



“Argumentación y ética en la mediación”

María de Lourdes Sigala Rodríguez

Sumario.- Introducción I. Sobre la relación entre argumentación y negociación II. De la mediación y su encuentro con la teoría de la acción comunicativa III. Herramientas (¿argumentativas?) en la mediación IV. La perspectiva ética finalista y el mediador V. Conclusiones

Resumen:

El presente ensayo, tratará de realizar un acercamiento a la relación que existe entre la argumentación, la negociación y la mediación, a través de la tesis realizada por Josep Aguiló Regla: Sobre la relación entre argumentación y negociación, negociar, al igual que argumentar es una actividad relativa al lenguaje, negociar, como en la argumentación, presupone un problema, negociar implica un proceso/producto, es decir una actividad y un resultado tal como lo supone el proceso de argumentación y el resultado de la argumentación, compuesto por las premisas, las inferencias y la conclusión.

En la acción de negociar se engloban criterios de validez, ya que la misma está englobada a un fin, y además sólo podremos calificar a un acuerdo que deriva de la negociación como válido, cuando se han respetado las reglas que regulan a estos procesos. De la

mediación y su encuentro con la teoría de la acción comunicativa. El objetivo principal es gestionar conflictos, dar solución a las controversias que se presentan entre personas, entre grupos y entre naciones, inclusive. El propósito de llegar a ese entendimiento es alcanzar un acuerdo que genere entendimiento recíproco, conocimiento compartido y confianza mutua tomando como base la noción de *mundo de la vida*, que se compone de tres aspectos: la cultura, la sociedad y la personalidad. Herramientas (¿argumentativas?) en la mediación. El reencuadre es una herramienta que se utiliza para modificar la forma en que los hechos son percibidos o interpretados en una situación dada, las percepciones de las partes, es decir se debe ayudar a las personas a ver otras opciones de solución, explorar las razones del otro. La perspectiva ética finalista y el mediador. En el desempeño profesional los mediadores tienden puentes de comunicación entre los protagonistas de los conflictos.

Palabras Clave: Ética, argumentación, mediación, negociación.

Abstract: The present essay will try to make an approach to the existing relationship between argumentation, negotiation and mediation, through the thesis performed



by Josep Aguiló Regla: On the relationship between argumentation and negotiation; negotiate, same as arguing, is an activity relating to language, negotiate, as in the argumentation implies a problem, negotiate implies a process/product, It is an activity and as a result means the process of argumentation and the result of the argumentation, consisting of the premises, inferences and conclusion.

In the action of trading validity criteria's are included since it is embraced to an end, and then only we can qualify an agreement that derives from trading as valid, when they have complied with the rules governing these processes. From mediation and his encounter with the theory of communicative action. Of mediation and his encounter with the theory of communicative action. The main objective is to manage conflicts, to solve disputes that arise between individuals, between groups and between nations, inclusive. The purpose of reaching that understanding is an agreement that will generate mutual understanding, shared knowledge and mutual trust based on the notion of the world of life, which it consists of three aspects: culture, society and personality. Tools (argumentative?) in mediation. Reframing is a tool that is used to modify the way in which the facts are perceived or interpreted in a given situation, the perceptions of the parts, in another words, it should help people to see other possible solutions, explore reasons of the others. The finalist ethical perspective and the mediator.

In professional performance, the mediators lay out bridges of communication between the protagonists of the conflict.

Keywords: Ethics, legal argumentation, mediation, bargain.

INTRODUCCIÓN

El presente ensayo, fue presentado como trabajo final dentro del Diplomado en Derecho Judicial impartido por la Universidad Panamericana, en conjunto con la Universidad Austral, en el cual tuve la oportunidad de participar eligiendo tres materias impartidas durante el desarrollo del mismo, como base para la elaboración de las líneas que hoy se exponen, a saber: Argumentación, Mecanismos Alternativos y Ética en el juzgador.

Con el ánimo de sustentar el porqué de la elección de dichos temas, la suscrita dará a conocer de manera breve sus antecedentes laborales. Hasta el mes de mayo de 2014, me desempeñé como secretaria proyectista de la Sala de Control Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado, donde precisamente en esa fecha, se me asignó la tarea de implementación del ahora denominado Instituto de Justicia Alternativa, órgano desconcentrado del Poder Judicial, encargado de la prestación de los servicios de mediación, conciliación y justicia restaurativa en todo el territorio estatal, que inició operaciones el pasado mes de septiembre de 2014 y que tuve la bendición de dirigir hasta marzo de 2016.



Durante ese tiempo me di cuenta que si bien es cierto, el tema de los mecanismos alternativos para la solución de controversias ha tomado auge en nuestro Estado, también lo es que aún existe mucho desconocimiento sobre el particular, lo cual lleva a un, si se me permite la expresión, menosprecio en torno a los mismos, considerándose que la función del mediador tiene un valor inferior que la de un secretario proyectista que elabora sentencias, al estimarse que este último lleva a cabo una actividad de mayor envergadura intelectual que la de un mediador, quien, de manera imparcial asiste a los usuarios en una mediación.

En ese sentido, se tratará de realizar un acercamiento a la relación que existe entre la argumentación, la negociación y la mediación, a través de la tesis realizada por Josep Aguiló Regla, catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante y profesor permanente en diversos másteres sobre argumentación jurídica y mediación en los que imparte el módulo "Argumentación y Negociación", quien en su obra "El arte de la mediación", considera que para entender bien la mediación, hay que comprender la negociación y para aproximarse de manera exitosa a la negociación, debemos destacar los aspectos argumentativos presentes en la misma.

Ya que el planteamiento a realizarse parte de la obra aducida con antelación, en primer término se llevará a cabo la exposición de la misma, dando a conocer los aspectos

medulares que dan pie a la teoría del profesor Aguiló.

Una vez presentada la hipótesis, procederé a contrastar el libro "El arte de la mediación", con la visión tradicional de la mediación, exponiendo a algunos autores especializados en el tema, como Francisco Díez, Gachi Tapia, Marinés Suares, entre otros, para luego tratar de buscar la relación entre los principios básicos de la mediación y la teoría de la acción comunicativa de Habermas.

Finalmente, compartiré mi punto de vista sobre lo expuesto por Aguiló Regla y la manera en que la prestación eficaz de los mecanismos alternativos para la solución de controversias, puede contribuir a desarrollar la perspectiva ética finalista en el ámbito profesional y personal de los mediadores, con repercusiones inmediatas en la comunidad que hace uso de dichos servicios.

I. Sobre la relación entre argumentación y negociación

No existe duda de que cuando hablamos de mediación, estamos frente a un mecanismo alternativo de solución de controversias, que básicamente se puede definir como una negociación asistida por un tercero neutral a través de la cual se busca que las personas involucradas en un conflicto construyan los términos de solución al mismo. En ese sentido, resulta claro que entre mediación y negociación, existe una fuerte relación, o mejor dicho, son parte de una de las formas para resolver los conflictos, como lo es la autocomposición, en contraste con la primer

autotutela, prohibida en principio por el primer párrafo del artículo 17 constitucional¹; y la heterocomposición dentro de la cual se encuentra el proceso y el arbitraje, el cual si bien es cierto se encuentra dentro de la clasificación de mecanismo alternativo, no deja de ser heterocompositivo y, por tanto, es el que más se asemeja al proceso, es decir a la forma tradicional de resolver los conflictos jurídicos.

que no existe tal separación entre argumentación y negociación, parte de la base de la distinción entre concepto y concepciones de la argumentación que Manuel Atienza realiza en su obra *El Derecho como argumentación*, situando cada una de las propiedades consideradas por Atienza para dar un concepto de argumentación en la negociación, a saber:

NEGOCIACIÓN	ARGUMENTACIÓN
Es un procedimiento cuyo sentido es intercambiar preferencias	Es un procedimiento orientado a transformar preferencias
Versa sobre intereses	Versa sobre razones
Es una cuestión de voluntad	Es una cuestión de verdad y corrección
La racionalidad implicada es estratégica	La racionalidad implicada es comunicativa
Los actores son parciales ya que persiguen sus propios intereses	Los actores son imparciales ya que las razones son razones para todos
El contexto es el conflicto ³	El contexto es la cooperación
Las amenazas son un componente de la negociación	Las amenazas son incompatibles con la argumentación

Pero cuando hablamos de negociación y argumentación, de inmediato se da una separación conceptual aceptada por la mayoría de los estudiosos, tomando como base los siguientes tópicos².

Aguiló Regla³ señala que no es difícil desmontar estos tópicos, y para demostrar

- a. Negociar, al igual que argumentar es una actividad relativa al lenguaje.
- b. Negociar, como en la argumentación, presupone un problema.
- c. Negociar implica un proceso/producto, es decir una actividad y un resultado tal como lo supone el proceso de argumentación y el resultado de

1 El propio ordenamiento jurídico acepta como medios de autotutela a la legítima defensa, la echazón, robo de fármaco, desistimiento, allanamiento, entre otros.

2 Cuadro comparativo tomado de la obra *El arte de la mediación*.

3 Si bien es cierto el punto de partida de una negociación es un conflicto preexistente, se estima que el autor es omiso en considerar la tesis de Fisher y Ury en su obra "Obtenga el sí", donde precisamente se habla de la negociación desde un punto de vista colaborativo. No obstante en el presente trabajo no se entrará al estudio de dicha tesis, en aras de seguir la línea de pensamiento expuesta por Josep Aguiló en su obra *El arte de la mediación*.



la argumentación, compuesto por las premisas, las inferencias y la conclusión.

- d. En la acción de negociar se engloban criterios de validez, ya que la misma está englobada a un fin, y además sólo podremos calificar a un acuerdo que deriva de la negociación como válido, cuando se han respetado las reglas que regulan a estos procesos.

De la misma forma, al referirse a las tres concepciones que Atienza formula en torno a la argumentación⁴, concluye que para poder explicar a la negociación desde la argumentación la manera correcta de ubicar a esta última es desde su concepción pragmática⁵, en la cual se dan múltiples similitudes entre argumentar y negociar, pues nos encontramos frente a pluralidad de sujetos, polaridad de posiciones, relación social, interdependencia, acuerdo, persuasión, proponente, oponente, reglas del juego limpio, entre otros; elementos que al tomarse en consideración hacen que un buen silogismo y una buena oferta sean algo similar, ya que mientras que a los primeros se les puede calificar de convincentes, persuasivos, irrefutables o falaces, las ofertas pueden ser tentadoras, imposibles de rechazar o totalmente inaceptables.

Bajo este contexto, Aguiló concluye su

explicación estableciendo que la negociación es un tipo de debate, con lo cual podemos advertir su influencia aristotélica, a través de la cual realiza esta conexión entre la argumentación pragmática y la dialéctica-retórica.

Dimensión válida, pues como lo señala A. López Eire, la concepción de que la retórica como arte o disciplina práctica todo es ficticio, artificioso y muy alejado del mundo de la naturalidad, ha quedado atrás y *nada, pues, tiene de extraño que en el presente siglo se tolere la retórica convertida en ciencia teórica capaz de estudiar ya la argumentación de un discurso ya las potencialidades de las palabras, pero surjan inmediatamente recelos de la retórica tradicional, peyorativamente concebida como un arte cargada de reglas y principios acerca de la argumentación a base de argucias y sofisterías y acerca de una expresión afectada y grandilocuente*⁶.

Una vez hecha esta aclaración, conviene reseñar la ubicación que el autor de la tesis que presento da a la negociación como tipo de debate, estableciendo que la misma encaja en la expresión: *debatir es intercambiar*, en donde se puede transitar por varios momentos, desde la disputa, a la controversia, para luego pasar al diálogo racional y finalmente al consenso; es decir que transita de la variable conflicto a la de cooperación, precisamente atendiendo al momento cronológico en que se encuentre la misma, así como a la actitud

4 Aguiló Regla, Josep, *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Madrid, Trotta, 2015, p.19

5 La concepción formal, la cual se engloba en la afirmación: argumentar es deducir. Concepción material, simplificada en la actividad de argumentar es fundamentar y la concepción pragmática que implica la expresión: argumentar es (con)vencer.

6 La concepción pragmática se centra en el uso del lenguaje, con el fin de vencer y/o convencer, siendo la victoria el resultado del uso argumentativo del lenguaje.

Relación entre los interlocutores	De conflicto/cooperación Debate actoral/temático Puede pasar de la hostilidad a la cordialidad
Situación inicial	Incertidumbre respecto a las posibilidades de intercambiar Incertidumbre respecto a la actitud del interlocutor
Finalidad	Esclarecer posibilidades de intercambio para maximizar los propios intereses
Tipo de racionalidad	Estratégica Comunicativa
Reglas	La negociación puede tener momentos de disputa de

que frente al conflicto presenten cada uno de los involucrados en este intercambio de locuciones.

Al respecto, dentro del texto en análisis se establece el siguiente cuadro para tratar de explicar a cabalidad la aludida clasificación:

Ahora bien, una vez determinada la efectiva relación entre negociación y argumentación, las cuales se aproximan cuando las miramos bajo el prisma de la relación social y del objetivo de convencer al otro, procede llevar a cabo esa misma acción pero ahora en torno a la mediación.

I. De la mediación y su encuentro con la teoría de la acción comunicativa.

Como se manejó líneas arriba, la mediación es una forma autocompositiva de resolver los conflictos, la cual se encuentra ubicada dentro del campo de los mecanismos alternativos para la solución de controversias, regulados en el cuarto párrafo del artículo 17 constitucional, cuya expansión en nuestro país ha tomado ímpetu, dadas las múltiples materias en que puede ser aplicable.

Con independencia de la materia sobre la cual se practique la mediación, el objetivo principal es gestionar conflictos, dar solución

a las controversias que se presentan entre personas, entre grupos y entre naciones, inclusive. No obstante lo anterior, desafortunadamente en nuestra sociedad no se le ha dado el valor adecuado, pues por un lado, los abogados tienen la percepción de que dicho mecanismo actúa en contra del papel que tradicionalmente asumen los profesionales del derecho. Como lo señala Aguiló, no pasa lo mismo con la negociación o con el arbitraje, pues en la primera cada litigante se asume también como un negociador, y en torno al arbitraje es sólo una estrategia más dentro del rol de litigante.

Por otro lado, esta percepción se encuentra situada también dentro de los poderes judiciales, pues aquellos que se desempeñan como jueces, magistrados o secretarios, tienden a menospreciar la figura de la mediación, al considerar que la labor que se realiza dentro de la sala de mediación se separa del análisis, de la argumentación y de la interpretación jurídica, pues en la misma se abordan, dicen, cuestiones inherentes a los psicólogos, más que a los abogados.

Es precisamente a través de estas líneas que se tratará de situar a la mediación, no como la panacea en torno a los conflictos jurídicos y sociales, pero sí como una opción más con la



que cuentan los ciudadanos para resolver sus controversias, la cual se encuentra revestida de un serio y adecuado trabajo llevado a cabo por los mediadores, que implica análisis, estudio y desde luego, conocer el contexto de la argumentación.

Bajo este contexto, debemos de tomar como punto de partida la siguiente afirmación: El acceso a los mecanismos alternativos para la solución de controversias es un derecho humano que goza de la misma dignidad que el acceso a la jurisdicción del estado⁷; motivo por el cual los acuerdos y convenios surgidos de la misma tienen la misma consecuencia de un proceso jurisdiccional, esto es, solucionar una controversia, pero además lo realiza desde un punto de vista en que la armonía social prevalece, privilegiando en todo momento la voluntad de las partes, pues son ellas mismas las que deciden la manera de resolver el conflicto.

Es en este punto donde comienza la discusión, pues la mayoría que ve la mediación desde fuera puede partir del razonamiento siguiente: si son las partes las que se ponen de acuerdo en torno a la solución a su conflicto, entonces el trabajo del mediador está alejado de una labor racional, argumentativa, y por tanto no se le puede equiparar en la dignidad que importa el hacer uso de la jurisdicción del estado y las implicaciones que esta trae, tales como el dictado de una sentencia, debidamente fundada y motivada.

Nada más alejado de la realidad, pues la mediación es una institución orientada a

garantizar que las partes protagonicen un buen debate negocial, supliendo, a través de la figura del mediador, con base en las herramientas de la comunicación, los déficits de racionalidad de las partes que les impiden negociar correctamente⁸.

Pero, ¿Cómo se lleva a cabo esta tarea?⁹

- a. El mediador debe permanecer el debate en un nivel objetual, no actoral. Lo anterior se afirma, ya que si bien es cierto en un principio se pueden conceder las formas actorales, dada la carga emocional que en ocasiones revisten los conflictos, el reto es que una vez que estas emociones bajen el diálogo se conduzca bajo un ambiente de control, centrándose en los intereses legítimos de los mediados, pero es precisamente el mediador, a través de preguntas adecuadas, el uso del encuadre y legitimaciones quien influirá en las partes para que se lleve a cabo esta transformación en las percepciones.
- b. Si algo está en juego dentro de un conflicto son precisamente los valores y principios que cada persona involucrada concibe en torno al problema, en relación al otro y respecto de sí mismo, por lo que el mediador debe contribuir a racionalizar las discusiones que son producto de discrepancias valorativas.

Los puntos anteriores, se reafirman con el

7 LÓPEZ Eire A. *Retórica antigua y retórica moderna*, Hvmánitas, Vol. XLVIII, No. 47, 1995.p. 876, visible en www.uc.pt/fluc/eclassicos/publicacoes/ficheiros/.../54_Lopez_Eire.pdf, ISSN 08711569.

8 Rubro de la tesis aislada en materia constitucional, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado en materia civil del Tercer Circuito, localizable bajo la clave 2004630. III.2o.C.6 K (10a.). Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, pág. 1723.

9 AGUILÓ, op cit. p. 105.

siguiente diagrama propuesto por Francisco Diez y Gachi Tapia, en su obra *Herramientas para trabajar en mediación*, en la cual se trata de explicar cómo es que se van creando las percepciones, y que si bien es cierto llegan a la conclusión de que el proceso de formación de

percepciones es absolutamente original para cada persona, tratan de elaborar un mapa para explorar los procesos de constitución de las mismas.



Ahora bien, una vez que el mediador ha podido dar significado a cada uno de los rubros que integran las percepciones de los mediados, (elementos que no necesariamente son coherentes entre sí) a través de los relatos de las mismas partes, contará con elementos para orientar sus intervenciones de manera adecuada y efectiva, guiando a cada una de las partes a entender el mundo del otro, para así estar en aptitud de construir acuerdos considerados justos por ambos.

Lo propuesto por Diez y Tapia, se asemeja a lo expuesto por Habermas en su *Teoría de la acción comunicativa*¹⁰, la cual se refiere a la

interacción de cuando menos dos sujetos que entablan una relación, buscando entenderse sobre una situación para poder coordinar sus planes. Si bien se persigue un acuerdo de intereses, los agentes no se orientan primariamente al éxito, sino que persiguen sus intereses a condición de que puedan llegar a un entendimiento con los otros sobre sus respectivos planes.

En ese sentido, el punto central entre los intervinientes es la negociación y búsqueda de consensos¹¹, a partir del conocimiento del sujeto y sus dinámicas de interacción en la conformación de la sociedad y de las

10 Ibid. pp.112-114

11 Aun y cuando la teoría de Habermas ha sido criticada por presentar inconsistencias y problemas de aplicación, se resaltan los puntos donde, desde el punto de vista de la autora se encuentra con la mediación, considerándose que los puntos de crítica, tales como: igualdad entre las partes, situación ideal del habla y el consenso, pueden ser rescatados, precisamente, a través de las herramientas que se utilizan en mediación.



dinámicas subjetivas¹², enfocándose en el estudio de las condiciones del consenso mediante la comunicación y pretende identificar las condiciones universales de un posible entendimiento. El propósito de llegar a ese entendimiento es alcanzar un acuerdo que genere entendimiento recíproco, conocimiento compartido y confianza mutua tomando como base la noción de *mundo de la vida*¹³.

El mundo de la vida se compone de tres aspectos: la cultura, la sociedad y la personalidad, cada uno de los cuales hace referencia a pautas interpretativas o suposiciones sobre cómo la cultura ejerce una influencia sobre la acción, sobre cómo se van estableciendo pautas determinadas en las interacciones sociales de los sujetos y finalmente, cómo se estructura un modo de ser de los individuos.

En ese sentido, Habermas afirma que esta práctica comunicativa debe surgir de enunciados tendentes a la objetivación de la realidad y los puntos de vista de los individuos para así lograr la orientación de todas las acciones hacia el entendimiento del otro o de la otra comunidad argumentativa desde la cual parte quien habla. Es decir, propone que la pretensión universal de validez puede sólo realizarse en un proceso de argumentación y contrargumentación en el intento de comprender al otro para generar finalmente consensos; tal como sucede en la mediación, a través de la responsabilidad entregada al

mediador de generar empatía¹⁴ entre los protagonistas del conflicto.

La propuesta de Habermas, parte de la teoría de los actos del habla de Austin quien define al acto de habla en la realización de tres tipos de actos: a) acto locucionario, que comprende los actos fonético (emisión de ciertos ruidos), fático (emisión de ciertas palabras y términos) y rético (uso de esos términos con un cierto sentido y referencia); b) acto ilocucionario, que asocia lo dicho con cierta fuerza convencional, con el ánimo de ser comprendido (preguntar o responder a una pregunta, dar información o seguridad, advertir, anunciar un veredicto o un propósito), y c) acto perlocucionario, cuando se expresa algo con el afán de lograr algo, con ciertas consecuencias o efectos sobre los sentimientos, pensamientos o acciones del auditorio o de quien emite la expresión. Para Habermas estos actos se traducen en lo que el autor denomina como “elementos pragmáticos formales”.

Es el efecto de acción en la comunicación de carácter perlocucionario lo que estará presente casi de manera constante durante los procesos de negociación; pero si partimos de la base de que cuando se lleva a cabo una mediación esto obedece al hecho de que las partes no han podido llegar a un acuerdo por ellas mismas a través de la negociación, entonces la presencia del mediador debe precisamente facilitar el proceso de la comunicación entre ellas para que no se dé

12 CAMPOS Zamora, Francisco J., *Ética del discurso y corrección normativa*, Revista de ciencias jurídicas de la Universidad de Costa Rica, No. 120, sept.-dic 2009, pp. 148-149, visible en <http://revistas.ucr.ac.cr/index.php/juridicas/article/viewFile/9782/9228>, ISSN 0034-7787.

13 GARRIDO Vergara, Luis, *Habermas y la teoría de la acción comunicativa*, Razón y palabra, Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación, Libros básicos en la historia del campo iberoamericano de estudios en comunicación, No. 75, febrero-abril 2011, visible en: www.razonypalabra.org.mx/N/N75/ultimas/38_Garrido_M75.pdf, ISSN 1605-4806.

14 De acuerdo al glosario propuesto por Juan Carlos Velasco Arroyo en su obra *Para leer a Habermas*, la expresión Mundo de la vida es utilizada en el sentido de un trasfondo de experiencias y vivencias pre reflexivas a partir del cual se puede dotar de sentido a todo cuanto se dice. Para que la acción comunicativa pueda tener lugar de manera satisfactoria es necesario que los participantes en el proceso comunicativo compartan un mismo mundo de la vida. En este sentido es el sustrato en el que la acción comunicativa se enraiza y el horizonte dentro del cual se desarrolla.



sólo desde un punto de vista digital lineal, como estamos acostumbrados a describirla, sino de causalidad circular.

De acuerdo a Habermas, para que haya consensos las partes deberán estar dispuestas a someterse a lo que el llama *la coacción no coactiva del mejor argumento*, postulado esencial de su teoría, en la cual la fuerza de una argumentación se mide por la pertinencia de las razones. Pero, ¿cómo llegar a determinar la pertinencia de las razones, si las partes en conflicto se encuentran estancadas en su propia realidad y no alcanzan a vislumbrar las percepciones de la otra persona?

Es precisamente en este punto, donde el apoyo del mediador adquiere protagonismo, ya que si bien es cierto este no dará las soluciones al conflicto, ni tampoco calificará las razones dadas por cada una de las partes, su labor será determinante al colocar en la mesa de mediación lo que Habermas determina la situación ideal de habla¹⁵, pues excluirá, a través de ciertas herramientas que se abordarán más adelante, las distorsiones sistemáticas de la comunicación, generándose en cambio una distribución simétrica de las oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla.

Estas reglas de simetría y libertad generarán un argumento capaz de contemplar los intereses de todos los participantes del procedimiento discursivo y por tanto su aprobación por el hecho de representar el mejor argumento bajo ciertas reglas que recurren al instrumento del lenguaje para la obtención de consensos válidos basados en los principios que regulan a los mecanismos

alternativos para la solución de controversias, entre los que se encuentran, entre otros, la voluntariedad, la equidad, la imparcialidad y la confidencialidad, entendiéndose esta última como elemento primordial para generar en las personas confianza y por ende libertad para llevar a cabo una narrativa adecuada, llena de sinceridad, como lo establece Alexy en las reglas fundamentales del discurso racional.

II. Herramientas (¿argumentativas?) en la mediación

Retomando el cuestionamiento establecido en el epígrafe anterior, en el sentido de determinar cómo es que el mediador logra adentrarse en las percepciones de cada una de las personas involucradas en el conflicto, y más importante aún, lograr crear un ambiente de empatía entre ellas, para poder responder dicho planteamiento se debe partir de la base del concepto de realidad, sin perder de vista que al respecto existen distintas teorías que han tenido lugar en la historia de la epistemología que sustentan diversas concepciones de la realidad.

Originalmente se consideraba que la realidad existía fuera de nosotros, noción que ubicaba al lenguaje como la herramienta representacional de esa realidad objetiva, es decir se acepta que existe una realidad única y universal con independencia de quien la observa. Dicha convicción desde luego ha sido superada, principalmente a través de las conclusiones de Thomas Kuhn en su obra *La estructura de la revoluciones científicas*, en donde establece que lo que se tiene por un hecho depende de la perspectiva particular

15 Entendemos por empatía la capacidad de comprender y responder a las experiencias únicas del otro, es como comúnmente se dice "ponerse en los zapatos del otro" sin que ello implique sentir u opinar exactamente igual que la otra persona. Básicamente se trata de aceptar y respetar su ideas y emociones, interpretando el mensaje del interlocutor, surgiendo así una comprensión de sus problemas, así como el querer ayudar.



de cada persona, es decir, los hechos no existen en sí mismos sino que son producto de procesos de consensos sociales¹⁶, visión que indudablemente revoluciona también las teorías de la comunicación ya que en el proceso no se trasladan significados sino señales, cuyo código será descifrado desde las percepciones de cada sujeto, y así cada uno considerará que su interpretación o encuadre para interpretar al mundo es el correcto, y por tanto solo existe una solución a su problema.

Bajo este esquema de percepciones, resulta claro que durante el proceso de nacimiento y desarrollo de los conflictos cada uno de los involucrados da un significado distinto a lo que observa en la realidad, atendiendo a su esquema de percepciones, desde un nivel interno, externo y cognoscitivo, pues sin duda es la experiencia en torno a los objetos lo que genera las interpretaciones que los sujetos hacen de lo que perciben, por lo que resulta necesario que los protagonistas de los conflictos establezcan consensos acerca de sus experiencias en el mundo.

En ese sentido, es que se hace necesario generar, como lo denomina Alexy, un orto lenguaje, ya que como dicho autor lo señala dentro de las Reglas fundamentales del discurso práctico: *distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con diversos*

significados.

Este orto lenguaje se formaría a partir de lo que en mediación se conoce como reencuadre¹⁷, pues al iniciar el proceso de mediación cada uno de los participantes podrá atribuir diferentes significados a expresiones como: rol de padre, traición, confianza, seguridad; atendiendo a su propio sistema de valores, creencias y necesidades, haciéndose necesario crear un nuevo sentido, que permita comprender al otro, observando las razones que los demás tienen para adoptar ciertas actitudes, y que han generado el modo de percibir el conflicto.

Este es el punto de partida de la mediación, ya que los actores en el conflicto presentan un déficit de racionalidad que les impide llevar a cabo un debate aceptable, que tenga como fin el acuerdo para solucionar su controversia, por lo que es tarea del mediador transformar, a través del reencuadre¹⁸, las percepciones de las partes, es decir se debe ayudar a las personas a ver otras opciones de solución, explorar las razones del otro, tratando de comprenderlo a través del uso de preguntas para que las personas no sólo den razones de la adopción de determinada posición, sino que se provea una interpretación, una visión distinta de las cosas.

16 De acuerdo a lo expuesto por BERTHIER E. Antonio en su artículo *Jürgen Habermas: El giro lingüístico de la sociología y la teoría consensual de la verdad*, publicado en la Revista Observaciones Filosóficas No. 3/2006, julio-diciembre 2006, en www.observacionesfilosoficas.net, ISSN 0718-3712, la Situación Ideal del Habla implica una situación donde la comunicación establecida entre los participantes de un proceso discursivo no se encuentra distorsionada por factores contingentes o coacciones privando entre ellos una distribución simétrica de oportunidades de elegir y ejecutar actos de habla. Continúa exponiendo el autor que esta Situación Ideal del Habla se caracteriza por cumplir con cuatro requisitos: 1. Todos los participantes tienen las mismas oportunidades de expresarse; 2. Todos podrán libremente cuestionar y reflexionar sobre las pretensiones de validez de lo que se dice y propone; 3. Todos tendrán las mismas oportunidades de producir actos de habla representativos de sus sentimientos, actitudes y deseos; 4. Todos podrán ejecutar actos de habla regulativos: mandar, oponer, permitir, prohibir, prometer, conceder y exigir.

17 DIEZ, Francisco, GACHI, Tapia, *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós, Argentina, 2006, p. 125.

18 El reencuadre es una herramienta que se utiliza para modificar la forma en que los hechos son percibidos o interpretados en una situación dada. De acuerdo a Francisco Diez y Gachi Tapia en su obra *Herramientas para trabajar en mediación* el reencuadre es un nuevo marco para mirar el cuadro de su problema, una ventana novedosa, un nuevo par de anteojos. Op. cit. p. 117.



Por supuesto, no basta con que las personas “cambien de lentes” sino que dicha acción la deben de realizar desde sus propias creencias y sus valores, pues tendemos a rechazar aquellos nuevos significados que no se apoyan en las experiencias subjetivas o colectivas de cada persona, en su propio sistema de principios, por lo que el mediador deberá evitar lo que Francisco Diez y Gachi Tapia denominan *manipulación de significados*, siendo lo suficientemente cuidadoso durante el proceso para llevar a las partes a la reflexión y análisis que garanticen la entera satisfacción de los acuerdos tomados y por ende su futuro cumplimiento.

Otra de las tareas del mediador es legitimar a las personas, esto es crear las condiciones para que la gente pueda acceder a la participación, dejando de lado el trato de adversarios, la interacción negativa, de confrontación, para estar en aptitud de transitar hacia una interacción positiva que pueda construir el puente de la colaboración, labor a la cual se le adiciona un grado de complejidad cuando en el problema está involucrado el elemento relacional entre las partes.

Para ello, en primer término el mediador debe legitimar para sí mismo a las personas con las que trabajará, generando un ambiente de multiparcialidad, es decir tomando “partido” por todos inspirando confianza para que durante la mediación exista la sinceridad necesaria para generar

inicialmente un diálogo constructivo entre el mediador y las partes, evolucionando hacia la conversación entre las partes, bajo un contexto de reconocimiento del uno al otro y así solucionar el problema desde un punto de vista colaborativo.

Al conocer algunas de las herramientas que se utilizan durante un proceso de mediación, nos damos cuenta que el objeto principal de éstas no se separa mucho de lo expuesto por Habermas en el sentido de que al pasar al nivel del discurso, se suspende toda coacción que pudiera existir en el contexto de la acción para abrir un espacio de cooperación para lograr el entendimiento, lo cual afirma, únicamente se puede realizar si existe un “nosotros” real.

En su obra, conciencia moral y acción comunicativa, Habermas establece la necesidad de argumentar de tal modo que nuestras pretensiones incluyan las exigencias del resto de los participantes¹⁹, solicitando su libre adhesión racionalmente motivada. Esto es, manifestar un interés común a todas las personas afectadas, pues *la formación imparcial del juicio se expresa en un principio que obliga a cada cual en el círculo de los afectados a acomodarse a la perspectiva de todos los demás a la hora de sopesar intereses*²⁰, principio que sin duda es el fin último de la mediación y cuyo debido cumplimiento dependerá precisamente del trabajo que haga el mediador.

19 Para una mayor comprensión de la técnica del reencuadre conviene analizar la clasificación propuesta por Francisco Diez y Gachi Tapia, a través de la cual desarrollan tres modos de efectuar el reencuadre, a saber: reencuadre de los hechos o contenidos de la situación, reencuadre del contexto de la situación, reencuadre de las personas involucradas en la situación (legitimación). Op cit. p. 119.

20 MORENO Lax, Alejandro. *Jürgen Habermas: Entre la ética del discurso y la ética de la especie*. *Revista semestral de filosofía práctica DIKAIOSYNE*, Año X, No. 19, julio-diciembre 2007, p. 65, visible en: www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/19132/2/articulo4.pdf, ISSN 1316-7939.



III. La perspectiva ética finalista y el mediador.

Conforme a lo expuesto por el Dr. Hugo S. Ramírez García, durante el diplomado citado en la introducción de este trabajo, para responder a la pregunta: ¿Qué virtudes pueden considerarse adecuadas para el ejercicio óptimo (excelente) de una profesión? se puede atender a dos perspectivas:

- a. **Perspectiva pragmática-eficientista:** A través de la cual son necesarios ciertos rasgos de carácter en el profesional para que pueda lograr objetivos pragmáticos de su quehacer: la habilidad en el engaño puede ser útil para lograr el objetivo de ganar un juicio. Según esta perspectiva un profesional debería comportarse de tal manera que logre, de la manera más eficaz, un objetivo, aunque suponga actuar al margen de un deber moral.
- b. **Perspectiva ética finalista:** Las virtudes que necesita un profesional, son la especificación de las virtudes morales generales: honestidad, laboriosidad, veracidad, fortaleza, etc. Ello, porque la actividad profesional es un espacio donde se hace posible el bien humano más importante: la felicidad; realizar la actividad profesional con excelencia técnica y moral es fuente bienestar, vida plena o lograda.

Bajo este contexto, se considera que, si a través de la mediación se pretende difundir la cultura de paz, misma que ha sido definida por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas como la serie de valores y actitudes que rechazan la violencia y que promueven el diálogo para solucionar

los conflictos entre las personas, los grupos y las naciones, resulta innegable que con ello también se puede fomentar la perspectiva ética finalista en el desempeño profesional de los facilitadores (mediadores) que tienden puentes de comunicación entre los protagonistas de los conflictos, pues resulta inequívoco que al apoyar a las personas a entender al otro, ponderando con ello el lado humano de la justicia su labor debe estar basada en esta búsqueda de la felicidad señalada por la perspectiva invocada, y no sólo para quien de manera congruente desempeña esta labor, sino que la misma trasciende para aquellos que hacen uso de los mecanismos alternativos para la solución de controversias, y quienes sin duda, una vez que forman parte de estos procesos, se llevan a su casa herramientas de comunicación que pueden ser utilizados en la vida cotidiana, lo que necesariamente contribuye también a la reconstrucción del tejido social, tema que no se abordará en la presente exposición, pues por su extensión sobrepasa los límites de la misma.

IV. Conclusiones

De acuerdo a la Escuela de Erlangen el fin que se debe buscar por medio del discurso es la eliminación no violenta del conflicto, por lo que sin duda podemos concluir que el discurso dado dentro del marco de la mediación cumple con dicho objetivo, pues precisamente a través de los mecanismos alternativos para la solución de controversias se pretende fomentar el diálogo, así como una serie de valores y actitudes que rechazan la violencia.

Si como lo afirma Zagrebelsky²¹, el derecho debe volver a la realidad, esto es que debe operar en cada caso concreto conforme

20 HABERMAS, Jürgen, *Conciencia moral y acción comunicativa*, p. 85, citado en Idem.

al valor que los principios asignan a la realidad, y por tanto no se puede controlar la validez de una norma teniendo en cuenta exclusivamente lo que ésta dice, entonces con mayor razón, los acuerdos a los que las partes llegan en mediación y que tienen impacto desde luego en el mundo del derecho, están apegados a esta realidad a la cual se refiere el autor, resultando innegable que es gracias a la labor del mediador que dichos acuerdos se construyen, pues con inteligencia lee correctamente las diferentes situaciones sociales²² y adopta las estrategias necesarias para conducir el proceso de una manera exitosa.

Además, si lo que prevalece en el estado constitucional es el derecho por principios, la mejor manera de construir acuerdos justos son aquellos realizados por los protagonistas del conflicto, generados desde el sistema de valores, creencias, principios y necesidades de ellos mismos, lo cual sin duda contribuye a la idea de Habermas de la autolegislación, en el sentido de que los sometidos a una norma, sólo pueden obedecerla al entenderse como autores, es decir participantes en el proceso de creación de la misma, pues las normas jurídicas siempre han de poder ser seguidas por convicción.²³

Se debe destacar que la idea planteada es rechazada por Zagrebelsky²⁴ pues el expone la inviabilidad de un orden espontáneo como resultado del libre desarrollo y de la libre combinación de los individuales derechos-voluntad, considerando que el

orden espontáneo convencional resulta utópico pues se basa en una circunstancia que, de acuerdo a su visión, ya no se da: la interdependencia entre los sujetos que conforman el orden social, pensamiento que remite a una cierta igualdad de situaciones y poderes sociales. Por ello, afirma, el hablar de un orden espontáneo a gran escala en las sociedades contemporáneas está lejos de ser una concepción socialmente beneficiosa y fácilmente aceptable dado que se traduciría en un orden libre para la minoría, pero injusto para la mayoría.

Por el contrario, nosotros consideramos que a través de estos ejercicios de conducción de disputas por las partes, aun cuando asistidos por un tercero imparcial, contribuyen de manera positiva en nuestro entorno, pues además de que se deja en manos de los ciudadanos la resolución de su controversia, se incentiva el diálogo mediante las técnicas de la comunicación empleadas por el mediador, así como la conexión entre las partes, descubriendo un lenguaje común entre ellos, lo cual, como afirma Perelman,²⁵ es la premisa para que exista la argumentación, rompiendo con ello el paradigma que actualmente existe en torno a los mecanismos alternativos para la solución de controversias y a los mediadores, siendo menester que se reconozca el gran quehacer intelectual que el mediador realiza en cada proceso de mediación, pero además su invaluable aportación a la generación de una sociedad justa y democrática, pero sobre todo más humana.

21 Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil*, Traducción de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2003, p. 122.

22 Aguiló, Op cit. p. 129.

23 Carassale, Santiago. *Política y Derecho, Unger, Luhmann y Habermas*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Académica de México, Ediciones Coyoacán, 2005, p. 146.

Zagrebelsky op. cit. p. 98

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, IJ UNAM, 2007, p. 49.



FUENTES DE CONSULTA

A. Bibliográficas

AGUILÓ Regla, Josep, *El arte de la mediación. Argumentación, negociación y mediación*, Madrid, Trotta, 2015.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica*, México, IJ UNAM, 2007.

CARASSALE Santiago. *Política y Derecho, Unger, Luhmann y Habermas*, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Sede Académica de México, Ediciones Coyoacán, 2005.

DIEZ, Francisco, GACHI, Tapia, *Herramientas para trabajar en mediación*, Buenos Aires, Paidós, Argentina, 2006.

HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa, I. Racionalidad de la acción y la racionalización social*, cuarta edición, Traducido por Manuel Jimenez Redondo, Madrid, Taurus, 1999.

-----, *Aclaraciones a la ética del discurso*, 2000, Trad. Manuel Jimenez Redondo, Madrid, Trotta, 2000.

SUARES, Marines, *La mediación. Conducción de disputas, comunicación y técnicas*. Argentina, Paidós, 1996.

VELASCO Arroyo, Juan Carlos, *Para leer a Habermas*, Madrid, Alianza Editorial, 2003.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil*, Traducción de Marina Gascón, Madrid,

Trotta, 2003.

B. Hemerográficas

ABA/USAID, *Proyecto para la mediación en México, Manual del mediador 2003*.

BERTHIER E. Antonio, Jürgen Habermas: *El giro lingüístico de la sociología y la teoría consensual de la verdad*, Revista Observaciones Filosóficas No. 3/2006, julio-diciembre 2006.

CAMPOS Zamora, Francisco J., *Ética del discurso y corrección normativa*, Revista de ciencias jurídicas de la Universidad de Costa Rica, No. 120, sept.-dic 2009.

GARRIDO Vergara, Luis, *Habermas y la teoría de la acción comunicativa*, Razón y palabra, Primera Revista Electrónica en América Latina Especializada en Comunicación, Libros básicos en la historia del campo iberoamericano de estudios en comunicación, No. 75, febrero-abril 2011.

LÓPEZ Eire A. *Retórica antigua y retórica moderna*, Hvmánitas, Vol. XLVIII, No. 47, 1995.

MORENO Lax, Alejandro. *Jürgen Habermas: Entre la ética del discurso y la ética de la especie*. Revista semestral de filosofía práctica DIKAIOSYNE, Año X, No. 19, julio-diciembre 2007.

VELEZ Cuartas, Gabriel Jaime. *Semiótica y acción comunicativa: una ruta entre Pierce, Apel y Habermas*. Andamios, México, Vol. 1, No. 2, p. 173-195, junio 2005.



Charles Louis de Secondat, Señor de la Brède y Barón de Montesquieu (Castillo de la Brède, 18 de enero de 1689 — París, 10 de febrero de 1755), fue un cronista y pensador político francés, cuya obra se desarrolla en el contexto del movimiento intelectual y cultural conocido como la Ilustración.

Fue uno de los filósofos y ensayistas ilustrados más relevantes, en especial por la articulación de la teoría de la separación de poderes.

