



# Afavorir l'estalvi de les empreses en temps de crisi: mediació hipotecària i en renegociació de deutes



- 18 de setembre del 2012 a les 20.00 h
- Sala d'actes de La Llacuna Centre Cultural, Andorra la Vella

## **Salvador Puntès i Guerrero**

*Director del Postgrau de mediació mercantil hipotecària de la Universitat de Barcelona i INFONAVIT*

## ▲ **Curriculum**

### **Diplomes**

Llicenciat en psicologia. Universitat Autònoma de Barcelona. 1978  
Postgrau en gestió pública. Universitat Politècnica de Catalunya. 1989  
Postgrau en mediació. Ohio State University. 1992  
Màster en gestió i resolució de conflictes: mediació. Universitat de Barcelona. 2000

### **Docència principal**

Espanya  
Professor del postgrau Resolució alternativa de conflictes, Universitat Politècnica de Catalunya (1997).  
Professor del curs La mediació una eina per a la gestió de conflictes, Escola de l'Administració Pública. Generalitat de Catalunya (1998).  
Professor a la Universitat de Múrcia. Master Oficial en Mediación (2000-2008).  
Professor en seminaris de formació en mediació i conciliació. Escuela Judicial del Consejo General del Poder Judicial de España (2000-2004).  
Professor del Màster en gestió i resolució de conflictes: mediació. Universitat de Barcelona (1997-2011).

### **Estranger**

Institut Universitaire Kart Bosch (Suïssa)  
Universidad La Sabana (Bogotà, Colòmbia)  
Universidad de Medellín (Colòmbia)  
Pontificia Universidad Javeriana de Cali (Colòmbia)  
Cámara de Comercio de Bogotá  
Universidad Católica de Salta (Argentina)

Istituto Universitario Suor Orsola Benincasa de Nàpoles (Itàlia)  
Universitat de Palerm (Itàlia)  
Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (Mèxic)  
Universidad Católica del Sacro Cuore. Milà (Itàlia)  
Instituto de Estudios Judiciales. Tribunal Superior de Justicia de México DF  
Tribunal Superior de Justicia de Quintana Roo (Mèxic)  
Gobierno del Estado de Sonora (Mèxic)

### **Direcció d'investigacions**

Tesis d'investigació de tercer cicle  
Universitat de Barcelona: 60  
IUKB: 30  
Colòmbia: 25  
Mèxic: 30

### **Publicacions**

Obres individuals  
PUNTES, S. La mediación comunitaria: ciudadanos, derechos y conflictos, Cámara de Comercio de Bogotá, 2007  
Obra en col·laboració  
PUNTES, S.; HERNÁNDEZ, M. La mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria, Instituto de Estudios Judiciales. Tribunal Superior de Justicia del DF, 2009  
Articles dins d'obres col·lectives  
PUNTES, S. Derechos sociales y la mediación comunitaria. Fundació Banc de Sabadell, 2003  
PUNTES, S.; HERNÁNDEZ M. "¿Es la mediación una forma de justicia?" A: QUIROGA, A. (ed.) 25 voces en la educación judicial. Estudios Judiciales del TSJDF, 2010  
I altres articles en revistes, actes de col·loqui i informes.

## **Por qué no cambiamos?**

Leer sobre la grave situación a la que se enfrentan muchas familias que no pueden pagar sus hipotecas y que están abocadas, en muchos casos, a perder su hogar quedándoles una deuda de por vida es, en estos últimos tiempos, un hecho frecuente. Desde los medios de comunicación se informa cada día de la dimensión de la tragedia y de la opinión que sobre ella tienen los afectados, los jueces, los políticos, las asociaciones, así como de las distintas formas de resolverla o de mostrarse impotentes por inacción o falta de liderazgo. Lo que sí queda claro después de leer y escuchar las noticias es el convencimiento general de que tenemos un problema serio, muy serio y que por unos u otros motivos no se alcanza a ver la solución acertada.

Las soluciones que se están ensayando actualmente dependen de quién y desde dónde las proponga, pero todas ellas, desde las coercitivas a las dialogadas, tienen un común denominador: las personas afectadas por una ejecución hipotecaria pasan a ser, por el hecho de atrasarse o no poder hacer frente a los pagos, seres humanos cuyo destino está en manos de otros. Es como si el no poder pagar las cuotas -poco importan los motivos- incapacitara a las personas para mantener el control de sus vidas, para negociar aquello que más les conviene poniendo, de facto, las decisiones que les afectarán en manos de profesionales e instituciones que trabajarán para intentar resolver el conflicto de manera legal o más o menos consensuada, dependiendo de la voluntad (calculada) de una de las partes y de la capacidad de influencia del interlocutor que aboga por el afectado.

Las soluciones al conflicto que existen, reducción de la tasa de interés, extensión del periodo de amortización, aplazamiento de una porción del capital hasta el vencimiento del préstamo, quita o dación entre otras, no son el problema. El problema debemos ubicarlo en el sistema que se utiliza para llegar a las soluciones ya que los sistemas actuales desautorizan y deslegitiman a los protagonistas y, en algunas ocasiones parecen servir a los intereses de los intermediarios, que ven en el problema una oportunidad para obtener dividendos que apuntalen o refuercen ideologías sociales, políticas, profesionales y jurídicas.

Las iniciativas de solución al conflicto, englobadas genéricamente en políticas, judiciales, reivindicativas y de intermediación socio-jurídica generan, sin restarles el mérito que cada una de ellas pueda tener en la consecución de soluciones, tres efectos no deseados. El primero, consagran una reducida definición del conflicto basada exclusivamente en los aspectos monetarios del mismo (Khader, 2010) obviando componentes emocionales, afectivos, relacionales y psicosociales que son fundamentales para comprenderlo y hacerlo inclusivo. El segundo, dividen a los legítimos protagonistas del conflicto en buenos o malos, con pretensiones correctas o incorrectas dependiendo del sistema que se aplique o a quién se pretenda ayudar, institución financiera o persona endeudada. Y, con la intermediación y la vía judicial se priva a una de las partes en conflicto, la persona endeudada, de su derecho a auto determinarse, se limita su capacidad y voluntad para negociar por sí misma las soluciones que podrían satisfacer mejor sus intereses. Estos intereses aunque sean relativos a la seguridad económica van más allá pues las investigaciones demuestran que las causas principales para atrasarse o no poder hacer frente al pago de las cuotas son la pérdida del empleo, la muerte y enfermedad y el divorcio. Hechos que no exoneran del impago pero que son cruciales para entender las causas del mismo y, que una vez introducidos en la explicación del conflicto resultan cruciales para diluir los prejuicios dicotómicos que impiden el reconocimiento mutuo y

la comunicación (Jakabovics & Cohen, 2009) entre las partes implicadas en el conflicto. Estos tres efectos no deseados afectan de manera directa a la gestión positiva del conflicto y, en consecuencia a la obtención de resultados eficaces con respecto a la dramática dimensión del mismo. ¿Cuál es el panorama actual teniendo en cuenta los efectos de las iniciativas puestas en marcha? El crecimiento continuado de las ejecuciones hipotecarias, la poca capacidad de ayuda a personas demandadas, la polarización de las posiciones, la creciente frustración profesional y social, el aumento reconocible de un clima de crisis social, el desánimo ciudadano y, la sensación de fatalidad por la poca o nula capacidad personal y colectiva de incidir en la gestión de esos conflictos.

El conflicto hipotecario no es nuevo ni únicamente español. Otros países, de referencia los Estados Unidos de América y la República Mexicana, han sufrido y sufren, con cifras que nos harían estremecer, este drama social que afecta de manera multidimensional a la sociedad en la que anida. Las investigaciones académicas han constatado que los procesos de ejecución hipotecaria, la pérdida de la vivienda familiar y el consiguiente incremento de viviendas vacías afectan más allá de lo puramente económico. Se deteriora la salud física y psicológica, individual y familiar especialmente grave en los niños, se destruyen los vínculos familiares, vecinales y comunitarios, aumenta el deterioro del espacio público y se incrementa la criminalidad y, se destruyen por varias generaciones las oportunidades de inclusión y participación social. (Immergluck & Smith, 2006) (Immergluck & Smith, 2006) (Thomas Kingsley, Smith & Price, 2009) (Figlio, Aiko Nelson & Aiko Nelson, 2011). Es decir, la magnitud del conflicto individual, familiar y social es tal que las soluciones actuales, si no se mejoran y amplían, corren el riesgo de convertirlo en una bomba de relojería que impactará en la responsabilidad personal y en la confianza hacia las instituciones que deben velar por las oportunidades y seguridad de las personas y las familias. Desde hace años, los EUA (Cohen & Jakabovics, 2010) y México han desarrollado con éxito programas de mediación en ejecuciones hipotecarias después de haber utilizado muchos de los sistemas de los que hablamos en España hoy en día. Estos programas de mediación públicos o privados, gubernamentales o civiles, judiciales o comunitarios, previos a la demanda o cuando ya está presentada y, profesionales o voluntarios, han preservado siempre, para diferenciarse de otras acciones donde un tercero decide o intermedia, dos características medulares de la mediación. La intervención de un tercero neutral e imparcial que facilita a las partes la obtención de un acuerdo y, la protección del derecho de las personas a auto determinarse para construir una solución que resuelva el conflicto teniendo en cuenta sus intereses y conforme a sus recursos.

Una de las situaciones que más recelos y oposición genera de los programas de mediación en ejecuciones hipotecarias es el poder desigual de las partes en esta mediación. (Khader, 2010) Por un lado, tenemos al representante de la institución financiera conocedor tanto del contexto jurídico del conflicto como de las opciones que tiene, después de múltiples participaciones, para maximizar sus resultados. Del otro, a un ciudadano que se acerca a la mediación por primera y quizá única vez y, que desconoce muchas de las informaciones que le permitirían negociar en igualdad de condiciones una solución favorable a sus intereses. Este recelo justificado por el desequilibrio de poder ha sido objeto de múltiples investigaciones y puede ser subsanado, además de con el trabajo vigilante del mediador para evidenciar los desequilibrios que harían ineficaces los acuerdos, con servicios de asesoramiento legal, personal o telefónico, previo, durante y al finalizar la mediación antes de firmar los acuerdos. Muchas de las instituciones que hoy en día gestionan

el conflicto a través de la intermediación podrían desplazar su intervención desde el “hablar en nombre de la persona” a “hablar con la persona” para ayudarla a incrementar su poder negociador a través de la asesoría y el acompañamiento previos y durante la mediación. En esta línea sería también de utilidad que la institución financiera proveyera a la persona, antes de la mediación, de información que subraye los límites de los temas financieros. Estas nuevas acciones no solo reducirían el desequilibrio de poder sino que ayudarían a no confundir la mediación con otros sistemas y reforzarían el ejercicio de la autodeterminación.

Las evaluaciones de los programas de mediación en ejecuciones hipotecarias han demostrado que son eficaces en dos aspectos fundamentales: se obtienen acuerdos y se cumplen. Las cifras pueden variar dependiendo del tipo de programa pero van desde el 20 al 70 por ciento de acuerdos con un grado de cumplimiento superior al noventa por ciento en ambos casos. (Cohen, 2010; “Fiscal year 2012,” 2012; (Walsh, 2009) (It’s time we talked, p.21) (Now we’re talking, p.8) Y ¿por qué? La respuesta es sencilla pero no fútil. Cuando las personas pueden gestionar el conflicto por sí mismas con la ayuda de un mediador y, la definición del conflicto en el curso de la mediación incorpora todas las dimensiones del mismo que importan a las personas, la posibilidad de llegar acuerdos no se basa en los prejuicios o en el poder sino en el indefectible reconocimiento del otro como condición *sine qua non* para negociar de buena fe, restablecer la confianza y construir acuerdos realistas.

Los beneficios constatados de los programas de mediación hipotecaria son múltiples para la justicia ya que disminuyen el volumen de asuntos; para las instituciones financieras, pues activan los préstamos y evitan el stock de casas vacías y para las familias y la sociedad en general, pues permiten proteger uno de los elementos básicos de la inclusión social la vivienda.

No todos los conflictos hipotecarios serán resolubles con la mediación ni todos los acuerdos de mediación recogerán el cien por cien de las aspiraciones legítimas de las partes, pero esta constatación no nos exime de intentarlo a no ser que lo que esté en juego no sea nada más que un cerril empeñamiento en el “hagamos que todo cambie para que nada cambie”.

Para finalizar dos informaciones y una convicción. Existen ya en España legislación suficiente y mediadores cualificados para abordar el conflicto desde la mediación. Para una institución financiera la media de pérdida en un proceso de ejecución hipotecaria es del 50% de valor de la vivienda mientras que un acuerdo reestructurando el monto principal produce una pérdida cinco veces menor (Khader, 2010). Y, en cualquier conflicto las personas e instituciones siempre deberían querer lo mismo: resolverlo de manera satisfactoria para sus intereses y que la solución se cumpla.

#### **Bibliografía**

- KHADER, S. H. (2010). Mediating mediations: Protecting. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, 44(109), 110-144.
- JAKABOVICS, A., & COHEN, A. (2009). *It’s time we talked. Mandatory mediation in the foreclosure process*. Washington: Center for American Progress.
- COHEN, A., & JAKABOVICS, A. (2010). *Now we’re talking. A look at current state-based foreclosure mediation*. Washington: Center for American Progress.
- COHEN, A. (2010). *Walk the talk. best practices on the road to automatic foreclosure mediation*. Washington: Center for American Progress.
- Foreclosure Mediation Program. Nevada, (2012). *Fiscal year 2012 statistics (july 1, 2011 – june 30, 2012)*
- IMMERGLUCK, D. & SMITH, G. (2006). The external costs of foreclosure:.. *HOUSING POLICY DEBATE*, 17(1), 57-79.
- IMMERGLUCK, D., & SMITH, G. (2006). The impact of single-family mortgage. *Housing Studies*, 21, 851–866.

THOMAS KINGSLEY, G., SMITH, R., & PRICE, D. THE URBAN INSTITUTE, (2009). *The impacts of foreclosures on families and communities*. Washington: OPEN SOCIETY INSTITUTE.

FIGLIO, D., AIKO NELSON, A., & AIKO NELSON, A. (2011). *Do children lose more than a home?*. Federal Reserve Research Conference.

WALSH, G. (2009). State and local mediation programs. *National Consumer Law Center*.

## ¿Es la mediación una forma de justicia?\*

*Preguntar cómo van las cosas  
y si pueden mejorar es una parte ineludible  
de la búsqueda de la justicia*

Amartya Sen

Este artículo<sup>1</sup> formula algunas preguntas y da respuestas sobre el estado de las cosas y como mejorarlas. Así de genérico. No propondrá propuestas de actuación concretas ni consejos prácticos sobre como debería ser el funcionamiento del sistema judicial. No es el campo de experiencia de los autores. Pero sí que ambiciona remover las aguas de la modernización judicial dando un lugar preferente a la reflexión sobre el lugar y la función que ocupan en la administración de justicia los llamados sistemas alternos de resolución de conflictos y, en especial, la mediación. No es la intención de los autores volver a andar las sendas científicas, profesionales y mediáticas de lo que funciona y no funciona en la justicia pues ya han sido y son intensa y fatigosamente recorridas. Si que quedan todavía, a nuestro entender, algunas cuestiones, al margen de los focos, que se deberán afrontar para potenciar y promover, en la búsqueda de la Justicia, nuevas formas de consenso entre las personas que permitan conjugar el ideal de las “instituciones justas”, según la acepción de las tesis contractualistas (Rousseau, Hobbes, Locke y, sobre todo Rawls), con la satisfacción de las personas por obtener soluciones a sus conflictos con las cuales puedan vivir y convivir.

Nuestras preguntas no abonan tesis prejuiciosas sobre el buen o mal funcionamiento de la justicia. No insisten en la lógica economicista de la eficacia y eficiencia judicial. No cuestionan la importancia y necesidad de disponer de “instituciones justas”. Se orientan a interrogar sobre aquellos valores que, presentes todos ellos ya en el lenguaje y la práctica jurídica, pueden tener una interpretación distinta si el énfasis hermenéutico se pone en la persona y no sólo en el recurso institucional.

### La primera pregunta

La primera pregunta versa sobre cual es la capacidad de observación (de los conflictos) de la justicia y hasta que punto una observación parcial puede inducir a resultados que las personas pueden percibir, siendo legales, como injustos. Amartya Sen introduce dos conceptos de la literatura sánscrita sobre ética y filosofía del derecho que son pertinentes para esta reflexión:

Consideremos dos palabras diferentes *niti* y *nyaya*, que se emplean para referirse a la justicia en sánscrito clásico. Entre los principales significados del término *niti* están la idoneidad de las instituciones y corrección del comportamiento. En contraste con *niti*, la expresión *nyaya* entraña un concepto comprensivo de la justicia realizada.<sup>2</sup> En esta línea, las funciones de las instituciones, las reglas y la organización, a pesar de su importancia, han de ser evaluadas en la perspectiva más amplia e inclusiva de *nyaya*, que esta ligada de manera ineludible al mundo que realmente surge y no sólo a las instituciones o reglas que tenemos por casualidad.<sup>3</sup>

La posición de observación que este artículo defiende es más amplia, más global. No prioriza la posición del observador, la cual podría llevar a errores por falta de conocimiento e información contrastada. Si una persona o muchas personas observan, sin información sobre distancias y proyección, la Luna y el Sol, podrían concluir correctamente que ambos astros tienen el mismo tamaño. La posición de observación que se postula gira también sobre la persona que busca justicia desde la equidad y huyendo de la injusticia, que pretende resolver los conflictos cotidianos, no por ello leves, a través de instituciones y procesos que le permitan, en el proceso de solución, asumir su responsabilidad, recuperar el poder, la confianza y ser tratada con respeto.

¿Qué es la equidad? Amartya Sen la define, construyendo un punto nuevo de observación más plural, como la exigencia de evitar prejuicios en nuestras evaluaciones y tener en cuenta los intereses y las preocupaciones de los otros, y en particular la necesidad de evitar el influjo de nuestros intereses creados, o de nuestras prioridades, excentricidades y prevenciones. En general, puede verse como una exigencia de imparcialidad.

Esta posición imparcial de la "justicia como equidad", utilizando un concepto rawlsiano, va más allá de un mero enfoque contractualista pues espera que en el acto de solucionar los conflictos las instituciones y sus normas tengan en cuenta algo más que su propia aceptación y legitimidad. Espera que se tengan en cuenta el mundo y las circunstancias de las personas, sus intereses y necesidades, pero no desde una observación unilateral sino desde la alteridad.

La alteridad es la posición relacional necesaria para definir acuerdos dinámicos<sup>4</sup> que permitan superar y regular de nuevo, a partir de las diferencias, como una ventaja mutua que es el preludeo del contrato y, que a su vez moldea el comportamiento a través de los principios articulados en el contrato. La mutua ventaja y el beneficio propio sin poner en riesgo el del otro, son los efectos de un acto de reconocimiento y respeto producidos a partir de la asunción de responsabilidad, de la autonomía personal y de la confianza.

Si observamos algunos de los sistemas de resolución de conflictos legal y comúnmente utilizados, como son la conciliación, el arbitraje y el juicio, a la luz de dos conceptos clave en todos los conflictos, el poder de las personas y del tercero y, la confianza en el proceso y entre las personas podremos llegar a algunas conclusiones útiles. La primera es que conforme aumenta el poder del tercero para proponer y/o tomar decisiones las personas, actores directos del conflicto y de su solución, pierden poder con respecto a la gestión y flexibilidad del proceso *ad hoc* para resolver el conflicto, a la elección del tercero y, sobre todo, lo pierden para la construcción de la solución que debe poner fin a su disputa.

Perder el poder y la autonomía personal para decidir como solucionar un conflicto impacta no sólo en la equidad, al ser la posición del tercero unilateral, sino que también lesiona la capacidad de autodeterminación y protagonismo pues las personas deben, en aras de obtener una solución, aceptar una posición ignorante y no merecedora de respeto.<sup>5</sup> Richard Sennett, en su libro *El respeto* (2003), recordando los problemas surgidos en la experiencia del barrio de Cabrini Queen a partir de la dependencia de la asistencia social de la población desfavorecida afirma que:

El otro problema estribaba en que la gente se viera privada del control de su propia vida. En efecto, se la convertía en espectadora de sus necesidades, en meros consumidores del cuidado que se les dispensaba. Allí fue donde la gente experimentó esa particular falta de respeto que consiste en no ser vista, en no ser tenida en cuenta como auténticos seres humanos.

La segunda conclusión se refiere a la confianza. Ésta es la motivación *sine qua non* para construir un acuerdo y cumplirlo y es, la confianza, el primer vínculo que se quiebra cuando emerge un

conflicto. Los sistemas de resolución de conflictos donde el tercero propone y/o sanciona no disponen de procedimientos que permitan reconstruir la confianza rota y, aún más flagrante, ni tan siquiera necesitan de ella para garantizar el cumplimiento del fallo. Sólo necesitan de *la espada* de Hobbes.

Los otros dos sistemas que se manejan, la negociación y la mediación, valoran y tratan de forma distinta el poder y la confianza. La negociación, cuando es colaborativa y, se da por hecho que la confianza entre las personas no está del todo quebrada, se construye a partir del total poder de las personas para decidir cómo y con qué resultado finalizará el conflicto. La mediación, donde a diferencia de la negociación las personas asumen no sólo el desacuerdo sino también la propia incapacidad para resolver el conflicto, y la pérdida de confianza mutua es un factor crucial para llegar a esta valoración, necesita de un tercero que además de facilitar y conducir el “acuerdo sobre el desacuerdo” edifique las columnas que harán posible la regeneración de la confianza. En la mediación estas columnas son: la confianza en el tercero, en el proceso y en la expectativa de cumplimiento del acuerdo auto construido por las propios disputantes.

La justicia institucional asume, desde su génesis, una posición irreducible del poder del tercero y de la imposición de los fallos. No da lugar a ninguna duda sobre la autoridad y la rectitud de su cometido. El sistema judicial moderno, legitimado por el contrato social, se ubica en un lugar *ut supra* donde la creación institucional a partir del consenso de los ciudadanos sobre aquello que es justo para todos reside en la cesión/anulación de la capacidad decisoria (y discursiva) de las personas y en la suposición de que la imposición es más poderosa que la confianza. Es la justicia *niti* de la que Amartya Sen nos habla. Es la “institución justa” de John Rawls (1979), *Teoría de la Justicia*, cuando formula la justicia como equidad a partir de la “posición original” desde “el velo de la ignorancia”.

“El velo de la ignorancia”, inspirado instrumento que John Rawls utiliza para argumentar la supuesta posición de elección de las personas desposeídas de todos los intereses y posiciones particulares para elegir un modelo de justicia universal, sigue siendo útil de forma analógica para visualizar a los terceros que deciden y proponen la solución de los conflictos con los atributos “ignorantes” de neutralidad e imparcialidad. Pero estos atributos no son universales ni objetivos cuando se personifican, pues la observación y resolución de los conflictos no están exentas de la visión parroquial propia del contexto teórico, profesional y cultural en el que los terceros ejercen. Si esta visión parroquial propia de la comunidad jurídica impide una observación imparcial y neutral, en el sentido del “espectador imparcial” de Adam Smith, deberíamos ampliar las posiciones de observación, que no están disponibles en la perspectiva contractualista,<sup>6</sup> a aquellos que cuentan porque sus intereses están comprometidos o porque su juicio puede iluminar una discusión (derecho de pertenencia) y, a aquellos que su perspectiva y sus razones aportan discernimiento a una evaluación aunque no sean personas directamente implicadas (relevancia para la ilustración). Manuel Reyes Mate (2000), *Ética y política*, lo ilustra del siguiente modo:

Si los criterios de justicia son la neutralidad y la imparcialidad, estamos reduciendo la justicia a un reparto de libertad. Decimos, en efecto, que los criterios de justicia tienen que ser racionales. La racionalidad, en un mundo moderno (es decir, postmetafísico y plural), consiste en intervenir *simétricamente* en el proceso de decisión. Es la hora del discurso. Se trata pues, de salvar la igualdad en la decisión, de defender, pues el principio de autonomía del sujeto. La justicia como libertad.

La simetría *procesal* a la que convoca Reyes Mate, G. H. Von Wright (1963), *Varieties of Godness*, la define como el principio de simetría:

Pero, aún sí uno no puede dar razones de por qué los hombres deberían actuar moralmente por motivos morales, se puede tratar de hacer que un hombre respete el bien de otro como si fuera propio, usando argumentos que se parecen a una apelación a fines [...] Casi podría llamarse a esta apelación al sentido de la justicia una apelación al sentido de la simetría. Si mis deseos son satisfechos a expensas de otro, ¿por qué no han de serlo sus deseos a expensas de los míos? Esto es como decir: por simetría tienes que desear ser justo.

Llegados a este punto, podríamos aventurar una primera respuesta. Algunas cosas podrían mejorar si la justicia institucional aceptara espacios alternativos de gestión de conflictos reconociéndolos como propios y legitimados,<sup>7</sup> donde las personas no tuvieran siempre que ceder el poder a un tercero ni confiar en la fuerza de la ley para obtener una solución satisfactoria para sus conflictos. Reconocer la autonomía individual y la capacidad para regenerar la confianza mutua serían pequeños cambios que podrían provocar grandes efectos en esa Justicia de la que se espera que no sólo se administre sino también que impida las injusticias.

Hemos recurrido a pensadores de la filosofía política para convenir en la importancia, para mejorar la justicia, de disponer de institutos que restituyan el poder de las personas y valoren la confianza, y su rehabilitación, como una motivación personal necesaria para cumplir los acuerdos y no como una aceptación del contrato social, en este caso hobbsiano. La expectativa de seguridad y tranquilidad a cambio de la cesión de libertades y derechos, como instrumento (teórico) para limitar el egoísmo entre los hombres, debería ceñirse a aquellas situaciones donde la violencia, la maldad o la mala fe sean las preferencias manifiestas para la gestión de los conflictos. Esta delegación contractual, no discutible en el global del vivir en una sociedad democrática, no puede servir de excusa para justificar en las “instituciones justas” la orientación a un único procedimiento de gestión de conflictos basado en el resultado. Si reconocemos, y sobre esto no debería haber discusión, la dignidad, libertad e igualdad de todas las personas, las instituciones deberían también incorporar procedimientos que garanticen la igualdad de oportunidades, el respeto al derecho común y que no se vean influidos por los intereses particulares de una persona, comunidad o sociedad.

### **El resto de preguntas**

Pero todavía faltan algunas preguntas. ¿Cómo se puede mejorar la justicia institucional admitiendo al mismo tiempo que cada una de las visiones del mundo que están en conflicto, y que son por definición incompatibles, gozan de igual legitimidad y respeto? ¿Puede la justicia institucional promover espacios de mediación de conflictos<sup>8</sup> donde las personas puedan ser llamadas a participar sin por ello renunciar a sus intereses, valores y principios? ¿Puede la justicia institucional ofrecer alternativas que garanticen el respeto a la diversidad de visiones del mundo y el derecho a hablar (y escuchar y ser escuchado) por uno mismo, sin más título que el de persona? Y, por último ¿hacerlo así también es justicia?

La primera cuestión a plantear si queremos responder a las preguntas anteriores es saber si la mediación de conflictos tiene legitimidad y legitimación. Los criterios de legitimidad, o lo que es lo mismo, los caracteres que ha de poseer la mediación de conflictos para que estimemos que la participación de las personas está racionalmente justificada y es moralmente debida son: a) consenso racional entre seres libres e iguales en derechos; b) respeto y garantía de los Derechos Humanos; c) soberanía de las partes; d) autonomía individual y, e) procedimiento de dialogo<sup>9</sup> basado en argumentación racional.<sup>10</sup> Los mecanismos de legitimación, los factores fácticos que



determinan a las personas a participar en la mediación, son: voluntariedad, libre elección del tercero, ausencia de poder de éste y, horizontalidad del proceso.<sup>11</sup> Estos mecanismos de legitimación forman parte de los axiomas de la mediación, principios que la hacen única y diferente de los otros sistemas de gestión de conflictos.<sup>12</sup>

La legitimidad y la legitimación imponen una posición moral a la mediación. Si la mediación es un proceso pactado que induce a un contrato, las opciones personales e interpersonales, tanto de las personas que participan como del tercero, respecto de lo que se debe o no hacer son contingentes. El obrar bien en mediación será pues una vía de pensamiento y de acción donde las personas sientan que sus opiniones son reconocidas y respetadas y, que el tercero sólo tendrá la autoridad, sancionada por las personas mismas, para dirigir un proceso orientado a obtener un acuerdo que satisfaga justamente los intereses de las personas. El rol de autoridad del tercero para dirigir, pero no para decidir, le conmina a ubicarse en un estadio moral postconvencional.<sup>13</sup> Esta posición moral del mediador se caracteriza por la aceptación de la moral (que influye en la visión del conflicto y en la solución al mismo) de los participantes aunque él no la comparta. El mediador, a diferencia de otros terceros que resuelven conflictos, ni interpreta las normas ni se crea una opinión propia para fallar/actuar en consecuencia. No es ni juez ni conciliador. En la mediación y para el mediador, la única solución justa es la que satisface los intereses de las personas y la acuerdan respetando en lo menor las leyes y costumbres locales y en lo mayor las Normas Universales. Este reconocimiento de las personas y el respeto a su moralidad que se le exige al mediador también instalarse entre las personas que participan en la mediación. G. W. Leibniz lo llama “principio de equidad”, es decir, de la igualdad de razones para la justificación de las acciones y omisiones.

En general, se os formula un pedido de hacer u omitir algo. Si rechazáis el pedido, uno tiene razón para quejarse pues puede suponer que formularíais el mismo pedido si estuviésemos en el lugar del que lo formula. Y es el principio de equidad o, lo que es la misma cosa, de igualdad o de la misma razón el que exige que uno acuerde lo que uno quisiera en un caso parecido sin pretender estar contra la razón o poder alegar su voluntad como razón [...] Colocaos en el lugar del otro y os encontraréis en el punto de vista correcto para juzgar lo que es justo o no.

Reconocerse mutuamente es según la proposición kantiana ver a las personas como fines y no como medios. Amartya Sen escribe, siguiendo a nuestro entender el imperativo kantiano, que tenemos que buscar instituciones que *promuevan* la justicia, en lugar de tratar a las instituciones como manifestaciones directas de la justicia, lo cual reflejaría un cierto fundamentalismo institucional. Las instituciones de la justicia como medios no como fines. Esto es hacer justicia, devolver a las personas su autonomía personal y su capacidad de autodeterminación en el marco de un nuevo contrato social construido desde una posición cosmopolita, diversa y reconocedora de las capacidades personales para decidir sobre sus conflictos, no al margen ni con la imposición de la ley sino con la ayuda de la ley. Amartya Sen lo resume diciendo que *la justicia no puede ser indiferente a las vidas que las personas puedan realmente vivir*.

Las “instituciones justas” de la justicia han monopolizado casi por completo la gestión de conflictos dejando de lado a las “sociedades justas” que pueden apoyarse tanto en instituciones efectivas cuanto en características reales del comportamiento. La mediación de conflictos perfecciona la parte contractual de las instituciones (en aras) de la Justicia aportándoles aquellos elementos enraizados con la intangibilidad del ser humano: uno mismo y su relación con el otro, porque de la solución a todo conflicto se espera, además de un acuerdo justo, la trascendencia de la relación y el respeto por uno mismo.

## Notes

- 1- Debemos un profundo respeto y agradecimiento al Premio Nobel Amartya Sen por las enseñanzas por las que con su libro *Una idea de la Justicia* (2010) nos ha instruido.
- 2- Al concepto de justicia realizada se podría oponer el de justicia postulada. Osvaldo Guariglia (1999), *La inclusión del otro*, hablando de la autonomía nos da pistas que pueden enriquecer la dicotomía. La autonomía postulada, para el filósofo porteño, es aquella que atribuimos a cada miembro de la sociedad y, eventualmente, a todos los miembros del género humano y, [...] porque es postulada no puede ser refutada por situaciones concretas. La autonomía realizada es la que indica de modo positivo cómo es posible llevar a cabo del mejor modo posible las aspiraciones propias de todo ser racional.
- 3- Una excelente reflexión sobre la casualidad de lo sustantivo y la perennidad del procedimiento la encontramos en el libro de S. Hampshire *Non c'è giustizia senza conflitto* (2001).
- 4- Dora Spini (1999), en su introducción a *Lecciones de Pisa* de Agnes Heller, plantea que la justicia dinámica se realiza sólo gracias a un discurso en el cual han tomado parte todos aquellos que están interesados en las normas en discusión. El concepto de justicia dinámica de A. Heller comprende también los procedimientos en grado de asegurar que las normas y reglas sociales y políticas consideradas ya válidas puedan ser puestas a prueba, y cambiadas si es necesario. La idea de la dinamicidad de la justicia, sigue Heller, pretende de hecho establecer una base común normativa para los diversos estilos de vida, y no instituir una única ethos intrínseca a un modelo ideal.
- 5- Estamos agradecidos a Richard Sennett por su convicción al definir el respeto. Para él, el respeto es un comportamiento expresivo. Esto quiere decir que tratar a los demás con respeto no es algo que simplemente ocurra sin más, ni siquiera con la mejor voluntad del mundo; transmitir respeto es encontrar las palabras y los gestos que permiten al otro no sólo sentirlo, sino sentirlo con convicción.
- 6- Para Amartya Sen son:
  1. Abordar la evaluación comparativa en lugar de reducirse a la mera identificación de una solución trascendental;
  2. Tomar nota de las realizaciones sociales y no sólo de las exigencias de las instituciones y las reglas;
  3. Permitir la evaluación social incompleta, pero también ofrecer orientación en importantes problemas de justicia social, como la urgencia de superar casos manifiestos de injusticia, y
  4. Reconocer voces más allá de la pertenencia al grupo contractualista, para registrar sus intereses o evitar el parroquianismo.
- 7- Existen ya sistemas judiciales que han creado y aceptado espacios alternativos de gestión de conflictos, entre ellos el Tribunal Superior de Justicia del DF. Pero crearlos no conlleva, de manera automática, hacerlos propios con el uso ni legitimarlos por el reconocimiento al trabajo que desarrollan.
- 8- Llegados a este punto cambiamos la expresión espacios de solución de conflictos por mediación de conflictos. La mediación es, sin lugar a dudas, el sistema de gestión de conflictos que aúna todas y cada una de las respuestas que ofrecemos en esta reflexión.
- 9- Para J. Habermas la argumentación racional no es el resultado de una conciencia individual preclara, sino de una construcción intersubjetiva en condiciones de igualdad y libertad.
- 10- Las reglas de la argumentación racional son:
  1. Todo el que puede hablar puede tomar parte en el discurso
  2. A. Todos pueden cuestionar cualquier afirmación  
B. Todos pueden introducir cualquier afirmación en el discurso  
C. Todos pueden exteriorizar sus criterios, deseos y necesidades
  3. Ningún hablante puede ser impedido de ejercer la salvaguarda de sus derechos fijados en (1) y (2) cuando dentro o fuera del discurso predomina la fuerza.
- 11- Los caracteres de legitimidad y los mecanismos de legitimación están recogidos, bajo otros títulos, en las leyes de mediación y justicia alternativa de muchos de los Estados de la República Mexicana y en legislación comparada.
- 12- A los ya citados habría que añadir la simetría del proceso y la asimetría de los acuerdos, la competencia de los mediadores y la sostenibilidad de los recursos. Para una visión más amplia, véase nuestro libro *La mediación, un acercamiento a la justicia comunitaria* (México, 2009).
- 13- Lawrence Kohlberg aporta en su desarrollo de los estadios de la conciencia moral un elemento valioso para entender el por qué el mediador debe ubicarse en ese estadio postconvencional. Lo que está bien, lo justo, es seguir los principios éticos universales que se descubren por el uso de la razón. Las leyes particulares y acuerdos sociales son válidos porque se basan en esos principios y, si los violaran o fueran en contra de ellos, deberá seguirse lo indicado por los principios. Los principios son los principios universales de la justicia: la igualdad de derechos de los seres humanos y el respeto a su dignidad de individuos. Éstos no son únicamente valores que se reconocen, sino que además pueden usarse eficientemente para generar decisiones concretas.

\*Martha A. Hernández y Salvador Puentes. Coordinadores de programas de formación de postgrado en mediación de conflictos en Europa y América Latina.