



UNIVERSIDAD SIGLO XXI

El debate acerca de la obligatoriedad de la Mediación

Cruz Massafro, Mónica Soledad

2016

Abogacía

Hoy, debido al colapso experimentado en el sistema de administración de justicia, como consecuencia de la gran cantidad de casos que ingresan a tribunales, es que se ha incorporado el proceso de mediación, como una respuesta para destrabarlo y agilizar el proceso de resolución de conflictos.

Con respecto a la mediación, se ha discutido la conveniencia de introducirla o no como obligatoria, este será el objeto de la presente investigación, así, se intentara analizar su naturaleza, finalidad e importancia.

Plantaremos el debate y mostraremos la conveniencia de introducirla como obligatoria.

Today, due to the increase in the system of administration of justice as a result of the large number of cases entering courts collapse is that it has incorporated the mediation process as a response to unlock and expedite the process of conflict resolution.

With regard to mediation, discussed whether to enter or not as binding, this will be the subject of this research as well, you tried to analyze its nature, purpose and importance.

Will raise the debate and show the desirability of introducing it as mandatory.

INDICE

I-INTRODUCCION.

La Mediación	5
--------------	---

II-CAPITULO I: Conceptualización General

1- El Conflicto.

A- Conceptualización.	7
-----------------------	---

B- Modos de resolución.	9
-------------------------	---

2- Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

A- Concepto. Breve Reseña Histórica.	10
--------------------------------------	----

B- Métodos más comunes y usados	12
---------------------------------	----

1-La Negociación	12
------------------	----

2-El Arbitraje	12
----------------	----

3-La Conciliación	12
-------------------	----

4-La Mediación	13
----------------	----

III- CAPITULO II: Problemática Principal

1-La Mediación.

A-Concepto	14
------------	----

B-Caracteres de la Mediación	15
------------------------------	----

C-Breve Reseña Histórica	18
--------------------------	----

D-Algunos casos Jurisprudenciales.	20
------------------------------------	----

E- Aportes de la Doctrina en el desarrollo de la Mediación como Método Alternativo de Resolución de Conflictos	21
---	----

IV-CAPITULO III: Legislación	
1-Ley Nacional de Mediación y Conciliación	
A-Ley 24573	23
B-Ley 26589	26
2- Su recepción en las Provincias	29
3- La mediación y el proceso judicial. Análisis comparativo	30
V-CAPITULO IV	33
1- La argumentación en contra y a favor de la obligatoriedad de la mediación	
V-CONCLUSION	38
VI-BIBLIOGRAFIA	40

INTRODUCCION

La Mediación

La mediación propone una nueva mirada en la resolución de conflictos por lo tanto es merecedora de ser objeto de investigación, entiende que los individuos se ocupen y comprometan con sus conflictos y soluciones, entiende que es mucho más productivo para la convivencia en comunidad si los problemas o disputas son solucionados en su nivel más bajo de intensidad y entre los mismos actores o partes involucradas (Bianco, 2005).

En el obrar común, cuando surgen situaciones que escapan a la resolución personal y requieren la intervención de un tercero, las personas recurren al proceso judicial buscando la solución a sus problemas, esto se ve en el desborde de tribunales por las pilas de expedientes que tienen para resolver, sea porque creen que es la única vía, o ignoran los beneficios de llevar a mediación un conflicto o porque ese sea el camino recomendado por sus abogados, en términos generales con la Mediación lo que se logra es un acuerdo producto de las partes, en el que ambas se ven beneficiadas, ya que es producto de una tarea cooperativa en la que se unen para llegar a un fin común sin ver en el otro a un contrincante al que hay que ganar para obtener un beneficio propio.

El presente trabajo tiene como objetivo principal, analizar los distintos argumentos que se realizaron y que avalan la obligatoriedad de la Mediación como paso previo a un proceso, y los argumentos levantados en contra de este mecanismo.

Dentro de los Métodos de Resolución Alternativa de conflictos, la Mediación es el más divulgado y utilizado en la actualidad en Argentina, sería bueno que a la hora de enfrentarnos con un conflicto, podamos ver las posibles soluciones, y no siempre recurrir a un proceso judicial, que tan engorroso y agotador se torna.

Así, en el primer capítulo, se conceptualizarán genéricamente algunos postulados, destacando lo que es un Conflicto y su incidencia en la vida personal y social del que lo padece, se referirá a los modos de resolución y se definirán lo que son los Métodos de Resolución Alternativa de Conflictos, se hará una breve reseña histórica y una breve referencia a los métodos más usados entre los que figura la Mediación, así se mencionará el carácter con que la ley 24573 la recepta.

En el segundo capítulo se desarrollará un concepto de Mediación tomando a diferentes autores, describiendo sus rasgos esenciales, también se remontará un poco a la historia. Y como en la historia de nuestro país es muy importante la jurisprudencia y la doctrina ya que son grandes fuentes productoras de derecho, se harán unas citas.

En el tercer capítulo se tratará su recepción legislativa, así La ley 24573 actualizada por la ley 26589, que prescribe en su art. 1 “institúyase con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio...”, se procederá a diferenciar el procedimiento de Mediación del proceso judicial. Se tratará brevemente, la recepción de la Mediación en las provincias y las ventajas de contar con una ley.

En el cuarto capítulo, se procederá a exponer las distintas opiniones acerca de la conveniencia o no de prever el proceso de Mediación como paso previo y obligatorio a un proceso judicial, siendo este el objetivo principal del trabajo de investigación.

La descripción es la metodología que se utilizara para tratar este tema destacando los elementos que permiten su caracterización, con respecto a la estrategia metodológica, se utilizará la estrategia Cualitativa, que consiste en una investigación basada en el análisis subjetivo e individual, esto la hace una investigación interpretativa, referida a lo individual, por ello consideramos que es la indicada para el tema en tratamiento, nos interesa recolectar la mayor cantidad de datos y explorar las relaciones sociales y poder explicar las razones de su conveniencia.

CAPITULO I

Conceptualización General

En el presente capítulo se advertirá el carácter con que la Ley 26589 recepta a la Mediación y para entender lo que es la Mediación se comenzara describiendo la situación que hace pertinente la utilización de éste método, es por ello que veremos lo que es el conflicto, las distintas clases y si todos merecen atención judicial. Se trataran los modos de resolver un conflicto y se especificara a qué tipo de procedimiento corresponden entrando así en el tema de lo que son los Métodos Alternativos de resolución de Conflictos, sus antecedentes históricos y los que son más usados en la actualidad, entre los que figura la Mediación.

1-EL CONFLICTO.

A- Conceptualización.

Debido a que el hombre es un ser social por naturaleza es que interactúa diariamente con otros seres humanos en distintos ámbitos sociales como en el trabajo, en supermercados, en el barrio en el que viven, colegios, clínicas u hospitales, etc., e instintivamente busca satisfacer sus necesidades y en el camino se encuentra con situaciones generadoras de conflictos, esto se debe a que ante su pretensión se contraponen la pretensión de otro, como dice Velloso (2008) ante un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir y que también “sirve para satisfacer el interés de otro u otros y, así, todos lo quieren contemporánea y excluyentemente (comida, agua, techo, etc.)” (Velloso, 2008, p.14).

Algunas situaciones encuentran solución normativa y otras no, algunas son de escasa gravedad y otras son de vital importancia.

El Conflicto puede definirse como la contraposición de intereses o de pretensiones de dos o más sujetos, “que difícilmente puedan satisfacerse simultáneamente” (Caram, Eilbaum y Risolia, 2006, p.71).

De este concepto se desprende un componente muy importante, la pretensión, lo que un individuo quiere para sí y ante la cual se puede oponer una

resistencia generando así un conflicto intersubjetivo de intereses, ahora, frente al conflicto se pueden desplegar distintas conductas, una nos lleva al campo de lo jurídico y es cuando la persona recurre al proceso judicial, trasladando el conflicto del plano de la realidad al jurídico del proceso, en el que aparece la noción de litigio, inseparable del concepto de proceso en la que se demanda afirmando y pudiendo confirmar la razón que le asiste (Velloso, 2008).

Si bien es posible dar un concepto de conflicto, también es cierto que éste tiene un contenido altamente subjetivo ya que lo que para algunos pueden constituir conductas normales para otros pueden ser conflictivas y merecen ser resueltas para mantener las relaciones sociales en paz, y aquí aparece uno de los caracteres distintivo de la Mediación consistente en la posibilidad de resolver una situación que por no estar prevista normativamente no podría ser llevada ante tribunales.

Se puede distinguir entre conflictos intrapersonales y los interpersonales, siendo estos últimos los de interés jurídico ya que trascienden del fuero interno del hombre y producen efectos en el exterior, son los que surgen entre individuos (Folberg y Taylor, 1996). Para Caram, Eilbaum y Risolia (2006) los conflictos intrapersonales si bien repercuten en el nacimiento y desarrollo de los conflictos interpersonales, su abordaje corresponde a un profesional terapéutico.

Teniendo en consideración el aspecto positivo del conflicto es que se puede decir que constituye una fuente generadora del cambio ya que cuando se presenta, el ser humano activa su lado creativo del cerebro y comienza a buscar soluciones y dentro de éstas las de mayor conveniencia, sea para uno mismo si el conflicto es personal, sea para un grupo tratándose de problemas que afecten a un mayor número de personas, después de todo como se ve a lo largo de la historia, la norma vino a hacer viable la vida en sociedad la cual se dificultaba cuando no existía organización y una norma que estableciera lo prohibido y lo permitido y la respectiva sanción en caso de incumplimiento. En definitiva el conflicto es parte de la vida y si bien tiene una característica motora, no significa que sea vital, ya que el hombre no puede vivir siempre en una situación conflictiva, y es necesario brindar soluciones acordes a la situación. Lo importante no es buscar las maneras de suprimir el conflicto, sino tratarlo como una confrontación constructiva en la que

el hombre no pierda sus dignidad, logre mayores decisiones equitativas, fomente la paz en las relaciones sociales y no busque la mejor forma de destruir al otro, conozca y priorice que existen otros modos de poner fin a una controversia, distintos del más usado que es el litigar, el cual es en la mayoría de los casos lento y desproporcionado (Bianco, 2005).

Para Folberg y Taylor (1996) el conflicto tiene funciones individuales muy valiosas, pero también funciones sociales y lo conciben como el estímulo que conduce hacia los cambios sociales y el desarrollo psicológico individual.

Analizado el conflicto, se pueden seguir tres caminos, se lo puede resolver sobre la base de: los intereses, los derechos o el poder. Resolver una divergencia sobre la base de los derechos implica aumentar costos y someterse a la decisión de un tercero que si bien es imparcial, no dejara de resolver a favor de una u otra de las partes, y esta decisión será de cumplimiento obligatorio y conforme a una norma (Colerio y Rojas, 1998).

Ahora, recurrir al poder implica lisa y llanamente sometimiento del más débil al más fuerte, un avasallamiento de los derechos del otro. Así se dirá que de los tres la manera menos costosa y gravosa es la resolución sobre la base de intereses y es la utilizada por la Mediación (Colerio y Rojas, 1998).

B- Modos de Resolución de Conflictos.

Teniendo en cuenta de quien parte la solución a una controversia, se puede hablar de dos modos de resolución, uno es la autocomposición y el otro es la heterocomposición. La autocomposición significa que son las mismas partes las que ponen fin al problema, sea que arriben a esta con la colaboración o no de un tercero, el cual nunca impone una decisión. En cuanto a los modos de heterocomposición, es un tercero el que decide y resuelve la cuestión en disputa, es lo que sucede cuando el pleito es llevado ante el juez o un árbitro.

Dentro de los modos de autocomposición se ubican la Mediación, Conciliación y Negociación (Colerio y Rojas, 1998).

También están quienes consideran que toda participación de un tercero en el proceso de resolución implica heterocomposición y realizan una subdivisión en tres especies, una que es la asistida por un tercero que no aporta soluciones y no tiene poder de decisión, como en el caso de la Mediación; una segunda especie en la que el tercero puede proponer formulas conciliatorias como ocurre en la Conciliación y una tercera especie en la que la solución está en manos exclusivamente del tercero, tal es el caso del proceso judicial y del arbitraje. Por tal habrá autocomposición cuando los propios interesados sean los que disuelvan la disputa, sea por desistimiento o por que ambas partes acuerdan voluntariamente una solución (Colerio y Rojas, 1998).

Es dable aclarar que en este trabajo trataremos a la Mediación como un método de autocomposición en la que interviene un tercero solo a los fines de propiciar el acercamiento de las partes y preparar el terreno para que estas puedan llegar a un acuerdo.

2- Métodos Alternativos de Resolución de Conflictos.

En este punto se tratarán los Métodos Alternativos de resolución de Conflictos para así ubicar a la Mediación como uno de ellos, se hará una breve reseña histórica que nos permitirá notar que estos métodos no son una invención novedosa y se verá cuales son los más comunes y usados en la actualidad.

A-Concepto. Breve Reseña Histórica.

Se presentan como caminos alternativos seguidos a los fines de proporcionar solución a una controversia. Son alternativos ya que el medio más usado es el juicio en el que un juez dirime el conflicto (Folberg y Taylor, 1996).

En algunas culturas la figura del jefe de familia o patriarca era muy importante y los problemas que se suscitaban en la familia o grupo eran decididos por el padre de familia (Folberg y Taylor, 1996).

En el Nuevo Testamento vemos como en esa época se prefería nombrar a una persona que resolviera sus conflictos para no recurrir a los tribunales, en este caso por cuestiones cristianas, pero ya existía esa tendencia a la mediación o conciliación, esto lo vemos en el pedido que hace Pablo a los Corintios en 1Corintio 6:1,4. (Folberg y Taylor, 1996)

En la Antigua China el principal recurso para resolver desavenencias era la Mediación, un importante pensador chino fue Confucio, para él la persuasión moral y el acuerdo era la manera óptima de resolver un problema, no así la coacción. En la actualidad en la República Popular de China se ejerce la Mediación a través de los Comités Populares de Conciliación. Así también en Japón se prefiere recurrir a la Mediación y a la Conciliación antes que al litigio formal (Folberg y Taylor, 1996).

En algunos lugares de África se recurría a la asamblea o junta de vecindario cuando se les presentaba un problema, cualquier vecino podía convocarla y era presidida por una personalidad respetada o autoridad “que actuaba como mediador para ayudar a las personas interesadas a resolver su conflicto de una manera cooperativa. El papel de este personaje y la tradición de la asamblea variaban de una comunidad a otra, pero todas ellas parecen buscar la conciliación sin un juez, árbitro o el uso de sanciones. El éxito de la asamblea parece deberse en parte, a los extensos círculos de parentesco que existen dentro de numerosas comunidades africanas” (Folberg y Taylor, 1996, p. 22).

Como un modo de evitar que se les impongan reglas o valores gubernamentales, es que algunos grupos étnicos y religiosos tienen sus propios sistemas para resolver desavenencias, por ejemplo el Beth Din Judío es un Consejo formado por un grupo local de rabinos (Folberg y Taylor, 1996).

Todo muestra como a través del tiempo distintas culturas han optado por métodos de resolución destinados a proporcionar una solución equitativa y justa, evitando la concurrencia a los tribunales, sea por cuestiones religiosas, culturales, ideológicas, etc., métodos que ofrecen la posibilidad de encarar las controversias en el más bajo nivel para luego recurrir al más alto nivel en caso de no obtener una solución. “Los grupos étnicos y religiosos, así como otras subculturas, han establecido históricamente sus propios sistemas alternativos para resolución de

desavenencias. Con ello pretendían eludir la imposición de los valores gubernamentales de la mayoría y conservar sus propios medios de resolución de conflictos” (Folberg y Taylor, 1996, p. 22).

B-Métodos más comunes y usados

Dentro de los métodos más usados al momento de resolver conflictos se encuentran la Negociación, la Conciliación, el Arbitraje y la Mediación, sea porque han sido receptados legislativamente o por que las personas lo aplican casi espontáneamente como ocurre con la Negociación.

1-La Negociación es un Método no Adversarial de Autocomposición en la que no interviene un tercero sino que son las partes las únicas protagonistas, es no adversarial en cuanto las partes no se encuentran enfrentadas entre sí, sino que están en una situación de cooperación y actúan juntas para lograr un acuerdo. La Negociación es el Género de estos métodos no adversariales. Este Método es parte de nuestra vida diaria ya que continuamente nos encontramos negociando, si pensamos en lo que hacemos en un día común, veremos que negociamos con nuestros hijos cuando queremos lograr que hagan o dejen de hacer algo, negociamos con nuestra pareja sobre qué comer o donde hacerlo o sobre quien llevara los niños a clases, si queremos vender o comprar un automóvil negociamos sobre el precio, etc. (Bianco, 2005)

2-El Arbitraje es un procedimiento muy parecido según su estructura a un juicio ya que interviene un tercero que decide sobre la controversia y es obligatoria para las partes, se trata de un método de heterocomposición al cual se llega sólo si media un principio de autocomposición de los propios interesados que aceptan someter su controversia a la decisión de un árbitro y acatar su decisión. Respecto del proceso judicial representa innegables ventajas en cuanto las partes exponen verbalmente y sin grandes formalismos, la comunicación entre partes y juzgador es directa y se facilitan los interrogatorios, revisiones y aclaraciones necesarias (Velloso, 2005).

3-La Conciliación es un procedimiento de autocomposición ya que son las partes las que deciden y ponen fin al conflicto y en la que participa un tercero con un rol

activo que propone soluciones no vinculantes, es no adversarial en cuanto se evita la conflictividad, lo que se busca es un resultado gana-gana para las partes. El conciliador a diferencia del mediador dirige la disputa y persigue el acuerdo, busca que las partes lleguen a un acuerdo y puede intervenir antes de que se someta la controversia a un proceso judicial (conciliación extrajudicial) o durante el proceso (Bianco, 2005).

4-La Mediación como proceso será tratada con mayor extensión en el capítulo siguiente, sin embargo lo que no se puede dejar de mencionar aquí es el carácter con el que se la receptó legislativamente, tanto la ley 24573 como la 26589 establecen con carácter obligatorio la Mediación previa a todo proceso judicial, aunque con fines distintos ya que lo que se buscó con la sanción de la ley primeramente nombrada fue “difundir” la Mediación. Ley 26589 Artículo 1 prevé: ” Se establece con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial, la que se regirá por las disposiciones de la presente ley. Este procedimiento promoverá la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia” (Lemoine y Zuanich, 2012).

El carácter obligatorio de la Mediación fue resistido y criticado por muchos que consideraron que al ser un requisito previo para acceder a la justicia violentaba no solo la decisión de las personas de recurrir directamente a un proceso judicial sino también el derecho constitucional de acceder a la justicia y que por tratarse de una imposición se relega todo carácter pacifista que pudiera investir la Mediación, pero como se verá en los capítulos siguientes las críticas han sido bien refutadas.

CAPITULO II

Problemática Principal

En este capítulo se proporcionará un concepto de Mediación y se analizarán los caracteres que permitirán valorar este método y ver como se convierte en un proceso llamado de pacificación. También haremos una breve reseña histórica en la que la Mediación si bien sobrevivió a lo largo de la historia, nunca tuvo el valor que tiene en la actualidad gracias a la obligatoriedad impuesta por la ley 24573 actualizada por la 26589, que vino además a brindar una respuesta a la congestión de casos en los tribunales; se citara jurisprudencia y doctrina que hacen a la importancia dentro de este proceso de inclusión de la Mediación en el tratamiento de los conflictos.

1-La Mediación

A-Concepto

Para Colerio y Rojas (1998) la Mediación es un tipo de Negociación Asistida.

Es un procedimiento no adversarial en el que las partes arriban a una solución y en la que interviene un tercero neutral creando un marco de colaboración, facilitando el dialogo, y poniendo a disposición sus conocimientos y habilidades para que se logre un acuerdo.

“La mediación es una alternativa a la violencia, la auto-ayuda o el litigio, que difiere de los procesos de negociación y arbitraje. Es posible definirla como el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades (Folberg y Taylor, 1996, p.27).

La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas.

Por lo tanto, constituye un proceso que confiere autoridad sobre sí misma a cada una de las partes” (Caram, Eilbaum y Risolía, 2006, p. 32).

La Mediación es también definida como “el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades (Caram, Eilbaum y Risolía, 2006, p. 32).

La Mediación puede ser descrita como un proceso organizado en etapas, cada una con un objetivo propio, conducido por un tercero neutral, que utilizando diversas técnicas colabora con las partes que están en conflicto para que puedan realizar la mejor evaluación posible de las distintas opciones y alternativas de resolución (Caram, Eilbaum y Risolía, 2006, p. 33).

B-Caracteres de la Mediación

Es a partir de los caracteres del proceso de mediación que se vislumbrará su perfil pacificador:

- 1- Autocomposición: La principal característica de la Mediación es que son las partes involucradas en el conflicto las que ponen fin a éste mediante un acuerdo voluntario y consensuado (autocomposición), tienen un rol activo en todo este procedimiento, son las únicas que deciden y no se encuentran sujetas a formalidades o reglas que digan cómo deben proceder ni están sujetas a autoridad alguna que les imponga una solución determinada. En este proceso las partes son alentadas a analizar y evaluar sus necesidades y buscar satisfacerlas con responsabilidad y autodeterminación para evitar así la interferencia de órganos del Estado que limite estos atributos restringiendo ciertas libertades como son el poder de negociar y les imponga soluciones que resultan arbitrarias para algunas de las partes. ” (Colerio y Rojas, 1998). Así, la ley 26589 en su art.7 consagra como principio que la Mediación promueve la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto;

- 2- Voluntariedad: vista como la libertad de las partes para tomar sus propias decisiones dentro del proceso de mediación,
- 3- Informalidad o flexibilidad: Se trata de un procedimiento informal aunque con una mínima estructura o dicho de otra forma, con una estructura flexible lo cual no le resta a su informalidad, no está sujeto a solemnidades procedimentales y así las partes pueden ir adaptando el procedimiento según sus necesidades y comodidad. Es de suma importancia esta característica ya que impide que se produzca un fenómeno que es moneda corriente en los procesos judiciales, “muchas de las veces los verdaderos intereses de los sujetos no llegan a ser debidamente debatidos en el proceso judicial, perdidos en una maraña de cuestiones, tales como planteos de incompetencia, incidentes de nulidades, acuses de negligencias y caducidades, interposición de recursos, notificaciones, etcétera, que hacen perder de vista el concreto problema real que afecta a los litigantes”(Colerio y Rojas, 1998, p.11).
- 4- No adversarial: es otro rasgo que caracteriza a la mediación, ya que lo que se busca es que ambas partes vean satisfechos sus intereses, que ambas partes ganen y erradicar la rivalidad entre ellas. De esta característica se desprende la siguiente que es la postura de cooperación que adoptan las partes.
- 5- Cooperación: es la situación en la que las partes se colocan ya que ambas evitan la confrontación, no se trata de derrotar al otro sino de conciliar intereses.
- 6- Tercero neutral: para que las partes adopten una postura de cooperación es de vital importancia la intervención de un tercero, pero lo que caracteriza a la mediación es que este tercero es NEUTRAL, y cumple la importante tarea de generar un clima de confianza, de crear un ambiente en el que las partes se sientan cómodas y logren develar sus intereses y distinguirlos de sus posiciones, es decir descubran sus motivaciones, necesidades, miedos y deseos, los cuales existen detrás de sus posiciones. Dicha neutralidad también tiene que ver con uno de los principios consagrados en la ley

26589, la igualdad de las partes, eje en el que gira la actividad del mediador.

- 7- Confidencialidad: uno de los elementos que ofrece el tercero neutral para generar confianza a las partes es la Confidencialidad, es el saber que lo que ellas aporten o revelen no trascenderá en perjuicio de ellas, y no se trata de confiar solo en el mediador sino de una confianza entre las partes mismas, en cuanto sepan que tienen la misma finalidad y buscan conciliar sus intereses.

Para Colerio y Rojas (1998) una de las tareas más importantes del mediador (tercero neutral) es la de facilitar la comunicación entre los sujetos, los cuales se encuentran cegados por sus emociones y liberarlos para que puedan entablar un diálogo racional, despersonalizar la disputa para que puedan proponer soluciones objetivas.

- 8- Economía de tiempo y costo: La Mediación permite a las partes economizar costos y tiempo, este procedimiento no solo implica un menor gasto para llegar a un acuerdo sino también que en el tiempo es de reducida duración.

Folberg y Taylor (1996) ven en la Mediación una característica que no puede pasar desapercibida y tiene que ver con una de sus funciones, la de “facilitar la resolución de conflictos y alentar la autodeterminación”, hechos que para estos autores fortalecen los valores democráticos y resaltan la dignidad de quienes están en conflicto.

C-Breve Reseña Histórica

Haciendo una vista hacia la Antigüedad veremos que ya se utilizaban Métodos Alternativos para resolver conflictos, aunque no se los conocía como tales, eran muy usados por estos pueblos y también por los pueblos indígenas.

En la mitología griega encontramos algunos ejemplos, así la causa de la guerra de Troya se debió a una disputa acerca de quién era más bella, entre Atenas, Hera y Afrodita, y en la que Paris (hijo de Príamo) actuó como árbitro y fue sobornado por Afrodita prometiéndole amor eterno de Helena, motivo por el cual resolvió a su favor.

En uno de los discursos de Demóstenes se encuentran referencias al arbitraje cuando relata que las partes en conflicto podían elegir un árbitro de común acuerdo, pero que una vez que resolviera, no podían apelar (Bianco, 2005).

Los antiguos hebreos resolvían todos los conflictos de derecho privado recurriendo a los árbitros (Bianco, 2005).

En Roma en contraposición a lo que era el Derecho Civil surgió la Justicia de Buena Fe del Derecho Pretoriano y consistía en el arbitraje como una extensión de los poderes del juez (Bianco, 2005).

En Argentina en la década del 90 una serie de decretos del Gobierno Nacional muestran que existía la necesidad de una reforma del sistema judicial, que este no era autosuficiente y necesitaba auxilio, así por ejemplo el Decreto 958/91 propiciaba la redacción de un proyecto de ley sobre arbitraje y decía en sus considerandos: "La justicia en función de sus actuales estructuras arrastra sin solución de continuidad una profunda crisis que afecta el sistema" (Bianco, E. (2005). El conflicto y los distintos métodos para resolverlo. Revista Nova Tesis, p. 35).

Tradicionalmente para resolver la sobrecarga que pesa sobre el sistema (estatal) se recurría a la creación de nuevos juzgados y secretarías, al desdoblamiento de la competencia en distintos fueros o la modificación de los procedimientos judiciales buscando la celeridad y eficacia de los mismos (Bianco, 2005).

Debido a que no se podían paliar las deficiencias señaladas y éstas persistían y se agudizaban con el transcurso del tiempo, es que surge la necesidad

de encarar y tratar el tema desde otras perspectivas y probar nuevas herramientas que se adecuen mejor a las nuevas necesidades sociales y circunstancias actuales (Bianco, 2005).

En el Decreto 820/92 también se ve claramente la necesidad de una reforma, ya que se había llegado a una situación de inseguridad jurídica y desapego a las instituciones de la República, fruto de la morosidad en la tramitación de las causas (Bianco, 2005)

El Decreto 1480/92 declaró de interés Nacional la Institucionalización de la Mediación debido a que el grado de morosidad, generado por la acumulación de causas judiciales, atenta contra la vida comunitaria armónica.

En 1991 se formó en Buenos Aires la primera comisión de Mediación que creó el Programa Nacional de Mediación e impulsó este procedimiento y cuya propuesta culminó con el dictado del Decreto N° 1480/92 con el cual se declaró de interés nacional la institucionalización y desarrollo de la Mediación, se enunciaron normativamente por primera las características del proceso de Mediación, se puso en cabeza del Ministerio de Justicia la formulación del Programa Nacional de Mediación, se le encomendó la elaboración de proyectos legislativos y se creó el Cuerpo de Mediadores, en la órbita del Ministerio de Justicia. Este decreto expresa lo siguiente: "la acumulación de causas judiciales, que se incrementa día a día, genera un grado de morosidad incompatible con las exigencias de la vida comunitaria armónica. La magnitud del atraso y el grado de congestionamiento de los tribunales judiciales convence acerca de la insuficiencia de cualquier solución de tipo convencional como un aumento de los Juzgados y Cámaras existentes, puesto que aun cuando por vía de hipótesis, se duplicaran o triplicaran los órganos, el problema aunque atenuado, subsistiría" (Bianco, 2005, p.36).

Otro estímulo importante fue la decisión del Ministerio de Justicia de la Nación de poner en marcha la Experiencia Piloto en Mediación conectada con los juzgados civiles de la Capital Federal, declarada el 11 de Febrero de 1994 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de interés institucional". Éste consistía en la tarea del juez de evaluar la posibilidad de que alguno de los casos que se tramitaban en su Juzgado fuera resuelto a través de la mediación, si resultaba apropiado invitaba a las partes a someterse voluntariamente a dicho proceso y así el caso era derivado al Centro de Mediación del Ministerio de Justicia. En esta

instancia la tarea de Centro de Mediación consistía en registrar el pedido y entregar a las partes y sus abogados un instructivo acerca del procedimiento, derechos, y constaba que podían retirarse de la mediación en el momento que lo consideraran pertinente.

Una vez concluida la mediación, el Centro remitía el convenio al juez para su Homologación.

El antecedente más importante y de concreción de la Mediación lo constituye la Ley Nacional de Mediación y Conciliación 24573, aprobada el 4 de Octubre de 1995 la norma legal estuvo reglamentada por el Decreto N° 1021/95, luego modificado por su similar N° 477/96, que además de introducirla dentro de nuestro ordenamiento jurídico permitió su difusión, ya que hasta entonces nada se hablaba sobre este Método y que fue reformada en el año 2010 por la ley 26589.

También es importante mencionar a la Ley 24635 que consagró la instancia obligatoria de Conciliación Laboral con el propósito de extender los principios de la resolución alternativa a la materia laboral, perfeccionando los mecanismos conciliatorios previos a un juicio (Caram, Eilbaum, Risolía, 2006).

D-Algunos casos Jurisprudenciales.

Cabe destacar que la mediación obligatoria como paso previo al proceso judicial, fue defendida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación , circunstancia que se aprecia en el fallo “Baterías Sil-Dar, SRL c/ Barbeito, Walter s/ sumario”, LL, 2002-B-50; DJ, 2002-1-299;JA 2001-IV-457, y ED, 196-152, en el que la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial declaró la inconstitucionalidad de la ley 24573 al revocar la sentencia de la instancia anterior, invocada por el actor, quien promovió acción judicial sin cumplir con el procedimiento obligatorio de Mediación. La Corte Suprema de Justicia resolvió que la Ley 24573 no lesiona lo dispuesto por los arts. 109 y 116 de la Constitución Nacional, en cuanto la tarea del Mediador no es jurisdiccional sino de aproximación de las partes, y que son estas las que arriban a un acuerdo. También destacó que “el carácter obligatorio del procedimiento de la mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia pues, una vez que las partes han

comparecido personalmente a la audiencia pueden dar por terminado el procedimiento, con lo cual queda expedita -y en breve tiempo- la vía judicial” (arts. 10 y 14 de la ley 24.573) (Almeida y Almeida, 2012, p.4).

Otro fallo de trascendencia es en el que la jurisprudencia ha reconocido el carácter de fedatario del mediador en las distintas instancias del proceso de mediación, es el del 30/03/2001, “Díaz Olavarrieta, Liliana c/ Ruggiero, Silvio”, es así que la Sala G de la Cám. Nacional de Apelaciones en lo Civil sostuvo que las actas labradas por el mediador revisten el carácter de instrumento público ya que dicho funcionario actúa como oficial público en el marco del procedimiento de la mediación previa obligatoria, todo lo cual surge de la respectiva habilitación estatal de dicha actividad, de las facultades conferidas para dirigir ese trámite, la obligación de excusarse, la posibilidad de ser recusado y la viabilidad de la ejecución del acuerdo sin homologar” (Lemoine y Zuanich, 2012)

E- Aportes de la Doctrina en el desarrollo de la Mediación como Método Alternativo de Resolución de Conflictos

Es importante resaltar la tarea de personas que vieron en este Método virtudes tendientes al progreso social y jurídico de la comunidad, que estudiaron y se preocuparon por hacer un aporte de conocimiento mediante sus ideas plasmadas por escrito en grandes obras literarias. Entre ellos se destaca la labor de las Doctoras Gladys Álvarez y Elena Highton, quienes fueron de gran inspiración para otros autores a través de la Fundación Libra la cual fue creada el 30 de Septiembre de 1991 en la ciudad de Buenos Aires con la finalidad de promover la modernización de la justicia Argentina y la aplicación privada y pública de técnicas de resolución alternativa de conflictos.

Barusch Busch y Folger con su obra “La promesa de la mediación” hicieron un aporte significativo ya que trasladaron la atención que se ponía en la obtención del acuerdo hacia la reparación de la relación entre las partes, tiñeron a la mediación con un tinte humanista y pusieron de manifiesto que ciertos aspectos de la propuesta de Harvard se dirigía a la obtención del acuerdo.

El Dr. Rubén Calcaterra plantea un modelo estratégico de mediación con el fin de otorgarle un campo propio, integra elementos de los modelos más difundidos entre los mediadores como son el modelo de Harvard, el circular narrativo y el transformativo. Considera a la mediación como un proceso formal que trasciende el contenido del conflicto.

Sara Cobb propuso un modelo circular narrativo ubicado entre dos modelos, el tradicional que se centraba en el acuerdo (muy cercano a la negociación) y el transformativo que hacía hincapié en la relaciones. Con este modelo se procuraba tanto la modificación de las relaciones como del acuerdo. El mediador busca junto con la persona reducir sus temores, ansiedad y todo elemento negativo que le impida buscar la solución, se pretende que las personas asuman sus responsabilidades y dejen de cargarlas en los demás (Caram, Eilbaum y Risolia, 2006).

Hasta aquí hemos mencionado algunos autores que han hecho grandes aportes en este movimiento de mediación, pero no son todos ni los más importantes, solo fueron nombrados a modo de ejemplo. Es dable mencionar a grandes autores como son Folberg y Taylor, Juan Pedro Colerio y Jorge Rojas, Álvarez Gladys con su obra “La mediación y el acceso a justicia”, entre otros.

Los autores mencionados proponen a la Mediación como un proceso de pacificación para resolver desavenencias. Su carácter pacificador se deriva de los elementos que la definen tales como la no adversalidad, la autocomposición, la confidencialidad, la igualdad de las partes en el procedimiento, la intervención de un tercero neutral, la voluntariedad para seguir el proceso, cada uno de los cuales la convierten en un procedimiento susceptible lograr la paz aun cuando haya sido prevista en forma obligatoria por la ley que la regula.

Tomando en cuenta el concepto de Mediación y su desempeño a lo largo de la historia se puede concluir que se está ante una eficaz herramienta para contribuir a la paz social desde que permite llegar a una solución evitando el desgaste emocional, económico y de tiempo que genera un proceso judicial y que se logro gracias al aporte de personas que se comprometieron e investigaron sobre sus ventajas y desventajas, también gracias a los jueces que con sus fallos resguardaron este método.

CAPITULO III

Legislación

En este capítulo se referirá a los dos instrumentos legales que fueron nombrados en los capítulos anteriores y permitieron la materialización de la Mediación en el ordenamiento jurídico, la Ley 24573 y la 26589, ambas previeron la obligatoriedad de dicho procedimiento como requisito para acceder a un proceso judicial, también se mencionaran algunas opiniones de autores acerca del tema. Se tratará, aunque muy brevemente, la recepción de la Mediación en las provincias y las ventajas de contar con una ley y se procederá a hacer un pequeño análisis comparativo con el proceso judicial que permitirá diferenciarlos y notar en este ultimo su alto grado de confrontación y asimetría en la posición que cada parte ocupa.

1-Ley Nacional de Mediación y Conciliación

A-Ley 24573

La ley llamada de Mediación y Conciliación fue aprobada el 4 de Octubre de 1995, momento a partir del cual se concreto y materializo el esfuerzo y trabajo de todos los que vieron en el proceso de Mediación una solución o por lo menos la más adecuada para descongestionar el Sistema Judicial, brindar una alternativa a las personas para resolver sus conflictos y promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de las controversias.

La ley 24573 instituye en su artículo primero con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio y además consagra la mediación privada, permitiendo así que los interesados concurren directa y voluntariamente a un mediador que debe estar habilitado por el Ministerio de Justicia, eximiéndose así de transitar por esta etapa. En su artículo 2º excluye los supuestos en los que no será procedente la mediación previa y son: las causas penales, los procesos de familia con excepción de las cuestiones patrimoniales que se deriven de ellos, los de declaración de incapacidad y rehabilitación, las causas en que el Estado Nacional o sus entidades descentralizadas sean parte, Amparo, Habeas Corpus e

Interdictos, Medidas cautelares hasta que se decidan las mismas agotándose respecto de ellas las instancias recursivas ordinarias, continuando luego el trámite de la Mediación; Diligencias preliminares y prueba anticipada, Juicios Sucesorios y Voluntarios, Concursos preventivos y Quiebras, Causas que tramiten ante la Justicia Nacional del Trabajo (Colerio y Rojas. 1998).

Colerio y Rojas (1998) consideran que en lo que respecta a las medidas cautelares la redacción de norma en su parte final es dudosa ya que expresa “continuando luego el trámite de la Mediación y debió decirse “comenzando luego el trámite” ya que para que dicha medida sea efectiva debe tramitar inaudita parte, circunstancia excluida si ya tuvo comienzo la Mediación. También consideran que “es correcta la exclusión de los juicios sucesorios y voluntarios, sin embargo debió haberse agregado: siempre y cuando no exista conflicto de intereses, o no se suscite el mismo con posterioridad, en cuyo caso tendrían que ir a Mediación; el Decreto Reglamentario 91/98 subsano esta omisión. La exclusión de las causas que tramitan ante la Justicia Nacional del Trabajo tiene su razón de ser en la sanción de la posterior ley 24.635, de Conciliación Laboral Obligatoria” (Colerio y Rojas, 1998, p. 19).

La ley en cuestión, estableció en su art. 3 la aplicación optativa para el reclamante en los casos de los procesos de ejecución y juicios de desalojo y conforme a su art. 9 el plazo de la mediación se redujo a treinta días, salvo acuerdo de partes.

En su articulado que va del 4 al 14 regula el procedimiento de la Mediación entre los que prevé que para iniciar el proceso se deberá cumplir con la presentación de la pretensión del reclamante en mesa general de recepción de expedientes que corresponda, materializada en un formulario (conforme a su reglamentación) y se procederá al sorteo del mediador y a la asignación del juzgado que eventualmente entenderá en la litis (art. 4°). Conforme al art. 5, la mesa general de entradas entregara el formulario debidamente intervenido al presentante, quien deberá remitir al mediador designado dentro del plazo de tres días. El mediador, dentro del plazo de diez días de haber tomado conocimiento de su designación, fijará la fecha de la audiencia, que deberá notificar a las partes por cédula, con copia del formulario. La cédula la diligenciará el mediador por la Oficina de Notificaciones y

si el requerido se domiciliara en extraña jurisdicción, la diligenciará el requirente (art. 6) (Colerio y rojas, 1998).

El artículo 7 prescribe que las partes podrán tomar contacto con el mediador designado antes de la fecha de la audiencia, con el objeto de hacer conocer el alcance de sus pretensiones, Colerio y rojas (1998) consideran que esta norma podría quitarle espontaneidad a la primera audiencia y al no requerir el contralor de la contraria se podría afectar el principio de igualdad.

El artículo 8° dispone que cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero o alguno de los mediados solicitare su presencia, podrá citarlo a fin de que comparezca a la mediación, y si el tercero incurriese en incomparecencia o incumplimiento del acuerdo transaccional que lo involucre, le alcanzarán las sanciones previstas en los artículos 10 y 12 de la presente ley, que consisten en una multa cuyo monto será el equivalente a dos (2) veces la retribución básica que le corresponda percibir al mediador por su gestión(art.10) y en caso de incumplimiento, lo acordado podrá ejecutarse ante el juez designado, mediante el procedimiento de ejecución de sentencia regulado en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En el supuesto de llegar a la instancia de ejecución, el juez deberá aplicar la multa establecida en el artículo 45 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. “La intervención del tercero en un proceso es lo suficientemente compleja como para introducirla en una etapa que tiene como duración máxima sesenta días, salvo que se incorporara voluntariamente y fuera aceptado por todas las partes, pero hacerlo en forma compulsiva, con amenazas de imponerle multas y sin un consenso unánime, estimamos que acarreará más contratiempos que ventajas” (Colerio y Rojas, 1998, p.22).Resulta de importancia destacar que conforme al art. 13, las sumas que resulten de las multas pasaran a integrar el fondo de financiamiento creado por esta ley.

El Fondo de Financiamiento está regulado en los arts. 23 al 26 de la ley, y conforme al art. 13 el Ministerio de Justicia percibirá con destino al fondo de financiamiento las sumas resultantes de las multas establecidas en los artículos 10 y 12, y si no se abonan se perseguirá su cobro por vía incidental por el procedimiento de ejecución de sentencia. También pone a cargo del Ministerio de Justicia la

certificación de la deuda y el libramiento del certificado respectivo, al que le da el carácter de título ejecutivo. Para el caso de que no se promueva demanda judicial posterior a la gestión mediadora, el cobro de la multa prevista en el artículo 10 se hará mediante el procedimiento del juicio ejecutivo.

En el capítulo anterior se mencionaron como caracteres de la Mediación a la confidencialidad y a la neutralidad del tercero mediador, ambos receptados en el artículo 11 de la Ley 24573 que establece que las actuaciones serán confidenciales y el mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad. Otro artículo que incide en la neutralidad de mediador es el 18, el cual recepta las causales de excusación y recusación.

Tanto el artículo 12 como el 14 prevén el libramiento de actas se arribare o no a un acuerdo, y la posterior comunicación del resultado al Ministerio de justicia por parte del mediador.

Entre sus cláusulas transitorias la ley prevé en su art. 29 que la mediación suspende el plazo de prescripción desde que se formaliza su presentación, cabe aclarar que no interrumpe la prescripción como lo hace la demanda, sólo lo suspende. Y en su art. 30 prevé que la obligatoriedad de la etapa de la mediación establecida en el artículo 1, primer párrafo de la presente ley, regirá por un plazo de cinco (5) años, lo cual destaca su carácter transitorio y como se dijo en el capítulo 1, la finalidad era su difusión (Colerio y Rojas, 1998).

B-Ley 26589

Esta ley vino a salvar algunas deficiencias de su antecesora, fue sancionada el 15 de Abril del año 2010 y entró en vigencia el 6 de Mayo del mismo año, prevé con carácter obligatorio la mediación previa a todo proceso judicial considerando las excepciones expresamente contempladas en su art. 5 que son las acciones penales; acciones de separación personal y divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, patria potestad y adopción; causas en que el Estado nacional, las provincias, los municipios o la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires o sus entidades descentralizadas sean parte; procesos de inhabilitación, de declaración de incapacidad y de rehabilitación; amparos, hábeas corpus, hábeas data e interdictos; medidas cautelares; diligencias preliminares y prueba anticipada; juicios sucesorios; concursos preventivos y quiebras; convocatoria a asamblea de copropietarios (artículo 10 de la ley 13.512); conflictos de competencia de la justicia del trabajo; y procesos voluntarios.

En relación a los asuntos de familia mencionados en el párrafo anterior, cabe señalar que la mediación previa sí resulta obligatoria respecto de las cuestiones patrimoniales derivadas de aquéllos. Por lo tanto, según prevé la norma, el juez deberá dividir los procesos, derivando la parte patrimonial al mediador.

En su art. 6 prevé la aplicación optativa del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en los casos de ejecución y desalojos para el reclamante, sin que el requerido pueda cuestionar la vía.

Dentro de los atributos rescatables de esta nueva ley se puede nombrar su previsión y consagración de los principios que rigen el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria en el art. 7 y que son los que caracterizan a la Mediación, como se trato en el capítulo 2 y son :

a) Imparcialidad del mediador en relación a los intereses de las partes intervinientes en el proceso de mediación prejudicial obligatoria;

b) Libertad y voluntariedad de las partes en conflicto para participar en la mediación;

c) Igualdad de las partes en el procedimiento de mediación;

d) Consideración especial de los intereses de los menores, personas con discapacidad y personas mayores dependientes;

e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria;

f) Promoción de la comunicación directa entre las partes en miras a la búsqueda creativa y cooperativa de la solución del conflicto;

g) Celeridad del procedimiento en función del avance de las negociaciones y cumplimiento del término fijado, si se hubiere establecido;

h) Conformidad expresa de las partes para que personas ajenas presencien el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria.

En cuanto a los requisitos para ser mediador los regula en su art 11, los cuales son mayores a los que exigía la ley 24573 y que son: ser abogado, con tres años de experiencia; acreditar la capacitación que exija la reglamentación, haber aprobado un examen de idoneidad; estar inscripto en el Registro Nacional de Mediación y cumplir con las demás exigencias que se establezcan reglamentariamente. La norma establece la posibilidad de elegir mediador sin recurrir al sorteo.

Cuenta con la experiencia brindada por la ley a la que sustituye, permitiendo una mejor regulación del instituto y no prevé un plazo de vigencia, lo que la dota de carácter definitivo.

Podemos destacar lo siguiente:

- Incorpora la figura del “profesional asistente”, la que debe contar con el consentimiento de las partes, con esto se pretende cubrir falencias ya que los mediadores genéricos ya no pueden abarcar los tecnicismos de áreas médicas, informáticas, biológicas, complejas figuras financieras o lenguas foráneas.
- Crea el instituto de la Mediación Familiar pero también prevé expresamente las situaciones en las que el mediador debe darla por finalizada con el fin de proteger a los interesados.
- Se faculta al juez para hacer uso de su discrecionalidad enviando un caso a mediación si así lo considera conveniente.
- Establece que los honorarios de los mediadores deben ser fijados por el juez al fijar la condena en costas.

- Los mediadores tienen la obligación de enviar al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos el resultado de su gestión en una mediación.

Como una manera de subsanar la situación de quienes no tienen recursos, la ley prevé la posibilidad de solicitar gratuitamente el procedimiento en los centros de Mediación del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos o centros de Mediación Públicos. (Almeida y Almeida, 2012).

2- Su recepción en las Provincias

La mayoría de las provincias optaron por los beneficios que ofrece la Mediación como Método Alternativo para la resolución de controversias, se la ha establecido por medio de leyes sancionadas por sus parlamentos y en algunas provincias mediante acordadas de los superiores tribunales, su recepción ha sido en forma gradual y paulatina, de a poco las provincias empezaron a ver las ventajas que ofrece el cambio de estructura, así provincias como Tucumán, Tierra del Fuego, Santiago del Estero, Santa Fe, Salta, San Luis, San Juan, Río Negro, Neuquén, Misiones, Mendoza, La Rioja, La Pampa, Catamarca, Chaco, Córdoba, San Luis, Chubut, Buenos Aires, Corrientes y Entre Ríos la han incorporado, en algunas provincias tiene carácter obligatorio y en otras es voluntario como por ejemplo en Formosa, Catamarca, Santa Fe y Córdoba aunque para algunas cuestiones es obligatoria, por ejemplo en Catamarca es obligatoria en asuntos de familia.

Jujuy no cuenta con una Ley pero si funciona un Departamento de Mediación creado el 21 de Mayo de 1996 y tanto Defensores Oficiales, Jueces y abogados matriculados están autorizados (acordada 20 de Mayo 1996) a remitir las causas que consideraran viables a un proceso de Mediación.

Formosa tampoco cuenta con una ley de Mediación, pero a partir del 26 de Mayo del año 2010 comenzó a funcionar La Resolución Alternativa de Conflictos dependiente del Poder Judicial por acordada 2612/10 del Superior Tribunal de Justicia, como un principio hacia la generación de conciencia para llegar a la sanción de una Ley Provincial.

3- La mediación y el proceso judicial. Análisis comparativo

Tal como se menciona en capítulos anteriores, la Mediación es un método que difiere del proceso judicial, se trata de un procedimiento no adversarial de autocomposición mientras que el segundo es un método adversarial y de heterocomposición.

Teniendo en cuenta que el proceso de mediación está orientado a conciliar intereses vemos una de las primeras diferencias con el proceso judicial, en el que la formalidad sobresale, se basa en la aplicación del derecho al caso concreto y no se indaga sobre las necesidades de las partes sino que se resuelve a pesar de éstas valorando las pruebas aportadas y regulado por rigurosas normas procesales. Para Folberg y Taylor (1996) la Mediación, al no estar sujeta a las reglas procesales ni a las del derecho sustantivo ni a los principios que dominan el proceso judicial, presenta la ventaja de poder instruir a los participantes acerca de las necesidades mutuas y ayudarlos a aprender la manera de trabajar juntos, aislar los problemas que requieren tratamiento y obtener frutos recíprocamente a través de la cooperación.

Como una de las características de la Mediación se ha destacado la no adversalidad que significa que las partes no están enfrentadas sino que actúan cooperativamente en busca de una solución que satisfaga a ambas partes, muy distinto es lo que ocurre en un proceso judicial en el que las partes están destinadas a un gana o pierde ya que la resolución del juez será satisfactoria solo para una de ellas.

La Mediación alienta la comunicación directa entre las partes y la cooperación, lo cual permite diluir hostilidades permitiendo que disminuyan las probabilidades de que comience una batalla legal una vez concluido el proceso de mediación, contrariamente a lo que genera un juicio en el que la hostilidad entre las partes se agudiza (Folberg y Taylor, 1996).

Si se tiene en cuenta la actividad de las partes se verá que en la mediación son ellas las que tienen un rol activo y predominante, son ellas las que deben decidir y resolver la cuestión, esto no es así ante tribunales, donde la figura del juez tiene preeminencia y es quien decide conforme a derecho sobre el fondo de la

cuestión basándose casi exclusivamente en las pruebas aportadas, en la mediación “las partes supuestamente tienen la capacidad, autoridad y responsabilidad para determinar en forma consensual lo que es mejor para ellos mismos”(Folberg y Taylor, 1996, p.52).

Para Bianco (2005) el mediador actúa como facilitador, no toma ni impone decisiones, conduce el proceso de modo que puedan ponerse de manifiesto las verdaderas necesidades e intereses de las partes, por encima de las posiciones esgrimidas, para llegar a una solución que beneficie a ambas y derive de ellas.

Otra de las diferencias radica en que aunque tanto el juez como el mediador deben ser imparciales, es distinta la posición en la que se encuentran, el mediador no se haya sujeto a grandes formalidades ni a normas que le impongan coactivamente un comportamiento determinado, este es libre de actuar buscando siempre cumplir con el objetivo de su institución que sería conducir a las partes a que vislumbren una solución a sus conflictos. El juez debe cumplir y hacer cumplir las etapas procesales y además realizar o abstenerse de realizar según el caso ciertos actos estando sujeto a los Principios procesales que gobiernan todo el camino hasta el dictado de una sentencia.

En la mediación rige el Principio de Confidencialidad, este constituye un imperativo ético para el mediador en tanto que los Principios de Adquisición y Publicidad son característicos del proceso judicial en el que las pruebas aportadas se adquieren para el proceso y los actos procesales deben poder ser conocidos por la comunidad. Confidencialidad implica “el compromiso de mantener reserva de lo que se hable (.....) así como de la documentación de la que allí se tome conocimiento. A diferencia de otros procesos, como el judicial, donde lo que queda escrito en el expediente adquiere valor por su ponderación en las decisiones posteriores (.....). Esta reserva está destinada a generar en quienes participan de la mediación el clima de confianza necesario para que puedan hablar sin la presión de pensar que lo que digan podría utilizarse en algún otro ámbito, en su perjuicio” (Caram, Eilbaum, Risolia, 2007, p. 39).

El proceso judicial es desgastante por diversos motivos, se extiende demasiado en el tiempo y genera gastos que muchas veces torna el acceso a la justicia en algo ilusorio para algunos. La mediación permite llegar a una solución

que no solo es beneficiosa para ambas partes sino que también se llega a ella minimizando costos y en un tiempo mucho más reducido.

Como refiere Bianco (2005) “Los objetivos de la Mediación son claros, precisos y pretenden lograr, a través de la valorización del diálogo, la intervención activa de las personas en el alcance de los acuerdos, reduciendo los costos, pues no le interesa reconstruir los hechos del pasado, ni averiguar la verdad y ni siquiera saber quién tiene razón, como sucede en el proceso judicial, sino que apunta a que las partes balanceen derechos, alternativas, y posibilidades, ayudando creativamente a encontrar una solución a los problemas, dentro de sus propias reglas” Bianco, E.. (2005). El conflicto y los distintos métodos para resolverlo. Revista Nova Tesis, 3,20

Por lo que se ha examinado hasta el momento se puede ver que la Mediación no es un método nuevo sino que ha sido usado a lo largo de la historia demostrando idoneidad y capacidad para satisfacer las necesidades de resolver conflictos de las personas o grupos de ellas. Actualmente este método no ha perdido virtualidad y a partir de la sanción de ley 24 573 se brinda seguridad jurídica ya que está expresamente previsto, es decir a partir de su recepción normativa se tiene conocimiento de su existencia de las condiciones bajo las cuales procede, los requisitos etc.

Como se ha referido en el capítulo 1 con respecto al carácter obligatorio con que receptó la ley 24573 a la Mediación y de realizar un análisis sobre sus caracteres se concluye que fue la manera eficaz para lograr el cambio cultural y su difusión social. Y a través de las opiniones de autores citados se infirió que el hecho de ser impuesto coactivamente este procedimiento no le quita su forma pacificadora así al decir de “Arazi, era necesaria la obligatoriedad de este proceso y justifica su postura diciendo que la falta de cultura sobre la posibilidad de solucionar conflictos de manera no adversarial, tornaría ilusoria cualquier disposición que no previera la mediación en forma obligatoria” (Colerio y Rojas, 1998, p.18)

CAPITULO IV

En el presente capítulo, se referirá a las críticas de las que fueron objeto la ley 24573 y la ley 24635, ambas previeron al proceso de mediación como obligatorio, y este será el punto de debate, se mostraran las distintas opiniones acerca del tema de la obligatoriedad, destacando los beneficios y la necesidad de su implementación.

La argumentación en contra y a favor de la obligatoriedad de la mediación

Tanto la ley 24573 como la Ley 24635 fueron duramente criticadas especialmente en lo que se refiere a la obligatoriedad del proceso y de la exclusividad para cumplir con la función de los mediadores oficiales, a los que consideraron una nueva categoría de agentes públicos. (Bianco, E. 2005).

Una de las críticas cuando todavía era un proyecto provino de La Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y sostuvo en su dictamen que el carácter obligatorio va en detrimento del carácter que tiene la conciliación dentro del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. “Lo plausible que resulta el estímulo de estas alternativas, se torna censurable cuando se las impone compulsivamente. Esta obligatoriedad no solamente es gravosa sino también irrazonable al establecérsela como etapa o requisito previo de admisibilidad de las demandas, si cuyo cumplimiento queda obstruido el acceso a la justicia [...] De esta manera en vez de implementar la adecuación de las estructuras judiciales para tornar eficiente el servicio de justicia, se postula una iniciativa tendiente a limitar, desalentar o dificultar el acceso a los tribunales, imponiendo un proceso previo que se desarrollará fuera del ámbito del tribunal...”(Bianco, E. (2005, p. 39).

Se veía un obstáculo al acceso a la justicia el tener que realizar el paso previo a la demanda que importaba la mediación, además se la consideraba un

factor que encarecería los costos e importaría una pérdida de tiempo si la Mediación fracasaba.

Pero no todos pensaron del mismo modo y muchos vieron necesario un cambio que sería más viable con la implementación obligatoria de dicho procedimiento, así para Bianco (2005) cuando lo que se pretende es una reforma estructural y profunda como la que se propuso el Ministerio de Justicia, si bien la obligatoriedad no es lo mejor, se torna necesario para lograr el cambio e incluso que los profesionales se comprometan y capaciten. Sobre este tema la Corte Suprema de Justicia sostuvo en su fallo CSJN, 27/9/01, “Baterías Sil-Dar, SRL c/ Barbeito, Walter s/ sumario”, LL, 2002-B-50; DJ, 2002-1-299; JA 2001-IV-457, y ED, 196-152, que el carácter obligatorio del procedimiento de Mediación no violenta el derecho constitucional de acceder a la justicia ya que una vez que las partes han comparecido personalmente a la audiencia, pueden dar por terminado el procedimiento sin que haga falta que se sometan al proceso de mediación, con lo cual queda expedita la vía judicial (Almeida y Almeida, 2012).

Así, “Recuperar el ejercicio de la propia responsabilidad no deja de ser una decisión personal y, como tal, necesariamente voluntaria. Sin embargo, no podemos ignorar que esta forma de proceder necesita de una modificación cultural importante y que nuestro legislador ha entendido coadyuvar a ella, desde la imposición obligatoria de comparecer a la mediación como instancia previa al litigio judicial” (Almeida y Almeida, 20012, p.3).

Entre autores que se especializaron en este tema y se pronunciaron por la constitucionalidad de tales disposiciones y que además encontraron en disposiciones constitucionales cobijo para la mediación, podemos referirnos a Puente, Roberto Antonio, quien, en una revista “sobre la resolución de conflictos dentro de la Constitución Argentina” menciona entre otras normas la llamada “cláusula de la prosperidad”, contenida en el art. 75 inciso 18 de la constitución nacional, por la que corresponde al Congreso, “proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias”, y la nueva cláusula de progreso del inciso 19 que le pide al Congreso dictar las leyes necesarias para “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, etc.” la que según el autor se potencia cuando se la

vincula con las facultades incidentales del mismo Congreso, emergentes del art. 75 inc. 32 que lo faculta a "Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina". Todo esto confiere al Congreso una amplísima facultad instrumental para impulsar cualquier reglamentación razonable. Menciona también el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, incorporado a la Constitución vía art. 75 inc. 22 que compromete al Estado a utilizar "hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para lograr progresivamente por todos los medios apropiados, inclusive la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos" (art. 2°).

Para algunos autores como Arazi era necesaria la obligatoriedad de este proceso y justifica su postura diciendo que la falta de cultura sobre la posibilidad de solucionar conflictos de manera no adversarial, tornaría ilusoria cualquier disposición que no previera la mediación en forma obligatoria, "en el estado actual la falta de una cultura sobre la posibilidad de solucionar el conflicto en forma no adversarial, tornaría en letra muerta cualquier disposición que, en una primera etapa, no instituyera la mediación en forma obligatoria", opinión refutada por Colerio y Rojas que consideran que " la preparación cultural debe preceder a la sanción de la ley obligatoria y no al revés, pues la imposición legal, sin una previa educación del pueblo, genera más desconfianza y rechazo que aceptación" (Colerio y Rojas,1998,p.18).

Para Colerio y Rojas (1998) se trata de una cuestión cultural y de educación, que debe comenzar en las universidades preparando al futuro abogado en técnicas no adversariales, para que limite su papel en la mediación al asesoramiento, cuando éste le es requerido, al control de la neutralidad del mediador y a que la solución a la que se arribe contemple adecuadamente los derechos e intereses de su cliente, conforme con la ley aplicable al caso.

Silvina Pezzeta (2009), en uno de sus trabajos, plantea la falta de aplicación masiva de la mediación en la provincia de Santa Fe, y concluye que esto es un resultado de la adopción del positivismo dogmático , que conduce a la inevitable consecuencia de llevar todo conflicto jurídico (donde jurídico es igual a

ley) a los tribunales, donde se “hace uso de la ley” (que, circularmente, define lo jurídico). Así, en la práctica, son cada vez más los casos que llegan a los tribunales, provocándose el conocido desborde. Pero también se deja fuera una serie de conflictos y de soluciones, por no estar estrictamente comprendidas dentro de este positivismo. Además afirma que dentro de este panorama filosófico y práctico del derecho, no debe llamar la atención que los métodos de resolución alternativa de conflictos no ocupen un lugar en el contenido de las materias obligatorias en las facultades de derecho, como si lo es el caso de derecho procesal. O bien, que no haya sido objeto directo de alguna asignatura obligatoria específica, dentro de la carrera. Sostiene que el único medio alternativo explícitamente reconocido es el arbitraje y que esto es así sólo porque figura expresamente legislado en el Código Procesal Civil y Comercial, como mecanismo obligatorio para algunos tipos de procesos judiciales.

Hasta aquí se plantearon distintas posturas acerca de la conveniencia o no de prever a la mediación como paso previo y obligatorio a la demanda, y rondan en el eje de lo constitucional y lo cultural, lo cierto es que se requiere un auxilio dentro del sistema para administrar justicia, y considerando opiniones vertidas, se hace necesaria la obligatoriedad para incorporar a la mediación en el hábito para resolver conflictos, es necesario un cambio medular, que debe comenzar en las facultades de derecho, incorporando a la mediación a los planes de estudio, para formar profesionales que asuman un rol activo y desarrollen sus habilidades en este método. Existe una estrecha relación entre lo que se enseña y se estudia del derecho y los métodos de solución de conflictos normalmente aceptados por la comunidad. Así, es necesaria la obligatoriedad de la mediación, para realizar el cambio cultural en el proceso de resolución de conflictos ya que de lo contrario se seguirá actuando conforme se vino haciendo hasta ahora y que provocó el desborde en tribunales.

La Mediación es una opción para acceder a la justicia y no un obstáculo, ya que el que busca una solución tendrá la posibilidad de saber que existe un procedimiento distinto y previo al litigio judicial, al que podrá acogerse, sin estar obligado a llegar a un acuerdo, es decir, la obligatoriedad permite optar, brinda la posibilidad a la comunidad de conocer otros mecanismos de resolución, de los

cuales serian escasas las posibilidades, ya que los abogados se preparan para litigar y es lo que buscaran y así asesoraran al que llegue a consultarlos.

Así, la obligatoriedad de este procedimiento se presenta como necesaria para romper el hermetismo existente en nuestra sociedad a la hora de resolver conflictos, posibilitando así la descongestión de nuestros tribunales y la celeridad en la administración de justicia.

CONCLUSION

Como se vio en el capítulo 4, la ley 24573 aprobada el 4 de Octubre de 1995, el carácter obligatorio de la Mediación fue resistido y criticado por muchos, que consideraron que al ser un requisito previo y obligatorio para acceder a la justicia, violentaba no solo la decisión de las personas de recurrir directamente a un proceso judicial sino también el derecho constitucional de acceder a la justicia, y que por tratarse de una imposición se relegaba todo carácter pacifista que pudiera investir la Mediación, pese a estos obstáculos este método consiguió un espacio dentro del ordenamiento jurídico con la sanción de la ley 24573. Conto con el apoyo de autores como Arazi que vieron en la obligatoriedad del proceso, el camino idóneo para un cambio en la cultura de solucionar conflictos de un modo adversarial a uno no adversarial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación también hizo su aporte a favor de la Mediación y la constitucionalidad de su ley como se vio en el capítulo 4, en el fallo CSJN, 27/9/01, “Baterías Sil-Dar, SRL c/ Barbeito, Walter s/ sumario”, LL, 2002-B-50; DJ, 2002-1-299; JA 2001-IV-457, y ED, 196-152.

Si centramos nuestra atención en los caracteres de la Mediación tratados en el capítulo 2, podremos ver por qué se la puede considerar una herramienta de pacificación disponible ante una situación de conflicto, que se distingue de un proceso judicial y permite poner fin a una desavenencia. Así, su carácter de no adversarial resulta de obtener una solución sin poner a las partes en una situación aun más conflictiva, el hecho de que la mediación se considere una herramienta de pacificación se deriva de los elementos que la definen, tales como la autocomposición, la intervención de un tercero neutral que no impone una solución si no que conduce a las partes a un ambiente de confianza y a que vislumbren sus verdaderos intereses ocultos detrás de las posiciones y así dejen de lado miedos, prejuicios, enojos, etc.

Dentro de las ventajas que presenta este método, esta la mayor participación de las partes, la posibilidad de escuchar y ser escuchadas y arribar así a la solución que más se adecue a los intereses vulnerados; es decir llegar a un acuerdo y dar recíprocas concesiones.

Ante el surgimiento de los conflictos las personas recurren a los tribunales buscando soluciones, a veces sin considerar la dimensión o sus las alternativas de métodos para su tratamiento, esto genera una gravísima congestión en el sistema judicial lo que a su vez demora no solo la obtención de una solución rápida y justa si no también equitativa.

En base a todo lo analizado, se puede decir que la mediación es un Método que no solo beneficia al Estado en su tarea de administrar justicia sino también a las personas que acuden a los tribunales en busca de soluciones. Su obligatoriedad la ha convertido en un requisito de admisibilidad de la demanda.

El carácter obligatorio de la mediación se limita a la comparecencia de requirente y requerido y no al acuerdo, al que sólo puede llegarse con el consenso consciente y voluntario de los interesados, de allí que sea un error pretender dotar al mediador de facultades conminatorias, propias del juez en un proceso.

Los métodos de Resolución Alternativa de Disputa vienen a oxigenar el sistema judicial brindando una alternativa y posibilitando la resolución de conflictos sin que lleguen al nivel más alto que representa un juicio, que habitualmente resulta prolongado y costoso para las partes, el convertirse en protagonistas de las propias soluciones tiene la ventaja de poder manejar los tiempos según la comodidad de los interesados, cumpliendo así con uno de los principios consagrados en el art.7º de la ley 26589: Celeridad del procedimiento.

Es evidente que nos encontramos ante una excelente opción a nuestros problemas, que vino a complementar a un método adversarial como lo es el proceso judicial, filtrando controversias para así descongestionar la labor en los tribunales, la Mediación ha sido acogida legalmente luego de vencer muchas contrariedades y de demostrar su valor e importancia y que es una verdadera herramienta pacificación.

BIBLIOGRAFIA

- Caram, M. E.; Eilbaum, D. T.; Risolía., (2007) Mediación Diseño de una Práctica. Ed. Histórica. Buenos Aires.
- Colerio, J.P.; Rojas, J., (1998), Mediación obligatoria y Audiencia preliminar. Ed. Rubinzal-Culzoni. Buenos Aires.
- Folberg, J. Taylor, A. (1996), Mediación Resolución de conflictos sin litigio.Ed.Limusa. México.
- Bianco, E. (2005). El conflicto y los distintos métodos para resolverlo. Revista Nova Tesis N° I, II, III Y IV
- Aiello de Almeida, A.; Almeida, M. (2012), Mediación y Conciliación. Ed. Astrea. Buenos Aires- Bogotá.
- Fernández Lemoine, M.R.; Zuanich, P.H. (2012). Practica de la Mediación. Ed. Astrea. Buenos Aires-Bogotá.
- PUNTE, Roberto Antonio, "Sobre la resolución de conflictos dentro de la Constitución Argentina", en elDial.com DC51F
- Pezzetta, Silvina, (2009), “La mediación y el imperio del positivismo-dogmático en las carreras de abogacía”, ISSN 1851-2844
- Velloso, Adolfo Alvarado,(2008), “Introducción al estudio de Derecho Procesal” TomoI, Ed. Rubinzal-Culzoni
- LEY 24573
- LEY 26589

Jurisprudencia

- CSJN, 27/9/01, “Baterías Sil-Dar, SRL c/ Barbeito, Walter s/ sumario”, LL, 2002-B-50; DJ, 2002-1-299;JA 2001-IV-457, y ED, 196-152
- CNCiv., Sala G, marzo 30, 2001. Díaz Olavarrieta, Liliana c/ Ruggiero, Silvio

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR

TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

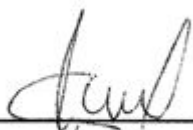
Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Cruz Massafro, Mónica Soledad
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	27232604
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	“ El debate acerca de la obligatoriedad de la Mediación”
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	mateodebi@hotmail.com
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21
Datos de edición: <i>Lugar, editor, fecha e ISBN (para el caso de tesis ya publicadas), depósito en el Registro Nacional de Propiedad Intelectual y autorización de la Editorial (en el caso que corresponda).</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis <i>(Marcar SI/NO)</i> ^[1]	SI
Publicación parcial (informar que capítulos se publicarán)	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: San Salvador de Jujuy, 6 de junio de 2016



Firma autor-tesista

Cruz Massafro, Mónica Soledad

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
 _____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

 Firma

 Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.