunicativa depende, como vimos en el apartado 1.2.5 de la segunda parte, de que se cumplan algunas condiciones que el mismo Habermas reconoce como “contrafácticas” y poco probables. La situación ideal de habla, donde los interlocutores, de forma igualitaria, abierta y libre de coacciones, intercambian argumentaciones con vista a un consenso libre, es a lo sumo un trasfondo normativo que orienta las conversaciones.

En la mediación, la función de acercar el intercambio comunicacional a una “situación ideal de habla” puede estar a cargo del mediador. La asistencia del mediador permitiría que la acción comunicativa se lleve efectivamente a cabo, vigilando que las partes puedan cuestionar y defender sus respectivas pretensiones de validez, hasta llegar a un entendimiento y a un consenso¹⁴.

Desde esta perspectiva, la presencia del mediador garantiza entonces que la fuerza perlocucionaria, con la que las partes intentan influenciarse la una a la otra de manera estratégica, quede excluida del proceso comunicacional. Es decir, el mediador estimula que:

- la comunicación se oriente al entendimiento, esto es, que las partes entiendan de la misma manera una determinada expresión lingüística, y que estén de acuerdo acerca de la validez de las emisiones de cada una;
- que las partes lleguen a un acuerdo: esto es, a contraer un vínculo, reconociendo intersubjetivamente las respectivas pretensiones de validez y las obligaciones relativas a las interacciones futuras¹⁵.

14 En este mismo sentido, véase también CARABANTE MUNTADA, José María, “La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación”, en: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes (coords.), La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica, España: Netbliblo, 2010, pp. 35-46

15 En la construcción de su teoría, Habermas se refiere predominantemente a una pareja de hablantes que intercambian sus argumentos según criterios de racionalidad, hasta alcanzar el acuerdo. Cuando se refiere a un tercero con las características de un mediador, Habermas lo define como un sujeto que sirve para poner en marcha y regular procesos de negociación dirigidos a conseguir un arreglo de intereses individuales: Habermas en definitiva no cree que el mediador pueda facilitar una acción comunicativa, esto es, no puede asistir a las partes en el alcanzar un entendimiento y un acuerdo basado en el consenso.

Aquí, de nuevo, la comunicación no es un proceso a corregir, sino un intercambio de argumentaciones que se aceptan o se cuestionan basándose en lo que las partes consideran “buenas razones”.

Y de nuevo, no se trata tanto de lo que el mediador hace, si no de lo que no hace. Ello es así porque, para que una mediación se aproxime a una situación ideal de habla, el mediador debe abstenerse de la tentación de emitir decisiones o de perseguir sus finalidades de manera estratégica. Si utilizara sus propios actos de habla con la intención oculta de dirigir el proceso comunicacional entre las partes hacia el resultado que él considere más oportuno para llegar a la solución del conflicto, se mermaría la autodeterminación de las partes y su posibilidad de argumentar racionalmente, reduciendo así también la fuerza vinculante del acuerdo. El mantener en todo momento el equilibrio del proceso, el fomentar la autonomía de las partes y su capacidad de autodeterminación, el garantizar la confidencialidad del proceso, son elementos que previenen del peligro de un actuar estratégico del mediador y que posibilitan que el acuerdo entre los contendientes se forme de manera intersubjetiva.

4.4. El valor normativo del proceso y de los acuerdos

La mediación es un proceso normativo, donde las partes se sienten obligadas al respecto de un conjunto de reglas y asumen obligaciones vinculantes¹⁶.

En este contexto, la efectividad de los acuerdos *se debe a la naturaleza y a la calidad del proceso de intercambio comunicacional*. En otros términos, no es la homologación judicial que hace efectivo un acuerdo, sino las modalidades de interacción entre las partes¹⁷, y es por ello que se le puede definir como una fuente de producción normativa autónoma¹⁸.

16 Uso el término “normativo” para definir todo lo que produce orden social, ya que la producción de “orden social”, esto es, de dinámicas/estructuras sociales que hacen posible la convivencia, se realiza a través de reglas, cualesquiera que sean su naturaleza y su forma.

17 La homologación lo hace “accionable” delante de una decepción, es decir, prospecta una sanción en caso de incumplimiento. Sin embargo, la sanción sirve para reafirmar la expectativa (si existe una sanción, es que la expectativa es digna de mantenerse firme), no para asegurar su satisfacción.

18 El “aire de familia” con el contrato no debe desorientarnos. El que el contrato tenga “fuerza de ley” entre las partes es una calidad que le deriva de su regulación jurídica. La vinculación normativa que nace en la mediación, en cambio, es intrínseca al proceso de intercambio comunicacional y surge de forma independiente a los preceptos del derecho.

Tanto si la interpretamos como acción comunicativa, como si la miramos como un sistema autopoiético, la mediación genera vínculos a través de procesos de comunicación.

Por un lado, los actos de habla que se realizan en el ámbito de una acción orientada al consenso, esto es, de una acción comunicativa, generan obligaciones entre hablante y oyente, siendo el componente ilocucionario el elemento que da lugar a la coordinación de las conductas de los interlocutores y los vincula a los acuerdos alcanzados intersujétivamente. En el marco de una acción comunicativa, esto es, llevada a cabo por sujetos racionales y dotados de competencia comunicativa, el compromiso tiene el valor normativo de orientar para el futuro las conductas de los participantes en la comunicación.

Por otro lado, la comunicación, vinculada a la experiencia de la doble contingencia, es el mecanismo que permite la sintonización de las conductas, al generar sistemas emergentes a partir de la incertidumbre y de la ausencia de coordinación.

Como nos dice Luhmann, las comunicaciones nos obligan a auto-representaciones vinculantes: el declarar genera en el otro expectativas de tipo normativo. En interacciones como la mediación, al igual que en los contratos, las partes se vinculan mediante declaraciones recíprocas. Aquí, la aceptación (esto es, la declaración de aceptación) es el mecanismo que permite mantener controlado el arbitrio.

En la mediación, entonces, las partes llevan a cabo un proceso de comunicación que les vincula por el carácter normativo de sus declaraciones. Por el hecho mismo de declarar, la parte se obliga a sí misma a justificar la eventual violación de la expectativa que su declaración genera en el otro.

Además de la fuerza ilocucionaria de los actos de habla, las interacciones contienen en sí mismas los mecanismos capaces de generar su propia estabilidad.

En una interacción como la mediación, además, juega un papel peculiar la presencia del mediador. De un lado, repercute en el proceso de formación del acuerdo, porque cumple la función de des-integrar el conflicto y de garantizar la racionalidad del proceso, y porque sus comunicaciones también participan del intercambio.

Por otro lado, el mediador, desde su posición parcialmente externa, también representa el trasfondo normativo de la conversación y del acuerdo, cumpliendo con la función simbólica del observador. Delante del *neuter*, miembro del grupo que

observa el intercambio, las partes se obligan entonces no sólo recíprocamente, sino también con el mediador. Cuando las partes admiten algo o asumen compromisos en presencia del mediador, generan también en él la expectativa de que cumplirán con lo pactado, asignándole correlativamente la función de *garantizar* el acuerdo.

5. La mediación como forma de regulación social

Si, gracias a los mecanismos antes descritos,

- a. la mediación permite estabilizar las expectativas recíprocas de las partes, y por lo tanto establecer una estructura normativa para la regulación futura de su relación;
- b. un tal resultado se consigue incluso en contextos extrajudiciales; y
- c. consideramos la mediación como una fuente de producción normativa, cuya capacidad de generar y garantizar vínculos normativos reside en el proceso de comunicación entre las partes,

parecería entonces razonable plantear la hipótesis de que *también puede ser una forma eficaz de regulación social*, tal como lo había sugerido Bonafé-Schmitt¹⁹.

Antes de contestar positivamente, sin embargo, es necesario definir qué es “regulación social”.

Con Luhmann entendemos que un sistema puede regular eficazmente la convivencia en cuanto puede asegurar la reducción de la complejidad social, garantizando la estabilidad de las expectativas.

El pensador alemán proponía definir la complejidad como el exceso de relaciones, de posibilidades y de conexiones presente en la sociedad. Tanto la sociedad como sus subsistemas navegan constantemente entre dos polos: la complejidad y la necesidad de reducirla. La complejidad es, a la vez, una situación donde el número de opciones disponibles puede llegar a superar la capacidad del sistema de realizarlas, y un medio para reducir complejidad. Cuando el sistema alcanza el límite de sus posibilidades, nos dice Luhmann, se hacen necesarias operaciones de selección, que a su vez generan otras opciones, y así sucesivamente. Entonces, la

19 BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, *Médiation et régulation sociale*, Groupe lyonnais de sociologie industrielle, Université Lumière-Lyon II, 1992

complejidad se reduce mediante procesos de selección que a la vez incrementan la complejidad, hasta que el sistema tiene que operar nuevas selecciones. En “un simultáneo aumentar y reducir”, los sistemas encuentran el equilibrio que permite “su selectividad creciente o sus aumentadas libertades”²⁰.

Ahora, no solamente las posibilidades de selección son, en principio, infinitas. La cosa se complica aún más si consideramos que la selección no depende sólo del sistema que está reduciendo complejidad, sino que también depende de la selectividad simultánea de otros. Cada una de las selecciones de uno está condicionada por cada una de las selecciones del otro, y viceversa. Dado que en la interacción todo es posible, es necesario que cada uno pueda conocer cuál será la selección del otro, para recordarla o preverla para su propia selección. Es por ello que los sistemas precisan de mecanismos de regulación que diferencian y conectan selecciones múltiples²¹, y de un marco normativo general que permita selecciones rápidas.

Luhmann identifica en el derecho la solución que garantiza estabilidad, dado que informa de las expectativas que pueden mantenerse firmes. Sin embargo, como vimos, hay situaciones en las que esa solución no está disponible o no se la toma en consideración, por la razón que sea.

En estos casos, la mediación podría representar un recurso para coordinar las expectativas recíprocas de las partes, reduciendo la complejidad y sincronizando su conducta futura, a través de procesos de comunicación.

Sin embargo, debemos tener en cuenta que su alcance es aún muy limitado.

En primer lugar, si bien en la mediación es frecuente observar que se generan formas de entendimiento que favorecen la sincronización de expectativas, y que después se cristalizan en acuerdos acerca de las conductas futuras, el resultado de estas mediaciones no es generalizable. Se trata de acuerdos que sirven para regular una situación determinada entre individuos concretos, y que no son extensibles a terceros.

En este sentido, carecería de aquel potencial de garantía de estabilidad que la

20 LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, España: Editorial Trotta, 1998, pp. 73-74

21 LUHMANN, Niklas, *Confianza*, España: Ed. Anthropos, 1996

convertiría en una forma adecuada de regulación social. En definitiva, el que sirva para coordinar de forma satisfactoria dos partes no la convierte en una fuente idónea y suficiente de gestión de la complejidad social, porque no sirve para anticipar expectativas y no proporciona medios de previsión de selecciones.

En segundo lugar, su uso no está todavía lo suficientemente extendido, ni tenemos elementos para afirmar que lo será (o no) en el futuro. Por lo pronto, podemos notar que sus modalidades de funcionamiento resultan (todavía) extrañas para los potenciales usuarios, que generalmente prefieren otras formas de regulación de conflictos. Ello es así porque la implantación de la mediación, tanto en el ámbito judicial, como en el extra-judicial, no es el fruto “natural” de la descomposición del sistema social en subsistemas que generan sus propios recursos de regulación, como asegura Bonafé-Schmitt. Al contrario, se trata, como se verá más adelante, del resultado de una operación de “injerto social” que todavía no ha dado los frutos que se esperaban²².

Así las cosas, mientras sigue siendo razonable afirmar que la mediación es una fuente de producción normativa, el considerarla, sólo por esa razón, una forma de regulación social, parecería más problemático, dado que consigue estabilizar expectativas solamente entre las partes y el mediador (es decir, dentro de ese sistema que la mediación representa).

Esto nos lleva a considerar un tercer aspecto, que es la tendencia a hiperregular la mediación, tanto judicial, como extra-judicial.

6. Mediación y juridificación

La relación entre mediación y derecho se describe mayoritariamente en términos de antagonismo, es decir, contraponiendo las características propias de los dos campos²³.

Si, en cambio, la observamos desde una perspectiva dinámica, logramos superar la

22 Suele decirse, para explicar el escaso atractivo de la mediación, que las personas no están todavía preparadas para ella. Cfr. BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, París: Ed.L.G.D.J, 1998. Más razonable, quizás, sería interpretar los exiguos resultados en los términos de un acoplamiento estructural fallido por la vana ambición de incidir directamente en la autopoiesis de los subsistemas.

23 *Vid supra*, el apartado 4 de la primera parte.

visión antagonista y con ello el riesgo implícito en el análisis de una contraposición entre características sobre las que, en definitiva, no hay un consenso de base²⁴. En segundo lugar, podemos analizar y describir los movimientos recíprocos y las formas en que mediación y derecho se relacionan.

Una de esas formas es la juridificación.

6.1. La juridificación de la mediación

Como vimos en la reseña de los estudios sobre pluralismo jurídico, nuestras tradiciones legales se caracterizan por un modelo “centralista” o “monista”, según el cual el derecho sería la forma de regulación de la convivencia por excelencia.

De ello deriva, entre otras cosas, una tendencia manifiesta a hiper-regular áreas y prácticas que no lo necesitan, o que lo necesitan hasta cierto punto. Habermas proponía, como ejemplos de mundos de vidas atraídos por el “remolino de la juridificación”, la familia o la escuela, pero análogo discurso puede hacerse con respecto a la mediación.

6.1.1. El contexto extra-judicial

Por lo que se refiere a la mediación extra-judicial, su trayectoria ha estado y sigue estando caracterizada por una progresiva reglamentación jurídica. En este sentido, se puede decir que los conflictos que antes se regulaban de manera informal a través de la mediación, ahora están sometidos a un intenso proceso de juridificación, entendida como *extensión* de las áreas de atención jurídica²⁵.

Queda así muy debilitada aquella idea que había dado impulso a esos proyectos de mediación “militante” y extra-institucional que describimos en la primera parte, es decir, la idea de que las sociedades pudieran y debieran gobernarse por ellas mismas, mediante modalidades de resolución de conflictos más cercanas, pacíficas

24 Si tomamos como ejemplo el binomio certeza/discrecionalidad y definimos la una y la otra en términos diferentes, o si no estamos de acuerdo sobre que el derecho posee carácter de certeza y la mediación implica en cambio el ejercicio de discrecionalidad, el análisis de la antinomia resulta de utilidad sólo para saber de la antinomia misma, pero no dice nada sobre la relación entre derecho y mediación, a menos que no haya un consenso mínimo acerca del uso de los conceptos.

25 En Cataluña, por ejemplo, a raíz de la aprobación de la Ley 5/2009, del 22 de julio, y de su Reglamento, aprobado el 23 de octubre del 2012, se ha ampliado notablemente el radio de reglamentación legislativa de la mediación, que hasta ese momento se limitaba a la mediación familiar en los casos de separación y divorcio (Ley 1/2001 del 15 de marzo)

y democráticas.

Aunque en la actualidad se siga apelando a la necesidad de de-judicializar, a lo largo del tiempo, los proyectos de mediación extra-judicial se han vuelto cada vez más dependientes de las agencias gubernamentales o de los tribunales, en parte debido a la necesidad de encontrar financiación y, en parte, por la convicción de que una cuota de institucionalización hubiera sido útil para expandir el uso de la mediación. La fuerza de atracción institucional determinó así una metamorfosis progresiva de los propósitos iniciales de la mediación social/comunitaria (*en primis*, el de devolver a las comunidades el protagonismo en la resolución de sus propios conflictos), en los objetivos de los sistemas judicial y político (reducción del contencioso y contención de la conflictividad social)²⁶.

A esto hay que añadir que, como he anticipado, la mediación extra-judicial (incluso en su forma menos “institucional”) es en sí misma una formalización de prácticas sociales en el marco de programas de ingeniería social.

La mediación extra-judicial, en efecto, nace y se desarrolla como parte de un conjunto de intervenciones sociales, tanto institucionales como privadas, dirigidas a mejorar la convivencia sobre todo en contextos de riesgo, tema que surgió también a partir de los años '70 en EEUU y '80/'90 en Europa. Ello significa que no se trata de una forma de regulación nacida espontáneamente de las necesidades de estabilización de una comunidad determinada como, por ejemplo, las prácticas de mediación observadas por Santos en su trabajo en Rio de Janeiro, o las interacciones descritas por Moore, o las prácticas reguladoras del derecho supraestatal.

La mediación extra-judicial es una intervención introducida en determinados contextos (sistemas) pese a la posible pre-existencia de otras formas de regulación, derecho incluido.

Se trata por tanto de la implantación de una forma de resolución de conflictos que responde a exigencias identificadas por actores externos al campo al que se aplica,

26 A propósito de la dependencia del movimiento de la mediación comunitaria del sistema judicial, véase HEEDEN, Timothy; COY, Patrick G., “Community mediation and the court system: The ties that bind”, *Mediation Quarterly*, Vol. 17, N. 4 (2000), pp. 351-357, y HEEDEN, Timothy, “Institutionalizing Community Mediation: Can Dispute Resolution «of, by, and for the People» Long Endure?”, *Penn State Law Review*, Vol. 108, N. 1 (2003-2004), pp. 265-276

aunque posteriormente el campo pueda integrarla en sus dispositivos de regulación, en una suerte de proceso de vernacularización²⁷.

Por tanto, por un lado la mediación se presenta como una práctica formal que institucionaliza el diálogo como instrumento de regulación de conflictos en intervenciones implantadas en una determinada comunidad.

Ello es verdad tanto por lo que se refiere a las intervenciones que no están directamente vinculadas con iniciativas públicas, como todos aquellos proyectos que quisieron o quieren mantenerse alejados de agencias institucionales (los Community Boards de los comienzos, por ejemplo), como por aquellos que emanan directamente de la administración pública (Ayuntamientos, Estado, etc.).

Pero además, por otro lado, esa misma práctica que institucionaliza el diálogo es, a su vez, objeto de regulación normativa.

Estamos así en presencia de un segundo nivel de juridificación que se manifiesta:

- a. En la colaboración de los centros de mediación “informales” con agencias formales, como ocurre por ejemplo cuando los casos son derivados de los tribunales o la policía.
- b. En la puntillosa regulación de los requisitos para acceder a la contratación por parte de la Administración, como ocurre cuando los pliegos de condiciones para la licitación disciplinan no sólo los objetivos, sino también las situaciones en las que intervenir, las modalidades de acción del mediador, su formación o, como sucede en algunos casos en Cataluña, su obligatoria inscripción en el Registro de Mediadores de Derecho Privado.
- c. En la necesidad de transformar la práctica en función de la intervención requerida por los actores institucionales, como ocurre, por ejemplo, cuando la administración pública solicita la intervención del mediador para complementar o sustituir las actividades de prevención de las fuerzas del orden.

6.1.2. El contexto judicial

En el ámbito judicial, en cambio, la aparición de la mediación se presenta como una diferenciación del derecho procesal, que incluye nuevos instrumentos, haciendo

27 Tomo prestada la expresión de Merry. Cfr. nota 322, en la segunda parte.

propio el discurso de la mediación extra-judicial.

Se trata por lo tanto de una juridificación por *adensamiento*, esto es, que se manifiesta a través de la progresiva diferenciación del instrumento procesal, por un lado, y de la figura profesional del mediador (que se “descompone” en mediador civil, o familiar, o hipotecario, o concursal, o penal, etc.), por el otro ²⁸.

La intensa regulación normativa con la que se ha ido incorporando la mediación en la práctica judicial de muchos países, tanto en el ámbito civil, como en el penal, apunta a numerosos aspectos, como por ejemplo: las condiciones de acceso (criterios de ingreso de los casos, en función de la materia, de la competencia, o de las características de las partes), el estatuto del mediador (requisitos para acceder a la profesión, responsabilidad profesional, etc.), el proceso mismo de mediación (tiempos, modalidades, condiciones de validez de los acuerdos y su accionabilidad, uso de las informaciones en arbitrajes o juicios sucesivos, periodos de prescripción, etc.), etc. La penetración de la mediación en el ámbito del derecho se ha extendido tanto que ya no son infrecuentes los pleitos y las decisiones judiciales que tienen como objeto aspectos específicos de la mediación (por ejemplo, la admisibilidad, en un juicio sucesivo, de material probatorio surgido en mediación, la responsabilidad profesional del mediador, la ejecutoriedad del acuerdo de mediación, etc.)²⁹.

Otro aspecto de la juridificación en este campo es que, a medida que la mediación ha ido incorporándose en el sistema formal, los profesionales del derecho han progresivamente “colonizado” la práctica, desplazando a otros profesionales³⁰. Es así como, en algunas disposiciones legislativas, la formación como jurista, o incluso el título de abogado, son requisitos necesarios para acceder a la profesión de mediador.

28 Lo que Habermas definía como “*la desmenuzación de una materia jurídica global en varias materias particulares*”. Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, Madrid: Ed. Taurus, 1987, p. 504

29 NADJA, Alexander, “Harmonization and diversity in the private international law of mediation: the rhythms of regulatory reform”, en: HOPT, Klaus J., STEFFECK, Felix (Coords.), *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 131-204

30 BROOKER, Penny, *Mediation Law: Journey Through Institutionalism to Juridification*, London: Routledge, 2013

6.1.3. La mediación como vehículo de juridificación

Por último, cabe señalar que, a través de su reglamentación, la mediación misma, incluso la extra-judicial, se convierte progresivamente en un dispositivo que favorece la juridificación de lo social.

Ello es así porque aumenta el número de cuestiones que pueden acceder al campo judicial, y por lo tanto limita los recursos de gestión y resolución de conflictos que espontáneamente se utilizarían en un determinado contexto social.

Aparece aquí aquella naturaleza dilemática de la juridificación señalada por Teubner y Habermas. Si, por un lado, el que las personas puedan acceder a la justicia es algo deseable, sobre todo en contextos y/o situaciones carentes de protección jurídica, por el otro, la red de control formal se expande, con detrimento de los mecanismos de control informal. Es por ejemplo el caso del así denominado *net-widening effect*, según el cual los casos de delitos sometidos a la atención del sistema penal se incrementan, en vez que disminuir, con el uso de “alternativas”. Análogamente, determinan una juridificación de las esferas privadas todos aquellos casos en los que, de una mediación, derivan otras intervenciones institucionales, que provocan cambios en la percepción y en la vida de los implicados (como por ejemplo cuando el mediador declara inviable la mediación y deriva el caso al departamento de Servicios Sociales).

6.2. Los efectos de la juridificación de la mediación

Estando así las cosas, ¿cuáles son los efectos de la juridificación de la mediación?

Primero, con la juridificación, el derecho se aplica en áreas que ya tienen sus propios criterios de regulación y que en principio tienen igual o incluso mejor capacidad de organizar la conducta y las interacciones, incluso las conflictivas.

Segundo, limita el alcance de la mediación, porque restringe la atención a problemas determinados y trata el conflicto como un asunto cuya resolución está circunscrita a los aspectos definidos jurídicamente. En la mediación, en cambio, la definición del conflicto pertenece a las partes, en el sentido de que cualquier asunto que ellas decidan trabajar en mediación, pese a no tener relevancia jurídica inmediata, es objeto de discusión e intercambio.

Tercero, dificulta el intercambio comunicativo al imponer a la mediación una

estructura determinada, que administra ritmos y temas y que en definitiva estimula una gestión estratégica del proceso.

Cuarto, reduce la autodeterminación de las partes, tanto limitando sus posibilidades de comunicación, como restringiendo el número y el tipo de soluciones que las partes puedan querer adoptar. Si, por un lado, esto es comprensible (fomentaría la arbitrariedad, por ejemplo, el que las partes de una mediación penal pudieran decidir acerca de la pena fuera de los límites de lo establecido por el derecho), por el otro lado impide que surjan resultados innovadores y que respondan mejor a las exigencias de las personas implicadas.

Quinto, la incorporación de la mediación en el derecho le quita, desde el principio, su potencial como instrumento de regulación social.

Sexto, el acceso a la mediación fomenta la idea de que se necesita la intervención de un tercero, experto en conflictos, para tratar cuestiones que tradicionalmente se han tratado en los mundos de vida. Por ende, se debilitan las fuerzas presentes en la comunidad para gestionar los conflictos.

Es a partir de tales consideraciones que me parece razonable plantear las siguientes hipótesis:

- a. la incorporación de las prácticas de mediación en el ámbito judicial restringe el alcance de las normas construidas por las partes en el intercambio, deslegitimándolas.
- b. la juridificación de la mediación, en general, impide y cohibe los efectos de una posible gestión autónoma de las controversias.

7. Derecho y mediación: una nueva relación a la luz de un paradigma reflexivo

Si éstos son los riesgos implícitos en la juridificación de la mediación, que en definitiva se pueden resumir en el peligro de que la mediación, a la larga, termine por no cumplir la función que se le asigna (esto es, coordinar expectativas: como equivalente funcional del derecho, la mediación judicial, y como operación reguladora de los sistemas menores, la mediación extra-judicial), entonces, ¿qué podemos esperarnos para el futuro de esta práctica? ¿Cómo tendría que configurarse la relación entre derecho y mediación, para que ésta pueda cumplir con

su función? Qué condiciones tendrían que realizarse, para lograr tal resultado?

Como vimos arriba, para que la mediación pueda llegar a producir un orden normativo capaz de vincular a las partes, es necesario que éstas puedan auto-determinarse, que el intercambio se mantenga “racional” y que no haya interferencias estratégicas por parte del mediador.

Por otro lado, para que pueda convertirse en un mecanismo de regulación social, es necesario resolver el problema de que la mediación solamente regula interacciones concretas y no generalizables (que por lo tanto consigue “reducir complejidad” apenas dentro de los confines de un sistema determinado), y que, además, su alcance está todavía muy limitado.

Finalmente, no hay que olvidar que la mediación no es una expresión espontánea de gobierno de las relaciones, sino que es, en sí misma, una forma de juridificación: una diferenciación del derecho procesal por un lado, y una forma de institucionalización del diálogo en contextos extra-judiciales, por el otro. Se trata de un fenómeno que ha adquirido dimensiones tales, que sería improbable una vuelta atrás, en el sentido de una “de-legalización” o de una “de-formalización” de las prácticas de mediación. El punto es, entonces, cómo aprovechar los potenciales de emancipación que esta juridificación supone, sin que de ello se obtenga una alteración objetivante de las dinámicas de interacción entre las partes.

La proposición de Teubner, sobre el tránsito de un derecho regulador a un derecho reflexivo, parecería una solución idónea.

Ello es así porque la idea de un derecho que se hace más abstracto, y que organiza sólo indirectamente la regulación propia de los diferentes subsistemas, permite tener en consideración, y promover, la racionalidad normativa, la capacidad y la efectividad de los órdenes menores en cuanto a la organización de la convivencia.

Permite además el despliegue del potencial comunicativo de integración social de la mediación, al transformar la naturaleza de la juridificación en reflexiva, y limita el riesgo de cosificación de las relaciones, vinculado a la intromisión del Estado en las relaciones sociales.

En definitiva, evitaría la desmundanización de la convivencia señalada por Habermas y se reduciría el riesgo de que los participantes en la interacción asuman una actitud estratégica y, por ende, que se muevan hacia el éxito, y no hacia el

entendimiento, desvirtuando de este modo el potencial de vinculación intrínseco a los acuerdos de mediación.

Finalmente, el uso de formas abstractas de reglamentación jurídica de la autorregulación de los sub-sistemas, resuelve parcialmente el problema del limitado alcance de la mediación. En efecto, un derecho reflexivo constituiría un marco general de referencia normativa para todos los procesos de auto-regulación, cuyos resultados serían armonizables entre sí, al menos en parte, por su supeditación a las reglas procedimentales.

Un derecho que se limite a “governar la autorregulación social”, sin entrar en su contenido, se concretaría en una forma de reglamentación jurídica de la mediación que tiene en cuenta la necesidad de asegurar, ante todo, la auto-determinación de las partes.

En esta perspectiva:

1. La mediación debería de establecerse como *no obligatoria*. Ello permitiría fomentar los procesos de auto-regulación de los diferentes subsistemas, cualesquiera que sean, sin modificar sus hábitos normativos. Es evidente que la propuesta conlleva el riesgo de que las partes no se orienten hacia la mediación, sino en contadas ocasiones, como sucede en la actualidad. Sin embargo, la alternativa opuesta implicaría una intervención directa en la autopoiesis de los sub-sistemas, lo que tampoco suele dar los resultados esperados³¹.
2. La mediación debería de establecerse como una intervención *extra-judicial*, tanto en el ámbito civil, como en algunos supuestos penales³². Se trataría de

31 Teubner llama “trilema regulador” aquella situación que se produce como reacción a las estrategias para implementar cambios sociales en los sub-sistemas a través del derecho, y que puede manifestarse en 1) una incongruencia entre derecho y sociedad, b) una hiper-legalización de la sociedad, o 3) una hiper-socialización del derecho. Cfr TEUBNER, Gunther, “After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law”, en: TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin: Walter de Gruyter, 1986, pp. 299-321. Es por la primera de estas razones que las partes, si están obligadas a transitar por una mediación como paso previo al juicio, suelen vivirla como una mera formalidad, no se implican en el proceso o alcanzan acuerdos de dudosa calidad “comunicativa”.

32 Es de reconocer que una orientación reflexiva del derecho penal es problemática. No es sencillo superar cuestiones tan cruciales como el principio de legalidad, el interés público, o la protección de las garantías procesales, por un lado, y la misma definición de conflicto penal, por el otro. Tampoco parece muy evidente el que las partes puedan expresar su auto-determinación en procesos de mediación que se desarrollan “a la sombra” del castigo. Sin embargo, ello no desmerece la oportunidad de reflexionar sobre la capacidad de los sub-sistemas de hacerse

una de-judicialización que, al tiempo que reconoce las potencialidades reguladoras de los “órdenes menores”, también establece las condiciones para que éstas puedan desplegar sus efectos. La falta de vinculación con el sistema judicial evita que el derecho seleccione de antemano, y por ende limite, el objeto y los temas que las partes quieren tratar en mediación, así como las soluciones encontradas. Asimismo, previene del peligro de que las comunicaciones entre las partes se enrosquen recursivamente alrededor de asuntos ajenos al conflicto³³. Se limitaría además el riesgo de seguir “jurificando” lo social a través de la mediación misma³⁴.

3. La reglamentación del proceso debería limitarse a garantizar las *condiciones mínimas* para que la mediación pueda realizar sus objetivos, y concretamente:
 - a. *Voluntariedad* de las partes, entendida como voluntad de someterse al proceso y posibilidad de autodeterminarse en la construcción de los acuerdos.
 - b. *Neutralidad* del mediador, entendida como negativa a tomar posición o emitir decisiones, para evitar la re-integración o un desenlace “normativo” del conflicto, y como falta de intención estratégica en la dirección del proceso, para permitir que la comunicación se desarrolle en una sucesión de argumentaciones “racionales”.
 - c. *Confidencialidad* del proceso, entendida como imposibilidad de reproducir al exterior información surgida en las sesiones de mediación. Ello, para evitar que las partes omitan tratar temas que debatirían, si no temieran repercusiones judiciales futuras.

En el marco regulador de estas condiciones mínimas, las modalidades de realización concreta deberían dejarse al albedrío de las partes, de concierto con el mediador. Ello significa, por ejemplo, evitar de preceptuar detalles como número, duración y estructura de las sesiones de mediación, como

cargo también de la regulación de asuntos de este tipo, empezando por cuestiones que, cuando menos a los ojos del derecho, aparecen de menor relevancia.

33 Como podría ser, por ejemplo, la necesidad de buscar formas de reparación, que guía el actuar del mediador en el contexto penal.

34 *Vid supra*, apartado 6.1.3.

sucede en la regulación catalana³⁵.

4. Asimismo, deberían ser objeto de de-regulación todas las prescripciones que conciernen la forma y la eficacia de los acuerdos. En una reglamentación reflexiva, la homologación de los acuerdos, para la validación del vínculo normativo, se vuelve superflua. Si el régimen regulador construido en mediación dejara de garantizar las expectativas de las partes (es decir, en caso de incumplimiento del acuerdo), siempre cabría la posibilidad de acudir a otros instrumentos judiciales en un segundo momento, no tanto para obligar al cumplimiento, sino para revisar la situación inicial.
5. En el marco de una regulación reflexiva, debería prevenirse el riesgo de que la mediación se use como instrumento de un derecho regulador³⁶. Deberían por tanto excluirse de su ámbito de aplicación, por ejemplo, todas aquellas intervenciones cuyo objetivo es el control directo del conflicto y de su (auto) gestión³⁷, o la modificación de las conductas hacia patrones de conformidad social³⁸.

35 Art. 34, DECRET 135/2012, de 23 d'octubre, pel qual s'aprova el Reglament de la Llei 15/2009, del 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat.: "**Nombre i durada de les sessions i del procediment de mediació** -34.1 S'estableix un màxim de 6 sessions en les mediacions en què participin fins a 4 parts, si bé el Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya, amb caràcter excepcional, pot autoritzar, a petició conjunta de les parts i de la persona mediadora, l'increment del nombre de sessions quan la complexitat i naturalesa de l'assumpte i, si escau, el nombre de parts ho aconsellin. - 34.2 En atenció a les circumstàncies concretes del cas i a la voluntat dels participants, la persona mediadora pot realitzar sessions individuals o conjuntes amb totes o algunes de les persones o parts implicades, però en tot cas alguna de les sessions ha de ser conjunta amb totes les parts implicades. - 34.3 La persona mediadora i les parts han d'estendre un full de signatures formalitzat de la realització de cada sessió, amb expressió de la data i durada, que les parts assistents han de signar i la persona mediadora ha de lliurar al Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya, conjuntament amb l'acta final. - 34.4 Cada sessió té una durada màxima de 90 minuts, llevat dels procediments especials en què la persona mediadora, d'acord amb el Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya, i amb la conformitat de les parts, determini de forma motivada una durada diferent en funció de les circumstàncies del cas i de la naturalesa i complexitat del conflicte. - 34.5 El procediment de mediació no pot tenir una durada superior als 60 dies hàbils, comptadors des de la reunió inicial si bé, a petició motivada de la persona mediadora i de les parts, el Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya el pot prorrogar fins a un màxim de 30 dies hàbils més en consideració a la complexitat del conflicte o al nombre de persones implicades. Exhaurit aquest termini, el Centre de Mediació de Dret Privat de Catalunya, un cop informades les parts, procedirà al tancament de l'expedient a tots els efectes, llevat de causa justificada."

36 Es decir, el que regula directamente la conducta social. Vid *infra*, el apartado 2.6.2 de la segunda parte.

37 Y cuyos ámbitos "naturales" son otros, como por ejemplo el acervo de actividades policiales dirigidas a salvaguardar el orden público.

38 Me refiero al uso de la mediación para finalidades pedagógicas o de re-socialización, que son propias de otros dominios, como la educación, la psicología, o la criminología.

El nivel de abstracción de una reglamentación de esta naturaleza permitiría abarcar también las actividades de mediación que se desarrollan fuera del marco judicial, por voluntad de las partes, o debido a la ineficacia del derecho, o en contextos de paralegalidad. Ello es así porque el propósito del derecho reflexivo no es establecer o modificar la lógica normativa de un determinado sub-sistema, sino hacer posible sus procesos de auto-regulación. De esta manera, donde el derecho formal no puede cumplir con su función de coordinar expectativas, la mediación “reflexiva” puede presentarse como un recurso funcionalmente equivalente.

Será propósito del trabajo de campo contrastar las hipótesis aquí planteadas, a partir de la observación de cómo la mediación se lleva efectivamente a cabo, tanto en contextos judiciales, como extra-judiciales, incluidas aquellas áreas de paralegalidad donde el acudir a la justicia ordinaria no es una posibilidad concreta.

PARTE CUARTA

LA INVESTIGACIÓN

1. Premisa metodológica

Con el objetivo de observar los mecanismos de construcción de acuerdos en mediación, decidí realizar un trabajo de campo donde recoger información que pudiera someter después a un análisis cualitativo, con finalidades exploratorias y descriptivas.

Concretamente, quería averiguar si la mediación puede ser interpretada como una clase de acción comunicativa, en el sentido habermasiano. De ser así, el intercambio comunicacional entre las partes podría, cumplidas ciertas condiciones en el uso del lenguaje, favorecer el entendimiento, el acuerdo y la asunción de obligaciones de cara al futuro, sin la necesidad de alguna forma de protección de naturaleza jurídica. En tal sentido, me interesaba además constatar la existencia de eventuales diferencias en el diálogo entre las partes en contextos legales y para-legales: ello podía facilitar la comprensión acerca de los mecanismos de asunción de obligaciones, según se trate de situaciones en las que las partes saben que pueden eventualmente contar con la posibilidad de acudir a un juicio en defensa de sus intereses, o en situaciones donde tal posibilidad no está presente.

Quería además indagar la existencia de diferencias en el intercambio comunicacional entre las mediaciones extra-judiciales y las mediaciones judiciales¹. Finalmente, quería recolectar informaciones acerca del actuar del mediador en el intercambio comunicacional entre las partes, y de su función en la gestión del conflicto y en la construcción de acuerdos.

A continuación, describo la estructura del trabajo de campo, según:

- Tipo de observación.
- Circunscripción del campo.
- Población.
- Dispositivo de recopilación de datos.
- Método de recopilación de datos.
- Tipo de análisis de la información recogida.

1.1. Tipo de observación

Mi intención era presenciar las mediaciones y registrar el máximo número posible de elementos conversacionales sin intervenir en el proceso. Opté por lo tanto por un tipo de observación directa no participante.

La ventaja de la observación directa es que permite aprehender visualmente las conductas en el momento mismo en el que se producen. Ofrece por consiguiente la oportunidad de apreciar en vivo los procesos de interacción, registrando sus elementos determinantes, los efectos de contexto, las características del intercambio verbal y la aparición de elementos no verbales, la reiteración de pautas de acción, los códigos de conducta y los rasgos culturales, etc.

El método es útil además porque permite registrar comportamientos espontáneos, esto es, no provocados por el investigador.

La información obtenida de esta forma se puede después examinar en profundidad, a través de un análisis formal del contenido, que permite estudiar los elementos recurrentes y característicos de un fenómeno dado, en este caso el intercambio

1 Recuerdo que utilizo la expresión “mediación judicial” para referirme a todas aquellas mediaciones que están vinculadas al sistema judicial, tanto que se realicen antes, como durante el proceso.

comunicacional entre las partes en mediación².

A pesar de haber optado por un papel de observador “mudo”, y no obstante mi cautela para que mi presencia no se notara, se cumplió la advertencia de muchos etnógrafos, de que la neutralidad es imposible. La simple presencia del investigador recibe una “significación” por parte de los observados, y por ende, en mayor o menor grado, incide en su conducta³. De la misma manera, la conducta de los observados incide en la del observador. Como explica Guber, el investigador cree que está mirando el mundo social objeto de su estudio de forma imparcial, armado tan sólo de sus métodos y de sus conceptos: sin embargo, la realidad lo interpela como un miembro más, transformándolo “funcionalmente” en “uno más”.

En este sentido, mi presencia nunca fue “neutra”, ni mi observación “no participante”. Muy a menudo las partes me atribuyeron un papel de “integrante” de la mediación, cuando menos como testigo de lo que estaba pasando, buscaban mi mirada o me dirigían la palabra durante la narración. En algunas ocasiones, preguntaron por mi opinión y en un par de casos hasta verbalizaron que yo también formaba parte del proceso (un señor dijo expresamente: *“la señora también es parte de este acuerdo”*, sin que yo hubiera pronunciado una sola palabra durante toda la reunión).

La significación de mi presencia fue por tanto un elemento inesperado, a tener en cuenta a la hora de evaluar los resultados de los intercambios.

A ello hay que añadir que mi “neutralidad” estaba influenciada también por el hecho de que soy mediadora. Por lo tanto, es necesario considerar que, de alguna manera, mi observación estaba guiada por una serie de conocimientos previos. Era inevitable que éstos últimos tuvieran algún efecto sobre mi mirada y sobre la naturaleza de los elementos que iban estimulando mi atención, lo que habrá de tenerse en cuenta a la hora de analizar los datos. Consciente de ello, me esforcé para gestionar y modular mi experiencia anterior, de modo que me sirviera para incorporar informaciones de manera pertinente, sin operar selecciones involuntarias.

2 QUIVY, Raymond; VAN CARNPENHOUDT Luc, *Manual de investigación en ciencias sociales*, México: Umusa, 2005. Véase también BAXTER, Leslie A.; BABBIE, Earl, *The basic of communication research*, Belamont: Wadsworth/Thomson, 2004

3 Cfr., por ejemplo, GUBER, Rosana, *La etnografía: método, campo y reflexividad*, Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2001

1.2. Circunscripción del campo

En un primer momento, mi intención fue la de circunscribir la observación a los servicios de mediación judicial y extra-judicial en Cataluña y en Argentina, para efectuar después un análisis de tipo comparativo.

Concretamente, los espacios elegidos fueron:

- en Argentina, el servicio de Mediación Prejudicial Gratuito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en adelante, Centro UBA). Dado que la obligatoriedad de la mediación pre-judicial está en vigor desde el 1992, Argentina es uno de los países de habla hispana donde con mayor facilidad se puede observar un alto número de mediaciones. Generalmente, los mediadores prestan su actividad profesional en despachos particulares diseminados por el país. En cambio, el centro UBA, donde un equipo de mediadores ofrece gratuitamente sus servicios una vez por semana, concentra los casos en un único lugar, facilitando el acceso a las observaciones⁴.
- en Argentina, los Centros de Acceso a la Justicia de las villas de Buenos Aires (en adelante, CAJ). La situación de “para-legalidad”, típica de estos contextos, hace que en muchos casos los conflictos no puedan resolverse por la vía judicial. Los CAJ representan por lo tanto espacios ideales para observar el intercambio comunicacional y la formación de acuerdos en procesos de mediación extra-judicial que no cuentan con la posibilidad de acceder a un juicio como “segunda instancia” de resolución del conflicto.
- En Cataluña, las actividades del Centro de Mediación de Derecho Privado (en adelante, CMDPC), dentro de los límites del partido judicial de Barcelona. Si bien su regulación jurídica es relativamente reciente (ley 15/2009, del 22 de julio, y sucesivo Reglamento, adoptado con Decreto 135/2012, de 23 de octubre), y a pesar de que se optó por la no obligatoriedad del proceso⁵, el

4 Por lo que se refiere al contexto judicial, fui invitada también a presenciar a dos mediaciones en el Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante Centro de Mediación Penal CABA). *Vid infra*, apartado 2.3

5 Aunque no de una sesión informativa previa, en la que se propone a las partes la posibilidad de realizar una mediación y se les explican características y reglamentación del proceso.

nivel de impulso y de organización de la mediación pre-judicial en Cataluña es considerable. Como veremos, el CMPDC gestiona un registro de mediadores, a los que asigna los casos según criterios de turno y competencia territorial.

- En Cataluña, los servicios municipales de mediación comunitaria y/o ciudadana (en adelante, CMCC). Cataluña es uno de los países europeos con mayor difusión e institucionalización de la mediación comunitaria. De manera más o menos estructurada y estable, la mayoría de los municipios catalanes ofrece servicios de mediación a sus ciudadanos.

Tanto en el caso de Argentina, como en el caso de Cataluña, circunstancias personales podían además facilitar el acceso al campo de observación. En el primer caso, podía contar con contactos previos, tanto directos como indirectos, en el ambiente de los mediadores de Buenos Aires. En el segundo caso, el haber trabajado unos años como mediadora comunitaria en Esplugues de Llobregat podía garantizarme el acceso a los servicios de Mediación Ciudadana y a los profesionales del Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña.

A medida que iba avanzando, tuve que renunciar a la observación de las mediaciones judiciales en Cataluña, por la imposibilidad práctica de acceder a ellas, como se verá más adelante.

En cuanto a duración, delimité el trabajo de campo a un periodo de 12 meses, 6 en Catalunya y 6 en Buenos Aires⁶.

1.3. Población

Dado que el objetivo del trabajo de campo era la observación de las dinámicas del intercambio comunicacional entre las partes durante el proceso de mediación, no predeterminé el número de mediaciones a las que asistir.

Primero, hubiese sido imposible acceder a la totalidad de las mediaciones prejudiciales y comunitarias llevadas a cabo en un año en Argentina y en Cataluña.

Segundo, la construcción de una muestra representativa, por el tipo de análisis adoptado, hubiese sido inútil.

6 Concretamente, en Argentina, los meses de mayo, junio y julio 2014 y desde la mitad del marzo 2015 a la mitad del junio 2015. En Cataluña, los meses de octubre, noviembre y diciembre del 2014, y los meses de julio, agosto y septiembre del 2015

La muestra se compone por tanto de todas las mediaciones a las que pude tener acceso en un periodo de observación de 12 meses.

Hay que precisar que, en un primer momento, tenía previsto tratar de conservar cierto equilibrio en la distribución del número de casos en los 4 espacios de observación, con vista a la posibilidad de realizar una comparación entre ellos.

Sin embargo, no pude cumplir con mi objetivo, debido a la necesidad de renunciar a las observaciones del CMDPC, junto con la circunstancia de que el acceso a los centros de mediación comunitaria en Cataluña se reveló especialmente complicado.

Puedo contar, por lo tanto, con material recopilado en la observación de 45 casos, donde se realizaron 31 reuniones conjuntas (de las cuales, 18 en el CAJ, 7 en la UBA, 1 en el Centro de Mediación Penal CABA, 4 en el CMCC de L'Hospitalet y 1 en el CMCC de Rubí) y 43 previas (de las cuales, 23 en el CAJ, 17 en la UBA, 2 en el Centro de Mediación Penal CABA, 1 en el Centro de Mediación Comunitaria de la Villa 31)⁷.

Además de la observación de las mediaciones, efectué algunas entrevistas a informantes clave, para comprender las características y las dinámicas de los contextos donde se desarrollaban las mediaciones. Entre los entrevistados se encuentran mediadores, empleados y profesionales de los servicios de mediación, actores sociales tales como “delegados de manzana”⁸, agentes de policía y representantes de medios de comunicación barrial, en la Villa 31.

1.4. Dispositivo de recopilación de datos

Para recaudar informaciones sobre el intercambio comunicacional entre las partes, y

7 De las 31 reuniones conjuntas, 20 se referían a temas familiares (12 en el CAJ, 7 en la UBA, 1 en CABA), 10 vecinales (6 en el CAJ, 3 en L'H y 1 en Rubí), mientras que 1 se empezó a raíz de una pelea entre adolescentes, terminada con una agresión sancionada con una medida administrativa (expulsión del centro escolar).

Quince fueron los casos en los que se llegó a acuerdo: en el CAJ, 9 (7 familiares y 2 vecinales); en UBA, 2 (familiares); en CABA, 1 (familiar); en L'H 2 (1 familiar y 1 agresión); y en Rubí, 1 (vecinal).

En los casos de no acuerdo (16), hay que distinguir entre los que se concluyeron sin acuerdo (familiares: 2 en el CAJ y 2 en la UBA; vecinales, 1 en el CAJ y 2 en L'H), y los que se reenviaron sin que hubiese siquiera un acuerdo parcial (familiares: 3 en el CAJ y 3 en la UBA; vecinales: 3 en el CAJ).

8 Se trata de representantes barriales, electos por los vecinos que habitan en una determinada manzana. Ésta es la unidad territorial básica de la villa, y está formada por un número de viviendas que varía aproximadamente de 200 a 250.

para detectar los elementos que pueden concurrir a la formación del acuerdo, construí un dispositivo de observación que me sirviera de guía para la anotación de los elementos que iban apareciendo durante las mediaciones.

Basándome en las indicaciones de Habermas sobre los actos de habla y de Luhmann sobre el conflicto y el papel del tercero, además de apoyarme en algunos indicadores utilizados por la sociología lingüística⁹, construí una parrilla de recogida de datos que apuntaba a registrar:

- El empleo de actos de habla constatativos, regulativos y expresivos.
- El flujo de los componentes locucionario, ilocucionario y perlocucionario.
- El manejo, por parte del mediador, del componente perlocucionario del que las partes hacen uso.
- La sucesión de los turnos en la comunicación.
- Los intentos para forzar la neutralidad.
- Los canales de comunicación disponibles.
- El contexto en el que se desarrolla el proceso comunicacional.
- Las formas del mensaje (locuciones simples o complejas, morfemas, etc.).
- Temas e informaciones.

En las primeras mediaciones a las que asistí, testé el dispositivo y a continuación lo corregí, limitando y modificando los indicadores.

En algunos casos, los cambios fueron necesarios porque, como explicaré más adelante, el método de registro de los datos (manual) no permitía una precisión suficiente: por ejemplo, me di cuenta de que no podía anotar integralmente el uso de actos de habla constatativos, regulativos y expresivos.

En otros casos, decidí prescindir del indicador por la insignificancia de las informaciones que aportaba (por ejemplo, las formas del mensaje parecían depender de condiciones tan variables que el indicador se convertía en fuente de confusión y

9 Véase, por ejemplo, HYMES, Dell, "Verso un'ecografia della comunicazione. L'analisi degli eventi comunicativi", en: GIGLIOLI, Pier Paolo; FELE, Giolo (a cura di), *Linguaggio e contesto sociale*, Bologna: Il Mulino, 2000, pp. 37-61; SACKS, Harvey; SCHEGLOF, Emanuel A., JEFFERSON, Gail, "L'organizzazione della presa del turno nella conversazione", en: GIGLIOLI, Pier Paolo; FELE, Giolo (a cura di), *Linguaggio e contesto sociale*, cit., pp. 97-135; ONWUEGBUZIE, Anthony J., et al., "Un marco cualitativo para la recolección y análisis de datos en la investigación basada en grupos focales", *Paradigmas*, Vol. 3, No. 1 (2011), pp. 127-157

de distracción, y no de conocimiento).

El dispositivo de observación aplicado fue finalmente el siguiente:

- El flujo de los componentes locucionario, ilocucionario y perlocucionario.
- El planteamiento, aceptación y rechazo de las pretensiones de validez.
- El manejo, por parte del mediador, del componente perlocucionario del que las partes hacen uso.
- La sucesión de los turnos en la comunicación.
- Los intentos para forzar la neutralidad del mediador.
- El contexto en el que se desarrolla el proceso comunicacional.
- Las reiteraciones.

La elección de los indicadores se debió a las razones siguientes:

i. Observar el flujo de los componentes locucionario, ilocucionarios y perlocucionario me permitiría verificar si, en un intercambio destinado a resolver el conflicto,

- las partes actúan en vista de un entendimiento o si, en cambio, intentan influenciarse para lograr un objetivo personal.
- A lo largo del diálogo se producen cambios en el empleo de uno o de otro componente, y eventualmente en qué dirección y con qué efectos.

ii. Observar el planteamiento, aceptación y rechazo de las pretensiones de validez me serviría para analizar las modalidades de formación del consenso y de los acuerdos.

iii. Observar si, y eventualmente cómo, el mediador trataba el componente perlocucionario me serviría para averiguar los efectos de su intervención en el intercambio entre las partes¹⁰.

Igualmente interesante era observar si el mismo mediador utilizaba actos perlocucionarios para dirigir el proceso, cuando lo hacía y con qué efectos sobre las partes.

iv. Observar la sucesión de los turnos en la comunicación me permitiría averiguar la existencia de mecanismos de influencia de una parte sobre la

10 Cabe precisar que el objeto de la investigación no eran las competencias técnicas del mediador, ni la utilidad de los diferentes modelos de mediación utilizados.

otra, y los consecuentes efectos en la gestión del conflicto.

De la misma manera, sería interesante verificar la toma de turno por parte de terceros presentes en la mediación (abogados, familiares, profesionales, etc.) y sus efectos en el intercambio entre las partes.

v. Observar los intentos para forzar la neutralidad me serviría para averiguar la actitud de las partes hacia el mediador y los efectos sobre el intercambio y la producción de acuerdos.

vi. Observar el contexto en el que se desarrollaba el proceso comunicacional tendría el objetivo de constatar los efectos que el entorno produce en el intercambio comunicacional.

vii. Observar el presentarse de reiteraciones me serviría para detectar los mecanismos de reproducción o de descongestión de las dinámicas conflictivas, según el uso (ilocucionario o perlocucionario) que las partes harían de las mismas.

En cuanto a las entrevistas a informantes clave, opté por entrevistas en profundidad, con preguntas abiertas sobre temas como: características del contexto, tipo de conflictos, otras modalidades de resolución de conflicto más allá de la mediación, modelos de intervención, tipos de conflictos más recurrentes, problemáticas de los usuarios, etc.

Por último, cabe precisar que, durante todo el periodo dedicado al trabajo de campo, utilicé una suerte de “diario de a bordo”, donde iba apuntando reflexiones, ocurrencias, comentarios, episodios clave, sensaciones, ideas, etc.

1.5. Método de recopilación de datos

Para recaudar las informaciones, opté por estar presente en las mediaciones y registrar manualmente la conversación.

El objetivo de mi asistencia a las sesiones de mediación fue manifiesto desde el principio, tanto para los mediadores como para las partes.

Los mediadores contactados se mostraron disponibles en casi todos los casos, poniendo como única condición a mi presencia el silencio y el respeto de la regla de confidencialidad.

En cuanto a las partes, al principio del proceso se les pedía el permiso a que yo

podiera observar y tomar notas, explicándoles que no estaba allí como mediadora, sino que estaba recogiendo datos sobre su intercambio verbal, para un estudio sobre mediación en el marco de una tesis doctoral. Las partes declararon siempre su conformidad con respecto a mi presencia.

Para registrar los elementos del intercambio comunicacional decidí prescindir de aparatos de grabación, no obstante fuera consciente de las dificultades que se me presentarían con la simple anotación escrita.

Las razones de mi decisión son de naturaleza tanto técnica, como ética.

Desde el punto de vista técnico, las grabaciones suelen generar desconfianza, por tanto era verosímil que las partes pudiesen auto-censurar parte de su producción verbal. Tal circunstancia hubiera podido influenciar el proceso y su resultado, con repercusiones negativas para la significatividad de los datos recogidos.

Además, desde el punto de vista ético, quería evitar el riesgo concreto de que la grabación pudiera influir negativamente también sobre el desenlace mismo de la mediación. A esto hay que agregar que la presencia de aparatos de grabación, en situaciones en las que las partes llegan a mostrarse sumamente vulnerables desde el punto de vista emocional, puede acentuar la percepción de las personas de que su conducta y su historia personal están siendo objeto de una atención fría, meramente “científica”, y que en definitiva el interés que se le está proporcionando no es hacia ellos “como seres humanos”, sino como casos de estudio, como “ratas de laboratorio”. Un tal riesgo puede ser atenuado, aunque no excluido del todo, por el registro manual, que trasmite la sensación de una atención más personalizada y respetuosa.

Sin embargo, el registro manual tiene varias desventajas.

Primero, para quien no conozca técnicas de estenografía es prácticamente imposible registrar todo lo que los actores de la mediación están diciendo, tanto por la velocidad de la emisión oral, como por la frecuente superposición de voces y discursos. Se pierden así muchos detalles, que pueden ser significativos para la investigación.

Compensé parcialmente este inconveniente con la inmediata revisión del registro después de cada mediación, lo que me permitió añadir los detalles que recordaba con precisión y que se habían perdido en la escritura. Además, asigné símbolos a

partes reiterativas y los usé para evidenciarlas cuando se presentaban. Cuando era necesario, a los símbolos añadía las palabras que parecían introducir elementos de cambio en el discurso de las partes¹¹.

Finalmente, después de las primeras mediaciones, corregí la parrilla de observación y decidí prescindir de algunos fragmentos, como *supra* he aclarado.

La segunda desventaja del registro manual es que las partes también observan. Es decir, los movimientos del investigador anotando son objeto de especial atención. Con la palabra “movimientos” me refiero a la postura, al “vaivén” de la mano sobre el cuaderno, a las pausas en la escritura, al repentino apuntar una palabra o una expresión, al levantar o bajar la mirada. Por mucho que tratase de estar consciente de mis movimientos y de minimizarlos, las personas los captaban y reaccionaban a ellos, aunque fuera sólo para distraerse y dirigirme una mirada interrogante. En este sentido, la actividad de anotación suscitaba algún tipo de relación entre mí y las partes, a la cual era verdaderamente difícil sustraerse. Y este fue uno de los factores que, como expliqué con anterioridad, impidieron que mi presencia y mi actividad de observación fuesen “neutras”.

No he encontrado una estrategia para obviar el inconveniente, sino un elemental desvío de la mirada, que sin embargo tampoco se percibía como neutro.

Y finalmente, el registro manual puede producir una disminución de la concentración, debido a la tensión por no perder detalles y al cansancio. No siempre tuve la posibilidad de hacer una pausa entre una mediación y la otra, especialmente en el CAJ. Cuando me fue posible, la revisión del registro me permitía descansar y “salir” de una historia para dedicarme a la siguiente con la debida atención.

En cuanto a las entrevistas en profundidad, en algunos casos pude grabarlas, mientras que en otros registré manualmente las respuestas y los comentarios de los entrevistados.

Después de cada entrevista, fui anotando mis consideraciones acerca del encuentro.

11 Por ejemplo, asignaba A1 a la reiteración “Ella es una mala persona”, y seguía anotando A1 cada vez que la reiteración se presentaba, hasta que aparecía un elemento de cambio. En este caso, apuntaba: “A1, pero es verdad que...”.

1.6. Tipo de análisis de la información recogida

Terminado el trabajo de campo, podía contar con tres tipos de material: las anotaciones relativas a las mediaciones, las informaciones recopiladas a través de las entrevistas y las notas contenidas en el diario de a bordo.

En cuanto a las *anotaciones*, el intercambio de enunciados, las expresiones, los términos utilizados, la estructuración y desarrollo de los discursos, el contexto del proceso son tratados de forma cualitativa para verificar las modalidades de uso del lenguaje y de sus componentes, y sus efectos para la producción de acuerdos.

Pese a no poder realizar un análisis de tipo conversacional, debido a que dispongo de notas manuales y no de grabaciones de las sesiones, el material se puede organizar de forma sistemática para la descripción y comprensión “etnográfica” de los procesos observados¹².

A tal fin, opero una selección entre determinadas “unidades de registro” (expresiones y/o frases) y las dispongo en unidades conceptuales para poder clasificarlas según elementos comunes. Los criterios de selección corresponden con las categorías usadas en el dispositivo de observación. Debido a que éste se construyó principalmente sobre la base de las reflexiones de Habermas y Luhmann, se puede afirmar que el marco teórico sirve como procedimiento de “categorización”. Ello no limita la posibilidad de que otros indicadores temáticos puedan surgir de la relectura de los datos.

En cuando a las *entrevistas*, los relatos de los entrevistados son utilizados para describir el punto de vista de los actores implicados sobre el tema objeto de investigación. En este sentido, el análisis incluye la descripción que los entrevistados ofrecen del contexto donde se desarrollan las mediaciones, así como su visión de las situaciones conflictivas, de los temas trabajados y a trabajar, etc. En algunos

12 Un análisis conversacional no puede prescindir de la grabación y de la transcripción de la conversación en su totalidad. Véase, entre otros, TUSÓN VALLS, Amparo, “El análisis de la conversación: entre la estructura y el sentido”, *Estudios de Sociolingüística*, Vol. 3, N. 1 (2002), pp. 133-153; POMERANTA, Anita; FEHR, Barbara J., “Análisis de la conversación: enfoque del estudio de la acción social como prácticas de producción de sentido”, en: VAN DIJK, Teun A. (comp.), *El discurso como estructura y proceso*, Barcelona: Gedisa 2000, pp. 101-139. A pesar del inconveniente, los estudios sobre Acción Comunicativa me sirvieron como orientación para estructurar el análisis del material recogido. En este sentido, véase por ejemplo TEN HAVE, Paul, “On the interactive constitution of medical encounters”, *Revue française de linguistique appliquée*, Vol. XI, N.2 (2006), pp. 85-98.

casos, la información obtenida en las entrevistas sirve para contrastar los datos y mis personales interpretaciones.

En cuanto a las *notas del diario* de a bordo, las uso para hacer manifiesta, e integrar en la comprensión, mi mirada como observadora, además que como mediadora. En este sentido, el análisis toma en cuenta las inevitables “interferencias” de mi presencia en el campo y de mi interpretación de las situaciones observadas.

Finalmente, el resultado del análisis tiene como objetivos:

- verificar o desmentir, total o parcialmente, las hipótesis planteadas,
- evidenciar los aspectos positivos y negativos de la metodología utilizada,
- proponer las oportunas modificaciones para las investigaciones futuras, y
- sugerir ulteriores temas de investigación.

2. Los contextos de observación

2.1. El Centro de Acceso a la Justicia de la Villa 31 de Buenos Aires

La Villa 31 es uno de los asentamientos informales de la Ciudad de Buenos Aires. Surgido ilegalmente sobre terreno fiscal “tomado”, como otras villas se caracteriza por la precariedad de las viviendas y por la falta de servicios básicos¹³. Sin embargo, gracias a su ubicación céntrica, su antigüedad y algunos eventos históricos de los que fue protagonista a lo largo de los años, siempre ha suscitado una mayor atención, tanto política, como mediática, con respecto a otros asentamientos.

Su visibilidad ha favorecido en el tiempo una serie de mejoras en las condiciones estructurales y, en los últimos 10 años, se ha ido creando una red de asistencia pública (servicios sociales, escuelas, comisarías, delegaciones de fiscalías, etc.), que presta sus servicios en el territorio mismo de la villa.

13 Nacida en los años '30 a mano de la inmigración europea, la 31, también conocida como Barrio Obrero Carlos Mugica, ocupa actualmente un territorio de aproximadamente 1.4 km², y acoge una población de alrededor de 50.000 habitantes, divididos básicamente en 4 comunidades: Argentinos, Bolivianos, Paraguayos y Peruanos. Existen también otras comunidades, aunque minoritarias, de Colombianos, Dominicanos y Chilenos. Se divide en 7 sectores: Inmigrantes, YPF, Comunicaciones, Güemes, Bajo Autopista, Chino, Playon Este y Oeste, más San Martín (la nueva “toma”). Cada sector se divide en “manzanas”, que a su vez se componen de grupos de casas, de unas 200-250 unidades aproximadamente. Un ejemplo de dirección es: Sr. José, manzana 23, casa 5.

En este marco, la introducción de los Centros de Acceso a la Justicia (CAJ), tanto en la 31 como en numerosos otros barrios “carenciados”¹⁴ del país, tenía el objetivo de proveer a los vecinos un asesoramiento integral sobre problemáticas diversas, a través de diferentes figuras profesionales (abogados, trabajadores sociales, psicólogos y personal administrativo, además de mediadores comunitarios).

Actualmente en la 31 funcionan dos CAJ, uno situado en el sector Comunicaciones y otro en el sector Güemes, que es el área más densificada, colindante con la Terminal de Ómnibus de Retiro, y puerta de ingreso a la villa por quien viene de la ciudad¹⁵. Éste último es el lugar donde se han llevado a cabo las observaciones.

El CAJ de Güemes, en actividad desde el mayo del 2010, ocupa un *container* ubicado a unos 30 metros de una de las salidas de la villa, en un lugar de mucho tránsito peatonal, al lado de la capilla Ntra Sra del Rosario y delante de un campo de fútbol.

Mientras que en el interior del *container* se desarrollan principalmente tareas administrativas, las entrevistas con abogados, trabajadores sociales, psicólogos y mediadores se realizan casi exclusivamente en los locales de la parroquia colindante (concretamente, en el laboratorio situado encima de la cocina/comedor y la misma capilla). También se utiliza el local de la farmacia, ubicado en el primer piso de la parroquia y al que se accede por una escalera externa, una vez finalizado el horario de distribución de medicamentos¹⁶. En un contexto de esta naturaleza, es

14 Ésta es la palabra que, en el español argentino, se utiliza para describir aquellos barrios pobres que carecen de servicios básicos y de apropiadas condiciones de vida. La usaré a lo largo del texto, dado que me parece representar de manera muy pertinente la situación presente en esos lugares.

15 FERNANDEZ CASTRO, Javier, *Barrio 31 Carlos Mugica. Posibilidades y límites del proyecto urbano en contextos de pobreza*, Buenos Aires: Instituto de la Espacialidad Humana, 2010

16 A efectos de la calidad de la comunicación entre las partes en las mediaciones que se realizan en el CAJ de Guemes, téngase en cuenta lo siguiente.

La capilla es un local de unos 20 metros de largo por 10 de ancho y consta de una entrada principal, colindante y perpendicular a la entrada del *container*, y de una salida al otro lado, donde está el altar, que lleva a la cocina. Tratándose de una capilla, está adornada con mobiliario e imágenes religiosas, como figuras divinas o retratos de sacerdotes (el Papa Francisco y el Padre Carlos Mugica, ambos muy queridos por sus vínculos con la villa). Sin embargo, su uso es extremadamente variado: aparte de iglesia, sirve también como sala de espera, local para entrevistas, espacio para las clases de gimnasia de los ancianos, etc. La cocina, ligeramente más pequeña que la capilla, acoge cada día diferentes actividades para ancianos.

El local laboratorio, al cual se accede por una escalera puesta en la cocina/comedor, tiene las mismas dimensiones que ésta última, y dispone de una mesa larga y rectangular para reuniones, y de otra más pequeña, rectangular, usualmente unida a la precedente, ambas de material

extremadamente difícil encontrar espacios adecuados y las condiciones de trabajo aparecen precarias y a veces francamente insostenibles, debido también a la confusión generada por el gran número de personas que esperan a ser atendidas. Además, no es fácil garantizar privacidad y discreción, ya que no es insólito ver dos (a veces tres) profesionales atender en el mismo espacio.

Las mediaciones allí realizadas son *de tipo comunitario (extra-judicial)*. Por lo tanto, son voluntarias y no requieren de la presencia de abogados.

Según refiere el personal consultado, el CAJ abre aproximadamente 240 *expedientes de mediación al año*. El número de expedientes abiertos no coincide con el número de las mediaciones efectivamente realizadas, que rondan los 180, y aún menos con el número de acuerdos alcanzados.

Ello es así por diferentes razones.

En primer lugar, en la Villa 31 también, entre las modalidades que las personas tienen para dar solución a sus propios conflictos, prevalece el modelo adjudicativo, por el cual se busca recurrir a un tercero que tome una decisión sobre la contienda (por ejemplo, referentes de la comunidad de pertenencia, delegados de manzana, o personal religioso).

En segundo lugar, al ser las mediaciones del CAJ extra-judiciales, y por lo tanto no obligatorias, a menudo las partes solicitadas no se presentan a las reuniones.

Tercero, existe una dificultad objetiva en convocar a las partes, ya que algunas zonas de la villa son inaccesibles para el sistema de Correos. Las cartas de invitación, por tanto, no llegan a destinación, o llegan con mucha dificultad por mano de la misma parte solicitante o de personal del CAJ.

La gran mayoría de los casos de mediación tiene por objeto conflictos “familiares”¹⁷

plástico tipo fórmica, y muy gastadas. Las sillas son de diferentes tamaños y diseños, también en condiciones pésimas. Dispone también de un ordenador, estanterías para libros y documentos, juegos para niños, material de papelería para actividades educativas. Las ventanas dan al campo de fútbol.

Tanto la capilla, como la cocina, como el local laboratorio, no disponen de calefacción, excepto por unos ventiladores eléctricos móviles.

El espacio de la “farmacia” está reformado hace poco, y dispone de 3 mesas nuevas de madera, asientos largos tipo bancos sin respaldos (dos por cada mesa), armarios, un fregadero. Las ventanas dan al campo de fútbol y a la plazoleta. No hay calefacción fija.

- 17 Cuando hablamos de conflictos familiares, hacemos referencia sobre todo a disputas que están calificadas “por alimentos y/o tenencia de hijos”. Menos frecuentemente, la mediación empieza por conflictos que se dan en el seno de la familia por otras razones, como por ejemplo, una disputa entre hermanos por el cuidado de los padres.

(alrededor de un 80%) y sólo en segunda instancia conflictos vecinales o de otra naturaleza.

En cuanto al personal destinado a las mediaciones, en el momento de la investigación, el CAJ disponía de un mediador profesional con amplia experiencia y dos mediadores en formación. El equipo de mediación está presente todos los días en el horario de apertura al público del CAJ, es decir, de lunes a viernes, de 9 a 15 horas.

El modelo utilizado es el que se denomina Modelo (Tradicional Lineal) de Harvard, según el cual la mediación es una negociación asistida por un tercero, cuyo propósito es la consecución de acuerdos, a través del progresivo acercamiento de las posiciones y de los intereses de las partes, sin preocupación por la relación interpersonal y con un enfoque predominante en los contenidos (esto es, no en la forma) de la comunicación. Ésta se concibe como un proceso lineal que el mediador tiene que favorecer con el objetivo de que las partes lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas.

Sin embargo, a la hora de desarrollar el proceso, no es infrecuente que los mediadores se valgan de herramientas propias de otros modelos, según las circunstancias del caso concreto (por ejemplo, del Transformativo de Bush y Folger). No hay co-mediaciones: el mediador trabaja sólo, o a lo sumo con la presencia de un mediador en prácticas.

En cuanto a los tipos de conflicto tratados, como anticipado, la mayoría tiene que ver con cuestiones relacionadas con la *terminación de un vínculo de pareja*, tanto formalizado en matrimonio como no.

En estos casos, la disputa concierne la tenencia de los hijos y la cuota alimentaria; menos frecuentemente, se discuten temas como la repartición de bienes entre las partes.

Los conflictos se dan generalmente en un contexto de precariedad económica por un lado, y habitacional por otro, a las que se añaden, en algunas ocasiones, problemas de violencia interpersonal relacionados con el consumo de estupefacientes o alcohol

- i. La *precariedad económica* suele provocar el conflicto, como dificultar su solución, como obstaculizar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados en mediación. Generalmente, las partes trabajan de forma precaria y discontinua

o en negro, y en todo caso pueden contar con sueldos ínfimos, lo cual no permite la satisfacción de las obligaciones familiares, ni antes ni después de la separación.

- ii. En cuanto a la *precariedad de la vivienda*, las familias suelen vivir en espacios angostos, frecuentemente compartidos por más núcleos pertenecientes al mismo grupo familiar (padres, abuelos, hermanos, etc). El hacinamiento y la falta de servicios básicos en gran parte de la villa pueden, por un lado, determinar dificultades de convivencia y desencadenar conflictos. Por el otro lado, una vez separados, es habitual que los ex convivientes estén obligados a seguir compartiendo los mismos espacios, o al menos espacios contiguos, con las dificultades que eso implica.
- iii. Otro elemento a tener en cuenta, tanto como factor de producción de conflictos, como de obstáculo al cumplimiento de los acuerdos, es el *consumo de estupefacientes o alcohol*, que puede con cierta frecuencia llevar consigo la manifestación de *conductas violentas* (maltratos o abusos sexuales). Tales circunstancias pueden evidenciarse en el principio del proceso de mediación, cuando por ejemplo la mujer acude al CAJ para pedir ayuda después de que su denuncia haya sido rechazada por la comisaría¹⁸. O bien pueden explicitarse a lo largo del proceso, tanto en las entrevistas previas, como en la reunión conjunta.

En el primer caso, el mediador evalúa, autónomamente o de concierto con la parte, si la mediación es viable y, en todo caso, asesora a la mujer acerca de los servicios que podrían prestarle asistencia. También la asesora acerca de sus derechos y le ofrece la asistencia social y psicológica de los profesionales del CAJ.

Hay que señalar que los mediadores muestran cierto recelo, a la hora de empezar una mediación cuando ha habido abuso o maltrato. Por un lado, no existen protocolos oficiales de intervención para estos casos, lo que determina cierta incertidumbre operativa. Por otro lado, la naturaleza estatal

18 De los relatos de las mujeres que acuden a las entrevistas, se puede fácilmente deducir que el rechazo de la denuncia se debe a la actitud discriminatoria de las fuerzas de seguridad, y no a razones de tipo técnico-jurídico.

de los Centros de Acceso a la Justicia induce en el mediador la percepción de ser titular de una responsabilidad pública de tutela de la integridad de la mujer¹⁹: por ello, generalmente se inclina por no efectuar su intervención y derivar el caso a otras instancias, como las oficinas de asistencia a las víctimas de maltrato.

La decisión de iniciar el proceso, en todo caso, tiene en cuenta la voluntad de la mujer y su capacidad para enfrentarse con su “maltratador”, la actitud de éste último (si, por ejemplo, reconoce o no reconoce el problema del abuso de sustancias, y pide ayuda al respecto), la presencia eventual de figuras familiares de apoyo, el historial de la relación, etc.

En caso de que la conducta violenta se revele una vez que el proceso haya empezado, el mediador evalúa si seguir o no con la mediación, de nuevo, según las circunstancias concretas, la voluntad y las características de las partes.

Una última observación concerniente a las disputas que tienen por objeto la tenencia de los hijos y la cuota alimentaria: aquí también, como en los casos de violencia, el actuar del mediador está influenciado por su función pública, lo que determina, como veremos, una interferencia perlocutoria en el intercambio entre las partes.

Por lo que se refiere a las *disputas vecinales*, se pueden observar casos de dificultad en la convivencia o bien cuestiones vinculadas con el incumplimiento de “contratos” inmobiliarios (compraventa o alquileres).

Éstos últimos son especialmente interesantes porque, al estar las casas edificadas en terrenos usurpados, los vecinos no poseen títulos de propiedad que puedan hacer valer en una acción judicial. Se trata de una situación similar a la descrita por Santos en su trabajo sobre las *favelas* de Rio de Janeiro. En la Villa 31, sin embargo, no existe una institución análoga a la Asociación de Vecinos de Pasárgada que, como vimos, cumplía funciones de registro, de garantía de las obligaciones contractuales y de gestión de las disputas inmobiliarias²⁰. Pese a ello, los moradores de la Villa 31 parecen tratar los pactos relativos a compraventa y arrendamiento de

19 Lo mismo puede decirse por lo que se refiere a los derechos de los niños, como se verá más adelante.

20 *Vid supra* el apartado 3.5, en la segunda parte.

sus viviendas como verdaderos “contratos”, al punto que a menudo no son conscientes de su carácter ilegal y se sorprenden, al saber que no tienen manera de asegurar su cumplimiento.

No pudiendo los “propietarios” accionar sus derechos por vía judicial, en el caso de incumplimiento de las “obligaciones contractuales”, las únicas posibilidades para resolver este tipo de disputas consisten en alguna forma de gestión auto-compositiva, en solicitar la intervención de alguna figura de “autoridad” (delegados, personal religioso, representantes de las diferentes comunidades que integran el barrio, etc.)²¹, en el abandono, o en el recurso a la violencia. De allí que la mediación parecería, en principio, cobrar especial relevancia en estos contextos²².

Por otro lado, la privación de la protección jurídica también se manifiesta, de manera fáctica, con otros tipos de derechos. Piénsese por ejemplo en el incumplimiento de las obligaciones alimenticias en caso de separación, donde la mujer o no es consciente de sus derechos, o no tiene la posibilidad económica de demandar legalmente a su ex pareja, o no puede acudir a los servicios de defensa gratuita por desconocimiento o actitudes discriminatorias de los mismos. Piénsese también en el caso de violencia familiar y/o sexual, donde la protección jurídica del derecho a la integridad personal queda *de facto* excluida, como vimos, por el hábito de las fuerzas policiales de no recibir las denuncias de las víctimas. Por lo tanto, también en estos casos la mediación parecería presentarse como recurso frente al desamparo y/o a la gestión violenta de la controversia.

El proceso de mediación empieza generalmente con la solicitud de una de las partes.

La solicitud puede ser directa, cuando una persona se dirige al CAJ pidiendo expresamente por la intervención del mediador, o derivada, cuando el usuario pide por la asistencia de otro profesional (más frecuentemente, el abogado), y éste le aconseja plantear el caso al mediador. La gran mayoría de solicitudes suelen ser

21 Cabe señalar que no es infrecuente que estas “figuras de autoridad” aconsejen a las personas en conflicto acudir al CAJ, para solicitar la intervención del mediador.

22 Desafortunadamente, no pude asistir a ninguna mediación que tuviera como objeto asuntos de este tipo. El único caso que se presentó, en el periodo de observación, no pudo tratarse, porque la parte solicitada no acudió a la reunión. Aún así, fue extremadamente interesante escuchar el relato del solicitante, quien manifestaba toda su decepción y su frustración, al darse cuenta de que su situación no tenía salida, al menos “por las buenas”, como afirmó literalmente.

derivadas, aunque los mediadores refieren que son cada vez más numerosas las ocasiones en las que la mediación es la primera opción de los usuarios.

En ambos casos, la atención a la persona es inmediata, si el mediador está disponible. De lo contrario, se programa una cita para una primera entrevista con el mediador, en una fecha lo más próxima posible.

El objetivo de la primera entrevista es recopilar informaciones sobre el conflicto y los datos de la parte solicitada, explicar en qué consiste la mediación y obtener el consentimiento de la persona para empezar el proceso.

Si el solicitante acepta la mediación, se invita al solicitado.

La invitación consiste en una carta firmada por el mediador, en la que se explican sumariamente la razón del contacto y el tema a tratar, se aclara que la mediación es voluntaria, gratuita y no necesita de la asistencia de un abogado, y finalmente se evidencia la posibilidad de solicitar una entrevista con el mediador antes de la fecha prevista para la audiencia, para plantear su visión del tema y/o recibir el asesoramiento necesario.

El método de “notificación” de la invitación es extremadamente informal: suele ser quien solicita la mediación, y si no es posible, algún familiar o vecino, el encargado de entregar la carta. En algunas ocasiones, el personal mismo del CAJ se acerca al domicilio de la parte solicitada, y sólo en última instancia se le llama telefónicamente, para invitarle a la mediación. Optar por este tipo de informalidad se debe no tan sólo a la circunstancia estructural de que, como anticipado, algunas zonas de la villa son inaccesibles para el correo, sino que representa también una elección metodológica precisa: se busca fomentar el contacto entre las dos partes y generar una primera instancia de confianza. Para ello, en la entrevista previa, se busca dotar al solicitante de una serie de instrumentos que le permitan acercarse adecuadamente a la otra parte y transferirle, de la manera más escrupulosa posible, el contenido de la invitación.

Si el solicitado no pide realizar una entrevista previa con el mediador antes del día previsto para la reunión conjunta, el mediador dedica un espacio previo al encuentro entre las partes para entrevistarse con él, escuchar su versión, explicarle en qué consiste la mediación y averiguar su consentimiento a participar en ella.

Durante la reunión conjunta, el mediador presenta el “contexto”, es decir, explica el

“donde estamos” y el porqué, e invita a que cada una de las partes relate su versión de lo sucedido. A medida en que el proceso avanza, el mediador hace preguntas, resúmenes y replanteos, y acompaña las partes en la búsqueda de la mejor solución posible.

Si la conjunta termina con un acuerdo, éste puede ser provisional o definitivo, escrito o verbal

Es *provisional* cuando, durante la reunión de mediación, las partes han logrado ponerse de acuerdo acerca de algún tema y sin embargo hace falta:

- a. volver a reunirse con más informaciones, o
- b. testar el acuerdo durante un breve periodo de prueba
- c. reenviar la reunión, por cansancio, por falta de tiempo, por compromisos asumidos previamente, etc.

En este caso, el acuerdo suele ser verbal.

El acuerdo *definitivo* es el que concluye la mediación. Puede ser parcial o total, según las partes hayan pactado sobre una parte o sobre la totalidad de los temas planteados.

En este caso también, el acuerdo suele ser verbal. Ello es así porque, en la gran mayoría de los casos, las partes se dan por satisfechas con haber llegado a una solución, y no piden que el pacto se formalice.

Cuando las circunstancias lo aconsejan, generalmente es el mediador el que sugiere redactar el acuerdo, por ejemplo cuando puede servir para facilitar futuros trámites administrativos.

Resumiendo, el contexto peculiar de la villa 31 y del CAJ puede tener influencia en el proceso de mediación y en sus resultados de varias maneras:

- Los mediadores utilizan como referencia predominante para su intervención el Modelo (Tradicional Lineal) de Harvard, lo que implica una concepción lineal de la comunicación y un enfoque hacia el acuerdo compositivo.
- La voluntariedad del proceso puede concurrir en determinar una escasa participación de las partes solicitadas.
- La precariedad, tanto económica como de la vivienda, así como el consumo de alcohol o drogas, son elementos que suelen generar y mantener el conflicto, además de dificultar el cumplimiento de los acuerdos.

- El hecho de que el mediador cumpla, en el CAJ, una función pública, puede determinar su interferencia “perlocutoria” en el intercambio comunicacional de las partes en las conjuntas.
- Por último, hay que tener presente que los habitantes de los asentamientos informales viven en una situación de “para-legalidad”, por la que la mediación adquiere un valor peculiar, en cuanto forma alternativa, y en cierto modo “necesaria”, de resolución de conflicto.

En el CAJ pude observar 18 reuniones conjuntas y 23 previas, sobre un total de 20 casos (*vid supra*, nota 7).

2.2. El Servicio de Mediación Prejudicial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

El Centro UBA, perteneciente a la Facultad de Derecho, es un organismo creado en el 1995 para proporcionar servicios gratuitos de mediación pre-judicial a personas con escasos recursos económicos.

Además de los servicios de mediación, el Centro ofrece la intervención de trabajadores sociales y psicólogos.

Funciona cada miércoles, de las 9.00 hasta las 17.00 horas. En el resto de la semana, se desarrollan actividades de patrocinio gratuito y formación y prácticas para los estudiantes de Derecho de la UBA.

Está situado al 8º piso del Palacio de Justicia (Tribunales)²³.

Las mediaciones que el Centro ofrece son de tipo judicial, más exactamente, pre-judicial, porque se realizan como paso previo y necesario a promover una acción judicial. Son por tanto obligatorias y la parte notificada que, sin justificación, no acuda a la citación deberá abonar una multa.

Se requiere, además, el cumplimiento de numerosos requisitos formales y

23 Consta de una sala de espera a la derecha de la entrada, 9 salas para las mediaciones, un local para la administración y el despacho del director, un pequeño local que funciona como laboratorio informático, donde se llevan a cabo mediaciones a distancia, todos situados a lo largo de un pasillo; y finalmente, tres salas para las trabajadoras sociales y las psicólogas, y la sala 10, al final del pasillo.

Los techos son muy altos y, en invierno, la calefacción con aire no consigue crear un ambiente agradable sino después de unas horas.

El mobiliario es antiguo y gastado. Cada sala tiene estanterías con archivadores para documentos, grandes mesas rectangulares de madera, muchas sillas, algunas despegables y apoyadas a las paredes. El conjunto induce una leve sensación de confusión y precariedad.

procesales: notificación, acta de la sesión, presencia obligatoria de los abogados de ambas partes, etc..

Según refieren los mediadores, en un año se abren unos *800 expedientes*, la gran mayoría de los cuales se refieren a conflictos de tipo familiar, sobre todo por tenencia de hijos y cuotas alimentarias. Menos usuales son otros tipos de disputas, como las vecinales, o de consumo.

Como en el CAJ de Güemes, también en el Centro UBA el número de mediaciones efectivamente realizadas puede no coincidir con el número de expedientes abiertos. Aquí también, se registra la dificultad en notificar a las partes solicitadas (que a menudo viven en asentamientos informales, del mismo tipo de la Villa 31) o la falta de interés hacia la mediación.

Además, es frecuente que las partes acudan sin abogado, circunstancia que impide, en este contexto, la celebración de la reunión conjunta.

El Centro UBA puede contar con 25 mediadores, además del personal de apoyo, que colabora en las mediaciones sin intervenir en ellas²⁴.

Todos los mediadores UBA son abogados con una larga trayectoria en la profesión.

Como en el CAJ, el modelo utilizado de manera preponderante es el Lineal de Harvard. Algunos mediadores utilizan el modelo Transformativo de Bush y Folger, que prioriza la reconstrucción de la relación entre las partes por sobre la solución del problema concreto. Fomenta por tanto la re-estructuración de la relación en un sentido positivo, apoyando la capacidad de las partes para la autodeterminación y estimulando el reconocimiento mutuo. En este contexto, la función del mediador es apoyar el intercambio entre las partes. Los temas de debates no se establecen de antemano, ni se evita hablar del pasado para centrarse en el futuro, como sucede en el modelo Harvard.

No he observado el uso del modelo circular-narrativo u otros modelos.

Los mediadores en algunas ocasiones mezclan herramientas propias del modelo Harvard con las del modelo transformativo.

Como en el CAJ, en el Centro UBA tampoco suelen haber co-mediaciones. En raras ocasiones he visto los mediadores permitir que los alumnos en práctica interviniesen

24 Se trata en general de alumnos en prácticas, que siguen a los mediadores en su proceso de aprendizaje.

con preguntas y/o comentarios.

En cuanto al tipo de conflictos, los temas tratados con más frecuencia en las mediaciones del Centro UBA se refieren, como he anticipado, a disputas por tenencia de hijos y cuotas alimentarias.

Dado que el Centro se dedica a proporcionar un servicio gratuito para personas con escasos recursos económicos, la mayoría de los conflictos se producen, como en el CAJ, en contextos donde predominan la precariedad económica y la de la vivienda, el hacinamiento, la convivencia forzada en espacios angostos, las maternidades tempranas, etc.

En los casos de violencia familiar, el Centro UBA lleva a cabo las mediaciones solamente cuando no haya una orden de alejamiento, o cuando tal orden haya sido levantada para posibilitar el encuentro de mediación.

Tanto en casos de conductas violentas, como cuando la relación conflictiva se debe, aunque en parte, al consumo de drogas o alcohol, la derivación a servicios de atención social o psicológica es posible, pero no forma parte de un protocolo de intervención.

El proceso de mediación empieza a petición de la parte interesada. El mediador designado por el Centro fija la fecha de la primera audiencia y la notifica a la parte solicitada. Si ésta no contesta o no pide por otro mediador, el proceso judicial sigue su curso. De lo contrario, se nombra otro mediador y se determina otra fecha.

No se realizan entrevistas previas, y las partes tienen que comparecer en la audiencia personalmente y acompañadas por sus abogados.

Se admite la presencia de terceros, como observadores o alumnos en práctica, únicamente con el consentimiento de las partes. En este caso, todos los asistentes tienen que firmar un compromiso de confidencialidad.

Una vez constatado el cumplimiento de los requisitos formales, como la debida notificación de las partes o la presencia de los letrados, el mediador abre la audiencia con una explicación de la mediación, aclarando a las partes que pueden abandonar el proceso en cualquier momento y que todos los presentes están obligados a guardar la confidencialidad con respecto a lo que se venga comentando.

No es infrecuente que el mediador se reúna con los abogados, juntos o por separado, antes o en el transcurso de la audiencia, con o sin sus clientes, cuando

necesite informaciones técnicas, o cuando las partes están muy enfrentadas entre sí y el mediador estima que la manifestación de emociones negativas puede impedir el diálogo entre ellas.

Puede darse el caso en que el mediador fomenta la negociación y la formación de acuerdos entre los abogados, en una reunión privada, sin la asistencia de las partes. A lo largo de la reunión conjunta, es bastante frecuente observar la superposición de los letrados a sus clientes, de manera que los relatos de éstos últimos quedan interrumpidos por la intervención del defensor.

Si la audiencia termina con la consecución de un acuerdo, el mediador eleva acta de lo pactado, que será firmado por las partes y sus letrados y entregado en copia a cada una de las partes.

Si la audiencia termina sin la consecución de un acuerdo, el mediador eleva acta donde consta que, pese a la celebración de la mediación, las partes no han llegado a una resolución y que, por lo tanto, el caso puede seguir la vía judicial.

Si en el transcurso de la audiencia aparece la necesidad de organizar un nuevo encuentro²⁵ y el mediador así lo estima oportuno, o si las partes lo piden, se establece una nueva fecha para una segunda audiencia, que tendrá las mismas características que la primera, exceptuado el requisito de la notificación (las partes quedando notificadas con el acta).

Por último, hay que señalar que, cuando en la primera audiencia las partes no comparecen, se suele volver a notificar, con fijación de nueva audiencia. Menos frecuente es el caso en que el mediador decide elevar directamente el acta de imposibilidad de realizar la mediación por incomparecencia de una de las partes.

Las influencias que el contexto específico del Centro UBA puede tener sobre el proceso de mediación son las siguientes.

- Como en el CAJ, el modelo utilizado de manera predominante es el de Harvard, aunque algunos mediadores utilizan el modelo transformativo de Bush y Folger o mezclan herramientas de diferentes modelos.
- Como en el CAJ, los conflictos se dan en un contexto de extrema precariedad

25 La necesidad de fijar otras audiencias puede estar relacionada con la falta de informaciones, o con el propósito de “testar” la estabilidad de un acuerdo parcial que se haya conseguido en la primera.

económica y habitacional y frecuentemente se acompañan al abuso de alcohol u otras sustancias.

- La presencia de los abogados de las partes determina un enrarecerse del intercambio verbal entre las partes.
- La extrema formalidad en la que se lleva a cabo la mediación determina, en gran medida, el desarrollo del proceso y la validez de los acuerdos²⁶.

En este Centro pude observar 7 reuniones conjuntas y 17 entrevistas por separado (de las cuales, 8 se realizaron en el transcurso de la conjunta), sobre un total de 17 casos.

2.3. El Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires

Se trata del Centro de Mediación Penal del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires, que abrió sus puertas en el 2006, a través del Programa de Implementación del Cuerpo de Mediadores de la Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que se consolidó, en el 2013, como Centro de Mediación y Métodos Alternativos de Abordaje y Solución de Conflictos del Poder Judicial CABA.

La Ciudad de Buenos Aires, siendo dotada de estatuto de autonomía, tiene su propia estructura judicial, que está organizada en 2 fueros: el Penal, Contravencional y de Faltas (Fuero PCyF), y el Contencioso, Administrativo y Tributario (Fuero CayT).

Por lo que se refiere al PCyF, cabe señalar que en el año 2008 fueron trasferidos al Poder Judicial de CABA algunos delitos que antes eran de competencia nacional²⁷.

En este marco, el Poder Judicial ofrece servicios de mediación y conciliación para delitos y contravenciones, y para los delitos cometidos por menores, en una franja

26 La circunstancia de que los mediadores tengan que cumplir con un rígido protocolo de actos formales, puede incidir en el proceso de comunicación entre las partes, en la medida en que, por ejemplo: a) determina la distribución de los tiempos del intercambio comunicacional (por ejemplo, no se puede empezar a hablar antes de que se haya verificado la regularidad de las notificaciones); b) interviene en la gestión de los contenidos emocionales; c) define la materia a tratar.

27 Se trata de los delitos de: portación, tenencia y suministro ilegal de armas de fuego de uso civil; utilización de armas y explosivos en espectáculos públicos; lesiones en riña; abandono de personas; omisión de auxilio; exhibiciones obscenas; matrimonios ilegales; ejercicio ilegal de la medicina; violación de domicilio; malos tratos y actos de crueldad a los animales; daños; justificación o promoción de actos discriminatorios; incumplimiento de deberes de asistencia familiar; usurpación; amenazas.

de edad de 16 a 18 años²⁸.

El Centro cuenta con 20 *mediadores profesionales*, además de personal administrativo y de apoyo. Está ubicado en el primer piso de un edificio destinado a oficinas municipales, a salas de audiencia y al Centro de Formación del Poder Judicial. Los despachos están reformados y resultan cómodos y acogedores, con calefacción centralizada.

La sala destinada a las mediaciones está amueblada de forma sencilla y cuenta con una mesa ovalada, varias sillas y un armario con estanterías. Al lado, otra sala está asignada para las entrevistas previas o para las ocasiones en las que se estime necesario realizar reuniones por separado.

El proceso empieza por iniciativa del Ministerio Público Fiscal²⁹, quien propone a las partes la mediación. Si éstas aceptan, el mediador empieza una serie de entrevistas previas con cada una de las partes, antes de llegar a la reunión conjunta.

Las partes acuden a la mediación acompañadas por sus abogados. En algunas ocasiones, pueden intervenir otras figuras, como el personal de la Oficina de Atención Integral a la Víctima del Delito (OAIVD), y los psicólogos o asistentes sociales del equipo multidisciplinario del Poder Judicial y de la Dirección de Asistencia a la Mediación de la Defensoría General (Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

Cabe la posibilidad de que el mediador se reúna, antes y/o durante la conjunta, con el personal de la OAIVD y/o con los abogados de las partes, si cree necesario recoger más informaciones sobre el caso.

El mediador abre la conjunta explicando en qué consiste la mediación y preguntando a cada una de las partes su versión de lo sucedido. A medida que el proceso avanza, pone el acento sobre los elementos que, a su juicio, pueden conformar un acuerdo satisfactorio.

Si las partes llegan a acuerdo, el mediador eleva un acta que será transmitido al fiscal, quien archivará el caso.

28 Sin embargo, en este momento se está transfiriendo a la Ciudad la competencia para ulteriores delitos, aumentando de esta forma el alcance de su autonomía. Quedan en todo caso excluidos de la mediación los delitos contra la vida, contra la integridad sexual y las lesiones graves y gravísimas cometidas en el seno del grupo familiar.

29 Según refiere una mediadora del Centro, en algunas ocasiones, el juez también puede dar impulso a la mediación.

Si las partes no llegan a acuerdo, lo mismo el mediador informa el fiscal, quien seguirá con los pasos procesales que estime oportunos.

En cuanto a la influencia en el proceso de mediación, es preciso señalar las siguientes características de contexto:

- También en este caso, el modelo utilizado de manera predominante es el de Harvard.
- Las mediaciones tienen su origen en la comisión de un delito y sus resultados determinan el cierre o la continuación de un proceso penal. Ello puede incidir en la voluntariedad de las partes, sobre todo del solicitado, en participar en la mediación. Por las mismas razones, las partes pueden omitir la descripción de algunas circunstancias, por temor a que se las utilice en su contra en el eventual proceso penal o, al contrario, hacer un uso perlocucionario de determinados detalles, para fomentar un resultado favorable.
- De la misma forma que en las mediaciones prejudiciales del Centro UBA, la presencia de los abogados de las partes es obligatoria, lo que puede determinar confusión en el intercambio comunicacional.
- Asimismo, puede darse con frecuencia la presencia de otros sujetos institucionales, como el personal de la Oficina de Atención Integral a la Víctima del Delito, e los psicólogos o asistentes sociales del equipo multidisciplinario del Poder Judicial y de la Dirección de Asistencia a la Mediación de la Defensoría General (Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires).

En este Centro puede asistir a 1 reunión conjunta y 2 entrevistas previas, sobre un total de 2 casos.

2.4. El Centro de Mediación Comunitaria del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Villa 31)

Este Centro de Mediación Comunitaria, que se halla a pocos metros del CAJ y que fue creado por el Gobierno de la Ciudad en 2005, ocupa una de las salas del Centro de Salud Comunitaria n. 21 (CESAC), denominado “Salita Vieja”.

El Centro cuenta con una mediadora con amplia experiencia, sin personal administrativo o de apoyo, que recibe una vez por semana, usualmente en las

primeras horas de la tarde, cuando los demás servicios de la Salita han terminado su horario de atención.

La mediadora recibe sus usuarios en la sala de atención médica. El espacio está dividido por una cortina, que separa la zona dedicada a las consultas, donde se encuentran la camilla y otro material sanitario, de aquella destinada a la recepción y a las entrevistas. Ésta última contiene un escritorio, dos sillas y un banquito, además de un sinfín de cajas, pilas de documentos y otros objetos que ocupan gran parte del espacio.

Los temas tratados, a diferencia de lo que sucede en el CAJ, son vecinales, en gran mayoría. Una razón de tal diferencia podría residir en el carácter polifacético del servicio ofrecido por el CAJ, que cuenta con psicólogos y trabajadores sociales, los cuales funcionan tanto de receptores como de derivadores de casos de conflictos familiares. Otra hipótesis sugerida por los mediadores, para explicar esta diferencia, es que los potenciales usuarios perciben que cada uno de los Centros tiene una “especialización” diferente: mientras que el CAJ se dedicaría exclusivamente a temas de familia, el Centro de Mediación Comunitaria estaría orientado a cuestiones vecinales³⁰.

Las invitaciones a las partes solicitadas siguen el mismo patrón utilizado en el CAJ: el mismo solicitante está encargado de la entrega. Solamente en ocasiones puntuales es la mediadora quien se acerca al domicilio del solicitado para invitarle a la mediación.

Aquí como en el CAJ, el número de expedientes no coincide con el número de mediaciones realizadas, y mucho menos con el número de acuerdos alcanzados. Es frecuente que las partes solicitadas no se presenten, por las mismas razones ya analizadas.

Las circunstancias que pueden influir en el proceso de mediación son las mismas ilustradas por el CAJ.

30 Tampoco se puede descartar que, en algunos casos, el criterio de selección fuera “político”: en el momento de la investigación, el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires era de color opuesto al del Gobierno Nacional, que gestionaba los CAJ. Dado que las partes suelen acudir por derivación de otros agentes sociales (delegados de manzana o el mismo personal médico, o personal religioso, u otros vecinos), es posible que los derivadores aconsejaran los usuarios en función de su pertenencia política.

En este Centro pude observar una reunión previa³¹.

2.5. Los Servicios de Mediación Comunitaria y/o Ciudadana de L'Hospitalet de Llobregat y de Rubí

De todos los centros contactados³², los únicos donde se pudo llevar a cabo observaciones son el Servicio de Mediación Comunitaria del Ayuntamiento de L'Hospitalet de Llobregat, y el Servicio Municipal de Mediación Ciudadana del Ayuntamiento de Rubí.

El Servicio de L'Hospitalet, uno de los más antiguos de Cataluña (2006), proporciona servicios de mediación a todos los ciudadanos del municipio. También realiza actividades de prevención de conflictos, tales como charlas públicas, formaciones, encuentros de sensibilización con otros actores sociales.

Las temáticas tratadas son de tipo vecinal, familiar, escolar, o relativas al uso del espacio público.

El Servicio selecciona previamente los casos que se consideran mediables, en base a los siguientes criterios: la voluntariedad de las partes, la existencia de alguna vinculación con intereses económicos, la capacidad de las partes, entendida como capacidad para dialogar manteniendo un discurso coherente y ordenado, y una actitud empática y constructiva con el otro³³.

31 La coincidencia del día de atención al público con el Centro UBA (el miércoles) me permitió acudir al Centro de Mediación Comunitaria de la Ciudad solamente en una ocasión, en la que no pude asistir al encuentro entre las partes, porque el solicitado no se presentó.

32 Además de esos dos, se contactó con: el Servicio de Mediación Ciudadana y Comunitaria del Ayuntamiento de El Prat de Llobregat, el Centro Municipal de Mediación del Ayuntamiento de Viladecans, el Servicio de Mediación Ciudadana del Ayuntamiento de Cubelles y el Servicio de Mediación Ciudadana del Consell Comarcal del Berguedà.

Los criterios de selección fueron los siguientes:

- En cuanto a L'Hospitalet y a El Prat, se trata de servicios con una experiencia consolidada y que cuentan con equipos relativamente numerosos, lo que podía asegurar una probabilidad mayor de asistir a reuniones conjuntas.
- El servicio de Rubí se dedica sobre todo a problemáticas vecinales, y suele realizar reuniones conjuntas a las que acude toda la comunidad de vecinos. Por tanto, podía ser útil para observar las interacciones y las modalidades de intercambio que se realizan en un contexto de grupo.
- El acceso a los servicios de Viladecans, Cubelles y del Berguedà me fue facilitado por mi anterior relación laboral con las mediadoras que allí actualmente desempeñan su actividad profesional.

33 Cfr. SERVEI DE MEDIACIÓ COMUNITARIA, *Memoria 2010*, Ajuntament de L'Hospitalet, documento interno

Gestionado inicialmente por cooperativas y entidades sociales, en régimen de externalización, cuenta hoy con 5 mediadores contratados directamente por el Ayuntamiento. Se trata de profesionales con formación previa como psicólogos y trabajadores sociales.

El Servicio se encuentra actualmente ubicado en el primer piso de una dependencia municipal, donde comparte el espacio con otros servicios del Ayuntamiento. Los mediadores ocupan parte de una amplia sala, utilizada también por el Servicio de Soporte a las Comunidades de Vecinos y Vecinas. Una sala de conferencias, situada en la misma planta, y un pequeño despacho en la planta baja, están destinados a las entrevistas previas y a las conjuntas. Los espacios son luminosos y acogedores.

El *proceso de mediación* tiene como objetivo el restablecimiento de la comunicación entre las partes, para lograr que éstas solucionen el conflicto de manera cooperativa. Basadas en el modelo transformativo de Bush y Folger, las actividades de los mediadores se dirigen a la transformación del conflicto haciendo hincapié en la relación entre las partes y en la comunicación.

La mediación empieza cuando una de las partes se dirige al servicio, por iniciativa propia, o derivada por otros servicios municipales (Guardia Urbana, Oficina de Gestión de las Incidencias, Servicios sociales, etc.). Las actividades de prevención también pueden ser buenas ocasiones para detectar y derivar casos al Servicio de Mediación.

Después de una serie de entrevistas previas con ambas partes, los mediadores³⁴ organizan la sesión conjunta, que puede derivar en un acuerdo total o parcial, y que tiene habitualmente una forma verbal.

Cabe destacar la importancia que los mediadores de L'Hospitalet otorgan a la *entrevista previa*, en la que, además de ayudar a las partes a comprender plenamente la situación y las alternativas que están a su disposición, se les asiste para que puedan desarrollar los recursos comunicativos más apropiados para afrontar el conflicto (por ejemplo, la capacidad de escuchar el otro y de organizar un discurso de forma coherente), además de la habilidad para comprender la situación de la otra parte.

34 Uso el plural porque es raro que el mediador trabaje solo y casi siempre se utiliza la técnica de la co-mediación.

Todo el proceso se desarrolla en los locales del Servicio o en otros equipamientos municipales. Menos frecuente es el caso en que la mediación, al menos en sus fases iniciales, se realiza en otros espacios, como el domicilio de las partes o un espacio público.

El proceso puede durar de dos a tres meses, aunque en algunos casos puede prolongarse más.

En este Servicio puede observar 4 reuniones conjuntas.

El Servicio Municipal de Rubí también proporciona servicios de mediación para toda la ciudadanía. Asimismo, realiza actividades de prevención de conflictos, como charlas, talleres de formación y encuentros con otros actores sociales.

Su foco de intervención son los conflictos vecinales, los asociativos, los que tienen que ver con el uso del espacio público, y en general, cualquier conflicto entre individuos y grupos que pueda surgir en la comunidad. Están excluidos explícitamente los casos en los que el Ayuntamiento sea una de las partes, aquellos en los que exista un claro desequilibrio de poder entre las partes (por ejemplo en casos de violencia de género), los escolares, los familiares y aquellos por los que se haya abierto un expediente judicial penal.

Cuenta con dos profesionales, con formación previa en Historia y Comunicación y Protocolo, y está gestionado por una cooperativa social, en régimen de externalización.

El Servicio está ubicado en la planta baja de un edificio destinado a dependencias municipales. Consta de un espacio abierto, de estilo moderno, al que se accede por una puerta corrediza de cristal, donde se encuentran, a la derecha, unas sillas para la espera y más adelante una mesa rectangular para las reuniones. El despacho de los mediadores está separado de la sala por una pared de cristal y cartón yeso. La ventanas dan al exterior. En consecuencia, el lugar es luminoso y acogedor, pero todo resulta a la vista.

Como en el Servicio de L'Hospitalet, las partes pueden dirigirse a los mediadores directamente o derivados por otros actores sociales. El proceso se desarrolla a través de entrevistas previas por separado con cada una de las partes, seguidas por reuniones conjuntas. En este caso también, las actividades se realizan

preferentemente en las dependencias municipales, el proceso dura en media 2 o 3 meses y el acuerdo suele ser verbal.

En Rubí pude observar 1 reunión conjunta.

Para ambos servicios, entre los elementos que mayoritariamente pueden tener influencia en el proceso, se pueden señalar los siguientes:

- El empleo del modelo transformativo y un enfoque en la dimensión socio-educativa de la mediación. En Catalunya los mediadores provienen en su gran mayoría de carreras de educación social o psicología, a diferencia de los centros argentinos, donde son abogados. Ello determina un enfoque más amplio y un abordaje integral al conflicto, que conjuga prevención e intervención, y pone mucha atención en las capacidades comunicacionales de los participantes y en su transformación personal.
- La multidisciplinariedad del equipo. Los mediadores que integran los equipos de los dos Servicios objeto de observación tienen diferente formación de base. Ello facilita que los casos se aborden desde puntos de vista distintos y que el estilo de intervención sea orientado, además que a los acuerdos, también a la relación interpersonal.
- Como en el caso del CAJ, el proceso es voluntario, por lo que las partes deciden libremente si participar o no en la mediación.
- El uso de la técnica de co-mediación. Los mediadores trabajan en pareja, especialmente en los casos en los que las partes están representadas por más que una persona. Ello les permite un mayor nivel de atención, pero al mismo tiempo requiere de un buen entendimiento entre mediadores, para evitar que se sobrepongan y/o propongan preguntas o comentarios discordantes con los del compañero, y/o interrumpan el relato de las partes.

Cabe señalar, finalmente, que la orientación comunitaria de los centros catalanes se expresa en actividades de prevención que no se realizan en los CAJ, donde las intervenciones son, por así decirlo, reactivas: los mediadores pueden ocasionalmente intervenir en la gestión de conflictos que se dan en la comunidad, de concierto con otros profesionales, pero no se dedican a actividades sistemáticas de prevención.

2.6. El Centro de Mediación de Derecho Privado de Cataluña (CMDPC)

Como he anticipado, la observación de las mediaciones realizadas en el marco del CMDPC tuvo que suspenderse por la imposibilidad práctica de llevarla a cabo. Pese a ello, pongo a disposición la descripción del contexto con el que me encontré, de cara a posibles investigaciones futuras.

El CMDPC funciona como órgano de coordinación, información y centralización de las actividades de mediación realizadas por los mediadores inscritos en el Registro de los Mediadores de Derecho Privado de Cataluña.

Lo integran un grupo de mediadores, cuya función es recoger las solicitudes y/o derivaciones de mediación, realizar una charla informativa con las partes sobre el funcionamiento de la mediación pre-judicial³⁵, dar impulso al proceso (si es que las partes manifiestan su consentimiento) y asignar el caso al mediador que en aquel momento sea competente, tanto por territorio, como por turno. Ocasionalmente, los mismos integrantes del equipo del CMDPC realizan actividades de mediación, en cuanto de su competencia.

Según datos actualizados al 7.7.2015, el Registro de los mediadores de derecho privado, que el CMDPC gestiona, está compuesto por 891 inscritos, divididos en 5 Delegaciones (Barcelona, Girona, Lleida, Tarragona, Terres de l'Ebre), que a su vez están subdivididas por partido judicial. Existe también un Registro de Mediadores Familiares, integrado por 1257 profesionales, organizado según los mismos criterios (casi todos los mediadores están inscritos en ambos registros).

El partido judicial de Barcelona contaba, en el momento de la investigación, con 230 profesionales inscritos.

Por lo que se refiere a las dificultades en entrar en contacto con los mediadores, se señala lo siguiente.

Todos los mediadores del partido judicial de Barcelona recibieron una petición formal por correo electrónico, para que accedieran a participar en el estudio.

Tuvimos 17 respuestas, en las que los mediadores:

- accedieron sin algún problema a la solicitud, garantizando que me llamarían

³⁵ Como en el caso del Centro UBA, aquí también las mediaciones se denominan *pre-judiciales*, porque constituyen paso previo, aunque en este caso no obligatorio, al proceso judicial.

en cuanto encargados por el CMDPC (6);

- accedieron a la solicitud, pero especificaron que en ese momento no estaban llevando a cabo procesos de mediación derivados por el CMDPC (2);
- explicaron que ya no se dedicaban a la actividad profesional (3);
- alegaron dificultades burocráticas a la hora de autorizar mi participación en cuanto observadora (1);
- manifestaron disconformidad (1);
- malinterpretaron el correo (1);
- explicaron que estaban llevando a cabo una mediación, pero el estado del proceso era ya muy avanzado (1);
- pidieron contacto directo conmigo, para organizar (2).

En los casos a) y h), al segundo nivel de contacto, no volvieron a contestar.

En 5 ocasiones, los profesionales contactados quisieron especificar que los casos derivados por el CMDPC eran muy pocos: *“no consto designado para ninguna mediación, debido a la escasez de las mismas”, “després de un any i mig d'estar apuntat a les llistes, encara no m'han assignat cap cas”, “si hubiera mediaciones no tendría ningún problema. El tema es que, hoy por hoy, en España hay muy pocas mediaciones”, “no me proponen ninguna mediación desde hace meses. La cosa está un poco parada por ahora”, “les mediacions derivades pel centre de mediació són molt poques”*.

Tal circunstancia parecía confirmada por algunas charlas informales mantenidas a nivel personal con mediadores inscritos en otras circunscripciones, que señalaban que los casos recibidos por el CMDPC no superaban los 2-3 por año.

Para resolver la dificultad, tomé contacto con un mediador del partido judicial de San Boi de Llobregat, quien me invitó a asistir a una conjunta. El profesional en cuestión afirmó que la escasez de mediaciones podía observarse tal vez en los partidos judiciales con el número más alto de inscritos y que personalmente recibía una o dos derivaciones por mes.

De lo expuesto resulta evidente que el funcionamiento del CMDPC sería un interesante objeto de investigación para el futuro: la distribución efectiva de los casos y el impacto real de la mediación pre-judicial en Cataluña parecen fenómenos aún por aclarar.

3. Los resultados

Cómo vimos en la premisa metodológica, el material recogido no se presta a un análisis conversacional, ni puede elaborarse cuantitativamente. En cambio, sí puede usarse para finalidades descriptivas, de las que sacar unas primeras conclusiones e indicaciones para investigaciones futuras.

Lo que se relata en el presente apartado, por tanto, es el panorama que se presentó ante mis ojos en las observaciones y en las entrevistas a testigos privilegiados.

3.1. El intercambio comunicacional entre las partes

Lo primero que sorprende en una investigación sobre una modalidad de gestión y resolución de conflictos que se define “dialógica”, esto es, caracterizada por un intercambio comunicacional entre las partes, es constatar la poca frecuencia con la que efectivamente este intercambio se realiza de forma directa.

En la mayoría de las mediaciones a las que asistí, las partes se dirigían casi exclusivamente al mediador y, sólo en contadas ocasiones, a la otra parte.

En consecuencia, el *flujo comunicacional* parecía formar, en su recorrido, una especie de “triángulo” abierto, es decir que iba, de forma alterna, desde las partes al mediador, de manera más o menos ordenada, y según la organización de turnos y de contenidos propuesta por el mediador mismo.

Rara vez el triángulo se “cerraba” y las partes empezaban a hablar entre sí. Como especificó una de las mediadoras entrevistadas: “*Las partes hablan entre sí a través del mediador*”.

Sin embargo, si consideramos otros aspectos de la comunicación, la metáfora del triángulo se hace inapropiada. Ello es así porque otros elementos, además de las oraciones, intervienen en el intercambio entre las partes en mediación, de manera que los “vectores” encargados de representar el movimiento de la conversación se incrementan, pierden su forma recta, se entrecruzan o, incluso, se cortan y

desaparecen.

Hay que considerar, en primer lugar, que las partes, además de hablar, también escuchan y que, sobre todo, reaccionan a lo que escuchan, evadiendo a veces la estructura que el mediador intenta dar a la conversación. Ello se notaba en la dirección de las miradas, en el respiro, en la postura del cuerpo, en definitiva en lo que se suele denominar “comunicación no verbal”, además de en el contenido y en el destinatario de la verbalización que aparecía en el turno siguiente a la escucha.

En segundo lugar, las emisiones de las partes no siempre van destinadas al mediador, esto es, el destinatario puede variar durante la misma emisión.

A veces, una de las partes empezaba dirigiéndose al mediador y terminaba hablando con la otra parte, o viceversa. En otras ocasiones, las partes dirigían sus emisiones a la otra con la mirada puesta en el mediador y, aunque más raramente, viceversa.

También podía darse que la parte contestara, dirigiéndose al mediador, a una pregunta que la otra parte le hacía directamente. O también, era posible que las partes hicieran una pregunta a la otra parte, dirigiéndose al mediador (o mirándole de reojo).

Este patrón de conducta podía repetirse a lo largo de todo el encuentro, o bien manifestarse en algunos momentos clave como, por ejemplo, al comienzo de la sesión o en otras situaciones críticas (para defenderse de una acusación, para negar, para desprestigiar, para buscar apoyo, etc.).

En todo caso, el mediador era el eje de la comunicación porque las partes lo querían convencer, o porque trataban de excluir a la otra parte de la conversación, o de influenciarla tratando al mediador como un supuesto aliado, o porque buscaban que éste ratificara lo que estaban diciendo, etc.

Por lo tanto, la mediación se presentaba como una conversación entre tres sujetos, sobre un conflicto que atañía a dos de ellos, en la que el mediador operaba como perno de la comunicación. Volveremos sobre este punto en las conclusiones.

Como es lógico esperarse, la situación se complicaba cuando en la mediación estaban presentes otros sujetos con derecho a tomar la palabra, como por ejemplo los abogados en las mediaciones judiciales. Aquí, el número de “vectores” y los cruces correspondientes se multiplicaban, por tanto la conversación se hacía más compleja y el intercambio comunicacional entre las partes se enrarecía.

Así como la *circulación* del flujo verbal no era lineal, tampoco lo era la *de los contenidos*. La mediación no se presentaba, en la muestra observada, como una exposición ordenada de temas, argumentaciones y réplicas. Era más bien un proceder por “bloques de contenido” permeables a la interferencia de otros “bloques de contenido”. En otras palabras, era usual observar que, cuando uno de los participantes empezaba un planteamiento α sobre una determinada circunstancia, otro participante (sea una de las partes, sea el mediador) lo interrumpía para introducir otro contenido, o dejaba α , al menos aparentemente, sin respuestas. En estos casos, α podía mantenerse, perderse o volverse a presentar más tarde, debido a factores que para un observador eran extremadamente difíciles de identificar y prever.

Un ejemplo de intervención del mediador se pudo observar en el siguiente intercambio en la mediación n. 26, entre padre e hija³⁶:

{M26}

[1] M: Hago una pregunta diferente: ¿y el papá de Luna?

[2] P1: Le hice una denuncia porque me quiso matar con un revolver por atrás. Le hice una denuncia y se terminó ... él vive en la zona ...

[3] P2: Yo lo vi un par de veces.

[4] P2: Cuando me enteré de que estaba embarazada ... ella suspendió los medicamentos *motu proprio* ... Yo le pregunté: “¿vos estás segura que lo querés tener?” ... mi mujer no está bien, tiene cáncer ... si se me muere ...

[5] Avv2: Él está pensando en cómo cuidar a la nena ...

[6] P2: Yo no sé si me jubilo, y si me jubilo no sé si quiero hacer de padre ...

En este fragmento, el mediador, después de un intercambio entre las partes acerca de las mejores maneras de afrontar y gestionar la enfermedad mental de P1, introduce en [1] la cuestión de la ex pareja de P1. El tema se mantiene en [2] y [3],

36 Algunas indicaciones para la lectura de los fragmentos.

El número de referencia de las mediaciones está entre llaves {} (ej. {M23}), y corresponde al número del caso.

Las partes están representadas por los símbolos P1 (solicitante) y P2 (solicitado), a los que se añaden las letras a, b, c, etc. si están representadas por más de una persona.

El símbolo M indica el mediador (M1 y M2, si se trata de una co-mediación).

Los abogados se simbolizan con las expresiones Avv1 o Avv2, dependiendo de si se trata del abogado del solicitante o del solicitado.

Finalmente, los números entre corchetes [] indican los turnos de la conversación.

El contenido entre paréntesis () se refiere a frases no literales, o a intervenciones del mediador, o a fenómenos como expresiones emocionales, o movimientos, o intercambios recursivos que no se pudo anotar íntegramente.

mientras que a partir de [4] se pierde y nunca volverá a reaparecer.

El que sigue es un caso de falta de respuesta:

{M27}

- [1] P1: Quiero que los chicos vuelvan a casa y que no vengas a casa cada vez que se te antoje.
- [2] P2: Por mi parte, si quieren volver, que vuelvan ...
- [3] P2: Hoy los chicos quieren estar conmigo.
- [4] P1: Obvio, si les vas a dar el gusto ... le das caramelos ... van de fiesta en fiesta ... no va bien.
- [5] M: ¿Qué fiestas?

En [1], P1 abre el intercambio, en primer lugar, declarando su aspiración de que sus hijos, que en ese momento estaban viviendo con el padre, vuelvan a estar con ella (contenido α) y, en segundo lugar, pidiendo a P2 no ir a su casa sin previo aviso (contenido β).

En [2] y [3], P2 deja caer β y se limita a responder a α . A su vez, P1 no vuelve a proponer β y en [4] sigue argumentando sobre α , reforzada por el mediador en [5]. El contenido β se pierde y no volverá a aparecer en toda la mediación.

En el siguiente fragmento, el tema “perdido” vuelve a aparecer más tarde:

{M27}

- [1] P2: Quedaba pagar junio, y pagué... te acordás que acordamos que íbamos a pagar mitad y mitad?
- [2] M: ¿Por qué no lo hicieron? (*¿qué día hay que pagar?*)
- [3] P1: Hoy mismo.
- [4] P2: Hoy no puedo. El lunes yo los traigo.
- [5] P1: Habíamos quedado en que ... hace siglos que esto se ... (*Fermín estuvo enfermo*) ni un ibuprofeno ... dice que las nenas saben dónde vive ... no vino porque se emborrachó.
- [6] P2: Está bien, me fui de joda y me emborraché.
- [7] P1: Cada vez que sale se empeda ... (*después*) les habla mal (*a las nenas*) ... te dije, no tomes.
- [8] P1: ¡Mentiditas, ya está!
- [9] M: No les vamos a poner de testigos a las nenas.
- [10] P2: ¡Es un invento!
- [11] P1: Para vos, todo es mentira ... todo el tiempo es tu maldito alcohol.
- [12] P2: Ya está, no las llevo más.
- [13] P1: Prefiere el alcohol a las nenas.
- [14] P2: Es para no pelear ... ¡es mentira!
- [15] P1: Hay varias maneras de ser un borracho.

- [16] P2: Sábado y domingo me las voy a llevar.
 [17] P1: Por la noche, no.
 [18] [P1 y P2 siguen repitiendo los mismos temas, sobreponiéndose]
 [19] P2: Sábado a la tarde, hay sábados que yo no trabajo.
 [20] M: (a ambos): Una cosa es que te lleves a las chicas, una cosa es lo que él hace cuando está con las chicas ... si las chicas dicen que toma, y no es verdad, tenemos un problema.
 [21] P1: Entiendo eso ...
 [22] P2. Para nada pasó eso.
 [23] P1: Siempre fue la misma canción.
 [24] M: ¿No hay forma de que se comuniquen?
 [25] P1: Ahora no. Yo vendí mi teléfono... pero él sabe dónde vivo yo.
 [26] M: Ahora vamos a hacerlo de otra forma... ¿Vos le entregas las nenas?
 [27] P2: De alguna forma le voy a avisar (*Los sábados, si trabajo o no*).
 [28] P1: Yo te quiero decir una cosa, P2: sé un poquito más sencillo. El cariño de las nenas no se compra, se gana ... que les demuestre más afecto que cosas materiales
 [29] P2: [...] (*Les compré*) la camiseta de Argentina ...
 [30] M: (*Vol vamos a*) la organización del sábado.
 [31] P2: Le puedo mandar un mensajito a su hermana ...
 [32] P1: Yo también quiero saber si me va a dar el dinero de las nenas ...

En este ejemplo, mientras que de [1] a [4] las partes y el mediador hablan del pago de la cuota alimentaria (α), en [5] P1 introduce el tema del abuso de alcohol de P2 (β).

Las partes debaten β hasta [15] y, en [16], P2 interrumpe abruptamente la discusión, introduciendo el argumento de la organización de las visitas (γ).

En [18] P1 y P2 polemizan sobre β y γ , se sobreponen y la discusión se pierde en un remolino recursivo.

En [19], P2 selecciona γ para continuar.

En [20], el mediador vuelve a introducir β , que las partes discuten en [21], [22] y [23], hasta que el mediador, en [24], vuelve sobre γ . Las partes lo siguen hasta [27], y en [28] P1 introduce δ , es decir la relación del padre con las hijas, que P2 acepta en [29] y el mediador interrumpe para volver a γ en [30].

Sólo en [32] vuelve a aparecer α , como iniciativa de P1.

En definitiva, la mediación no se presenta como un curso ordenado de progresión temática hacia la formación de un acuerdo. Frecuentemente las partes reaccionan a lo que dice quien está ocupando el turno de habla, objetando y/o introduciendo otros temas. Se crean, de este modo, grupos de temas alrededor de un tema principal, de

manera que la conversación adopta la forma de racimos y, en algunas ocasiones, se dispersa en “rizomas”³⁷.

A veces, además de los temas planteados por las partes, el mediador mismo introducía y proponía afrontar otras cuestiones, que consideraba relevantes para la solución del conflicto.

En {M37}, por ejemplo, P1 pide la mediación para lograr una ayuda económica para mantener a la hija, y así lo declara en su discurso inicial, mientras que, por su parte, P2 no plantea temas ulteriores. Cuando el tema se resuelve, con un acuerdo parcial, el mediador va *ultra petita* e introduce el tema del régimen de visita, sin que las partes se lo hayan pedido: “*En cuanto al régimen de visitas ... (a P2) ella no tiene la obligación de llevarte los chicos*”.

Ello se debe a que, como vimos arriba, cuando trabaja para la administración pública o en un contexto judicial, el mediador considera un deber propio el de proteger los intereses de aquellos sujetos que, pese a ser parte interesada en el conflicto, no participan en la mediación. Así lo había manifestado el mediador en su discurso inicial: “*tenemos la voz del niño, acá representamos sus derechos ...*”.

3.2. La relación de las partes con el mediador

3.2.1. El efecto des-integrador del tercero

Sabemos por Luhmann que el conflicto es un sistema altamente integrador, en el sentido de que absorbe todas las energías de las partes, limitando su libertad de acción y favoreciendo un mecanismo recursivo de negación³⁸. Sabemos también que, frente a esta situación, la mejor solución es aumentar complejidad mediante la introducción de un tercero. Se genera así una nueva inestabilidad que permite desplazar la atención de las partes hacia otras posibilidades de acción.

Pude constatar el efecto des-integrador del mediador en todas las mediaciones

37 Hago referencia a la célebre definición de Deleuze y Guattari: “*Un rizoma puede ser roto, interrumpido en cualquier parte, pero siempre recomienza según ésta o aquella de sus líneas, y según otras*”. Cfr. DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia: Pre-Textos, 2004, p. 15

38 Como vimos en la segunda parte, el sistema conflicto puede llegar a alcanzar un nivel de interdependencia tal que le hace perder complejidad, debido a que sigue orientándose según el esquema de la rivalidad. Por lo tanto, las partes reiteran sus negaciones, sustrayendo recursos a la búsqueda de otras posibilidades.

observadas, aunque con modalidades, frecuencia y duración diferentes.

En el momento de iniciar la sesión conjunta, la presencia del mediador desplazaba la atención de las partes: ya no se trataba de enfrentarse al otro, sino de persuadir al mediador de la validez de su posición. “Ganar al tercero” era la preocupación principal de los participantes en la mediación.

Además de la presencia del mediador, la repartición inicial de los turnos, donde se le asigna a cada una de las partes un espacio para relatar la situación desde su punto de vista, también facilitaba la des-integración del conflicto. El discurso de los participantes, en este momento inicial, se dirigía al mediador, lo que hacía necesaria la búsqueda de términos y formas de argumentación que pudieran resultar claros para el tercero. En el esfuerzo de construir un relato para el mediador, las partes abandonaban, por un momento, su dialéctica reiterativa, abriendo una incipiente posibilidad para una comprensión distinta.

En algunos casos, los relatos iniciales estimulados por el mediador, aunque se dirigieran a éste, en realidad tenían como destinataria la otra parte.

En otros casos, pese a que el mediador lo invitara para que se dirigiera directamente a su adversario, el hablante ignoraba la otra parte y entablaba una relación dialógica exclusivamente con el mediador.

La *des-integración* del conflicto *no se daba de una sola vez*. En el transcurso de la sesión, se manifestaban avances y retrocesos, generalmente en correspondencia de:

- una asignación de turnos que sugería a las partes algún indicio de parcialidad por parte del mediador,
- una intervención “inoportuna” de terceros, que reforzaba la rivalidad entre las partes,
- una actuación estratégica de una de las partes.

En estos casos, el conflicto volvía a “integrarse” y a manifestar su recursividad, incluso atrayendo al mediador en el remolino, de manera que éste se volvía una parte más, aun cuando conseguía mantener una actitud neutral. Las partes entonces utilizaban el mediador para reforzar su actitud de rivalidad, lo interpelaban como testigo de la “maldad” del otro, usaban su presencia para amplificar la fuerza de sus propias afirmaciones y, a veces, convertían la mediación misma en una razón de

conflicto.

3.2.2. El “mandato” al mediador

Generalmente, las partes *reconocían al mediador la autoridad para dirigir el proceso*³⁹. En otras palabras, le confiaban la tarea de hacer la conversación posible y respetaban las consignas de procedimiento que él establecía. Por lo tanto, aceptaban que el mediador interrumpiera, hiciera preguntas, seleccionara el hablante siguiente, propusiera resúmenes, comentarios y aclaraciones, etc.

Ello se puede argüir del hecho de que no se daban, por lo general, fenómenos de “indisciplina”: las partes respetaban las indicaciones del mediador, contestaban a sus preguntas, aceptaban sus criterios de distribución de los turnos, escuchaban sus comentarios, etc.. Ello no significa que se mostraran también conformes con el contenido de las intervenciones del mediador, sino que aceptaban las normas de procedimiento que rigen en la mediación.

Rara vez, las partes “tomaban las riendas” de la conversación de forma autónoma, esto es, sin estímulos por parte del mediador. Cuando lo hacían, usualmente era para acusar, menospreciar o silenciar al otro, o para defenderse. En cambio, era más infrecuente que una parte se dirigiera directamente a la otra para proponer argumentaciones orientadas a alcanzar entendimiento y acuerdo.

La actitud de respeto hacia el actuar del mediador se manifestaba tanto si la mediación se realizaba en un ámbito judicial, donde la participación de las partes es obligatoria y donde la figura del mediador forma parte de un marco procesal extremadamente formal, como si se llevaba a cabo en el contexto menos “solemne” propio de las mediaciones comunitarias.

La diferencia entre los dos ámbitos no parece por lo tanto tener particulares efectos con respecto al mandato que las partes reconocen al mediador.

Mientras que el mandato se mantiene estable a lo largo de todo el proceso, *las expectativas hacia el mediador varían*.

Al comienzo, las partes generalmente esperaban que el mediador les asesorara, o que dictara una sentencia o tomara una decisión (por lo general, favorable para sí), o

39 En efecto, lo que diferencia la mediación de otras formas de conversación, es que pertenece al mediador la tarea de administrar y distribuir el turno de palabra.

que resolviera el problema, o que hiciera “entrar en razón” el otro, o que al menos declarara quien tenía la razón.

En consecuencia, por lo que se refiere al intercambio comunicacional, tenían la expectativa de que sería el mediador quien hablara, para asumir informaciones que le ayudaran a tomar una decisión, y que a ellas tocaría simplemente responder a sus preguntas para defender su posición. En otras palabras, las partes no esperaban entablar un diálogo con el otro, a pesar de que habitualmente en las previas se les explicara el funcionamiento de la mediación⁴⁰.

Una tal expectativa se manifestaba con mayor evidencia en las mediaciones judiciales, gracias también a que los abogados generalmente no abandonaban su actitud defensiva, induciendo en sus asistidos la idea de que la mediación sirve para pactar el arreglo más favorable a su causa, en vez que para llegar a un entendimiento y a un acuerdo.

A lo largo del proceso, las partes tendían a abandonar la expectativa de que el mediador tomara una decisión, favorable o contraria, y asumían una actitud más “dialogante”, aunque rara vez orientada al entendimiento y al acuerdo, como vimos arriba.

Algunos se mostraban conformes con el verdadero papel del mediador, mientras que otros manifestaban claramente su decepción.

En el primer caso, generalmente empezaban a argumentar, sea racionalmente⁴¹, sea de manera perlocutoria. En el segundo caso, se retiraban de la conversación (por ejemplo, dejaban que el abogado hablara en su lugar), o acentuaban el uso de perlocuciones y de reiteraciones, o intentaban forzar la neutralidad del mediador.

{M32}

[1] P2: Yo pensaba que me iban a dar una solución, que íbamos a estar bien.

[2] P1: Estamos bien: cerrá la ventana y punto. El 1 de junio yo estoy arriba con una sierra para cortarte la reja ... yo vine acá para no tomar medidas

40 En las mediaciones realizadas sin “previas”, esa actitud era aún más evidente. En las mediaciones observadas, hubo un solo caso ({M42}) en que se declaró explícitamente la intención de llegar a un entendimiento:

P1b: Hubo una situación (*un día salió para pedir silencio y hubo tensión*) ... no hemos podido resolver nada ... **a no poder comunicar, nos pusimos en contacto con vosotros ...**”

Acto seguido, P1b se dirige a P2 para explicar su situación.

41 En el texto, usamos el término siempre en el sentido habermasiano, de racionalidad como intercambio de argumentaciones basadas en “buenas razones”.

drásticas.

En cuanto al contenido del intercambio, las partes aparentemente respetaban la repartición de temas propuesta por el mediador, aunque en realidad tendían a desviar. No era infrecuente que pasaran repentinamente de un tema a otro, o que impusieran el que se tratara un asunto determinado, directa o indirectamente.

Por ejemplo, si el mediador limitaba la discusión de un tema determinado, las partes podían intentar volver sobre él a lo largo de la conjunta, directamente o subrepticamente, mediante reiteraciones.

Un ejemplo se puede observar en el siguiente intercambio:

{M23}

[1] P2: Ella se pone a hablar de mi pareja... se pone agresiva, se pone violenta ... está tratando de que yo le pegue, como siempre hizo ...

[2] M: Si hay cuestiones de violencia, no podemos tratarlas acá ... ¿Cuál es la idea?

[3] P1: Le tengo tanta bronca que no puedo (*resistir*) ... cuando me entrega el papel y me dice "esto es para mis hijos", siento que me está sacando en cara ... me trata mal ... si vos me seguís, yo te sigo ...

Aquí, no obstante el mediador intentó limitar la discusión en [2], el tema de la violencia se impone en [3] y en los turnos sucesivos el mediador termina acompañando a las partes para que consigan potenciar el auto-control a la hora de las visitas de P2 a los hijos.

Otro intento de limitar la conversación quedó frustrado por las partes en el siguiente ejemplo:

{M5}

[1] P2: Quería plata, quería plata, quería plata ...

[2] M: La mediación trabaja de hoy para adelante, sobre el pasado no podemos ayudarles.

[3] P2: Ella me echó de casa, me vendió las maquinas, me quedé en la calle ...

[4] M: ¿Qué decís de este sentimiento de él, de haberlo perdido todo?

[5] P1: Las maquinas, las dejé como empeño, hasta que no llegara la pensión ... pero tuve que dejarlas ... yo le pedí disculpa, que nuestro matrimonio no iba más ... que me disculpe por todo lo que pasó.

En este caso, el deseo de P2 de debatir sobre el pasado, presente en [1], se mantiene en [3] pese al intento del mediador de contenerlo [2], tanto que el mediador mismo termina por favorecer, con su pregunta [4], la respuesta de P1, en [5].

3.2.3. El intento de forzar la neutralidad

Como es sabido, una de las características de la mediación es la neutralidad del mediador. Por neutralidad se entiende no solamente una actitud de imparcialidad y equidistancia, que le permite al mediador dirigir el proceso sin tomar partido por uno de los dos contendientes, sino que se expresa también en su obligación de no imponer soluciones que no provengan de las partes mismas.

Se trata, como vimos, de una regla que parece no corresponder a las expectativas de las partes, que intentan a menudo forzar la neutralidad del mediador o, por decirlo en términos de Luhmann, intentan “ganarle al tercero”, abiertamente o de forma indirecta.

La aparición de tácticas dirigidas a lograr el favor del mediador se observaba sobre todo en las reuniones previas, o en las privadas que a veces se realizaban en el marco de la conjunta, mientras parecía menos común en las conjuntas.

La táctica más habitual era el *desprestigio* del otro, que consiste en describirlo como una persona violenta, irracional, mentirosa y manipuladora.

Algunos ejemplos pueden verse en los siguientes fragmentos:

{M10} (*privada con P2*): P2: Él me amenaza de muerte, a mí ...[...] él tiene adonde ir, él no acepta ir ... me amenaza de muerte. El problema no es de ahora, es de cuando nos dejamos ... él tiene una denuncia en Paraguay, intentó ahogarme. Desde entonces, nunca más me tocó. [...] Se fue en moto con una mujer mientras yo estaba embarazada ... él, mirándolo así, es un tipazo, pero hay días que le agarra la locura y entonces cambia.

{M21} (*privada con P1*): P1: Si le atacó con el cuchillo a mi señora y a mi hija, si le pegó a la vecina, ¿qué puedo esperar de esta persona?

{M25} (*privada con P2*): P2: ... Están subalquilando a cualquier persona ... (*hay*) profilácticos en el pasillo ... yo estoy enfermo, mi mamá está enferma ...

{M29} (*privada con P2*): P2: ... Ella está enfermita de la cabeza ... cuando le agarra ... no razona.

A veces, las partes se desprestigiaban *mutuamente*, aunque a distancia:

{M6} (*privada con P1*): Avv1: P2 no está diciendo la verdad, es un violento ...
{M6} (*privada con P2*): P2: Ellas son buenas con todos, pero a solas

{M8} (*privada con P2*): P2: No es lo que decís, es como lo decís ... siempre me está apaleando ... ésta es la forma en que se me trata ... no me estoy justificando ... debe haber una forma más cordial ...
{M8} (*privada con P1*): Avv1: La situación es compleja, Usted lo habrá visto ... (él tiene problemas de) adicción, droga, alcohol ...

{M17} (*privada con P1*): P1: Empezamos mal, que no está ...
{M17} (*privada con P2*): P2: Me insulta, me dice barbaridades, que puta ... (*yo le digo*), no tenés que tratarme así, soy la madre de tus hijos ... me daba 150 pesos, vamos, eso no puede ser ...

{M18} (*privada con P1*): P1: Lo que tiende, es a manipular.
{M18} (*privada con P2*): P2: Yo no creo que ella quiera que esté bien ... habla mal de mí, de mi pareja ...

{M24} (*I privada con P1*): P1: Nunca pensé que podía pasarme una cosa así ... (*después de un largo relato sobre maltratos*).
{M24} (*I privada con P2*): ... Ella quería salir el fin de semana ... le pedía colaboración para criar al nene, siempre hice todo yo, siempre pagué todo yo ... cuando me quedé sin trabajo, ella no colaboró.
{M24} (*II privada con P1*): P1: El padre de mis hijos, a mí me quiso ahorcar ... está enfermo, la mamá de él, igual ... si me quiere ahorcar, ¿cómo le voy a dar mi hijo? [...] es un caradura, parte gana en blanco, parte en negro ... la tía me dijo que ganaba muy bien ... (*llora*) es un caradura.
{M24} (*II privada con P2*): P2: ... Nadie lo ve de mi parte ...

Otra táctica era la de presentarse como una *persona virtuosa*.

{M32} P2: No tomo, no me drogo, me separé, por eso vivo solo, pago por una nena de 6 años, que es mi hija ...

En otras ocasiones, las partes intentaban poner en evidencia *afinidades con el mediador*, para estimular su empatía.

Por ejemplo, en {M24}, que se desarrolla toda en reuniones por separado, P1 apela a la condición de mujer de la mediadora:

{M24} P1 (dirigiéndose a M): Le pido disculpa, pero no ... Usted es mujer,

¿qué hago yo con 1500 pesos?

Lo mismo se puede observar en el siguiente fragmento de {M6}:

{M6}

[1] P2: A mí me parece, abogada, que una nena de 3 años no puede ...

[2] (*y más adelante insiste*)

[3] P2: Abogada, ¿usted piensa que una nena pueda vivir con 1200 pesos?

Y en el siguiente, que se refiere a un tema vecinal:

{M41}

[1] P1: (*con estos golpes*) no puedo dormir ...

[2] P1 (*dirigiéndose a M*): ¿Tú dormirías?

A veces, en el intento de estimular cercanía con el mediador, hacían referencia a *vínculos preexistentes*, como en el siguiente segmento:

{M11}

[1] P1: ... (a M) Mi hermana (ya) vino a hablar con vos ...(*sonriendo con actitud "cómplice"*)

Las partes podían también tratar de que *el mediador ratificara la verdad* de lo que estaban afirmando, como en {M45}:

{M45}

[1] P2b: Para mí lo importante es el gallo ... la olor también, depende de cómo vaya el viento ... (a P1a) no te queremos privar de que tengas animales, pero el gallo ...

[2] P1a (a M2): Tú lo oliste???

[3] M2: Cada uno tiene un percepción diferente ... Nos pasa mucho (*lo constatamos a menudo*) en el servicio ... sí, lo olí ... yo no tengo mucho olfato, M1 más ...

La presión sobre el mediador no se limitaba al intento de quebrar su imparcialidad. Las partes a menudo afrontaban la mediación *como si se tratara de un juicio* y, por lo tanto, exigían del mediador no solamente que tomara partido, sino también que les diera la razón, que investigara, que emitiera una opinión, o que tomara una decisión.

Para ello, a veces llevaban consigo documentos para probar sus pretensiones.

A continuación, algunos ejemplos:

{M5} P1: Pueden averiguar, no tengo ningún problema

{M11} P1: Los chicos me tiran piedras, me insultan, que vieja, que negra ...conmigo, con los otros vecinos no lo hacen ... los vecinos están viendo eso ...

{M10} (privada con P1): P1 (*llorando*): Ella quiere vender la casa, ella quiere separarse ... no tengo a nadie ... me grita, me busca ... quiere encontrar la manera de echarme de casa ... si quiere investigar ...

A veces, asumían una actitud provocadora, en el intento que el mediador se involucrara en el conflicto, pidiendo su parecer, como en la mediación {M32}, donde estaban presentes, además del mediador, una mediadora en prácticas y la observadora:

{M32} (privada con P1): P1 ... ¿qué opinás vos, y las chicas que opinan? Ellas tiene derecho de hablar, no discrimines a las mujeres ...

3.3. Uso comunicativo y estratégico del lenguaje

La observación de los encuentros ha mostrado que las partes, aunque a veces coincidieran abiertamente con que había que llegar a un acuerdo, usaban este término para referirse a lo que Habermas define como *compromiso* o *arreglo*, es decir como una simple composición de intereses individuales.

Las partes, en definitiva, casi nunca buscaban llegar a un entendimiento con el otro. Más bien, lo que pretendían era ganarlo todo, o a lo sumo, perder lo menos posible. Es por ello que prevalecía un uso estratégico del lenguaje, que sólo en contadas ocasiones dejaba lugar a un uso comunicativo. Cómo afirmó de manera muy eficaz una de las partes en la previa de la {M32}: "*Si no gano, empato, ¡pero no pierdo!*".

Ello no significa que no hubiesen momentos en los que las partes se empeñaban en comprender y hacer comprender al otro sus pretensiones. Empero, no se puede decir que esa fuera la marca distintiva de las mediaciones observadas.

3.3.1. Uso comunicativo del lenguaje

Un intercambio racional, en el sentido habermasiano, comporta el planteamiento, orientado al entendimiento y al acuerdo, de pretensiones de validez que el oyente puede aceptar y rechazar, sobre la base de buenas razones.

Las contadas ocasiones en las que pudo registrarse un intercambio de este tipo aparecieron en momentos en los que la actitud de rivalidad disminuía, o en mediaciones en las que las reuniones conjuntas habían sido preparadas con especial atención en las previas, o cuando el mediador intervenía para desvelar las razones implícitas en un determinado planteamiento (y, por supuesto, las acertaba).

Un ejemplo de intercambio “racional” es el siguiente:

{M14}

[1] P2: Mirá, para mí 500 es muy poco, de alquiler me gasto 2800, no llego.

[2] P1: No se gana lo mismo en provincia o en Capital, no percibo un sueldo más alto ... tengo mi familia, también, yo soy el que gana la plata ... mi pareja y dos hijos.

Aquí, tanto la afirmación de P2, como la respuesta de P1 aparecen sostenidas con razones.

En [1], P2 pretende verdad por su emisión (*500 es muy poco para mí, no llego*), justificando su pretensión con la razón de que está pagando un alquiler de 2800.

En [2], P1 acepta implícitamente la pretensión de P2, es decir considera que su afirmación es verdadera. A su vez, da razones por las que no puede pagar más de 500.

En el siguiente fragmento de {M23}, la racionalidad de la declaración inicial de P2 se hace evidente en la progresión del intercambio:

{M23}

[1] P2: A mi hija solo la voy a ver el domingo, porque el miércoles no puedo ... de 5 a 8.

[2] P1: De 5 a 8 hace frío y ya no hay nadie en la calle.

[3] P2: Yo trabajo, el domingo.

[4] P1: Vos trabajás hasta las 2.

[5] P2: Sí, pero tengo dos horas de viaje ... yo trabajo en Aeroparque.

En [1], P2 comunica su intención a P1 sin justificarla. A su vez P1, que toma como verdadera la intención de P2, se opone a ella en [2], aduciendo como razón de su rechazo el hecho de que el horario propuesto por P2 era inapropiado.

En [3], P2 acepta implícitamente la objeción de P1 y justifica su intención con una argumentación que P1 rechaza parcialmente en [4].

Finalmente, P2 completa su justificación en [5].

A veces, la razón se aducía a raíz de la intervención del mediador, como en el intercambio siguiente:

{M5}

[1] P2: Si tenés tanta responsabilidad, ¿por qué le dejaste a la nena ir a ... bailar?

[2] M: P2 está preocupado por la nena.

[3] P1: No niego que la nena haya ido a bailar, pero es un lugar seguro.

En [1] P2 pregunta por las razones de la decisión de P1. Ésta, a su vez, responde en [3] aduciendo razones después que M, en [2], hiciese manifiesta la razón que, según él, estaba en la base de la pregunta de P2. P1 entonces “admite” la verdad de la afirmación de P2 (“dejaste a la nena ir a bailar”) usando la expresión “*no niego que*”, y justifica su decisión usando un conector adversativo (*pero*) para limitar el riesgo de un juicio negativo (Diferente hubiera sido una afirmación como: “*dejé la nena ir a bailar porque es un lugar seguro*”).

Nótese que, en este caso, el mediador intenta, con su intervención, desactivar la acusación presente en [1], poniendo en evidencia la (al menos supuesta) preocupación de P2. Como consecuencia, P1 se justifica dirigiéndose al mediador, esto es, *frente* al mediador, además de frente a P2.

Una forma de locución, que conseguía casi siempre crear un contexto comunicacional propicio, son los *reconocimientos*. Ello es así porque el admitir que el otro tiene razón, esto es, reconocer las razones por las que manifiesta sus pretensiones, lo libera de la necesidad de seguir argumentando y abre el espacio para que aparezcan otras argumentaciones.

Ejemplos de reconocimientos se pueden observar en los siguientes fragmentos de mediaciones relativas a conflictos vecinales por ruidos:

{M41}

P2: Reconozco que al principio había ruido: no lo niego, el señor tiene razón: hacía actividades en casa, no lo niego, y por eso fui sancionado ... sí, me pasaba de la línea ... (*ahora tengo sala de ensayo*) ... pero ese día no, estaba en París tocando, lo puedo comprobar ... Anoche vino la policía, dijo que ellos se habían quejado por la perra ... a veces toco la guitarra, pero sin amplificación. No me paso de los 30/40 decibelios ... a las 12 paro y me voy.

y, más adelante:

P2: Ella dice la verdad, es por la mala relación que tenemos ... es verdad que mi mujer es (*chunga*) ... yo reconozco que ellos tienen razón ... si me lo piden por favor, yo voy, enseguida (*a buscar la ropa caída*)

{M42}

P2a.: Queriendo, no se hace nada ... yo sí me levanto a las 5 de la mañana ... vamos descalzos ... no es para molestar ni nada ... será (*que hace*) caja de resonancia ... Sí que es verdad que el pequeño se levanta 50 veces ...

Asimismo, en una mediación familiar, P1 reconoce la capacidad parental del ex marido, lo que permite afrontar el tema del impedimento de contacto entre el padre y los hijos:

{M17}

[1] P2: ¿Cuántas veces no los llevé porque habían problemas? (*en Quilmes*) ... Ahora está mucho más tranquilo.

[2] P1: Esto es verdad, él como padre ...

[3] P2: No era el caso (*de llevarlos a Quilmes*).

[4] M (*pregunta por la cuestión del trato a los hijos*).

[5] P2: Si no puedo ir ni a buscarlos a la escuela (*relato de cómo le impidieron ver a los chicos en la escuela, debido a la orden de exclusión*) ... yo soy su papá ... estaba la exclusión pendiente.

A continuación, y después de algunos turnos en los que las partes desvían del tema, el mediador vuelve a proponerlo y las partes llegan fácilmente a un acuerdo sobre el régimen de visitas, dado que la capacidad parental de P2 ya no está en discusión. La fuerza ilocucionaria del reconocimiento en [2] determina el cambio de actitud en P2, en [3].

A veces el reconocimiento no tenía efectos positivos, por lo menos a corto plazo, como en este caso:

{M45}

[1] P2a a P1a: Eres de contestar mal, reconocelo ...

[2] P1a: Vale, pero después vosotros me contestasteis mal a mí.

[3] (*P2a a P1a vuelven a discutir de lo mismo*)

[4] M2: Volvemos a las mismas discusiones ...

[5] P1a a P2a: Yo no creo que soy la persona más fácil para hablar, pero tú tampoco.

[6] P1a a P2b: Esto de tu hija, podías decírmelo, P2b, que yo también tengo hijos ... esto lo hago por ti y tu hija, (*no por él*), que conste ...

Después del reconocimiento de P1a en [2], las partes vuelven a reiterar acusaciones recíprocas. Ello sucede verosímilmente porque a su reconocimiento (“Vale”), P1a añade la pretensión implícita que P2a también haga lo mismo (“*pero vosotros después me contestasteis mal a mí*”).

Cuando el mediador, en [4], les hace notar las reiteraciones, P1a vuelve en [5] a reconocer y a pretender reconocimiento del otro, que no contesta.

En esta mediación familiar, el ex marido reconoce su negligencia en el cuidado de la hija, lo que permitirá a las partes alcanzar un acuerdo sobre la tenencia de los hijos sólo después de muchos turnos:

{M27}

[1] P1: No mientas ... vive peleando, se olvida las cosas, va sucia. No vive conmigo, vive con el papá.

[2] P2: Es verdad, a veces se me pasa, a veces llego cansado. Por ahí se me escapa algo, no voy a decir que no. Trato de hacer lo mejor posible. Ella está todo el día, puede hacerlo mejor.

El reconocimiento parecía no tener efectos cuando aparecía de forma muy temprana. En {M33}, por ejemplo, se presenta al cuarto turno de la reunión y P1 lo ignora:

{M33}

[1] P2: Reconozco que no debía haberle dicho que tenía que irse sin preguntarte a vos.

[2] P1: Yo estoy cumpliendo (con lo que pactamos).

Hay que precisar que la racionalidad de los intercambios no se manifestaba de

forma constante, esto es, podía aparecer y perderse, y volver a aparecer, y así sucesivamente. Paralelamente, las partes podían pasar de un uso comunicativo a un uso estratégico del lenguaje, y viceversa, aunque ésta última opción se daba con mucha menos frecuencia.

3.3.2. Uso estratégico del lenguaje

Como anticipado, en las mediaciones que observé predomina el uso estratégico del lenguaje. Es decir, a través de sus emisiones, las partes intentaban influir en el otro y/o en el mediador y generar efectos positivos para sí. En definitiva, el entendimiento mutuo casi nunca era el objetivo de las partes en mediación.

Era muy frecuente que las partes recurrieran a estrategias comunicacionales a través de las que trataban de conseguir una posición de ventaja sobre el otro. En palabras de Habermas, las partes estaban utilizando un estilo de comunicación privado del carácter de racionalidad necesario para llevar a cabo una acción comunicativa.

En el uso estratégico, la posibilidad de intercambiar argumentaciones de forma racional queda excluida, por el hecho de que las intenciones del hablante permanecen, al menos parcialmente, ocultas para el oyente quien, por lo tanto, no puede contestar.

Considérese, por ejemplo, el siguiente fragmento:

{M17}

[1] P2: Yo ya lo cerré. Ella dijo muchas mentiras, ya me olvidé ... decías que te violaba.

[2] P1: ¿Me daban ganas, después de que me pegaras?

[3] P2: Sí que existieron (*problemas*) ... que la insultaba era verdad, que la golpeaba ... un par de veces ...

o el siguiente:

{M39}

[1] P2: No me das un peso ... que me lo dé mi macho ...

[2] P1: Si vos te fuiste, ¿yo te tengo que dar dinero?

En ambos casos, la formulación del interrogante implica en realidad la intención

oculta de hacerle aceptar sus razones al otro a través de una estrategia manipuladora.

En el primer caso, la forma de interrogante se usa para calmar el otro y fomentar empatía. Es verosímil que una afirmación del tipo “*sí, lo dije, porque no me daban ganas después de que me pegaras*” hubiese sido demasiado cortante, por lo tanto inaceptable para P2, con el riesgo de generar una reacción hostil.

En el segundo caso, la afirmación correspondiente a la pregunta (“*es verdad, pero yo no te tengo que dar dinero, ya que fuiste vos, la que se fue*”) hubiese sido tal vez demasiado débil para que P1 la aceptara. La pregunta intensifica el elemento moral, transformando la razón en una acusación, y pone al otro en la situación de tener que justificar la acusación (*vos te fuiste*) en vez de aceptar o rechazar el argumento del otro (*no te doy porque te fuiste*).

El mismo mecanismo está presente en el siguiente fragmento:

{M11}

[1] P1: ¿Por qué me odias?

[2] P2: ¿Cómo te voy a odiar, si sos mi vecina?

La afirmación correspondiente a la pregunta de P2 sería: “*no, no te odio, porque sos mi vecina (y los vecinos no se odian)*”. Aquí, P2 hace referencia a una norma social implícita (los vecinos no se odian) para dar razones de su rechazo de la afirmación de P1, a quien no quedan argumentos para contradecir a P2.

La forma interrogativa sirve para reforzar la suposición de que la norma en cuestión es evidente y compartida, y por ende, para reforzar la justificación y convencer a P1, de paso desacreditándola, por ser incapaz de reconocer la evidencia de la norma.

Discurso análogo puede hacerse en el siguiente caso:

{M40}

[1] P1: Vos habláme bien.

[2] P2: ¿Te estoy hablando mal?

[3] P1: Te enojás.

[4] P2: Sí, me enojo.

Aquí, la pregunta lleva consigo la intención encubierta de negar la afirmación de P1.

Obviamente, con su pregunta P2 no quiere saber si le está hablando mal a P1, más bien quiere afirmar firmemente lo contrario. La forma retórica de la interrogación otorga fuerza de aserción a la emisión de P2, e impide que P1 argumente sobre el hecho de hablar mal.

En consecuencia, P1 no consigue continuar con su petición y se siente forzada a justificar su emisión de forma indirecta, apelando a los motivos por los que cree que P2 le habla mal.

Otros ejemplos pueden verse en los fragmentos que siguen:

{M17}

[1] P2: Tenía un morado en la cara, pensé que le pegaste vos.

[2] P1: ¿Cómo voy a pegarle yo???

Aquí, el uso del interrogante no le sirve a P1 para obtener respuesta, sino para reforzar la negación de la afirmación de P2 y a dar por zanjado el asunto.

Análogamente, en {M28}:

{M28}

[1] M: ¿Cómo andan?

[2] P1: Mal, porque el señor no cumple.

[3] P2: ¿En qué, no cumplo?

P2, obviamente, no usa el interrogante con el propósito de conocer exactamente el objeto de su negligencia, sino con la intención implícita de negar [2] sin tener que justificar su rechazo.

Lo mismo puede observarse en {M11}, donde P1 usa una pregunta para acusar a P2 de instruir a sus hijos para que tiren piedras a su casa, y P2 niega con otra pregunta.

{M11}

[1] P1: ¿Vos les enseñas?

[2] P2: Yo, ¿Por qué les voy a enseñar?

Nótese que, mientras que en [1], la forma interrogativa sirve para mitigar la acusación y evitar de ese modo posibles reacciones agresivas, en [2] logra el efecto de intensificar la negación y, de paso, desacreditar a P1: no solamente [1] es falso,

sino que, si fuera verdadero, sería irracional, esto es, no habría razones para ello. De esta manera, P2 consigue zanjar el asunto. Si hubiese simplemente negado [1], entonces hubiese quedado abierta la posibilidad que P1 le pidiese justificar su negativa. El desacreditar la acusación [1] como insensata a través del interrogante, cierra definitivamente la posibilidad de que el intercambio asuma una naturaleza “comunicativa”.

En el siguiente ejemplo,

{M40}

[1] P2: Si te molesta, yo me la llevo ... está muy sola.

[2] P1: ¿Yo??? nunca la dejo sola.

[3] P2: Ella se iba de joda (*y la nena quedaba sola*).

[4] P1: ¿Vos nunca te ibas de joda?

P1 usa la forma interrogativa para aceptar la verdad de [3], para acusar de lo mismo a P2, para auto-justificarse, y para contener los efectos de la acusación estableciendo una equivalencia entre su propia conducta y la de P2.

Impedían también un intercambio orientado al entendimiento y al acuerdo todas aquellas expresiones cuya perentoriedad excluía cualquier intento de debate, por suponer *razones auto-evidentes*. Son ejemplo de ellas los siguientes fragmentos:

{M17}: P2: ¡yo soy el padre!

o

{M39}: P2: ¡Yo soy la madre!

o

{M42}

[1] P2a: (Si lo hacemos, es) inconscientemente

[2] P1: ¡Ni conscientemente ni inconscientemente! ... (*no se hace*)

Asimismo, todas aquellas expresiones que hacen referencia a razones que son *evidentes e incuestionables para el hablante*, producían el efecto de impedir, o al menos dificultar, el desarrollo de un intercambio comunicativo:

{M10}: P1: Él es así, lamentablemente es así ...;

o también:

{M14}: P2: Él no lo va a hacer, lo conozco.

A menudo, este tipo de afirmaciones provocaba una reacción igual y contraria, como en los siguientes ejemplos:

{M40}

[1] P1: Yo vivo llamándote.

[2] P2: Vos no me llamás nunca.

{M10}

[1] P1: Me lo hace a propósito.

[2] P2: No te lo hago a propósito.

{M18}

[1] P2: Jamás te voy a separar de tu hijo, quedáte tranquila ... tú jamás cumpliste como madre, yo te sacaba todo al nene, vos nunca, vos te quedabas dormida.

[2] P1: Vos, ¡¡¡te quedabas dormido!!!

En todos estos casos, en [1] el hablante expresa una verdad para la que no ofrece razones, y lo mismo hace el oyente en su turno [2].

El resultado es un remolino de reiteraciones del que las partes casi nunca consiguen salir, como puede observarse en {M 28}:

{M 28}

[1] P1: Cada vez que sale se empeda ... (*después*) les habla mal (*a las nenas*) ... te dije, no tomes.

[2] P1: ¡Mentiditas, ya está!

[3] M: No les vamos a poner de testigos a las nenas ...

[4] P2: ¡Es un invento!

[5] P1: Para vos, todo es mentira ... todo el tiempo es tu maldito alcohol.

[6] P2: Ya está, no las llevo más.

[7] P1: Prefiere el alcohol a las nenas.

[8] P2: Es para no pelear ... ¡es mentira!

[9] P1: Hay varias maneras de ser un borracho.

- [10] P2: Sábado y domingo me las voy a llevar.
[11] P1: Por la noche, no.
[11] (P1 y P2 siguen repitiendo los mismos temas, sobreponiéndose).

Tampoco abrían a la posibilidad de un debate “comunicativo” todas aquellas afirmaciones que tenían que ver con *opiniones personales*, como se puede observar en {M27}, donde P2 se opone a la afirmación de P1, justificando su negación con una percepción subjetiva, en cuanto tal, incuestionable:

- {M27}
[1] P1: La nena mayor está excedida de peso.
[2] P2: Yo la veo bien.
[3] P1: La nutricionista dice que está excedida, pesa 80 quilos.
[4] P2: ¿80, está? Es que yo siempre la veo bonita ...

Asimismo, en {M32}, P1 zanja la discusión apelando a una circunstancia subjetiva, en este caso para negar una afirmación perentoria de P2:

- {M32}
[1] P1: Déjeme hablar. Le doy un tiempo para que saque la reja.
[2] P2: La reja no molesta para nada.
[3] P1: A mí sí me molesta.

A veces, las partes parecían tan ocupadas en negar lo que el otro estaba diciendo, que caían en contradicción. Un ejemplo de ello es el siguiente fragmento:

- {M27}
[1] P1: No entiendo como quieras volver con alguien de quien decís cosas ...
[2] P2: Yo no dije ... vos también dijiste cosas.

En [2], P2 niega la verdad de la afirmación de P1 (*decís cosas*), salvo después admitirla con el uso del adverbio de afirmación (*también*).

Por terminar, hay que señalar dos fenómenos en el uso que las partes hacían del lenguaje en mediación y que resultaban un obstáculo para un intercambio orientado al entendimiento y al acuerdo: las amenazas y el desprestigio del otro.

En cuanto a las *amenazas*, sabemos por Habermas que son una expresión típica de un uso estratégico del lenguaje. Ello es así porque, a través de ellas, el hablante

busca estimular una determinada conducta en el otro, planteando o insinuando posibles consecuencias negativas.

Ejemplos de amenazas pueden observarse en los siguientes fragmentos:

{M33}: P2: No quiero el terreno, no me quiero romper el orto ... demuéstreme que sos capaz ... No quiere el trato, igualito lo voy a sacar ...; o

{M36}: P1: ¡Me ayudas o no ves más a tu hijo!; o

{M42}: P1: Si empezamos que “yo no doy golpes” ... que “nosotros no”, voy por la vía judicial.

El *denigrar al interlocutor* era una conducta muy típica en las mediaciones observadas.

{M3}: P2: Ella se compra un montón de ropa, mire como se viste, y mi nena se va ciruja, tuve que comprarle yo las zapatillas.

{M3}: P2: Estoy cansado de intentar hablar con ella: una cosa es lo que dice, otra es lo que hace.

{M5}: P2: Hace un año y medio que no veo a mis hijos ... Plata yo le pasaba ... yo no sé qué hace con la plata ... siempre los chicos estaban (*descuidados*), una vez me trajo la nena llena de piojos, la ropa rota ...

{M10}: P1: Él lo dice, pero después no lo hace.

{M34}: P2: Ella no cumplió ... malas personas son.

{M35}: P2: Es que no quiere trabajar: por celos, no quiere trabajar ... tienes que decir la verdad.

{M36}: P1: Él no sabe ni los años ... ni lo saluda en los cumpleaños.

{M36}: P2: Siempre me decía irresponsable, que era un bebé ... estábamos lindo ... nunca supe que era casada ... se fue a Paraguay y se quedó con el marido. Vos tenés que decir la verdad, arrancá de raíz, si querés hablar.

{M36}: P1: Vos ... ¡me robaste!, vos cobrabas el salario (*familiar para los hijos*)!

{M38}: P2: ¿Y si hubiese sido al revés, la plata tenía que conseguirla como sea, no? Hubiese sido igual, no? ... no, 800 no se los voy a dar ... la actitud de ella no me gusta ... necesito saber porque necesita la plata ... creo que tengo derecho ... ¿me está jodiendo o qué?

{M38}: P2: Que yo pienso que gasta la plata para ella ... le está faltando a ella.

{M39}: P1: Se lo dabas a tu novio ... cobraba la Asignación Universal por Hijo y se la daba a su pareja.

{M33}: P1: Yo desconfío de ella, tiene dos palabras.

{M38}: P2: Vos no me das (*la cuota*), pero le comprás Gancia a tu mujer.

{M40}: P2: La manda sucia ...me dice, papá, no me dejaron cambiar.

Como puede observarse, se trata casi siempre de afirmaciones perentorias que no prevén la posibilidad de una réplica, y se usaban tanto para ganar cuotas de poder sobre el otro (a veces como respuesta a una acusación anterior), como para influenciar en el juicio del mediador.

3.3.3. El mediador y otros factores

Dado que el mediador era el perno alrededor del que se articulaban las comunicaciones en el encuentro de mediación, su presencia y su actuar podían facilitar o entorpecer el que las partes salieran de su condición de rivalidad y se dirigieran hacia un entendimiento y un consenso.

En este sentido, se pudo observar que, de la misma forma que lograba “des-integrar” el conflicto, el mediador también, por así decirlo, “objetivizaba” las comunicaciones de las partes, porque éstas usaban el lenguaje para incluirle en la discusión. Debido

a que en la conversación estaba presente alguien que no formaba parte del conflicto, las expresiones perdían parte de su carácter hostil. Era así como la probabilidad de que el proceso se encarrilara hacia un desenlace “positivo” era mayor.

En segundo lugar, el mediador usaba a veces sus comunicaciones para que las palabras de las partes llegaran a la otra “*depuradas*” de su contenido perlocucionario. En este último caso, operaba una selección de las oraciones emitidas por las partes, o de segmentos de ellas, en función de lo que hubiese podido, en su opinión, favorecer una apertura y un acercamiento recíprocos. Ello se conseguía a través de un resumen periódico de los argumentos que iban saliendo en la conversación, o por medio de lo que los mediadores suelen llamar “reformulación” o “replanteo”.

En otros términos, el mediador actuaba como filtro para que los propósitos individualistas se redujeran, en el intento de que las partes avanzaran hacia el entendimiento y unos objetivos comunes.

Sin embargo, a este respecto, hay que observar que *las partes también escuchaban*, es decir: antes de que el mediador les propusiera una versión “refinada”, las partes también registraban las emisiones del otro, las interpretaban y reaccionaban a ellas según sus propios parámetros (que, naturalmente, podían no coincidir con aquellos del mediador).

Además, las partes no eran pasivas con respecto a la propuesta del mediador. A su vez,

- i. Seleccionaban de entre las oraciones del mediador, o de segmentos de ellas, el contenido que les servía para seguir con su discurso perlocucionario. Es por ello que a veces la intervención del mediador, lejos de favorecer el acercamiento deseado, generaba un fortalecimiento de la postura de las partes. Por ejemplo:

{M6}

[1] P1: Yo siempre se lo dije a ella: yo cuidaba a mi hija cuando ella lo necesitaba ... hubo insultos delante de la nena ... me la vas a dejar ver, no la vas a ver .. recibí llamadas, amenazas ... puse toda la voluntad, pero si no se puede ...

[2] M: Ahora deberán llegar a un acuerdo sobre régimen de visitas, o que alguien cuide a la nena.

[3] P1: Para mí no es un problema cuidar a mi hija.

Aquí, lo que P1 hace es descartar la sugerencia del mediador sobre la necesidad de acordar un régimen de visitas, seleccionando únicamente el aspecto del cuidado, para obtener su objetivo, que es quedarse con la tenencia de la hija.

- ii. Rechazaban la propuesta del mediador, como en el siguiente fragmento:

{M27}

[1] M: Estaría bien que ... no, P2? Te fuiste ... ¿cómo podemos hacer para que vuelvan? Coinciden en que el lugar mejor sería en lo de P1, no, P2?

[2] P2: ¡pero yo la quiero mucho!

En este caso, el mediador subraya el aspecto del acuerdo existente entre las partes sobre el mejor lugar de residencia para los hijos, al que P2 se opone usando el argumento del amor paterno.

- iii. Ignoraban la propuesta del mediador, como en el siguiente ejemplo:

{M5}

[1] P2: Yo quiero mi separación, no quiero hablar más de esto.

[2] M: P2 dice que quiere el divorcio, que está dispuesto a ayudar .. (*resumen*) ... hay que empezar una historia nueva.

[3] P2: Después está que el nene esté viviendo con el intendente.

En este fragmento, P2 ignora la intervención del mediador, en cuanto al divorcio, a su disponibilidad a ayudar y a la necesidad de hacer borrón y cuenta nueva con el pasado, y añade, en [3] un tema que hasta el momento no había sido mencionado.

Otro factor relevante en el intercambio comunicacional era el *tiempo*, sobre todo cuando se presentaba en forma de *apremio*.

Era posible, por ejemplo, que las partes llegaran a la mediación sin haber podido

organizar un espacio de tiempo suficiente y manifestar apuro (una frase típica era: “*me tengo que ir a trabajar*”, o bien “*he dejado la nena con mi mamá y tengo que volver*”).

Aunque a veces, como veremos, las partes lo usaran como estrategia para forzar un resultado favorable, en general el apuro les “obligaba” a una comunicación poco detallada y recursiva, que no les permitía salir del conflicto para entrar en una situación de disenso cognitivo o, dicho de otra manera, les hacía más difícil el argumentar.

Otra cuestión relativa al tiempo es la que se refiere al *momento del intercambio* y de la disposición anímica de las partes al empezar la mediación. El sentirse preparado o no “en ese momento” para enfrentarse al otro, y el saber que no se tiene “otro momento”, jugaban un papel negativo sobre la calidad de la conversación. Podía, por ejemplo, alentar actitudes de pasividad o sumisión, de renuncia a la argumentación (en estos casos, la parte podían manifestar conductas tales como callarse o, en las judiciales, pedir a su abogado que hable en su lugar).

Finalmente, hay que considerar la cuestión de la *duración* de la mediación.

Ésta, por lo general, no coincidía con el desarrollo y la conclusión del intercambio argumentador. En las mediaciones observadas, era muy frecuente constatar que el proceso se interrumpía por las razones más diversas: porque había otra mediación a la espera, o porque el mediador forzaba el acuerdo o el reenvío a otra fecha, o porque una de las partes tenía otros compromisos, etc. Era mucho más insólito que la sesión se concluyera porque las partes así lo pedían de común acuerdo, o porque se habían agotado todos los temas en discusión.

No era infrecuente que las partes, y sobre todo sus abogados en las pre-judiciales, *usaran el factor tiempo con la finalidad de influir en el proceso* para lograr un resultado favorable para sí.

Algunos ejemplos observados serían: el llegar antes de la hora establecida, en el intento de tener una reunión previa con el mediador y de proporcionarle informaciones que podrían desviar la atención de o hacia temas determinados (lo que identificamos como un intento de “forzar” la neutralidad); el llegar tarde, con la finalidad de inducir una sensación de apuro; el usar los anticipos o los retrasos de la otra parte como demostración de su falta de fiabilidad; el insistir en la urgencia de

cerrar el acuerdo cuando no se han tocado todos los puntos aún, alegando la necesidad de concurrir a otra audiencia, etc.

En todos estos casos, no solamente se modificaban el ritmo y la duración de la conversación, sino que se producían efectos de alteración con respecto a la efectividad de las argumentaciones usadas por las partes (generando, por ejemplo, la sensación de que fueran más o menos creíbles, o merecedoras de atención), o hasta en su contenido (como cuando el abogado sustituía al cliente dando una explicación que no correspondía con lo que éste estaba diciendo).

También hay que considerar que las partes realizaban el intercambio en una *situación altamente procedimentalizada*, es decir, que su conversación estaba sometida a un cierto número de reglas de procedimiento que definían de antemano, al menos parcialmente, la distribución de los segmentos discursivos.

Esto puede observarse, con diferentes matices, en todo tipo de mediación. Sin embargo, es en el contexto judicial donde este aspecto aparece con mayor evidencia, por la necesidad de cumplir con formalidades típicas. Por ejemplo, elementos como la verificación de la notificación, o la predisposición del acta, o la presencia del abogado, pueden incidir en la distribución del turno de palabra o determinar la interrupción de una argumentación o causar el reenvío de la sesión a otra fecha, etc..

Para concluir, cabe señalar que, al menos en comparación con otros factores, el *contexto físico* no parecía producir ningún tipo de influencia en el intercambio entre las partes.

El ambiente ruidoso, abarrotado, incómodo, ayuno de privacidad de la Villa 31 y del Centro UBA, que *supra* describimos, no parecía molestar especialmente a las partes, aunque sí a esta investigadora y mediadora, diversamente acostumbrada en su práctica profesional. Por tal razón, uno de los elementos que más atrajo mi atención, al comienzo de la investigación, se reveló después inconsistente, y fruto de conocimientos previos, que no se pueden aplicar en contextos como los observados en el CAJ y en el Centro UBA.

Es verosímil que la costumbre de vivir en espacios angostos y sobra-poblados determine hacia el *setting* de la mediación unas exigencias menos “severas” de lo que podría esperarse según parámetros “ideales”.

Como veremos a continuación, un elemento que sí alteraba especialmente el ritmo del intercambio era la presencia del defensor, que por otro lado es indispensable a los efectos de la validez de la mediación judicial.

3.4. La intervención de otros actores

En las mediaciones judiciales, los abogados juegan un papel generalmente muy activo en el intercambio comunicacional. Era por ejemplo bastante frecuente observar la superposición verbal de los letrados con sus clientes, de manera que los relatos de éstos últimos quedaban interrumpidos por la intervención del defensor.

Dependiendo de la actitud que el abogado mantenía a lo largo del proceso, se pudieron observar efectos diferentes.

Si el defensor era “pasivo”, su rol se limitaba a la presencia y a la realización de los pasos estrictamente necesarios para “certificar” las diferentes conclusiones de la mediación (acuerdo, reenvío a otra audiencia, cierre por incomparecencia de la otra parte, cierre por imposibilidad de acuerdo, etc.).

Si el defensor “acompañaba” el proceso de mediación, sus intervenciones solían ser limitadas, calmadas en el tono y respetuosas con el ritmo del intercambio. Nos referimos a los abogados que, bien porque ellos mismos son mediadores, bien porque están convencidos de la utilidad de la mediación para el caso patrocinado, bien porque están convencidos de la utilidad de la mediación en sí misma, mantenían una actitud respetuosa del trabajo del mediador, a veces alentando a las partes para que renunciaran a ciertas pretensiones a cambio de un desenlace conveniente.

Cuando, por el contrario, el abogado trataba de influir con sus intervenciones con el objetivo de obtener para su asistido un resultado favorable, en el sentido del patrocinante clásico, el resultado era una franca obstaculización del proceso. En este caso, el acuerdo se concebía como un trofeo, que simbolizaba la victoria lograda. El abogado “obstaculizante”, si consideraba que el acuerdo no significaba el prevalecer de su asistido en la disputa, prefería concluir el proceso y seguir “peleando” en juicio. En estos casos, las intervenciones solían ser frecuentes, insistentes, agresivas en el tono e irrespetuosas tanto con el trabajo del mediador, como con la otra parte (variante A). Otra versión del mismo tipo era la del abogado

obstaculizante que, aunque interviniera insistentemente, utilizaba un tono de voz bajo, pedía frecuentemente disculpas, manifestaba acuerdo mientras subrepticamente sugería y subrayaba elementos favorables a su asistido, manipulando el intercambio en el intento de desviar la atención del mediador hacia el resultado deseado (Variante B).

Estas tipologías no eran estrictas. A veces, el mismo profesional manifestaba diferentes actitudes a lo largo de la sesión, aunque algunas combinaciones eran ausentes o menos frecuentes que otras (por ejemplo, nunca he observado una actitud de “acompañamiento” transformarse en una “variante A” de la actitud obstaculizante).

- i. El estilo “pasivo” parecía el que menos incidiera en el intercambio comunicacional. No estimulaba un desarrollo “estratégico” de la sesión y dejaba al mediador el tiempo y el espacio necesario para intentar fomentar el mutuo entendimiento entre las partes.
- ii. El estilo de “acompañamiento del proceso”, en cambio, tenía influencia, en el sentido de que podía fomentar tanto una acción comunicativa, como una acción estratégica. En el primer caso, el abogado solía alentar en su cliente una actitud de escucha hacia la otra parte, le ayudaba a aclarar detalles, sin cambiar el contenido de la argumentación propuesta por su asistido, y en general no forzaba los tiempos del intercambio. En el segundo caso, el abogado solía moverse de manera instrumental, es decir, trataba de controlar la comunicación para llegar a la resolución del conflicto, sin tener en cuenta las necesidades comunicativas de su cliente, y de-potenciando las argumentaciones de éste, si consideraba que podrían provocar una reacción negativa en el otro. A veces, se dirigía a la otra parte con actitud conciliadora, invitándole a colaborar con expresiones del tipo: *“Estamos acá para hablar y llegar a un acuerdo ...”* o *“Mejoren las relaciones entre ustedes”*. A menudo aconsejaba a su asistido que cediera algo para llegar a un compromiso, por ejemplo: *“Pensá en la nena, aflojá un poco ...”*. De manera que, en una perspectiva habermasiana, no estaría fomentando un acuerdo racional basado en un recíproco entendimiento, más bien un arreglo estratégico de intereses, que no siempre (o nunca, según Habermas) lleva consigo un

consenso real. En definitiva, las buenas intenciones, también son intenciones que pueden mermar la “racionalidad” del proceso comunicacional entre las partes. No era infrecuente observar además que el llamado al diálogo, cuando era (o, lo que es lo mismo, era percibido como) instrumental, provocaba reacciones de desconfianza, que se manifestaban sobre todo de manera no verbal, por ejemplo a través de “muecas” de ironía o sarcasmo. En casos como estos, solían reaparecer verbalizaciones reiterativas (por ejemplo, aquellas introducidas por expresiones del tipo: *sí sí, pero ...*).

- iii. El estilo “obstaculizante” resultó ser el más frecuente. El abogado que pertenecía a esta categoría no estaba interesado en que se produjeran un entendimiento o un consenso entre las partes. En tal sentido, cuando lo veía útil para perseguir sus finalidades, intervenía para interrumpir el flujo comunicacional, tanto que estuviera hablando su asistido como la otra parte, como el mediador, o introducía temas que no estaban siendo objeto de confrontación: frases como “¿por qué se prioriza el trabajo de él y no el de ella?”, cuando las partes se estaban poniendo de acuerdo sobre el horario de visita, obtenían, por ejemplo, el efecto de interrumpir el intercambio, de desviar la atención, de desacreditar la otra parte y de generar confusión. A menudo, interrumpía el discurso de su asistido para sustituirle en la palabra, tanto cambiando de tema, como proponiendo una aclaración de lo que el cliente estaba diciendo, depurada de los elementos que, desde su perspectiva, podrían ser desfavorables, o completamente transformada, como en el caso siguiente:

{M18 - privada}

[1] P2 (*en actitud conciliadora*): yo trato de no tener muchos problemas ... no me gusta la confrontación ...trato de que X (*el hijo*) esté un poco más con ella.

[2] M (*dirigiéndose a P2*): por lo que veo, los dos tienen un interés muy fuerte hacia X ...

[3] A2 (*anticipando la respuesta de P2*): mi cliente difiere!

[4] P2 (*asumiendo una actitud de sarcasmo*): yo ya no creo que ella quiera que X esté bien.

Mientras que en [1] P2 estaba empezando a reconocer algo de la capacidad

parental de la ex mujer, en [4] vuelve a ponerla en duda con más énfasis. Entre los dos momentos, la intervención repentina y agresiva del abogado consigue anular el intento del mediador de crear un “puente” entre las partes, y vuelve a producir la recurrencia del tema “*ella es una madre irresponsable*”. Finalmente, era usual en estos abogados el uso de presiones o amenazas, como por ejemplo: “*Esta es nuestra propuesta, de acá no nos vamos a mover!*”, “*Esto o nada, o vamos a juicio*”, “*Hay cosas que nos reservamos, cosas graves ...*”, etc.

En presencia de un profesional de este tipo, no parecía darse la posibilidad de que se desarrollara acción comunicativa alguna. En algunos casos, no solamente su intervención impedía la formación de un consenso “racional” entre las partes, sino que, como se ha visto, favorecía el recrudecimiento de la rivalidad. De ahí que el conflicto volvía a funcionar recursivamente y las partes regresaban a un estadio de interdependencia que les dificultaba el acceso a posibilidades alternativas de acción. Es bastante evidente, además, que este tipo de actitud tenía influencia también en las producciones discursivas del mediador, que se veían a menudo interrumpidas, o neutralizadas o, incluso, manipuladas.

Por su carácter explícito, las conductas instrumentales de la variante A del abogado obstaculizante eran bastante fáciles de detectar, aunque no era tan sencillo controlarlas, y sobre todo, contener sus efectos. Ello es así porque echaban a andar una cadena de reacciones rápidas y cruzadas, en cuyo entramado era a veces imposible, tanto para las partes como para el mediador, retomar el hilo del intercambio argumentativo.

La variante B del tipo obstaculizante, en cambio, era más difícil de identificar. Sus intenciones instrumentales solían estar encubiertas por una actitud aparentemente colaboradora. En otras palabras, el profesional de este tipo no amenazaba, sino que insinuaba (por ejemplo, mientras las partes estaban acercándose a un entendimiento, pronunciaba en voz baja una frase del tipo: “*me parece que vamos a salir de acá sin acuerdo ...*”, y volvía a generar dudas generalizadas). A veces, su estrategia se revelaba con ocasión de una reunión privada como, por ejemplo, cuando, después de haberse mostrado

remisivo en la conjunta, empezaba la privada desacreditando la otra parte. Por ejemplo: “*El señor X no está diciendo la verdad, es un violento ...*” o “*Yo sé que él cobra parte en blanco y parte en negro*”, o “*Los psicópatas se presentan bien ...*”.

No era infrecuente que tratara de “forzar la neutralidad” con (a veces no tan) sutiles halagos a la sabiduría del mediador, o intentando superar los límites de los roles institucionales: trataba, por ejemplo, de instaurar un clima de compañerismo en la sala, o hacía referencia a experiencias personales para proporcionar una imagen positiva de sí y de su asistido.

Los efectos en el intercambio comunicacional eran los mismos que los producidos por la variante A, salvo quizás por la posibilidad, que le dejaba al mediador, de un mejor manejo del ritmo conversacional.

En algunas ocasiones, a la mediación pueden acudir *familiares* y, en las comunitarias, *otros actores sociales*, como los delegados de manzana en la Villa 31. La presencia de familiares no parecía tener repercusiones significativas, además porque el mediador, en el discurso introductorio, advertía de la necesidad de que se mantuvieran en silencio durante toda la sesión. Podían, sin embargo, cumplir la función de tranquilizar a la parte que acompañaban (como en {M30}, la sobrina de P1), aunque también podían reforzar la rigidez de sus actitudes (como la madre de P1 en {M6}).

En dos casos, {M38} y {M39}, las partes concurren con su bebé. Si bien en los dos casos la conversación no padeció interrupciones por la presencia del niño, pude observar cómo las partes enfatizaban su actitud de cuidado para poner en evidencia sus calidades parentales, en un probable intento de generar buena impresión en el mediador.

3.5. Los acuerdos

De las 31 reuniones conjuntas a las que asistí, 15 se concluyeron con acuerdo⁴², y concretamente, 3 en un contexto judicial (sobre 8), y 12 en un contexto comunitario (sobre 23).

42 Concretamente: 2 en UBA (sobre 7), 9 en la 31 (sobre 18), 1 en CABA (sobre 1), 2 en L'Hospitalet (sobre 4) y 1 en Rubí (sobre 1)

Pese a las diferencias de contexto, el camino que conducía al acuerdo no era muy diferente según se tratara de mediaciones judiciales o de comunitarias.

En *primer lugar*, en ambos casos la fórmula en la que se expresaba el pacto final era producto de la aceptación de una propuesta elaborada por el mediador. Éste, a lo largo de la reunión, seleccionaba segmentos del relato de las partes (y también de sus defensores, en el caso de las judiciales), y los componía en un enunciado final que las partes podían aceptar o rechazar, o aceptar parcialmente.

La circunstancia no sorprende, dado que, como vimos, el mediador era el perno de las comunicaciones y, además, eran extremadamente raras las ocasiones en las que las partes intercambiaban argumentaciones en forma directa, esto es, sin que a ellas se sustituyeran sus abogados o el mediador mismo.

En *segundo* lugar, cuando las partes aceptaban la propuesta del mediador, a menudo su consentimiento parecía algo “forzado”, ya sea por el cansancio, ya sea por la imposibilidad de sostener un intercambio “racional” o de probar sus propios argumentos, ya sea por el prestigio que le reconocían al mediador. Ello se puede deducir de las actitudes perplejas o de cierto tipo de preguntas que las partes hacían después de cerrar el acuerdo, y que se referían a nuevos temas, o a dudas acerca de que el otro cumpliría.

En *tercer* lugar, tanto en las judiciales como en las comunitarias, casi la totalidad de los intercambios se presentaban como una *negociación en la que las partes perseguían su propio éxito*, orientando su conducta según intereses exclusivamente individuales. El acuerdo resultante era, por consiguiente, fruto de un compromiso, o de un arreglo no racional, por decirlo con Habermas. Ello es así porque las partes, aunque aceptaran la fórmula final, no parecían haber llegado a ese entendimiento mutuo que caracteriza una acción comunicativa propiamente dicha.

Finalmente, en ambos contextos, el acuerdo no parecía el resultado “natural” de una apertura gradual y progresiva de las partes hacia la comprensión recíproca. Como he explicado *supra*, la fluctuación de los niveles de hostilidad y rivalidad no seguía un patrón progresivo, esto es, desde lo más a lo menos intenso, sino que mantenía una distribución irregular.

En cuanto al *contenido del acuerdo*, tanto en las judiciales como en las comunitarias, las partes podían pactar sobre todos los temas en discusión, o conformarse con un

acuerdo sólo parcial, reenviándose a una reunión sucesiva para afrontar las cuestiones pendientes.

Generalmente, no había ampliación de la agenda de temas por parte del mediador, que se limitaba a dirigir el proceso de negociación sobre los asuntos planteados por las partes (o por sus abogados, en el caso de las pre-judiciales). Por consiguiente, el acuerdo se refería tan sólo a las cuestiones objeto de preocupación de las partes.

Como vimos, hubo un solo caso en el que el mediador añadió un tema ulterior de discusión, que se incorporó después en el acuerdo.

Naturalmente, en las mediaciones judiciales, el acuerdo era el resultado de un proceso más trabajoso (aunque no diferente en su estructura), debido al mayor número de asistentes con derecho a palabra, al gran protagonismo que tenían los abogados, a la necesidad de observar unos rituales protocolarios obligatorios, etc.

La diferencia más relevante, sin embargo, se encuentra en la posibilidad de que los abogados negociaran directamente el acuerdo, sin intervención alguna de sus asistidos (como en la M24), o de que una de las partes o ambas pidieran reunirse con sus abogados, para recibir asesoramiento antes de concluir el acuerdo (como por ejemplo en la M18).

Diferente era también la forma del acuerdo, que en las judiciales solía redactarse en un documento oficial, firmado por las partes, sus abogados y el mediador, mientras que las comunitarias se concluían con un arreglo verbal.

3.5.1. Acuerdos logrados

Cuando la reunión conjunta terminaba con un acuerdo, los *factores que habían concurrido a su formación* parecían esencialmente vinculados al trabajo del mediador. En otras palabras, el pacto no se generaba por el intercambio comunicacional entre las partes, sino por las intervenciones del mediador, y sobre todo por los resúmenes, mediante los que guiaba la conversación hasta la formulación final.

A veces, las partes aceptaban el acuerdo que el mediador les proponía, a pesar de haber manifestado recíproca hostilidad desde el principio hasta el final de la reunión. En este caso, el *ascendiente del mediador* parecía jugar un papel relevante, probablemente *junto con factores de índole personal* (cansancio, miedo, apuro, escaso interés, etc.).

Así es, por ejemplo, en {M11}, donde las partes, aunque en un clima de evidente animadversión, aceptan el acuerdo parcial que el mediador les plantea, es decir se someten a: 1) un periodo de prueba en el que P2 se compromete a ejercer mayor control sobre sus hijos para que no molesten a P1, y 2) volver a reunirse una vez terminado el periodo de prueba, para averiguar el cumplimiento y, si del caso, perfeccionar el pacto o dar por concluido el conflicto.

Es interesante notar que, en este caso, P2 no volvió a presentarse a la mediación al terminar el periodo de prueba. Según refirió P1 en una sucesiva entrevista, si bien era probable que P2 hubiese empezado a controlar más a sus hijos, la situación seguía más o menos igual.

En M28, en cambio, P1 acepta las condiciones más por cansancio y miedo, que por convicción, tanto que la mediación se concluye con un “falso acuerdo”, ya que vuelve a restablecer la situación anterior a la mediación.

En algunas ocasiones, el acuerdo surgía después de que *el mediador consiguiera limitar la hostilidad entre las partes*, de manera que éstas podían salir de un círculo vicioso de reiteraciones para plantear sus pretensiones de manera más razonable.

En {M17}, por ejemplo, el mediador consigue desactivar al menos parcialmente la actitud agresiva de P2, evitando caer en sus provocaciones, distraendo las partes de su discusión reiterativa con preguntas de aclaración, haciendo un uso discreto del sentido del humor, animando ambas partes a la escucha recíproca y finalmente introduciendo el tema de cómo contener la agresividad. La reunión termina con un acuerdo parcial sobre régimen de visita y pago de cuotas alimentarias.

Al cabo de dos semanas, las partes vuelven a encontrarse para revisar el cumplimiento del acuerdo parcial y concluir el acuerdo definitivo ({M17bis}). La actitud de P2 es decididamente más apacible y las partes llegan rápidamente a definir un arreglo satisfactorio.

Cuando el mediador dedicaba mucho *tiempo en las reuniones previas para preparar*

a las partes para el encuentro, éstas parecían llegar a la conjunta más dispuestas a mostrar una buena actitud recíproca.

Así es por ejemplo en {M26}, donde la conjunta se revela poco más que una formalidad necesaria a dar por concluido el expediente penal.

De la misma forma, en {M43}, las partes, no obstante la tensión inicial, transitan desde una actitud de franca rivalidad a una de colaboración abierta, que les permite confrontarse y llegar a una solución satisfactoria.

Las partes podían acceder a concluir un acuerdo también por efecto de una *acción manipuladora del mediador*, cuando éste usaba argumentos “ganzúa” para influenciar las decisiones de las partes.

Por ejemplo, en {M40}, el mediador hace referencia al “bien de la hija” para forzar el acuerdo: a pesar de manifestar abiertamente su perplejidad y desconfianza hacia P1, P2 acepta el arreglo propuesto por el mediador, después de que éste le recuerda la importancia, para la hija, de que él pague su cuota alimentaria:

{M40}

[1] P2: Ella evidentemente quiere más plata ... quiere un grado de aumento de que ... es que yo ya le conozco ...

[2] M: Hacé el cálculo del incremento, se llega a 1000 pesos.

[3] P2: Es que yo no sé si puedo ...

[4] M: Es para (*la niña*).

[5] P2: Sí, yo no tengo problemas para mi hija, vine acá, estoy haciendo esto.

[6] (*Acuerdo – cierre*).

Finalmente, el acuerdo podía surgir simplemente de una *buena actitud espontánea de las partes* mismas, sin que las intervenciones del mediador tuvieran un efecto manifiesto.

Se trataba por lo general de casos en los que una de las partes, o ambas, se habían mostrado de entrada dispuestas a hacer concesiones, por la razón que sea, como en {M27}, donde las partes, que están discutiendo acerca de donde tienen que vivir los hijos, si con la madre o con el padre, no muestran dificultades para reconocer la verdad de lo que el otro afirma, como se puede observar en el intercambio siguiente:

{M27}

[1] P2: Las chicas no quieren volver por cómo las tratás.

- [2] P1: Tengo carácter y palabras, pero una cosa es lo que uno dice y una cosa es lo que uno hace... en la escuela no van bien.
- [3] P2: Van bien.
- [4] P1: No mientas... vive peleando, se olvida las cosas, va sucia. No vive conmigo, vive con el papá.
- [5] P2: (*dirigiéndose a M*) Es verdad, a veces se me pasa, a veces llego cansado. Por ahí se me escapa algo, no voy a decir que no. Trato de hacer lo mejor posible. Ella está todo el día, puede hacerlo mejor
- [6] M: (*dirigiéndose a P2*) Parece que vos no estás en desacuerdo en que las chicas estén con ella, si tuviera otra actitud.
- [7] P1: Es verdad, tengo mal carácter, pero si repito las cosas 15 veces ...
- [8] P2: Si las tratás bien, hacen las cosas, en casa hacen las cosas, lo están haciendo bien.
- [9] P1: Ayer les revisé el pelo y tenían un montón de bichos.
- [10] P2: No tengo tiempo ...
- [11] P1: Mi trabajo no vale ... a vos se te tiene que hacer un monumento ...

La reunión sigue con alternancias de acusaciones y reconocimientos recíprocos, mientras la hostilidad sigue bajando y al final las partes acuerdan el regreso de los hijos a la casa de la madre, el régimen de las visitas, y un periodo de prueba de una semana.

En la siguiente reunión, se comprueba el cumplimiento de lo pactado, por tanto las partes confirman el acuerdo y terminan el encuentro conversando cordialmente acerca de la educación de los hijos.

Lo mismo puede decirse por la {M37}, donde las partes se muestran abiertas a las propuestas del otro y se dejan guiar por las preguntas del mediador hasta concluir el acuerdo.

Una vez alcanzado el acuerdo, las partes manifestaban casi siempre una *satisfacción moderada*.

En algunos casos, incluso expresaban una abierta insatisfacción con gestos de inquietud, desasosiego, incomodidad. No se miraban entre sí, mostraban desconfianza, o pedían el respaldo del mediador, como en {M6}, donde P2, ya concluido el acuerdo, mira el suelo, sonrío nerviosamente y dirigiéndose a la mediadora, le dice "*Que por favor esté allá a las 16.15, doctora ...*".

En otras ocasiones, las partes aceptaban el acuerdo formulado y propuesto por el mediador, aunque fueran conscientes de que no habían resuelto sus problemas de relación, como en M35, donde, al mediador que le dice "*¿Viste que pudieron*

hablar?”, P2 responde negando con la cabeza: “no, no sé ...”. O como en M44, donde P2, aunque declare al final que se siente tranquilo porque el tema se ha resuelto, no muestra una verdadera adhesión al proceso, del que no entiende muy bien la finalidad: “(Vine) Para que crean ustedes que no nos vamos a pelear ... solo vine aquí para que vean ustedes que está solucionado.”

3.5.2. Acuerdos fallidos

En las mediaciones que se concluían sin acuerdo, generalmente las partes no lograban, ni directamente ni a través del mediador, establecer un intercambio argumentador, de manera que la mediación finalizaba con el abandono o la interrupción de la discusión. En este caso, era el mediador quien constataba la imposibilidad de seguir y daba por terminada la reunión, eventualmente proponiendo una nueva fecha para un nuevo intento.

La imposibilidad de intercambiar argumentaciones se debía a diferentes factores:

- i. El predominio o la presión de una de las dos partes sobre la otra

Ello es evidente, por ejemplo, en {M3}, donde P2 consigue apoderarse de casi todos los turnos de habla, usándolos para desprestigiar a P1, mientras que el mediador no logra equilibrar la conversación. Éste es el tramo final de la mediación:

{M3}

[1] P2: La niña quiere estar conmigo, no con la madre... Me pueden pedir lo que sea por mi hija, quiero llegar a un acuerdo, quiero estar tranquilo.

[2] M (*dirigiéndose a P2*): Usted ya reconoce que ...

[3] P2: Estoy cansado de intentar hablar con ella: una cosa es lo que dice, otra es lo que hace ...

[4] M (*dirigiéndose a P2*): Pero de ahora en adelante es diferente... (*explicación sobre el rol de los padres*) ... hay que dejar de lado el egoísmo de cada uno ... si no cambian los teléfonos, cierro la mediación.

[5] (*P1 llora*).

[6] P2 (*dirigiéndose a M*): ¿Por qué está llorando? Te parece que aflojó?

[7] Avv1: (*Explicación sobre el rol de los padres y de las ventajas del diálogo*).

[8] (*P2 muestra una expresión perpleja*).

[9] M: ¿Les parece bien ir a ver los asistentes sociales?

[10] P1: ¿Ésto sirve para que nos llevemos bien nosotros?

[11] M: (*explicación sobre el rol de padres*).

[12] P2: Vendré de nuevo con mi abogado.

[13] M: (*cerrando el acta*) Independientemente de esto, váyanse a la plaza a

conversar.

En {M33} P1 usa el tiempo para hacer presión sobre P2. Por consiguiente, el mediador interviene para proponer otra fecha y la reunión se cierra sin acuerdo.

{M33}

[1] P2: No quiero el terreno, no me quiero romper el orto ... demuéstreme que sos capaz ... No quiere el trato, igualito lo voy a sacar (*se levanta para irse, M le hace un gesto para invitarla a quedarse, y se vuelve a sentar*).

[2] M: (*propone otra reunión para escribir todos los acuerdos*).

[3] P2: Que se haga su nido en otro lado ...

[4] P1: Yo me tengo que ir (*otro día no puedo, me voy a Bolivia en pocos días*).

[5] M (*hace presión para que haya otra reunión*).

[6] P1 (*acepta*).

[7] (*Cierre y reenvío a otra fecha*).

ii. Falta de voluntariedad

A veces la mediación terminaba sin acuerdo porque una de las dos partes se había sentido forzada a participar.

En {M5}, por ejemplo, P2 expresa abiertamente su contrariedad al final de la reunión:

{M5}

P2 (a M): Yo no busqué esto... ella tuvo otro hombre, complicándome la vida a mí ... la mediación, no la quiero hacer. Ya no la quería ver, ustedes me trajeron acá. Además yo dije que a ella no la quería ver, me dijiste que podía estar de espalda.

iii. Estructura del proceso

En algunas ocasiones, la mediación se interrumpía debido a la imposibilidad de cumplir con el protocolo, como en la prejudicial {M8}, donde el mediador suspende la reunión porque no está presente el abogado de P2.

En {M18}, en cambio, es la actitud de los abogados el elemento que impide que la conversación avance. Ambos defensores se demuestran agresivos y rígidos hacia la otra parte, fomentando la misma actitud en sus clientes.

En la parte final de la reunión, cuando todos vuelven a reunirse después de

entrevistas por separado con el mediador, la tensión es muy alta. Los abogados empiezan a intercambiar propuestas entre sí y la conversación se hace cada vez más “desordenada”, hasta que el mediador cierra el encuentro:

{M18}

[1] Avv1: Hay acuerdo parcial sobre psicólogo.

[2] P2: Sí sí, en efecto ...

[3] P1: Todavía no se contestó en que le beneficiaría a Francisco el cambio de las visitas.

[4] Avv1 y Avv2: ¡No hay acuerdo!

[5] P1: ¿Qué es esto? Cómo se sigue? ... (*listo, no hay acuerdo*)

[6] M: La decisión hoy es ir a juicio... no podemos trabajar.

[7] P2: Jamás te voy a separar de tu hijo, quedáte tranquila... tú jamás cumpliste como madre, yo te sacaba todo al nene, vos nunca, vos te quedabas dormida!

[8] P1: ¡Vos, te quedabas dormido!!

[9] (*Avv 1 y Avv2 empiezan un cruce de acusaciones: dígale a su clienta, dígale a su cliente*)

[10] (*M pide firmar el convenio de confidencialidad*)

[11] (*Se cierra sin acuerdo*).

iv. Incapacidad de hablar

Había algunos casos en los que una de las partes se mostraba incapaz de articular un discurso, por timidez, por miedo a la reacción de la otra parte, por falta de argumentos, o por características personales.

En {M13}, por ejemplo, P2 no consigue contestar a las preguntas del mediador, de manera que éste cierra la reunión:

{M13}

[1] M: Vos ¿qué querés del futuro de Thiago?

[2] P2: Que esté bien, no sé ...

[3] M: (*resumen*) De todas las posibilidades que hay, ¿qué hacemos?

[4] P2: (*silencio, sonrío*)

[5] M: ¿Qué te parece que sería lo mejor? Vos querés estar con Thiago?

[6] P2: (*murmurando*) No ...

[7] M: ¿No te sentís capaz?

[8] P2: (*murmurando*) No ...

[9] P1: La mamá está muy preocupada ...

[10] (*M propone mediación con la madre y cierra la reunión*)

v. Las partes no salen de las reiteraciones y/o no consiguen superar su rigidez

En {M32}, por ejemplo, P2 sigue afirmando su voluntad que su vecino cierre una ventana que da a su patio, sin aportar razones al respecto y rechazando de la misma forma todas las argumentaciones de P1. La reunión se concluye frente a la evidente imposibilidad de que las partes intercambien argumentos para avanzar hacia un acuerdo:

{M32}

[1] P1: Yo ya hablé: lo único que quiero es que cierre la ventana.

[2] P2: Yo le pago.

[3] P1 (*dirigiéndose a P2*): No quiero ningún arreglo económico ...

[4] P2: ¿Me devolvés lo que me debés?

[5] P1 (*dirigiéndose a M*): después te echan en cara... la ventana se cierra.

[6] M: (*mira a P2*).

[7] P2: Hay que llegar a un acuerdo.

[8] P1: ¡Éste es el acuerdo!

[9] M: Nosotros no podemos hacer más ... en el caso hipotético de que acceda a cerrar la ventana, ¿cuánto tiempo requeriría?

[10] P2: Yo pensaba que me iban a dar una solución, que íbamos a estar bien.

[11] P1: Estamos bien: cerrá la ventana y punto. El 1 de junio yo estoy arriba con una sierra para cortarte la reja ... yo vine acá para no tomar medidas drásticas.

[12] P2: Yo ya me tengo que ir a trabajar, no estoy pensando en otra cosa ... lamentablemente no hubo acuerdo.

[13] M: Lástima... (*cierra la reunión*).

En {M42}, después de mostrarse desconfiado a lo largo de toda la reunión y de haber negado, reiteradamente y sin aportar razones, las explicaciones de P2 acerca del objeto de la mediación (el ruido proveniente del piso de arriba), P1 interrumpe con la siguiente declaración:

{M42}

[1] P1: Es un "no" sistemático que me estaba esperando ... estoy perdiendo tiempo ... el día que haga follón, policía y punto ... cuando hay unas normas de convivencia, a mí de pequeño me enseñaron que hay que respetarlas ... el no sistemático, no ... estoy perdiendo mi tiempo (*se va*).

vi. Una de las partes no acepta la propuesta de la otra.

Un ejemplo es la {M41}, donde P1 no acepta la solución propuesta por P2, pese al clima relativamente tranquilo en el que se ha desarrollado la reunión.

{M41}

[1] P2: (*Yo ya no toco en casa*) en casa solo escribo la partitura ...

[2] P1b: Si se escuchan los pasos, imagínense la guitarra ...

[3] P2: Se escuchan los pasos ... si me dicen los horarios (*en que no están*) ...

[4] P1b: Es que los horarios (*varían*) ... un domicilio no está para tocar instrumentos ... hay que insonorizar.

[5] P2: Las columnas no se pueden insonorizar ...

[6] M1 (*dirigiéndose a P1*): No queréis pactar horarios ...

[7] P1b: No, porque se oye... se oye (*incluso*) si uno ronca.

[8] M2: Hay que buscar un equilibrio.

[9] P1b: (*Nuestros amigos también tocan pero*) alquilan un local.

[10] P1a (*Y aparte*) un ronquido es (*un ruido*) normal, un instrumento no ... ¿podemos irnos?

3.6. La percepción de las partes acerca de derecho y mediación

i. La manera en que las partes afrontan la mediación revela que la forma más cercana y familiar de resolución de conflictos es la hetero-composición.

No solamente tienen la expectativa de que el mediador decida la controversia, o de que al menos declare quién de los dos tiene la razón, sino que, en la mayoría de los casos, las partes desconocen la mediación y su funcionamiento. En efecto, se acercan a los servicios de mediación porque buscan asesoramiento jurídico (como sucede en la 31), o porque son derivados de otros servicios municipales (por ejemplo, la Guardia Urbana en los Centros de Mediación de Cataluña), o porque sus abogados les informan que es obligatorio transitar por ella antes de ir a juicio (como en las mediaciones pre-judiciales de Argentina) o, finalmente, porque sus abogados les informan de que tiene que acudir a una reunión informativa sobre mediación (como en las pre-judiciales en Cataluña).

Por lo tanto, es extremadamente infrecuente que las partes busquen directamente la asistencia de un mediador para solucionar su conflicto. El que las partes consideren la idea de resolver sus controversias dialogando con el otro en presencia de un tercero sin poder de emitir una decisión, en definitiva, es algo insólito.

Eso se aprecia también en los comentarios en las entrevistas previas de los casos observados, donde las partes manifestaban perplejidad ante la oferta del mediador: “yo pedí hora para el abogado”, “así no lo vamos a solucionar”, “con esta gente no

se puede hablar”, “¿No hay manera de obligarlos?”, son algunas de las expresiones más recurrentes.

En mi observación, en las exiguas ocasiones en que las partes pedían directamente por el mediador, se trataba de personas que habían experimentado una mediación en pasado y que habían quedado satisfechas, o que querían revisar los antiguos acuerdos. Es interesante notar que todos estos casos se presentaron en el CAJ de la Villa 31, que también era, junto con los centros catalanes, el único lugar de observación donde la participación en la mediación es totalmente voluntaria.

ii. Aun cuando las partes llegan a conocerla, parecer ser el derecho, y no la mediación, el medio que generalmente consideran más adecuado para resolver el conflicto, incluso en los lugares o en las situaciones donde el derecho no funciona o ha dejado de funcionar, como el la Villa 31.

Ello es así porque al derecho se le considera claro y vinculante, mientras que a la mediación se le ve como un simple intento de diálogo sin muchas posibilidades de éxito.

Por ejemplo, según la solicitante de la M17, el derecho era la única oportunidad para obligar a su ex pareja a cumplir con sus deberes de asistencia familiar:

{M17} (*Entrevista previa con P1*)

[1] P1: Pero, ¿no hay una ley de que le debe algo a los chicos?

[2] M: ¿Hace falta una ley?

[3] P1: Él quiere hacer lo que quiere, así que, sí, hace falta.

Es interesante notar que, al menos en este caso, lo que no pudo la ley, lo consiguió el proceso de mediación, dado que las partes llegaron a un acuerdo gracias al que el padre empezó a pagar su cuota alimentaria con regularidad, y así lo siguió haciendo todo el periodo de seguimiento.

La idea de que de la existencia de una “ley” deriva necesariamente la protección jurídica de los derechos subjetivos se manifiesta con frecuencia, incluso en los lugares donde tales derechos no están, por así decirlo, “perfeccionados”. En el siguiente ejemplo, un vecino de la villa 31 acudió al servicio convencido de ser titular del derecho de propiedad de su vivienda, y que por lo tanto era posible exigir al

inquilino moroso que pagase las cuotas de alquiler:

{M21} (*Entrevista previa con P1*)

P1: Yo vengo con la ley que está escrita acá... que hay una justicia que nos ampara.

Y, más adelante, se muestra dubitativo con respecto a la mediación, pero seguro de que tiene la posibilidad de pedir amparo judicial:

P1: Hoy hacemos el intento. Si él viene, hablamos, y si no me iré a otro lado.

En este caso, ni el derecho, ni la mediación pudieron ayudar a este señor, dado que el solicitado no acudió a la cita y que el “contrato” de alquiler era evidentemente nulo. Cuando ocurre algo así, generalmente la solución que queda, en lugares como la Villa 31, es el recurrir a alguna forma de “presión” sobre el contendiente (esto es, “ir por las malas”), o soportar.

iii. A veces, la idea de que el derecho lo puede todo y que la solución más eficaz de las controversias consiste sencillamente en respetar las normas, impide el desarrollo de la mediación, como en el siguiente ejemplo:

{M41}

[1] M1 a P1: Cómo lo viven, cómo lo han vivido ...

[2] P1a: Cómo lo he vivido... es una cuestión de convivencia... vino la alcaldesa, se firmó un convenio de convivencia.

[3] P2: (...)

[4] M1 y M2: vamos a escuchar ...

[5] M1: Cómo os sentís con todo lo que se dice?

[6] P1a: Hemos venido para que se cumplan las normas de convivencia.

[7] M1 y M2: entonces habéis venido en el lugar equivocado.

En este caso, P1 insiste en que el objetivo principal es el cumplimiento de la normativa ([2] y [6]) y no aceptan la invitación del mediador a conversar sobre las consecuencias personales del conflicto (en [1] y [5]).

iv. En otras ocasiones, en cambio, se acepta participar en la mediación, pero como

una mera renuncia momentánea al ejercicio del derecho de acción. El derecho entonces representa una segunda instancia disponible para resolver el conflicto, o un “trasfondo amenazante” utilizado para manipular estratégicamente la negociación. Es el caso del solicitante de la M42 quien, constatada la imposibilidad de seguir conversando con la contraparte, deja la reunión con estas palabras:

{M42}

P1: Si empezamos que “yo no doy golpes” ... que “nosotros no”, voy por la vía judicial.

Y más adelante ...

[1] P1: Es un “no” sistemático que me estaba esperando ... estoy perdiendo tiempo ... el día que haga follón, policía y punto ... cuando hay unas normas de convivencia, a mí de pequeño me enseñaron que hay que respetarlas ... el no sistemático, no ... estoy perdiendo mi tiempo (*se va*).

[2] P2a: Y ¿qué hago? Si es estructural... yo llamo mi hermano que es abogado, y me curo en salud.

[3] (*P2 se va*).

Aquí P1 amenaza con recurrir a la instancia judicial, si P2 insiste en negar sus acusaciones [1]. Delante de lo que él percibe como una sistemática negativa a negociar de P2, P1 declara la inutilidad de la reunión y se aferra al derecho como único medio posible de solución del conflicto. Frente a semejante postura, y manifestándose impotente para resolver el tema, P2a se dispone a defenderse en juicio.

v. De vez en cuando las partes, a pesar de todo, abandonan la idea de recurrir al derecho, y lo dejan de lado a favor de una forma de regulación “dialógica”.

Un buen ejemplo de ello es el desarrollo de la conversación en los siguientes fragmentos, donde las partes dejan progresivamente de lado el derecho, puesto que no está inmediatamente “disponible”.

{M45}

[1] P2a: ¿No quitas el gallo?

[2] P1a: No, si no, no puedo tener gallinas.

[3] P2a: Entonces vamos al Ayuntamiento.

- [4] P2b: Las leyes, hay que acatarlas.
- [5] (P1 y P2 empiezan a discutir sobre la ley municipal, sobreponiéndose y mostrándose documentos)
- [6] P2a: ¡Tú la ley te la pasas por el forro de los cojones!
- [7] P1b (a P1a): Nos vamos a enterar de la ley, y ya está.
- [8] (P1 y P2 vuelven a discutir sobre la ley de urbanismo del Ayuntamiento).
- [9] P2b: Yo fui a preguntar: dicen que se pueden tener animales, siempre que (no se molesten los vecinos) ... mi hija es una persona ...
- [10] P2a: Aquí se cierran todas las posibilidades de amistad... yo también tengo a mi familia.
- [11] P2b: La molestia viene de ti, nosotros no molestamos ... lo de la higuera tiene arreglo ... pero no quieres quitar el gallo ...
- [12] P1a: Si la ley dice que lo tengo que quitar, lo quitaré.

Dado que P1a no accede voluntariamente a satisfacer su exigencia de quitar el gallo del jardín, P2, en [3] y [4], apela al derecho para imponérselo.

Esto da lugar a una discusión entre las partes acerca de lo que la ley municipal contempla en materia de animales, donde P2a acusa P1a de no cumplir con la normativa, mientras que P1b se muestra de acuerdo con que es oportuno orientarse según las disposiciones del Ayuntamiento para zanjar la discusión (de [5] a [7]).

Después de otra discusión acerca del contenido de la ley municipal, sobre la que ambas partes parecen no tener las ideas muy claras [8], P2 insisten en su exigencia de que se quite el gallo (de [9] a [11]). Ante la posibilidad de que efectivamente exista una normativa que lo obligue, P1a cede [12].

Más adelante, las partes vuelven a tocar el tema de la ley municipal:

{M45}

- [1] M2: ¿Queréis que nos veamos en septiembre?
- [2] P1b: Por mí, no. Me voy a informar en el Ayuntamiento (*de cómo está reglamentada la cosa*).
- [3] M2: Podemos vernos después que os hayáis informado.
- [4] P2b: La normativa, va bien, pero llevarse mal con los vecinos ...
- [5] P1b: Yo me voy a guiar por la normativa ... (*así tenemos*) las cosas claras.
- [6] (*Todos concuerdan en que hay el problema que el ayuntamiento en agosto está cerrado*)
- [7] P2b: No hemos venido a nada ... (*tenemos que esperar*) todo el verano ... Yo pensaba que habría una comprensión.
- [8] P1a: P2b, yo me pensaría que hacer con el gallo ...
- [9] P2b: Yo pensaba que teníamos ganas de solucionarlo ...

Dado que se está haciendo tarde, el mediador propone reenviar la reunión para después del verano [1]. P1b, que hasta el momento se ha mantenido casi siempre en silencio, rechaza la propuesta, considerando inútil otra mediación si se aclara y acata la normativa [2]. El mediador entonces, ofrece volver a negociar una vez que esa información esté disponible [3].

P2b se muestra perpleja e intenta desplazar el foco de la discusión de lo jurídico a lo relacional, señalando que una cosa es la ley, otra es la relación con los vecinos [4]. P1b, en cambio, insiste en la necesidad de conformar las conductas a lo establecido por el reglamento municipal [5].

Sin embargo, constatada la imposibilidad de acudir al Ayuntamiento por un mes entero [6], P2b vuelve sobre el aspecto relacional, declarando su frustración por no haber sido comprendida y por no haber llegado a una solución.

A partir de este momento, las partes dejan de hacer referencia a la ley, y la reunión sigue hasta el final, entre altibajos, hasta el acuerdo final.

V. Una última observación concierne el hecho de que la mediación parece percibirse, en general, como una situación formal y preceptiva.

En primer lugar, de las expresiones de los participantes emergía la idea de que la mediación, aunque en la forma “comunitaria” o extra-judicial, excede los confines de la esfera privada, y que por lo tanto es incómoda y, tal vez, incluso inoportuna. Ello se puede constatar en expresiones como la siguiente:

{M40}: P2: Entonces, ¿por qué me traes en una situación...? (*la mediación*)

donde P2 expresa su incomodidad por tener que participar en la mediación. O también en las ocasiones en las que las partes, esperando a que empiece la sesión, hacen comentarios del tipo: “*no entiendo porque había que llegar a tanto*”, o se muestran molestos, avergonzados, etc.

La regulación del conflicto a través de un diálogo formal, con la presencia de terceros, se percibía en definitiva como una situación forzosa y coactiva.

En todo caso, la mediación parecía considerarse como algo “menos serio” que recurrir a una instancia judicial, como en {M36}:

{M36}:P2: yo no soy santo... ¿por qué no vamos a declarar a otra parte, si me decís mentiroso?

Aquí es evidentemente la “otra parte”, y no la mediación, el lugar donde conlleva consecuencias graves el acusar de mentirosa a una persona.

Finalmente, hay que observar que, en algunos casos, las partes manifestaban percibir la mediación como un espacio dotado de “normatividad”, por lo que las promesas o la asunción de compromisos se consideraban como vinculantes por ser pronunciadas en un lugar definido o ante un tercero determinado: “*Yo no voy a prometer nada acá*”, o “*No quiero asumir ningún compromiso delante de él*”.

En otros casos, se hacía evidente que las partes consideraban que el acuerdo alcanzado era vinculante por haber sido construido ante terceros, cuya presencia a lo largo del proceso, aunque “silente”, asumía una función normativa de testigo y de garante: “*La señora también forma parte de este acuerdo (y por lo tanto debe firmarlo)*”.

3.7. Resumen de los resultados

Para concluir, y con la prudencia necesaria, atendiendo a las limitaciones, *supra* señaladas, de la muestra analizada, podemos resumir los resultados de las observaciones en los términos que siguen.

I. Primero, en la observación llevada a cabo, la mediación se presenta como un sistema de interacción, donde se entrelazan las comunicaciones de tres participantes (o sub-sistemas): las partes y el mediador.

Su trayectoria y su desenlace se van configurando, por decirlo en terminología de Luhmann, como fenómenos emergentes de 3 diferentes procesos de autopoiesis.

La presencia del mediador re-configura el conflicto en una disputa, esto es, en una relación en la que el conflicto es declarado públicamente frente a un tercero, donde se puede observar que:

- La presencia del mediador logra des-integrar el conflicto, porque desplaza la atención de las partes. Éstas, en el esfuerzo de construir un relato para el mediador, abandonan por un momento su dialéctica reiterativa: ya no se trata

de enfrentarse al otro, sino de persuadir el mediador de la validez de su propia posición.

- El mediador cumple además la función de “objetivar” las enunciaciones de las partes. Ello es así porque, cuando las partes afirman algo delante de un tercero ajeno al conflicto, sus palabras adquieren una naturaleza “objetiva”⁴³, dado que no sólo se dirigen al adversario, sino que también son escuchadas por alguien que no es parte de la controversia. Eso determina el que haya una atención diferente, tanto en la selección de los enunciados, como en el tono y en la actitud con la que se los pronuncia. Las expresiones, por tanto, pierden parte de su carácter hostil, porque de la conversación forma parte alguien que no integra el conflicto (aunque sí la disputa).
- Las partes intentan casi siempre forzar la neutralidad del mediador, especialmente en las reuniones privadas y en los momentos iniciales de la conjunta. Para ello, utilizan diferentes técnicas, más o menos manifiestas, como: el desprestigiar al otro, o el presentarse como una persona virtuosa, o pretender que el mediador ratifique “su verdad”, o el hacer referencia a vínculos/contactos pre-existentes, o evidenciar afinidades entre sí y el mediador, etc.
- Ello es así porque las partes afrontan la mediación como si se tratara de un juicio y, por lo tanto, exigen del mediador no solamente que tome partido, sino también que les dé la razón, que investigue, que emita una opinión, o que tome una decisión.
- Si el mediador, por la razón que sea, se muestra débil frente al intento de las partes de forzar su neutralidad, el conflicto vuelve a integrarse.
- Si en cambio el mediador se mantiene firme, las partes tienden, a lo largo del proceso, a abandonar su actitud normativa, esto es, tienden a abandonar la expectativa de que el mediador tome una decisión favorable o contraria, y asumen una actitud más “dialogante”.

43 Estoy consciente de los inconvenientes que el uso del término “objetivo” conlleva. Preciso por tanto que lo uso para referirme a la idea de que las afirmaciones de las partes, pronunciadas delante del tercero, son “observadas” desde el exterior por alguien que no pertenece al sistema del conflicto.

- Las selecciones que las partes realizan en la mediación son fruto de su propia selectividad y de la selectividad de los otros participantes en la conversación. Dicho en otros términos, las partes, además de hablar, también escuchan según sus propios criterios y, sobre todo, reaccionan a lo que escuchan, evadiendo la estructura que el mediador intenta dar al proceso. Por ejemplo, ignoran los replanteos del mediador, o sus intentos de “depurar” algunas declaraciones de las partes de sus componentes más desagradables o “provocadoras”.
- En todo caso, el mediador es el perno de la comunicación y es muy infrecuente que las partes se dirijan directamente la una a la otra. Las partes concentran sus esfuerzos, sobre todo, en el intento de convencer al mediador para que les dé la razón o para que ratifique lo que están diciendo, o lo usan para excluir a la otra parte de la conversación, o para influenciarla, tratándolo como un supuesto aliado, etc.
- Además, la mediación no se presenta como un curso ordenado de progresión temática hacia la formación de un acuerdo. Frecuentemente las partes reaccionan a lo que dice quien está ocupando el turno de habla, objetando y/o introduciendo otros temas. Se crean, de este modo, grupos de temas alrededor de un tema principal, de manera que la conversación adopta la forma de racimos y, en algunas ocasiones, se dispersa en “rizomas”.
- Se observa también una distribución irregular de los niveles de rivalidad a lo largo de la sesión. Ello es así incluso en aquellas raras situaciones en las que las partes llegan a un acuerdo “racionalmente” motivado.
- Asimismo, las condiciones que permiten o impiden un intercambio argumental son generalmente inestables a lo largo del proceso de mediación. Ello significa que las partes pueden, por un lado, emprender una conversación utilizando argumentaciones coherentes y justificando sus pretensiones, pero después modificar su actitud con el verificarse de algunas circunstancias. O al contrario, pueden empezar confrontándose con una actitud de rivalidad exacerbada, para después terminar conversando de manera “racional”. No se da generalmente una progresión lineal, ni en una dirección ni en la otra, esto

es, las partes casi nunca mantienen la misma actitud.

- La inestabilidad se debe, sobre todo:
 - a. A la actuación del mediador.
 - b. A la presencia de otros actores.
 - c. A la actitud estratégica de las partes.

II. Segundo, las comunicaciones, que los participantes intercambian a lo largo de la mediación, están dirigidas a alcanzar acuerdos. Además, puesto que no pueden esperar del mediador que tome decisiones sobre la controversia, las partes están obligadas, si quieren continuar con el proceso, a intercambiar argumentaciones hasta llegar al acuerdo.

En cuanto al proceso de argumentación, y usando las categorías conceptuales de Habermas sobre acción comunicativa, en la muestra tomada se puede observar lo siguiente:

- Las partes casi nunca utilizan el lenguaje de forma comunicativa. Más bien, puede observarse un prevalear del uso estratégico del lenguaje. Concretamente, casi nunca se observa el planteamiento, aceptación y/o rechazo de argumentaciones racionalmente motivadas, esto es, basadas en “buenas razones”. Las partes utilizan con frecuencia estratagemas para influenciar a su favor al otro o al mediador.
- La mediación se presenta, por tanto, como una negociación en la que las partes persiguen su propio éxito y no como una conversación dirigida a lograr un entendimiento y un consenso. En este sentido, el entendimiento mutuo casi nunca es el objetivo de las partes, que más bien tratan de llegar al mejor resultado posible para sí. En consecuencia, cuando las partes alcanzan un acuerdo, éste se identifica con lo que Habermas define como *compromiso o arreglo no racional*.
- Cuando las partes usan el lenguaje de manera estratégica, generalmente es para obtener resultados del tipo: protegerse, auto-justificarse, influenciar al otro, influenciar en el mediador, tener una posición de ventaja sobre el otro, mitigar acusaciones, generar empatía, contener reacciones agresivas,

desacreditar el interlocutor, etc..

- El uso estratégico impide el intercambio argumentador porque las intenciones del hablante permanecen ocultas para el oyente. En consecuencia, éste no puede criticarlas y oponer sus argumentos.
- En especial modo, son expresión de un uso estratégico del lenguaje: las reiteraciones, las locuciones perentorias (basadas en razones auto-evidentes, o evidentes e incuestionables, o en opiniones personales), las amenazas, el denigrar el interlocutor, etc. En estos casos, se produce una reacción igual y contraria, que activa un remolino recursivo y refuerza la actitud de rivalidad.
- Las actitudes estratégicas de las partes o la imposibilidad de salir del remolino de la rivalidad dependen también de:
 - El actuar del mediador, cuando a su vez intenta influir estratégicamente en el proceso, o pierde la “neutralidad”.
 - La estructura del proceso, cuando obliga a los participantes a observar un rígido protocolo de actuación.
 - La presencia de otros actores, sobre todo la de los abogados, cuando asumen una actitud obstaculizante.
- El uso comunicativo del lenguaje se aprecia solamente cuando ha habido una cuidadosa actividad de preparación de la conjunta en las reuniones previas, o cuando el mediador consigue desactivar la rivalidad.
- Algunas locuciones logran instaurar un clima propicio: los reconocimientos, por ejemplo, abren el espacio a nuevas argumentaciones porque el interlocutor no se ve obligado a seguir defendiendo recursivamente su argumento⁴⁴.

En cuanto a la construcción de acuerdos, hay que señalar que:

- El acuerdo alcanzado en mediación no es el resultado “espontáneo” de la conversación entre las partes, ni surge como fruto “natural” de su proceso de argumentación, o del entendimiento y del consenso. No corresponde a lo

44 La aceptación de una responsabilidad compartida es uno de los factores señalados por Jean Poitras en su estudio sobre los factores que favorecen el pasaje de una actitud competitiva a una cooperativa en el transcurso de la mediación. Cfr. POITRAS, Jean, “A Study of the Emergence of Cooperation in Mediation”, *Negotiation Journal*, Vol. 21, N. 2 (2005), pp. 281–300

observado empíricamente el que sean las partes las que construyen una solución, de forma autónoma y sobre la base de un proceso de diálogo, que el mediador se limita a facilitar. En realidad, en la gran mayoría de los casos, el acuerdo nace gracias a la aportación del mediador quien, filtrando y seleccionando algunos segmentos del relato de las partes, compone la formula final y la propone a las partes, quienes generalmente la aceptan⁴⁵.

- Sin embargo, no es infrecuente notar que las partes aceptan la propuesta del mediador de una manera forzosa, por el prestigio/autoridad que le reconocen, o simplemente por cansancio.
- En estos casos, un desenlace “positivo” (un acuerdo) parecería mayoritariamente fruto del actuar del mediador, esto es, de su capacidad de selección de los fragmentos discursivos, de su habilidad en la distribución de los turnos, de su saber manejar la rivalidad, además de su elocuencia y de sus manipulaciones.
- Constatar que el acuerdo se construye gracias a una original buena actitud de las partes, que reduce el papel del mediador a sus mínimos términos, es bastante infrecuente.
- El acuerdo generalmente se refiere a los temas planteados al principio de la mediación por las partes. Es muy infrecuente que el mediador añada otros asuntos a la discusión.
- Las partes difícilmente logran llegar a un acuerdo si:
 - Una parte predomina sobre la otra.
 - Una parte se sintió obligada a participar en la mediación (falta de voluntariedad).
 - La estructura del proceso no es lo suficientemente elástica.
 - Las partes no tienen capacidad para hablar.

45 Una propuesta del mediador ha sido observada como una de las más efectivas estrategias para concluir la mediación con un acuerdo. Cfr. KLERMAN, Daniel; KLERMAN, Lisa, “Inside the Caucus: An Empirical Analysis of Mediation from Within”, *Journal of Empirical Legal Studies*, Vol. 12, N. 4 (2015), pp. 686–715. Véase también el aún actual trabajo de Silbey y Merry acerca de las estrategias utilizadas por el mediador para lograr un acuerdo entre las partes: SILBEY, Susan s.; MERRY, Sally E., “Mediator Settlement Strategies”, *Law and Policy*, Vol. 8, N. 1 (1986), pp. 7-32

- Las partes no salen de las reiteraciones y/o no consiguen superar su rigidez.
- Y, naturalmente, si una de las partes no acepta la propuesta motivada de la otra. Sin embargo, resulta interesante notar que en la muestra observada hubo un solo caso de este tipo.
- El proceso de construcción del acuerdo, aunque más trabajoso en las judiciales debido a la interferencia perlocucionaria de los abogados y a la rigidez del protocolo, tiene la misma estructura en los dos contextos observados (judicial y extra-judicial).
- El acuerdo usualmente se redacta por escrito solamente en las mediaciones judiciales. En las extra-judiciales, las partes no manifiestan la necesidad de formalizarlo. En estos casos, es el mediador quien sugiere la oportunidad de hacerlo, cuando estima que pueda servir a las partes para futuros trámites administrativos.
- En las mediaciones pre-judiciales se da la posibilidad de que los abogados negocien el acuerdo sin la intervención de sus asistidos.

Dado lo expuesto, la idea de que la mediación pueda interpretarse como una forma de acción comunicativa no parece del todo corroborada por la observación empírica. El uso estratégico del lenguaje, y las numerosas formas de presión que las partes y el mediador ejercen en la conversación, parecen indicar que la mediación es, mayoritariamente, un mero arreglo de intereses individuales, y no una forma de interacción orientada al entendimiento y al acuerdo.

Esto no significa que no pueda darse la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, la mediación se oriente “como” un acción comunicativa. En algunos casos, concretamente cuando el mediador ha dedicado un cuidado especial al trabajo previo con las partes acerca de su capacidad de argumentar, o cuando las partes logran salir de una dinámica de rivalidad reiterativa (por la razón que sea), se puede observar cómo la interacción se dirige hacia formas de construcción cooperativa de acuerdos.

III. Finalmente, en cuanto a la relación entre mediación y derecho, se puede observar que:

- La mediación no es un estilo de resolución de conflictos común. Tanto en los contextos “legales” como en los para-legales, las personas buscan en primera instancia la intervención de una figura de autoridad que solucione el conflicto, o que al menos dictamine acerca de quién tiene la razón, o que convenza al otro para que cambie su actitud.
- Además, las partes participan en la mediación como si se tratara de un juicio, muestran actitudes de defensa de sus intereses y esperan del mediador una decisión, o al menos una solución o un reconocimiento de la corrección de sus demandas.
- La idea de un tercero neutral, sin poder para decidir sobre la controversia, y cuya función sea únicamente la de alentar la comunicación, parece más bien un constructo teórico de los mediadores, que no forma parte del bagaje cultural de los participantes en las mediaciones observadas.
- En otras palabras, la mediación no se presenta como un recurso “originario” para la gestión de conflictos, sino que su uso es el resultado de un “trasplante cultural”.
- El Derecho es un elemento que penetra el proceso de mediación y contribuye a darle forma. Concretamente, el derecho se presenta:
 - Como una “segunda instancia” de resolución del conflicto. En este caso, la mediación es percibida y vivida como una momentánea renuncia a ejercer la acción judicial.
 - Como un dispositivo amenazante. En este sentido, las partes pueden utilizar el argumento de recurrir a la instancia judicial para influir en el proceso y/o para forzar un acuerdo en beneficio propio.
 - Como único medio que se reconoce idóneo para resolver una controversia. En este caso, el derecho invalida la mediación como medio de resolución del conflicto y la actitud de las partes es de abierta desconfianza hacia la utilidad de una resolución dialogada.
- Aun así, las partes pueden, en ocasiones, dejar de lado la idea de recurrir al

derecho a favor de una forma de regulación dialogada.

- La mediación se percibe como lugar dotado de normatividad, tanto en el ámbito judicial como en el ámbito extra-judicial. En ambos contextos, las partes no muestran dificultades en respetar las reglas procedimentales que gobiernan la conversación y reconocen al mediador la autoridad para dirigir el proceso.
- La “sensibilidad” de las partes hacia la normatividad del proceso de mediación se extiende a la percepción del carácter vinculante de los acuerdos.
- El valor obligatorio de los pactos, en el caso de la mediación, tiene que ver con el hecho de que las promesas y las declaraciones de obligación recíproca se pronuncian en una situación formal, donde un tercero es el encargado de formalizar el dialogo con vista a la consecución de acuerdos.
- Esto vale para todos los contextos observados, incluidos aquellos que no pueden contar con el Derecho como segunda instancia de resolución de la controversia.

PARTE QUINTA

CONCLUSIONES

Llegado el final de este trabajo sobre la mediación y su relación con el derecho, nos queda constatar si la idea con la que emprendimos el camino, que la mediación puede considerarse una forma de regulación normativa autónoma, capaz de asegurar, a la par o incluso mejor que el derecho, una gestión eficaz de la complejidad social, tiene algún fundamento.

Para responder a la pregunta, es necesario considerar, ante todo, la dimensión descriptiva. A partir de la observación de las prácticas y de los discursos académicos y políticos acerca de la mediación, es posible trazar su cuadro actual y avanzar algunas hipótesis sobre su evolución y su desarrollo futuro. Por otro lado, hay que identificar, desde un punto de vista programático, cuáles son las condiciones bajo las que la mediación puede dar su contribución a la regulación social y, con base en ello, avanzar propuestas para el futuro.

1. La perspectiva descriptiva

Nuestro planteamiento inicial necesitaba que se analizara previamente el proceso de mediación y sus dinámicas, que se mirara de cerca el actuar de las partes y del mediador, y que se identificaran los mecanismos que subyacen a la producción de

acuerdos.

A tal fin, extrajimos de la literatura especializada una definición elemental de mediación que, más allá de la multiplicidad de corrientes o modelos, pudiera darnos una idea del fenómeno a comprender. Encontramos, pues, que la mediación consiste, fundamentalmente, en la realización de encuentros entre dos contendientes, en presencia de un mediador que interviene para facilitarlos y que no está involucrado en la controversia. Su objetivo es terminar conflictos a través de la construcción de acuerdos, sobre la base de un intercambio comunicacional entre las partes, y no de una decisión impuesta por un tercero.

Dado que mi interés no se limitaba al proceso de mediación en sí, sino que iba dirigido, sobre todo, a su aspecto normativo, se hacía necesario un aparato conceptual y teórico que me permitiera explorar también esta dimensión.

Se trataba de identificar las condiciones que posibilitan que un proceso de autorregulación, que se basa fundamentalmente en el diálogo, llegue a generar configuraciones normativas vinculantes.

Además, pretendía analizar la relación entre esta forma de normatividad y el derecho y, finalmente, comprobar la capacidad de la mediación de contribuir a la regulación de la sociedad, tarea tradicionalmente atribuida al derecho.

Para mis propósitos, la teoría de la Acción Comunicativa de Habermas parecía dar respuesta a una mera intuición derivada de mi práctica profesional, que el uso concreto que las partes hacen del lenguaje, en su intento de solucionar la disputa, determina la fuerza vinculante de los acuerdos que las partes alcanzan en mediación.

A su vez, el paradigma de los Sistemas Sociales Autopoiéticos (Luhmann y Teubner) me permitía aproximarme a los mecanismos que hacían posible que el acuerdo emergiera como resultado de la interacción entre las partes, a partir de una situación de conflicto.

Ambas perspectivas teóricas, además, articulando sus postulados fundamentales en una teoría general del derecho y de la sociedad, me proporcionarían los instrumentos para entender si la normatividad de la mediación es autónoma respecto al derecho y, en este caso, si la mediación puede considerarse una forma adecuada de regulación social.

Para analizar la posibilidad de que los acuerdos de mediación lleguen a configurar un orden normativo paralelo y autónomo, necesitaba además de la aportación de los estudios sobre pluralismo jurídico.

El trabajo de campo me ayudaría finalmente a confirmar o a desmentir mi tesis.

Valiéndome de las susodichas herramientas teóricas y empíricas, he podido llegar a las conclusiones que expongo a continuación.

1.1. La mediación es una fuente de producción normativa

Se trata, en efecto, de una interacción en la que las partes, a partir de una situación de conflicto, tratan de construir un conjunto de reglas que tiene como objetivo regular sus relaciones futuras.

Sabemos por los estudios sobre pluralismo jurídico que las transacciones, es decir, los procesos de interacción e intercambio entre sujetos, individuales y/o colectivos, que sirven para regular sus relaciones, incluidos los mismos procesos de resolución de disputas, son fuentes de producción normativa.

El cómo se genera un sistema de reglas en un proceso como la mediación, es algo que podemos describir, con Luhmann, en términos de autopoiesis.

1.1.1. La mediación como forma de autopoiesis

Desde esta perspectiva, la mediación se presenta como una interacción que se “autoproduce”, esto es, como un sistema autopoietico, que crea las condiciones para su transformación hacia un sistema emergente de orden superior, fruto del condicionamiento de las relaciones entre los elementos del sistema.

Concretamente, la mediación es una interacción que se pone en marcha para gestionar aquella forma peculiar de doble contingencia que es el conflicto, mediante la producción de acuerdos.

En ella, las comunicaciones se configuran como negaciones que se reproducen recursivamente, según el código de la rivalidad, produciendo un exceso de integración del sistema.

Con la introducción del mediador, se rompe la tendencia del sistema hacia la integración en exceso y se abren nuevas posibilidades de selección para las partes.

Dada la situación de doble contingencia, no es posible conocer de antemano cómo

se orientará la selectividad de las partes. Empero, sabemos que éstas, si no quieren abandonar el proceso, están obligadas a seguir seleccionando opciones, persiguiendo el acuerdo, debido a que no pueden contar con un dictamen del mediador.

Las selecciones de las partes discurren a lo largo del proceso, no sólo una tras la otra, sino basándose las unas en las otras. De esta forma, se consolidan a medida que se las usa en el proceso de selección siguiente.

La mediación, entonces, es el “marco condicional” donde las selecciones se van coordinando “inexorablemente”, como explica Luhmann, comprometiéndose a sí mismas, trabando relaciones mutuas y deshaciendo alternativas.

Es así como la comunicación en mediación desvela su naturaleza de mecanismo autopoietico, que procede por selecciones progresivas hacia la estabilización de las expectativas de las partes, y permite que emerja un nuevo sistema normativo, ya libre de las fuerzas integradoras y parásitas del conflicto.

En este contexto, entendemos la comunicación como un proceso de tres cifras, que está en la base de los sistemas sociales y permite su autopoiesis, según la perspectiva luhmaniana.

Desde este punto de vista, el proceso de comunicación se completa solamente en el momento en que el destinatario “interpreta” la información que recibe. El sentido emerge, por lo tanto, exclusivamente de forma intersubjetiva y, por ende, no hay comunicación alguna, sin la aportación de la selectividad del destinatario, de su comprensión.

De ello deriva que el mediador no puede incidir directamente en la comunicación. A lo sumo, puede participar en ella, y sus comunicaciones serán a su vez “recibidas” e interpretadas según la selectividad de cada una de las partes.

En un contexto de esta naturaleza, además, es erróneo concebir la comunicación en la mediación como un fenómeno que, debido al conflicto, se ha interrumpido o muestra un mal funcionamiento a corregir. La comunicación no es el éxito o el fracaso de la transmisión de un mensaje, sino un proceso que se reproduce mediante el encuentro de la selectividad de las partes, del que pueden derivar tanto el consenso, como el disenso (sin el cual, dicho sea de paso, la autopoiesis se detendría).

La cuestión, por lo tanto, no es “corregir” las comunicaciones de las partes, para que éstas puedan “entenderse” (dado que se entienden de todas formas), sino abrir más posibilidades de selección, fomentando la desintegración del conflicto.

De ahí que el mediador no es tanto el garante de la racionalidad del proceso, sino un participante más, cuya tarea es la de acompañar las partes en su intento de coordinar expectativas, en una interacción que está estructurada para ello.

En el trabajo de campo se ha contrastado empíricamente que la mediación puede leerse como un sistema de interacción, cuya trayectoria y desenlace se van configurando, por decirlo en términos de Luhmann, como fenómenos emergentes del encuentro de 3 diferentes procesos de autopoiesis, donde el mediador es el perno de la comunicación.

Es posible, en efecto, observar cómo la presencia del mediador re-configura el conflicto en una disputa, esto es, en una relación en la que el conflicto es declarado públicamente ante un tercero, y lo “des-integra”, desplazando la atención de las partes y “objetivizando” sus enunciaciones, con el resultado que la estructura de rivalidad del sistema se modifica.

En esta situación, si el mediador, por la razón que sea, se muestra débil frente al reiterado intento de las partes de forzar su neutralidad, el conflicto vuelve a integrarse. Por el contrario, cuando el mediador se mantiene firme, las partes tienden a abandonar su actitud normativa y a asumir una postura más “dialogante”.

En cualquier caso, la mediación se presenta como un sistema inestable, con una distribución irregular de los niveles de rivalidad y de los contenidos tratados y no se da, generalmente, una progresión lineal del intercambio, desde la hostilidad hasta la producción del acuerdo. Por tanto, no encuentra confirmación empírica el proceso por etapas descrito en la parte tercera (apartado 4.3).

La naturaleza intersubjetiva de las comunicaciones se manifiesta en que éstas se van construyendo y modificando en el encuentro entre las selecciones (y la selectividad) de todos los participantes en la conversación, incluido el mediador.

Por esta razón, los intentos del mediador de gobernar el proceso según sus propios criterios se vuelven inútiles. Cuando son “útiles”, es porque coinciden o son coherentes con los criterios de selección de las partes.

Al final del encuentro, cuando las partes alcanzan un acuerdo, ello se debe a que

aceptan la fórmula final que el mediador compone, usando algunos de sus fragmentos discursivos.

1.1.2. La mediación no es una forma de acción comunicativa

Pese al sugestivo parecido con la teoría habermasiana, a la luz de los resultados del trabajo de campo, se debe concluir que la mediación no puede leerse en términos de acción comunicativa. Por lo tanto, contrariamente a mi planteamiento inicial, la Teoría de la Acción Comunicativa no resulta de utilidad para entender el cómo las partes llegan a construir pactos que les obliguen de cara al futuro, cuando menos por lo que concierne la mediación.

El prevalecer de un uso estratégico del lenguaje, y las numerosas formas de presión que las partes y el mediador ejercen en la conversación, indican que la mediación no es una forma de interacción orientada al entendimiento y al acuerdo, según la define Habermas.

La naturaleza contrafáctica de una situación ideal de habla, en la que la acción comunicativa encontraría su expresión, emerge con toda claridad en mi observación empírica de las mediaciones, que confirma la crítica de Kauffman, de que son muy poco frecuentes las ocasiones en las que los participantes en una conversación actúan acordes con la situación ideal de habla descrita por Habermas (*vid supra*, en la segunda parte)¹.

De ello resulta que lo planteado en el apartado 4.3 de la tercera parte no encuentra confirmación empírica. Las partes no avanzan hacia el entendimiento y el acuerdo argumentando sus pretensiones de validez y, por tanto, es incorrecto afirmar que el valor de vínculo de los acuerdos deriva de la naturaleza comunicativa del intercambio llevado a cabo.

A pesar de ello, los resultados de la investigación indican también que puede darse la posibilidad de que, bajo ciertas condiciones, la mediación se oriente “como” una acción comunicativa. En algunos casos, concretamente cuando el mediador ha dedicado un cuidado especial al trabajo previo con las partes acerca de su

1 Dado lo expuesto, se vuelve dudoso el mismo concepto de racionalidad comunicativa propuesto por Habermas. Si es que existe un fundamento normativo en la interacción comunicativa, éste no parece vinculado, por lo menos en la mediación, con el respeto de las condiciones ideales de diálogo planteadas por el pensador alemán.

capacidad de argumentar, o cuando las partes logran salir de una dinámica de rivalidad reiterativa (por la razón que sea), se puede observar cómo la interacción se dirige hacia formas “comunicativas” de construcción de acuerdos. Ello se debe, a mi parecer, a que en estos casos el mediador no interviene directamente en el contenido de las comunicaciones de las partes (por ejemplo, modificándolas o “replanteándolas” o “depurándolas” según su propio criterio), sino que favorece su autonomía en la gestión de la disputa, es decir, favorece su autopoiesis.

La aparición de “episodios comunicativos”, aunque infrecuente, parecería confirmar la postura de quienes sugieren el uso de las categorías habermasianas como fundamento para la práctica de la mediación (vid *supra*, segunda parte).

Se trataría, según estos autores, de adiestrar el mediador en nuevas técnicas, que le permitan aproximar el proceso a ese modelo ideal de “sociación comunicativa pura”, que incluso Habermas reconocía como altamente improbable.

Desde esta perspectiva, el mediador debería garantizar la simetría, la razonabilidad, la igualdad y la corrección del acuerdo, además de contener las derivas instrumentales y corregir los equilibrios de poder (Carabante Muntada y Wehrenfennig).

Otros señalan que el mediador debería animar a las partes para que observen las reglas de conversación analizada por Habermas con respecto al proceso de argumentación (Chilton y Cuzzo), o que debería actuar según una racionalidad comunicacional, para favorecer la “intercomprensión” entre las partes (Bonafé-Schmitt).

Se trata de propuestas sugestivas que sin embargo, a mi juicio, deberían considerar con mayor atención el carácter intersubjetivo (y autopoietico) del proceso de comunicación, cuyos resultados no son tan previsibles como parecerían presuponer las orientaciones habermasianas de la mediación.

Finalmente, es posible reconocer que, a pesar de las limitaciones aquí señaladas, el modelo de la Acción Comunicativa puede usarse como instrumento conceptual para analizar el flujo de la comunicación en la mediación. Nos ayuda a identificar algunos de los fenómenos que acercan o alejan a las partes de alcanzar acuerdos como, por ejemplo, el que un actuar estratégico vuelve a “integrar” el conflicto. Asimismo, nos permite seguir el rastro de las selecciones que las partes operan en su intercambio.

1.2. La autonomía de la producción normativa en mediación

Como vimos, la mediación produce configuraciones normativas sobre la base de procesos de autopoiesis.

La fuerza vinculante de tales configuraciones es independiente de su naturaleza “jurídica”, incluso cuando se generan en contextos judiciales. Su capacidad de obligar parece más bien relacionada, de un lado, con mecanismos de control social, asociados con patrones normativos que sostienen principios generales de cumplimiento y, del otro lado, con la naturaleza intersubjetiva misma del proceso de mediación. En este sentido, la homologación de un acuerdo no incrementa su fuerza vinculante.

En la observación empírica se nota claramente que las partes, tanto en el ámbito judicial como en el ámbito extra-judicial, perciben la mediación como un lugar dotado de normatividad. Por tanto, prestan su conformidad a las reglas procedimentales que gobiernan la conversación, y reconocen al mediador la autoridad para dirigir el proceso.

La “sensibilidad” de las partes hacia la normatividad del proceso de mediación se extiende después a la percepción del carácter vinculante de los acuerdos.

En este sentido, el valor obligatorio de los pactos deriva del hecho de que las promesas y las declaraciones de obligación recíproca se pronuncian en una situación formal, donde un tercero es el encargado de formalizar el diálogo, con vista a la consecución de acuerdos.

Esto vale para todos los contextos observados, incluidos aquellos que no pueden contar con el Derecho como segunda instancia de resolución de la controversia.

1.3. La mediación no es un mecanismo de regulación (macro) social

Pese a que en la mediación se den fenómenos de producción normativa, y pese a que éstos tengan relevancia y efectos más allá de su juridicidad, no puede afirmarse, como hacen algunos, que la mediación es también un mecanismo de regulación social, cuando menos no lo es en un nivel macro-social.

La mediación, en efecto, no puede estabilizar expectativas de forma generalizada y, por ende, no puede cumplir con la función de reducir la complejidad social en

sociedades altamente diferenciadas.

En definitiva, el que sirva para coordinar de forma satisfactoria las expectativas de dos partes concretas no la convierte en una fuente idónea y suficiente de gestión de la complejidad social, porque no sirve para anticipar y generalizar expectativas y no proporciona medios de previsión de selecciones.

Por esta razón, es inevitable reconocer con Habermas, Luhmann y Teubner, que el recurrir a instituciones “no jurídicas” como el arbitraje, la conciliación, la mediación o el puro compromiso, no sería de utilidad para regular el funcionamiento de sociedades complejas.

Como indica Luhmann, los individuos se guían cotidianamente por mecanismos elementales de formación de expectativas, que producen “ordenamientos estables” (aunque todavía inexplorados) y que refuerzan el mismo derecho positivo. Sin embargo, en la experiencia factual de los sistemas menores, una regla siempre puede modificarse para armonizar las expectativas de manera concreta, caso por caso.

Además, es preciso tener en cuenta que el alcance de la mediación es todavía muy limitado. No solamente su uso es marginal, sino que tampoco representa un estilo común de resolución de conflictos. En efecto, la idea de un tercero neutral, sin poder para decidir sobre la controversia, y cuya función es únicamente la de alentar la comunicación, parece un constructo teórico de los mediadores, que no forma parte del bagaje cultural de los participantes, que en realidad tienen la expectativa de encontrarse en un mecanismo de heterocomposición. Ello no solamente ha sido puesto en evidencia por las investigaciones sobre justicia procedimental, como vimos en la primera parte, sino que se ha constatado empíricamente en las observaciones llevadas a cabo en el presente trabajo.

Tanto en los contextos “legales” como en los para-legales, se puede, en efecto, notar como las personas buscan, en primera instancia, la intervención de una figura de autoridad que solucione el conflicto, o que al menos dictamine acerca de quién tiene la razón, o que convenza al otro para que cambie su actitud.

Asimismo, las partes participan en la mediación como si se tratara de un juicio, muestran actitudes de defensa de sus intereses y actúan para inducir al mediador a decidir, o al menos a dar una solución o a reconocer la corrección de sus demandas.

Por estas razones, la mediación no se presenta como un recurso “originario” para la gestión de conflictos, sino que su uso es el resultado de un “trasplante cultural”, y por ello las partes tienden a no utilizarla mayoritariamente y optan por otras formas de resolución, siempre que ello sea posible.

1.4. La relación entre mediación y derecho

Los modos de relación entre mediación y derecho que hemos examinado en el presente trabajo se refieren a

- a) La normatividad de los dos campos.
- b) La influencia del derecho sobre los procesos de mediación.
- c) El uso de la mediación por parte del derecho (juridificación).

a) En cuanto a la primera, hemos visto como el acuerdo de mediación tiene una fuerza vinculante propia, que no necesita el aval del derecho para desplegar sus efectos. Es más, se basa en parte en los mismos mecanismos sociales que también sostienen el funcionamiento del derecho (como señala Tamanaha, sin orden social previo, el derecho no podría existir).

En este sentido, la producción normativa propia de la mediación, como dirían los pluralistas, constituye un orden menor, que concurre a producir orden social junto con otras fuentes, incluido el derecho.

La normatividad de los dos campos se presenta por lo tanto como complementaria.

b) En cuanto a la influencia del derecho sobre los procesos de mediación, los resultados del trabajo de campo indican que el Derecho es un elemento que penetra el proceso de mediación y contribuye a darle forma. El derecho está presente como una “segunda instancia” de resolución del conflicto, por lo que la mediación es percibida y vivida frecuentemente como una momentánea renuncia a ejercer la acción judicial.

Además, el derecho funciona como un dispositivo amenazante, por ejemplo cuando las partes utilizan el argumento de recurrir a la instancia judicial para influenciar el proceso y/o para forzar un acuerdo en beneficio propio.

Finalmente, el propio derecho puede invalidar la mediación misma y fomentar, en las partes, una actitud de abierta desconfianza hacia la posibilidad de que ésta

resulte de alguna utilidad, siempre que se le reconoce como único medio idóneo para resolver una controversia.

Aun así, en algunas ocasiones las partes dejan de lado la idea de recurrir al derecho a favor de una forma de regulación dialogada.

c) En cuanto al uso de la mediación por parte del derecho, hay que señalar la progresiva incorporación de la mediación en el contexto judicial.

Aquí, la mediación funciona como dispositivo procesal, y más exactamente como un equivalente funcional del juicio, fruto de una diferenciación del derecho procesal. Su eficacia de equivalente funcional parece hasta el momento muy limitada, por lo menos en el contexto europeo, tanto en el civil, como en el penal.

También cabe recordar el creciente uso de la mediación para propósitos de política institucional pública. Su uso, en este contexto, consiste en intervenciones que formalizan el dialogo para fines de ingeniería social. Como vimos, su alcance es bastante limitado también en este terreno.

1.4.1. La mediación en la espiral de la juridificación

i) Los resultados que acabamos de señalar son fruto de la juridificación de la mediación.

Hablamos de una juridificación por *adensamiento*, en el caso de la mediación judicial. Se trata de una progresiva diferenciación del instrumento procesal, por un lado, y de la figura profesional del mediador (que se especializa en mediador civil, familiar, hipotecario, concursal, penal, etc.), por el otro. En cambio, la mediación extra-judicial está afectada por una juridificación por extensión, que amplía las áreas de atención jurídica en un determinado campo social.

ii) Un efecto secundario de la progresiva reglamentación es que la mediación misma, incluso la extra-judicial, se convierte en un dispositivo que a su vez favorece la juridificación de lo social, porque aumenta el número de cuestiones que pueden acceder al campo judicial, limitando los recursos de gestión y resolución de conflictos que espontáneamente se utilizarían en un determinado contexto social.

Ello provoca que el derecho se aplique, con frecuencia creciente, en áreas que ya funcionan según sus propios criterios de regulación y que, en principio, tienen igual o incluso mejor capacidad de organizar la conducta y las interacciones, incluidas las

conflictivas.

iii) El proceso de juridificación finalmente desemboca en la necesidad de intensificar aún más la reglamentación de la mediación. De esta forma, el alcance de la mediación se restringe, porque el derecho circunscribe la atención a problemas determinados y trata el conflicto como un asunto cuya resolución está circunscrita a los aspectos definidos jurídicamente. Asimismo, al imponer a la mediación una estructura determinada, el derecho administra ritmos y temas, terminando por estimular una gestión estratégica del proceso. En definitiva, reduce la autodeterminación de las partes, tanto limitando sus posibilidades de comunicación, como restringiendo el número y el tipo de soluciones que las partes puedan querer adoptar.

iv) Encorsetada en la espiral de la juridificación, la mediación pierde, desde el principio, todo su potencial como instrumento de regulación social, además de sufrir una metamorfosis. En efecto, la fuerza de atracción institucional ha determinado, con el paso del tiempo, una transformación progresiva de los propósitos iniciales de la mediación “social” o “comunitaria” (en *primis*, el de devolver a las comunidades el protagonismo en la resolución de sus propios conflictos), en los objetivos de los sistemas judicial y político (reducción del contencioso y contención de la conflictividad social).

2. La perspectiva programática

Cuando hablamos de capacidad de la mediación de regular la sociedad, esto es, de reducir complejidad social, nos referimos a su capacidad de producir “configuraciones normativas” que “funcionen” en sociedades altamente diferenciadas.

Ello parece haber querido lograrse insistiendo en su juridificación. Hasta ahora se puede observar una tendencia evidente hacia la transformación de la mediación en un instrumento del sistema judicial o de las políticas sociales. De ello deriva que la mediación está dejando de ser una interacción dirigida a terminar el conflicto (esto es, a estabilizar expectativas), mediante la construcción “dialogada” de acuerdos, para convertirse en una intervención que funciona según criterios diferentes.

Frente a este intento no exitoso, podemos optar por seguir fomentando el uso del diálogo como dispositivo de descongestión del contencioso o de control de la conflictividad o, en cambio, imaginar una reglamentación jurídica que “libere” la normatividad propia de la mediación y que, al mismo tiempo, le garantice estabilidad y generalidad.

i) La primera solución, a mi juicio, está destinada a fracasar, porque supone una intervención directa del derecho en áreas que funcionan según criterios propios (es decir, en subsistemas autopoieticos y autorreferentes), cuyos efectos son por tanto difícilmente previsibles. En este sentido, se han pronunciado tanto Teubner (*vid supra*, segunda parte, apartado 2.6.1) como Moore. Esta última, concretamente, ha subrayado la ineficacia de los intentos de producir cambios sociales en un campo social donde ya están presentes “obligaciones vinculantes” (*vid supra*, segunda parte, apartado 3.3.4.). Un ejemplo de ello es la resistencia que la mediación judicial encuentra, incluso en los contextos donde es obligatoria. En este último caso, se afronta mayoritariamente como un puro trámite para acceder al juicio, o de manera instrumental para la obtención de algún beneficio (como sucede, por ejemplo, en el contexto penal). En los contextos donde no es obligatoria, la resistencia hacia la mediación es aún mayor, puesto que, tal y como vimos en la tercera parte, ésta se emplea en un ínfimo porcentaje.

ii) La segunda solución podría “funcionar”, pero requiere de una regulación jurídica completamente diferente, capaz de dar entrada a los procesos auto-reguladores de los diferentes subsistemas.

Se trataría, en la línea propuesta por Teubner, de un derecho que se limitara a proporcionar normas procedimentales y que promoviera los mecanismos de reflexividad interna de cada subsistema, garantizando su autonomía y al mismo tiempo la estabilidad del sistema social.

Aunque el mismo Habermas haya planteado la necesidad de regular jurídicamente las negociaciones, persuadido de la necesidad de limitar las actitudes estratégicas de los contendientes, su propuesta no me parece del todo convincente. En efecto, en su preocupación por hacer efectivo su “principio discursivo”, incluso en las interacciones negociales, el pensador alemán ha llegado a sugerir una reglamentación que incide profundamente y directamente en el proceso

(identificación de los participantes, sus derechos, duración, turnos de intervención, temas, etc.).

En cambio, el uso de formas abstractas de reglamentación jurídica dejaría libre, según mi parecer, la autorregulación de los sub-sistemas, y podría resolver el problema del limitado alcance de la mediación (por tanto de su incapacidad para reducir complejidad). En efecto, un derecho reflexivo constituiría un marco general de referencia normativa para todos los procesos de auto-regulación, cuyos resultados serían armonizables entre sí, al menos en parte, por su supeditación a las reglas procedimentales.

En razón de lo expuesto, mi propuesta va hacia un derecho que se limite a “gobernar la autorregulación social”, sin entrar en su contenido, y que se concretaría en una forma de reglamentación jurídica de la mediación que tiene en cuenta la necesidad de asegurar, ante todo, la auto-determinación de las partes.

Las modalidades de realización concreta deberían dejarse al albedrío de las partes, de concierto con el mediador, mientras que el derecho debería limitarse a las siguientes indicaciones:

1. La mediación debería de establecerse como no obligatoria.
2. La mediación debería de establecerse como una intervención extra-judicial, tanto en el ámbito civil, como en algunos supuestos penales.
3. La reglamentación del proceso debería limitarse a garantizar las condiciones mínimas de voluntariedad, confidencialidad y neutralidad del mediador.
4. En consecuencia, la normativa sobre mediación debería ser objeto de de-regulación, en relación a la identificación de los conflictos a tratar, al estatuto del mediador, al objeto y al desarrollo del procedimiento, y a la forma y la eficacia de los acuerdos.
5. Debería prevenirse el riesgo de que la mediación se use como instrumento de un derecho regulador. En este sentido, por ejemplo, deberían quedar excluidas de su ámbito de aplicación todas aquellas intervenciones cuyo objetivo es el control directo del conflicto y de su (auto) gestión, cuyos ámbitos “naturales” son otros como, por ejemplo, el acervo de actividades policiales dirigidas a salvaguardar el orden público. Asimismo, no deberían

tener cabida, en una regulación reflexiva de la mediación, las actividades que apuntan a orientar las conductas hacia patrones de conformidad social. En este sentido, debería prevenirse el uso de la mediación para finalidades pedagógicas o de re-socialización, que son propias de otros dominios, como la educación, la psicología, o la criminología.

De esta manera, incluso donde el derecho formal no puede cumplir con su función de coordinar expectativas, la mediación “reflexiva” puede presentarse como un recurso funcionalmente equivalente para la regulación social.

3. Indicaciones para futuras investigaciones

La indagación teórica y el trabajo de campo realizado en la presente tesis sugieren otras líneas de investigación, como por ejemplo:

1. La valoración cualitativa del impacto de la mediación en contextos de para-legalidad.
2. La valoración comparativa de la percepción, definición e interpretación de la legalidad, tanto en contextos legales, como para-legales.
3. La reconstrucción de la evolución de la mediación en contextos judiciales y extra-judiciales.
4. El análisis de la expansión de la mediación a través de programas de reforma legal dirigidos a mejorar las condiciones económicas y sociales de los países en vía de desarrollo (*Law and Development Movement*).
5. El análisis del fundamento normativo de la interacción comunicativa en mediación, con el soporte conceptual de la sociología lingüística y el método del análisis conversacional.
6. El estudio de las prácticas de mediación en el marco de las regulaciones supra-estatales
7. El análisis de la mediación como factor de transformación del derecho procesal.

8. El estudio del desarrollo de la mediación en Cataluña y los efectos de la crisis económica sobre las prácticas de los mediadores.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *La mediación familiar*, Barcelona: Centro d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada, 2001
- AGUIRRE ROMÁN, Javier Orlando, "La relación lenguaje y derecho: Jurgen Habermas y el debate iusfilosófico", *Opinión Jurídica*, Vol. 7, N. 13 (2008), pp. 139-162
- ALARTE HOYOS, Flor, "Mediación y mediación social", en: LÓPEZ MARTÍN, Ramón, *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse...*, Valencia: Universidad de Valencia, 2007, pp. 16-38
- ALBERSTEIN, Michal, "The jurisprudence of mediation: between formalism, feminism and identity conversation", *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11, N. 1 (2009), pp. 1-28
- ALCOVER DE LA HERA, Carlos M^a, "La mediación como estrategia para la resolución del conflicto. Una perspectiva psicosocial", en: GONZALO QUIROGA, Marta, *Métodos Alternativos Para La Solución De Conflictos*, Madrid: Dickinson, 2008, pp. 113-130
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989
- ÁLVAREZ TORRES, Manuel et al., *Mediación civil y mercantil*, Madrid: Dickinson, 2013
- ÁLVAREZ TORRES, Manuel, "La mediación", en: ÁLVAREZ TORRES, Manuel et al., *Mediación civil y mercantil*, Madrid: Dickinson, 2013, pp. 57-65
- ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, Ramón, et al., "Desarrollo de la cultura de paz y la convivencia en el ámbito municipal: la mediación comunitaria", *Política y Sociedad*, Vol. 50, N. 1 (2013), pp. 179-194
- AUERBACH, Jerold S., *Justice Without Law?*, New York: Oxford University Press, 1983
- BARONA VILAR, Silvia, "Integración de la mediación en el moderno concepto de *Access to Justice*", *InDret*, N. 4 (2014), pp. 2-29
- BARROSO, Inmaculada, et al., "La mediación institucional ante el conflicto social: ¿articulación o desarticulación de la participación ciudadana?", en: MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid: Dyckinson, 2010, pp. 229-270
- BARUCH BUSH, Robert A.; FOLGER Joseph P., "Mediation and Social

Justice: Risks and Opportunities”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, Vol. 27, N. 1, 2012, pp. 1-52

- BATESON, Gregory, *Pasos hacia una ecología de la mente*, Buenos Aires: Carlos Lohlé, 1985
- BAXTER, Leslie A.; BABBIE, Earl, *The basic of communication research*, Belamont: Wadsworth/Thomson, 2004
- BAZAGA FERNÁNDEZ, Isabel et al., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Dykinson, 2006
- BELTRÁN VILLALVA, Miguel, “Conflictos y resolución de conflictos: el papel de la mediación”, en: MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid: Dykinson, 2010, pp. 27-46
- BERGER, Charles S., “Interpersonal Communication: Theoretical Perspectives, Future Prospects”, *Journal of Communication*, Septiembre (2005), pp. 415-447
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “Évaluation des effets des processus de médiation”, *Informations Sociales*, Vol. 2, N. 170 (2012), pp. 122-129, www.cairn.info/revue-informations-sociales-2012-2-page-122.htm.
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre et al., *Mediation et Regulation Sociale*, Documents GLYSI, N. 2, 1992
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “L'évaluation de l'activité de médiation de quartier”, *Esprit Critique*, Vol. 6, N. 3 (2004), pp. 120-155
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “La part et le role joués par les modes informel de règlement des litiges dans le développement d'un pluralisme judiciaire (Étude comparative France-USA)”, *Droit et Société*, N. 6 (1987), pp. 253-275
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “Les médiations”, *Communication et organisation*, N. 11 (1997), disponible en <http://communicationorganisation.revues.org/1914>, [visitado el 20.11.2013]
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, “Los mediadores: el actuar comunicacional”, *La Trama*, n. 18 (2006), disponible en http://revistalatrama.com.ar/contenidos/larevista_articulo.php?id=115&ed=18, [visitado el 20 de noviembre 2013]
- BONAFÉ-SCHMITT, Jean-Pierre, *La médiation pénale en France et aux États-Unis*, París: Ed.L.G.D.J, 1998
- BOQUÉ TORREMORELL, Maria Carme, *Cultura de mediación y cambio social*, Barcelona: Gedisa, 2003
- BOTANA CASTRO, Ana Vanesa, “Conceptos básicos de referencia”, en: SOUTO GALVÁN, Esther (coord.), *Mediación familiar*, Madrid: Dickinson, 2012, pp. 27-44
- BOURDIEU Pierre; TEUBNER Gunther, *La fuerza del derecho*, Bogotá: Siglo

del Hombre Editores, 2000, p. 124

- BROOKER, Penny, *Mediation Law: Journey Through Institutionalism to Juridification*, London: Routledge, 2013
- CÁNOVAS LEONHARDT, Paz; SAHUQUILLO MATEO, Piedad, “La mediación familiar”, en: LÓPEZ MARTÍN, Ramón, *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse ...*, Valencia: Universidad de Valencia, 2007, pp. 115-166
- CAPPELLETTI, Mauro, *Dimensioni della giustizia nelle società contemporanee: studi di diritto giudiziario comparato*, Milano: Giuffré, 1994.
- CARABANTE MUNTADA, José María, “La teoría de la acción comunicativa como modelo de mediación”, en: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Xaime; DE PRADA RODRÍGUEZ, Mercedes (coords.), *La mediación: presente, pasado y futuro de una institución jurídica*, España: Netbiblo, 2010, pp. 35-46
- CARABANTE MUNTADA, José María, “La Teoría discursiva del Derecho de Habermas como paradigma para la ciencia del derecho”, *Foro, Nueva época*, N. 13 (2011), pp. 203-225
- CASANOVAS, Pompeu, “Intervención” en: SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción (coord.), *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pp. 91-95
- CASANOVAS, Pompeu; MAGRE Jaume; LAUROBA, María Elena (dirs.), *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña*, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, 2011
- CHILTON, Paul, “Argumentos criticables: repensando a Habermas a la luz de la lingüística”, *Discurso y Sociedad*, Vol. 5, N. 1 (2011), pp. 71-95
- CHILTON, Stephen; STALZER WYAN CUZZO, Maria, “Habermas's theory of communicative action as a theoretical framework for mediation practice”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 22, N. 3 (2005), pp. 325-348
- CLAES, Erik, et al., *Facing the Limits of the Law*, Berlin: Springer, 2009
- CLARK, Brian, *Lawyers and mediation*, Berlin: Springer, 2012
- CORBI, Josep, “J. Habermas: pragmática universal y normatividad”, *Daimon*, N. 1 (1989), pp. 39-57
- CORSÓN PEREIRA, Francisco; GUTIÉRREZ HERNANZ, Eva, *Mediación y teoría*, Madrid: Dickinson, 2014,
- COY FERRER, Antonio, “La mediación: una nueva metodología profesional”, en: AA.VV., *La mediación familiar*, Centro d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada: Barcelona, 2001, pp. 223-231
- DE PALO, Giuseppe, et al., *'Rebooting' the Mediation Directive: assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU*, European Parliament, Brussels, 2014, disponible en <http://www.europarl.europa.eu/studies> [visitado el 12/04/2016]

- DEFLEM, Mathieu, "Law in Habermas's theory of communicative action", *Vniversitas*, N. 116 (2008), pp. 267-285
- DEKLERCK, Johan, "Restorative Justice, Freedom, and the Limits of the Law", en: CLAES, Erik, et al., *Facing the Limits of the Law*, Berlin: Springer, 2009, pp. 161-175.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix, *Mil mesetas. Capitalismo y esquizofrenia*, Valencia: Pre-Textos, 2004
- DELLA NOCE, Dorothy J., "Seeing Theory in Practice: An Analysis of Empathy in Mediation", *Negotiation Journal*, Vol. 15, N. 3 (1999), pp. 271 -301
- DOO, Leigh-Wai, "Dispute Settlement in Chinese-American Communities", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 21, No. 4 (1973), pp. 627-663.
- DUPRET Baudouin, "Pluralismo Jurídico, Pluralidad de Leyes y Prácticas Jurídicas. Teorías, críticas y reespecificación praxiológica", *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1, Issue 1 (2007), disponible en <http://www.ejls.eu/1/14ES.pdf> [visitado el 12/12/2014]
- EVANS-PRITCHARD, Edward Evan, *Los Nuer*, Barcelona: Anagrama, 1992 (ed. orig. 1940)
- FABRA, Pere, *Habermas: lenguaje, razón y verdad. Los fundamentos del cognitivismo en Jürgen Habermas*, Madrid: Marcial Pons, 2008
- FAJARDO MARTOS, Paulino, "Estrategia y mediación. Análisis de las ventajas estratégicas que para la solución de conflictos empresariales ofrecen los principios y garantías que regulan la Mediación", en: BAZAGA FERNÁNDEZ, Isabel, et al., *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Madrid: Dykinson, 2006, pp. 69-84.
- FARRÉ SALVÁ, Sergi, *Gestión de conflictos: taller de mediación. Un enfoque socioafectivo*, Barcelona: Ariel, 2004
- FERNANDEZ CASTRO, Javier, *Barrio 31 Carlos Mugica. Posibilidades y límites del proyecto urbano en contextos de pobreza*, Buenos Aires: Instituto de la Espacialidad Humana, 2010
- FERNÁNDEZ RIQUELME, Sergio, *Teoría y práctica de la mediación. La gestión alternativa de los conflictos sociales*, Murcia: Editum, 2009
- FERNÁNDEZ Sylvia; FRANCO Antonio, "Fundamentos epistemológicos para un modelo de comunicación en situaciones de conflicto", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, N. 51 (2010), pp. 113 – 125
- FERRI DURÁ, Jaime, "Del conflicto a la mediación, un recorrido por la evolución de la política y su ciencia", *Política y Sociedad*, Vol. 50, N. 1 (2013), pp. 13-38
- FRIEDMAN, Lawrence M., "Litigation and society", *Annual Review of Sociology*, N. 15 (1989), pp. 17-29
- FULLER, Lon L., "Mediation. Its forms and functions", *California Law Review*,

Vol. 44 (1971), pp. 305-339

- FULTNER, Barbara, "Intelligibility and conflict resolution in the lifeworld", *Continental Philosophy Review*, Vol. 34 (2001), pp. 419–436
- FUSTERO BERNAD, Amalia, "La mediación en los delitos de violencia de genero", *Revista Internacional de Mediación*, N. 1 (2014), pp. 8-23;
- GALANTER, Marc, "Justice in many rooms: Courts, Private Ordering and Indigenous Law", *Journal of Legal Pluralism*, Vol.19 (1981), pp. 1-47
- GALANTER, Marc, "Law abounding: legalisation around the North Atlantic", *The Modern Law Review*, Vol. 55, N. 1 (1992), pp. 1-24
- GALANTER, Marc, "Poetic Justice. Punitive Damages and Legal Pluralism", *The American University Law Review*, Vol. 42 (1993), pp. 1393-1463
- GALANTER, Marc, "The hundred-year decline of trials and the thirty years war", *Stanford Law Review*, Vol. 57 (2005), pp. 1255-1274
- GALEOTE MUÑOZ, María Pilar, "La mediación", en: HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coord.), *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006, pp. 61-90
- GALLINO, Luciano, *Diccionario de Sociología*, Buenos Aires: Ed. Siglo XXI, 2005
- GARCIA AMADO, Juan Antonio, *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*, Bogotá: Universidad Externado, 2006
- GARCÍA GARCÍA, Lucia, *Mediación familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dickinson, 2003
- GARCÍA RAGA, Laura; LÓPEZ MARTÍN, Ramón, "Mediación y sistema escolar. La convivencia como horizonte", en: LÓPEZ MARTÍN, Ramón (coord.), *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse ...*, Valencia: Universidad de Valencia, 2007, pp. 71-114
- GARTH, Bryant G.; CAPPELLETTI, Mauro, "Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective", *Buffalo Law Review*, Vol. 27 (1978). pp. 181-292
- GIGLIOLI, Pier Paolo; FELE, Giolo (a cura di), *Linguaggio e contesto sociale*, Bologna: Il Mulino, 2000
- GIMÉNEZ ALCOVER, Pilar, *El derecho en la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, Barcelona: Bosch, 1993
- GONZÁLEZ-CAPITEL, Celia, *Manual de mediación*, Barcelona: Atelier, 2001
- GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás et al., *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid: Constitución y Leyes, 2010
- GONZALO QUIROGA, Marta, *Métodos Alternativos Para La Solución De Conflictos*, Madrid: Dickinson, 2008
- GRIFFITH, John, "What is Legal Pluralism", *Journal of Legal Pluralism*, N. 24

(1986), pp. 1-55

- GRIFFITHS, John, "The idea of sociology of law and its relation to law and sociology", en: FREEMAN, Michael, *Law and sociology*, New York; Oxford:Oxford University Press, 2006, pp. 49-68
- GRIFFITHS, John, "The social working of legal rules", *Journal of Legal Pluralism*, Vol. 35, N. 48 (2003), pp. 1-84
- GUBER, Rosana, *La etnografía: método, campo y reflexividad*, Bogotá: Grupo Editorial Norma, 2001
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, Madrid: Ed. Trotta, 1998 (ed. or. 1992-1994)
- HABERMAS, Jürgen, *Verdad y justificación*, Madrid: Ed. Trotta, 2002 (ed. or. 1999)
- HABERMAS, Jürgen, "Law as medium and law as institution", en: TEUBNER, Gunther (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin: Walter de Gruyter, 1986, pp. 203-220
- HABERMAS, Jürgen, "Teoria della società o tecnologia sociale? Una discussione con Niklas Luhmann", en: HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas, *Teoria della società o tecnologia sociale. Cosa offre la ricerca al sistema sociale?*, Milano: Etas Kompass, 1973, pp. 95-195
- HABERMAS, Jürgen, "What is universal pragmatic? (1976)", en: HABERMAS, Jürgen, *On the Pragmatics of Communication*, Cambridge: The MIT Press, 1998 (ed. por COOKE Maeve), pp. 21-103
- HABERMAS, Jürgen, *Aclaraciones a la ética del discurso*, Madrid: Trotta, 2000
- HABERMAS, Jürgen, *Consciencia moral y acción comunicativa*, Barcelona: Ed. Península, 1985
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. I, Madrid: Ed. Taurus, 1987
- HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la Acción Comunicativa*, Vol. II, Madrid: Ed. Taurus, 1987
- HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas, *Teoria della società o tecnologia sociale. Cosa offre la ricerca al sistema sociale?*, Milano: Etas Kompass, 1973
- HEEDEN, Timothy, "Institutionalizing Community Mediation: Can Dispute Resolution «of, by, and for the People» Long Endure?", *Penn State Law Review*, Vol. 108, N.1 (2003-2004), pp. 265-276
- HEEDEN, Timothy; COY, Patrick G., "Community mediation and the court system: The ties that bind", *Mediation Quarterly*, Vol. 17, N. 4 (2000), pp. 351-357
- HENSLER, Deborah R., "Suppose It's Not True: Challenging Mediation Ideology", *Journal Of Dispute Resolution*, Vol. 2002, N. 1 (2002), pp. 81-99

- HESPANHA, Antonio Manuel, *Cultura Jurídica Europea. Síntesis de un milenio*, Ed. Tecnos: Madrid, 2002, p. 227
- HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *Sistemas de solución extrajudicial de conflictos*, Madrid: Editorial Universitaria Ramon Areces, 2006
- HYMES, Dell, "Verso un'ecografia della comunicazione. L'analisi degli eventi comunicativi", en: GIGLIOLI, Pier Paolo; FELE, Giolo (a cura di), *Linguaggio e contesto sociale*, Bologna: Il Mulino, 2000, pp. 37-61
- JONES, Tricia S.; BODTKER, Andrea, "Mediating with Heart in Mind: Addressing Emotion in Mediation Practice", *Negotiation Journal*, Vol. 17, N. 3 (2001), pp. 207-244
- KAUFMAN, Cynthia, "The unforced force of the more familiar argument. A critique of Habermas' theory of communicative rationality", *Philosophy Today*, Vol. 43, N. 4 (1999), pp. 348-360
- KELSEN, Hans, *Teoría pura del derecho*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1981
- KIØS, Peder et al., "The mediation window: regulation of argumentation and affect in custody mediation", *Journal of Divorce & Remarriage*, Vol. 55, N. 7 (2014), pp. 527-538
- LA TORRE, Massimo, *Law as an Institution*, London:Springer, 2010
- LARRAURI, Elena, "Tendencias actuales de la justicia restauradora", en: PÉREZ ÁLVAREZ, Fernando (ed.), *Serta in memoriam Alexandri Baratta*, Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 2004, pp. 439-465
- LEWIS, Ted; UMBREIT, Mark, "A Humanistic Approach to Mediation and Dialogue: An Evolving Transformative Practice", *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 33, N. 1 (2015), pp. 3-17
- LLANO, Jairo Vladimir, "Teoría del Derecho y Pluralismo Jurídico", *Criterio Jurídico*, Vol. 12, n.1 (2012), pp. 191-214.
- LÓPEZ MARTÍN, Ramón (coord.), *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse ...*, Valencia: Universidad de Valencia, 2007
- LUHMANN, Niklas, "Argomentazioni teorico-sistemiche. Una replica a Jürgen Habermas", en: HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas, *Teoria della società o tecnologia sociale. Cosa offre la ricerca al sistema sociale?*, Milano: Etas Kompass, 1973, pp. 196-274
- LUHMANN, Niklas, "Il senso come concetto fondamentale della sociologia", en: HABERMAS, Jürgen; LUHMANN, Niklas, *Teoria della società o tecnologia sociale. Cosa offre la ricerca al sistema sociale?*, Milano: Etas Kompass, 1973, pp. 14-66
- LUHMANN, Niklas, "Law as a social system", *Northwestern University Law Review*, Vol. 83, N. 1-2 (1988-1989), pp. 136-150
- LUHMANN, Niklas, "Le norme nella prospettiva sociologica", en: LUHMANN,

Niklas, *La teoria funzionale del diritto*, Milano: Unicopli, 1981, pp. 51-83

- LUHMANN, Niklas, "Quod Omnes Tangit. Remarks on Jurgen Habermas legal theory", *Cardozo Law Review*, Vol. 17 (1995), pp. 882-899
- LUHMANN, Niklas, "The self-reproduction of law and its limits", en: TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin:Walter de Gruyter, 1986, pp. 111-125
- LUHMANN, Niklas, "The unity of legal system", en: TEUBNER, Gunther (ed.), *Autopoietic law: a new approach to law and society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 12-35
- LUHMANN, Niklas, *Complejidad y modernidad. De la unidad a la diferencia*, España: Editorial Trotta, 1998
- LUHMANN, Niklas, *Confianza*, España: Ed. Anthropos, 1996
- LUHMANN, Niklas, *El Derecho de la Sociedad*, Mexico D.F: Universidad Iberoamericana, 2002,
- LUHMANN, Niklas, *Introducción a la Teoría de Sistemas*, México, Anthropos, 1996
- LUHMANN, Niklas, *La differenziazione del diritto*, Milano: Il Mulino, 1990
- LUHMANN, Niklas, *Sistemas sociales: Lineamientos para una teoría general*, Barcelona: Ed. Anthropos, 1998
- LUHMANN, Niklas, *Sociologia del diritto*, Bari: Laterza, 1977
- LUHMANN, Niklas; DE GIORGI Raffaele, *Teoria della Società*, Milano: Ed. FrancoAngeli, 1994
- MALEY, Yon, "From Adjudication to Mediation: Third-Party Discourse in Conflict Resolution", *Journal of Pragmatics*, Vol. 23 (1995), pp. 93-110.
- MARTÍNEZ MANENT, Joan, "Mediació comunitària: de la «promesa de mediació» a la cultura de pau i mediació", en: MORENO OLIVER, Francesc Xavier, *Bases de Mediació*, Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, pp. 51-54
- MARTÍNEZ, José-Pedro, "Un momento de poder: ¿podemos realmente ser capaces de persuadir en la mediación?", *Revista Internacional de Mediación*, N. 1 (2014), pp. 56-73
- MATHER, Lynn; YNGVESSON, Barbara, "Language, audience, and the transformation of disputes", *Law & Society Review*, Vol. 15, N. 34 (1980), pp. 775-821, p. 776
- MATTEI, Ugo; NICOLA, Fernanda G., "A 'social dimension' in European private law? The call for setting a progressive agenda, *New England Law Review*, Vol. 41, N. 1 (2006-2007), pp. 1-66.
- MEJÍAS GÓMEZ, Juan Francisco, *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*, Madrid: El Derecho, 2009

- MELÉNDEZ PERETÓ, Anna, *Restorative Justice and desistance. The impact of victim-offender mediation on desistance from crime*, Tesis Doctoral, Doctorado en Derecho Público y Filosofía Jurídico-Política, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, Junio 2015.
- MERINO ORTIZ, Cristina, *La mediación familiar en situaciones asimétricas. Procesos de gestión de conflictos con episodios de violencia, drogodependencias, enfermedad mental y desequilibrio de poder*, Madrid: Reus, 2013.
- MERRY, Engle Sally, "Anthropology, Law and Transnational Processes", *Annual Review of Anthropology*, Vol. 21 (1992), pp. 357-379
- MERRY, Engle Sally, "Legal pluralism in practice", *McGill Law Journal*, Vol. 59 (2013), pp. 1-8
- MERRY, Sally Engle, "Legal pluralism", *Law & Society Review*, Vol. 22, N. 5 (1988), pp. 869-896.
- MERRY, Sally Engle; MILNER, Neal (Eds.), *The Possibility of Popular Justice. A Case Study of Community Mediation in the United States*, University of Michigan Press, 1995
- MERRY, Sally Engle; SILBEY, Susan S., "What do Plaintiff Want. Reexamining the Concept of Dispute", *The Justice System Journal*, Vol. 9, N. 2 (1984), pp. 151-177, p. 154
- MNOOKIN, Robert H., KORNHAUSER, Lewis, "Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce", *The Yale Law Journal*, Vol. 88 (1978-1979), pp. 950-997
- MOORE, Sally Falk, "Certainties Undone: Fifty Turbulent Years of Legal Anthropology, 1949-1999", *The Journal of the Royal Anthropological Institute*, Vol. 7, No. 1 (2001), pp. 95-116
- MOORE, Sally Falk, "Law and Social Change: The Semi-Autonomous Social Field as an Appropriate Subject of Study", *Law & Society Review*, Vol. 7, N. 4 (1973), p. 719-746
- MORALES FERNÁNDEZ, Gracia, *Los sistemas alternativos de resolución de conflictos: la Mediación. Sistemas complementares al proceso. Nuevo enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, Sevilla: Hispalex, 2014
- MORENO OLIVER, Francesc Xavier, *Bases de Mediació*, Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona
- MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid: Dyckinson, 2010
- MORINEAU, Jaqueline, *Lo spirito della mediazione*, Milano: FrancoAngeli, 2003 (2ª ed).
- MUNNÉ TOMÀS, Maria; VILLANUEVA REY, Núria, "Assaig sobre la

mediació”, en: VILLAGRASA, Carlos (coord.), *La mediació. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*, Barcelona: ECSA, 2004, pp. 17-37

- NADER, Laura, “From legal process to mind processing”, *Family And Conciliation Courts Review*, Vol. 30, N. 4, (1992), pp. 468-473
- NADER, Laura, “A Litigious People?”, *Law and Society Review*, Vol. 22, N. 15 (1988), pp. 1017-1022
- NADER, Laura, “Controlling Processes in the Practice of Law: Hierarchy and Pacification in the Movement to Re-Form Dispute Ideology”, *Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 9, N. 1 (1993), pp. 1-25
- NADER, Laura, “Disputing without the force of law”, *The Yale Law Journal*, Vol. 88, N. 5 (1979), pp. 998-1021.
- NADER, Laura, “The ADR explosion - the implications of rhetoric in legal reform”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, N. 8 (1988), pp. 269-291
- NADER, Laura, “The globalization of law: ADR as "soft" technology”, *American Society of International Law. Proceedings of the Annual Meeting*, (1999), pp. 304-311
- NADER, Laura, *Harmony Ideology: Justice and Control in a Zapotec Mountain Village*, Stanford: Stanford University Press, 1990
- NADER, Laura, *The life of the law: anthropological projects*, Berkeley: University of California Press, 2002
- NADJA, Alexander, “Harmonization and diversity in the private international law of mediation: the rhythms of regulatory reform”, en: HOPT, Klaus J., STEFFECK, Felix (Coords), *Mediation: Principles and Regulation in Comparative Perspective*, Oxford: Oxford University Press, 2013, pp. 131-204
- NATIONAL FORUM OF URBAN AFFAIRS PROFESSIONALS, *Social mediation. New ways of conflict resolution in everyday life*, Proceedings of the Seminar organized by the Interministerial Delegation for Urban Affairs under the French Presidency of the European Union – Oisin Program, Paris – Créteil, 21-22-23 septembre 2000
- NATÓ Alejandro Marcelo; QUEREJAZU RODRÍGUEZ, María Gabriela; CARBAJAL, Liliana María, *Mediación comunitaria. Conflictos en el escenario social urbano*, Buenos Aires: Universidad, 2006
- NELKEN, David, “Eugen Ehrlich, Living Law, and Plural Legalities”, *Theoretical Inquiries in Law*, N. 9-2 (2008), disponible en <http://www.bepress.com/til/default/vol9/iss2/art6> 978-1841135960 [visitado el 08/12/2014]
- NIEMI, Jari I., “Jürgen Habermas's theory of communicative rationality: the foundational distinction between communicative and strategic action”, *Social Theory and Practice*, Vol 31, N. 4 (2005) pp. 513-532
- NOBLES, Richard; SCHIFF, David, “Using system theory to study legal

pluralism: what could be gained?”, *Law & Society Review*, Vol. 46, N. 2 (2012), pp. 265-296

- ONWUEGBUZIE, Anthony J., et al., “Un marco cualitativo para la recolección y análisis de datos en la investigación basada en grupos focales”, *Paradigmas*, Vol. 3, No. 1 (2011), pp. 127-157
- PÀMIES ROVIRA, Jordi, “Comunicació i mediació”, en: MORENO OLIVER, Francesc Xavier, *Bases de Mediació*, Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, pp. 51-54
- PARSONS, Talcott; SHILS, Edward A. (dirs.), *Hacia una teoría general de la acción*, Buenos Aires: Editorial Kapelusz, 1968
- PASTOR I PÉREZ, Xavier; CARRERA I FOSSAS Eduard, *La gestió del conflicte públic i la mediació comunitària a Catalunya. El cas del cost dels conflictes a les comunitats de propietaris i veïns*, WP 316, Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2013
- PENÍN ALEGRE, María Luisa, “Mediación: una aproximación desde el derecho y la psicología”, en: GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás et al., *Mediación: un método de ? conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid: Constitución y Leyes, 2010, pp. 7-20
- PERUZZOTTI, Enrique “Modernization and juridification in Latin America: a reassessment of the Latin American developmental path”, *Thesis Eleven*, N. 58 (1999), pp. 59-82
- PES, Luca, *Teorie dello sviluppo giuridico. Dal movimento di «law and development» all'esperienza neoliberale*, Trento: Tangram, 2012
- PINCOCK, Heather, “Does Mediation Make Us Better? Exploring the Capacity-Building Potential of Community Mediation”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 31, N. 1 (2013), pp. 3-30
- PINZÓN, Luis Arturo, “The Production and Knowledge of Power in Mediation”, *Mediation Quarterly*, Vol. 14, N. 1 (1996), pp. 3-20.
- POITRAS, Jean, “A Study of the Emergence of Cooperation in Mediation”, *Negotiation Journal*, Abril (2005), pp. 281-300
- POMERANTA, Anita; FEHR, Barbara J., “Análisis de la conversación: enfoque del estudio de la acción social como prácticas de producción de sentido”, en: VAN DIJK, Teun A. (comp.), *El discurso como estructura y proceso*, Barcelona: Gedisa 2000, pp. 101-139
- POSPISIL, Leopold, “Correction on A Reappraisal of Leopold Pospisil”, *Journal of Legal Pluralism*, n. 46 (2001), pp. 115-120
- POSPISIL, Leopold, “Legal Levels and multiplicity of legal systems in human societies”, *The Journal of Conflict Resolution*, Vol. 11, N. 1 (1967), pp. 2-26
- QUIVY, Raymond; VAN CARNPENHOUDT Luc, *Manual de investigación en ciencias sociales*, México: Umusa, 2005

- RESTREPO ESPINOSA, María Helena, “Análisis del proceso de comunicación en un proceso de mediación de conflictos con una pareja de separados, basado en la teoría de la acción comunicativa de Habermas y el modelo relacional simbólico”, *Diversitas. Perspectivas en Psicología*, Vol. 6, N. 1 (2010), pp. 123-134
- RIDAO RODRIGO, Susana, “El marco comunicativo en las resoluciones de conflictos: juicios, arbitrajes, conciliaciones y mediaciones”, *Círculo de Lingüística Aplicada a la Comunicación*, N. 57 (2014), pp. 85-112.
- ROBERTS, Simon, “After Government? On Representing Law Without the State”, *The Modern Law Review*, Vol. 68, N. 1 (2005), pp. 1-24
- ROBERTS, Simon, “Against Legal Pluralism”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Vol. 30, N. 42 (1998), pp. 95-106
- ROBERTS, Simon, *Order and dispute. An Introduction to Legal Anthropology*, New York: St. Martin's Press, 1979
- SACKS, Harvey; SCHEGLOF, Emanuel A., JEFFERSON, Gail, “L'organizzazione della presa del turno nella conversazione”, en: GIGLIOLI, Pier Paolo; FELE, Giolo (a cura di), *Linguaggio e contesto sociale*, Bologna: Il Mulino, 2000, pp. 97-135
- SÁEZ RODRÍGUEZ, Concepción (coord.), *La Mediación Familiar. La Mediación Penal y Penitenciaria. El Estatuto del Mediador. Un programa para su regulación*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008
- SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *Sistemas complementarios a la jurisdicción para la resolución de conflictos civiles y mercantiles (mediación, conciliación, negociación y arbitraje)*, Madrid: La Ley, 2013
- SAN MARTÍN LARINNOA, María Begoña, *La Mediación como respuesta a algunos problemas jurídico criminológicos (Del presente francés al futuro español)*, Gobierno Vasco, Departamento de Justicia, Economía, trabajo y Seguridad Social, 1997
- SANCHEZ-CASTAÑEDA, Alfredo, “Los orígenes del pluralismo jurídico”, en: GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria (coord.), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau, t. I: Derecho romano. Historia del derecho*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2008, pp. 471-485
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “Law: a Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law”, *Journal of Law and Society*, Vol. 14, N. 3 (1987), pp 279-302
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “The Law of The Oppressed: The Construction and Reproduction of Legality en Pasargada”, en *Law & Society Review*, Vol. 12, N. 1 (1977), pp. 6-126
- SANTOS, Boaventura de Sousa, *Sociología Jurídica Crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá: ILSA, 2009
- SARRADO SOLDEVILA, Juan José, et al., “La antropología comunicativa

mediadora: un itinerario de aprendizaje en entornos sociopersonales y comunitarios conflictivos”, en: MORENTE MEJÍAS, Felipe (dir.), *La mediación en tiempos de incertidumbre*, Madrid: Dyckinson, 2010, pp. 83-137

- SCHNITMAN, Dora Fried (ed.), *Nuevos paradigmas en la resolución de conflictos: perspectivas y prácticas*, Buenos Aires: Granica, 2000
- SENDRA MONTES, Joan, “La mediació comunitària, una eina per a la convivència”, en: VILLAGRASA, Carlos (coord.), *La mediació. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*, Barcelona: Portic, 2004, pp. 113-133
- SENENT SÁNCHEZ, Joan M^a, “Las técnicas de comunicación en las situaciones de conflicto y mediación”, en: LÓPEZ MARTÍN, Ramón, *Las múltiples caras de la mediación. Y llegó para quedarse ...*, Valencia: Universidad de Valencia, 2007, pp. 41-67
- SERVEI DE MEDIACIÓ COMUNITARIA, *Memoria 2010*, Ajuntament de L'Hospitalet, documento interno
- SHARAFI, Mitra, “Justice in Many Rooms Since Galanter. De-Romanticizing Legal Pluralism”, *Law and Contemporary Problems*, Vol. 71, N. 139 (2008), pp. 139-146
- SILBEY, Susan S.; MERRY, Sally E., “Mediator Settlement Strategies”, *Law and Policy*, Vol. 8, N. 1 (1986), pp. 7-32
- SOUTO GALVÁN, Esther (coord.), *Mediación familiar*, Madrid: Dickinson, 2012
- STARK, James H.; FRENKEL, Douglas N., “Changing Minds: The Work of Mediators and Empirical Studies of Persuasion”, *The Ohio State Journal On Dispute Resolution*, Vol. 28, N. 2 (2013), pp. 263-352.
- SZMANIA, Susan J., “Mediators' Communication in Victim Offender Mediation/Dialogue Involving Crimes of Severe Violence: An Analysis of Opening Statements”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 24, N. 1 (2006), pp. 111-127.
- TAMANAHA, Brian, “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, Vol. 27, N. 2 (2000), pp. 296-321
- TAMANAHA, Brian, “The folly of Social Scientific Concept of Legal Pluralism”, *Journal of Law and Society*, Vol. 20, N. 2 (1993), pp. 192-217
- TAMANAHA, Brian, “The rule of law and legal pluralism in development”, *Hague Journal on the Rule of Law*, N. 3 (2011), pp. 1-17
- TAMANAHA, Brian, “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”, *Sidney Law Review*, Vol 30 (2008), pp. 375-411
- TAMANAHA, Brian, “View of Habermas from below. Doubts about the Centrality of Law and the Legitimation Enterprise”, *Denver University Law Review*, Vol. 76, N. 4 (1998-1999), pp. 989-1008

- TEN HAVE, Paul, "On the interactive constitution of medical encounters", *Revue française de linguistique appliquée*, Vol. XI, N.2 (2006), pp. 85-98
- TEUBNER, Gunther, "After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law", en: TEUBNER, Gunther, *Dilemmas of law in the welfare state*, Berlin: Walter de Gruyter, 1986, pp. 299-321
- TEUBNER, Gunther, "De collisione discursum: communicative rationalities in law, morality, and politics", *Cardozo Law Review*, Vol. 17 (1995-1996), pp. 901-918
- TEUBNER, Gunther, "El Derecho como sujeto epistémico: Hacia una epistemología constructivista del Derecho", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N. 25 (2002), pp. 1-88, disponible en <http://publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD37473068.pdf> [visitado el 15.2.2016]
- TEUBNER, Gunther, "Evolution of autopoietic law", en: TEUBNER, Gunther, *Autopoietic law: a new approach to law and society*, Berlin: Walter de Gruyter, 1988, pp. 217-241
- TEUBNER, Gunther, "How the law thinks: toward a constructivist epistemology of law", *Law & Society Review*, Vol. 23, N. 5 (1989), pp. 727-758
- TEUBNER, Gunther, "Juridification. Concepts, aspects, limits, solutions", en: TEUBNER, Gunther (Ed.), *Juridification of social spheres. A comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987, pp. 3-48
- TEUBNER, Gunther (Ed.), *Juridification of social spheres. A comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*, Berlin: Walter de Gruyter, 1987
- TEUBNER, Gunther, "The king's many bodies: The self-deconstruction of Law's hierarchy", *Law & Society Review*, Vol. 31, N. 4 (1997), pp. 763-787
- TEUBNER, Gunther, "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", *Cardozo Law Review*, Vol. 13, N. 5 (1992), pp. 1443-1462
- TORRES BUJALANCE, Joan Manel, *Ciutat i conflicte. Explorant tendències de mediació comunitària a l'àrea metropolitana de Barcelona*, Barcelona: Universitat Autònoma de Barcelona, 2010
- TUORI, Kaius, *Lawyers and savages: ancient history and legal realism in the making of legal anthropology*, Oxon: Routledge, 2015
- TURCHI, Gian Piero; GHERARDINI, Valeria, *La mediazione dialogica. Fondazione scientifica, metodo e prassi in ambito penale, civile e commerciale, familiare e di comunità*, Milano: FrancoAngeli, 2014
- TUSÓN VALLS, Amparo, "El análisis de la conversación: entre la estructura y el sentido", *Estudios de Sociolingüística*, Vol. 3, N. 1 (2002), pp. 133-153
- TWINING, William, "Normative and legal pluralism: a global perspective", *Duke*

Journal of Comparative & International Law, Vol. 20 (2010), pp. 473-517

- URTEAGA, Eguzki, “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”, *Contrastes. Revista Internacional de Filosofía*, Vol. XV (2010), pp. 301-317
- VALL RIUS, Anna Maria, “La mediació familiar: gestionar pacíficament el conflicte i preservar la relació”, en: VILLAGRASA, Carlos (coord.), *La mediació. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*, Barcelona: Portic, 2004, pp. 57-78.
- VAN ROSSUM, Wibo; BÖCKER, Anita, “Death and Resurrection of Anthropology of Law. Introduction to the Special Issue”, en: VAN ROSSUM, Wibo; BÖCKER, Anita (coords.), *Legal Anthropology from the low Countries*, Amsterdam: Reed Business, 2009, pp. 9-22
- VELASCO ARROYO, Juan Carlos, *La teoría discursiva del derecho. Sistema jurídico y democracia en Habermas*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000
- VILLAGRASA, Carlos (coord.), *La mediación. L'alternativa multidisciplinària a la resolució dels conflictes*, Barcelona: ECSA, 2004
- VOLKMER, Antonio Carlos, “Pluralismo Jurídico: Nuevo Marco Emancipatorio en América Latina”, en: AAVV., *Derecho y Sociedad en América Latina: Un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Ed. ILSA: Bogota, 2003, pp. 247-259
- VON BENDA BECKMANN, Franz, “Comment on Merry”, *Law & Society Review*, Vol. 22, N. 5 (1988), pp. 897-901
- WALL, James A.; DUNNE Timothy C., “Mediation Research: A Current Review”, *Negotiation Journal*, April (2012), pp. 217-244
- WATZLAWICK, Paul; BEAVIN, Janet H.; JACKSON, Don D., *Teoría de la comunicación humana. Interacciones, patologías y paradojas*, Buenos Aires: Tiempo Contemporáneo, 1974
- WEBER Max, *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*, Fondo de Cultura Económica, 1964 (Ed. or. 1922)
- WEHRENFENNIG, Daniel, “Conflict Management and Communicative Action: Second-Track Diplomacy from a Habermasian Perspective”, *Communication Theory*, Vol. 18 (2008), pp. 356–375
- WILCOX, Aidan; YOUNG, Richard; HOYLE, Caroline, *Two-year resanctioning study: a comparison of restorative and traditional cautions*, London: Home Office, 2004
- WINSLADE, John, “Mediation with a Focus on Discursive Positioning”, *Conflict Resolution Quarterly*, Vol. 23, N. 4 (2006), pp. 501-515.

