

Hermenéutica analógica y resolución de conflictos

Resumen: Los métodos de resolución consensuada de conflictos, sea a nivel de individuos, grupos o estados, ha existido siempre, pero en las últimas décadas han adquirido un especial interés, ante el peligroso avance de la conflictividad en todos los ámbitos. En la presentación se exploran las posibilidades de la hermenéutica analógica para apoyar los procedimientos de mediación y arbitraje, sean pre-judiciales, judiciales, vecinales (municipales) o escolares. Se parte de las siguientes asunciones: 1) El convenio entre partes, o laudo consensuado, o "reparto autónomo" en la concepción de Werner Goldschmidt es ética y antológicamente superior al recurso decisionista; 2) El reparto autónomo realiza mejor el valor justicia en cuanto dirime definitivamente la controversia y porque reasume el concepto de comportamiento prudente bajo la forma de *epiqueia* o justicia del caso particular; 3) Puede constituirse en "modélico" con respecto a situaciones posteriores; 4) Evita y torna innecesarias las discusiones teóricas éticas y/o legales sobre las normas generales de posible aplicación, problemas estos muchas veces de difícil o imposible resolución. Se argumentará a favor de las siguientes hipótesis: 1) La hermenéutica analógica puede portar elementos para la comprensión de la lógica de la situación conflictiva; 2) Puede aportar elementos para una hermenéutica de la situación conflictiva como un todo y no solamente de cada posición por separado; 3) Puede aportar elementos heurísticos y prudenciales para ayudar a la tarea del mediador en el propósito de que cada parte "se ponga en el lugar del otro".

Palabras clave: Hermenéutica analógica, trialismo jurídico, hechos jurídicos, valores jurídicos, mediación.

Abstract: This paper aims to address the Abstract: Consensual methods of conflict resolution, either at the level of individuals, groups or states, has always existed, but in recent decades have gained a special interest, before the dangerous advance of the conflict in all areas. In presenting the possibilities of analogue hermeneutics are explored to support mediation and arbitration are pre-judicial, judicial, local or school. It starts from the following assumptions: 1) The agreement between the parties, or agreed award or "self cast" in the conception of ethics and Werner Goldschmidt is ontologically superior to decisionist resource; 2) The autonomous cast performs better value justice as definitively settles the dispute and resume because the concept of prudent behavior in the form of *epiqueia* or justice of the particular case; 3) It can become a "model" with respect to subsequent situations; 4) Avoid unnecessary and makes ethical and/or legal theoretical discussions on the possible application of general rules, these problems are often difficult or impossible to resolve. It will be argued in favor of the following assumptions: 1) Hermeneutics can carry analog elements for understanding the logic of the conflict situation; 2) It can add items to a hermeneutics of the conflict situation as a whole and not only of each position separately; 3) Contribute heuristics and prudential elements to help the task of the mediator in order that each party "is put in their place".

Keywords: Analog hermeneutics, Legal Trialism, legal facts, legal values, mediation.

Los procedimientos consensuados de resolución de conflictos, sean ellos entre individuos, grupos, o estados, conocen en las últimas décadas un momento de particular interés, si bien han existido siempre y desde la modernidad europea hay una tradición que aconseja –aunque no siempre se logró– agotar las vías de arbitraje y mediación antes de recurrir a la violencia o la guerra.

A pesar del innegable éxito de este movimiento, sobre todo en la notable extensión de la aplicación de estos recursos, la realidad es que no han logrado los beneficios que se esperaban, ni siquiera en una medida aceptable para sus propios propulsores y, lo que parece más grave, no se avizora un mejoramiento más o menos inmediato.

Una visión preliminar parece indicar que los métodos concretos y las estrategias de aplicación no han sido adecuadamente sopesadas y que se oscila entre un excesivo normativismo y ritualismo (en la mediación judicial y en el arbitraje internacional) y una laxitud un tanto anómica (en la mediación vecinal, escolar y otras formas de acuerdo no inmediatamente judicializables).

En este contexto, intento pensar las posibilidades de la hermenéutica analógica. Parto de un marco trialista para ubicar la realidad del problema a tratar. En un segundo momento, analizo la propuesta teórica de Mauricio Beuchot y en el tercero, expongo las posibilidades que, a mi juicio, ofrece la teoría, con algunas breves indicaciones de aplicación.

1. Presupuestos trialistas

Como un marco teórico iusfilosófico, parto de algunos supuestos teóricos, que tomo de Werner Goldschmidt, quien propuso una teoría trialista del derecho¹, cuyos ejes o dimensiones son: la norma, la conducta y la justicia. En una apretada síntesis descriptivo-fenomenológica puede decirse que el mundo del derecho consiste en un conjunto de conductas (dimensión so-

¹ Ver la exposición general en W. GOLDSCHMIDT, *Introducción al Derecho*. La teoría trialista del mundo jurídico y sus horizontes, Buenos Aires, Depalma, 1967³. El objetivo de esta construcción no es puramente teórico, sino que ha sido pensada con el fin de ayudar al mejoramiento de la praxis jurídica. El *Prólogo* de la tercera edición dice al respecto (p. xv): “Pero la equivocación está en suponer que la función del jurista consiste en vencer al adversario en la controversia de intereses planteada. En realidad, es jurista quien a sabiendas reparte con justicia. Repartir con justicia es el fundamento de la paz social; y la paz social es el requisito imprescindible de la vida, del progreso y del bienestar en la sociedad. El éxito que el jurista, por ende, debe buscar es el reparto justo; y la Facultad de Derecho debe brindarle la ciencia del reparto justo”.

ciológica) regladas (dimensión normológica) y valoradas (dimensión dikeológica). Cada dimensión es una parte del objeto de estudio total de la ciencia del derecho y de la iusfilosofía.

En este trabajo se visualiza un tema que corresponde a la dimensión sociológica u orden de las conductas relevantes para el derecho, la cual consiste –descriptivamente– en un orden de repartos de potencia e impotencia (lo que se puede o no hacer). Estos repartos pueden ser autónomos (decididos por los interesados) o autoritarios (decididos por un superior)². En el tema que nos atañe, podemos asumir cuatro consecuencias del planteo de Goldschmidt.

1.1. La prioridad ética y ontológica de los acuerdos o “repartos autónomos”

Golschmidt considera, acertadamente a mi juicio, que los repartos autónomos en sí mismos, y más allá de las otras dimensiones, son ontológica y éticamente superiores a los autoritarios.

Son ontológicamente superiores porque pueden existir por sí mismos, aun cuando no existieran los correlativos autoritarios, ya que su efecto consiste en el cumplimiento espontáneo de los interesados. Puede, por tanto, pensarse un orden de repartos exclusivamente autónomos (aunque es idílico pensarlo en los hechos, es una posibilidad lógicamente cierta) mientras que no puede pensarse en un orden exclusivo de repartos autoritarios, pues en algún momento debe haber un cumplimiento espontáneo y no coactivo (la cuestión del vigilante del vigilante *ad infinitum*). Y es éticamente superior porque realiza espontáneamente el valor solidaridad en todos los casos y el valor justicia entre las partes, aunque eventualmente no realice el valor justicia en general ni el valor legalidad (puede haber un reparto autónomo ilegal e injusto para con terceros). En todo caso, y aplicando su teoría del fraccionamiento-desfraccionamiento de la justicia³, el ideal sería “desfraccionar”

² W. GOLSCHMIDT, *Introducción al Derecho*, pp. 53 ss.

³ W. GOLSCHMIDT, *Introducción al Derecho*, pp. 373 ss. La justicia que realizamos los hombres es siempre imperfecta porque no podemos, en cada caso, aplicarla en forma completa y tomando en consideración todos los elementos de juicio (función pantónoma), sino solamente aquellos a los que tenemos acceso. Una justicia perfecta sólo puede hacerse fuera de la historia y por un Juez Supremo que pueda considerar absolutamente todas las circunstancias y todos los casos con su relativa responsabilidad y culpa en función de la totalidad, lo cual es precisamente el ideal del Juicio Final. Los hombres aplicamos una justicia fraccionada (castigamos al delincuente que atrapamos, no a todos los que se escapan, por ejemplo). Pero podemos tender al ideal de la justicia perfecta, desfraccionando (por ejemplo, tratando seriamente de encontrar y enjuiciar a la

promoviendo la solución de los conflictos mediante repartos autónomos. Ésta es la idea que subyace al recurso de la mediación como instrumento de solución compositiva o autónoma de conflictos.

1.2. La mayor adecuación ética y sociológica del criterio de la "conducta modelo" y del esquema conducta modelo-seguimiento

El mencionado orden de los repartos se articula sobre un modelo de comportamiento consistente en imitar espontáneamente una conducta que ha recibido aceptación, por resolver de modo satisfactorio una situación problemática⁴ (por ejemplo, el principio de la "cola": tiene prioridad el que está cronológicamente primero⁵). Es claro que cuanto más los grupos sociales acepten conductas modélicas compartidas, más paz y seguridad habrá en dicha sociedad, valores éstos que son condición de la realización de la justicia (no puede existir la justicia, estrictamente, en una sociedad caótica, desordenada, jurídicamente insegura; los ejemplos sobran).

1.3. El rescate de la tradición aristotélica de la prudencia como virtud rectora de las conductas sociales

En la construcción ética aristotélica, hallamos una interesante aproximación al concepto de "conducta modelo" de Goldschmidt. Para el Estagirita, la guía de la conducta moral concreta no es la norma general sino una "imitación": obrar en cada caso como lo haría un hombre prudente. También se relaciona este criterio con la importancia que Aristóteles concede a la "equidad" o justicia del caso particular, a la "regla de Lesbos" que permite evitar la

mayor cantidad de miembros de una banda de delincuentes y no contentándonos con juzgar a uno solo). En este sentido, quien acuerda con otro un reparto y lo considera justo desfracciona, ya que ahí se cierra el problema. Una exposición amplia del tema en W. GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia, dikelogía*, Madrid, Aguilar, 1958.

⁴ W. GOLDSCHMIDT, *La ciencia de la justicia*, pp. 84 ss. Afirma Goldschmidt que la razonabilidad del reparto conduce a la ejemplaridad, la cual se lleva a cabo conforme al esquema: modelo-seguimiento. La ejemplaridad de los repartos constituye su valor directivo y produce, horizontalmente, un orden de repartos semejantes y de cumplimiento espontáneo.

⁵ La sociedad actual considera más justo este principio que, por ejemplo, el "aristocrático" (tiene prioridad el superior), o el "caótico" (cualquiera puede pasar primero, según su fuerza o su astucia). Incluso las excepciones al principio cronológico son también modélicas: los ancianos, los enfermos, las embarazadas, etc.

injusticia concreta derivada de una aplicación mecánica de una norma genéricamente justa, dilema éste que desde siempre preocupa a los juristas.

1.4. Este procedimiento evita y torna innecesarias las discusiones teóricas éticas y/o legales sobre las normas generales de posible aplicación, problemas éstos, muchas veces de difícil o imposible resolución

En efecto, el intento de fundamentación previa de los principios de la mediación por vía no tópica, sino apodíctica, tropieza con –al menos– las siguientes dificultades.

1) El intento de fundamentación ética no tópica (es decir, más allá de los principios consensuados por la comunidad, como el valor de la autonomía, la libertad, la dignidad, etc.) implica posicionarse en una teoría ética y por tanto discutirla y afianzarla rebatiendo, eventualmente, a las teorías rivales. Esta es una discusión totalmente distinta del problema de origen y en algunos casos incluso innecesaria. Por ejemplo, la conveniencia de la mediación como principio preferente de resolución de conflictos puede ser defendida tanto desde una ética aristotélica, como desde una utilitarista. En este caso, la discusión sobre cuál de las dos es “verdadera” resulta irrelevante para el asunto concreto de implementar modos eficaces de mediación.

2) El intento, en segunda instancia, de dirimir las disputas éticas no resueltas por apelación a la metafísica, la ontología o la epistemología, lleva a multiplicar el campo problemático, haciendo aún más difícil el consenso sobre la fundamentación última.

3) Aun cuando se coincidiera, por hipótesis, en la fundamentación última, restaría el posible disenso (que atestigua la historia de la filosofía) sobre la derivabilidad de principios más específicos a partir de los más universales. Lo demuestra el caso de las discusiones sobre el derecho natural a partir de posiciones metafísicas que coinciden en su realismo ontológico e incluso en una postura teísta, como las tradiciones escolásticas en disputa.

Estas consideraciones me han llevado a sostener la conveniencia de seguir la vía tópica para la fundamentación inmediata de teorías específicas iusfilosóficas acerca de institutos de interés práctico.

2. La hermenéutica analógica

La hermenéutica analógica que propone Mauricio Beuchot a partir de una relectura de la teoría analógica aristotélico-tomista, vinculándola a la

secular tradición hermenéutica que también arranca de Aristóteles, se propone como un recurso teórico para la comprensión tanto de textos como de realidades, evitando los extremos perniciosos, en su concepto, de univocismo (lo completamente idéntico) y el equivocismo (lo completamente diferente)⁶. La analogía se presenta así como un *tertium quid*, que señala lo que es en parte idéntico y en parte diferente. Naturalmente, la historia de la noción de analogía es larga y compleja; muchos autores la usan con diversos matices: Aristóteles, Agustín, Tomás de Aquino, Cayetano, Vico, Kant, Nietzsche, Peirce, Wittgenstein, Gadamer, Ricoeur, a todos los cuales Beuchot reconoce como legítimos interlocutores de su propuesta.

Las características específicas de la teoría de Beuchot son indicadas por él mismo⁷:

- 1) La hermenéutica analógica es una estructura dinámica e integradora;
- 2) En el texto hay una verdad analógica: hay una objetividad textual y una verificación contextual;
- 3) Concilia sentido y referencia, no es totalmente holística ni fragmentarista;
- 4) Abre el campo a la multiplicidad de interpretaciones sin caer en un procedo al infinito;
- 5) Es de atribución y de proporcionalidad, tanto propia como impropia (o metafórica);
- 6) Equilibra el sentido literal y el alegórico de los textos;
- 7) Tiene como instrumento principal la distinción y por ello requiere el diálogo;
- 8) Junta la descripción y la valoración, superando la falacia naturalista;
- 9) Junta el decir y el mostrar, que Wittgenstein separó excesivamente;
- 10) Reúne interpretación y transformación.

Siempre de acuerdo a la síntesis del propio Beuchot, tiene diez efectos principales⁸:

⁶ En la síntesis de su propuesta, contenida en *Perfiles esenciales de la hermenéutica* (México, UNAM, FCE, 2008) advierte que actualmente “la hermenéutica ha recibido formulaciones demasiado extremas”: por huir del paradigma de la univocidad del racionalismo cientificista, se ha caído en un relativismo que disuelve el sentido al proponer en definitiva que todo vale. Conviene, concluye, encontrar un punto medio (la *phrónesis* aristotélica) que se encamina a su propia propuesta de la hermenéutica analógica que se presentará, al final, como una solución a la encrucijada histórica que relata a lo largo del libro, “como una esperada cosecha” (p. 9).

⁷ Cf. M. BEUCHOT, *Hermenéutica analógica y búsqueda de la comprensión*, Chihuahua, Universidad Autónoma de Chihuahua, 2010, pp. 80-83.

⁸ M. BEUCHOT, *Hermenéutica analógica...*, pp. 83-85.

- 1) Tiene un efecto de integración;
- 2) Sirve para la limitación, deteniendo la interpretación infinita;
- 3) Permite interpretar el símbolo de la mejor manera;
- 4) Privilegia la diferencia sin renunciar a la identidad;
- 5) Permite responder a las inquietudes de la postmodernidad;
- 6) Conjunta, en un límite, sentido y referencia, lenguaje y ser, hermenéutica y ontología;
- 7) Tiene las dimensiones de la iconicidad;
- 8) Permite la utilización con cordada de la dimensión sintagmática y la dimensión paradigmática;
- 9) Favorece la convergencia del polo sincrónico y del diacrónico, de lo sistemático y lo histórico;
- 10) Propicia hacer una filosofía latinoamericana, pero inserta en la filosofía universal.

Beuchot señala también múltiples aplicaciones posibles de la teoría, tanto en el campo filosófico como fuera de él. De los campos no filosóficos con los cuales se ha vinculado la hermenéutica analógica, el área del derecho parece haber sido la más fecunda en cuanto a intentos de aplicación práctica⁹. Ahora bien, la esfera de lo jurídico es enormemente amplia, sobre todo si se la considera incluyendo el conjunto de las conductas humanas sociales regladas de alguna manera. En este panorama, debemos distinguir, a los efectos de situar la presente propuesta, entre la aplicación de la hermenéutica analógica para pensar cuestiones teóricas dentro del área y el uso de la hermenéutica analógica como un instrumento interpretativo jurídico. El primer caso abarca las construcciones de filosofía del derecho que hacen uso de esta teoría como marco¹⁰, o bien el tratamiento teórico de algunos problemas generales del área,

⁹ El propio Beuchot (*Hermenéutica analógica...*, p. 86) ha señalado los aspectos en que su teoría sería un instrumento útil a los juristas: "...una interpretación analógica se requiere para actos tan analógicos como el de la *phronesis* o prudencia, por ejemplo, en la jurisprudencia; pero también en el de la epiqueya o equidad, que complementa la jurisprudencia. Y todo se encamina a la justicia, que también es analógica. Y no sólo se aplica en el argumento por analogía, tan usado en la jurisprudencia, sino además en la interpretación, de manera más amplia".

¹⁰ Menciono especialmente la propuesta de N. CONDE GAXIOLA, contenida, por ejemplo, en "Hermenéutica analógica, filosofía del derecho", A. Rosillo Martínez (coord.), *Hermenéutica analógica. Derecho y filosofía*, San Luis de Potosí, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, 2007, pp. 31-39; y en "Hermenéutica analógica para hacer filosofía del derecho", en N. Conde Gaxiola (comp.), *En torno a la hermenéutica analógica*, México, Editorial Torres Asociados, 2010, pp. 149-164; y la de A. ROSILLO MARTÍNEZ, "¿Qué es el 'Iusnaturalismo histórico

como derechos humanos¹¹, género¹², modelos políticos¹³, etc. Es un campo en el que la actividad resulta prometedora, pero ahora no me referiré a esto.

El segundo campo indicado, el uso de la hermenéutica analógica en la labor jurídica concreta, ha sido, hasta donde conozco, menos explorado. La conexión más inmediata, como es obvio, está constituida por las reglas de la analogía jurídica, tema muy estudiado en lógica y metodología jurídicas. El aspecto central es la justificación de la aplicación “analógica” de una norma a un caso que inicialmente no está contemplado en la misma, por considerar que existen elementos análogos, o similares, o equivalentes, de allí que al argumento “por analogía” se lo denomine también *a pari*. Aunque pueden establecerse reglas sintácticas para asegurar la corrección de la derivación analógica, en el ámbito jurídico este tipo de aplicaciones es mirado con mucha suspicacia y en general hay notoria reticencia a su aplicación. Por otra parte, en los sistemas continentales el uso de la analogía suele estar explícitamente prohibida en derecho penal e incluso en todo el derecho público. Los tribunales, sobre todo los más altos, suelen hacer un uso muy moderado del razonamiento por analogía¹⁴, y en general lo hacen cuando se trata de casos de alto contenido ideológico y/o político, en los cuales es necesario atender a la expectativa social.

Ana Matilde Chávez Mayo¹⁵, en su compulsa sobre los criterios de interpretación de la Corte Suprema de México, señala que los fallos que men-

co analógico?”, en *Herменéutica analógica. Derecho y filosofía*, pp. 167-199, donde busca una visión renovada del iusnaturalismo tradicional escolástico.

¹¹ Cf. A. O. MAAR CASTELLANOS, “La fundamentación filosófica de los derechos humanos en el pensamiento de Mauricio Beuchot”, en *Herменéutica analógica*, pp. 41-51.

¹² Cf. D. GARCÍA GONZÁLEZ, “Apelar a una razón *phronético*-analógica en cuestiones de género. Arendt y Beuchot”, en *En torno a la herменéutica analógica*, pp. 113-132.

¹³ Cf. A. SALCEDO AQUINO, “El papel de la herменéutica analógica en el conflicto de tradiciones políticas”, en *En torno a la herменéutica analógica*, pp. 79-112.

¹⁴ En un cuidadoso e instructivo trabajo de campo sobre la aplicación del razonamiento analógico por parte del máximo tribunal mexicano, Ana Matilde CHÁVEZ MAYO, en “Problemática de la analogía en el derecho positivo mexicano (una visión desde la herменéutica analógica)”, *Herменéutica analógica*, pp. 53-71, pasa revista a un conjunto de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de México, en las cuales, y de acuerdo al derecho mexicano, se hace mención del método analógico, para concluir que la herменéutica analógica podría aportar muchos más elementos a esta cuestión. Sin duda no cuesta darle razón, pero hay que ver también, cómo presentar la propuesta de modo que sea aceptable en un ámbito en que “la cuestión de las palabras” tiene implicaciones que van mucho más allá del discurso mismo.

¹⁵ A. M. CHÁVEZ MAYO, “Problemática de la analogía en el derecho positivo mexicano...”, pp. 67-68.

cionan el tema pueden ser distribuidos en tres categorías: 1) casos en que se hace reflexión sobre los métodos de interpretación que el propio Tribunal utiliza, en forma implícita o explícita; 2) casos en que el Tribunal reconoce explícitamente usar el argumento de analogía; 3) casos en que se usa, aunque no se dice expresamente. Esta distinción me parece atinada, permitiendo afinar más el objetivo de la propuesta. El primer caso es claramente doctrinario, y desde luego integrará la fundamentación de la sentencia, pero no es propiamente uso del método. En cambio, los otros dos casos sí implican uso implícito o explícito del método y por tanto, son relevantes como antecedentes inmediatos de la sentencia, que puede resultar muy distinta según que se use este argumento o no¹⁶. La complejidad que envuelve la aplicación de la analogía a las cuestiones judiciales ha determinado, en mi concepto, la notoria resistencia a incorporarla como un mecanismo estándar, quedando reducida a pocos casos, en los cuales pareciera que un cierto sentido común, o de equidad, aconsejan una solución analógica, es decir, una solución que consulte el *ethos* común, y resuelva por vía tópica. Demás está decir que donde falta este consenso generalizado, difícilmente un magistrado arriesgará aplicar una analogía que deje un gran saldo de disconformidad. Esto constituye una limitación fáctica a las posibilidades de aplicación.

Debemos preguntarnos entonces, pertinentemente, cuáles son los recaudos que debe presentar una teoría de hermenéutica analógica para resultar aceptable en el ámbito de la hermenéutica jurídica, y sobre todo, de la judicial, es decir, de la interpretación de la norma correlativa a su aplicación en un caso concreto. Considero que la propuesta filosófica de la hermenéutica analógica, tal como la expone su autor y como brevemente he intentado describirla en el punto anterior, no es inmediatamente aplicable en el campo jurídico práctico; de ahí que quienes la propugnan no hayan pasado del potencial “podría contribuir”, sin que se haya mostrado claramente que de hecho contribuye. Mi posición es que la teoría hermenéutica analógica general requiere de una o más sub-teorías para que pueda ser realmente considerada como una herramienta hermenéutica de aplicación práctica. Pienso también, que estas sub-teorías deben ser pensadas y construidas sobre la

¹⁶ Por ejemplo, si la parte A reclama X en poder de B que le niega el derecho al reclamo por tratarse de un caso no contemplado en la ley, el juez puede: a) admitir el reclamo de A por analogía con otro instituto reglamentado; b) rechazar el reclamo de A. La cuestión de si corresponde o no aplicar la analogía no es menor, evidentemente, y si el fallo positivo para A es apelado por B, la cuestión de la pertinencia jurídica de aplicar este método pasa a ser materia a resolver por parte del tribunal superior.

base de experiencias y estudios de campo, que provean una base de análisis de comportamientos para proyectar los comportamientos posibles y deseados. De este modo, la efectividad de la teoría puede ser puesta a prueba en situaciones reales, en las que se pueda evaluar si funciona satisfactoriamente. En otros términos que, a mi juicio, la incorporación de esta posible herramienta debe seguir los mismos pasos que han cumplido las otras formas de razonamiento jurídico que hoy son estándar en la práctica del derecho. Las consideraciones que siguen van en esta dirección.

3. Posibilidades de la hermenéutica analógica para la resolución de conflictos

Las controversias inmediata o potencialmente jurídicas se producen, en general, por una de estas dos causas, o las dos a la vez: 1) una divergencia en la pregunta por la norma que rige el asunto; 2) una divergencia acerca del hecho o situación concreta en discusión (si existió o no, sus caracteres, su alcance en efectos, etc.). Los marcos teóricos y los recursos técnicos para la resolución compositiva de conflictos deben tener en cuenta que: 1) existe una "lógica del conflicto"; 2) el conflicto es una situación que debe ser comprendida, en su totalidad dinámica, por todos los agentes involucrados; 3) los extremos conflictivos deben ser percibidos como potencialmente intercambiables.

Sobre las dos bases generales se asientan las diversas teorías sobre la mediación, las cuales constituyen una especificación de los métodos más amplios de superación y resolución de (cualquier clase de) conflictos, es decir, las estrategias la negociación¹⁷. La mediación en sentido más estricto, puede ser caracterizada como un proceso en el cual una tercera parte imparcial

¹⁷ Desde la segunda mitad del siglo pasado, la bibliografía sobre esta temática ha crecido exponencialmente, dada la gran variedad de aplicaciones, desde las decisiones políticas más delicadas hasta los conflictos cotidianos en la casa, el trabajo o el barrio. Quienes advirtieron más rápida y certeramente las posibilidades de las técnicas de negociación fueron los economistas; el grupo nucleado en la Escuela de Harvard estableció tempranamente un Programa de Negociación. Uno de sus miembros, William Ury se plantea el desafío en estos términos: "¿Cómo puede uno transformar un enfrentamiento en cooperación? ¿Cómo puede uno convertir conflictos que se van a desatar en problemas que se van a resolver" (W. URY, *Supere el no. Cómo negociar con personas que adoptan posiciones obstinadas*, Buenos Aires, Grupo Editorial Norma, 1993, p. xiii). En este sentido, puede decirse que los métodos de negociación se basan en –e incluyen a– una adecuada teoría de la comunicación, como propone P. WALZLAWICK, *Teoría de la comunicación humana*, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo, 1973.

actúa como un catalizador para ayudar constructivamente a otros y en lo posible resolver una disputa, una transacción o definir los perfiles de una relación. El mediador facilita la negociación entre las partes propiciando una mejor comunicación, abordando el problema a solucionar y desarrollando la lógica de un acuerdo o resolución por consenso entre las partes. Todas las definiciones ensayadas, con diversos matices, incluyen este punto como el esencial. Pero además, los roles que suelen adjudicarse al mediador son más y más variados, especificando más pulidamente los modos y los métodos por medio de los cuales cumplirá su cometido. Menkel-Meado, Love y Kupfer Schneider¹⁸ observan que los roles del mediador suelen describirse con una serie de metáforas. El mediador actúa como *anfitrión* y presidente, acercando a las partes para discutir, haciendo arreglos adecuados, atendiendo algunos aspectos especiales de la disputa –por ejemplo, las deficiencias o diferentes del lenguaje–, y armando una agenda constructiva en la cual se tengan en cuenta los obstáculos. El mediador es *guía*, *preceptor* y *educador*, conduciendo a las partes hacia una efectiva conducta de negociación, separándolas de modalidades destructivas y estériles. El mediador es un *árbitro*, ofreciendo a cada parte un lugar igual en la mesa de negociación, ayudándolas a dar su propia voz y a usar los recursos constructivos. El mediador es a la vez *comunicador* y *traductor*, ofreciendo elementos de significado apropiado para acercar las posiciones extremas, ayudando a las partes a considerar los intereses, afirmaciones, propuestas, sentimientos, principios y valores del otro. El mediador es un *agente de realidad*, exigiendo la evaluación y re-evaluación de las posiciones y asunciones impulsando a arreglos y nuevos arreglos. Podemos estar de acuerdo en que un “mediador ideal” responde a este conjunto de roles, pero falta aún saber de qué modo concreto pueden efectuarse.

Es un hecho que las formas concretas de mediar dependen de variadas circunstancias, lo que impide pretender una descripción homogénea. Esto significa que las prácticas locales deberán tener en cuenta estas peculiaridades¹⁹. Por otra parte, y a la inversa, hay que considerar que la práctica

¹⁸ Cf. C. MENKEL-MEADOW, L. LOVE, A. KUPFER SCHNEIDER, *Mediation: Practice, Policy and Ethics*, EEUU, Wolters Kluwer, 2006¹ (se cita por 2ª ed. en prensa: cap. 3, p. 1).

¹⁹ Dentro de la vasta bibliografía producida en Argentina, uno de los primeros y más usados trabajos es el de E. HIGHTON, G. ÁLVAREZ, *Mediación para resolver conflictos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1995. Las autoras se hacen cargo de los caracteres de lo que llaman “la cultura del conflicto” y consideran que en primer lugar es necesario conciliar sobre el valor del movimiento de Resolución Alternativa de Conflictos (RAE).

constante y el hábito de resolver compositivamente los conflictos producen a su vez una modificación cultural²⁰.

Sintetizando apretadamente los caracteres de la mediación, puede decirse que:

- 1) es un proceso consensuado, con participación de ambas partes que llegan a un acuerdo;
- 2) es esencialmente voluntario;
- 3) es participativo por parte de los principales interesados en el problema o asunto traído a mediación;
- 4) es “facilitado” por una tercera parte “fuera” de la disputa inmediata o conflicto (el principio de “neutralidad” siempre es reforzado);
- 5) se trata de llegar a soluciones de problemas o resoluciones de conflictos o disputas en términos de acuerdo mutuo y justicia de las partes²¹.

La mayor eficacia de la mediación sobre otras formas de resolución de conflictos, como dicen Friedman y Himmeinstein, se basa en una simple premisa: la gente que ha suscitado y vivido el problema está finalmente en la mejor posición para determinar la solución más atinada a una disputa. Necesita, eso sí, un soporte y se trata de proveer el soporte para ayudar a un trabajo conjunto constructivo y productivo, entendiendo el conflicto y las posibilidades de resolverlo. Estos autores proponen, además, cuatro principios esenciales interrelacionados: 1) hay que promover más bien el poder de comprensión que el poder de coacción o de persuasión en el curso del proceso; 2) la responsabilidad primaria es resolver las necesidades de las partes; 3) las partes estarán mejor protegidas trabajando juntas y tomando decisiones conjuntas; 4) los conflictos serán mejor resueltos descubriendo lo que subyace al nivel en que las partes experimentan el problema²².

Estos principios generales, de consenso mayoritario, son en sí mismos guías, directrices, sugerencias, pero no son inmediatamente aplicables en una situación real de mediación. En ese caso, el mediador debe además tener un repertorio más específico de técnicas. La mayoría de las obras prácticas sobre mediación se abocan a proporcionar las que parecen más adecuadas, conforme a la experiencia. Sin embargo, la práctica también muestra que las técnicas, por sí mismas y aplicadas mecánicamente no producen los mejores

²⁰ Es el punto de vista de J. GOTTHEIL y A. SCHIFRIN, *Mediación: una transformación en la cultura*, Buenos Aires, Paidós, 1996.

²¹ Cf. C. MENKEL-MEADOW *et al.*, *Mediation*, p. 9.

²² G. FRIEDMAN, J. HIMMEINSTEIN, *Challenging Conflict: Mediation Throug Undersganding* (2008: xvii-xviii), en C. Menkel-Meadows *et al.*, *Mediation*, p. 22

resultados, e incluso pueden ser contraproducentes. Más aún, es un dato reiterado que cuando una mediación fracasa, el conflicto se acentúa y se endurece. Considero, por lo tanto, que el mediador debe guiarse, en la aplicación de las técnicas estándar, por ciertos principios de rango intermedio que contribuyan al enfoque acertado de aquéllas en forma prudente, requisito de su eficacia.

En lo que sigue se procura argumentar a favor de tres tesis.

3.1. La hermenéutica analógica puede aportar elementos para la comprensión de la lógica de la situación conflictiva

Una reiterada experiencia de los hombres de derecho muestra que los contrincantes jurídicos no son –en la mayoría de los casos– irracionales; al contrario, aun cuando se equivoquen en cuanto a la norma o a los hechos, mantienen una lógica clara en sus exigencias. Por eso, en principio, toda controversia jurídica es dirimible mediante un procedimiento discursivo (conversacional, si se quiere) entre las partes mismas y no sólo entre sus letrados. Tal procedimiento intenta llegar a un acuerdo acerca de la norma aplicable, de su interpretación adecuada para el caso, acerca del caso mismo y/o acerca de las ventajas y desventajas relativas de las soluciones posibles. Es también una experiencia que los litigantes, si se comportan como agentes racionales, tienden a aplicar espontáneamente el principio del óptimo de Pareto, o al menos su versión débil: elegir la opción que produce mayores beneficios y menores perjuicios a las dos partes.

Es también una experiencia que el mediador logra más fácilmente un resultado mostrando un caso “modelo” concreto que intentando una explicación teórica que no sólo las partes pueden no entender, o no entender suficientemente, sino que no siempre les da la seguridad y la tranquilidad del resultado concreto efectivo deseable. Ahora bien, un caso concreto es “modélico” en algunos aspectos relevantes de su entramado, no en todos. Dirimir los aspectos relevantes no es fácil²³. Considero que la hermenéutica analógica contiene elementos teóricos que aportan la justificación de la búsqueda de los elementos analógicos para establecer una *isomorfía analógica*.

Entiendo por *isomorfía analógica* una construcción isomórfica en que los elementos de un campo que tienen su correlato en el otro son analógicos,

²³ Las lógicas de la relevancia tratan este tema en forma profundizada cuando se trata de procesos derivativos; aquí nos encontramos con una argumentación de lo particular a lo particular, que exige una aplicación específica del principio de la relevancia.

manteniéndose en todo lo demás la estructura isomórfica y el funcionamiento de la correladora de isomorfía. En otros términos, que los elementos isomorfos entre el modelo y los “casos-seguimiento” no deben ser necesariamente idénticos, desde el punto de vista del texto legal (y/o de los hechos que fundan su aplicación) sino funcionalmente semejantes, es decir, que cumplan una función equivalente. La construcción de una isomorfía analógica adecuada al tratamiento de un conjunto de casos en los cuales alguno/s pueda/n ser considerado/s modelo/s, permitirían superar aspectos problemáticos en la resolución de cada uno, de modo que el conjunto de las resoluciones sea coherente.

Estos posibles resultados a favor de lograr coherencia y evitar inconsistencias en la jurisprudencia, en un primer desarrollo, son dos.

1) *Superar la univocidad.* Cada caso particular es único en el sentido de que no reproduce especularmente la norma, porque ella prescinde de muchos elementos que configuran la especificidad de cada caso. Por lo tanto, la aplicación unívoca de una norma general implica la pretensión de prescindir de la particularidad del caso y por ende no le da realmente solución. Un ejemplo es el llamado silogismo judicial: “Premisa mayor (la norma del Código Penal): Todo el que mata a otro será condenado a prisión de 8 a 25 años; premisa menor (el hecho): Mengano mató a otro; conclusión o sentencia: Mengano debe ser condenado a una pena de prisión de 8 a 25 años”. Dejando de lado otro tipo de dificultades y críticas lógicas, sintácticas y semánticas, obsérvese que en el fondo la univocidad estricta (el ejemplo dado) resulta inútil en la práctica, porque sólo puede concluir válidamente en una pena indeterminada, con una diferencia que en este caso no es nada irrelevante (8 a 25 años), indeterminación que debe ser zanjada, precisamente, con la consideración de las particularidades del caso de Mengano. Ahora bien: para el juez la cuestión es hallar un criterio que le permita discernir y sopesar las razones que tendrá para punir con una pena concreta, razones que deben integrar los fundamentos del fallo.

2) *Superar la equivocidad.* En el otro extremo, podría pensarse que dentro de ciertos parámetros fijados por la ley –como en el ejemplo anterior, la pena de 8 a 25 años– los casos concretos no tienen caracteres legalmente relevantes comparables entre sí, y por tanto el juez, al elegir la pena, debe basarse sólo en el caso concreto que tiene entre manos; por ejemplo, si se prueba que hubo una provocación previa de la víctima, puede considerar que es menos culpable que si no la hubo, etc. Ahora bien, supongamos que en el caso de Mengano sí hubo provocación previa, en forma de insultos gruesos y ofensivos según

el sentir común de la gente. Entonces el juez A condena a Mengano a 8 años. Pero se da el caso de Zutano, quien también mató a otro mediando una previa injuria grave y fue condenado a 12 años, porque el juez B concedió menos importancia al insulto antecedente. Y tenemos un tercer caso, en que Perengano es condenado por el juez C a 16 años de prisión, mediando también la provocación de injuria grave, porque prácticamente no le concede importancia²⁴. ¿Puede el fiscal del caso Mengano usar las sentencias de B y C para pedir apelación? ¿Puede el abogado de un cuarto caso mencionar como antecedente al juez A omitiendo a B y C? ¿Cómo respondería un jurista asesor sobre la orientación de la jurisprudencia –por hipótesis de la misma jurisdicción– sobre la provocación previa? Si aceptamos el principio de la equivocidad, es decir, de la no comparabilidad, no podemos sacar nada en limpio; desde el punto de vista argumentativo, ninguno de estos antecedentes sería utilizable como elemento de convicción teórica para un caso ulterior²⁵. Pero también sabemos que en la práctica no es así, y que un fiscal tenderá a usar como jurisprudencia privilegiada los fundamentos de la sentencia de C, mientras que un abogado defensor usará preferentemente los de A. El problema teórico (con resonancias prácticas, como saben bien quienes son prácticos del derecho) es que carecemos de un criterio más o menos claro para justipreciar las resoluciones de los tres casos.

Entonces, si partimos de que en los tres casos hay una analogía cuyo eje analógico o correlato de isomorfía es la provocación previa, podemos trabajar sobre este concepto estableciendo por ejemplo, grados, formas, situaciones, etc., que permitan afinar las sentencias y que no se limiten al criterio personal de cada juez.

Esta situación que se reclama permanentemente en los jueces, se traslada, como es obvio, al caso de la mediación. Ilustraré esta situación de la lógica del conflicto con un ejemplo: la repartición de herencia en que tres here-

²⁴ Para simplificar, podemos suponer que, salvo esta circunstancia, no hubo ninguna otra causal atenuante ni agravante en ninguno de los casos y que todos siguieron el mismo esquema de conducta: una discusión, una injuria reiterada y violenta por parte de la víctima y ante la cual el ofendido –el homicida– saca un arma y dispara causando la muerte del ofensor-víctima. Hay un caso importante de atenuación, la figura de la “emoción violenta”, cuya aplicación sigue un procedimiento estándar, que generalmente exige pericias psicológicas. También para simplificar omitimos esta posibilidad y asumimos que ningún juez interviniente consideró la aplicación de esta figura.

²⁵ Puede sí utilizarse como un análisis de probabilidades de que un caso caiga en uno u otro juzgado con diferentes orientaciones; y de hecho ésta es una información significativa que se extrae de la jurisprudencia en línea horizontal.

deros A, B y C litigan porque A quiere partición en especie (y quedarse con la casa del causante, padre de los tres, en la cual vive, ya que el fallecido ha dejado además otros bienes susceptibles de partición en especie), mientras que B y C quieren dinero en efectivo y piden la venta de todo el acervo hereditario para repartir el producido en tres partes monetarias iguales. En estos casos, casi siempre se trata de una disconformidad por las compensaciones. Y es en verdad un tema bastante complejo, tanto por las cuestiones estrictamente legales implicadas como por las dificultades técnicas de valuación y cálculo. Ahora bien, si la mediación se enredara en consideraciones teóricas sobre las cuestiones legales o en disputas acerca de los métodos técnicos de valuación y cálculo, probablemente no se arribaría a ningún resultado, pues aun acordando esto, de las normas generales en uno y otro tema no se deducen de modo preciso las aplicaciones concretas posibles. Es decir, volveríamos al problema anterior del silogismo judicial en caso de homicidio. En cambio, una solución consensuada del problema trataría de mostrar a A que la exigencia de B y C es razonable y que por tanto, “desfraccionando” debería consentir en liquidar por subasta todo lo que no le importe conservar; y debería mostrar a B y C la desventaja de vender todo pues en estos casos, ya se sabe, nunca se obtiene tanto como se piensa, pues los gastos judiciales son altos. En este caso, el eje analógico o correlador de isomorfía analógica sería, digamos, “índice de partición en especie”. Entonces sería muy posiblemente clarificador y positivo mostrar casos en los cuales la aplicación del principio de acordar un índice de partición en especie (y no todo o nada) ha resuelto satisfactoriamente el problema.

Es una experiencia (y se dio en el caso mencionado, que es real) que muchas veces los magistrados y los letrados carecen de recursos metodológicos para mostrar correctamente dónde está el aspecto modélico, o sea, la correladora de isomorfía analógica, y eso lleva al fracaso de la negociación, porque las partes en litigio no logran ver en el caso “modelo” la relación significativa con el propio. Dado que hay una propensión a tratar los temas jurídicos como identidades estrictas y no analógicas, cualquier diferencia no relevante entre el modelo y el caso propio destruye el acuerdo (en el ejemplo, que en el caso modelo propuesto los herederos eran dos, que ninguno vivía con el padre, etc.). Es decir, que la aplicación de una hermenéutica analógica exige no sólo un acuerdo teórico sobre la conveniencia de esta hermenéutica, sino y sobre todo un recurso práctico, aunque con una buena dosis de intuición, naturalmente, para que el mediador pueda presentar el modelo de solución de modo satisfactorio.

3.2. Puede aportar elementos para una hermenéutica de la situación conflictiva como un todo y no solamente de cada posición por separado

Este punto me parece de importancia decisiva, y en mi concepto supera –y debe superarse– el rol pasivo que se le suele adscribir al mediador. En los procesos de mediación, sobre todo en la prejudicial (al menos, de la que tengo más experiencia) es normal que el mediador se limite a aclarar a una parte los aspectos jurídicos correspondientes al reclamo de la otra y viceversa, es decir, efectúa una lectura legalmente correcta y completa de cada una de las pretensiones, incluyendo en esta visión “aséptica” por así decir, la pretensión formulada más técnicamente por los letrados de las partes. Esto es lo que exige la normativa general, sobre todo para las mediaciones prejudiciales obligatorias, y desde luego no puede ser soslayado. Pero considero que la función del mediador no puede agotarse en este aspecto, si de veras se quiere que la mediación sea un instrumento eficaz de solución de conflictos y concretamente, en el caso de las prejudiciales, que evite en lo posible la judicialización del caso, que es el argumento más sólido esgrimido para establecerla con carácter obligatorio. Debe incluir una instancia en la que el mediador mismo y también las partes, puedan ver el conflicto como un todo, como una situación dinámica y dialéctica en que cada paso o decisión de una parte implica una modificación en el todo que va a determinar una réplica del otro.

El caso anterior de los herederos lo muestra. Ante el fracaso de la primera conciliación, como A seguía obstaculizando la venta total, B y C quisieron forzar la mano y obligar a A a vender, exigiendo cobrar un canon por el uso de la casa en sucesión. Esta exigencia modificó el panorama de A, que respondió forzando más aún la situación y exigió a B y C que le pagaran la parte proporcional de los gastos de la enfermedad terminal del padre, que habían corrido por su cuenta. La situación, en esta segunda vuelta, empeoró claramente para todos. Siguiendo la lógica del conflicto, B y C se negaron a pagar anticipadamente, aduciendo que podía cobrarse con la venta. Y siguiendo su propia lógica, A, considerando que no sólo perdería la casa sino que haría un mal negocio, decidió que el mal negocio sería para los tres y pidió la venta en subasta pública y no por venta privada como proponían los hermanos. Ante esta situación C se separa de B y pide sólo su parte, con lo cual el conflicto se complica aún más. La escalada tiene, como es claro, consecuencias previsibles: de no llegar a un acuerdo los bienes se venderán en subasta pública, y los herederos no sólo recibirán un monto muy disminuido, sino que además quedarán fuertemente enemistados, destruyéndolo.

se un lazo familiar y social que sería deseable conservar. Cada fracaso que deja partes disconformes y resentidas aumenta potencialmente el nivel de conflicto social. La incapacidad de ver el conflicto como un todo es casi una constante cuando se produce un disenso en que cada parte sigue su propia lógica. El mediador debe estar en condiciones de superar esta unilateralidad e integrar el conflicto en una mirada abarcadora.

3.3. Puede aportar elementos heurísticos y prudenciales para ayudar a la tarea del mediador en el propósito de que cada parte "se ponga en el lugar del otro"

Esta mirada abarcadora a que me refería en el punto anterior implica la exigencia, para cada parte, de reconocer los aspectos razonables y legítimos de la pretensión del contrincante, es decir, ponerse en su lugar. Es también una experiencia diaria cuán difícil resulta esto, sobre todo cuando ponerse en el lugar del otro exige abandonar la propia posición. No es lo mismo ponerse en el lugar del otro cuando el conflicto del otro no me atañe, que cuando al ponerme en el lugar del otro, resulta una inversión de papeles y el "otro" vengo a ser yo mismo. Este ejercicio hermenéutico difícilmente pueda hacerse de primeras y con el conflicto instalado. En mi concepto, debe haber una formación previa, una educación cívica diríamos, acerca de los métodos de consenso basados en poder integrar al otro en la propia mirada sobre el conflicto.

Considero entonces, que es necesaria una presentación del caso no como una especie de mosaico de posiciones en que cada uno está en el extremo de la diagonal, sino como un proceso dinámico que puede ser ayudado por un caso modelo con ayuda del cual se puedan establecer correladores de isomorfía analógica dinámica.

No es fácil; es un desafío, pero seguramente los resultados positivos que pueden lograrse lo justifican ampliamente. La ardua tarea de construir ciudadanía responsable y no innecesariamente conflictiva nos convoca a todos.

Celina LÉRTORA MENDOZA